

ABUSO DEL DERECHO

Síntesis y conclusiones de un análisis jurisprudencial (*)

Por

EDMUNDO GATTI

Profesor Adjunto Interino de Derecho Civil IV

SUMARIO

I. — SÍNTESIS DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

A) DERECHO DE FAMILIA.

a) Principio general. b) Patria potestad. c) Potestad marital. d) Derecho del cónyuge incoante sobre los gananciales adquiridos por el otro después de la sentencia de divorcio.

B) DERECHOS REALES.

a) Derechos absolutos. b) Dominio. c) Reivindicación. d) Condominio; división; indemnización forzosa. e) Derecho a demoler y reconstruir un muro medianero. f) Servidumbres. g) Restricciones y límites al dominio.

C) DERECHO DE OBLIGACIONES.

a) Principio general. b) Aplicaciones del principio. c) Válidas o nulidad de los actos jurídicos. d) Otros casos de invocación innecesaria o errónea de la teoría del "abuso del derecho".

D) DERECHO PROCESAL.

a) Medidas precautorias. b) Interdicto de obra nueva. c) Juicio ejecutivo. d) Desahajo. e) Demanda; querrela; incidente.

E) OTROS FALLOS Y CASOS.

a) Derecho administrativo. b) Denuncia. c) Insección. d) Otros casos de invocación innecesaria, absurda o grotesca de la teoría del "abuso del derecho".

II. — CONCLUSIONES.

a) La invocación jurisprudencial del "abuso del derecho" ha sido, casi siempre, inútil o errónea. b) Además de errónea, la invocación de la teoría ha sido, en algunos casos, peligrosa y perniciosa. c) La teoría del "abuso" reposa sobre una base falsa. d) No existe una "teoría del abuso del derecho". e) Consecuencia de la identificación del "abuso del derecho" con la relatividad de los derechos. f) El verdadero sentido de la "teoría del abuso".

(*) La presente publicación contiene la síntesis y las conclusiones de un análisis jurisprudencial efectuado por el autor sobre ciento treinta fallos publicados en el país hasta el año 1958, inclusive.

I — SINTESIS DEL ANALISIS JURISPRUDENCIAL

A) DERECHO DE FAMILIA.

a) Principio general.

1. — No existiendo propiamente en el derecho de familia, derechos subjetivos individuales, sino derechos-deberes, en los que el deber está antes que el derecho, no sería admisible hablar aquí de "abuso del derecho".

b) Patria potestad.

2. — No es pues aceptable el que algunos fallos hayan considerado que constituye un "abuso del derecho" el ejercicio de la patria potestad en forma despótica o arbitraria (C. Civ. Cap. 8. "D", 163.53, L.L. 67,427), o con evidente perjuicio de quien se pretende proteger (c. 2.º C.C. La Plata, 15.7.49, L.L. 56,602). En tales supuestos no existe "abuso del derecho", sino incumplimiento de los deberes que el ejercicio de la patria potestad implica o mal desempeño de dicho poder.

3. — Las decisiones judiciales que, substituyéndose a los padres o representantes legales de los menores, acordaron a éstos la autorización que aquellos les denegaban para ingresar a una orden religiosa, no se basaron nunca sobre la teoría del "abuso del derecho", pues si bien es cierto que en algún caso se mencionó tal principio (C. Civ. Cap. 8. "B", 31.5.54, J. A. 1954, III, 397 y L.L. 76,38), el mismo se fundó en la aplicación del art. 275 C.C. —aunque erróneamente interpretado— y en esa misma disposición legal se fundaron muchos casos análogos que no mencionaron para nada la doctrina de que tratamos (C. Civ. 1.º Cap., 20.12.40, J.A. 73,461 y L.L. 31,839; C. Civ. Cap. 8. "B", 20.5.54, J.A. 1954, III, 23; J. 1.º Inst. Civ. Cap., 24.8.50, J.A. 1953, IV, 381; J. 1.º Inst. Civ. Cap., 11.8.53, J.A., 1953, IV, 314).

c) Potestad marital.

4. — Tampoco puede hablarse de "abuso del derecho" en el ejercicio de la potestad marital, cuando éste se lo refiere al "derecho" del marido a que su mujer cohabite con él, dondequiera que fije su residencia. Las decisiones judiciales que mencionaron la teoría, lo hicieron en situaciones en que esa mención era supérflua o contradictoria, o estaba fuera de lugar, ya por haberse decretado el divorcio por la causal de injurias graves, pero no computándose

como tal el supuesto "abuso" del marido (C. Civ. Cap. 8. "C", 7.11.51, L.L. 68,392), ya por haberse considerado que era el marido y no la mujer quien había abandonado el hogar conyugal decretándose por tal causa el divorcio por culpa de aquel (C. Civ. Cap. 8. "C", 23.2.54, L.L. 74,513), ya por haberse decretado el divorcio por culpa exclusiva de la esposa por las causales de injurias graves y abandono del hogar (C. Civ. Cap. 8. "C", 19.3.65, L.L. 82,409).

5. — Otro tanto puede decirse de los fallos que rechazaron la pretensión del marido de solicitar el reintegro de la mujer al hogar, considerando que existía un "abuso del derecho" de aquel, consideración errónea, desde que esas decisiones se fundaron en realidad en la inexistencia de tal derecho, ya sea en forma tácita, al afirmar que la pretensión del marido era inmoral por ser contraria a las buenas costumbres (C. 2.º C.G. La Plata, 19.9.44, J.A. 1944, IV, 590 y L.L. 37,297), ya expresamente, al hablar del "supuesto derecho" del marido (C. Ap. Bahía Blanca, 22.5.53, J.A. 1954, IV, 344).

6. — La misma consideración cabe hacer con respecto al fallo (C. Civ. Cap. 8. "F", 26.11.59, L.L. diario del 7.5.60) que reduplicando la contradicción conceptual que la teoría del "abuso del derecho" implica, entró a analizar si, no ya el "derecho", sino el "ejercicio" del mismo por parte del marido, podía ser legítimo bajo un aspecto e ilegítimo bajo otro, consideración innecesaria, desde que era suficiente para fundar la sentencia de divorcio que por culpa del esposo se decretó, la afirmación de que una determinada conducta suya configuraba la causal de "injurias graves".

d) *Derecho del cónyuge inocente sobre los gananciales adquiridos por el otro, después de la sentencia de divorcio.*

7. — Y por último, el fallo a nuestro juicio más importante en el derecho de familia, que a primera vista parecería haber hecho cabal aplicación de la teoría del "abuso", no podría haberse fundado en ninguna de las directivas que, para decidir la existencia del mismo, han dado las corrientes subjetivas u objetivas que siguen las diversas doctrinas existentes al respecto. Por apartarse de los textos claros y categóricos de la ley y de la justicia relativa que ellos consagran —y que es la única posible— el fallo llega a una solución que, con pretensiones de justicia superior, significó una iniquidad (C. Civ. Cap. 8. "D", 30.11.54, J.A. 1955, II, 601).

B) DERECHOS REALES

a) *Derechos absolutos.*

8. — En el campo de los derechos reales, algunas decisiones consagraron la imposibilidad de la aplicación de la teoría del "abu-

so del derecho", con respecto a facultades consideradas por éllo absolutas, como el derecho de exigir el retiro de las plantaciones efectuadas en violación del art. 2628 C.C. (S. C. Bs. As., 2.7.46, J.A. 1946, III, 820 y L.L. 44,192) y el derecho a adquirir la medianería (C. Civ. Cap. 8. "C", 31.12.54, J.A. 1956, I, 208).

b) *Dominio.*

9. — Uno de los fallos que se suele citar por los tratadistas como ejemplo de aplicación de la teoría del "abuso", es el que no hizo lugar a la demolición de ornamentos de construcción de un edificio, demandada por el lindero cuyo espacio aéreo invadían (C. Ap. Dolores, 28.5.36, J.A. 55,323), pero en dicha decisión no aparece mencionada para nada la teoría del "abuso del derecho", fundándose aquella en la inexistencia de interés legítimo para accionar, por falta de un móvil pecuniario, estético o moral; se consideró que la demanda tenía un fundamento jurídico pero no prosperaba por una razón de orden procesal.

c) *Reivindicación.*

10. — En materia de reivindicación se ha hablado del "abuso del derecho" que cometería quien pretendiese reivindicar una angosta franja de su terreno invadida por el lindero con una edificación. Sin embargo, es el fallo más antiguo en que el "abuso" se menciona, solo lo fue por uno de los miembros del tribunal, cuya decisión hizo lugar a la reivindicación (C. Civ. 1º Cap., 21.5.28, J. A. 27, 751). Otros dos fallos (C. Civ. 2º Cap., 12.7.39, L. L. 15, 560 y 12.9.40, J. A. 72, 98 y L. L. 19, 1049), adoptaron una solución distinta sobre la base —al igual que el anterior— de la aplicación de textos legales (arts. 2567 y sigts. C.C.) e invocando innecesariamente el "abuso de derecho" ya que uno de ellos citó como antecedentes tres fallos anteriores que habían consagrado la misma solución en base a los textos legales y sin mencionar la teoría del "abuso" (J.A. 21,904; 50,519; 64,247).

d) *Condominio; división; indivisión forzosa.*

11. — En un caso de división de condominio, el tribunal de 2º instancia no hizo lugar a la división, considerando que existía por otra parte de quien la solicitaba un "abuso del derecho" (C. Civ. Cap. 8. "A", 23.11.53, J.A. 1954, IV, 100 y L.L. 74,392). La Corte Suprema revocó esa sentencia por considerar que no existía "abuso del derecho" (18.4.56, J.A. 1956, III, 367). Ambas decisiones se fundaron erróneamente en la doctrina del "abuso del derecho", pues debieron hacerlo en la norma del C.C. que dispone la indivisión forzosa "cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesario para que no

haya perjuicio a los condóminos (art. 2715). Así lo hizo un fallo posterior que, no obstante, mencionó erróneamente la teoría del "ejercicio abusivo de los derechos", allí donde no existía derecho porque la ley lo niega expresamente (C. Civ. Cap. 3.º "D", 14.11.58, J.A., 1969, I, 135).

e) *Derecho a demoler y reconstruir un muro medianero.*

12. — Las limitaciones que pueda sufrir el ejercicio de este derecho (art. 2733 C.C.), no son más que consecuencia del propio texto legal, que al impedir al vecino reclamar indemnización por los embarazos que le causen los trabajos, no puede referirse sino a los que sean consecuencia necesaria de los mismos, pero no a los que puedan evitarse. No hay, pues, necesidad de hablar del "abuso del derecho", como lo hizo un fallo (C. Civ. 1.º Cap., 11.9.25, J.A. 17.493).

f) *Servidumbres.*

13. — En un caso en que se condenó al propietario del fundo sirviente a indemnizar al propietario del dominante, uno de los miembros del tribunal llamó erróneamente "abuso del derecho" a lo que era un hecho ilícito (C. Ap. Mercedes, 3.4.44, L.L. 34.175).

g) *Restricciones y límites al dominio.*

14. — La obligación de indemnizar los perjuicios que puedan causar los ruidos intolerables, se funda en disposiciones expresas del C. C. (arts. 2618 y 2619) y no en la teoría del "abuso del derecho", como con evidente error se declaró en un fallo (C. Civ. 2.º Cap., 3.10.18, J.A. 2.600). Otras decisiones establecieron en cambio que esa obligación no se funda en la teoría del "abuso" ni en la de la culpa, sino en la existencia de una responsabilidad objetiva (C. Civ. 1.º Cap., 30.10.35, J.A. 52.104 y L.L. 1.597), (J. 1.º Inst. Bahía Blanca, 15.8.36, L.L. 6.1088).

15. — Lo mismo debe decirse de la obligación de indemnizar los daños causados por el funcionamiento de una "casa de tolerancia", que no se funda en la "teoría del abuso", como erróneamente se expresó en algunos fallos, sino en disposiciones legales —arts. 2618, 2625 y 2514 C.C.— (C. Civ. 2.º Cap., 2.11.34, J.A. 49.71; 6.8.40, J.A. 71.673 y L.L. 19.614).

C) DERECHO DE OBLIGACIONES.

a) *Principio general.*

16. — En el derecho de obligaciones, los fallos que hacen mención de la teoría del "abuso del derecho" son más numerosos, y,

sin embargo, en ninguna parte del derecho como en esta dicha doctrina resulta tan inútil. En efecto; estamos en el campo de la autonomía de la voluntad, donde la ley autoriza a los particulares a dictar las leyes que han de regir sus relaciones jurídicas (art. 1197 C.C.), dentro de los límites que aquella determina y que están dados principalmente por los conceptos del orden público (art. 21 C. C.), la moral y las buenas costumbres (art. 953 C.C.). Allí donde esos límites se transgreden sería erróneo hablar de "abuso del derecho", porque ningún derecho existe.

b) Aplicaciones del principio.

17. — No tuvo, pues, razón de ser, el que aquellos fallos que consagraron la validez de determinados actos jurídicos sobre la base del principio del art. 1197 C.C., hayan agregado que no existían en el caso "abuso del derecho". Así, por ejemplo: la cláusula por la que el comprador de un lote se obliga a no edificar sobre una franja de tres metros en el frente, destinada a jardín (C. Civ. 1º Cap., 4.10.33, J.A. 68.184 y L.L. 16.470); la proscripción en un reglamento de copropiedad horizontal de todo otro destino de las unidades del inmueble que no sea el de vivienda familiar (C. Civ. Cap. 3.º "B", 23.12.57, J.A. 1958, III, 252 y L.L. 91.560); las cláusulas de un contrato de sociedad por las cuales los socios disponen, en igualdad de condiciones, la suerte de aquella para el caso de fallecimiento de uno de ellos (C. Civ. Cap. 3.º "C", 18.8.53, L.L. 72.534); el hecho de que el vendedor bajo el régimen de la ley 13.512, ejercite con respecto a uno solo de los compradores la cláusula rescisoria convenida (C. Civ. Cap. 3.º "C", 19.5.55, L.L. 80.10); la renuncia a los beneficios del art. 157 C. Com., antes de la sanción de la ley 11.729 (C. Com. Cap., 26.10.35, J.A. 18.294); la cláusula que declara, en caso de mora, la caducidad del plazo otorgado para el pago del capital (C. 2º C.C. La Plata, 26.8.49, J.A. 1949, III, 670 y L.L. 57.47); la cláusula de la promesa de venta en virtud de la cual el promitente se obliga a entregar la posesión del inmueble objeto del contrato "una vez que obtenga una propiedad desocupada para destinarla a vivienda propia de su familia", lo que configura un plazo incierto y no una condición (C. Ap. Mercedes, 12.8.55, J.A. 1956, I, 224).

c) Validez o nulidad de los actos jurídicos.

18. — Tampoco es admisible que mencione el "abuso del derecho", el fallo que fundado en el art. 953 C.C. decida la nulidad de un convenio sobre honorarios (C. Ap. Civ. S. "D", 29.8.57, J.A. 1958, II, 168); el que fundado en los arts. 21, 530, 531, 792, 794, 795 y 1167, considere ilícito el exigir al leccionero el pago de una indemnización para entregarle la casa locada y haga en consecuencia lugar a la repetición de la suma por tal concepto abonada

(C. Ap. Bahía Blanca, 22.7.52, J.A. 1953, I, 276 y L.L. 70,81) y el que "cuidadoso 'niña' ni 'niñuna' por la que se renuncia a 'vender' los trámites del juicio ejecutivo por ser violatoria de una garantía constitucional", (C. Civ. Cap. S. "C", 25.7.52, L.L. 67,658).

19. — Lo mismo sabe decir de las resoluciones judiciales que, sobre la base del art. 953 C.C., declararon la validez del pacto comisorio (C. Civ. 1º Cap. 8.4.37, J.A. 58,99), o su nulidad, total o parcial (C. Civ. 1º Cap., 16.2.40, J.A. 69,694 y L.L. 17.778; 6.10.41, L.L. 25,153; 31.7.43, J.A. 1943, III, 635; 30.12.43, L.L. 33,119; S.C. Ba. Aa., 30.4.57, J.A. 1957, II, 455 y L.L. 89,718). Todos ellos mencionaron sin necesidad la "teoría del abuso".

20. — Otro tanto hicieron los que negaron validez a cláusulas penales que consideraron excesivas o a pactos sobre intereses que estimaron usurarios (C. Civ. 1º Cap., 18.11.38, L.L. 14,4; C. Civ. Cap. S. "A", 14.3.56, J.A. 1956, II, 372; C. Paz Cap. S. IV, 29.7.59, J.A. 1959, V, 271; S. C. Tucumán, 3.6.56, J.A. 1956, IV, 211).

d) Otros casos de mención innecesaria o errada de la teoría del "abuso del derecho".

21. — Muchos otros fallos mencionaron innecesaria o erróneamente la teoría del "abuso", como el que fundado en la "exceptio non adimpleti contractus" (art. 1201 C.C.), no hizo lugar a la pretensión de escriturar y declarar al mismo tiempo prescripta la obligación de pagar el saldo de precio adeudado (C. Civ. 1º Cap., 19.10.34, J.A. 48,132).

22. — El que se basó sobre la interpretación del contrato y la intención de los contratantes para decidir que por "balance de una sociedad" debía entenderse el estado patrimonial real de la misma y no el que surgía del balance que no reflejaba el haber real del socio fallecido (C. Civ. Cap. S. "A", 2.6.59, J.A. 1959, V, 137).

23. — El que hizo lugar al lanzamiento fundado en la interpretación del contrato y en el hecho de haber encarado mal el demandado la defensa procesal de su derecho (C. 2º C.C. La Plata, 21.10.52, L.L. 69,49).

24. — El que fundado en los arts. 1336, 1370 y 1372 C.C. y 455 C. Com., sostuvo el carácter absoluto del derecho a rechazar la cosa en la compra a ensayo (C. Com. Cap., 6.4.43, J.A. 1943, II, 503 y L.L. 30,265).

25. — El que con mención de los arts. 902 y 1109 C.C., resolvió que el locador no debía indemnizar los perjuicios que al locatario causó el desalojo por mejoras, no obstante haberle ocultado su propósito de reedificar (C. Civ. 2º Cap., 4.3.43, L.L. 30,678).

26. — Los que fijaron el alcance del concepto de "uso abusivo" como causal de desalojo (C. 2º C.C. La Plata, 28.4.53, L.L. 70,497; C. Ap. Mercedes, 24.12.54, J.A. 1955, II, 395 y L.L. 78,20; C. Ap. Dolores, 10.6.52, L.L. 67,285).

27. — Los que se fundaron en la interpretación de la ley (C. Com. Cap. S. "A", 31.3.54, J.A. 1954, III, 379; C. Ap. Trabajo Cap. S. P, 28.11.47, L.L. 49,831; C. 2º C.C. La Plata, 27.5.52, L.L. 66,712; Trib. Trabajo n° 6 San Martín, 28.5.56, J.A. 1956, III, 334 y L.L. 85,494).

28. — El que pretendiendo interpretar los arts. 1197, 1198 y 1622 C. C., en base al "recto sentido de la justicia" y a las exigencias superiores de la justicia", consagró una iniquidad, con desconocimiento de lo dispuesto por el art. 2065 C. C. (C. Civil 2º Cap. 6.6.38, L.L. 10,881).

29. — El que, sobre la base de sus propias consideraciones, solo pudo fundarse en los principios que rigen el pago por consignación (C. Ap. Mercedes, 11.5.54, L.L. 75,80).

30. — El que calificó impropriamente de abusiva la huelga que debió llamar ilícita, ilegítima o ilegal (C. Fed. Mendoza, 27.12.49, J.A. 1950, II, 404).

31. — El que consideró que la retención indebida no constituía, por sí sola, un acto generador de daños y perjuicios (C. Com. Cap., 12.6.31, J.A. 35,1423) y el que, incurriendo en un grosero error de derecho, estimó que constituía un "abuso del derecho" la negativa a substituir el derecho de retención por una garantía equivalente (C. Ap. Mercedes, 30.12.54, J.A. 1955, II, 320).

D) DERECHO PROCESAL.

a) Medidas precautorias.

32. — Algunos autores citan erróneamente como caso de aplicación de la teoría un fallo en que la misma no es mencionada (C. Com. Cap., 7.8.41, J. A., 75, 696).

33. — La mayoría de los fallos se fundan en disposiciones legales y no en la teoría del "abuso del derecho", innecesariamente invocada (C. Civ. 1º Cap., 7.7.37, L. L., 7, 247; C. Civ. Cap., S. "A", 19.8.52, L. L., 72, 606; C. Com. Cap., 31.8.38, J. A., 63, 677 y L. L., 11, 1198; C. Ap. Trabajo Cap., S. IVº, 28.4.53, L. L., 71, 422; C. Ap. Mercedes, 18.7.35, J. A., 59, 1018; S. C. Salta, 17.12.53; J. A., 1954, I, 304).

34. — Otros fallos se fundaron no en la teoría del "abuso del derecho", que mencionaron sin necesidad, sino en el principio fundamental en materia de medidas precautorias de que ellas no deben ir más allá de lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho de que se trate (C. Civ. 2º Cap., 15.10.46, L. L., 44, 304; C. Ap. Curuzú Cuatiá, 14.10.54, J. A., 1954, IV, 331).

35. — En fin, otros fallos dijeron que no había "abuso del derecho", donde debieron expresar que no había hecho ilícito (C.

Civ. 1° Cap., 18.10.26, J. A., 22, 879; C. Ap. Civil Cap., S. "D", 10.9.54, L. L., 77, 401).

b) *Interdicto de obra nueva.*

36. — En esta materia se cita erróneamente por algunos autores un fallo como ejemplo de aplicación de la teoría, cuando lo que se decidió en definitiva era que, de haber existido responsabilidad, ella se habría fundado en la existencia de un hecho ilícito, en la culpa, y no en el "abuso del derecho" (C. 1° C. C. La Plata, 24.6.32, J. A., 38, 897 y S. C. Bs. As., 30.11.34, J. A., 48, 623).

c) *Juicio ejecutivo.*

37. — Por lo que se refiere al juicio ejecutivo, el principio general es que en el mismo no es invocable el "abuso del derecho" (C. 2° C. C. La Plata, 21.2.56, J. A., 1956, II, 72).

38. — Se invocó en alguna ocasión el "abuso del derecho" donde había hecho ilícito (C. Ap. Civ. Cap., S. "B", 12.11.52, J. A., 1952, IV, 445 y L. L., 69, 7).

39. — En los dos casos a nuestro juicio más importantes, en que se invocó la teoría, no se dio ninguno de los requisitos que según las diversas doctrinas autorizan a decidir la existencia del "abuso", y el primero de ellos es una demostración elocuente de las monstruosidades jurídicas a que puede llegar un fallo en su afán de hacer aplicación de la teoría (C. Ap. Civ. Cap., S. "A", 18.10.57, L. L., 81, 530; C. Ap. Com. Cap., S. "A", 31.3.54, J. A., 1954, III, 879).

d) *Desalojo.*

40. — Las juicios de desalojo en que se echó mano de la teoría del "abuso" se fundaron en realidad en textos legales (C. Ap. Civ. Cap., S. "B", 16.7.52, J. A., 1952, IV, 41; C. Paz Cap., S. IV°, 18.10.55, L. L., 81, 218; C. Ap. Rosario, S. III°, 14.5.48, L. L., 51, 403).

e) *Demanda; querrela; incidente.*

41. — En materia de demandas, querrelas e incidentes, la procedencia o improcedencia de la pretensión, la exención de imposición de costas y la existencia o no de responsabilidad se determinarán por la existencia o inexistencia de derecho, de razón probable probable para litigar y de dolo o culpa y no por la teoría del "abuso del derecho" superfluentemente invocada (C. Fed. Cap., 6.4.34, J. A., 46, 31; C. Ap. Trabajo Cap., S. IV°, 24.4.53, J. A., 1953, IV, 424; C. 2° Ap. Santa Fe, 21.12.54, Juris (Rosario), 6, 281; C. Ap. Com. Cap., 15.7.38, L. L., 11, 334; C. Civ. 2° Cap., 27.12.38, L. L., 13, 110; C. Civ. Cap., S. "D", 20.4.54, J. A., 1955, I, 145 y L. L., 75, 208).

E) OTROS FALLOS Y CASOS.

a) Derecho Administrativo.

42. — En materias vinculadas al derecho administrativo, mencionó innecesariamente el "abuso del derecho" el fallo que dijo que tal abuso no existía, cuando lo que quiso decir era que no existía ilegalidad ni despojo en la ocupación inmediata de un inmueble expropiado (C. S., 23.240, J. A., 69, 594 y L. L., 17, 674).

43. — Lo mismo cabe decir de aquellos fallos que consideraron existía "abuso del derecho", cuando lo que en realidad había era violación del contrato y de la ley (C. S., 6.1044, J. A., 1944, IV, 735), o responsabilidad administrativa por haberse ejercido la función fuera de los fines de la ley (C. Civ. 1º Cap., 23.546, J. A., 1946, II, 597), o por la revocación de una concesión (S. C. Ba. As., 1.12.53, D. J. B. A., 564, XLI, 71), o aplicación de disposiciones referentes al "principio de prueba por escrito" y a la legítima defensa (C. 2º C. C. La Plata, 19.849, L. L., 57, 31), o responsabilidad fundada en el art. 1169 C. C. y en la existencia de culpa y daño (C. Fed. Rosario, 27.541, L. L., 23, 237).

b) Denuncia.

44. — En materia de denuncias, carece de objeto hablar de inexistencia de "abuso del derecho" cuando la denuncia es legítima (C. 1º C. C. La Plata, 8.747, J. A., 1947, II, 835 y L. L., 47, 589), o de denuncia abusiva allí donde sólo puede hablarse de denuncia dolosa o culposa (C. Com Cap., S. "B", 18.553, L. L., 80, 103; S. C. Tucumán, 28.9.51, L. L., 66, 414).

c) Inacción.

45. — En materia de inacción, un fallo que obligó a hacer lo que la ley no mandaba, invocando la teoría del "abuso", constituyó un caso de prevaricato (Cám. Central Paritaria, 18.12.52, J. A., 1954, II, 158 y L. L., 77, 111) y otro que, referente a la responsabilidad por la inacción, mencionó innecesariamente la doctrina, admitió que tal responsabilidad sólo existe cuando hay culpa u obligación de obrar (C. Civ. 2º Cap., 18.839, J. A., 67, 556 y L. L., 16, 198).

d) Otros casos de invocación innecesaria, absurda o grotesca de la teoría del "abuso del derecho".

46. — La teoría fue innecesariamente mencionada en un fallo en la aplicación analógica de una ley (C. 2º C. C. La Plata, 13.10.53, J. A., 1954, I, 248); fue absurdamente invocada en las decisiones judiciales que expresaron que el "abuso" existiría si se recono-

ciese un derecho a quien carece de él (C. Civ. Cap., S. "D", 1.953, J. A., 1954, I, 114), o si no se anulase el matrimonio que se debiese anular (idem, 10.8.54, J. A., 1954, IV, 226) ; y fue, por último, grotescamente invocada en un fallo que expresó que ella permitía apartarse del principio "dura lex sed lex", y tener por auténtico un documento que, por expresa disposición de la ley, no lo era por faltarle la legalización del Tribunal Superior correspondiente (C. Civ. Com. Especial y Cont. Adm. Cap., 18.12.51, J. A., 1952, II, 336, y L. L., 66, 498).

II — CONCLUSIONES

a) *La invocación jurisprudencial del "abuso del derecho" ha sido casi siempre inútil o errónea.*

1. — De los ciento treinta fallos que hemos analizado (el capítulo precedente contiene la síntesis de dicho análisis con respecto a ciento siete fallos) hemos encontrado cincuenta en los cuales no se hizo aplicación de la "teoría del abuso" o ni siquiera se la mencionó. En otros setenta fallos hemos constatado que la teoría se mencionó o invocó inútilmente, pues las respectivas decisiones se fundaron expresamente en disposiciones legales. Y otras dos sentencias que se fundaron en el "abuso del derecho" lo fueron con evidente error, ya que pudieron y debieron hacerlo sobre la base de normas legales (Ver cap. anterior, N° 11).

b) *Además de errónea, la invocación de la teoría ha sido, en algunos casos, peligrosa y perniciosa.*

2. — Quedan sólo ocho casos en los que las decisiones que los resolvieron sólo pudieron hacerlo en la forma que lo hicieron, invocando la teoría del "abuso del derecho" (Ver cap. anterior, Nos. 7, 28, 31 (Cám. Ap. Mercedes), 39, 45 (Cám. Centr. Paritaria) y 46 (Cám. Civ. Com. Esp. y Cont. Adm. Cap.). Basta la lectura de tales fallos para constatar que las decisiones a que los mismos arribaron fueron erróneas y/o injustas y, con ello, lo peligrosa y perniciosa que puede resultar la invocación de la teoría.

c) *La teoría del "abuso" reposa sobre una base falsa.*

3. — Pero, aparte de esos títulos, la teoría puede merecer otro, que es la razón de ser de los demás: es falsa, porque reposa sobre una base falsa: la confusión del "abuso de los derechos" con la "relatividad" de los mismos, puesta brillantemente de relieve por Allende en un estudio publicado en 1956 que, hasta el presente, no ha recibido réplica (Allende, Guillermo L.: "Relatividad de los

derechos y Abuso del derecho (Dos principios distintos confundidos en la doctrina)", *La Ley*, t. 83 (secc. doctr.), pág. 923/926).

d) No existe una "teoría del abuso del derecho".

4. — ¿Es que acaso existe realmente una "teoría del abuso del derecho"? La respuesta negativa se impone, porque lo que existe al respecto son distintas teorías que, sin razón valedera, pretenden englobarse en la denominación de "teoría del abuso del derecho", ya que no podría encontrarse otro "común denominador" que las abarcase a todas ellas que el que, con toda precisión, ha enunciado Allende: "Consiste en la existencia de una norma que autoriza al juez, en determinados casos, a no otorgar un derecho expresamente establecido en la ley" (Allende, Guillermo L., *public. cit.*). Pero esas diversas teorías difieren entre sí, en tal grado, que alguna de ellas está más distante de las otras que de la negación del "abuso".

5. — Es lo que ocurre con el sistema del C. C. Alemán, al no permitir el ejercicio del derecho cuando no tiene otro propósito que el de perjudicar a alguien, sin interés o beneficio alguno para su titular. Partiendo de la concepción jurídica que admite la existencia del derecho subjetivo, y definido éste como un "interés jurídicamente protegido" (Ihering), mediante un "poder atribuido a una voluntad" (Savigny), es claro que tendríamos que aprobar la solución del C. C. Alemán, pero no porque en tal supuesto —inexistencia de interés para el titular— haya "abuso del derecho", sino porque en tal situación no existiría derecho, de acuerdo al concepto que de éste se ha dado.

e) Consecuencia de la identificación del "abuso del derecho" con la relatividad de los derechos.

6. — Ahora bien, coloquémonos por un momento dentro del planteo de los partidarios de la "teoría del abuso", que identifican la misma con la relatividad de los derechos y, entonces, uniremos nuestra voz a la del gran jurista y maestro que dijo: "No puede haber discrepancias en punto al «abuso del derecho». La discrepancia existe en esto: en la determinación del «abuso del derecho». Yo siempre he considerado peligroso atribuirlo a los jueces. No porque presuponga su falibilidad o arbitrariedad; muy al contrario, sino su incompetencia para suplir la función legislativa" (Bleisa, Rafael, en "Actas del 2º Congreso Nacional de Derecho Civil", I, pág. 173).

f) El verdadero sentido de la "teoría del abuso".

7. — La oposición entre los partidarios de la teoría del "abuso del derecho" y sus impugnadores tiene, en el fondo, una raíz jus-

filosófica. Substitúyanse los términos "abuso del derecho" por la palabra "injusticia" y en nada habrá cambiado el pensamiento de los sostenedores de la teoría. Arrojen, pues, sus partidarios la "máscara del abuso" y la oposición de que tratamos se pondrá al descubierto, por un lado, como la oposición entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, entre la Teoría del derecho natural y la Escuela histórica del derecho y, por el otro, como un reflejo del dualismo jusfilosófico: el "concepto del derecho" y la "idea de la justicia".