

Breves consideraciones sobre el abuso de derecho en Venezuela y su procedencia en materia contractual

“Abusus non est usus, sed corruptela”

Roberto Lupini Pinzani*

RESUMEN:

En Venezuela, el abuso de derecho aparece inspirado en el Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones y contratos. En este sentido, el abuso de derecho no necesariamente tiene que estar conformado por los mismos elementos del hecho ilícito. Por ello, esa figura constituye una fuente autónoma de las obligaciones.

Palabras Clave:

Abuso de Derecho, Hecho Ilícito, Obligaciones

ABSTRACT:

In Venezuela, the abuse of rights doctrine arises from the French-Italian codification project on obligations and contracts. In this sense, the abuse of rights does not demand the existence of the same elements as torts. Hence, the abuse of rights doctrine is an autonomous source of obligations.

Key Words:

Abuse of rights doctrine, Torts, Obligations.

I. INTRODUCCIÓN

Es como PLANIOL es algo absurdo hasta el punto de haber catalogado el abuso de derecho como una verdadera logomaquia.¹ Igualmente, debemos pensar en la importancia jurídica y social que comporta una

* Alumno de quinto año.

1 PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado Público de Derecho Civil Francés*, Traducción de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A Habana, T. 41, N° 574, 1940, p. 791.

institución que fija un límite a los derechos subjetivos que anteriormente y en sociedades individualistas, podían ser ejercidos sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad. Imaginemos el caso en que una persona deja crecer un árbol gigante justo en frente a la ventana de su vecino, tapándole toda la luz y la vista sin ningún propósito o interés legítimo. Es por este tipo de situaciones que las sociedades modernas se vieron en la necesidad de establecer la figura del abuso de derecho como principio general del derecho en sus ordenamientos jurídicos.

Del mismo modo, trataremos de reunir las más importantes opiniones doctrinarias con relación a esta figura, haciendo énfasis en lo que ha dicho nuestra doctrina acerca del abuso de derecho en materia contractual, sin pretender fijar criterios ni opiniones absolutas. Igualmente, señalaremos de manera superficial algunas dudas que han surgido a lo largo de los años con relación a esta institución, en particular en Venezuela, donde nuestra doctrina aún se debate si el abuso de derecho constituye una fuente autónoma de obligaciones o si debemos considerarlo como una especie dentro del hecho ilícito. Al igual que, algunos se preguntan si es posible hablar de una responsabilidad extracontractual proveniente del abuso de derecho de una relación contractual.

Son estas, algunas de las preguntas que han generado las mayores controversias en relación al tema del abuso de derecho, por ende, es obligatorio abordarlas en cualquier estudio relacionado con el tema. Estas son apenas algunas de las reflexiones sobre este tema, pero esperamos que el presente trabajo contribuya al adelanto de este tema en nuestro país, y que las ideas aquí expuestas sirvan a mis compañeros para el futuro estudio y desarrollo de este tema.

I. REFERENCIA HISTÓRICA

La figura del abuso de derecho se remonta a los tiempos de los romanos con algunas afirmaciones de GAYO, PAULO, CELSO, ULPIANO, entre otros. Es verdad que los romanos aplicaron esta figura para resolver de manera casuística algunas situaciones, tal fue el caso de la decisión de Gayo en la cual pronuncio la famosa frase de: *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*,² sin embargo, éstos nunca desarrollaron una teoría

2 Novísimo Digesto italiano, Gaio, 50,17,55, Libro II, de testamento al edicto Urbano.

general del abuso de derecho. Lo mismo ocurrió con el derecho medieval, en el cual encontramos casos en que se aplicó nuevos antecedentes a la figura del abuso de derecho especialmente en relación a los actos de emulación³ que consisten en el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a una persona o a un bien ajeno. Además de esto, existen otros dos antecedentes importantes de este periodo, por un lado, las Partidas de Alfonso Décimo, el sabio, restringían el ejercicio del derecho de propiedad (Ley del Título XXXII de la Partida III), en la cual se prohibía cavar un pozo o una fuente si no resultare necesario. Por otro lado, surge la teoría de las inmisiones, según la cual, y en estricta oposición a la teoría de los actos de emulación –de carácter estrictamente subjetivo– no interesa la intención de quien ejerce el derecho, sino se trata de un resultado puramente objetivo. Los actos de inmisión son el resultado del ejercicio del derecho de propiedad que causa un perjuicio al vecino.⁴

Ahora bien, podemos afirmar de manera segura, que el nacimiento de la teoría del abuso de derecho (concebida como teoría y un principio general), debe ser atribuido a la doctrina entre ellos JOSSEERAND, RIPERT y PLANIOL,⁵ y la jurisprudencia Francesa del siglo XIX y principios del siglo XX⁶ con las famosas sentencias DOER Corte de Casación de Colmar, 2 de mayo de 1855⁷ y CLEMENT BAYARD Corte de Casación Francesa, 3 de agosto de 1905. En la primera sentencia se fijó la primera raíz de

3 MAZEUD, Henri y Léon, MAZEAUD, Jean y CHABAS, François, *Lecons de Droit Civil, Obligations théorie générale*, 8° édition, T. II, I V., Paris, Montchrestien, 1997, por François Chabas, p. 466.

4 RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 123-26.

5 JOSSEERAND, Louis, *Del espíritu de los deberes y de su relatividad*, 1927; RIPERT, Georges, *La regla moral en las obligaciones civiles*, 1927; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire du droit civil*, T. II, Nos. 870 y ss, Paris, 1911; entre otros como BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T XV, Nos. 2850 y ss., Paris, 1908; LAURENT, François, *Principes de droit civil française*, T. VI, No 1401, Paris, 1893.

6 Para antecedentes históricos más extensos, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Abuso del derecho”, pp. 92-112; En *Venezuela* Véase OCHOA, Oscar, “Ausencia de Abuso de Derecho en el Ejercicio de un Derecho Contractual”, En: *Revista de Derecho Mercantil*, Año 7 y 8, enero-diciembre, 1989, pp. 330-345, para una referencia histórica en Francia del abuso de derecho.

7 Corte Imperial de Colmar, 1ra Cámara, “Doer vs. Keller”, 2 de mayo de 1855, *jurisprudente Générale par M. Dalloz*, año 1856, 2da parte, p. 10.

lo que es hoy en día el abuso de derecho. En ella, se estableció que si bien es cierto que el derecho de propiedad es un derecho que autoriza al propietario al uso y al abuso de la cosa, el ejercicio de ese derecho debe tener como límite al menos la satisfacción de un interés legítimo. En similares términos se pronunció en 1856 el tribunal de Lyon en un caso en que un vecino pretendió instalar una bomba en el subsuelo de su propiedad con la finalidad de succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar a su vecino impidiéndole el acceso a la misma. El agua no era utilizada por el propietario, sino que más bien la dejaba perder en un río.⁸

En nuestro país la doctrina no se ha quedado atrás, y podemos decir que ha sido abundante con relación al estudio de esta institución. En efecto, numerosos autores venezolanos a lo largo del siglo XX expusieron sus consideraciones en relación al tema, entre ellos podemos mencionar al doctor JOSÉ MARÍA DOMÍNGUEZ ESCOBAR, quien fue el primero en realizar un estudio general sobre el abuso de derecho en la Revista Jurídica en 1935. Posteriormente, RAFAEL CLEMENTE ARRAIZ, JUAN RAMÓN GONZALES BAQUERO, y más recientemente el profesor EMILIO PITTIER SUCRE han dedicado las más importantes obras relacionadas a este tema.⁹

Si bien es cierto que desde nuestros primeros Códigos Civiles, el legislador contempló disposiciones similares a la noción de abuso de derecho,¹⁰ inclusive la Corte Suprema del Estado Zulia el 15 de Junio de 1931 aplicó la noción de abuso de derecho en un juicio que se reclamaban daños y perjuicios, basándose en el artículo 1217 (delito civil) del Código

8 FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., p. 109-11.

9 ARRAIZ, Rafael, "Contribución al estudio del abuso de derecho", En: *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, Imprenta Universitaria, 1970, Vol. I, pp. 159-180; GONZALES BAQUERO, Juan Ramón, *La recepción del principio del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico venezolano*, Valencia, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, 1976; PITTIER SUCRE, Emilio, El abuso de Derecho, En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007; entre otros autores, MUCI, José, La responsabilidad extracontractual en sus principios tradicionales y la teoría del abuso de los derechos, Boletín de la Facultad de Derecho, UCV, N° 12.

10 Para algunos ejemplos, Cfr. VVAA, *Código Civil de Venezuela: antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina y concordancias*, Artículo 1.185, UCV, Instituto de Derecho Privado, Ediciones la Biblioteca de la Central, Caracas, 2001, p. 490.

Civil de 1922 el cual disponía lo siguiente: “Todo hecho del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha sucedido el daño, a repararlo”.¹¹ En este caso, prevaleció la noción de culpa, sin hacer referencia a la noción de finalidad que manejamos hoy en día en Venezuela.

Sin embargo, es en 1930 cuando la Comisión Revisora de Códigos introdujo en el proyecto de Código Civil promulgado en 1942, una norma que consagra hasta hoy en día la teoría del abuso de derecho y que proviene directamente del proyecto franco-italiano de las obligaciones. No es sino hasta la promulgación de nuestro Código Civil de 1942 que la figura del abuso de derecho es consagrada en la ley. Como fue mencionado anteriormente, la figura del abuso de derecho había sido reconocida por algunos tribunales y algunos autores. Ahora bien, no existía como norma expresa, sino como una figura que buscábamos traer de la jurisprudencia Francesa y que como ya dijimos, se basó en algunos casos en el artículo 1217 del Código Civil de 1922 que consagraba la noción de delito Civil.

Es por esto que se puede decir que si bien existían referencias a la noción de abuso de derecho, esta figura verdaderamente nació en Venezuela a partir de 1942.

II. REGULACIÓN Y CONCEPTO DEL ABUSO DE DERECHO EN VENEZUELA

El abuso de derecho está expresamente consagrado en la segunda parte del artículo 1.185 del Código Civil que reza lo siguiente: “... 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”.

Esta disposición fue copiada íntegramente del artículo 74 del Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones y contratos que disponía lo siguiente: “*Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en veu duquel ce droit lui été confère.*”

Nuestra norma, es bastante clara al referirse al abuso de derecho. Según PALACIOS HERRERA, fue redactada de ésta manera para no incurrir

11 GONZALES BAQUERO, op. cit., pp. 19-20.

en las críticas de PLANIOL, es decir, hablar abiertamente del abuso¹² como lo hace el Código Civil suizo en su artículo 2 que dispone lo siguiente: “Cada uno debe ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley.”

Ahora bien, es preciso dar una definición para poder comprender a qué se refiere o cuál es la intención de este artículo. En este sentido, vale la pena referirnos a JOSSERAND, uno de los más conspicuos expositores de esta materia en Francia, cuando señala que existe abuso de derecho cuando el ejercicio de la prerrogativa jurídica conlleva una lesión al espíritu de ese derecho. Continúa diciendo que los derechos son productos sociales que encuentran su lugar en la comunidad donde obtienen su espíritu y finalidad y es para ella y por ella que existen, cada uno de ellos tiene su razón de ser y su misión que cumplir.¹³ ARRAIZ por su parte ha definido el abuso de derecho como:

El acto realizado en el ejercicio de un derecho objetivo, que cause daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico, aunque sí protegido en forma general por aquel ordenamiento, y cuya inmoralidad o antisocialidad se demuestra mediante la inadecuación del móvil con el espíritu y objeto que inspiraron la institución.¹⁴

En pocas palabras, el uso que una persona haga de su derecho actuando de manera maliciosa o temerosa (contrario a la buena fe) puede convertirse en un abuso y por ende resultar en responsabilidad por parte de quien lo ejerce.¹⁵

En este sentido, veamos por ejemplo el caso de la famosa sentencia DOEER en Francia, en la que un vecino, actuando en los límites de su derecho de propiedad, construyó una inmensa chimenea en su casa que

12 PALACIOS HERRERA, Oscar, Apuntes de obligaciones, Versión taquigráfica de clases dictadas en la UCV, año 1950-51, Maracaibo, 1982, pp. 109-110.

13 JOSSERAND, Louis, *Del abuso de derecho y otros ensayos*, Editorial Temis, Bogota, 1982.

14 ARRAIZ, op. cit, p. 177.

15 En este sentido, PITTIER SUCRE, op. cit, p. 587; AVELEDO, Luis Alberto, *NoCIÓN de la responsabilidad civil por razón del ejercicio de las acciones en justicia*, En: Diario el Profesional, San Felipe, año 8, Nos. 118-120, s/f, p. 350; PIERRE TAPIA, Oscar, “El abuso de derecho”, En: *Jurisprudencia del la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, 1983, pp. 5-6.

no creaba ninguna utilidad para él y que representaba un daño para su vecino, al taparle la vista y que si bien el derecho de propiedad autorizaba al titular para usar y abusar de la cosa, ese derecho debe tener como límite la satisfacción de un interés legítimo, y que la moral y la equidad están en contra de una acción inspirada en la mala voluntad. Por otro lado, la sentencia CLEMENT BAYARD trató el caso de un propietario que con la intención de hacer que el vecino, dueño de un terreno donde aterrizarían dirigibles, le vendiera su finca, construyó inmensas empalizadas con terminaciones de hierro, que constituían un gran peligro para los dirigibles.¹⁶

De igual modo, LALOU reputado autor francés en esta materia, señala los ejemplos de una compañía de ferrocarriles declarada responsable por usar las locomotoras sin aparatos protectores; el caso del periodista que publica una información falsa sin verificar su exactitud; el de otra compañía ferrocarrilera que detiene un tren al nivel del cruce de la vía férrea con la calle prolongando a un automovilista.¹⁷ Por último, notemos algunos casos en materia contractual; el primero puede ser el caso en que una persona exige el cumplimiento de una cláusula contractual que no representa ningún interés para el acreedor y que cause un daño al otro. Por otro lado, podemos observar el caso del comerciante que rompe intempestivamente las relaciones comerciales con un proveedor cuando existe una relación de confianza, habiendo dado muestras de que dicha relación continuaría.

III. NATURALEZA DEL ABUSO DE DERECHO

La doctrina Venezolana y la extranjera, han creado una serie de criterios para explicar la naturaleza del abuso de derecho. Ahora bien, por razones de espacio sólo mencionaremos brevemente los dos criterios más importantes por ser los que nuestra doctrina realmente ha entrado a analizar y discutir. Del mismo modo, son los que nuestro legislador, según algunos autores, ha acogido en el Código Civil.¹⁸ En este sentido:

16 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, 712.

17 VVAA, *op. cit.*, p. 511.

18 Según algunos autores como MELICH ORSINI, nuestro Código contiene únicamente el criterio finalista, mientras que para otros como PALACIOS HERRERA, el Código prevé un criterio mixto.

1. Criterio intencional

El criterio intencional como ya hemos mencionado, da la máxima importancia a la *animus nocendi* del agente que produce el daño en el ejercicio de su derecho subjetivo. Si bien éste no es el único requisito de la actuación del responsable, sí se considera un requisito determinante. Algunos autores le han dado una importancia tal al elemento intencional, que lo consideran como el único elemento que se debe tomar en cuenta al analizar un caso de abuso de derecho.¹⁹ En Alemania, el BGB ha acogido esta posición en su artículo 226 que dice lo siguiente: “El ejercicio de un derecho no es admisible cuando ha tenido solamente por objeto dañar a otro”.

A este criterio se le han criticado dos cosas fundamentales, en primer lugar, es que al haber intención de dañar estamos frente a un caso de un simple delito civil, por lo cual, basta con aplicar las normas del hecho ilícito. En segundo lugar, se critica que en el análisis de la intencionalidad se le otorga al juez un derecho prácticamente arbitrario para decidir el caso.²⁰

2. Criterio finalista

Este criterio ha sido el que ha predominado en la doctrina. Éste parte de la idea de que los derechos subjetivos deben ser ejercidos de acuerdo con la finalidad social que le atribuya un derecho objetivo al crearlos. Este criterio ha sido sostenido por JOSSERAND²¹ quien hace hincapié en considerar en cada caso si el derecho fue efectivamente ejercido persiguiendo un fin legítimo, caso en el cual no será abusivo, o si fue hecho sin un motivo legítimo con la intención de causar un daño a un tercero, caso en el cual será abusivo.²²

Por su parte, PITTIER SUCRE se expresa en los siguientes términos:

Según esta tesis todo derecho subjetivo tiene una finalidad social; el Derecho objetivo lo concede a su titular para cumplir con un fin

19 En Venezuela Véase OSORIO, Oswaldo, “El abuso de los derechos”, En: *Rayas*, mayo-junio, año I, N° 5-6, 1962, p.45.

20 ARRAIZ, *op. cit.*, p. 175; PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 578.

21 JOSSERAND, *Del abuso de derecho...*

22 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 714.

determinado y al adaptarse una persona de esa finalidad prevista por el legislador, su titular incurre en abuso de derecho.

iii. Doctrina Venezolana

En primer lugar, el doctor PALACIOS HERRERA parece acoger un criterio mixto cuando afirma lo siguiente:

Mediante esta fórmula, al hablar de <buena fe>, el proyecto acoge el criterio intencional, pero con la segunda frase, <excediendo de los límites fijados por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho>, cae también de lleno en la concepción finalista del abuso del derecho.²³

Por otro lado, el doctor MADURO LUYANDO parece inclinarse también por el criterio mixto al afirmar:

Respecto a las posiciones de doctrina se afirma que el Código Civil, al igual que el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, acoge un criterio mixto: por una parte, el criterio intencional, al decir que en el ejercicio del derecho el titular no debe exceder <los límites trazados por la buena fe>; y por la otra el criterio finalista, al añadir <o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido este derecho>.²⁴

Por su lado, ARRAIZ también hace alusión al criterio mixto. Éste se pronuncia de la siguiente manera:

Nuestro legislador adoptó, con la redacción del segundo párrafo del artículo 1.185, un criterio mixto; vale decir, al mencionar la buena fe, toma en cuenta la intención, el punto de vista intencional clásico, y al referirse a los fines para los cuales ha sido conferido ese derecho, desemboca en el criterio finalista.²⁵

En cambio, GONZÁLEZ BAQUERO descarta de plano, que el legislador haya acogido el criterio intencional y señala que: “Ya hemos dicho que la culpa no es exigida para que el abuso de derecho quede caracterizado y que nos adherimos a la opinión de considerarlo como una fuente autónoma, diferente del hecho ilícito”.²⁶

23 PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 109.

24 *Ibid.*, p. 715.

25 ARRAIZ, *op. cit.*, p. 178.

26 GONZÁLEZ BAQUERO, *op. cit.*, pp. 529.

Por su parte, el doctor MELICH ORSINI ha sostenido en diversas ocasiones que en Venezuela se ha acogido, en definitiva, la teoría finalista. Este autor explica que nuestro legislador al usar la buena fe, ha entendido mantenerse dentro de los límites del criterio finalista.²⁷ Obviamente, tal como lo explica en un trabajo posterior,²⁸ la buena fe a la cual se refiere

27 MELICH ORSINI, *Apuntes de obligaciones*, Publicaciones del centro de estudiantes de la UCV, T. II, s/f, Caracas, p. 195. Expresa este autor lo siguiente: "Se ha venido sosteniendo entre nosotros que nuestro Código, al igual que el Proyecto Franco-Italiano, ha acogido un criterio mixto: por una parte habría acogido el criterio intencional, al decir que en el ejercicio de un derecho no deben excederse 'los límites fijados por la buena fe', y por otra parte consagraría el criterio finalista, cuando en seguida añade: o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho'. Sin embargo, la misma elección del término "buena fe" señala precisamente que el legislador ha entendido mantenerse dentro de los límites del criterio finalista. Ejercer su derecho dentro de los límites de la buena fe significa que el titular del derecho no debe pretender más, ni el deudor podría pretender tolerarle menos, en el ejercicio de su derecho, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del derecho. Por lo demás, no debe olvidarse que el criterio finalista pretende precisamente sustituir y englobar los demás criterios propuestos, según las citadas palabras de Jossierand. Por eso nos inclinamos a pensar que nuestro Código no da muestras de vacilación respecto al criterio a adoptar, sino que simple y llanamente entendió consagrar el criterio finalista. No creemos que pueda deducirse ningún argumento en contra del simple hecho de que la disposición sobre el abuso de los derechos esté incluida en el capítulo de los hechos ilícitos, en lugar de habersele dedicado un lugar separado. Ello es conforme con la tradición jurisprudencial y doctrinaria que siempre ha visto en el abuso de los derechos un simple apartado de la responsabilidad civil extracontractual y ha acudido a la disposición que consagra la responsabilidad por hecho ilícito (equivalente a nuestro art. 1185) para fundar dicha responsabilidad. Según la opinión que venimos sosteniendo, el segundo aparte del art. 1185 C. Civil al acoger el criterio finalista, ordena al juez hacer un doble análisis antes de emitir su dictamen sobre el carácter abusivo de un acto cumplido aparentemente dentro de los contornos de un derecho definido, a saber: primero, para decidir cuál sea la función objetiva del derecho en cuestión, y segundo, para decidir si la conducta del titular del derecho revela que éste al utilizar su derecho ha obedecido a un motivo ilegítimo, desviando el derecho de su función específica"; estas mismas palabras son repetidas por el doctor Melich en un trabajo posterior sobre el abuso del derecho en el proceso Véase MELICH ORSINI, José, El abuso del derecho en el proceso, publicado en: VVAA, Homenaje a la obra de José Muci Abraham, EJV, s/f, Caracas, p. 597. Esta configuración del abuso de derecho ha sido acogida también por: LUPINI BIANCHI, Luciano, La responsabilidad precontractual en Venezuela, En RCADF, N° 19-22, 1991, Caracas, p. 92, nota 202.

28 MELICH ORSINI, José, "Los tratos y negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato", En: *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, ACPC, 2007, Caracas,

esta norma debe ser entendida en sentido objetivo y no subjetivo. Si se entienden así las cosas, se comprende el motivo por el cual los autores citados en último término admiten que puede haber abuso de derecho aún en ausencia de culpa o dolo, en sentido técnico, bastando que la conducta del agente haya sido contraria a la buena fe apreciada en sentido objetivo. En el sentido del criterio finalista se ha pronunciado también la jurisprudencia patria en sentencia de la Sala Constitucional del 20 de noviembre del 2002:

De tal manera, podemos 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 al valor de solidaridad que rige a nuestro ordenamiento jurídico...²⁹

Ello explicaría además el motivo por el cual se ha hablado de la autonomía de la figura del abuso de derecho como fuente de obligaciones, respecto al hecho ilícito, el cual requeriría de la existencia de una culpa o dolo,³⁰ como veremos más adelante.

Finalmente, vale mencionar la posición del profesor PITTIER SUCRE, quien en su reciente trabajo sobre el abuso de derecho parece inclinarse al igual que los autores referidos en primer término, por el criterio mixto. En tal sentido dice:

p. 109-112. La distinción entre buena fe en sentido objetivo y en sentido subjetivo ya aparecía hecha por: LUPINI BIANCHI, *op. cit.*, p. 39; RODRÍGUEZ MATOS, Gonzalo, "La buena fe en la ejecución del contrato", En: *Libro Homenaje a Andrés Aguilar*, TSJ, Caracas, 2004, vol.II, p. 429 y ss.; Igualmente, PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 596, se adhiere al criterio de la buena fe en sentido objetivo cuando dice: "Consideramos que el artículo 1185 se refiere a buena fe objetiva, con el mismo significado que se emplea en el artículo 1160 en relación a la responsabilidad contractual."

29 TSJ/SC, 20 de noviembre de 2002n No. Exp. 02-0518 (caso: Onésimo Hernández vs. ELECENTRO).

30 GONZÁLEZ BAQUERO, *op. cit.*, pp. 529; Sobre esto, pero en sentido contrario a la autonomía, véase: PITTIER SUCRE, *op.cit.*, pp. 599-600.

Pensamos que al referirse al <objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho>, el Código Civil venezolano no está acogiendo la tesis de la finalidad social de los derechos subjetivos, ni excluye los criterios de violencia, de buena fe objetiva, ni el intencional. A nuestro juicio, lo que debe entenderse es que el abuso de derecho es actuar de mala fe, con dolo, con egoísmo, sin tener en consideración los legítimos intereses de los demás, violando el contenido del derecho subjetivo ejercido, y no un criterio que implique indagar sobre una cuestión tan abstracta como es la finalidad social de los derechos subjetivos.³¹

En nuestra opinión, no es correcto entender que el artículo 1.185 ha acogido la concepción intencional. Como bien explica el doctor MELICH, el criterio finalista se basa en la concepción de la buena fe objetiva acogida por el legislador en el artículo 1.185 del Código Civil (criterio sostenido pacíficamente por la doctrina). En tal sentido, si el legislador ha entendido que todo aquel que se sobrepase de los límites objetivos fijados por la buena fe incurre en abuso de derecho, se entiende que los derechos subjetivos están limitados externamente por el concepto de la buena fe e internamente por la finalidad o función que el legislador acordó para cada uno de estos derecho subjetivos. De modo que, al establecer a la buena fe como límite para el ejercicio de los derechos subjetivos, automáticamente el legislador le ha conferido una finalidad a los derechos subjetivos, sin importar cuál es la intención de quien ejerce el derecho. De manera que, en nuestra opinión, el argumento del criterio intencional no deriva en la conclusión más lógica, porque dentro de la concepción objetiva de la buena fe acogida en nuestro artículo 1.185, es absolutamente irrelevante cuál es la intención de quien abusa del derecho.

Vemos pues, como han existido grandes divergencias con respecto al fundamento del abuso de derecho entre los autores que han desarrollado este tema en Venezuela. Sin embargo, pareciera que en último término, la doctrina y jurisprudencia se han inclinado por la concepción finalista del abuso de derecho.

IV. EL ABUSO DE DERECHO COMO FUENTE AUTÓNOMA DE LAS OBLIGACIONES

La afirmación de que el abuso de derecho es una fuente autónoma de obligaciones, ha sido objeto de discusión ya durante muchos años en

31 PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 597.

la doctrina venezolana brindando todo tipo de opiniones. En tal sentido, trataremos de hacer una breve exposición de las posiciones adoptadas por la doctrina Venezolana, con la finalidad de poder llegar a una conclusión con respecto a este punto, en base a lo que han planteado los autores más reputados en esta materia. Y en particular ver la posibilidad de afirmar que el abuso de derecho realmente constituye una figura autónoma del hecho ilícito.

Antes de referirnos a lo que ha dicho la doctrina en Venezuela, quisiéramos señalar la posición de JOSSERAND en Francia. Dicho autor, en principio, se vio un tanto renuente en aceptar la idea de que el abuso de derecho es una cosa verdaderamente distinta al hecho ilícito. Sin embargo, éste relevó tal punto de vista más adelante en su trabajo al establecer: “El acto simplemente abusivo, simplemente injustificado, se distingue del acto ilegal, el cual requiere una sanción por su ilegalidad misma sin perjuicio de la prueba de un perjuicio determinado”.³² Algunos, les queda la duda de si JOSSERAND se refería realmente a una distinción entre hecho ilícito y abuso de derecho, por cuanto el término acto ilegal se puede prestar a confusiones, sin embargo, es evidente que la intención de éste, era establecer la diferencia entre estas dos figuras.

Habiendo dicho esto, empecemos por revisar lo que ha dicho nuestra doctrina al respecto. Veamos primero, lo que han dicho quienes piensan que el abuso no es una fuente autónoma. La ubicación de la figura del abuso de derecho dentro del artículo 1.185 del Código Civil, no ha hecho mas que prestarse a confusiones. Ahora bien, debemos mencionar que este escenario le ha servido a quienes no consideran el abuso de derecho como una fuente autónoma de obligaciones, para justificar que el legislador al incluir la figura dentro del artículo del hecho ilícito, precisamente tuvo la intención de que el abuso fuera una especie dentro del genero hecho ilícito. En tal sentido, existe un número considerable de autores que han venido sosteniendo que precisamente por la ubicación que nuestro legislador le ha dado a la figura del abuso -bajo la sección del Código Civil que se refiere al hecho ilícito-, la intención de éste no era considerarlo como fuente autónoma sino como una especie dentro del hecho ilícito.³³ A ello añaden que si el legislador la hubiese querido

32 Esta cita fue tomada de ARRAIZ, *op. cit.*, p. 164.

33 En tal sentido Véase, PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 110, dicho autor expone:

considerar como una figura autónoma, le habría dedicado una sección como lo hizo con las demás fuentes de obligaciones (Los contratos, el pago de lo indebido, el enriquecimiento sin causa, etc).

En nuestra opinión, este argumento carece de fundamento y omite por completo el hecho de que nuestro legislador ha adoptado un criterio finalista en el artículo 1.185 del Código Civil. No es posible fundamentar una posición como ésta en una simple cuestión de forma (ubicación de la figura dentro del mismo artículo del hecho ilícito) omitiendo el verdadero sentido del artículo.

Por otro lado, hay quienes han sostenido que para que el abuso de derecho constituya una fuente autónoma de obligaciones, es necesario que éste tenga elementos y consecuencias distintas a las del hecho ilícito, de lo contrario, no podríamos hablar verdaderamente de una fuente autónoma. Quienes se basan en esta argumentación, afirman que el abuso de derecho contiene los mismos elementos que el hecho ilícito, es decir: el daño, el hecho generador de la responsabilidad (que en el hecho ilícito por hecho propio es la culpa y en las responsabilidades objetivas es el riesgo o la causalidad) y la relación de causalidad.³⁴

En nuestra opinión, esto no es así. Si partimos de la base de que nuestro legislador ha concebido una concepción finalista en el artículo

“Nuestro legislador, como ustedes saben, señala las fuentes de las obligaciones en la denominación de las distintas secciones: denomina a una sección ‘contratos’, a otra ‘Enriquecimiento sin causa’, a otra ‘Pago de lo indebido’, a otra ‘Gestión de Negocios’, etc. Ahora bien, nuestro legislador no consagra ninguna sección especial al abuso de derecho, como lo hace con el enriquecimiento sin causa por ejemplo, sino que lo coloca como una norma más, en el aparte único del artículo 1.185, con lo cual está manifestando evidentemente, su criterio de que el abuso de derecho sólo constituye un caso especial del hecho ilícito”; ARRAIZ, *op. cit.*, p. 179, este autor se pronuncia en el mismo sentido cuando dice lo siguiente: “Es obvio que la influencia de Planiol, a través del proyecto franco-italiano, determinó que nuestro legislador no se atreviera a dar al abuso del derecho una posición independiente como fuente de las obligaciones, como sí lo hizo con el enriquecimiento sin causa”.

34 En tal sentido Véase PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 599-560, quien se pronuncia en los siguientes términos: “Para constituir una fuente autónoma de derecho, el abuso de derecho tendría que tener elementos y consecuencias distintas a los de las otras fuentes que dan lugar a la responsabilidad civil por hecho ilícito: el daño, el hecho generador de responsabilidad y la relación de causalidad entre ambos (...) Para nosotros es evidente que el abuso de derecho constituye un principio general que se puede deducir de la norma contenida en el aparte único del artículo 1.185 C.C

1.185 del Código Civil, es evidente que se puede configurar un abuso de derecho en ausencia de culpa como ya hemos mencionado. De manera que, el abuso de derecho no necesariamente tiene que estar conformado por los mismos elementos del hecho ilícito. Por otro lado, pareciera que quienes argumentan en este sentido, consideran que el hecho generador es el mismo en ambos casos. Esto claramente no es cierto, y para entender esto mejor, es necesario recordar que cuando se incurre en abuso de derecho, quien causa el abuso puede invocar haber obrado conforme a una disposición legal que lo autoriza para actuar de esta manera, mientras que cuando se incurre en un hecho ilícito, el agente no puede invocar en su descargo, el haber obrado conforme a una prerrogativa que tenía en su favor.³⁵ Esta idea ha sido expuesta por nuestra Sala de Casación Civil,³⁶ la cual ha sostenido que el artículo 1.185 del Código Civil contempla dos situaciones totalmente distintas, en primer lugar cuando se procede con algún derecho y en segundo cuando se abusa de un derecho. De igual forma lo ha hecho en sentencia del 24 de abril del año 2000, al establecer que: “el artículo 1.185 del Código Civil contempla dos situaciones jurídicas totalmente distintas: la del que abusa de su derecho, y las del que procede sin ningún derecho.”³⁷

Resumiendo, podemos ver que los principales argumentos de los que consideran el abuso de derecho como parte del hecho ilícito, son dos: (i) la ubicación dentro del artículo 1.185 (ii) los elementos de ambas figuras son los mismos.

Habiendo dicho esto, veamos brevemente lo que han dicho quienes consideran que el abuso de derecho es una fuente autónoma de obligaciones. En tal sentido, quienes han sostenido esta posición se valen en primer término del argumento de que la ubicación del abuso de derecho

35 MELICH ORSINI, *Apuntes de obligaciones...*, p. 197; GONZALES BAQUERO, op. cit., p. 35, se pronuncia en los mismos términos que nosotros cuando dice: “La asimilación del abuso de derecho a la categoría de los hechos ilícitos, no es sino el resultado de considerar el acto abusivo como una falta, una culpa: la culpa especial en que se incurre al ejercer los derechos subjetivos sin mantener la diligencia necesaria.”

36 TSJ/SC 16 de noviembre de 2001, No. Exp. 00-132 (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Coporation, expediente).

37 TSJ/ SCS 24 de abril de 2000, No. Exp. 99-928 (caso: Carlos Enrique Morales Caraballo vs. Seguros Orinoco C.A.); criterio reiterado por la Sala en Sentencia del 24 de septiembre de 2003, Exp. AA-20-C-1999-921, (caso: José Calzado Maza vs. Metalmueble C.A.).

dentro del artículo 1.185 del Código Civil no significa que la intención de nuestro legislador haya sido establecerlo como una especie dentro de los hechos ilícitos. Por el contrario, como bien señala GONZALES BAQUERO, tal inclusión se debe a la timidez del legislador de no irrumpir en una tendencia novedosa propuesta por las comisiones del Proyecto Franco-italiano de las obligaciones, la cual no era todavía aceptada en muchos países.³⁸

Veamos pues la posición del precitado autor, quien considera que el abuso es realmente una fuente autónoma, pero por razones distintas a la posición predominante de la doctrina que veremos más adelante. En tal sentido, dicho autor fundamenta la independencia de la figura del abuso de derecho en la misma interpretación de las palabras del artículo 1.185 del Código Civil. En tal sentido, explica que de las palabras <Debe igualmente reparación...> se puede deducir que el legislador hace referencia claramente a una figura diferente del hecho ilícito contenido en el primer aparte del artículo. Si bien pensamos que el abuso de derecho es una fuente autónoma del hecho ilícito, no es precisamente por la razón que expone GONZALES BAQUERO.

Por otro lado, autores como MELICH ORSINI y LUPINI BIANCHI, quienes como hemos mencionado anteriormente, han sostenido el criterio finalista del abuso de derecho,³⁹ obviamente contemplan la posibilidad de abuso *sin culpa*. Es lógico que al sostener esta posición, ambos autores admitan que el hecho ilícito es una figura completamente distinta al abuso de derecho, por cuanto sus elementos no son los mismos. Esta posición ha sido referida a lo largo de este trabajo y pensamos que es la forma correcta de analizar esta la figura del abuso de derecho en nuestro ordenamiento.

En resumidas cuentas, estos son los argumentos principales que sostienen quienes afirman que el abuso de derecho es verdaderamente una fuente autónoma de obligaciones.

En nuestra opinión, el abuso de derecho efectivamente constituye una fuente autónoma de las obligaciones. En primer lugar, nos adherimos a la posición de los autores que piensan que la ubicación del abuso

38 GONZALEZ BAQUERO, *op. cit.*, p. 56.

39 MELICH ORSINI, *Apuntes de obligaciones...*, p. 195; LUPINI BIANCHI, *La responsabilidad precontractual...*, p. 92 nota 202.

de derecho en el artículo 1.185 se debe a la timidez del legislador de no modificar la norma que tomamos del Proyecto Franco-Italiano. Por otro lado, consideramos que el argumento más fuerte que se puede deducir de la discusión doctrinaria, es que el abuso de derecho no requiere de *culpa*, requisito *sine qua non* para que exista hecho ilícito. Si bien es cierto que este requisito se puede superponer, generando una situación de abuso de derecho con culpa, ésta última no es necesaria, de modo que el juez no tendrá que comprobarla para que exista un abuso de derecho.

Por último, pensamos que además de estos dos argumentos principales desarrollados por nuestra doctrina con respecto a la autonomía del abuso de derecho frente al hecho ilícito y en vista del desarrollo de la figura del abuso de derecho y su más reciente aceptación en materia contractual (que veremos más adelante), podemos añadir que un argumento adicional para el hecho de que el abuso de derecho es una figura autónoma del hecho ilícito es porque si hoy en día los tribunales están empezando a consolidar la tesis según la cual el abuso de derecho cabe tanto en el campo de los contratos como fuera de ellos, entonces, por el hecho de que dicha figura es susceptible de existir dentro de ambas esferas de responsabilidad es absolutamente lógico decir que el abuso de derecho no puede ser considerado como un hecho ilícito, ya que, es bien sabido que de dicha figura sólo puede derivarse una responsabilidad extracontractual o aquiliana. En pocas palabras, si partimos de la base de que existe en materia contractual, es imposible decir que es lo mismo que el hecho ilícito.

En nuestra opinión, este reconocimiento en materia contractual no ha hecho más que esclarecer las dudas que algunos podían tener sobre la autonomía de la figura del abuso de derecho, además de fortalecer la tesis de quienes sostenemos que el abuso de derecho es una figura completamente diferente al hecho ilícito.

V. PROCEDENCIA

La doctrina ha enumerado una serie de requisitos para que proceda la figura del abuso de derecho. Así pues, hay quienes sostienen que para que podamos estar en presencia de un abuso de derecho tienen que concurrir tres elementos:

- 1.- Debe existir un daño causado por el que abusa del derecho y que éste sea experimentado por la víctima.
- 2.- Tiene que existir necesariamente un acto abusivo, entiéndase como aquel que se desvía del fin que le es propio o que el ordenamiento le ha asignado.
- 3.- Tiene que existir una relación de causalidad entre el daño y el abuso del derecho.⁴⁰

A estos requisitos se añade, que el titular del derecho al ejercerlo no debe extralimitarse de su derecho subjetivo, de lo contrario estaríamos en presencia de un típico caso de hecho ilícito, y de igual forma, el abuso no debe estar previsto en la ley porque sino estaríamos también en presencia de un típico hecho ilícito.⁴¹

VI. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO

En principio, todos los derechos son susceptibles de abuso independientemente si provienen de una relación contractual o extracontractual. Sin embargo, existen algunas excepciones a este principio, específicamente el caso de los derechos absolutos (*absolus*), indefinidos o indeterminados cuyo ejercicio no podrá jamás comprometer la responsabilidad del titular.⁴² CHABAS lo expone en los siguientes términos, *certaines droits sont absolus; leur exercice ne peut jamais engager la responsabilité de leur titulaire.*⁴³ Estos derechos regulan la conducta del hombre y no están sometidos a ninguna norma,⁴⁴ son por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, de expresión. El ejercicio de estos derechos jamás podrá constituir un abuso, por el contrario, su exceso constituye un hecho ilícito.⁴⁵

40 En este sentido Véase MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 715; GONZALES BAQUERO, *op. cit.*, pp. 30-33; OSORIO, *op. cit.*, p. 44.

41 PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 108; MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p.715; GONZALEZ BAQUERO, *op. cit.*, pp. 30-33.

42 Véase PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 571, para una clasificación que ha hecho la doctrina de los derechos subjetivos.

43 MAZEUD, H. y L., J. y CHABAS, François, *op. cit.*, p. 468; MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p.712; ARRAIZ, *op. cit.*, p. 169.

44 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 712.

45 PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 571.

Para explicar la esfera de aplicación de la teoría del abuso de derecho, la doctrina ha elaborado múltiples clasificaciones de derechos entre algunas la de JOSSERAND. En Venezuela por otra parte, la doctrina ha llegado a un consenso con relación a cuáles son los derechos susceptibles de ser abusados. En tal sentido, el profesor MADURO LUYANDO ha dividido los derechos en indefinidos o indeterminados y definidos. Los primeros como veíamos en líneas anteriores, son los llamados derechos absolutos en Francia, mientras que los segundos son aquellos tipificados y delimitados expresamente en el ordenamiento jurídico positivo, como el derecho de propiedad.

Dentro de estos últimos existen otros derechos que no son susceptibles de ser abusados, ya que su ejercicio no tiene límite, éstos son los llamados derechos discrecionales (*discrétionnaires*).⁴⁶ Estos derechos surgen especialmente del derecho de familia. Ese es el caso típico que señala la doctrina, del padre que puede otorgar o no autorización a su hija para salir de noche a una fiesta o el derecho que tiene el padre de otorgar su consentimiento para el matrimonio de su hija contemplado en el artículo 59 del Código Civil.

VII. EL ABUSO DE DERECHO EN MATERIA CONTRACTUAL

Si bien cuando surgió la figura del abuso de derecho, algunos se preguntaban si se podía hablar de abuso en materia contractual, hoy en día no cabe duda de que esta figura es perfectamente aplicable a un derecho que provenga de una relación contractual. Ahora bien, algunas controversias han surgido en la doctrina producto de dicha aplicación. De este modo, algunos han llegado a preguntarse si la responsabilidad por el uso abusivo de un derecho debe colocarse dentro del ámbito de las fuentes extracontractuales de las obligaciones, aunque éste provenga de un contrato.⁴⁷

46 MADURO LUYANDO, op. cit, p. 712.

47 En Francia Véase: VINEY, Genevieve, *La responsabilité: conditions*, V. IV *Del Traité de droit civil* de J. Ghestin, LGDJ, Paris, 1982, p. 228; En Venezuela Véase: LUPINI BIANCHI, Luciano, "Notas sobre la teoría de la imprevisión en derecho civil", En: *Libro homenaje a Aníbal Dominici*, Ediciones Liber, s/f, Caracas, p. 319; PITTIER SUCRE, op. cit., p. 586; GONZALES BAQUERO, op. cit, p. 210.

Comencemos por revisar cuál es la posición de algunos autores venezolanos y extranjeros con relación a la procedencia o no de esta figura en materia contractual.

En tal sentido, el doctor PALACIOS HERRERA ha sostenido que: “También puede haber abuso de derecho fuera del campo extracontractual, puede haber abuso dentro del campo contractual.”⁴⁸

Del mismo modo, se expresa el doctor GONZALES BAQUERO, cuando dice:

La condición de tercero o de parte en la ejercitación de la buena fe así concebida no tendrá relevancia para los efectos de sancionar el abuso, aunque sea campo de extracontractual lo primero y contractual lo segundo, pues en ambos se fustiga el abuso.⁴⁹

El doctor ARRAIZ por su parte ha dicho lo siguiente: “La teoría del abuso de derecho ha servido para fiscalizar, a través de la jurisprudencia, el ejercicio de los derechos resultantes de contratos.”⁵⁰

El doctor MELICH ORSINI, por otro lado, ha dicho:

En el campo del contrato ha sido particularmente abundante la aplicación de la teoría. Se ha llegado a pensar que aún en el ejercicio del derecho que todos tenemos de negarnos a contratar se puede excepcionalmente incurrir en abuso de derecho.⁵¹

El prenombrado autor, como ejemplo de la persona que se niega a contratar cita el ejemplo del propietario del hotel que se niega a conceder hospedaje a personas de raza negra. Más recientemente este autor ha insistido en esta concepción (la ruptura intempestiva de negociaciones preliminares da lugar a un abuso de derecho).⁵²

48 PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 111.

49 GONZALEZ BAQUERO, *op. cit.*, p. 60.

50 ARRAIZ, *op. cit.*, p. 171.

51 MELICH ORSINI, *Apuntes de obligaciones...* p. 189.

52 En su trabajo más reciente sobre los tratos y negociaciones dirigidos a la formación de un contrato, *op. cit.*, MELICH ORSINI transcribe algunas afirmaciones que ya había hecho en su trabajo de la doctrina general del contrato, en este sentido este autor dice: “En tal sentido, se admite que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (*culpa in contrahendo*) pueda dar derecho a una indemnización a favor de su contraparte por el daño que sea consecuencia de la defraudación de confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose.”

Adicionalmente, LUPINI BIANCHI ha dicho: “Nuestra jurisprudencia ha admitido que el ejercicio de un derecho contractual puede ser hecho en forma abusiva, dando lugar a la figura de abuso de derecho acogida por nuestro legislador en la reforma del Código Civil de 1942”.⁵³

Sin embargo, este autor, siguiendo la doctrina de RIPERT, no concibe abuso de derecho en el caso de ruptura de los tratos preliminares, sino responsabilidad por hecho ilícito.⁵⁴

Finalmente, el profesor PITTIER SUCRE en su reciente trabajo publicado en 2007 sobre el abuso de derecho, al hablar del campo de aplicación de la teoría del abuso de derecho reafirma la existencia de esta figura en materia contractual cuando expone:

El abuso de derecho puede darse también en el uso de las vías de derecho (intentar juicios, a sabiendas de ser temeraria la acción) en el ejercicio de las potestades familiares, el ejercicio de las libertades individuales y corporativas (utilizar el derecho de huelga con fines políticos) y en materia contractual, (impedir la formación de un contrato o disolución sin ningún interés legítimo).⁵⁵

VIII. FUNDAMENTO DEL ABUSO DE DERECHO EN MATERIA CONTRACTUAL.

Una vez revisada la posición de la doctrina con relación al abuso de derecho en materia contractual, es evidente que hoy en día en Venezuela se puede concebir el abuso de un derecho proveniente de un contrato siempre y cuando éste cause un daño, sea producto de un uso para el cual no fue destinado y exista una relación de causalidad. Entre otras cosas, nos parece importante destacar la procedencia de esta figura en materia contractual por la confusión a la que se ésta se puede prestar debido a la posición –ya mencionada– de algunos autores que sostienen que el abuso de derecho entra dentro de la figura del hecho ilícito. Ahora bien, es necesario preguntarnos cuál es el fundamento de dicha procedencia en materia contractual.

53 LUPINI BIANCHI, *op. cit.*, p. 131.

54 *Ibid.* Sostiene este autor lo siguiente: “En verdad, a diferencia de lo que acontece cuando ya se ha emitido una oferta (Respecto de la cual cabe hablar de un *derecho a revocarla* y por ende podría pensarse en un abuso en el ejercicio de este derecho). En la fase de las tratativas se está en un terreno fáctico, en el cual a lo sumo podría decirse que se desarrolla el derecho constitucional de libre contratación.

55 Negritas nuestras (NO HAY NEGRITAS EN LA CITA). PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 572.

En primer lugar, debemos reafirmar que en principio el abuso de derecho es aplicable al ejercicio de toda clase de derechos subjetivos. Claro está, que como hemos visto en la sección del campo de aplicación del abuso de derecho, existen algunos derechos que no son susceptibles de ser abusados, éstos son los derechos absolutos o indefinidos, o los derechos discrecionales que mencionamos anteriormente.⁵⁶ De lo contrario, podemos ver como desde mediados del siglo pasado se han pronunciado importantes fallos sobre el ejercicio del derecho de propiedad, de las potestades familiares, de las facultades laborales, de los derechos contractuales, etc.

Es decir, pareciera que la única limitación para la aplicación de la teoría del abuso de derecho, es que se cumplan los requisitos de procedencia propuestos por la doctrina y la jurisprudencia y que se trate de algún derecho que entre dentro del campo de aplicación de dicha teoría independientemente de que se trate de un derecho extracontractual o contractual. La verdad es que hoy en día resulta indiscutible la procedencia de la figura del abuso de derecho en materia contractual.

Como ya hemos anticipado, el verdadero problema que ha generado grandes controversias en la doctrina comparada es si la responsabilidad por el uso abusivo de un derecho debe colocarse dentro del ámbito de las fuentes extracontractuales de las obligaciones, aunque éste provenga de un contrato. En este sentido, vale la pena resaltar una sentencia de la Casación Francesa, del 11 de junio de 1953 en la cual se dijo: “que el abuso de derecho cometido en el terreno contractual o cuasi contractual genera, en todos los casos, la responsabilidad extracontractual o cuasi delictual de su autor”.⁵⁷ Este criterio ha sido acogido igualmente por nuestra Sala de Casación Civil en al menos dos sentencias.⁵⁸

Ahora bien, este criterio acogido por algunos tribunales, ha generado una gran conmoción en la doctrina comparada, en particular podemos señalar la posición de rechazo por parte de la profesora GENEVIÈVE VI-

56 MAZEUD, H. y L., J. y CHABAS, *op. cit.*; MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p.712; ARRAIZ, *op. cit.*, p. 169.

57 Citada por STOFFEL-MUNCK, P. *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, IJDJ, Paris, 2000, p. 106.

58 CSJ/ SCMT, Sent. 13/08/90, JPT/CSJ, agosto/septiembre 1990, pp. 167-168; CSJ/ SCMT, Sent. 09/08/94, JPT/CSJ, agosto/septiembre 1994, pp. 92-93.

NEY⁵⁹ en Francia, y en Venezuela por parte del doctor PITTIER SUCRE⁶⁰ en su trabajo sobre el abuso de derecho. Ambos autores sostienen que es inexplicable considerar que la aplicación del abuso de derecho en relación a los contratos esté comprendida en la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, LUPINI BIANCHI en un reciente trabajo se manifiesta en sentido contrario al sostener que esto es posible cuando dice: “el deber de comportarse de buena fe en el ejercicio de un derecho o prerrogativa contractual, es impuesto por la ley y cuando su violación se manifiesta en la forma del abuso, comporta como sanción la responsabilidad extracontractual”.⁶¹

Sobre este punto la doctrina se divide hoy en día sin acercarse a un consenso. En nuestra opinión es posible que el abuso cometido en el terreno contractual genere responsabilidad extracontractual, siempre y cuando dicho abuso provenga de un deber jurídico impuesto directamente por la ley, así sea que exista una relación contractual, por ejemplo, cuando una de las partes contratantes ha obrado de mala fe en sentido objetivo (violando un deber jurídico como puede ser el establecido en el artículo 1160 del Código Civil –los contratos deben ser ejecutados de buena fe-). Es evidente, que en un país como el nuestro donde la aplicación de la teoría del cúmulo de responsabilidades aún no se termina de admitir, la única forma en que puede haber responsabilidad extracontractual derivada de una relación contractual es diciendo que en dicha relación no se viola una obligación proveniente de la relación contractual, sino un deber jurídico establecido por la ley.

Esta posibilidad ha sido defendida recientemente en Francia por STOFFEL-MUNCK⁶² y una sentencia de la casación del 10 de julio de 2007 parece reafirmar la diferencia entre el deber legal de obrar de buena fe y las obligaciones propiamente contractuales, lo cual ha conducido al profesor denis mazeaud a sostener que a raíz del interés manifestado expresamente por esta sentencia y por la tesis de STOFFEL-MUNCK, la tendencia jurisprudencial en

59 En este sentido, Cfr. VINEY, op. cit., p. 228.

60 PITTIER SUCRE, op. cit., sostiene este autor lo siguiente: La jurisprudencia, inclusive la más reciente, considera que la aplicación del abuso de derecho en relación a los contratos está comprendida en la responsabilidad extracontractual. Viney sostiene, a nuestro juicio con razón, que este criterio es inexplicable y criticable en cuanto al abuso de la ruptura del contrato, a menos que esta facultad no tenga su fundamento en el contrato, sino en la ley.

61 LUPINI BIANCHI, Luciano, Notas sobre la teoría de la imprevisión..., p. 319.

62 Op. cit., parágrafos 178 y ss.

el futuro será la de sostener la naturaleza extracontractual o legal de la responsabilidad del contratante que viola el deber de obrar de buena fe.⁶³

IX. CONSECUENCIAS DEL ABUSO DE DERECHO

Finalmente, debemos referirnos brevemente a las consecuencias del abuso de derecho, es decir, a la sanción que puede ser impuesta cuando se abusa de un derecho. Debemos recordar, que en los comienzos de la concepción de la responsabilidad civil, ésta sólo podía ser pagada de forma pecuniaria. Ahora bien, en el caso del abuso de derecho, esto cambió a partir de la sentencia DOERR y CLEMENT BAYARD, en la cual el juzgador ordenó como reparación, demoler en el primer caso, una chimenea y en el segundo una enormes empalizadas.⁶⁴ Vemos claramente como se substituyó por primera vez una reparación pecuniaria por una en especie.

Menciona MADURO LUYANDO en su libro, que anteriormente, autores como SALEILLES pretendía que sólo era procedente la indemnización por equivalente para reparar los daños provenientes del abuso de derecho.⁶⁵ Hoy en día no es discutible si se puede indemnizar en especie en casos de abuso de derecho, existe un consenso general según el cual la indemnización proveniente del abuso puede ser acordada en especie. En efecto, podemos mencionar lo que ha dicho LUPINI BIANCHI recientemente: “En efecto, frente al abuso de un derecho contractual se ha admitido la posibilidad de una reparación en especie por parte del juez”.⁶⁶ Igualmente, MELICH ORSINI ha dicho: “Por eso parece más razonable que el juez puede, y aún debe... acordar reparación en especie en cuanto sea posible”.⁶⁷ En el mismo sentido se pronuncia MADURO LUYANDO⁶⁸ y PITTIER SUCRE⁶⁹ a favor de la reparación en especie.

Habiendo visto esto, sólo nos faltaría hacer referencia a la reparación del daño moral proveniente del abuso de derecho. Si bien es cierto que

63 MAZEAUD, D., Nota a la sentencia de Cass. Com. del 10 de julio de 2007, publicada en *Revue des Contrats*, L.G.D.J., 2007/4, pp. 1110-1115.

64 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 716.

65 *Ibid.*

66 LUPINI BIANCHI, Notas sobre la teoría de la imprevisión..., p. 317.

67 MELICH ORSINI, Apuntes de obligaciones..., p.197.

68 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 716.

69 PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 599.

en principio todo daño causado en el ejercicio abusivo de un derecho, debe ser reparado, es indispensable hacer la distinción entre el abuso que nace de una relación contractual y el que no, ya que, para poder lograr una solución en este respecto, necesariamente tenemos que acudir a las reglas que se han utilizado en Venezuela para desechar el daño moral en materia contractual. En vista de que la jurisprudencia y la doctrina no se han visto muy inclinadas a permitir la reparación de daños morales provenientes de relaciones jurídicas contractuales, es indudable que el daño moral por abuso de derechos contractuales al menos por ahora no es admisible en Venezuela.⁷⁰

X. BIBLIOGRAFÍA

ARRAIZ, Rafael, *Contribución al estudio del abuso de derecho*, En: Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, Imprenta Universitaria, 1970.

AVELEDO, Luis Alberto, "Noción de la responsabilidad civil por razón del ejercicio de las acciones en justicia", En: *Diario el Profesional*, San Felipe, año 8, Nos. 118-120, s/f.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T XV, Nos. 2850 y ss., Paris, 1908.

Corte Imperial de Colmar, 1ra Cámara, "Doer vs. Keller", 2 de mayo de 1855, *jurisprudente Générale par M. Dalloz*, año 1856, 2da parte.

CSJ/ SCMT, Sent. 13/08/90, JPT/CSJ, agosto/septiembre 1990.

CSJ/ SCMT, Sent. 09/08/94, JPT/CSJ, agosto/septiembre 1994.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

GONZALES BAQUERO, Juan Ramón, *La recepción del principio del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico venezolano*, Valencia, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, 1976.

JOSSERAND, Louis, *Del espíritu de los deberes y de su relatividad*, 1927.

JOSSERAND, Louis, *Del abuso de derecho y otros ensayos*, Editorial Temis, Bogota, 1982.

⁷⁰ En este sentido véase GONZALEZ BAQUERO, op. cit., pp. 31-32.

- LAURENT, Françoise, *Principes de droit civil française*, T. VI, No 1401, Paris, 1893.
- LUPINI BIANCHI, Luciano, «La responsabilidad precontractual en Venezuela», En *RCADF*, N° 19-22, 1991, Caracas.
- LUPINI BIANCHI, Luciano, «Notas sobre la teoría de la imprevisión en derecho civil», En: *Libro homenaje a Aníbal Dominici*, Ediciones Liber, s/f, Caracas.
- Novísimo Digesto italiano, Gaio, 50,17,55, Libro II, de testamento al edicto Urbano.
- MADURO LUYANDO, Eloy, *Curso de obligaciones derecho civil III*, UCAB, 3° edición, Caracas, 1975.
- MAZEAUD, Denis, nota a sentencia de la Casación del 10 de julio de 2007, publicada en *Revue des Contrats*, L.G.D.J., 2007/4.
- MAZEUD, Henri y Léon, MAZEAUD, Jean y CHABAS, François, *Lecons de Droit Civil, Obligations théorie générale*, 8° édition, T. II, I V., Paris, Montchrestien, 1997, por François Chabas.
- MELICH ORSINI, José, *Apuntes de obligaciones*, Publicaciones del centro de estudiantes de la UCV, T. II, s/f, Caracas.
- MELICH ORSINI, José, «El abuso del derecho en el proceso», publicado en: *VVAA, Homenaje a la obra de José Muci Abraham*, EJV, s/f, Caracas.
- MELICH ORSINI, José, «Los tratos y negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato», En: *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, ACPC, 2007, Caracas.
- MUCI ABRAHAM, José, *La responsabilidad extracontractual en sus principios tradicionales y la teoría del abuso de los derechos*, Boletín de la Facultad de Derecho, UCV, N° 12.
- OCHOA, Oscar, «usencia de Abuso de Derecho en el Ejercicio de un Derecho Contractual», En: *Revista de Derecho Mercantil*, Año 7 y 8, enero-diciembre, 1989.
- OSORIO, Oswaldo, «El abuso de los derechos», En: *Rayas*, mayo-junio, año I, N° 5-6, 1962.

- PALACIOS HERRERA, Oscar, *Apuntes de obligaciones*, Versión taquigráfica de clases dictadas en la UCV, año 1950-51, Maracaibo, 1982.
- PIERRE TAPIA, Oscar, “El abuso de derecho”, En: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, 1983.
- PITTIER SUCRE, Emilio, “El abuso de Derecho”, En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado Público de Derecho Civil Francés*, Traducción de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A Habana, T. 41, N° 574, 1940.
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire du droit civil*, T. II, Nos. 870 y ss., Paris, 1911.
- RIPERT, Georges, *La regla moral en las obligaciones civiles*, 1927.
- RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- RODRÍGUEZ MATOS, Gonzalo, *La buena fe en la ejecución del contrato*, En: Libro Homenaje a Andrés Aguilar, TSJ, Caracas, 2004, vol.II.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LJDJ, Paris, 2000.
- TSJ/ SCS 24 de abril de 2000, No. Exp. 99-928 (caso: Carlos Enrique Morales Caraballo vs. Seguros Orinoco C.A).
- TSJ/SC 16 de noviembre de 2001, No. Exp. 00-132 (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Coporation, expediente).
- TSJ/SC, 20 de noviembre de 2002n No. Exp. 02-0518 (caso: Onésimo Hernández vs. ELECENTRO).
- TSJ/SCS 24 de septiembre de 2003, Exp. AA-20-C-1999-921, (caso: José Calzado Maza vs. Metalmueble C.A).
- VINEY, Genevieve, *La responsabilidad: conditions*, V. IV del *Traité de droit civil* de J. Ghestin, LGDJ, Paris, 1982.
- VVAA, *Código Civil de Venezuela: antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina y concordancias*, Artículo 1.185, UCV, Instituto de Derecho Privado, Ediciones la Biblioteca de la Central, Caracas, 2001.