MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL, EN MATERIA DE EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS

Boletín N°11108-07

I. ANTECEDENTES

No es ignorado por nuestra doctrina y jurisprudencia que la figura del abuso del derecho se ha indo incorporando a las justificaciones y considerandos de numerosas sentencias y referidas a temas tan variados como la responsabilidad contractual y extracontractual, la ejecución de los contratos y otros. De hecho positivamente, ya ha sido reconocido tanto a nivel de la legislación laboral como tributaria y, en este último caso, precisamente como uno de los elementos sustantivos de la última gran reforma que se aprobó hace pocos años.

Sin embargo, existe una nebulosa en cuanto a su aplicación, pues dado que no tiene un reconocimiento general y tampoco en texto expreso en nuestra legislación común, especialmente el Código Civil, mucho de lo que se resuelve por los tribunales, queda más bien entregado al buen entendimiento y criterio de los jueces que, por ser subjetivos, impide encontrar una línea de desarrollo clara en torno a la institución jurídica en comento. Estos mismos desafíos ya han sido asumidos por el derecho comparado y sólo como una muestra de ello podemos anotar los siguientes casos:

a) En el Código Civil argentino, después de la reforma de 1968, se incluyó en su artículo 1071, la siguiente disposición: "*El ejercicio regular de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraria los fines que aquella tuvo en mira de reconocerlos, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*". El actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vigente desde el año 2015 también incorpora una norma referida al abuso del derecho: "*Artículo 10.-Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del*

ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

b) El Código Civil peruano de 1984 en su Título Preliminar artículo II, dispone: "*La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda*". Por su parte el artículo 924 del mismo cuerpo legal señala que "*Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusó en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados*".

c) En Paraguay nos encontramos con una situación parecida, pues el artículo 272 del Código Civil de 1987, dispone: "*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar, aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente*".

d) El Código Civil Brasileño de 2002, en su artículo 187 señala: "*También comete acto ilícito el titular de un derecho que en su ejercicio excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe y por las buenas costumbres*".

e) El Código Civil Suizo de las Obligaciones de 1907, en el artículo 2 señala "*El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley*".

f) El Código Civil griego de 1941, en su artículo 281 indica: "*El ejercicio de un derecho está prohibido si sobrepasa manifiestamente los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres, o con el fin social o económico de dicho derecho*".

Es fácil darse cuenta a través del elenco previamente reseñado de disposiciones legales, que la figura del abuso del derecho ha tenido reconocimiento positivo a lo largo del tiempo y de diferentes ordenamiento jurídicos. Este fenómeno se debe, en gran parte, a que la institución misma del abuso del derecho, tal como denuncia un autor, "…*ha sido estudiado desde diversos puntos de vista, confirmándose a través de ellos que tanto su concepto como su formulación teórica es dificultosa, al punto que no existe hasta hoy consenso en torno a sus elementos constitutivos*." (TERRAZAS PONCE, Juan David, *Abuso del derecho: definiciones en torno a su origen*, en Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 279). Y a propósito de ello, basta con consignar que su configuración moderna, sólo fue enunciada JOSSERAND en 1905 a través de su libro *L'abus des droits*. No nos referiremos ahora a la polémica suscitada en torno a esta teoría y la recepción que, en su momento, tuvo por parte de la doctrina, especialmente porque la misma ha sido superada por los hechos y prueba de ello es la consagración positiva que en los varios ordenamiento jurídicos ya consignados ha tenido la institución. Si resulta importante señalar, en todo caso, que JOSSERAND formuló la teoría en base a la verdadera discrecionalidad y hasta arbitrariedad que observó en el ejercicio de los derechos, idea heredada de las visiones iusfilosóficas propias de la Revolución Francesa (sobre este particular, es importante lectura el libro *El espíritu de los derechos y su relatividad*, de LOUIS JOSSERAND, México, 1946).

Incluso la misma expresión "abuso del derecho" ha sido criticada por PLANIOL, ROTONDI y entre nosotros por RODRÍGUEZ GREZ (RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, 1997), pues se sostiene que no es posible abusar de un derecho, ya que el mismo sólo puede ser ejercido bajo las condicionantes y limitaciones que dispone la ley. Fuera de estos límites, ya no se está "ejerciendo el derecho", sino que se está haciendo un ejercicio de hecho de una facultad que no se tiene y no está reconocida por el ordenamiento jurídico.

Más allá de esta disquisiciones de carácter doctrinario y hasta semántico lo cierto es que nuestra propia jurisprudencia, ya ha tomado partido en torno al concepto de abuso del derecho. Es así como la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que "*Cualquiera sea el ámbito de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia,*

irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítimas, intención del agente de perjudicar o con desvío de los fines de la institución para los que fue concebida o incluso aplicado a procedimientos judiciales, es evidente que, de parte del agente causante del mal, debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar perjuicio a su contraparte o cocontratante. Esta intención de perjudicar no sólo debe manifestarse como es lógico cuando se actúa en la órbita de la responsabilidad extracontractual, sino también para el caso en que el acto se ejecuta excediendo el interés jurídicamente protegido… En relación al abuso del derecho, se ha dicho que en Chile no se avanza nada desde el punto de vista jurisprudencial, de acuerdo con las actuales doctrinas sobre la materia, restringiendo su aplicación a lo que ha dicho Alessandri en cuanto a someter el principio a las normas que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil, ese abuso no es sino una especie de acto ilícito. Sin embargo, el profesor Pablo Rodríguez Grez, en sus trabajos sobre "De la relatividad jurídica" y "La obligación como deber de conducta típica", critica esta aplicación restringida y avanza a su extensión sosteniendo: «aplicando estos conceptos a la materia que nos ocupa, digamos que quien ejerce su derecho (nacido de un contrato) dolosa o culpablemente, vale decir con miras a obtener un provecho que no le corresponde causando un daño, o con descuido, negligencia o falta de la debida atención, rompe el equilibrio de las prestaciones equivalentes por un hecho posterior al contrato que lo obligará a reparar el perjuicio causado. Paralelamente quien ejerce el derecho más allá a la realización del interés jurídicamente reconocido y protegido por la norma positiva, también romperá inevitablemente la interrelación de las prestaciones, haciendo que una de ellas sea más gravosa que la otra y contraviniendo la conmutatividad original». Por último, como señala el profesor don Fernando Fueyo Laneri en su libro Instituciones de Derecho Civil Moderno (Editorial Jurídica de Chile), pág. 295, hace una conclusión expresando que «El ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él: el fraude a la ley, la teoría de la causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración de la ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno»" (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1330-1990, considerando 2° y 4°).

El fallo reproducido parcialmente en el párrafo anterior, hace referencia al desarrollo que en la doctrina nacional ha tenido el tema, pero para efectos de sistematizar adecuadamente dicha evolución y tomando en consideración que en nuestro ordenamiento jurídico falta una norma expresa sobre el particular (en nuestro ordenamiento jurídico sólo existen normas dispersas que se encuentran inspiradas en la figura del abuso del derecho y que recurrentemente son citadas a propósito de ello: artículo 945 del Código Civil (derogado) y que pasó al artículo 56 del Código de Aguas; artículos 197; 328; 2110; 2111 y 2112 del Código Civil; artículo 280 del Código de Procedimiento Civil; artículo 100 del Código de Comercio; artículo 75 de la Ley General de Bancos; artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas; artículo 48 de la Ley de Copropiedad Inmobiliaria), la teoría del abuso del derecho ha sido marcado por hitos relevantes, todos los cuales comienzan con lo razonado por ALESSANDRI (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, 2ª edición, Editorial Ediar-Conosur, Santiago de Chile, 1983, pp. 261 ss.), en términos de que este debe considerarse como una especie de ilícito civil: hay abuso del derecho cuando aquel se ejerce dolosa o culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios. Indudablemente, mucho de nuestra jurisprudencia y gran parte de la doctrina, se encuentran inspirados en esta idea matriz, lo que se ve refrendado en la medida que se verifica que la mayoría de las sentencias y trabajos referidos al abuso del derecho, se enmarcan en el contexto de la responsabilidad extracontractual. En la misma línea, LÓPEZ SANTA MARÍA (LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*. Parte general. Tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 305 ss.), opina que el abuso del derecho no es una figura autónoma, sino una manifestación concreta de la responsabilidad civil extracontractual y siguiendo el camino, Barros (BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 646 ss.) también lo considera un ilícito civil: en general, en la regulación de la responsabilidad civil el ejercicio de un derecho opera como una causal de justificación que permite eliminar el juicio de ilicitud de la conducta. Pero esto cesa si el derecho no es ejercido de forma regular; por lo mismo cuando el ejercicio del derecho es abusivo, también será culpable o doloso, de manera que por la sola aplicación de

las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual resulta obligado a indemnizar quien en ejercicio abusivo de su derecho daña a otro.

FUEYO (FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 275 ss.), marca el punto de arranque de una visión distinta del abuso del derecho, pues cree que se trata de un principio general de derecho, toda vez que el ejercicio abusivo de los derechos puede darse respecto de cualquier derecho subjetivo, sin limitaciones, por lo que resulta recomendable que esta materia fuera tratada en la parte general o Título Preliminar del Código.

Finalmente, RODRÍGUEZ GREZ (RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *De la responsabilidad extracontractual*, pp. 79 ss.), discrepa de todo lo hasta aquí señalado, pues cree que lo que nosotros conocemos como "abuso del derecho", es una figura distinta que resulta de la desviación o extensión excesiva del interés jurídicamente protegido en el derecho subjetivo. El que "abusa del derecho" extiende el interés más allá de los límites propios o lo desvía hacia una dirección contraria a la ley.

Como se ve, en general podríamos afirmar que estas son las dos tendencias que resumen la situación en nuestro país: entender el abuso del derecho como un tipo de ilícito civil (mayoritaria); o bien, como un principio general de derecho (minoritaria). Las diferencias son sustanciales, pero basta señalar que si optamos por la primera tesis, el resultado más importante de ello es que la sanción relacionada con nuestro objeto de estudio será siempre la indemnización de perjuicios. Por el contrario, si optamos por darle una configuración más amplia, las posibilidades de reparación para la víctima son mucho mayores, pues ya no sólo sería la indemnización sino también podría optarse por paralizar el acto abusivo u otras medidas similares.

Sin embargo y más allá de estas discusiones netamente doctrinarias y carácter más bien técnico, lo importante es destacar cuál sería la importancia práctica de contar con una disposición específica que tratara el tema del abuso del derecho. Y aquí nos parece imprescindible seguir a ORDOQUI CASTILLA (*Abuso de Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010) en el sentido de que para algunos autores el abuso del derecho sólo rige en el ámbito expresamente previsto por la norma, lo que parece ilógico si se piensa que en realidad su proscripción (la del abuso del derecho) es transversal a toda el

ordenamiento jurídico: **así por ejemplo en materia contractual, se presenta como un abuso de poder, tal como se manifiesta en el caso de la rescisión de los contratos o la revocación de un mandato; en el ámbito comercial (competencia desleal); laboral (despido abusivo o huelga abusiva); procesal (ejercicio abusivo de la acción o del derecho a impugnar las resoluciones judiciales), etc**.

De esta forma, y tal como señala nuestro autor, en el ámbito estrictamente contractual, el abuso puede darse en la información recopilada para las tratativas previas, estableciendo condiciones poco equilibradas o poco transparentes. Adicionalmente, pueden darse situaciones abusivas en la ejecución o interpretación de un contrato, como ocurre con el arrendador que aprovechándose de la norma que le permite verificar el estado de la cosa arrendada, finalmente entorpece al arrendatario en el uso efectivo de la cosa, hasta el punto de transformarse en una situación intolerable y por esa vía, poner fin al contrato que estaba siendo cumplido íntegramente por este.

Evidentemente, esto tiene un límite y tal como sostienen algunos autores (López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 2004, p. 280) "…*el abuso del derecho en el ámbito contractual no puede ser invocado para revertir malos negocios sino contra el aprovechamiento o la ventaja obtenida en forma inmoral o maliciosa*".

Para los efectos de determinar los requisitos que se deben reunir para que estemos frente al abuso del derecho, seguiremos la opinión de RODRÍGUEZ GREZ (*El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 82 ss.). Así, entendemos que se requiere:

a) **Existencia de un derecho subjetivo**. El único autorizado para «abusar» es el titular de un derecho subjetivo. Pero cualquier acto ejecutivo al margen de un derecho subjetivo no da lugar a un «abuso», sino a una transgresión del ordenamiento normativo, a una ilegalidad. El «acto abusivo» estará siempre ligado al ejercicio de un derecho subjetivo debidamente caracterizado.

b) **Existencia de una «pretensión» o de una «prestación» fundada en el ejercicio de un derecho subjetivo**. El acto abusivo supone formular una pretensión –reclamar una conducta ajena- sobre la base de poner en movimiento un derecho subjetivo cuya titularidad

se invoca, reclamando el poder coercitivo del Estado. “Si este derecho no existe, la situación escapa del abuso, puesto que sólo puede abusarse de aquello que se tiene, jamás de aquello de lo cual se carece”.

c) **La pretensión o prestación que se reclama no corresponde a la satisfacción jurídicamente protegida o bien lo excede y sobrepasa**. La exigencia que plantea el titular del derecho subjetivo o el provecho que recibe no cae dentro de los límites previstos por el derecho objetivo. Es decir, la conducta que se reclama no generará la prestación que se halla prevista en la norma.

d) **Que no se trate de aquellos casos en que el interés protegido está dimensionado en la norma misma**. O se haya excluido el equilibrio original por voluntad de las partes que intervienen en la relación jurídica.

e) **Finalmente, debe entenderse que la satisfacción de la pretensión o el contenido de la prestación, en a forma en que ella está planteada, causará un daño patrimonial al obligado**. El abuso es un acto calificado por e resultado y la teoría en que se sustenta está apoyada en un principio fundamental de responsabilidad.

Para el autor citado, “*El concepto de abuso del derecho que, entonces, reservado para el caso de que el agente haga valer una pretensión al margen de los intereses jurídicamente protegidos o excediendo dichos intereses. Si el titular del derecho se encuadra en el interés protegido, pero lo ejerce con la intención de provocar daño al sujeto pasivo, o negligentemente, no «abusa», porque abusar supone un exceso que, en este caso, no puede estar referido más que al interés asegurado y amparado en la norma que regula la relación jurídica*” (p. 16).

Por ello conviene diferenciar el abuso del derecho de otras figuras afines, lo que permite dimensionar adecuadamente la pertinencia de regularlo positivamente. Otra vez recurriremos a RODRÍGUEZ GREZ para explicar esta situación:

1. En cuanto al abuso circunstancial. Se trata de hacer valer los intereses jurídicamente protegidos en un escenario fáctico distinto de aquel en que el derecho subjetivo se constituyó, de modo que el beneficio que se obtiene es sustancialmente superior o inferior al que habría correspondido en la misma hipótesis originalmente. Esta situación se produce

si se ha adquirido un predio, por ejemplo, el que luego se devalúa y, para revertir la operación, se intenta una acción de nulidad que conlleva la restitución del inmueble y del pago del precio.

La ley contempla excepcionalmente algunos casos de abuso circunstancial, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la lesión enorme: para evitar que se de la situación antes descrita se dispone que el comprador, pronunciada la sentencia de rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido.

"*Presupuesto importante de esta teoría es formular un distingo que tiene plena y cabal acogida en los hechos: al ejercer un derecho subjetivo se desencadena una primera fase, que denominaremos «invocativa» o «pretensiva», ya que ella se caracteriza porque quien reclama la satisfacción del interés amparado por el derecho subjetivo fija, por sí mismo, los límites de éste. En ella, por lo tanto, predomina la voluntad de quien invoca el derecho al amparo de la pretensión. Será en definitiva, tarea del juez establecer si el interés reclamado corresponde al titular, lo cual equivale a decidir si el derecho que se reclamó existe o no existe. Reconocido el derecho sobreviene una segunda fase, que denominaremos «prestacional» (aludimos con ello a la «prestación»), en la cual se dimensiona o delimita el contenido del interés susceptible de satisfacerse en nombre del derecho subjetivo. El concepto de «abuso del derecho» se da en la primera fase o fase «invocativa» (es en ella cuando el sujeto manifiesta su pretensión y fija los límites de los intereses que persigue satisfacer). Es en esta fase, también, cuando se puede exceder el interés jurídicamente protegido o desviársele. El «abuso circunstancial» se da en a segunda fase, esto es, cuando el derecho subjetivo se ha ejercido y reconocido y procede determinar la «prestación». El abuso resulta del hecho de que el contenido de ella (la prestación) sobrepasa el interés que sirvió para poner en movimiento el derecho subjetivo. El abuso circunstancial es muchísimo más perverso que el abuso del derecho, porque, al menos en parte, está impregnado de legitimidad, lo cual explica que no se advirtiera con facilidad su consumación o que, incluso, se tienda a pensar en su legitimidad*…" (p. 92 y 93).

2. En cuanto al abuso de posición. Esta situación se presenta cuando los sujetos ligados a una relación jurídica subjetiva cambian los «roles» que a cada uno correspondían al momento de gestarse la mencionada relación. En nuestro ordenamiento jurídico existen varias normar que se refieren al particular como por ejemplo el artículo 423 del Código Civil, que tiene por objeto compensar la situación de menoscabo en que queda el pupilo frente a un guardador que, aprovechándose de su situación , obra dolosa y culpablemente en perjuicio de su representado. Otro tanto ocurre en el caso del artículo 662 del Código Civil.

Donde más claramente se ve esta situación es a propósito del artículo 85 de la Ley 18.045 de Mercado de Valores.

Cómo puede constarse la legislación común y la más específica regulan el abuso de posición. Pero no se ha propuesto una teoría general de esta conducta.

El abuso de posición supone el quebrantamiento del equilibrio original, es decir, el que existía al momento en que se generó la relación jurídica.

3. En cuanto al abuso de contratación. Este tipo de abuso se confunde con el fraude a la ley, el que se caracteriza por realizar una serie de convenciones, cada una de ellas lícita y regulares, pero cuyos efectos combinados eluden el espíritu de la ley.

Para que se presente la figura del fraude a la ley, es necesario que este conjunto de actos no pueda ser impugnado por otra vía. De hecho entre sus requisitos se cita que "…*la solución que se pretende por la vía de reprimir el fraude a la ley no sea posible por otro procedimiento que ofrezca el ordenamiento jurídico; no se puede hablar de fraude a la ley cuando el acto admite impugnación por cualquier otro procedimiento. Por lo mismo es que se ha calificado al fraude a la ley como un remedio in extremis*".

"*Ambos, es indudable que tienen en común una desviación o exceso que se intenta lograr en relación con límites impuestos por el ordenamiento jurídico. En ello parece existir consenso entre los autores. La intencionalidad también es un elemento que concurre en ambos institutos, aunque los rasgos del contenido de esa intencionalidad sean matizadamente diferentes en cada caso. Bien merece agregarse, sin embargo, que en uno y otro caso concurren –o es el presupuesto condicionante- la interpretación e integración de la norma de un modo amplio y flexible en el ejercicio abusivo de los derechos para fijar*

exactamente los efectos que han de darse a la ley defraudada y a la ley de cobertura. Una vez más, el problema se traslada, en última instancia, a la interpretación e integración del derecho".

Mucha se ha referido sobre si el fraude a la ley es una especie dentro del género del abuso del derecho o bien si se trata de dos figuras distintas. Sobre este particular RODRÍGUEZ sostiene que "*También se ha querido ver una confusión entre la teoría del abuso y al del fraude a la ley, cunado se ordena por el legislador la remisión de actos cumplidos legalmente, pero realizados con la intención de defraudar a sus acreedores. Capitant, a propósito de la acción pauliana, dice que el deudor que hace una donación o simula un acto para defraudar a sus acreedores, no abusa de su derecho; él comete un acto fraudulento y todo acto fraudulento es ilícito. De todas maneras no se encuentra una distinción clara entre estas dos instituciones a través de los autores que las han estudiado; así, hay quienes dicen que el abuso del derecho consiste, sobre todo, en lesionar intereses privados, mientras que el fraude a la ley perjudica el interés social; no obstante, según hemos visto más arriba, la teoría del abuso participa de ambos intereses, los cuales se han de tener presentes para calificar el acto abusivo; otros autores mantienen que el abuso del derecho es el género de los actos ilícitos, y e fraude a la ley una especie de este género, que se caracteriza por las desviaciones empleadas, pues una vía directa y menos disimulada, posición que impone, en primer término, dilucidar si el acto abusivo es, naturalmente, acto ilícito, y después, que es muy discutible la diferenciación*" (LINO RODRÍGUEZ- ARIAS BUSTAMANTE, *El abuso del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 2ª edición, 1971, pp. 134-5).

De acuerdo a la opinión de RODRÍGUEZ GREZ (p. 107), "*…el fraude a la ley es efectivamente la elaboración de un artificio mediante la celebración o ejecución de dos o más actos jurídicos, independientemente legítimos o irreprochables, pero cuyo resultado apunta a un fin prohibido y sancionado en la ley. No se trata sólo de sustraerse de una obligación, sino más precisamente satisfacer un interés jurídico que las normas no han reconocido. Es, por lo tanto, una especie dentro del concepto de abuso del derecho, porque la construcción del artificio supone el ejercicio torcido o excesivo del derecho a contratar libremente y sin más restricciones que aquellas consagradas en el derecho subjetivo. En el*

abuso del derecho, genéricamente considerado, la desviación del ejercicio de la facultad amparada en la ley se realiza directamente, extendiendo el interés a un campo que está fuera de los límites establecidos en la norma jurídica. De lo dicho se sigue que para que estemos en presencia de un caso de fraude a la ley es necesario que se ejecute una combinación de actos jurídicos, relacionados entre sí, cuyos efectos desbordan los intereses jurídicos tutelados, burlándose, de este modo, la prohibición legal".

Puestas así las cosas, resulta fácil comprender la importancia de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico una norma que permita la sanción, en el ámbito que se requiera, del abuso del derecho, tal como ya se ha hecho en el derecho comparado.

Desde las perspectiva recién anotada y tal como también ocurre en el derecho comparado, lo más propicio es introducir una norma en el Código Civil para que la misma pueda ser utilizada transversalemente, tal como ocurre por ejemplo, con la relativa a la buena fe.

Con dicha norma lo que se busca es, en definitiva el ejercicio lícito de los derechos consagrados en nuestra legislación, de tal manera que los mismos no puedan ser desviados de los fines para los cuales fueron creados y se respete tanto el texto como el espíritu de la legislación, más allá de la época y del derecho o facultad que se quiera poner en ejercicio. En lo concreto, ello podrá resolver temas tan arduos como la aplicación de la teoría de la imprevisión, el abuso en el ejercicio de las facultades derivadas del derecho de propiedad, en la contratación, en los temas derivados de la responsabilidad contractual y extracontractual, el ejercicio abusivo de la acción y tantos otros que, transversalemente, se encuentran presentes en nuestro ordenamiento jurídico. Con ello, ponemos a tono de las legislaciones más avanzadas, por lo menos en este tema, nuestro propio ordenamiento, al punto de pretender lograr una situación semejante a la que hoy está presente en el sistema español a propósito del artículo 7.2 del Código Civil, que reza: "*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antosocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intenciòn de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los limites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de la medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*". A partir de la incorporación de

esta norma, los tribunales de justicia españoles ya no tuvieron que hacer una alambicada exposición de fundamentos para fallar en justicia respecto de la abundante casuística solucionable a través de esta institución (como referencia general Ver, Cuadrado Pérez, Carlos, La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014).

II. PROYECTO DE LEY

Artículo Único: "*Incorpórese el siguiente artículo 5º Bis al Código Civil "La ley prohibe el ejercicio abusivo de los derechos, entendiéndose por tal aquel que es contrario a las finalidades del ordenamiento jurídico, las buenas costumbres, la moral y la buena fe. El juez se encuentra dotado de las facultades necesarioas para arbitrar todas las medidas necearias a fin de evitar los efectos del ejercicio abusivo del derecho y fijar una indemnización, cuando ello correspondiere".*