

TEMA 25

El Abuso del Derecho¹

SUMARIO: 1. Noción 2. Naturaleza 3. Criterios 4. Requisitos 5. Efectos

1. Noción

Dispone el art. 1185 del CC luego de referirse al hecho ilícito: “...Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

La doctrina refiere que la teoría del abuso de derecho estudia la posibilidad de que una persona incurra en responsabilidad civil al causar un daño a otro en el ejercicio de un derecho subjetivo². Supone un acto realizado en ejercicio de un derecho que cause un daño por convertirse en antisocial, irregular o anormal, al transgredir su ejercicio³. A lo que habría que agregar para ser consecuente con su denominación que dicho ejercicio debe ser “abusivo”.

Consagrado por primera vez en el CC de 1942 por inspiración del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, parece perfilarse como una fuente autónoma de las obligaciones, aunque para algunos constituye un

¹ Véase: ARRAIZ, Rafael Clemente: *Contribución al estudio del abuso de derecho*. En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo I, pp. 153-212; PITTIER, Emilio: *El abuso de derecho*. En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 561-604; URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto: *Procedencia en el Derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, TSJ, 2004, T. II, pp. 639-723; OSCAR, OCHOA: *Ausencia de abuso de derecho en el ejercicio de un derecho contractual*. En: Revista de Derecho Mercantil N° 7-8, enero-diciembre 1989, pp. 315-356; MÉLICH ORSINI, José: *El abuso del derecho en el proceso*. En: Liber Amicorum Homenaje a la Obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1994, pp. 573-599; GONZÁLEZ BAQUERO, J.R.: *La recepción del principio del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico venezolano*. Valencia, Universidad de Carabobo, 1976; *Código Civil de Venezuela. Artículo 1.185...*, pp. 480-574; MADURO LUYANDO, *Curso...*, pp. 709-716; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 101-114; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 38 y 39; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 203-206; SOTO COAGUILA, *La libertad...*, pp. 345-347; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos)*, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/16/.../dtr1.pdf; CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio: *El abuso de derecho y su inclusión en el Código Civil y Comercio unificado, febrero 2012*, <http://aldiaargentina.microjuris.com/201302/28/el-abuso-de-derecho-y-su-inclusion-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-unificado>; RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *El abuso del derecho*, www.garridorengifo.com/.../doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf; MOISSET DE ESPAÑÉS, Luis: *El abuso del derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-25, www.acaderc.org.ar (del mismo y en la misma página electrónica: *Introducción al abuso de derecho*, pp. 1-30); NOVILLO SARAVIA, Lisardo: *El abuso de derecho*, pp. 1-5, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 251-289; PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, pp. 279-305; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 220-226.

² PITTIER SUCRE, *El abuso...*, p. 567.

³ URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, p. 682 y 683.

caso particular de responsabilidad por hecho ilícito, o de responsabilidad civil ordinaria⁴.

Indica una decisión judicial que “se puede definir el abuso del derecho como la materialización del uso u omisión de una facultad subjetiva contrario al principio general de la buena fe y al fin que persigue su otorgamiento. Debe tenerse en cuenta que el elemento principal que permite la determinación del abuso del derecho es la realización de la conducta ilegítima dentro de los parámetros objetivos de una facultad. Es precisamente, esta característica la que permite diferenciar el abuso del derecho de las otras modalidades de actos ilícitos. La titularidad de un derecho no es razón suficiente para justificar actuaciones opuestas al bien común y a los fines del proceso”⁵.

Se discute como se puede dañar en ejercicio de un derecho pero el clásico ejemplo es el caso Doerr, en que se condenó a un ciudadano a demoler una enorme chimenea de adorno sin utilidad alguna que había levantado oscureciendo la propiedad de su vecino⁶. También se cita el caso Clemente Bayard, resuelto por la Corte de Casación Francesa el 3 de agosto de 1915, referido al propietario de un inmueble que para constreñir al dueño de un campo vecino, donde aterrizaban dirigibles, a comprarle su finca en un precio exagerado, edificó inmensas empalizadas terminadas en punta de hierro, que constituían gran peligro para los dirigibles. La Corte decidió que tales empalizadas no tenían utilidad alguna para el propietario constituyendo un abuso de derecho por lo que ordenó su demolición⁷.

Se afirma entonces que la responsabilidad delictual civil no sólo proviene de hechos u omisiones que cometidos con dolo o culpa dañan a otro sino también puede derivar del “ejercicio de un derecho” cuando el mismo es “abusivo” y causa daño. De allí que el abuso de derecho sea fuente de responsabilidad civil⁸, pues se afirma que se trata de un correctivo indispensable del derecho subjetivo para conciliar los derechos individuales con los de la colectividad⁹. Se trata del ejercicio de un derecho que lo desvirtúa y lo niega, al punto que constituye una acción antijurídica¹⁰.

La noción de «ejercicio abusivo de un derecho» es amplia, difusa e imprecisa, llegándose a sostener que se trata de «norma válvula» o «de

⁴ Véase: MADURO LUYANDO, *Curso...*, p. 714; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 38 y 39, figura discutida entre los autores.

⁵ Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11 ASUNTO: BPO2-V-2009-001268 <http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BPO2-V-2009-001268.html>.

⁶ MADURO LUYANDO, *Curso...*, p. 710; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 39.

⁷ PITTIER SUCRE, *El abuso...*, p. 571.

⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 251.

⁹ ARRAIZ, *ob. cit.*, p. 155.

¹⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 220 y 221.

goma», habiendo sido delimitado su alcance por la labor de los tribunales y la doctrina de las últimas décadas, que han desplegado una ardua tarea tendiente a la «purificación del concepto»¹¹. La formulación de la teoría del abuso de derecho fue seguida por una abundancia de trabajos doctrinales sobre la materia: su necesidad social y su imprecisión jurídica constituyeron el campo apropiado para la rapidez de su desarrollo. Si en sus comienzos empezó aplicándose tímidamente al desarrollo de la propiedad, en la actualidad se extiende a la casi totalidad del Derecho Privado¹².

La teoría de la relatividad de los derechos subjetivos fue acogida por la Corte Suprema de Justicia colombiana en la segunda mitad de los años treinta del siglo pasado, con base a la idea de que los derechos deben ejercitarse con prudencia, si no es así, su uso o ejercicio puede generar responsabilidad para su titular¹³. No ha faltado la crítica a la denominación aduciendo que un mismo acto no puede ser al mismo tiempo conforme y contrario a derecho, pero la expresión generalmente ha sido admitida¹⁴.

2. Naturaleza

La doctrina discute si se trata de una fuente autónoma de las obligaciones o es una proyección del hecho ilícito. Se dice que surge como fenómeno político-cultural, como resultado del conflicto de derechos o como una manifestación del hecho ilícito¹⁵.

Refiere Pittier que para constituir una fuente autónoma tendría que tener elementos y consecuencias distintas a las otras fuentes de las Obligaciones, siendo que para que se configure bastan los mismos elementos relativos a la responsabilidad civil en general entre los que se incluye la culpa. Pues aunque con dinámica distinta a la culpa nadie ha pretendido que la responsabilidad por hecho ajeno o por cosas sea una fuente autónoma sino un caso de responsabilidad objetiva¹⁶. Por lo que para el autor el abuso del derecho supone una extensión del concepto clásico de culpa, pues el artículo 1185 del CC contiene dos supuestos de responsabilidad extracontractual: por hecho ilícito y por otra parte el abuso de derecho. Sin embargo el autor concluye que “estos dos supuestos están comprendidos en un concepto amplio de culpa y en consecuencia, en ambas situaciones nos encontramos frente a un hecho ilícito”¹⁷.

¹¹ CASADÍO MARTÍNEZ, *ob. cit.*

¹² RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *ob. cit.*, p. 33, habiendo surgido paralelamente a la teoría civilista del abuso de derecho, la teoría administrativa de la desviación de poder.

¹³ RENGIFO GARCÍA, *ob. cit.*, “La figura del abuso del derecho surgió en la jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídico-culturales del Código de Napoleón, esto es, el formalismo legal y el absolutismo de los derechos y de manera particular el de propiedad”.

¹⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 254 y 255.

¹⁵ Véase: ARRAIZ, *ob. cit.*, pp. 159-166.

¹⁶ PITTIER SUCRE, *El abuso...*, p. 603.

¹⁷ *Ibid.*, p. 604.

Urdaneta Sandoval refiere que la doctrina extranjera ha visto la naturaleza jurídica de la figura como un acto ilícito específico o *sui generis*, es decir, un acto ilícito abusivo. No obstante concluye el autor acertadamente que en nuestro ordenamiento se debe considerar el ejercicio abusivo de los derechos como una fuente autónoma de las obligaciones, que va desarrollando por vía jurisprudencial sus caracteres propios¹⁸. En el mismo sentido, Bernad indica que la mayoría de la doctrina tiende a ubicarlo como fuente autónoma desligada del mero hecho ilícito siendo que su ubicación en la sección del hecho ilícito “no desdice su jerarquía como fuente autónoma de las obligaciones” pues la expresión utilizada por el legislador (“*debe igualmente reparación*”) denota que se está ante un figura diferente a la que precede que es el hecho ilícito¹⁹. Modernamente se considera que el uso de un derecho puede configurar “un abuso”, pues los derechos casi nunca son absolutos y la mayoría son limitados en su extensión²⁰.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la autonomía de la figura: “Haciendo una apreciación integral del artículo anteriormente citado, se contemplan dos situaciones completamente distintas y naturalmente se fijan los elementos que diferencian la una de la otra. El primer párrafo del artículo corresponde a una de esas situaciones en la que se trata de probar que el daño causado fue producto de un hecho intencional, negligente o imprudente de otro, lo cual pareciera sencillo y hasta elemental. En cambio, el segundo caso ...presenta una situación grave y hasta complicada que representa un delicado y complejo problema jurídico, el cual se refiere a “precisar cuándo se ha hecho uso racional de un derecho, y cuando se ha abusado del mismo” o cuando el ejercicio de ese derecho excede “los límites fijados por la buena fe o por el objeto por el cual ha sido conferido ese derecho.” Por lo tanto, el artículo 1.185 del Código Civil, contempla dos situaciones jurídicas totalmente distintas: cuando se procede sin ningún derecho y cuando se abusa del derecho”²¹.

Adherimos a la tesis que ve la figura del abuso de derecho como una institución autónoma, porque si bien ciertamente comparte caracteres comunes como el daño y la relación de causalidad con el hecho ilícito, dadas sus particularidades presenta aspectos propios²². Y se concluye acertadamente “si en realidad la teoría del “abuso del derecho” se redujese a contemplar hipótesis especiales de obrar ilícito, no sería necesaria ninguna

¹⁸ URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, pp. 684 y 685.

¹⁹ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 113.

²⁰ PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 788.

²¹ Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 0363 del 16-11-01 www.tsj.gov.ve/decisiones/.../RC-0363-161101-00132-00223.htm CEDEL MERCADO DE CAPITALS C.A contra MICROSOFT CORPORATION; TSJ/SCC, Sent. N° 122 del 26-4-00, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/122-260400-99%20928.HTML; TSJ/SCC, Sent. N° 240 del 30-4-02.

²² Como bien refiere la jurisprudencia citada la sola circunstancia de que supone un excederse a un derecho, lo diferencia radicalmente del hecho ilícito que implica actuar sin derecho. De allí que lo ubiquemos en un tema aparte.

norma nueva para reprimir esas conductas, ya que los actos ilícitos están sancionados de manera genérica y tales previsiones deberían bastar²³. El asunto pareciera superar el interés meramente teórico pues por ejemplo, sostener que la figura no precisa la concurrencia de la culpa o intención dada su autonomía, es relevante desde la perspectiva de la carga probatoria del demandante.

3. Criterios

Constituye asunto importante precisar los criterios que determinarían la existencia de la figura. Entre los que se ha indicado: el criterio intencional²⁴, la ausencia de interés²⁵, el criterio técnico o de la culpa²⁶, el criterio objetivo, funcional o de la finalidad del derecho subjetivo²⁷, el criterio económico²⁸, finalista-social o de derecho-función²⁹.

Se afirma que nuestro legislador en la norma de la segunda parte del 1185 CC que consagra la institución asumió un criterio mixto entre un criterio “*intencional*” cuando refiere que no debe excederse los límites de la buena fe y un criterio “*finalista*”, esto es función del objeto para el cual ha sido conferido³⁰.

²³ MOISSET DE ESPANÉS, *Introducción...*, p. 3.

²⁴ Véase: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 263-266; URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, p. 585; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 109; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 106-107, cuando una persona ejerce un derecho con la intención de causarle un daño a otro.

²⁵ Véase: MOISSET DE ESPANÉS, *Introducción...*, p. 8, la inexistencia de utilidad para el titular del derecho es de carácter muy amplio, y comprende cualquier tipo de beneficio que pudiese obtener con el ejercicio de sus derechos. La apreciación de este elemento es subjetiva, pues se vincula con la valorización personal que el titular del derecho efectúa respecto del provecho que el acto le procura.

²⁶ URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, p. 676, el criterio técnico caracterizado por ir más allá de la mera culpa intencional o dolo; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 107, sostiene que abusa de derecho quien causa un daño culposamente pero tal concepción tiende a confundir la figura con el acto ilícito. De seguir este criterio no sería preciso una norma jurídica expresa para contemplar la figura, sino que bastaría la existencia del principio genérico de responsabilidad civil por hecho ilícito.

²⁷ Véase: PITTIER SUCRE, *El abuso...*, pp. 580-588; ARRAIZ, *ob. cit.*, p. 172, se alude al criterio subjetivo o intencional de dañar o al objetivo de un ejercicio anormal del derecho contrario a los fines; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *ob. cit.*, pp. 36-44, la tesis objetiva apunta a la función de los derechos y la subjetiva a investigar si la conducta del agente ha respondido a un motivo legítimo; CASADÍO MARTÍNEZ, *ob. cit.*; PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, pp. 296-301; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 2230; URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, pp. 687 y 688.

²⁸ URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, p. 687, el abuso reside en el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 108, la ausencia de un beneficio económico pero más que un criterio constituye una manera de determinar el móvil.

²⁹ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, pp. 108 y 109, sostiene que los derechos han de ejercitarse conforme a la finalidad social que el Derecho objetivo le confiere. Quien contraviene dicha finalidad abusa de su ejercicio. Véase también: ARRAIZ, *ob. cit.*, p. 177; PLANIOL Y RIPERT, *OB. CIT.*, pp. 789 y 790.

³⁰ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 114; ZAMBRANO, Freddy, *ob. cit.*, pp. 160 y 161; MOISSET DE ESPANÉS, *Introducción...*, p. 5, dos son principalmente, las concepciones que se han expuesto para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho. Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar “subjetivos” que consideran que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto; la otra, de tipo “objetivo”, atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden esos fines; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11, Exp. BPOz-

“En líneas generales podemos sostener que habrá abuso de derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó, es decir, que estamos ante un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo o, dicho de otro modo, frente a una conducta que parece congruente con la norma de derecho, que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito”³¹. Los derechos son facultades que otorga la ley pero no para ser utilizados al antojo del sujeto sino para ciertos fines; quien prescinde de éstos y los usa en otros diversos, desviándolos de su misión social, causando un daño a otro; abusa de ellos y debe indemnizarlo³². Por lo que debe distinguirse de la “carencia de derecho”³³.

El éxito de su teoría es muy explicable si se considera que ella tiende a moralizar el Derecho³⁴, a humanizarlo, poniéndolo en armonía con la realidad³⁵. Vale indicar que si bien algunos pretenden resaltar el aspecto intencional o culposo, otros señalan acertadamente que éste no es estrictamente necesario en la figura que nos ocupa³⁶. La redacción de la norma del artículo 1185 CC lo confirma cuando al referir la tesis mixta distingue dos opciones: exceder los límites fijados por la buena o por el objeto en vista del cual fue conferido ese derecho. Obsérvese que el último supuesto es inclusive ajeno a la idea de intención o mala fe.

La doctrina ofrece diversos ejemplos o “aplicaciones”³⁷ de la figura. Pittier coloca ejemplos de abuso de derecho en materia de derecho de propiedad, del ejercicio de los recursos judiciales³⁸ (cuando se tienen otras alternativas

V-2009-001268 <http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BP02-V-2009-001268-.html>
Se distingue las posiciones subjetivista, objetiva y mixta.

³¹ CASADÍO MARTÍNEZ, *ob. cit.*

³² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 252.

³³ *Ibid.*, p. 259, el propietario que invade un terreno ajeno no abusa de su derecho sino que obra lisa y llanamente fuera de él.

³⁴ URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, p. 684, la función del abuso de derecho estriba en que es uno de los factores más importantes de la moralización del Derecho.

³⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 256.

³⁶ MOISSET DE ESPANÉS, *El abuso del derecho...* p. 17, no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo, como muy bien lo expresaba en un voto el doctor Cichero, quien luego de recordar que uno de los supuestos de abuso del derecho es su ejercicio en contradicción con los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo.

³⁷ Véase: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 273-289, entre las que cita: abuso del derecho de dominio, daños derivados de la vecindad, abuso de acciones judiciales y de recursos legales, denuncias o querrelas criminales falsas o infundadas, denuncias infundadas ante particulares u otras autoridades diversas de las judiciales, abuso de la libertad de opinión, consejos o informes privados, opiniones emitidas con publicidad, abuso del derecho de huelga; PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, pp. 301-305.

³⁸ Véase indicando acertadamente que el ejercicio de acciones judiciales por sí mismo no supone abuso de derecho: TSJ/SCC, Sent. N° 434 del 15-11-02, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-0434-151102-01795.html>; TSJ/SCC, Sent N° 101 del 28-2-08; TSJ/SCC, Sent. N° 000506 del 7-8-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180571-RC.000506-7815-2015-15-185.HTML>; Juzgado

que perjudican en menor grado), en materia del derecho del trabajo, derecho societario, en materia contractual bien sea en la etapa precontractual o durante la ejecución del contrato³⁹.

Por su parte, Arraiz refiere el caso del ejercicio abusivo de la acción, el ejercicio anormal de un derecho e incluso abusivo. Señala así entre los derechos susceptibles de abuso entre otros: la propiedad, el usufructo, las vías de derechos como las acciones⁴⁰, las potestades (patria potestad, responsabilidad de crianza, educación), las libertades, el comercio, la huelga, los contratos (como el de trabajo, mandato, compraventa y sociedad)⁴¹. Al ejemplo del propietario que sin utilidad construye un techo enorme, se le suma el padre que invocando su autoridad paterna prohíbe por mero capricho a sus hijos el visitar a sus abuelos⁴².

4. Requisitos o condiciones

La doctrina refiere las condiciones o requisitos del abuso de derecho:

1. Es necesario un *daño* material o moral⁴³ experimentado por la víctima y causado por el autor del acto abusivo.
2. Es necesario un acto abusivo de un derecho por parte de su titular. Que según indica la norma haya excedido en su ejercicio los límites de la “buena fe” o por el “objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”. Podrán considerarse los criterios relativos a la naturaleza interna del abuso de derecho.
3. La relación de causalidad entre el acto abusivo y el daño⁴⁴.

Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11, Exp. BPO2-V-2009-001268 <http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BPO2-V-2009-001268.html>. Véase también nuestro trabajo: *El daño moral en las personas incorporales...*, pp. 59-63.

³⁹ Véase: PITTIER SUCRE, *El abuso...*, pp. 588-590.

⁴⁰ Es sumamente discutido el ejercicio de las acciones judiciales con abuso de derecho: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11, Exp. BPO2-V-2009-001268 <http://anzoategui.tsj.gob.ve/.../2011/.../1066-28-BPO2-V-2009-001268.HTML> “teniendo la accionante (aquí demandada) un mismo propósito en todas las acciones intentadas contra una misma persona, incurre en exceso, considerado como abuso de derecho, llevando a la accionada por tantos juicios y acciones, a un descrédito, en este sentido, se debe determinar que si existe culpabilidad por parte de la demandada debido al uso excesivo de su derecho al accionar en reiteradas oportunidades contra la demandante con un solo propósito. Así se declara”.

⁴¹ ARRAIZ, *ob. cit.*, pp. 169-172; PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, p. 302.

⁴² Véase: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 253.

⁴³ TSJ/SCC, Sent. 184 del 30-3-12, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000184-30312-2012-11-627.html> ; Véase dudando de la procedencia del daño moral en el abuso de derecho en el ámbito contractual: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 112. De nuestra parte según indicamos el daño moral es predecible en materia contractual (*supra* tema 10).

⁴⁴ MADURO LUYANDO, *Curso...*, p. 715; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 111; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 108; URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, pp. 691 y 692; ZAMBRANO, Freddy, *ob. cit.*, p. 139; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 28-7-11, Exp. BPO2-V-2009-001268 <http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2011/julio/1066-28-BPO2-V-2009-001268.html>.

Obsérvese que propiamente “no exige la culpabilidad”, pues el fundamento de la responsabilidad generada por el proceder abusivo es ilícito en sentido objetivo⁴⁵ y de allí que se afirma que la figura no precise la culpa⁴⁶, lo que corrobora su autonomía como fuente autónoma de las Obligaciones⁴⁷. La necesidad de probar la culpa revelaría la inutilidad del concepto toda vez que encuadraría simplemente en el hecho ilícito⁴⁸.

Se requiere precisar los dos supuestos de la norma del artículo 1185 CC: “exceder los límites fijados por la buena fe” o “el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”. Está claro que este último es ajeno a la idea de culpa, a diferencia del primero pues es discutible que no medie culpa cuando no somos capaces de percibir que nuestra actuación aunque constituida en un derecho, excede los límites de la buena fe y propicia un grave perjuicio a un tercero, configurándose un ejercicio “abusivo” del mismo. En todo caso se afirma que exceder los límites de la buena fe, debe ser probado, toda vez que la buena fe se presume⁴⁹, pero ello no acontece en el segundo supuesto, a saber, “el objeto en vista del cual le ha sido conferido”.

Algunos en la doctrina extranjera entre sus requisitos parecen incluir un equivalente asociado al discernimiento, lo cual encontraría apoyo en nuestro artículo 1186 CC. Así como se refiere que ha de tratarse de un grave daño, ya que no cualquier daño es suficiente para configurar el ejercicio abusivo del derecho: debe ser grave, desproporcionado, anormal y excesivo; de tal magnitud que resulte una injusticia⁵⁰.

Ciertamente el carácter discrecional del Juzgador en la interpretación de la figura será fundamental. “El juez, en razón de su tarea que lo pone a diario en contacto con los aspectos patológicos del funcionamiento social, es el primero en advertir el inadecuado uso que se da al dispositivo legal, y -con las armas que le brinda la teoría del abuso- procura poner un correctivo; si lo logra, el cambio social se habrá encauzado por senderos que hacen inne-

⁴⁵ URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, p. 694.

⁴⁶ Véase citado *supra*: MOISSET DE ESPANÉS, *El abuso del derecho...*, p. 17.

⁴⁷ Véase *supra* 2 de este mismo tema: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 107; MOISSET DE ESPANÉS, *Introducción...*, p.20, “Por nuestra parte, entendemos que si bien es cierto que el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere indispensablemente que estén presentes en todos los casos el dolo o la culpa, sino que basta con que el acto exceda objetivamente los límites fijados por la ley. Si la figura se redujese a las hipótesis de actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud fue siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico; el aporte del nuevo texto, es el de brindar un arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de lo ilícito, vulneran los fines perseguidos por la ley.

⁴⁸ Véase: ZAMBRANO, FREDDY, *ob. cit.*, p. 161, p. 23; MOISSET DE ESPANÉS, *Introducción...*, pp. 23 y 24. Pero, insistimos, no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo.

⁴⁹ PEIRANO FACIO, *ob. cit.*, p. 301.

⁵⁰ Véase: CASADÍO MARTÍNEZ, *ob. cit.* a. Una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal. b. Un uso contrario a los claros fines de la norma. c. La imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario d. debe ser grave.

cesario el cambio legislativo, pues las normas siguen brindando soluciones de justicia. Pero si las prácticas desleales cunden y se multiplican, habrá llegado el momento de que intervenga el legislador para consagrar nuevas fórmulas que atiendan adecuadamente a los problemas que se plantean, y en esa oportunidad le serán útiles todos los precedentes judiciales, que aportarán un cúmulo de experiencias que deberán ser tomadas en consideración por el legislador”⁵¹.

Incumbe a la víctima la prueba de la concurrencia del daño, la causa que la motiva y la relación de causalidad entre el daño y el ejercicio abusivo de un derecho⁵².

5. Efectos

La figura produce el efecto de reparar el daño causado, bien sea a través de una reparación en especie o compensatoria⁵³. Se afirma que “el hecho ilícito y el **abuso de derecho** son capaces de producir daños, los cuales no son tolerados ni consentidos por el ordenamiento jurídico, motivo por el cual generan responsabilidad civil, en las que están comprendidos tanto los daños materiales como los morales, por disposición del artículo 1.196 del Código Civil”⁵⁴.

Su sanción es discutida aunque da derecho a daños y perjuicios. Se afirma que como la teoría del abuso de derecho ha sido desarrollada en una época reciente sus contornos permanecen indecisos⁵⁵. La doctrina señala que la redacción de la norma que lo consagra no es precisamente la más feliz, dada su vaguedad que otorga un gran margen de actuación a la autoridad judicial propiciando la inseguridad jurídica⁵⁶, creándose una suerte anárquica porque tal redacción puede llevar que los jueces según su concepción o principios resuelvan en forma distinta⁵⁷. Pero ello sin duda, no es un problema exclusivo de la figura en estudio.

⁵¹ MOISSET DE ESPANÉS, *El abuso del Derecho...y del mismo autor "Introducción...*, p. 5, véase también RENGIFO GARCÍA, *ob. cit.*, “a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario”.

⁵² BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 111.

⁵³ MADURO LUYANDO, *Curso...*, p. 716, algunos pretenden reducir la indemnización a por equivalente a los que se rebate que bien puede acontecer la indemnización en especie, que “en principio” presenta prioridad; URDANETA SANDOVAL, *ob. cit.*, p. 694; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 112.

⁵⁴ TSJ/SCC, Sent. 184 del 30-3-12, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000184-30312-2012-11-627.html>.

⁵⁵ PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, p. 26,

⁵⁶ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. IV, p. 114.

⁵⁷ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 110.