

Paolo CATALDO

EL ABUSO DEL DERECHO

Trabajo de Fin de Máster
dirigido por
Christian HERRERA PETRUS

Universitat Abat Oliba CEU

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

Máster Universitario en Estudios Humanísticos y Sociales
Itinerario Jurídico

2014/2015

El presente trabajo está dedicado a mi mujer Emanuela y a mis hijos Gianmaria y Leonardo, fuente de vida y regocijo.

RESUMEN

La tesis analiza el tema del abuso del derecho en el marco del ordenamiento judicial italiano y de los principales ordenamientos judiciales extranjeros. Tras un breve excursus histórico y el análisis del fenómeno desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, el enfoque se desplaza hacia las implicaciones reales del abuso del derecho en el ámbito del derecho de sociedades y tributario, con especial cuidado a las formas del abuso del beneficio de la responsabilidad limitada, y de elusión de las normas impositivas. El ensayo, en fin, se concluye con un breve análisis comparativo entre los principales ordenamientos judiciales de la Unión Europea, con la finalidad de subrayar las diferencias de trato que, en los sistemas de *common law* y *civil law*, se emplea por las formas de abuso del derecho.

PALABRAS CLAVES

ABUSO DEL DERECHO – ABUSO RESPONSABILIDAD LIMITADA – ELUSIÓN –
AUTONOMIA PATRIMONIAL – CIVIL LAW – COMMON LAW

INTRODUCCIÓN	p.	5
 CAPÍTULO I		
EL CONCEPTO DE “ABUSO DEL DERECHO” HISTORIA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA		
1. <i>Significado del término “abuso”</i>	p.	10
2. <i>Una breve premisa acerca de la figura del abuso del derecho</i>	p.	10
3. <i>Un intento de definición</i>	p.	14
4. <i>Menciones históricas sobre la figura del abuso</i>	p.	22
5. <i>Algunas críticas a las doctrinas que reconocen la figura del abuso del derecho</i>	p.	27
6. <i>Prosigue. Las críticas a la doctrina italiana</i>	p.	27
7. <i>Los referentes normativos del abuso del derecho</i>	p.	30
8. <i>El abuso del derecho en la jurisprudencia</i>	p.	36
 CAPÍTULO II		
EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS VARIOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. NOTAS		
1. <i>Introducción</i>	p.	41
2. <i>La figura del abuso en el derecho privado</i>	p.	41
3. <i>Algunos ejemplos de abuso en el derecho de sociedades</i>	p.	44
4. <i>Abuso del derecho en la evasión fiscal</i>	p.	49
5. <i>Prosigue. Abuso del derecho y jurisprudencia administrativa</i>	p.	52
 CAPÍTULO III		
EL CONCEPTO DE “ABUSO DEL DERECHO”. UN ENFOQUE COMPARADO		
1. <i>Una mirada más allá de las fronteras. Notas sobre la figura del abuso del derecho en los ordenamientos francés, alemán, español e inglés</i>	p.	54
2. <i>El abuso del derecho en el ordenamiento de la Unión Europea</i>	p.	62
 CONSIDERACIONES CONCLUSIVA	p.	67
 BIBLIOGRAFIA	p.	70

INTRODUCCIÓN

La fórmula “abuso del derecho” aparece desde hace mucho tiempo en las herramientas y en el imaginario de los juristas. De hecho, se ha hecho referencia a este tema como uno de los «correctivos más conocidos» ⁽¹⁾ en los ordenamientos contemporáneos. En algunos ordenamientos, como Suiza, Alemania o España, se ha codificado, o incluso constitucionalizado, de manera patente; y en otros, como Italia o Francia, se ha mantenido el estatus de creación doctrinal controvertida. En todo caso, esta figura desempeña el papel de brindar a los juristas, a los jueces y, con modalidades distintas, a los dogmáticos, un instrumento dúctil para introducir un correctivo “*extra ordinem*” en la trama del derecho puramente legal, gracias a una delegación que el legislador le atribuye al intérprete del derecho o el intérprete se atribuye de por sí ⁽²⁾.

En la cultura jurídica italiana, el interés hacia la figura del abuso del derecho ha seguido el cauce de un río cárstico, es en otros términos y escogiendo una imagen más sugestiva, lo hemos visto bajo la apariencia de “fénix árabe” ⁽³⁾. El interés ha surgido de manera esporádica – probablemente de manera no casual – en algunos momentos de la historia de nuestra cultura jurídica, suscitando adhesiones entusiastas y críticas incluso ásperas, pasando por largas temporadas en las cuales se ha dejado al margen, como en un trastero donde el jurista guarda las herramientas que ya no necesita al sustituirlas por otras más nuevas, más precisas o, quizás, simplemente más “de moda”. Como en este trabajo no hay intención de adoptar un enfoque principalmente historiográfico o de sociológico de la cultura jurídica, no se detendrá demasiado la atención en las razones culturales que han llevado a este interés irregular (positivo y negativo) por parte de los juristas italianos hacia la figura del abuso del derecho, sino solo para introducir la banal constatación que, durante el siglo XX, la atención hacia

¹ S. PATTI, Abuso del derecho (Orig. Abuso del diritto), en *Digesto de las Disciplinas Privativísticas – Sec. Civil* (Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. Civile), vol. I, Utet, Turín, 1987, pp. 1-9 (p.1); cfr. A. GAMBARO, Abuso del derecho. II) Derecho Comparado y extranjero (Orig. Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero) en *Enciclopedia Jurídica* (Orig: Enciclopedia Giuridica), vol. I, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p.1.

² Cfr. R. SACCO, El ejercicio y el abuso del derecho (Orig. L'esercizio e l'abuso del diritto), en G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *El derecho subjetivo* (Orig. Il diritto soggettivo), Turín, Utet, 2001, pp. 281-373 (espec. P. 321); S. PATTI, *Abuso del derecho*, cit., p. 7, donde se reconduce la problemática al contraste entre una visión “literal” y una “constructiva” del código civil.

³ La imagen del fénix árabe aparece en G. ALPA, *Los principios generales* (Orig. I principi generali), Giuffrè, Milán, 1993, p. 76.

dicha figura ha vuelto a aumentar entre quienes han adoptado proyectos de metodología jurídica, en sentido más amplio, antiformalista.

Tanto es así que, limitándose a pocos pero significativos ejemplos, a principios del siglo XX, se realizan algunas intervenciones apasionadas, tanto doctrinales como jurisprudenciales, que tienen el objetivo de estigmatizar la posibilidad que el ejercicio del derecho subjetivo se someta al "antojo" y a los fines particulares del titular, en detrimento del "sentimiento de solidaridad" y de la "función social" que impregnan (¿tendrían que impregnar?) el ejercicio del derecho, y más específicamente el derecho de propiedad ⁽⁴⁾. En los años sesenta, en un clima de renovación general de la cultura civilista italiana, a raíz de los valores y de los principios expresados en la Constitución Republicana de 1948, se encuentra una docta y muy influyente reevaluación de la teoría del abuso del derecho, aplicada como instancia peculiar de un más amplio programa metodológico antiformalista, que daba realce al pluralismo jurídico y a los llamados cuerpos sociales intermedios ⁽⁵⁾.

A finales de los años noventa, la fórmula parece conocer un nuevo auge, con la aparición de un amplio abanico de intervenciones verdaderamente favorables a la

⁴ Las expresiones entre comillas se han tomado de A. LEVI, *Sobre el concepto de buena fe. Notas acerca de los límites del derecho subjetivo* (Orig. Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo), Génova, 1912, espec. p. 95 (los límites a los que hace referencia el autor son de carácter ético, e inspirados en exigencias de solidaridad social).

Puntualizaciones sobre el asunto con interesantes referencias jurisprudenciales en D. CORRADINI, *El criterio de la buena fe y la ciencia del derecho privado* (Orig. Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato), Giuffé, Milán, 1970, pp. 415-426 (acerca de «las tendencias anticonceptualísticas» del derecho italiano de la primera mitad del siglo XX). Acerca del paréntesis antiformalístico que apareció en la cultura jurídica italiana de principio del siglo XX, hasta aquel entonces sumamente polarizada por dos formas diferentes de formalismo (la Escuela de la Exégesis y la Pandectística), véase G. TARELLO, *La escuela de la Exégesis y su difusión en Italia* (1969) (Orig. La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia), en Íd., *Cultura jurídica y política del derecho* (Orig. Cultura giuridica e política del diritto), Il Mulino, Bolonia, pp. 69-101 (espec. pp. 69-71, 100-101).

⁵ P. RESCIGNO, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), en *Revista de derecho civil* (Orig. Rivista di diritto civile), 1965, I, pp. 205 ss. Para reconstruir el programa metodológico y juspolítico que se puede atribuir a los juristas de esta corriente, véase G. TARELLO, *Orientaciones de la magistratura y de la doctrina sobre la función política del jurista intérprete* (1972) (Orig. Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione política del giurista-interprete), en G. Visintini (a cura de), *Metodología en el estudio de la jurisprudencia civil y comercial. Antología de ensayos* (Orig. Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi), Giuffré, Milán, 1999, pp. 17-57 (espec. 38-40). Para algunas referencias acerca de la época de la "constitucionalización" de la cultura jurídica italiana, véase G. PINO, *El derecho a la identidad personal. Interpretación constitucional y creatividad jurisprudencial* (Orig. Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale), Il Mulino, Bolonia, 2003. Cap. I.

revaluación de la prohibición de abuso del derecho; intervenciones enmarcadas en distintas metodologías antiformalistas (entre otras, se denota la vuelta a proponer el pluralismo y el solidarismo católico y las sugerencias del análisis económico del derecho) ⁽⁶⁾.

Es probable, además, que el interés de los estudiosos aumente en los años venideros, dado que la prohibición del abuso del derecho aparece en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (denominada Carta de Niza) ⁽⁷⁾. En realidad, y de cualquier manera, la infeliz formulación de esta disposición parece no implicar nada más que la necesidad de efectuar un balance y una ponderación entre los varios derechos enumerados en la Carta.

Pese al aparente tecnicismo de la cuestión, la figura del abuso del derecho ha llevado, sobre todo en ordenamientos en los que esta prohibición no se ha codificado, a ásperas polémicas y entusiastas adhesiones que han suscitado un verdadero enfrentamiento. Por un lado, quienes, en nombre de la certeza del derecho, han rechazado indignados la posibilidad de subordinar el ejercicio de los derechos subjetivos reconocidos por la ley a un estándar tan evanescente que puede dar lugar de manera casi inevitable a decisiones judiciales que varían según los casos y, tendencialmente, inescrutables (ya que se basan, en última instancia, en decisiones de valor irremediabilmente subjetivas). Por otro, aparecen quienes han apoyado favorablemente esta figura, ya que representa una obra de moralización, por parte del jurista, de la árida letra del derecho positivo ⁽⁸⁾.

Y eso no es todo, la discusión dogmática acerca del abuso del derecho ha reunido argumentaciones aún más fundamentales relativas a la manera de concebir la justificación filosófico-política de la organización jurídica. Así, los partidarios de una visión individualista y liberal, con el supuesto de que el fin del ordenamiento es garantizar el libre ejercicio de los derechos individuales (como esferas de libertad en las

⁶ En 1997 se publicó un volumen monográfico de la revista «Derecho Privado», (Orig. Diritto Privato) dedicado al abuso del derecho: en 1998 se volvió a publicar el volumen del ensayo de Pietro Rescigno, con una facción posterior, obra mencionada en la nota anterior (*El Abuso del derecho*, Il Mulino, Bolonia, 1998, pp. 11-114).

⁷ Se hace referencia al artículo 54, que se titula *Prohibición del abuso del derecho* (Orig. Divieto dell'abuso del diritto) : «Ninguna disposición de la presente Carta ha de interpretarse como la posibilidad de ejercer una actividad o realizar un acto que apunta a la destrucción de los derechos o de las libertades reconocidas por esta Carta o que apunta a imponer a dichos derechos y libertades limitaciones más amplias de las previstas por esta misma Carta». (El artículo da realce al art. 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a través de una referencia al abuso del derecho).

⁸ Resultan emblemáticas, en este sentido, las palabras a conclusión del ensayo de P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., p. 144, citadas en la epígrafe.

que el individuo es casi un soberano en miniatura), han estigmatizado la figura. Lo han hecho como si fuera una peligrosa intrusión en el ámbito de la libertad que el ordenamiento garantiza a todo individuo a través de una ley general y abstracta. Por otro lado, los fautores de concepciones más enfocadas en el sentido “comunitarista” (por ejemplo, de inspiración tanto católica como socialista) han subrayado que el ejercicio de los derechos subjetivos no puede completarse en la esfera egoísta del titular, sino que debería insertarse armónicamente en la red de intereses perseguidos por la comunidad política en su complejo, y que emergen de la “conciencia social”. Así, puede pasar que la figura del abuso del derecho se considere, desde un punto de vista histórico, como una herramienta que determinó y agilizó la progresiva erosión del principio, típico o, mejor dicho, básico de los ordenamientos jurídicos burgueses-liberales, de la absoluta discrecionalidad y de la inmunidad de cualquier forma de control de los actos realizados en nombre de la libertad y de la autonomía privada. Por todo ello, durante el siglo XX, fue posible «el cambio de una “moral de la economía” de matriz liberal a una de tipo social»⁽⁹⁾.

Las disputas que surgieron acerca de un tema tan sectorial no tendrían que suscitar sorpresa, al considerar los dos siguientes factores.

En primer lugar, el uso en contextos jurídicos de fórmulas vagas, con connotaciones en sentido valorativo, se presta, a menudo, a dar pie a encendidas polémicas ideológicas, y a vivaces reacciones emotivas. Se pueden recordar, por ejemplo, los ásperos debates que afectaron al ordenamiento civil europeo por lo que atañe a la figura del “buen padre de familia”, utilizada como parámetro de juicio de la conducta de las partes en algunas relaciones jurídicas⁽¹⁰⁾. En confirmación de este aspecto, se ha observado que «todos los conflictos generados por la teoría del abuso del derecho, todos los temores que suscitó acerca de la invasión de los jueces de la esfera de las libertades individuales, se aquietaron justo cuando la misma idea se denominó responsabilidad por culpa»⁽¹¹⁾.

En segundo lugar, la teoría del derecho subjetivo está, por naturaleza, destinada a echar raíces en las ideas más fundamentales de la organización político-jurídica: al menos de la Ilustración jurídica en adelante, la garantía de los derechos

⁹ S. PATTI, *Abuso del derecho*, cit., p. 8.

¹⁰ Algunas indicaciones acerca del tema aparecen en S. RODOTA, *Diligencia. Derecho Civil*. (Orig. *Diligenza. (Diritto Civile)*), en *Enciclopedia del derecho* (Orig. *Enciclopedia del diritto*), vol. XII, Giuffré, Milán, 1964, pp. 539-546 (espec. pp. 544-545); D. CORRADINI, *El criterio de la buena fe y la ciencia del derecho privado*, cit., pp. 278-288.

¹¹ A. GAMBARO, *El derecho de propiedad* (Orig. *Il diritto di proprietà*), Giuffré, Milán, 1995, p. 478, que trata de la “magia de las palabras”.

subjetivos se puede considerar el pilar y el banco de pruebas en base al cual se evalúan los ordenamientos jurídicos bajo el perfil de su legitimidad (¹²).

Como resulta a primera vista, y como se aclarará en la exposición, la peculiaridad de esta figura procede de su carácter paradójico, que la acerca a un oxímoron: de hecho, *prima facie* al ejercicio de un derecho tendría que corresponder un espacio de libertad, trazado por las normas de un ordenamiento jurídico que lo atribuyen a determinados sujetos (o, mejor dicho, a determinadas categorías de sujetos). Por tanto, quien habla del abuso del derecho parece tomar la postura paradójica y aparentemente contradictoria de que el ejercicio de una pretensión o de una libertad en abstracto garantizada por el derecho objetivo represente, en caso concreto, un acto ilícito o, de cualquier forma, antijurídico (¹³).

¹² Véase N. E. SIMMONDS, Rights at the cutting edge, en M. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Clarendon, Oxford, 1998, pp. 113-232, 134, 138, donde aparecen las versiones clásicas de las teorías fundamentales del derecho subjetivo (la teoría de la voluntad y la teoría del interés), como pilares de otras interpretaciones del significado moral de los sistemas de derecho (jurídicos) y de otras teorías acerca de la legitimidad política y de la estructura de las instituciones políticas.

¹³ Sobre la imposibilidad “lógica” de concebir el abuso del derecho (considerado, de hecho, una fórmula intrínsecamente contradictoria), véase por ejemplo M. ROTONDI, El abuso del derecho (Orig. L’abuso del diritto), en *Revista de derecho civil* (Orig. Rivista di diritto civile), 1923, pp. 104 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales de derecho civil* (Orig. Dottrine generali di diritto civile), Jovene, Nápoles, 1966 (I ed. 1944), pp. 76 ss. (sobre la base de la consideración que el deber de solidaridad pertenece estructuralmente al concepto de derecho subjetivo y, por tanto, el ejercicio “abusivo” del derecho no forma parte del contenido del derecho: una estrategia argumentativa verdaderamente heroica); A. DE CUPIS, *El daño* (Orig. Il danno), vol. I, Giuffré, Milán, 1966, p.32.

Hay que notar que las posiciones de estos autores se sitúan en un plan conceptual, definitorio: no se limitan en afirmar que, de manera contingente, el ordenamiento italiano no reconoce la prohibición del abuso del derecho, sino, más bien, niegan la posibilidad de concebir algo como el abuso del derecho.

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE “ABUSO DEL DERECHO” HISTORIA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

SUMARIO: 1. Significado del término “abuso”; 2. Una breve premisa acerca de la figura del abuso del derecho; 3. Un intento de definición; 4. Menciones históricas sobre la figura del abuso; 5. Algunas críticas a las doctrinas que reconocen la figura del abuso del derecho; 6. *Sigue*. Las críticas a la doctrina italiana; 7. Los referentes normativos del abuso del derecho; 8. El abuso del derecho en la jurisprudencia.

1. Significado del término “abuso”

En el lenguaje común, el término *abuso* indica un *uso excesivo de algo* (¹⁴). Se considera sinónimo de exceso, ya que representa la raíz semántica de la palabra compuesta por la partícula “ab”, que indica *alejamiento, exceso*, y “uti” que significa *usar* (¹⁵). Por ello, podemos decir que es algo que *excede* en el uso.

Así alguien (¹⁶) ha afirmado que el abuso «no es otra cosa que un *uso*» y, en el caso específico del derecho, “se denomina abuso, y no uso, ya que se considera ilegítimo”.

Sin embargo es ilegítimo si «*considerado plenamente*», ya que, como se analizará, «*a primera vista no es nada más que un uso formalmente legítimo*». De no ser así, se debería hablar de ilícito, no de abuso.

2. Una breve premisa acerca de la figura del abuso del derecho

Los juristas pueden utilizar la herramienta del “abuso del derecho” de maneras diferentes, es decir, utilizando de modo muy libre una conocida imagen de Wittgenstein, en el contexto de distintos juegos interpretativos (¹⁷).

¹⁴ Del diccionario de “*Il Corriere della Sera*”

¹⁵ Del *diccionario etimológico online* (www.etimo.it)

¹⁶ A. GENTILI, El abuso del derecho como argumento (Orig. L’abuso del diritto come argomento), en V. Velluzzi (a cura de), *El abuso del derecho. Teoría, historia y ámbitos disciplinares* (Orig. L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari), Pisa, 2012.

En el ámbito de la aplicación judicial del derecho, este concepto se aplica en el contexto de la justificación de una disposición judicial, es decir, en la construcción de la premisa mayor del silogismo jurídico) para acreditar una decisión relativa a un caso concreto.

En el ámbito de la interpretación doctrinal, el abuso del derecho puede aparecer tanto en el ámbito de una actividad “exegética”, que se desarrolla en contacto directo con documentos legislativos específicos (o, al menos, normativos) y que apunta a brindar opciones interpretativas específicas relativas a tipologías de casos, como en el ámbito de una acción “sistemática”, que apunta a reconstituir y a sistematizar de manera orgánica y ordenada un sector más o menos amplio del ordenamiento jurídico (por ejemplo, con la identificación de un principio implícito).

En el juego de la teoría del derecho, es decir, de la reflexión sobre los discursos de la jurisprudencia dogmática y judicial, y sobre los conceptos (jurídicos) que aparecen en dichos discursos, el concepto de abuso del derecho se analiza con el objetivo de aclarar “terapéuticamente” su papel y su alcance en el ámbito de los discursos de los juristas, y de explicitar las técnicas argumentativas utilizadas, los supuestos y los objetivos de quienes utilizan (o incluso rechazan) tal noción, y cosas por el estilo. Es con este último juego con el que se intentará jugar en estas páginas y, por tanto, merece precisar este ámbito de manera ligeramente más extendida.

Una exploración teórica del concepto de abuso del derecho es un discurso que incluye el análisis de uno o más de los siguientes problemas (¹⁸): un problema “de

¹⁷ Cfr. L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* (1953) (Orig. Ricerche filosofiche), Einaudi, Turín, 1967, §§ 48 ss.; Íd., *De la certeza* (1969) (Orig. Della certezza), Einaudi, Turín, 1978, § 65. Para una introducción a estas temáticas de Wittgenstein que aquí solo se pueden rozar: cfr. A. Kenny, *Wittgenstein*, Penguin, Londres, pp. 159-177.

Para una reconstrucción de los tantos y posibles juegos interpretativos en ámbito jurídico, véase P. Chiassoni, La interpretación de la ley: normativismo semiótico, escepticismo, juegos interpretativos (Orig. L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi), en AA.VV., *Estudios en memoria de Giovanni Tarello* (Orig. Studi in memoria di Giovanni Tarello), vol. II, Giuffrè, Milán, 1990, pp. 121-161; Íd., Interpretative Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes, en P. Camanducci, R. Guastini (a cura de), *Análisis y derecho 1999. Investigaciones de jurisprudencia analítica* (Orig. Analisi e diritto 1999. Ricerche di Giurisprudenza analítica), Giappichelli, Turín 2000, pp. 79-99.

¹⁸ Aquí acudo libremente a la impostación meta-metodológica de P. Chiassoni, Lagunas en el derecho. Notas para una tipología realística (Orig. Lacune nel diritto. Appunti per una tipologia realistica), en L. Triolo (a cura de), *Praxis jurídica y control de racionalidad*, (Orig. Prassi giuridica e controllo di razionalità), Giappichelli, Turín, 2001, pp. 23-71; Íd. Ficciones judiciales. Proyecto de voz para un vademécum jurídico (Orig. Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico),

definición”, que, banalmente, atañe a la identificación de la definición del concepto de abuso del derecho que se escoge adoptar en sede teórica; un problema “fenomenológico”, que atañe a las operaciones que los juristas desarrollan típicamente para detectar los casos de abuso del derecho (fenomenología descriptiva), y las operaciones a las que sería conveniente recurrieran (o no) para detectar de manera correcta casos similares (fenomenología prescriptiva); un problema “metodológico”, que atañe a las operaciones que los juristas desarrollan típicamente como consecuencia de la identificación de un caso de abuso del derecho, es decir, la solución de derecho que establecen en una sentencia o brindan de *sententia ferenda* en los casos de abuso (metodología descriptiva) y las operaciones que ellos deberían, o no, efectuar en casos parecidos (metodología prescriptiva).

Una exploración teórica del concepto de abuso del derecho puede tener varias finalidades, que pueden, por otra parte, colaborar en una misma investigación. Por ejemplo, puede elaborarse con el objetivo de acreditar una cierta concepción más general sobre la naturaleza del derecho (objetivo), con referencia a la estructura del derecho, a las relaciones entre derecho y moral, a la defectibilidad de los enunciados jurídicos, etc. En este caso, se podría afirmar que el análisis teórico se plantea con una perspectiva “filosófica” (19).

De otra manera, podría tener una finalidad marcadamente prescriptiva y estipulativa, señalando a los juristas qué operaciones deberían, o no, realizar para acertar y resolver los casos de abusos del derecho, pese a no proponer soluciones precisas en relación a casos específicos concretos: en este caso, se podría afirmar que el análisis teórico se plantea con una perspectiva “dogmática” o de “elevada dogmática”

en P. Comanducci, R. Guastini (a cura de) *Análisis y derecho 2001. Investigaciones de jurisprudencia analítica* (Orig. *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*), Giappichelli, Turín, 2002, pp.71-94

¹⁹ Por ejemplo, la investigación de M. Altienza, J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación del poder*, Trotta, Madrid, 2000, está encaminada a corroborar una teoría del derecho que rinde cuentas de la estructura “de dos niveles” del derecho: el nivel de las reglas y el de los principios. Para una discusión acerca del tema, véase J.J. Moreso, *Cómo hacer coincidir las piezas del derecho* (Orig. *Come far combaciare i pezzi del diritto*) en P. Comanducci, R. Guastini (a cura de), *Análisis y derecho 1997. Investigaciones de jurisprudencia analítica* (Orig. *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*), Giappichelli, Turín, 1998, pp. 79-117.

Otro ejemplo lo brinda François Ost. *Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*. Publications des Facultés Universitaires Sain Louis, Bruselas, 1990, pp. 139-150, donde el análisis del abuso del derecho se inserta en una investigación más amplia sobre la noción de interés en el derecho (acerca de este punto cf. también infra, § 4.2).

(²⁰). O, es más, podría tener el objetivo de dar cuenta de las manipulaciones interpretativas y lógico-argumentativas a las que los juristas someten los enunciados del discurso de las fuentes (en sentido amplio) en materia de abuso del derecho, sin tomar posición alguna, acabando en una “caza a las ideologías”, como se decía en el pasado, o, más en general, en una historiografía y/o sociología de la ciencia jurídica. En este caso, se podría hablar de una “meta-jurisprudencia descriptiva” (o, eventualmente, una meta-teoría descriptiva, según el discurso objeto sobre el que el teórico ejerce sus artes analíticas) (²¹).

Además, como último punto, podría tener una finalidad reconstructiva y, en cierto sentido, “de servicio”: tomando como punto de partida los discursos de los juristas positivos cuando se ocupan de abuso del derecho (tomando prestados los resultados del análisis descriptivo que se acaba de mencionar), la investigación realiza una reconstrucción conceptual de la figura del abuso del derecho.

En esta sede, se adoptará principalmente esta última perspectiva. En la prosecución del trabajo, se intentará pasar revista a los principales problemas teóricos (de definición, fenomenológicos, metodológicos) planteados por la figura del abuso del derecho, a partir de la cuestión, prejudicial, relativa a su definición. A continuación, se tratará el problema del abuso del derecho desde el punto de vista “deontológico”, que atañe al fundamento y a los límites de la doctrina del abuso del derecho en el derecho italiano: un problema que no es estrictamente teórico sino dogmático, o de alta dogmática, es decir, la identificación y la reconstrucción de un (segmento del) derecho positivo vigente.

²⁰ Según la definición de M. Jori, A. Pintore, *Manual de teoría general del derecho* (Orig. Manuale di teoria generale del diritto), Giappichelli, Turín, 1988, p.113.

²¹ Cfr. R. Guastini, *Imágenes de la teoría del derecho* (Orig. Immagini della teoria del diritto) (1994), en Íd., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Orig. Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto), Giappichelli, Turín, 1996, pp. 3-13 (espec. pp. 12-13).

Lamentablemente, las investigaciones de este tipo no se realizan a menudo en la cultura jurídica italiana: punto de referencia imprescindible, y casi aislado, son las investigaciones de Giovanni Tarello: cfr. por ej., *Teorías e ideologías del derecho sindical. La experiencia italiana después de la Constitución*, (Orig. Teorie e ideologie del diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione), Comunità, Milán, 1972 (I ed. 1967); Íd., *Orientaciones de la magistratura y de la doctrina sobre la función del jurista-intérprete*, cit.; Íd., *Doctrinas del proceso civil* (Orig. Dottrine del processo civile), Il Mulino, Bolonia, 1989. Para un reciente intento de imitación, cfr. G. Pino, *Teorías y doctrinas de la personalidad. Un estudio de meta-jurisprudencia analítica* (Orig. Teorie e dottrine della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica), en «*Materiales para una historia de la cultura jurídica*» (Orig. Materiali per una storia della cultura giuridica), 2003, 1, pp. 227-264.

3. Un intento de definición

El abuso del derecho representa una de las más controvertidas elaboraciones del sistema jurídico italiano y europeo y es objeto de un acalorado debate doctrinal y jurisprudencial relativo a su trazabilidad ⁽²²⁾.

La terminología puede parecer, *prima facie*, contradictoria, ya que con el término derecho se hace referencia a una libertad o a un poder, garantizados al individuo por una norma jurídica: aproximando el término abuso se afirma que el ejercicio del derecho podría convertirse en una fuente de responsabilidad. Abuso y derecho parecen incompatibles porque al ejercer un derecho no sería posible realizar un ilícito, a la luz del brocardo latino *qui iure suo utitur neminem laedit* ⁽²³⁾.

En realidad, la objeción según la cual “donde empieza el abuso termina el derecho” ⁽²⁴⁾ se remonta a los orígenes del replanteamiento moderno de la figura del abuso del derecho.

Se objeta, sustancialmente, que lo que se debe definir de manera general es el contenido de la situación subjetiva, y por tanto, el ámbito de los poderes correspondientes al titular. Frente al caso concreto, además, el juicio de congruidad atañe siempre y solamente a la atribución del acto al hecho jurídico abstracto. Con respecto a este juicio, no cabría una evaluación de juridicidad adicional.

La objeción mencionada tiene una indudable riqueza técnica; sin embargo, es difícil negar que el problema del abuso se plantea como una superposición de dos

²² El abuso del derecho fue objeto de varias contribuciones en la doctrina, entre otras: M. ROTONDI El abuso del derecho, en *Riv.dir.civ.*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, Notas preliminares a una teoría del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico italiano (Orig. Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano), en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; P. RESCIGNO, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), Bologna, 1998, 13 ss.; S. ROMANO, Abuso del derecho (Orig. Abuso del diritto), en *Enc. Del derecho* (Orig. Enc. Del Diritto), I, Milano, 1958, 168 ss.; S. PATTI, Abuso del derecho (Orig. Abuso del diritto), en *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; D. MESSINETTI, Abuso del derecho (Orig. Abuso del diritto), en *Enc. del derecho, Actual. II* (Orig. Enc. Del diritto Aggiorn. II), Milán, 1998, 1 ss.; C. SALVI, Abuso del derecho. I) Derecho civil (Orig. Abuso del diritto. I) Diritto civile), en *Enc. giur., I*, Roma, 1988; A. GAMBARO, Abuso del derecho. II) Derecho comparado y extranjero. (Orig. Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero), en *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV., *El abuso del derecho, en Derecho privado 1997* (Orig.L'abuso del diritto, in Diritto privato 1997), Padova, 1998.

²³ Con referencia a la figura del abuso del derecho y a la antinomia, véase P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 13 ss.; U. BRESCIA, El abuso del derecho (Orig. L'abuso del diritto), en AA.VV., *El abuso del derecho*, cit., 71.

²⁴ A GAMBARO, Abuso del derecho. I) Derecho Civil (Orig. Abuso del diritto. I) Diritto civile), en *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988.

juicios cualitativamente diferentes (el primero de estricto derecho; y un sucesivo de orden ético o «social»); se plantea, más bien, como una identificación, en un ordenamiento dado, del contenido de poderes atribuidos al titular de una situación jurídica, sobre la base de índices normativos deducibles del conjunto del mismo ordenamiento.

En realidad, la fragmentación del cuadro normativo no exime al intérprete del derecho de averiguar, por exigencias de orden sistemático, si puede considerarse, de cualquier manera, vigente un principio – no expresado – según el cual el comportamiento de un sujeto, formalmente conforme al contenido del propio derecho, pueda considerarse ilícito sobre la base de una evaluación general ⁽²⁵⁾.

En la identificación del concepto de abuso del derecho y de los criterios de su aplicación se pueden enumerar varios estudios tanto en Italia – como se profundizará más adelante – como en otros países europeos.

Según una primera orientación, el abuso del derecho representa un instrumento idóneo para garantizar un ejercicio “normal” del derecho subjetivo y su existencia es verificable sobre la base de los principios generales y de los valores sociales del

²⁵ En la ciencia jurídica es posible detectar dos posiciones ideológicas en relación a los criterios utilizados para realizar esta evaluación: la ideología católica y la ideología socialista (en relación a las posiciones ideológicas más significativas, véase especialmente P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit. 33 ss.; con referencia a la reconstrucción histórica de las ideologías, véase especialmente G. SOLARI, *La idea individual y la ideal social en el derecho privado*, I, *La idea individual* (Orig. L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato. I, L'idea individuale), Turín, 1911 y *La idea social. El historicismo en el derecho privado* (Orig. L'idea sociale. Lo storicismo nel diritto privato), Turín 1918). Según la ideología de inspiración católica, la moral representa la medida del juicio y de la corrección del sistema, el uso moral o inmoral del derecho se convierte en criterio de evaluación del ejercicio de los derechos. Sin embargo, este enfoque puede identificar el abuso como el pecado, dado que la censura moral representa el supuesto de la sanción que el derecho positivo inflige (En este marco, véase otra vez P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit. 37). Según la ideología socialista, en cambio, la medida del juicio está constituida por la conciencia social porque «nuestras prerrogativas individuales suponen un consenso por parte de la comunidad social» (es una idea expresada por L. Josserand, reputado partidario de la ideología socialista, mencionado en P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 46. Más específicamente, el Autor considera que el consenso resulta necesario no solo para el reconocimiento, sino también para ampliar el ejercicio de las prerrogativas individuales). La ideología socialista se diferencia de la católica, entre otras razones, por su variabilidad en relación a las nuevas necesidades de la conciencia común; en cambio, según la ideología católica, derecho natural y superlegalidad representan el pilar unitario e inmutable con el límite de la flexibilidad necesaria para permitir el uso del derecho natural (P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 46).

ordenamiento ⁽²⁶⁾. Desde esta perspectiva, una parte de la jurisprudencia ha precisado que persistiría el abuso del derecho en caso de que recurra “un uso objetivamente anormal del derecho”, como contraste con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico ⁽²⁷⁾ o con las disposiciones de ley específicas que lo regulan ⁽²⁸⁾; en otros términos, en caso que el ejercicio del derecho no realice una conciliación con las exigencias sociales y no apunte a la realización de un interés real ⁽²⁹⁾.

Sin embargo, según otros, el abuso se realiza en el caso de que un sujeto utilice los poderes y las facultades de las que es titular para perseguir un interés diferente con respecto a la razón por la que se le atribuyeron dichos poderes ⁽³⁰⁾; de modo que se ha afirmado que «el abuso existe gracias a la desviación entre hecho jurídico y hecho concreto» ⁽³¹⁾.

Aun así, la idea de que el abuso pueda definirse como una desviación del ejercicio del derecho de un objetivo - que puede ser constituido por la finalidad intrínseca del contenido del derecho o por una finalidad extrínseca, un interés superior – ha sido criticada por una parte de la doctrina que afirma que, sobre todo en el primer caso, se tiende a confundir la perspectiva del abuso con la del exceso del derecho, dado que una finalidad intrínseca se puede desprender del contenido del derecho y

²⁶ En este marco, véase S. PATTI, *Abuso del derecho*, cit., 7 ss. El Autor mantiene que se podrían considerar como hipótesis específicas de aplicación del principio de abuso las normas que se detectan en el código; entre otras, aquella relacionada con los actos de emulación. Además, recuerda la doctrina que afirma que el abuso del derecho no se podría considerar nunca un principio ajeno a la cultura jurídica italiana, dada las raíces franco-germánicas del Código Civil de 1942, véase R. SACCO, *Introducción al derecho comparado* (Orig. *Introduzione al diritto comparato*), Turín, 1980, 180 ss.

²⁷ Cass., 15 de noviembre de 1960, n. 3040, en *Mass. Giur. it.*, 1960, 788.

²⁸ Cass. 19 de julio de 1957, n. 3052 en *Giust. civ.*, 1958, I, 305.

²⁹ Para examinar la jurisprudencia que considera el abuso del derecho como “uso normal” del mismo, véase más específicamente G. LEVI, *El abuso del derecho* (Orig. *L'abuso del diritto*), Milán, 1993, 20 ss.

³⁰ C. RESTIVO, *Contribución a una teoría del abuso del derecho* (Orig. *Contributo a una teoría dell'abuso del diritto*), Milán, 2007, 81. En referencia a la concepción del abuso del derecho como desviación del interés, véase MULLER ERZBACH, *El abuso del derecho según la doctrina teleológica* (Orig. *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*), en *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 89 ss.; véase también S. ROMANO, *El abuso del derecho*, cit., 168 donde se afirma que el abuso del derecho se da cuando «tiene lugar una alteración en la función objetiva del acto con respecto al poder de autonomía que lo configura en relación a las condiciones a las que el ejercicio mismo está subordinado»; esto puede pasar o como alteración del factor causal que lleva a una alteración en la estructura del acto, o como una conducta de relaciones jurídicas en contraste con la buena fe.

³¹ C. RESTIVO, *Contribución a una teoría del abuso del derecho*, cit., 83

contribuye a establecer los límites de la situación subjetiva ⁽³²⁾. Por lo tanto, sería conveniente una reconstrucción de la categoría del abuso del derecho que renuncie a un acuerdo sobre el mérito del fin perseguido y que juzgue el resultado del ejercicio del derecho a través de una comparación con los intereses con los que interactúa ⁽³³⁾.

La doctrina que configura el abuso del derecho como una desviación del interés ha puesto de relieve las diferencias que existen entre el abuso del derecho y el exceso del derecho. Ambos suponen traspasar el *actuar* permitido al sujeto, pero se diferencian ya que el abuso aparece aparentemente conforme al contenido del derecho. ⁽³⁴⁾. Por un lado, en el caso de que haya exceso del derecho, aquello que traspasa el contenido del derecho se puede detectar inmediatamente, dado que el acto, al traspasar los límites establecidos, no se puede reconducir al paradigma normativo; por otro, en los casos de abuso lo traspasado no se puede detectar inmediatamente, sino que resulta necesario averiguar el interés que el sujeto quiere concretamente satisfacer ejerciendo las prerrogativas que se le atribuyeron ⁽³⁵⁾.

La jurisprudencia ha afirmado recientemente que el abuso del derecho es un criterio revelador de la violación del principio de buena fe objetiva y ha detectado los elementos constitutivos del abuso del derecho: en la titularidad de un derecho subjetivo atribuido a un sujeto; en la posibilidad que el ejercicio de aquel derecho se podría efectuar conforme a una pluralidad de modalidades no predeterminadas; en la circunstancia de que el ejercicio, formalmente respetuoso del marco atributivo de aquel derecho, se realice con modalidades censurables con respecto a un criterio de evaluación –jurídico o extrajurídico–; en la desproporción injustificada, procedente de

³² F.D. BUSNELLI – E. NAVARRETTA, *Abuso del derecho y responsabilidad civil* (Orig. *Abuso del diritto e responsabilità civile*), en AA.VV. *El abuso del derecho*, cit., 186 ss.

³³ F.D. BUSNELLI – E. NAVARRETTA, *Abuso del derecho y responsabilidad civil*, cit., 187, donde se afirma que eso no excluye una eventual intervención del ordenamiento para proteger los intereses generales, limitando el contenido del derecho, sino se llega a negar el principio de abuso basado en la exigencia de realizar de manera positiva intereses generales.

³⁴ C. RESTIVO, *Contribución a una teoría del abuso del derecho*, cit., 83 ss., véase U. NATOLI, *Notas preliminares a una teoría del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico italiano*, cit., 37, donde se afirma que «la aparente conformidad del comportamiento del sujeto con el contenido de su derecho» representa una característica del abuso del derecho y «determina que abusar del derecho significaría cubrir de la apariencia del derecho un acto que se tendría el derecho de no realizar».

³⁵ C. RESTIVO, *Contribución a una teoría del abuso del derecho*, cit., 85 ss. El autor subraya que «el exceso del derecho se detecta evaluando el acto *estáticamente*; el abuso se realiza evaluándolo desde una perspectiva dinámica, que pone a desnudo el interés por el cual se ha realizado. Solo esta perspectiva, que se traslada en la necesidad de realizar una comprobación en concreto y *a posteriori*, permite enseñar el eventual abuso».

semejante modalidad de ejercicio, entre el beneficio obtenido por el titular del derecho y el sacrificio que debe padecer la contraparte ⁽³⁶⁾.

El abuso del derecho representa, por lo tanto, un uso alterado del esquema formal del derecho, encaminado a perseguir objetivos adicionales y distintos con respecto a los contemplados por el legislador ⁽³⁷⁾.

En conjunto, es posible afirmar que «la acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si, y solo si:

- 1) Existe una norma regulativa ⁽³⁸⁾ que le permita a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del conjunto de posiciones normativas en las que se encuentra S como titular de cierto derecho subjetivo.
- 2) Como consecuencia de A, otro sujeto y otros sujetos sufrieran un daño, D, y no existiera una norma regulativa que prohíba causar D.
- 3) No obstante D se configure como un daño injustificado porque se genera en una de las siguientes circunstancias:
 - 3.1) Realizando A, S no perseguía otra finalidad discernible sino causar D o que S realizó A sin algún objetivo serio y legítimo discernible.
 - 3.2) D es un daño excesivo o normal.
- 4) El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a la que se hace referencia en 1) y que surja una nueva regla que establezca que en las circunstancias X' (X más otra circunstancia que supone una forma de realización de 3.1) o 3.2)), la acción de A queda prohibida» ⁽³⁹⁾.

³⁶ Cass., 18 de septiembre de 2009, n. 20106, publicada en varias revistas jurídicas entre otras, *Guía al derecho*, (Orig. Guida al diritto), 2009, 40, 38 ss., *Los contratos* (Orig. I contratti), 2010, 5 ss.; *Daño y resp.* (Orig. Danno e resp.), 2010, 347 ss.

³⁷ Con respecto a estas consideraciones, véase F. DI MARZIO, Derogación al derecho dispositivo, nulidad y sustitución de cláusulas del consumidor (Orig. Deroga al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole del consumatore) en *Contr. e impr.*, 2006, 347 ss.

³⁸ Con «normas regulativas» se hace referencia a «aquellas que ordenan, prohíben o permiten ciertas conductas». Cfr. M. ATIENZA y J.R. MANERO, Abuso del derecho y derechos fundamentales (Orig. Abuso del diritto e diritti fondamentali), en Vito Velluzzi (a cura de), *El abuso del derecho. Teoría, historia y ámbitos disciplinarios* (Orig. L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari), Pisa, 2012, p. 31.

³⁹ M. ATIENZA y J.R. MANERO, *Abuso del derecho y derechos fundamentales*, cit., p. 33

Sobre la base de los usos doctrinales y jurisprudenciales de la expresión “abuso del derecho” es posible, de todas formas, detectar los elementos constitutivos del abuso del derecho, es decir ⁽⁴⁰⁾:

- a) la titularidad de un derecho subjetivo atribuido a un sujeto;
- b) la posibilidad que el ejercicio concreto de aquel derecho se realice según una pluralidad de modalidades no determinadas estrictamente;
- c) la circunstancia que en un caso concreto el ejercicio del derecho, pese a respetar formalmente el marco legal atributivo de aquel derecho, se ejerce según modalidades que resultan censurables («aberrantes», «deplorables», «desmesuradas», etc.) con respecto a cierto criterio de evaluación, jurídico o extrajurídico;
- d) la circunstancia que, como el derecho se ha ejercido siguiendo modalidades censurables, se verifique una desproporción injustificada entre el beneficio del titular del derecho y el sacrificio que recae en una «contraparte».

A. Quiera o no quiera, tratar el abuso del derecho y, por intento específico programático, no querer limitarse a la mera casuística o estadística, sino enfrentar el problema de la existencia de un verdadero concepto, requiere plantear problemáticamente el concepto de derecho subjetivo.

La noción de derecho subjetivo, en el significado más básico y genérico en que los juristas de la tradición *civil law* pueden utilizarla, indica sustancialmente una posición definida de ventaja de un sujeto del ordenamiento jurídico que puede, como consecuencia de dicha posición, ejercer de manera legítima sus facultades y sus poderes ⁽⁴¹⁾.

En la historia del pensamiento jurídico moderno, las principales teorías elaboradas para explicar el concepto de derecho subjetivo son, como es sabido, la *teoría de la voluntad* ⁽⁴²⁾ y la *teoría del interés* ⁽⁴³⁾. No se trata de posiciones teóricas

⁴⁰ G. PINO, El ejercicio del derecho subjetivo y sus límites. Notas a margen de la doctrina del abuso del derecho (Orig. L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto), en *Ragion Pratica*, 24, 2005, 161 ss., véase también Cass. 18 de septiembre de 2009, n. 20106, en *Los Contratos*, 1/2010, 5 ss.

⁴¹ Se limita a enunciar una definición elemental de derecho subjetivo, expresada como «(...) libertad garantizada al individuo, o a un grupo privado, por una norma jurídica: significa poder de voluntad y de acción que la norma le otorga al sujeto, o al grupo, en contra de uno, o más, o de todos los demás sujetos del ordenamiento», la obra representa el indiscutible punto de partida de la reciente reflexión acerca del abuso del derecho en Italia. R. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 205 ss.

⁴² Según la *teoría del voluntad*, el derecho subjetivo consiste en un poder (un “señorío de la voluntad”) atribuido a un sujeto, o, mejor dicho, consiste en la garantía de una esfera de acción en la que la voluntad del titular del sujeto reina soberana: el derecho subjetivo desempeña el papel de

unitarias y coherentes, sino más bien de familias de teorías con varias articulaciones internas e, incluso, mezclas mutuas ⁽⁴⁴⁾. La teoría del abuso del derecho remite solo a una concepción del derecho subjetivo como interés protegido por el ordenamiento ⁽⁴⁵⁾. De hecho, el traslado de un interés en términos objetivos y abstractos por parte del legislador tiene el efecto de abrir el camino a la posibilidad de controles y límites *a posteriori* (es decir, en sede operativa) sobre las modalidades del ejercicio de los derechos, a la vista de la conformidad de dichos actos concretos con el interés abstracto subterfido al derecho.

En una perspectiva de estudio del abuso del derecho, consecuentemente, resulta necesario intentar profundizar acerca del momento fundamental del ejercicio del derecho.

delimitar el ámbito en el que la voluntad individual «domina independiente de toda voluntad ajena» (F.C. SAVIGNY, *El sistema del derecho romano actual*, (Orig. Il sistema del diritto romano attuale), (1840), trad. it. de V. Scialoja, Utet, Turín, 1886, p. 336 ss.). y, además, representa un ámbito en el que el titular puede planear sus actividades de manera libre y segura.

⁴³ En el ámbito de la teoría del interés, el derecho subjetivo es, de hecho, un interés protegido por el ordenamiento jurídico. Estas teorías intentan subrayar que el derecho subjetivo representa el resultado de una selección, realizada por la comunidad política de referencia (en otros términos, realizada por el ordenamiento jurídico), de intereses merecedores de protección por parte del derecho: estos últimos pueden, a su vez, tener carácter individual o colectivo, o ambos. En segundo lugar, el interés que se reconoce y que el derecho protege no tiene que interpretarse como un interés específico contingente de cierto titular específico del derecho, sino, más bien, un interés abstracto y “objetivado”; eso también porque si la identificación del interés la tuviese que realizar el titular del derecho, en ese caso no habría diferencia entre esta teoría y la de la voluntad (este perfil ha sido criticado por los críticos de la teoría del interés, con la ingenua observación que puede pasar que el titular de un derecho no tiene un verdadero interés por el objeto de aquel derecho).

⁴⁴ Un análisis más preciso de las articulaciones internas de las dos familias de teorías puede examinarse en M. LA TORRE, *Desventuras del derecho subjetivo. Un asunto teórico* (Orig. Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica), Milán, Giuffrè, espec. Cap. IV y V; G. PINO, *El derecho y su revés. Notas sobre el abuso del derecho* (Orig. Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto), en *Revista crítica del derecho privado* (Orig. Rivista critica del diritto privato), 2004, I, 25 ss.

⁴⁵ Cfr. G. PATON, *A text-book of Jurisprudence*, 3rd edition, by D. Derham, Oxford, Clarendon, 1964, 428: «to carry the doctrine [del abuso del derecho] to its logical end we should have to de throne the individualist theory of rights and use as a test the measure by which that particular exercise was useful to the community».

La adhesión a la concepción del derecho subjetivo como interés protegido es patente, por ejemplo, en la principal exponente de la doctrina acerca el abuso del derecho: L. JOSSERAND, *Des l'esprit des doits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927.

B. Un supuesto adicional para que pueda verificarse un abuso del derecho es que el legislador no haya ya contemplado *a priori* todas las modalidades materiales a través de las cuales la persona con ventaja pueda gozar concretamente; si, al contrario, se ha contemplado una disciplina específica acerca de las modalidades del ejercicio del derecho y el titular la viola, no se verifica un abuso del derecho, sino una conducta ilícita a secas (a veces se habla en este caso de «exceso del derecho», es decir, de traspaso de los límites normativos que delimitan el ejercicio del derecho) ⁽⁴⁶⁾.

En resumen, la operatividad de la doctrina del abuso del derecho se neutraliza al existir una disciplina normativa puntual y esmerada. Viceversa, si las modalidades del ejercicio del derecho no son predeterminadas, o no son predeterminadas con precisión suficiente, es posible que se verifiquen actos de ejercicio del derecho que «pervierten» la función o el «sentido» del derecho mismo. A la luz de un criterio que hay que puntualizar, el abuso acaba por desembocar en un «mal ejercicio de un poder discrecional» ⁽⁴⁷⁾.

C. La identificación de un abuso del derecho se parece mucho a una situación de super-inclusividad, en la que la regla incluye, en su ámbito de aplicación, algunos casos que, a raíz de la justificación de la misma, deberían estar incluidos; en otros términos, hay conductas (*rectius*, el intérprete del derecho detecta conductas) que reinciden en el ámbito de aplicación de la regla que atribuye un derecho, pero que con respecto a la justificación de aquel derecho deberían dejar excluidas.

Uno de los obstáculos principales por el que debería pasar cualquier discusión acerca del abuso del derecho, atañe a la identificación de los criterios según los cuales el intérprete del derecho puede evaluar si la conducta del titular del derecho resulta o no abusiva: es decir, la manera en la que se detecta y, sucesivamente, corrige la injusticia normativa. De hecho, al igual que otros estándares evaluativos, la fórmula del «abuso» es una fórmula vacía, que necesita ser concretizada a raíz de ulteriores criterios (jurídicos o extrajurídicos) ⁽⁴⁸⁾.

Así, el problema del abuso del derecho puede definirse como «hipótesis en la que la atribución de cierto derecho, efectuada de manera general y abstracta por el ordenamiento, acaba por desacatar, en el caso concreto, las finalidades que la justifican

⁴⁶ F. SHAUER, *Can rights be abused?* in *Philosophical Quarterly*, 31, 1981, 225 ss.

⁴⁷ M. TARUFFO, Elementos para una definición de «abuso del juicio» en *Derecho Privado* (Orig. Diritto Privato), 1997, 435 ss.

⁴⁸ Para un examen exhaustivo de los criterios de evaluación de la conducta abusiva, véase G. Pino, *El ejercicio del derecho subjetivo y sus límites. Notas a margen de la doctrina del abuso del derecho*, cit. 435 ss.

o, de cualquier forma, acaba por determinar una situación que el ordenamiento no debería tolerar (considerando algún criterio de evaluación)»⁽⁴⁹⁾.

4. Menciones históricas acerca del abuso del derecho

Es incuestionable que, en sus primeras manifestaciones, la noción del abuso del derecho se haya configurado como un principio ético antes que jurídico.

La exigencia de reaccionar al poder incondicional que tradicionalmente constituye el contenido de los derechos subjetivos e, incluso, agota su definición⁽⁵⁰⁾, encontraba su expresión, más natural e inmediata, en el intento de introducir, en los juicios acerca de las conductas jurídicamente relevantes, un criterio correctivo extrajurídico⁽⁵¹⁾.

La fórmula se delineó por primera vez en la jurisprudencia francesa⁽⁵²⁾, en el siglo pasado, en materia de propiedad. En aquel entonces, se planteó la cuestión de si

⁴⁹ G. PINO, El abuso del derecho entre teoría y dogmática (precauciones para el uso) (Orig. L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)), en *Igualdad, sensatez y lógica jurídica* (Orig. Eguaglianza, ragionevolezza e lógico giuridica) a cura de G. Maniaci, Giuffé, Milán, 2006, 115 ss.

⁵⁰ Para encontrar como tema la estrecha y estructurada interdependencia entre la noción de abuso y la categoría del poder y sus modalidades de manifestación, sobre todo en las lógicas de la formación y atribución de las prerrogativas subjetivas, véase D. MESSINETTI, entrada Abuso del derecho (Orig. Abuso del diritto) en *Enc.dir.Aggiorn.* Milán, 1998, 1 ss., donde aparece también un agudo análisis de la evolución de las modalidades operativas y de las lógicas del poder y, consecuentemente, de la manera de percibir los derechos subjetivos y el abuso.

⁵¹ Según G. MERUZZI, *La exceptio doli del derecho civil al derecho comercial* (Orig. L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale), Padua, 2005, 348, la categoría del abuso del derecho ha representado en los ordenamientos jurídicos europeos, hasta el momento de la «laicización del debate sobre las cláusulas generales y sobre el criterio de buena fe», una categoría ética, a través de la cual aplicar la realización de los dictados de la justicia sustancial. Esta idea se halla en el pensamiento de A. GALOPPINI, Notas sobre la relevancia de la regla de buena fe en materia de responsabilidad extracontractual (Orig. Appunti sulla rilevanza di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale), en *Riv.Trim.Dir.Proc.civ.*, 1965, 1368, donde el autor inserta la temática del abuso en «el problema más amplio de la realización de una efectiva justicia en el ejercicio de los derechos», 1408.

⁵² Cfr. M.P. MARTINES, *Teoría y praxis sobre el abuso del derecho* (Orig. Teoria e prassi sull'abuso del diritto), Padua, 2006, 33; véase también P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 28: «el problema, o más bien, la misma idea del "abuso del derecho", surge, como ya se ha mencionado, en el ámbito del ordenamiento liberal de la sociedad del siglo pasado. En el plan jurídico, la destrucción de los vínculos individuales con las comunidades había intentado llevar al individuo a una

toda forma de ejercicio del derecho subjetivo se podía considerar legítima, solo por ser expresión del derecho, o si la protección del ordenamiento debía, al contrario, negarse a actos del propietario que, pese a quedarse en los límites del derecho, se percibían, a través de la conciencia social, como abusivos, porque se realizaban con la intención de perjudicar y, por eso, no respondían a ninguna exigencia merecedora ⁽⁵³⁾.

Al formular el principio de abuso, la jurisprudencia francesa se mostró favorable a la idea de un control «contenidista» del derecho subjetivo, reconociendo en algunos casos la responsabilidad del titular del derecho, pese a que el daño se causara por el ejercicio del mismo derecho ⁽⁵⁴⁾.

La doctrina manifestó, al contrario, opiniones discordantes: una parte mantenía la absoluta incuestionabilidad del ejercicio del derecho que no traspasaba los límites establecidos por la ley y, como consecuencia, negó la admisibilidad del principio o le atribuyó un alcance puramente filosófico y moral; la otra, mantenía la insuficiencia de

relación inmediata con el Estado y se había trasladado en la proclamación de la igualdad de todos frente a la ley. En el plan económico, los mismos principios ponían al individuo frente al juego de las leyes de la economía, donde se creaba y agudizaba una desigualdad sustancial, en contraste evidente con la igualdad formal». La exploración interpretativa de los orígenes y de las razones históricas de la figura del abuso ha sido ampliamente compartida en la doctrina. También S. PATTI, entrada *Abuso del derecho*, cit., 2, detecta que «al querer brevemente señalar las razones que han llevado a este proceso, puede afirmarse que la formulación del principio del abuso del derecho se presenta como una consecuencia de la absolutidad de los principios enunciados después de la revolución francesa. La proclamación de los derechos y la garantía de las libertades brindaron a la economía la certeza de las relaciones, que la misma economía pedía; sin embargo, al mismo tiempo permitieron un desarrollo autónomo con respecto a cualquier control por parte del estado, favoreciendo de esta forma situaciones de “abusos”. (...) La elaboración de la figura realizada en la experiencia francesa parece, en definitiva, muy significativa con referencia a la época en la que surgió, y, sustancialmente, parece atada a dicha época, ya que respondió a exigencias particulares de cierto momento histórico y de cierto ambiente».

⁵³ Para una reconstrucción histórica, en la doctrina italiana, véase A. DE VITA, *La propiedad en la experiencia jurídica contemporánea* (Orig. La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea), Milán, 1969, 175 ss.

⁵⁴ Véase el análisis esmerado de casos jurisprudenciales realizado por L. JOSSERAND, *Des l'esprit des doits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, París, 1939, 15. Ss, 365 ss. Según V. GIORGIANNI, *El abuso del derecho en la teoría de la norma jurídica* (Orig. L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica), Milán 1963, 94, con esta obra «el proceso de teorización del abuso alcanza su fase de mayor penetración y madurez». Él atribuye a Jossierand dos adquisiciones fundamentales e irrenunciables por lo que atañe al abuso del derecho: la adquisición de la diversidad estructural y ontológica entre actos ilícitos y actos abusivos y otra adquisición sobre «el hecho de que la recalificación en términos de abuso denuncia una esencial “relativité des droits” y da realce a la compleja estructura de la calificación en términos de derecho subjetivo», 95.

una legitimidad formal, pero no logró elaborar un criterio unitario ⁽⁵⁵⁾ para determinar las formas «abusivas» del ejercicio del derecho, y siguió caminos diferentes para formular

⁵⁵ Según Savatier, un rasgo identificativo del abuso ha de detectarse en la inmoralidad de la conducta con la que se ejerce el derecho; Josserand, en cambio, detecta el abuso en la “antisocialidad” de la misma conducta, es decir, en la circunstancia por la que resulta en contraste con la función social, por la cual el ordenamiento jurídico reconoce el derecho.

Queda patente que la prohibición de abuso se asienta, en ambas impostaciones mencionadas, en parámetros extrajurídicos, que no responden tanto a la lógica interna, a la ratio de las herramientas jurídicas y de sus condiciones de uso, sino a evaluaciones de carácter ético e ideológico.

Por lo que atañe a la posición de Savatier (R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951) hay que señalar como dicha posición no estuvo entre las primeras en tratar el abuso del derecho y que es relativamente reciente; sin embargo, tiene la virtud de afirmar claramente la legitimidad y la utilidad de la figura del abuso del derecho, por otra parte, es una afirmación que prescinde de cualquier enlace con la lógica del sistema jurídico.

Los cimientos del abuso están, de hecho, señalados patentemente en el contraste entre cierta conducta del ejercicio de una prerrogativa, atribuida, de todas formas, por una norma jurídica, y los dictados de la moral.

El autor, en honor a la verdad, antepone a esta afirmación una investigación de las prerrogativas subjetivas y una clasificación de varias tipologías de derechos subjetivos, llegando con eso a delimitar el posible ámbito de realización de un abuso. Esta investigación, sin embargo, no condiciona de ninguna manera el núcleo teórico de su reflexión, en el sentido de que no resulta funcional para relacionar la prohibición de abuso con la estructura y la ratio del derecho subjetivo.

En primer lugar, detecta cinco categorías de derechos en los que reconoce como característica estructural la de ser unos “derechos de perjudicar” y afirma que, en relación a ellos, no puede mencionarse un eventual abuso; eso no significa que su ejercicio haya de considerarse incuestionable, sino que están sometidos a un criterio propio específico: su “medida” es dada de la equidad. Hasta que el ejercicio de dichos derechos se mantenga dentro de los límites fijados por la equidad, es decir, dentro de los valores éticos y sociales que expresa, no hay espacio para que puedan generar responsabilidades; en el momento en el que sobrepasa estos límites no se puede hablar de abuso, sino de ilícito, de ausencia del derecho mismo.

Resultan, sin embargo, susceptibles de abuso exclusivamente los derechos en los que el “derecho de perjudicar” no es constitutivo de su estructura, sino que resulta de su específico reglamento normativo; el abuso supone que el ejercicio del derecho se mantenga en los límites de una correspondencia exacta al reglamento normativo y, pese a eso, se percibe como contrastante con un deber moral en virtud de la anormalidad del daño que eso provoca.

Además de la necesidad de delimitar una distinción estructural de las prerrogativas subjetivas, Savatier percibe la necesidad de introducir en la propia reconstrucción un parámetro adicional de reconocimiento del abuso, el parámetro de la anormalidad del daño.

En la economía de su reflexión tanto la clasificación de las prerrogativas subjetivas susceptibles de abuso como el criterio del daño, deberían brindar la concreta medida de la individuación y utilidad de la figura.

el principio. Fue así que, avanzando de un supuesto común según el que algunas formas de ejercicio del derecho se podían considerar cuestionables, pese a permanecer en los límites establecidos por la ley, a raíz de los diferentes contextos culturales e ideológicos, se indicaron varios parámetros (morales, finalistas, intencionales, etc.) en base a los cuales evaluar el eventual ejercicio abusivo del derecho (⁵⁶).

Para examinar brevemente las razones que llevaron a este proceso, se puede afirmar que la formulación del principio de abuso del derecho se manifiesta como una consecuencia de la absolutidad de los principios enunciados después de la Revolución Francesa. La proclamación de los derechos y las garantías de las libertades le brindaron a la economía certezas en las relaciones que pedía; sin embargo, al mismo tiempo, permitieron un desarrollo autónomo con respecto a cualquier control o intervención del Estado, favoreciendo, de esta forma, la realización de «abusos». Se detectó esta consecuencia en materia de propiedad, ya que este derecho representó el modelo del mismo derecho subjetivo ya que, con su función de garantía frente a todo privilegio, permitió realizar los principios de igualdad y libertad (⁵⁷).

Queda, sin embargo, presente la afirmación de principio, la individuación de los cimientos del fenómeno; el abuso puede existir en el ejercicio de un derecho exactamente conforme a su esquema legal allí donde tenga lugar, pero contrastándolo con su deber señalado por la ley moral: el hecho de que es moralmente ilícito lo rinde, consecuentemente, fuente de responsabilidad jurídica.

Impacta en gran manera la posición de Savatier (y con él, la posición de Dabin) porque, sin ningún equívoco, detecta la posibilidad de reconocer y perseguir el abuso sustancialmente gracias a un sistema de reglas paralelo y ajeno al sistema normativo: el sistema de las reglas morales, que se convierte en un verdadero correctivo de las normas jurídicas.

Tras ello, divide los derechos subjetivos en tres categorías esenciales: los “à *esprit égoïste*”, los “à *l'esprit altruiste*” y los “*non causés*”, y define los dos primeros grupos como derechos relativos y el tercer grupo, derechos absolutos.

Una vez reconocido que todo derecho se califica en virtud de su “*esprit*”, Josserand llega a la afirmación fundamental, que representa una adquisición inequívoca e irrenunciable en la teoría del abuso del derecho, que afirma que el abuso es absolutamente diferente del ilícito, dado que los actos abusivos consisten en actos que “*ne violent pas la lettre (...) de la loi mais ils ne choquent l'esprit*”.

Más específicamente, el *esprit* de un derecho encarna, en relación al contenido específico de la norma, el “*idéal collectif du moment*”, la función que le atribuye la comunidad, su función social; el abuso se halla propiamente en el contraste entre el acto del ejercicio del derecho y su función social.

No es difícil, a estas alturas, entender las razones que han llevado a presentar, en el mismo párrafo, esta tesis y la de Savatier; parece fácil hallar la misma impostación, es decir, la voluntad de buscar el criterio allende el sistema jurídico, buscar el término de comparación, a la luz del que evaluar el ejercicio del derecho subjetivo.

⁵⁶ En este marco, véase el estudio detallado de P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 205 ss., 220 ss.

⁵⁷ Véase también A. DE VITA, op. Loc. Cit.

La relación entre estos principios y la «propiedad» llevó a formas de garantía y de protección absoluta de este derecho y, consecuentemente, a los «abusos» de propietarios, abusos posibles porque la situación subjetiva privada se concebía como una atribución de poder y desinterés por parte del ordenamiento jurídico de la manera en que el individuo recurría al poder del que era titular.

La amplia aplicación del principio examinado en la jurisprudencia francesa parece a veces caracterizado por cierta superficialidad: por un lado, porque se recurrió a este principio incluso en situaciones en las que una adecuada composición de los intereses habría sido posible con la aplicación de normas específicas; por otro, por la multiplicidad y la indeterminación de los criterios aplicados ⁽⁵⁸⁾.

La elaboración de la figura realizada en la experiencia francesa parece, en definitiva, particularmente significativa en referencia a la época en la que surgió y, al mismo tiempo, esencialmente relacionada con ella, porque se produjo y respondió a exigencias peculiares de un momento histórico y un ambiente determinados ⁽⁵⁹⁾. Resulta importante, también para entender el sistema italiano, la relación entre el principio del abuso y la cláusula general de responsabilidad civil del art. 1382 del *Code Civil* que define «abusivo» el ejercicio del derecho subjetivo donde es posible configurar la «faute» pedida por la ley para que haya «responsabilidad» ⁽⁶⁰⁾.

El principio del abuso, nacido como regla jurisprudencial, fascinó a los legisladores de otros países, sensibles a la formación de un sistema que podía negar la protección a cualquier forma de abuso, y fue recibido expresamente en el ordenamiento suizo y alemán ⁽⁶¹⁾.

⁵⁸ No son extrañas críticas de este tipo en la misma doctrina francesa: Cfr. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* 4, París, 1040, 159 ss.

⁵⁹ Cfr. N. IRTI, *Del derecho civil al derecho agrario (Momentos de historia jurídica francesa)* (Orig. Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese)), Milán, 1962, 45 ss.

⁶⁰ Cfr. J. DABIN, *Le droit subjectif*, París 1952, 237, ss.; y, por último, H. COING, *Probleme der internationalen Bankgarantie*, ZHR, 1983, 125 ss., *ivi*, 141.

⁶¹ En el sentido de que la solución diferente recibida por el legislador italiano es preferible, véase S. ROMANO, «Abuso del derecho» (Orig. Abuso del diritto), (dir.att.), en *Enc.dir. I*, Milán 1958, 166. Por lo que atañe a los ordenamientos suizo y español, el artículo 2 del Código Civil prevé que hay que actuar según la buena fe, tanto en el ejercicio de los derechos personales, como en cumplimiento de los deberes, y «el abuso manifiesto del derecho de uno mismo no queda protegido por la ley». El legislador alemán, en cambio, quizás influenciado por la experiencia jurisprudencial francesa, pese a las entradas contrarias a las «cláusulas generales» (Cfr. B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt a. M., 1973, 443 ss.).

5. *Algunas críticas a las doctrinas que reconocen la figura del abuso del derecho*

La primera, celeberrima, oposición a la figura del abuso del derecho es la propugnada por Planiol ⁽⁶²⁾, autor que soluciona drásticamente la dinámica del ordenamiento jurídico en la dualidad derecho subjetivo – ilícito, y concluye que o la conducta se califica como ejercicio del derecho, y es consecuentemente intangible e incuestionable, o traspasa los límites marcados por el derecho subjetivo y representa un ilícito, sancionable; *tertium non datur*.

De Planiol es la fórmula, que representa el lema de quienes niegan la categoría del abuso, que afirma que «le droit cesse où l'abus commence» ⁽⁶³⁾.

De hecho, Planiol no niega el interés que la figura ha alcanzado en las aplicaciones jurisprudenciales y, ciertamente, considera importante mencionarlo; lo que impugna claramente es la relevancia sistemática del abuso, a causa de su irreductibilidad en el sistema de la responsabilidad civil solo a través de su inclusión en la categoría del ilícito. «Lo que hay que aclarar, sin embargo, es que Planiol no rehúye la peculiaridad del “dato” indicado por la jurisprudencia práctica y teórica con la expresión “abuso del derecho”. Lo que se produce es que, urgido por una improrrogable exigencia sistemática, acaba por volver a atribuir esta muy peculiar figura jurídica al ámbito de los principios de la teoría de la responsabilidad, transmitidos por la tradición doctrinal, y concluye sus consideraciones acerca del abuso con la afirmación que, puesto que los derechos subjetivos son “limités dans leur étendue et soumis par leur exercice à des conditions diverses”, y que el abuso del derecho “sort de ces limites”, es decir carecen “ces conditions”, representando por si mismo una relación de “contrariedad” con el derecho, no podría constituer un ilícito» ⁽⁶⁴⁾.

6. *Prosigue. Las críticas de la doctrina italiana*

Tampoco faltan en la doctrina civilista italiana numerosas y variadas posiciones que niegan la categoría del abuso: algunas muestran la huella de la misma dificultad de las primeras elaboraciones francesas que no logran configurar su juridicidad; otras, por el contrario, niegan que, en la estructura del ordenamiento jurídico, quede un espacio para la categoría del abuso, ya que los casos a los que brinda respuesta no

⁶² M. PLANICI, *Traité elementare de droit civil*2, Paris, 1900.

⁶³ M. PLANICI, op. cit., 269.

⁶⁴ V. GIORGIANNI, *El abuso del derecho*, ci.t, 82.

representan ningún problema que no se pueda solucionar con la cláusula de buena fe o con la prohibición de actos de emulación.

Según Rotondi, el abuso constituye sin duda un objeto de interés de la jurisprudencia, práctica y teórica; debe indagarse y encontrar evidencia en área aplicativa: con una puntualización fundamental, es decir, que no puede considerarse una categoría jurídica, sino que representa un «fenómeno que existe de hecho» y, por eso, «(...) puede encontrar su “antídoto” en ámbito interpretativo-judicial, en el sentido que se “debería” operar para “prevenir” el abuso, pese a que el “remedio radical se quede en las manos del legislador”, ya que solo él podrá realizar una “regular y continua obra de revisión de cada uno de los institutos del derecho, en conformidad con las nuevas necesidades”»⁽⁶⁵⁾.

Se pueden entender afirmaciones parecidas a la luz del hecho que, según Rotondi, el abuso es un fenómeno de hecho si se sitúa en una estricta interrelación con el sistema de las normas positivas y – de manera que quizás no resulte muy distante de los principios éticos y de la función social mencionados en el párrafo anterior – funciona, en cierto sentido, como su correctivo, como se ha suficientemente expresado, como «(...) papel de tornasol, a nivel social, de la inadecuación, madurada con el paso del tiempo, con el que el derecho disciplina cierto comportamiento o permite una prerrogativa dada»⁽⁶⁶⁾.

El abuso, entonces, indica una situación de conflicto pero no representa el conflicto entre un acto de ejercicio del derecho y su evaluación de antijuridicidad; el conflicto se sitúa, en cambio, entre la formulación rígida y tradicional de la norma positiva y lo que Rotondi define como «una nueva conciencia jurídica del pueblo».

En el pensamiento de Rotondi es patente una mayor conciencia con respecto a las tesis elaboradas por la doctrina francesa (véase nota 32), acerca de la colocación del abuso. Considera que, de hecho, el abuso no expresa un conflicto entre el derecho subjetivo y su ejercicio, sino «un conflicto entre la formulación rígida y tradicional de una norma jurídica y lo que es (...) la nueva conciencia jurídica del pueblo»⁽⁶⁷⁾; un

⁶⁵ P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 25, adopta la posición de Rotondi en los que respecta a las posiciones de todo autor que niega el abuso del derecho; rechaza, en cambio, la relevancia como categoría y problema jurídico, no como fenómeno social que, más bien, se considera una “constante no suprimible de la experiencia”. Y, como Rescigno subraya oportunamente, se clasifica como fenómeno externo pero no como fenómeno ajeno, no irreducible al ordenamiento jurídico, dado que está destinado a influir en él: «el fenómeno se coloca en una zona que no pertenece o, mejor dicho, no pertenece todavía a la realidad jurídica positiva».

⁶⁶ M. MESSINA, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), Nápoles, 2003, 107.

⁶⁷ M. ROTONDI, *El abuso del derecho*, cit., 24.

“fenómeno social”, entonces, no jurídico, que, de todas formas, consulta al legislador para una legislación cada vez más completa, que no deje espacio a usos anormales de las prerrogativas subjetivas.

En el camino abierto por estos autores, se sitúan varias posiciones convergentes.

Barassi, maestro de Rotondi, por ejemplo, en 1930 habló del tema, tomando la posición más drástica que afirma que el mismo concepto de derecho subjetivo excluye la posibilidad de concebir el abuso: «el ordenamiento jurídico permite actuar y avanzar a nuestro aire: en caso contrario, ¿para qué serviría la garantía atribuida al titular de un derecho acerca de la pertenencia y, entonces, el ejercicio de su derecho?»⁽⁶⁸⁾.

A Restivo⁽⁶⁹⁾ se le debe otro enfoque, que se explica a través de la centralidad que reconoce a la categoría del derecho subjetivo y al contenido de su poder; el autor afirma que el derecho subjetivo es estructuralmente *agere licere*, que con la atribución de un derecho el ordenamiento otorga unas facultades y unos poderes y que, entonces, el contenido del derecho es claramente identificable sobre la base de la letra de la norma⁽⁷⁰⁾.

Esta impostación lleva el autor a afirmar que, sobre la base de la estructura del derecho subjetivo, el abuso impone «comprobar si el acto realizado por el sujeto se puede relacionar al contenido del mismo derecho o si sale de él *tertium non datur*. El abuso, por lo tanto, es una hipótesis de exceso del derecho: ni existe una cualificación normativa adicional con respecto a la alternativa entre ejercicio del derecho y exceso del derecho. (...) Esta contradicción lógica que cruza la categoría del abuso, y fatiga a quienes intentan investigarla, representa plásticamente la repercusión sobre un nivel dogmático de las tensiones de las que surgió esta categoría de pensamiento»⁽⁷¹⁾.

Con estas afirmaciones, el autor se sitúa en la estela de una impostación sustancialmente “tradicional” del tema del abuso, que consiste en identificar los límites

⁶⁸ L. BARASSI, *Las obligaciones. Conceptos fundamentales y fuentes* (Orig. Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti), Milán, 1930, 123; la cita sigue «y si, en cambio, se extralimita, entonces no hay abuso, es más, hay hecho ilícito. Sin embargo, si se pusiera un límite, fundado en la buena fe y en el objetivo, al derecho garantizado a cada persona, se crearían dificultades enormes al juez, por su gran elasticidad».

⁶⁹ C. RESTIVO, *Contribución a una teoría sobre el abuso del derecho* (Orig. Contributo a una teoría sull'abuso del diritto), Milán, 2007.

⁷⁰ C. RESTIVO, *Contribución a una teoría sobre el abuso del derecho*, cit., 63, «No pertenecen, en cambio, al contenido del derecho ni la voluntad, que pertenece al plan de su ejercicio, ni el interés: la posición de interés del sujeto, de hecho, detecta, consecuentemente, la atribución de un derecho, en el plan del hecho jurídico al que el ordenamiento se relaciona.

⁷¹ *Ibidem*, 77-78.

del contenido del derecho, antes que centrar la atención en el momento del ejercicio del mismo derecho; eso no le impide al autor – como ya se ha mencionado y como se profundizará más adelante – llevar a cabo un análisis que acaba por afirmar la plena autonomía conceptual del abuso ⁽⁷²⁾. En esta parte, se quería subrayar la persistencia de la objeción fundada sobre la presunción de contradicción entre abuso y derecho ⁽⁷³⁾.

No es posible, finalmente, despreciar una mención a otras profundas resistencias que se puedan detectar en el camino del abuso del derecho; entre ellas, se sitúa la resistencia basada en el temor a que el acuerdo que el abuso crea en el contenido o en las modalidades de ejercicio del derecho subjetivo acabe por contrastar el dogma de la certeza del derecho ⁽⁷⁴⁾.

7. *Los referentes normativos del abuso del derecho*

Una vez presentadas las posiciones de los varios autores, cuyas reflexiones acerca del abuso se pueden adoptar como emblemáticas de los primeros y fundamentales enfoques sobre el estudio de esta categoría, se considera conveniente repasar brevemente a los referentes normativos que los varios autores han empleado en apoyo de sus reconstrucciones de la categoría del abuso.

Entre los autores que reconocen la existencia y validez de esta categoría, de hecho, la exigencia – que con el paso del tiempo parece ser cada vez más urgente – de

⁷² *Íbidem*, 79, «El abuso, como se ha expresado, es una hipótesis peculiar de exceso del derecho. Pero esta afirmación acierta solo parcialmente la realidad que el abuso del derecho evoca. Con respecto a todas las demás formas de traspaso de los límites fijados a las prerrogativas reconocidas al sujeto, el abuso presenta una peculiaridad que justifica su construcción como categoría autónoma: “la aparente conformidad del comportamiento del sujeto al contenido de su derecho”. Abusar de un derecho es como cubrir de la apariencia de un derecho un acto que no se tiene el derecho de realizar. Eso prueba “la peculiaridad del fenómeno del abuso, y, consecuentemente, la necesidad de una evaluación autónoma y específica con respecto a otras hipótesis en las que hay un puro y simple traspasar los límites del derecho”»,

⁷³ P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 56, «Hemos afirmado que la única perspectiva útil del problema es la perspectiva histórica, a través de la que se pueden aprender el significado y las razones de una construcción que queda formalmente ajena, es más, íntimamente contradictoria con respecto al sistema jurídico positivo».

⁷⁴ Se debe a F. MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, (Orig. Manuale di diritto civile e commerciale), Milán, 1950, la explicitación, entre los autores italianos, de esta difundida causa de desconfianza con respecto al abuso; el autor mantiene que, oportuna y necesariamente, la prohibición de abuso no se ha formulado en el ordenamiento italiano, ya que su perversión «(...) arriesgaría la certeza del derecho objetivo y convertiría en inseguro el ejercicio del derecho subjetivo», 138.

reconstruir con seguridad los rasgos de su plena juridicidad, encuentra una respuesta en una constante actividad de investigación, que apunta a detectar “los referentes” normativos de la prohibición de abuso.

Como en el ordenamiento italiano falta una norma que prohíbe explícitamente el abuso, las posiciones que intentan afirmarlo y, sobre todo, afirmar su juridicidad, se han centrado en disposiciones normativas individuales que, o disciplinan conductas específicas consideradas abusivas, o parecen inspiradas en la misma ratio de la prohibición de abuso o, de cualquier forma, se ocupan específicamente del momento del ejercicio de los derechos “de manera que se suponen controles directos que apuntan a evitar que el comportamiento referido al contenido de la situación, pese a no estar expresamente prohibido, pueda ser usado contextualmente como amparo para cubrir una conducta arbitraria» (75).

A. En particular, la relación entre la noción de abuso del derecho y la disposición del artículo 833 c.c. se remonta a tiempos más lejanos y es extremadamente peculiar, ya que forma parte de la historia misma de la noción de abuso; la mayoría de los intérpretes de derecho detectan en la figura romanística de la *aemulatio* las raíces del abuso (76), la consecuente prohibición de realizar actos de emulación (que se ha codificado en la casi totalidad de los ordenamientos modernos)

⁷⁵ U. BRESCIA, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), en *Derecho privado* (Orig. Diritto privato), 1997, III, 5 y ss.; 13. Para una investigación esmerada acerca de las referencias en los códigos y acerca de las recepciones de la legislación especial del principio de prohibición de abuso, cf. G. LEVI, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), Milán, 1993.

⁷⁶ Resulta significativa, en este sentido, la lectura que brinda P. G. MONATERI, *Abuso del derecho y simetría de la propiedad* (un ensayo de Comparative Law and Economics) (Orig. Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics), en *Dir. Priv., III*, 1997, 89 ss.; el autor da relieve a que la jurisprudencia y la doctrina francesa, a las que se suele atribuir la génesis de la categoría del abuso del derecho, son en realidad ampliamente deudoras de la discusión que, en Alemania, llevó a la codificación del § 226 b.g.b. «el ejercicio de un derecho no se admite si puede tener solo el objetivo de perjudicar a los demás», a su vez resultado de la elaboración de los pandectistas alemanes, y «sin duda alguna estos autores no respondían a la revolución, no resaltaban la función social de la propiedad, sino que generalizaban las reglas romanas sobre la *aemulatio*. Estas reglas eran, por otra parte, patentes en la tradición francesa. (...) En resumen, la historia del abuso del derecho en los sistemas de *Civil Law* fue una larga historia. Más que la jurisprudencia (Colmar), hay que mencionar la doctrina. Más que Francia, hay que mencionar Alemania. Más que las limitaciones del absolutismo de la propiedad, la fidelidad a los modelos romanos y al método de las generalizaciones de los pandectistas».

constituye, en primer lugar y durante mucho tiempo, la base normativa y teórica que justifica el estudio y la aplicación del abuso del derecho (⁷⁷).

Tradicionalmente, se considera que la idea del abuso, como uso genéricamente “anormal”, “desmesurado” del derecho, nació junto con la categoría de los actos de emulación, ya que, en el camino interpretativo y argumentativo que lleva a la creación de estos actos, aparece por primera vez la idea que el principio intocable que afirma el *qui iure suo utitur neminem laedit* no excluye a priori la responsabilidad del sujeto que actúa bajo la cobertura de una prerrogativa reconocida por el ordenamiento.

En la disposición del art. 833 c.c. – que prohíbe al propietario realizar «actos que no apuntan a nada, sino a perjudicar o molestar a otros» - los rasgos que caracterizan el abuso se detectaban en un elemento objetivo, representado por la falta de cualquier interés o ventaja atribuidos al titular del derecho; un elemento subjetivo debido a la intención de perjudicar, o debido al ejercicio del derecho inspirados solo en objetivos maliciosos o reprobables.

El referente al art. 833 c.c. se ha abandonado bastante rápidamente, en primer lugar, a causa de las dificultades que la presencia del elemento subjetivo supone:

⁷⁷ La investigación realizada por M. P. MARTINES, *Teorías y praxis sobre el abuso del derecho*, cit., 33 ss., revela de forma eficaz como las primeras pronunciaciones jurisprudenciales en las que es posible detectar el uso de la categoría del abuso se ocupan de hechos jurídicos relacionados al derecho de propiedad y a la prohibición de actos de emulación; son casos franceses, entre ellos el celeberrimo caso *Coquerel* contra *Clement-Boyard*, donde la autora reconstruye completamente, citando también el principio jurídico que afirma que «(...) el propietario que permite construir hasta una altura de 16 metros unas estructuras “literalmente: unos armazones” de madera, coronados con picas de hierro, en los límites de su propiedad, sin interés alguno, ya que estas estructuras no representan la cerca, sino con el solo objetivo de perjudicar al vecino, el propietario en este caso abusa de su derecho de propiedad y, por tanto, se condena correctamente a indemnizar por los daños».

P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., se distancia de la categoría de la prohibición de los actos de emulación, no solo para negar la existencia de una relación entre la figura general del abuso y el acto de emulación (véase nota 3, p. 12), sino para negar la utilidad del mismo en la reconstrucción de la fisonomía del abuso (véase pp. 51-52): «De este criterio de la utilidad económica para el propietario, criterio que la ley escoge en la disciplina de los actos de emulación, se deduce cuánto es limitada e insuficiente una construcción del abuso del derecho que se basa en el artículo 833 c.c., y que intenta extender y aplicar a toda relación jurídica privada los principios generales conseguidos de aquella disposición. La economicidad del acto del ejercicio de la propiedad o de otro derecho real exime de cualquier investigación acerca la moralidad de la intención o la socialidad del objetivo. Afirmar que la utilidad para el propietario, o para el titular del derecho real, es suficiente para realizar la función social típica del instituto, significa solo que la doctrina y la práctica se esfuerzan en desarrollar un discurso, que atañe solo al ejercicio del derecho, con términos típicos de la doctrina del negocio y de la causa».

dificultades de orden probatorio (el huido requisito del *animus nocendi* es objeto de prueba relativo al actor) y, más sustancialmente, a causa de dificultades conceptuales, ya que la doctrina aguda identifica muy pronto que la noción de abuso tiene razón de ser en la capacidad de sancionar el ejercicio del derecho que resulte, de por sí, objetivamente anormal (⁷⁸).

En los años sesenta, en realidad, - con la famosa sentencia Cass. 15 noviembre 1960 n. 3040 (⁷⁹) comentada por Rescigno en su ensayo sobre el abuso del derecho – la Corte Suprema había dejado ver que consideraba el art. 833 c.c. expresión de un principio general de prohibición de abuso del derecho de propiedad y, más en general, de cualquier derecho. Había aceptado, de hecho, que «el propietario pudiese cometer un ilícito, incluso si de su conducta podía sacar utilidad, todas las veces que perseguía objetivos que no respondían a la razones por las que el derecho de propiedad está protegido por el ordenamiento positivo», y que el abuso podía realizarse incluso a través de comportamientos de omisión.

La interpretación de la prohibición de actos de emulación avanzada por esta sentencia «sin embargo, no ha encontrado aplicación práctica en los años posteriores, ya que se arraigó en la jurisprudencia una especie de *interpretatio abrogans* de la norma en cuestión, confinada en límites bastante estrictos», los límites que sostienen que represente el *animus nocendi*, la ausencia total de utilidad, para el propietario, del acto realizado (⁸⁰).

Como consecuencia, la misma norma del art. 833 c.c. resulta hoy en día “olvidada” por la jurisprudencia incluso en su propio ámbito; no solo el obstáculo

⁷⁸ Se ha considerado que – prescindiendo del esquema de los actos de emulación – la investigación sobre el abuso podía o tenía que conllevar una investigación acerca de las razones de la conducta; sin embargo, se ha abandonado esta posición también, respondiendo a la exigencia de un carácter cada vez más objetivo del abuso.

Es más, es la elaboración de la noción de abuso que ha estimulado una reconstrucción diferente del elemento subjetivo de los actos de emulación, a la vista de una coherencia sistemática plena de los dos remedios, como subraya G. MERUZZI, *La exceptio doli*, cit., 362: «Una concepción objetiva del acto de emulación, cuya sanción está relacionada con la constatación de la objetiva inutilidad del comportamiento en relación a intereses contrapuestos de las partes, una concepción de este tipo es coherente no solo con los índices normativos y sistemáticos adicionales acerca de la prohibición de abuso, sino con la noción misma de propiedad, que exige que el acto de ejercicio del derecho sea dirigido a perseguir fines normativamente relevantes y socialmente tipizados».

⁷⁹ Publicada en *Foro it.*, 1961, I, c. 256 con nota de A. SCIALOJA, ¿*El «no uso» es «abuso» del derecho subjetivo?* (Orig. Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?)

⁸⁰ Cfr. S. LEVANTI, Abuso del derecho (Orig. Abuso del diritto), en la revista online *Derecho y Derechos* (Diritto e Diritti), 2001, 19 ss.

representado por la prueba de intención de perjudicar, sino, aun más, el hecho de que es suficiente cualquier forma, incluso mínima, de utilidad para el propietario para excluir la emulación, permiten que la prohibición de actos de emulación se perciba como herramienta ineficaz a la hora de reprimir los abusos propietarios y, por eso, quede inaplicada (⁸¹).

B. Se hace referencia al abuso, además, en el art. 1015 c.c., que prevé que «el usufructo puede cesar por el abuso de su derecho que realice el usufructuario, alienando los bienes, deteriorándolos o dejándolos deteriorar por falta de cuidado ordinario»; se hace referencia, también, en el art. 2793 c.c., donde se establece que «si el creador abusa de lo empeñado, el constituyente puede pedir el secuestro».

En ambos casos, el uso, por parte del legislador, de la expresión específica del abuso, así como, probablemente, la previsión de una sanción para reintegrar de manera específica un interés lesado – llevaron algunos fautores de la categoría del abuso a apoyar la vigencia de la relativa prohibición en nuestro ordenamiento, como norma implícita (⁸²).

En realidad, en ambos casos, el legislador aplica el término abuso simplemente para estigmatizar situaciones en las que existe una disponibilidad material de la cosa pero no existe ningún correspondiente poder jurídico, ningún derecho del que se podría abusar (⁸³); estos hechos jurídicos no pueden entonces ofrecer ninguna contribución válida a la reconstrucción de la categoría del abuso.

⁸¹ La orientación interpretativa del artículo 833 c.c. que reconstruye el instituto relativo a la subsistencia de dos requisitos del *animus nocendi* y de la ausencia de utilidad del propietario fue acogido por la Corte Suprema que, sin embargo, lo ha aplicado neutralizando el alcance preceptivo de la norma; todo ello resulta de manera patente en la argumentación desarrollada en la sentencia n. 10250 del 20.10.1997 en *Foro it.*, 1968, I, 69 ss. Esta sentencia ha evaluado como no emulación el hecho de no podar una hilera de arbustos, cuyo crecimiento desordenado impedía al propietario del fundo cercano el disfrute del panorama, basándose en el supuesto de que la inactividad, la conducta de omisión, representaba una utilidad para el propietario, coincidía con el ahorro de los gastos y de las energías necesarias para la poda. Claro está que esta capciosa interpretación no deja espacio a una evaluación de la corrección y de la normalidad del ejercicio de las facultades del propietario. Esta orientación se ha criticado mucho en la doctrina, véase A. MOLITERNI –A. PALMIERI, *Dormientibus iura succurunt*: eutanasia del art. 833 c.c (Orig. *Dormientibus iura succurunt*: eutanasia dell'art. 833 c.c.), nota a la sentencia mencionada en *Foro it.*, 1998, I, 73; véase también S. PATTI, entrada *Abuso del derecho*, cit., para una propuesta reconstructiva diferente de los supuestos aplicativos del art. 833 c.c.

⁸² Entre estos, por ejemplo, F. MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*8 (Orig. *Manuale di diritto civile e commerciale*), Milán, 1954, I, 137-138.

⁸³ Sobre todo en el derecho de familia, hay muchas otras hipótesis, en las que el legislador habla expresamente de abuso, y que se han considerado casos de referencia de la prohibición de

C. Otros se han centrado sobre la consideración que el ordenamiento italiano dedica a la amenaza del ejercicio del derecho, afirmando que, con la disciplina del art. 1438 c.c. – que señala que «la amenaza de hacer valer un derecho puede ser causa de anulación del contrato solo cuando apunta a conseguir ventajas injustas» - el legislador ha querido, sustancialmente, enunciar la reprobación para un uso anormal del derecho, creando «un antídoto preventivo a la explotación antijurídica del amparo del derecho, con el objetivo de evitar que el derecho (objetivo) diese jaque a si mismo» ⁽⁸⁴⁾. El art. 1438 c.c. interpreta un asunto de abuso del derecho ya que «con la amenaza, el sujeto ejerce una facultad incluida en el contenido de su derecho ya no para conseguir lo que le corresponde, sino para sonsacar un contrato que le permite adueñarse de utilidades adicionales. La amenaza de hacer valer el derecho termina de ser herramienta de defensa de los intereses propios, legítima expresión de autoprotección, y se convierte en instrumento de prevaricación. La dinámica que caracteriza el hecho jurídico resulta ser la de la desviación del interés protegido» ⁽⁸⁵⁾.

En la importante contribución ya mencionada, Rescigno también atribuye una importancia particular a la individuación de las normas que legitiman el control del ejercicio de los derechos al nivel del criterio del abuso. Y, de manera particular, también da un significado fundamental a las varias disposiciones de los art. 1345, 1355 y 1359 c.c.; la primera disciplina la relevancia del motivo ilícito en el contrato, las otras dos atañen a aspectos peculiares de la disciplina de la condición; de cualquier manera, se pueden comparar ya que todas destacan la centralidad – para detectar y sancionar el abuso – de la evaluación de la causa del acto y de los intereses merecedores de tutela ⁽⁸⁶⁾.

abuso, pero que no pueden, en realidad, aceptarse como pertenecientes a esta categoría, o que, por lo menos, no tiene sentido evaluar a través de la noción de abuso del derecho; acerca del tema, cf. M. PARADISO, *El abuso de la potestad sobre los hijos* (Orig. L'abuso della potestà nei figli), en *Dir. Priv.*, III, 1997.

⁸⁴ U BRECCIA, *El abuso del derecho*, cit., 14. En este marco, también U. NATOLI, *Notas preliminares a una teoría del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico italiano*, cit.

⁸⁵ C. RESTIVO, *Contribución a una teoría sobre el abuso del derecho*, cit., 276, donde aparece también una referencia a la posición de la jurisprudencia acerca del tema de la injusticia de la ventaja perseguida.

⁸⁶ P. RESCIGNO, *El abuso del derecho*, cit., 107: «la investigación sobre las razones se convierte en una búsqueda de los intereses individuales por los que el contrato o el acto se realiza, y acerca de su dignidad de protección. Resulta claro en la disciplina de los elementos accidentales del negocio, que las razones han de evaluarse con los mismos criterios que el Código utiliza para la causa, es decir, considerando los intereses merecedores de protección (art. 1322). A través de los elementos accidentales, penetran en la estructura del negocio, las razones individuales».

D. Hoy en día, es incuestionable que cualquier reflexión acerca del abuso del derecho se desarrolla haciendo referencia a las normas fundamentales de los artículos 1175 y 1375 c.c. Como se verá posteriormente, la jurisprudencia también utiliza prácticamente siempre en conjunto la categoría del abuso y los parámetros del juicio ofrecidos por la cláusula de buena fe y corrección; los autores que tratan el abuso del derecho no pueden dar tampoco cuentas de las mutuas relaciones entre los dos principios, o para enunciar las “razones de una distinción”, como en algunas tomas de posición recientes, o para aclarar de qué manera y siguiendo qué excepción la prohibición de abuso encuentra su base jurídica en las normas ya mencionadas ⁽⁸⁷⁾.

8. El abuso del derecho en la jurisprudencia

En lo que concierne las aplicaciones de la jurisprudencia es necesario precisar, cómo preámbulo, que – a pesar de una cuidadosa línea de tendencia que podemos reconocer en las argumentaciones de los tribunales – ellas no callan las dudas, las razones de oposición al abuso, las acusaciones de poca utilidad y hasta de poca claridad. Los argumentos de los tribunales no se pueden definir ni unívocos ni seguros, ni consiguen elaborar criterios de suficiencia y autonomía del abuso.

Sobretudo, y esto es el elemento que se encuentra con mayor frecuencia, el abuso del derecho casi nunca sobresale como verdadera *ration decidendi* y aún cuando esto ocurra, no resulta nunca suficiente para fundar la decisión del tribunal; sobretudo la referencia a la cláusula general de buena fe y a las funciones que la jurisprudencia – de forma tradicional y prácticamente creadora de reglas y criterios – de forma ahora ya segura la reconoce.

⁸⁷ G. MERUZZI, *La exceptio doli del derecho civil al derecho comercial*, cit., 354, subraya que, en las teorías contemporáneas del abuso del derecho, la base jurídica «(...) con raras excepciones, se detecta en la cláusula de corrección, a veces cuando ésta es expresión de la prohibición de abuso, más a menudo con el significado opuesto, cuando la prohibición de abuso es exteriorización del deber de buena fe, conclusión ya afirmada, con el Código vigente, por autores más sensibles a las exigencias de represión de los comportamientos abusivos y prevalente en la doctrina actual».

La sentencia 15592 del 11 de diciembre 2000 ⁽⁸⁸⁾ toma en consideración de forma extensiva la categoría del abuso, aunque posteriormente, considerándola como no aplicable el en caso específico, termina con esterilizar su alcance.

En ella el Tribunal ha advertido como la «competente doctrina haya considerado que se pueda aplicar el principio del abuso del derecho (en relación, sobretodo a la prohibición de llegar *contra factum proprium*) en tema de impugnación de deliberaciones de juntas y de sociedades (...) en la base de la consideración que el sentido común y la lógica jurídica excluirían la correspondencia y la buena fé y la corrección en la actuación de un comportamiento orientado hacia direcciones antitéticas acerca del mismo objeto. (...) La jurisprudencia, en cambio, ha demostrado algunas perplejidades, no solo resistiendo al hecho de admisibilidad de un principio general de abuso del derecho (de hecho se repite fuera de los casos que tradicionalmente se relacionan a ello), sino también y sobretodo subrayando con fuerza la exigencia de desanclar los elementos costitutivos de aspectos y evaluaciones subjetivos y de buscar – por lo que sea posible – siluetas mas claras y seguras con carácter de objetividad».

Una vez hechos estos preámbulos, seguidamente el Tribunal específica respecto al caso concreto: «no se puede no principiar de una premisa fundamental: en presencia de la norma cuyo art. 2377, apartado 2, c.c. en defecto de cualquiera restricción al ejercicio del derecho de impugnación de las deliberaciones diferentes de la ley y/o del acto constitutivo (...) es muy difícil hipotizar un abuso del mismo derecho de impugnación. De hecho, para ir más allá del principio que afirma que no se puede dañar a alguien que use su propio derecho en el ámbito permitido por la ley y con finalidades reconocidas y tuteladas (el acto finalizado a reintegrar el respcto por la ley y/o del acto consitutivo), hay que demostrar la existencia de un *quid pluris*, para integrar el abuso del derecho de impugnación. Este elemento agregado, que en abstracto se podría reconocer por la violación de los principios de corrección y buena fe, considerada como regla de comportamiento, no se puede individuar en la identidad subjetiva de quien haya anteriormente aprobado el (proyecto de) balance como administrador y, posteriormente, impugnando la deliberación de la misma junta de aprobación».

⁽⁸⁸⁾ Publicada en *Giust. civ.*, 2001, con nota de M. COSTANZA, *Breves notas para no abusar del abuso del derecho* (Orig. Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto).

Es emblemática la sentencia 27387 del 12 de diciembre de 2005 ⁽⁸⁹⁾, cuya motivación se refiere a una especie de “summa” de todos los posibles temas, índices sintomáticos, fundamentos normativos con los que la jurisprudencia ha tratado, a lo largo del tiempo, la exigencia de normación jurídica de la figura del abuso.

Se trata de un asunto relacionado con una impugnación de una deliberación con efecto de liquidar una sociedad cuyo socio mayoritario está quebrado.

A diferencia de la anterior, individua con cierta claridad las características que configuran el abuso; como la anterior lo excluye en el caso específico – afirmando que es insuficiente la prueba relacionada a aquellos elementos que ella considera determinantes y constitutivos de la figura y, sobretudo como la anterior, engloba muchas referencias ambiguas al exceso de poder como a las normas de los arts. 1375 e 1175 c.c.

El Tribunal empieza su argumento con el firme acogimiento de la figura del abuso. En el mismo afirma que <<en nuestro ordenamiento de sociedades no existe una norma que identifique expresamente un ejemplo de abuso en la deliberaciones de la junta. Sin embargo desde hace tiempo se admite su presencia en la doctrina, haciendo referencia a la “regla” de mayoría (...). Este Tribunal también ha podido observar que la deliberación de disolución de una sociedad (...) puede ser invalidada, por las razones típicas expuestas en los arts. 2377 y 2379 c.c., bajo el perfil del abuso o exceso de poder, cuando resulte de forma arbitraria y fraudulenta organizada previamente por los socios mayoritarios a fin de que alcancen intereses divergentes de aquellos societarios, es decir para dañar los derechos del participante síngolo (como en el caso en que la disolución persiga el fin de excluir un socio) mientras que, fuera de esta hipótesis, queda obstaculizada toda posibilidad del sindicado en ámbito judicial acerca de los motivos que han llevado la mayoría hacia la ya mencionada decisión>>.

El Tribunal por lo tanto considera el abuso como figura/principio que de forma autónoma puede justificar la invalidez de la deliberación, cuando la misma está afectada, – específica el Tribunal – por uno de los dos “vicios” que parecen representar, según el Tribunal, los elementos constitutivos del abuso de por sí, el perseguimiento de un interés ajeno a la sociedad, el perseguimiento de un perjuicio de los socios de minoría.

⁽⁸⁹⁾ Publicada en *Foro it.*, 2006, 12, 3445 ss.

Esta sentencia, de todos modos, afirma la aplicabilidad del caso *de quo* de los arts. 1175 e 1375 c.c., permitiendo la constatación emblemática de un *modus procedendi* que se puede definir constante por los tribunales involucrados en el conocimiento de acontecimientos abusivos.

En las sentencias más recientes, se identifica casi de forma exclusiva y absolutamente decisiva la referencia y la aplicación de las dichas reglas de corrección y buena fe, inclusive en aquellos casos cuya substancia sea claramente calificada con referencia al abuso del derecho se acompaña siempre a las posibilidades clasificatorias y/o sancionatorias ofrecidas por figuras más tradicionalmente reconocidas, como la *exceptio doli* o la prohibición de ir *contra factum proprium*.

La revelación de una semejante actitud de los jueces, podría poner el investigador del abuso del derecho frente a la duda, más bien radical, que la categoría en objeto represente nada más que un sugestivo medio descriptivo de conductas determinadas, que se resuelven dentro del marco de las reglas ya dispuestas por precisas normas del ordenamiento, en primer lugar los arts. 1375 e 1175 c.c.

Al respecto es clarísimo Nuzzo, que evidencia como «El abuso del derecho es un instituto que no sobrepasa la descripción del fenómeno y, en particular por su propio ámbito de investigación – el de las relaciones entre socios en el ejercicio del derecho de voto – reputa en absoluto preferible el recurso a la buena fe objetiva (de otro lado en la base de la discutible presuposición según la que el abuso parecería «inevitabilmente destinado a integrar el mismo plan negocial, supliendo de hecho a una carencia normativa, a través una fórmula genérica por la cual no ha sido concebida ninguna limitación de contenido o rigor en el método; en contra la buena fe objetiva actúa en la etapa ejecutiva, en el pleno respecto de los límites conscientemente (o, comoquiera, responsablemente) firmados por las partes en la conclusión del contrato. »⁽⁹⁰⁾).

En resumen, lo que se desprende de un examen de la jurisprudencia - mucho más que el reflejo de la doctrina - y que afecta considerablemente la posibilidad de concebir el abuso como un concepto capaz de representar las cuestiones relacionadas con el momento en el que se desempeña una prerrogativa individual, en absoluto, y por lo tanto intervenir en las razones

⁽⁹⁰⁾ A. Nuzzo, *El abuso de la minoría. Poder, responsabilidad y daño en el ejercicio del voto* (Orig. L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto) Giappichelli, p. 74.

últimas del ordenamiento de las relaciones entre sujetos, es la relevante tendencia de los tribunales a reducir el abuso a una dimensión puramente relacional, de coordinamiento de intereses. Ámbito que los autores examinados anteriormente han advertido necesario contestar y circunscribir. De hecho, es una dimensión que puede ser perfectamente y exhaustivamente restringida por medio del funcionamiento de la regla de la buena fe ⁽⁹¹⁾.

Junto a esa insuficiencia observada del concepto de abuso y el peligro de su propia "in-diferenciación" de la regla de la buena fe, puede y debe tenerse en cuenta como importante y significativa la otra cara de la moneda, dado el hecho de que, a pesar de esto, la categoría del abuso de los derechos sigue persistiendo. El análisis ha mostrado que la jurisprudencia, a pesar de que tiene la capacidad práctica para responder a eventos abusivos exclusivamente a través de los principios y las capacidades operacionales subyacentes en las disposiciones de los arts. 1175 e 1375 c.c., apenas abandona las referencias a la categoría del abuso, y si en ella falta la competencia reconstrucción como principio jurídico de por sí autónomo y proporcionado de una función específica, no se puede afirmar que falte la referencia al abuso como concepto útil para la comprensión y representación de peculiares dinámicas del ordenamiento.

⁽⁹¹⁾ La circularidad ambigua y la indiferencia con la que la ley utiliza el concepto de abuso junto con el de la buena fe, sobretodo, pero también junto a distintas, peculiares figuras, se adivina también en las palabras de los intérpretes. Por ej. cfr. M. FRANZONI, *El ilícito* (Orig. L'illecito), Milano, 2010, p. 801-802: «muchos de los casos resueltos por los tribunales, en aplicación de abuso implícito o explícito de los derechos o del la excepción *Dolis generalis*, no podría explicarse solamente por el recurso a la existencia de la cláusula general de equidad y buena fe, cuyo fundamento es la necesidad de la solidaridad en el relación obligatoria. Entre estas figuras hay una intercambiabilidad substancial, es decir que la una y la otra se pueden adoptar de forma eficaz para solucionar el mismo conflicto. Así que las distintas expresiones describen la cláusula de buena fe reflejada en ámbitos distintos o en momentos distintos de la relación obligatoria».

CAPÍTULO II

EL ABUSO DEL DERECHO EN LOS VARIOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. NOTAS

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La figura del abuso en el derecho privado; 3. Algunos ejemplos de abuso en el derecho de sociedades; 4. Abuso del derecho en la evasión fiscal; 5. *Sigue.* Abuso del derecho y jurisprudencia administrativa.

1. Introducción

Después de señalar las razones de la categoría de elegibilidad (así como cualquiera crítica hacia ellos), consideramos necesario presentar (y sin ninguna pretensión de exhaustividad) un estudio de caso de los principales supuestos de abuso de derecho.

En este capítulo, por tanto, se revisan los principales tipos de abusos identificados o identificables en el marco del derecho privado, de sociedades y derecho fiscal.

2. La figura del abuso en el derecho privado

Además de las referencias normativas de la figura del abuso del derecho, ya extensamente investigados en otra parte (cfr. §), es posible agregar otros casos de abuso y más específicos.

A. Es el caso, por ejemplo, de la “doble” alienación de bienes inmuebles y de la abusiva desviación de las tratativas de otros sujetos.

En el primer ejemplo, el Tribunal ha encontrado una circunstancia de abuso del derecho en el caso de la persona que, a pesar de haber comprado por segundo, una propiedad de un sujeto común, ha usado el instrumento de la transcripción con el fin de prevalecer en el primer comprador, registrando por primero la transcripción. El Tribunal de Casación ha llegado a reconocer la

responsabilidad extracontractual del sujeto, y por eso al reconocimiento de un abuso del derecho en esta materia, y desautoriza la operatividad, en dicha hipótesis, del principio del brocardo "*qui iure suo utitur neminem laedit*". Precisamente, la sentencia n. 79 del 8/1/82 ha aclarado que la injusticia del daño causado al primer comprador, que no registró la transcripción, no se excluye de la constatación de que el segundo comprador, que sea en buena o mala fe, está ejerciendo por primero un derecho bajo el aval del art. 2644 c.c.

El mismo tribunal, luego, ha reconocido abuso del derecho en la hipótesis de la interrupción injustificada de las tratativas, causadas por la intervención de un tercero que, entrometiéndose de hecho en las tratativas ajenas, se sale con la suya y consigue concluir el contrato *in fieri inter alios*.

Hasta los años 60 la ley no consideraba antijurídico, en conformidad con el art. 2043 cc, la conducta del individuo que se interponía en las negociaciones ajenas para adueñarse de un contrato "destinado" a otros, ya que consideraban este comportamiento como el ejercicio de un derecho – causa de exclusión de la antijuridicidad – en particular del derecho a la libertad de iniciativa económica, consagrada en el art. 41 Cost.

Desde estos años, sin embargo, se ha identificado una tipología de abuso de derecho, en razón de que los que se involucran en las negociaciones *inter alios actae* tienen la intención de perseguir un interés no digno de protección, por que se realiza bajo la violación del deber general de solidaridad según el art. 2 Cost., aplicable también en las relaciones entre privados.

B. Recientemente, la categoría se ha utilizado en relación con la rescisión de un banco en una relación de crédito a plazo determinado según el art. 1845 cc, la legitimidad de la Corte ha dejado claro que su rescisión no puede tener lugar, incluso en presencia de justa causa, de manera imprevista y arbitraria (cfr. Cass. 14.07.2000, n. 9321), como consecuencia se actúa un ejercicio abusivo del derecho potestativo reconocido. El derecho, protegido por los códigos, y la total incuestionabilidad cesa si acaso – una vez aplicado el principio de buena fe – falte totalmente la razón justificadora en el caso que, por relaciones habituales, el comprador estuviera seguro de disponer del crédito necesario dentro del plazo establecido pero no fuese razonablemente listo por la fecha concertada.

C. El Tribunal Supremo, además, ha declarado en repetidas ocasiones - con juicios. 6900/97 y 7400/97 - que el fenómeno del abuso del derecho se integra con la proposición de ley de más solicitudes para recoger el único crédito monetario, frente a distintos jueces inferiores respecto al juez que sería

competente para la aplicación de la totalidad del crédito, considerando anómala – inclusive en relación a los arts. 1175 e 1375 c.c. - la técnica de fraccionamiento por el perjuicio del deudor no justificado por un interés objetivamente apreciable y digno de protección.

El Tribunal Supremo a S.U., con la sentencia n. 108 del 10.4.2000, enseña una posición distinta pero – según quién escribe – ha tenido lugar recientemente un *révirement* jurisprudencial por medio de la sentencia de la II Secc. Civil n. 24539 del 20.11.2009.

D. Además se puede identificar el abuso del derecho por parte del creador:

- cuando, como a menudo ocurre, en lugar de proceder ejecutivamente a cargo del deudor, eligiendo la posibilidad de la acumulación de las acciones ejecutivas según el 483 c.p.c., el creador presente el procedimiento concursal a cargo de este último, con el fin de valerse del impulso psicológico que produce el procedimiento, hasta la cancelación del *status* de empresario.

- que haya inscrito hipoteca sobre uno o más bienes del deudor y siga con procedimiento ejecutivo sobre otros bienes (Trib. Milano, sent. 4.4.05).

E. Se configura el abuso del derecho en la interpretación del artículo 1394 cc que regula los conflictos de intereses, si el mismo era conocido o reconocido por el tercero con la posibilidad, en ese caso, de la cancelación (la figura se asume cuando el representante, siempre dentro de los límites y fuera de la transferencia formal del poder, viola los límites internos, y firma un contrato cuya sustancia no está relacionada con los intereses totales del representado, ya que el contrato se podría concluir bajo condiciones más ventajosas).

F. Hay hipótesis del abuso del derecho en el ámbito de la disciplina de la condición como elemento accidental del contrato. El art. 1358 c.c. requiere a los titulares de derechos condicionados, en el estado de pendencia, un comportamiento planteado en la buena fe para guardar íntegras las razones de la parte. Por lo tanto, también en esa condición, las partes deberán ejercer sus derechos, en el respecto de los límites, mientras la falta de respecto determina una lesión de las situaciones jurídicas ajenas con relativo abuso, con tal de quedar formalmente en el marco del derecho ejercitado.

G. En conclusión, siempre quedando en materia de contratos, se puede configurar el abuso del derecho cuando el arrendador contraste o aplazca la entrega del inmueble porque está convencido de encontrarse en una posición de ventaja debido al derecho de recibir el pago del alquiler, también fuera del

plazo dentro del que el arrendatario deje el inmueble (*per incidens*, Trib. Salerno, III Secc. Civ., sent. 15/2010).

3. Algunos ejemplo de abuso en el derecho de sociedades

La vida y la actividad de las sociedades de capitales representan desde siempre un banco de pruebas privilegiado para formular y aplicar las figuras del abuso del derecho.

A. Uno de los problemas más comunes y siempre actual del derecho regulatorio de las organizaciones colectivas, remonta a los estudios de casos en los cuales se abusa de las personas jurídicas y de las posibles soluciones finalizadas a reprimir el fenómeno, en todas sus multiformes y polifacéticas manifestaciones, y que siguen cambiando ⁽⁹²⁾.

Es notorio, con referencia a las personas jurídicas, que la doctrina ⁽⁹³⁾ trata de *autonomia patrimonial perfecta*, apuntando, con esta expresión, al hecho de que el patrimonio del individuo no participa a las deudas de la entidad, y el patrimonio de la entidad no participa a las deudas del individuo (según el brocardo latino, *si quid universitari debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*).

Eso porque la sociedad es persona jurídica distinta de los socios. Por lo tanto, las deudas de la sociedad no son deudas de los socios: responde para ellos – como aclara en el art. 2325, apartado 1 - «solo la sociedad con su patrimonio» ⁽⁹⁴⁾.

Las entidades que poseen este tipo de autonomía son las fundaciones, las asociaciones reconocidas (ambas no tienen ánimo de lucro) y las sociedades de capitales (sociedad de Responsabilidad Limitada, de acciones, sociedad en comandita por acciones: todas con ánimo de lucro). También son personas jurídicas las sociedades cooperativas.

⁽⁹²⁾ N. ZORZI, *El abuso de la personalidad jurídica* (Orig. L'abuso della personalità giuridica), Milano, 2002, pag. 9.

⁽⁹³⁾ TRIMARCHI, *Istituciones de derecho privado* (Orig. Istituzioni di diritto privato), Giuffrè, 2003, pag. 69.

⁽⁹⁴⁾ GALGANO, *Tratado de derecho privado* (Orig. Trattato di diritto privato), Vol. I, Milano, 2010, pag. 191.

Ella se tiene que distinguir de la *autonomia patrimoniale "imperfecta"* ⁽⁹⁵⁾ – típica de las asociaciones no reconocidas, de los comités, (los dos sin ánimo de lucro) y las sociedades de personas (sociedad civil, sociedad colectiva y en comandita simple; las cuales, por lo contrario, tienen ánimo de lucro), - caracterizada por la responsabilidad, junto al patrimonio de la entidad, incluyendo los sujetos que participan o, por lo menos, de los que han actuado bajo el nombre y por cuenta de la misma entidad.

En pocas palabras, las personas jurídicas no solo tienen subjetividad, es decir capacidad jurídica y de actuar, sino también autonomía patrimonial completa, es decir, personalidad ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁵⁾ MESSINEO, *Manual de derecho civil y mercantil* (Orig. Manuale di diritto civile e commerciale), Vol. I, VIII, ed., Giuffrè, 1952, pag. 300; RESCIGNO, *Manual de derecho Privado* (Orig. Manuale di Diritto Privato) Giuffrè, 2000, pag. 171.

⁽⁹⁶⁾) Conforme a una importante opinión presente en la doctrina, además, el ordenamiento reconoce cierto grado de subjetividad a entidades distintas de las hasta ahora indicadas.

Se hace referencia a los cc.dd. centros autónomos de imputación de intereses (*centri autonomi di imputazione di interessi*).

El principio general de nuestro sistema prevee que «el deudor responda por el cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes actuales y futuros» (art. 2740, apartado 1): si el deudor es una persona natural o jurídica (por ejemplo una s.p.a. o una asociación reconocida), la autonomía patrimonial es perfecta, en la forma arriba examinada; si en cambio el deudor no es un sujeto natural (como una s.c. o una asociación no reconocida), la autonomía patrimonial es imperfecta.

Tradicionalmente no se incluye la existencia de otra categoría, que encierre distintos sujetos de derecho con su propio patrimonio que respondan de forma autónoma a las obligaciones.

Hay un debate, sin embargo, acerca de la posibilidad de que las entidades privadas sin personalidad y hasta sin subjetividad jurídica puedan asumir la titularidad de relaciones jurídicas y la consiguiente responsabilidad, sacando así una forma de subjetividad.

Una primera opinión, que habla, según los casos, de patrimonios autónomos o separados, admite esta posibilidad, indicando, como ejemplos, una o más de las siguientes figuras: la empresa (art. 2555), la herencia yacente (art. 528 ss.), la masa activa concursal, la comunión ordinaria (art. 1100 ss.), la comunión legal entre cónyuges (art. 177 ss.), el condominio (art. 1117 ss.), el fondo patrimonial (art. 167 ss.), el patrimonio del difunto como consecuencia de la separación del heredero (art. 512) y, recientemente, el *trust* (l. 16 ottobre 1989, n.364 en ratificación de la Convención de Haya del 1º julio 1985) y los patrimonios destinados a un específico negocio en las sociedades de acciones (art. 2447-*bis* ss.). Esta opinión ahora resulta respaldada por el art. 2645-ter, introducido en el código con el d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, que admite la posibilidad de transcripción de actos de destinación para la realización de intereses dignos de protección (es. la

Al respecto, «abusar» de la personalidad jurídica significa sacar «ilegítimo provecho por la interposición del “filtro” de la personalidad jurídica», gozando así de una disciplina “particular”, e derogación al derecho común, ha previsto para los miembros de determinados grupos ⁽⁹⁷⁾.

B. En el derecho de sociedades, el problema del abuso se percibe a nivel de formación de la voluntad negocial y gestional de la entidad societaria, en la eventualidad que se sigan los intereses de la misma sociedad, pero en detrimento del interés de los socios minoritarios.

La doctrina enfatiza como en muchos casos, es posible calificar como ejemplos de abuso del poder de la junta, las deliberaciones para el aumento de capital ⁽⁹⁸⁾. Ellas en particular dan lugar a penalización de los socios minoritarios; por ejemplo porque el aumento de capital puede resultar funcional, por medio de la determinación de la relación de cambio, a reducir la participación de algunos socios a los útiles del patrimonio social; puede provocar la variación de las participaciones minoritarias para así excluir, entre todos, la legitimación de los socios al ejercicio del control previsto per el art. 2409 c.c.; se puede tratar de un aumento de capital con productividad marginal

protección de individuos con discapacidad). El efecto principal de estos actos de destinación es que los bienes involucrados pueden ser ejecutados solo por las deudas contraídas para la realización del fin perseguido.

Una segunda opinión, sin embargo, niega esta posibilidad, desconociendo a las dichas figuras no solo, como es notorio, la personalidad, sino también la subjetividad jurídica.

En particular, esta opinión, aunque reconozca a dichas figuras alguna forma de organización de personas y bienes, afirma con fuerza que ellas nunca llegan a representar un verdadero centro autónomo de imputación de intereses. V. BALLORIANI – DE ROSA – MEZZANOTTE, *Derecho Civil. Manual breve* (Orig. Diritto Civile. Manuale breve), Giuffrè, 2012, pag. 67-68. V. También LOFFREDO, *Las personas jurídicas y las organizaciones sin personalidad jurídica. Manual y aplicaciones prácticas desde las clases de Guido Capozzi* (Orig. Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi) Giuffrè, III ed., 2010, pag. 193 ss.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. F. GALGANO, *Tratado de Derecho Civil* (Orig. Trattato di Diritto Civile), cit., pag. 194.

⁽⁹⁸⁾ «Esta circunstancia depende de la indiscutida centralidad que el capital reviste en el marco de la disciplina y de la organización de la sociedad de acciones. El capital social constituye, de hecho, por un lado, el punto de emersión de una serie de situaciones de intereses, tanto individuales como colectivos y, por otro lado, un elemento esencial de la organización de la empresa manejada en forma colectiva», A. Ferrari, *El abuso del derecho en las sociedades* (Orig. L'abuso del diritto nelle società) Milano, 1998, p. 72.

negativa tal que pueda reducir la productividad mediana de todo el capital invertido ⁽⁹⁹⁾; en fin, «el caso típico es aquello de una deliberación de aumento que, aunque en el respeto formal del procedimiento previsto, se actúe en modalidades tales (por las proporciones o los tiempos de la operación) y con la finalidad de poner en dificultad la minoría, impidiéndole en fin, de guardar su propia posición proporcional en la sociedad» ⁽¹⁰⁰⁾.

La jurisprudencia, por otro lado, evidencia la abusividad potencial sobretodo de las deliberaciones que deciden acerca de la distribución de los útiles a los socios; estas también utilizables con facilidad para causar prejuicios a los socios minoritarios, ya que nuestro ordenamiento no reconoce a los socios un derecho subjetivo para obtener los mismos útiles. Por ejemplo, la deliberación de destinar los útiles a reserva puede resultar totalmente injustificada y revelar un fin extra-social de la mayoría ⁽¹⁰¹⁾; o sea el propósito de inducir algunos accionistas a vender su participación para adquirir posteriormente la misma en el mercado a precio beneficioso ⁽¹⁰²⁾.

Pero también sentencias relativas a deliberaciones de fusión o de aumento de capital social o de disolución adelantada de la sociedad ⁽¹⁰³⁾.

Esto para dar una idea de las hipótesis que se pueden comprobar y en relación a las cuales la doctrina y la jurisprudencia, desde hace tiempo, han elaborado y aplicado la categoría del abuso de la mayoría.

De todos modos, la sanción del abuso se fundamenta, substancialmente, o en un general principio de corrección, que informa el derecho societario de una manera no distinta del intero sistema privatistico

⁽⁹⁹⁾ Cfr. A. PASQUINO, *La excepción del dolo general y corrección en las relaciones de sociedades* (Orig. L'eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari) en Garofalo (a cura di), *La excepción del dolo general. Aplicaciones jurisprudenciales y teóricas doctrinales* (Orig. L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali), Padova, 2006, p.348.

⁽¹⁰⁰⁾ A. FERRARI, *El abuso del derecho en las sociedades* (Orig. L'abuso del diritto nelle società), cit., p. 78.

⁽¹⁰¹⁾ Trib. Milano de 22 abril de 1993, en Dir. fall., 1994, II, 122.

⁽¹⁰²⁾ Trib. Milano de 17 octubre de 1991 y Trib. Milano de 13 enero de 1983, en *Banco, bolsa y tit. cred.* (Orig. *Banca, borsa e tit. cred.*), 1983, II, p. 337; Apl. Milano de 25 marzo de 1986 en *Banco, bolsa y tit. cred.*, 1987, p. 421.

⁽¹⁰³⁾ Para un rápido pero exhaustivo panorama de las sentencias más recientes y significativas, véase A. PASQUINO, *Exepción de dolo general y corrección en las relaciones societarias* (Orig. Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari), cit., p. 347 ss.

(¹⁰⁴), o directamente en la base de la aplicación de los arts. 1175 y, en particular, 1375 c.c., a las relaciones endosocietarias, tras la naturaleza obligatoria reconocida a los derechos que surgen del contrato social. (¹⁰⁵).

Sobre este tema, con la sentencia n. 11151 del 26 octubre de 1995, la Casación toma una posición inequívoca, por que iguala los acontecimientos del societario a los de cualquiera relación contractual, con la consiguiente, decidida afirmación de la aplicabilidad del art. 1375 c.c. y la obligación de los socios a los deberes que aquella puede imponer.

Como explica Jaeger, «la demostración de la “Corte Suprema” es sencilla y lineal; pero es justo por esto bastante revolucionaria. Ella se desarrolla en los siguientes pasajes:

- a) El art. 1375 c.c. impone “a cada parte (contratual) cumplir con una conducta que, prescindiendo de las obligaciones expresamente asuntos con el contrato, son idóneas para satisfacer las legítimas expectativas de la parte ajena” (...).
- b) Este principio, por su carácter general, vale para *todos los contratos*, también los plurilaterales y con comunión de fin.

(¹⁰⁴) Sigue este rumbo la argumentación fundamental de A. GAMBINO, *El principio de corrección en el ordenamiento de la sociedad de acciones* (Orig. Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni), Milano, 1987, según el cual la disciplina de la sociedad de acciones actúa fuera de la disciplina de los contratos porque constituye un ordenamiento peculiar. En particular, además, considera que la corrección tenga valencia sistemática más amplia que la regla de buena fe y que el art. 2373 c.c. es su peculiar expresión. Afirma entonces la aplicabilidad de la corrección, entendida como principio general del ordenamiento jurídico, a la disciplina de la sociedad de acciones. A este respecto es importante considerar la propuesta de la Commissione Rovelli de incluir en la reforma del derecho de sociedades una adecuada y expresa disposición sobre la obligación de corrección; sobre el tema véase A. D'ANGELO, *El nuevo derecho de sociedades y el apartado general de buena fe* (Orig. Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede), en *Contr. y empresa* (Orig. Contr. e impresa), 2004, p. 769 ss. e C. FOIS, *Las cláusulas generales y la autonomía estatutaria en la reforma del sistema societario* (Orig. Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario), en *Giur. comm.*, 2001, I, p. 421 ss., también A. BASSI, *Corrección y contrato de sociedades* (Orig. *Correttezza e contratto di società*), en *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.

(¹⁰⁵) Un mención especial se debe hacer por la posición de M. CASSOTTANA, *El abuso del poder a daño de la minoría en la junta* (Orig. *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*), Milano, 1991, que avala la opinión que el caso del abuso de la mayoría su pueda definir y enmarcar, por *analogia legis*, en la disposición del art. 2373.

c) La personalidad jurídica de las sociedades de capitales no impide la “persistencia de un vínculo de naturaleza contractual, porque la entidad es un centro de imputación puramente transitorio e instrumental (...).

d) (Pasaje siguiente, e indudablemente más atrevido) No hay contraste entre el carácter volitivo de las determinaciones que los socios toman en el curso de la relación (votación en la junta) y “la actividad ejecutiva que el citado art. 1375 tiene el fin de regulamentar”. Eso porque, a distinción de los contratos de intercambio, la actuación de la sociedad necesita la colaboración de los socios, que es por lo tanto una verdadera y autentica obligación.»⁽¹⁰⁶⁾.

La perspectiva “bastante revolucinoaria” reconocida por la “Corte” es, por lo tanto, la precisa afirmación de la naturaleza contractual de las relaciones endosocietarias y sus sindicabilidad conforme a los parámetros ofrecidos por el art. 1375 c.c., que se puede directamente aplicar a los mismos; en sustancia eso significa la reducción de la categoría del abuso de la mayoría, largamente debatida, o del derecho de votación conforme a la regla de la buena fe contractual⁽¹⁰⁷⁾.

En consecuencia, haber claramente avalado que la reacción predispuesta por el ordenamiento es la nulidad de la deliberación *ex art. 2377 c.c.*, y además haber abierto nuevas perspectivas para el reembolso del daño.

4. Abuso del derecho y evasión fiscal

Recientemente la jurisprudencia ha sostenido que la figura del abuso del derecho incluye también la evasión. Según algunas sentencias, de hecho, el radio de acción llega a abarcar también hipótesis típicamente atribuibles a la ocultación del imponible. Al respecto las sentencias 3243/2013 y 4901/2013 de la Casación, que se refieren a relieves de antieconomicidad, y por lo tanto

⁽¹⁰⁶⁾ P.G. JAEGER, *Casación y contractualismo de sociedades: ¿un ecuentro?* (Orig. Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?), anotación a Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, en *Giur. comm.*, 1996, II, 329 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Son las conclusiones a las que llega con claridad G. MERUZZI, *La exceptio doli* (Orig. L'exceptio doli), cit., p. 403: «también en ámbito societario el apartado general del abuso del derecho, operante en todo el sistema del derecho privado come regla implícita, y entonces confluida, en ausencia de autónoma elaboración sistemática, en el criterio de la buena fe, de la que constituye una variación terminológica y cuya general aplicación es ya incontestable».

enlazadas a presuntas hipótesis de evasión. De hecho el abuso parece utilizado para “reforzar” la pretensión impositiva. En realidad, la evasión tiene su ámbito de aplicación, mientras que el abuso y la elusión tienen otro ⁽¹⁰⁸⁾.

De todos modos, si tomamos en cuenta que el abuso y la elusión son temas que pueden de hecho coincidir ⁽¹⁰⁹⁾, podemos llegar a una forma de esquematización de los conceptos.

Simplificando el concepto, la evasión se cumple cuando hay una ocultación de riqueza imponible o también la alteración de un hecho económico (como la simulación, la interposición ficticia).

Los límites de un legítimo ahorro de impuestos, en cambio, han sido definidos por la relación adjunta al art. 37 *bis* del D.P.R. 600 del 1973, en la que se explica que el lícito ahorro se reconoce cuando el contribuyente usa las

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. P. GENTILI, *Ocasiones de reflexión sobre el tema del “abuso del derecho”* (Orig. Spunti di metodo in tema di “abuso del diritto”) en NEQTEPA, 2009, n. 1, p. 39, según el cual: «Distinto [de la elusión, N.d.R.] es el concepto de la evasión. La evasión no involucra el uso de una “excedencia” (*id est* abusivo o elusivo) de una norma de excepción de la que se origina la obligación. La evasión es una violación directa de esta última norma. La relación entre la conducta concreta y la norma, en este caso, no es una relación de regla/excepción”, sino de “observancia/violación”».

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. P. GENTILI, *Ocasiones de reflexión sobre el tema del “abuso del derecho”* (Orig. Spunti di metodo in tema di “abuso del diritto”), cit., p. 38. Según el autor, el abuso se manifiesta cada vez que se pretende «aplicar un derecho subjetivo del contribuyente en una relación de impuestos (para resumir el asunto, es suficiente pensar en las exenciones, las exclusiones, las deducciones, las detracciones, los créditos de impuestos) en situaciones de hecho concretas que no corresponden a la tipología abstracta del presupuesto asumido a su propia base y justificación de la norma atributiva del derecho. En estas situaciones reales vuelve a producir su efecto el presupuesto de instauración de la relación tributaria, es decir el presupuesto del que procedía la obligación del contribuyente, y al que la norma respectiva del derecho hacía excepción». Por lo tanto el abuso procede «de la pretensión actuada por el contribuyente bajo la motivación de un derecho subjetivo en una situación de no correspondencia entre la situación concreta y la situación que la norma prevee en abstracto». Ello es, por lo tanto, «noción totalmente objetiva. En la investigación finalizada a averiguar si un derecho del contribuyente se pueda aplicar más allá del límite normativo, deben quedarse fuera del análisis las consideraciones relacionadas con la calificación del negocio como válido o viciado». Esto significa que «en la noción del abuso así entendida confluye sin residuos la noción de elusión fiscal (se trata solo de una preferencia lexical usar una o la otra expresión)». La elusión fiscal, de hecho, «no es nada más que el uso de una norma atributiva de derechos en una relación de impuestos más allá de los presupuestos en los que se basa la misma, de manera que se hagan vanos, por medio de esa, la aplicación de la norma obligante».

herramientas que el ordenamiento pone a su disposición, y por medio de estas reduce su carga fiscal.

El abuso y la elusión aparecen, en fin, cuando el contribuyente logra una ventaja fiscal fraudulenta, que traiciona la ratio de la norma o, de todos modos, una ventaja ilícita según el sistema legal. En cambio, si la ventaja fiscal se alcanza sin respetar las disposiciones de la ley, en este caso se cumple la evasión.

Conque si alguien “abusa” de la ventaja se coloca en el marco del abuso del derecho y de la elusión. Esos últimos, en esencia, incluyen todos aquellos comportamientos, perfectamente lícitos, que exceden el ahorro de impuestos. Como consecuencia el abuso tiene una envergadura ilimitada, con un punto de partida pero sin un fin: empieza donde termina la evasión (así donde termina el legítimo ahorro de impuestos), con este último que es sin falta ajeno al abuso.

Como dicho antes, en nuestro ordenamiento no existe una disposición “general” sobre el abuso del derecho, sino solo algunas disposiciones que lo contrasten.

En el segmento tributario, el instituto jurídico que más se acerca a este concepto – y, tal vez, mejor lo interpreta ⁽¹¹⁰⁾ – se encuentra en el art. 37 bis del D.P.R. 600/1973, que, después de la rubrica “*disposizioni antielusive*”, incluye, para esta materia, una normativa “general”, aunque solo en casos determinados y con validez solo en el sector de los impuestos en las rentas.

Actualmente hay la impresión de que la Corte de Casación tenga intención de elevar a “sistema” (que trae inspiración de la capacidad de contribución) un ordenamiento – como el tributario italiano – falto de una base estable y racional, que se desarrolla no según principios generales, sino conforme a reglas especiales y contingentes, casi siempre fuera de un “sistema”.

Para llegar a este objetivo, se declara la presencia de un principio de “anti-abuso del derecho”, que pero no existe, y que hasta unos pocos años, ni

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. Sent. 25374/2008 en la que se afirma, con referencia al abuso del derecho, que «se trata de la misma regla, contenida en el art. 37-bis D.P.R. 600/1973». El reconocimiento de una disposición nacional que ya regula – aunque se puedan mejorar y ampliar sus contenidos – una forma parecida a la elaborada por la jurisprudencia de la “Corte di Giustizia” (por otra parte en un distinto ámbito de imposición), debería inducir a admitir que falta aquel contraste entre los dos ordenamientos – aquello interno y aquello comunitario – que permite hacer prevalecer el segundo sobre el primero.

siquiera se podía vislumbrar (aunque si en un futuro podría representar uno de los pilares de la legislación tributaria).

Las finalidades son preciables, pero los resultados son inaceptables, debido a que la Corte de Casación termina con desarrollar un papel de (substancial) “suplencia” (o encima de “substitución”) en una sección – aquella legislativa – que corresponde al Parlamento.

5. Prosigue. *Abuso de derecho en jurisprudencia tributaria*

De todos modos, con referencia a la materia tributaria, la sensación es que la administración, cada vez que percibe que el contribuyente ha ejecutado una operación no muy clara, pero sin conseguir identificar ningún elemento de confirmación para censurarla, recorra al abuso del derecho como si esta fuera la *extrema ratio* para ejercer las razones del erario público. Semejante actitud parece proceder de los jueces de legitimidad.

En este marco, hay que recordar la sentencia de la Casación n. 2193/12, la cual declara que la existencia en el ordenamiento tributario de la general prohibición del abuso del derecho, permite el desconocimiento de los efectos de cualquier negocio establecido solo para obtener ventajas fiscales incluso el caso que, en el tiempo de la violación, la norma *ad hoc* todavía no existía porque introducida posteriormente.

Solo en el 2013 el abuso fue configurado para regular el caso del reabastecimiento de las pérdidas de la participación y la posterior cesión de la misma con determinación de una minusvalía (sent. n. 4901/2013) y también en la adquisición separada, pero no contemporánea, de una empresa agrícola y de terrenos cercanos, que tenían que ser registrados y no, como había hecho el contribuyente, pagando el Iva sobre ellos (sent. n. 1405/2013).

“Abusivos”, según la administración y los jueces de legitimidad, también son algunos actos de cesión inmobiliaria de una persona natural a una sociedad y los sucesivos pasajes societarios (ordenanza n. 2234/2013). Hasta han llegado a invocar el abuso del derecho para justificar la legitimidad de la acción hipotecaria de Equitalia (*Ndt. empresa recaudadora de impuestos italiana*) en los bienes inmuebles registrados en un fondo fondo patrimonial del contribuyente (sentencia n. 7239/2013).

Y último (sentencia 17956/2013), fue reputada “abusiva” también la cesión separada de una empresa respecto a sus bienes remanentes, no

obstante todo haya tenido lugar bajo la tutule del juez a lo largo de un procedimiento concursal.

La Casación penal (sentencia n. 26723/2011) no excluye que el comportamiento “abusivo” tiene hasta carácter penal, no obstante el mismo comportamiento (bajo la ley actual sin cambios) hace algunos años fuera totalmente correcto y no censurable ni siquiera desde el lado administrativo.

En relación a todas estas sentencias, es preciso tomar nota de algunas (aisladas) posturas de “valientes” jueces merecedores, que afirman que no se puede aplicar el abuso por lo menos hacia los tributos no armonizados, porque solo la intervención del legislador, con la introcción de una norma positiva que identifique un específico presupuesto de impuestos, puede autorizar la interpretación al fin de usar el principio de capacidad contributiva (sentencia CTP Reggio Emilia n.140/3/2013).

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO DE “ABUSO DEL DERECHO”. UN ENFOQUE COMPARADO

SUMARIO: 1. Una mirada más allá de las fronteras. Notas sobre la figura del abuso del derecho en los ordenamientos francés, alemán, español e inglés; 2. El abuso del derecho en el ordenamiento de la Unión Europea.

1. Una mirada más allá de las fronteras. Notas sobre la figura del abuso del derecho en los ordenamientos francés, alemán, español e inglés;

Intentando una reconstrucción sistemática de la figura del abuso del derecho es útil la comparación con los ordenamientos doctrinales y jurisprudenciales elaborados en otros países europeos, en particular Francia, Alemania, España y Reino Unido.

A. Aunque se haya elaborado por primera vez en Francia, la prohibición del abuso del derecho no es expresamente regulado en la legislación francesa, aunque la jurisprudencia sigue aplicándolo citando el art. 1134 ⁽¹¹¹⁾ del *Code civil* que prevee la obligación de las partes del contrato a actuar conforme a la buena fe ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹¹⁾ En conformidad con la disposiciones normativas del art. 1134 del Code civil «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*».

⁽¹¹²⁾ F. DI CIOMMO, *Rescisión del contrato de apertura del crédito y abuso del derecho* (Orig. Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto), contribución a margen de Cass., 14 julio 2000, n. 9321, en *Los contratos* (Orig. *I contratti*) 2000, p. 1121; véase F. VIGLIONE, *El juez vuelve a escribir el contrato entre las partes: la autonomía negocial apretada entre justicia, buena fe y abuso del derecho* (Orig. Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto), en *Nueva juris. civ. comm.* (Orig. Nuova giur. civ. comm.), 2010, p. 154, el cual evidencia que la *Cour de Cassation* considera subsistente el abuso del derecho en la rescisión de los contratos de duración, cuando la conducta de una parte produce

Una vez reconocida esta prohibición jurisprudencial, han sido identificadas divisiones en la doctrina que hacen difícil reconocer los elementos idoneos a revelar la presencia del abuso del derecho ⁽¹¹³⁾.

Parte de la doctrina, según el criterio de la función social, ha planteado que el abuso del derecho, en caso de ejercicio del derecho en contraste con las finalidades de las que procede, se puede reconocer porque es posible caracterizar cada derecho subjetivo según una propia función social y en caso la conducta individual no corresponda a dicha función, sin duda estamos delante de un abuso ⁽¹¹⁴⁾.

A veces se asocia al criterio de la función social el de la anormalidad, por lo que se configura el abuso del derecho cuando el mismo – además que en contraste con la función social – se pueda emplear de manera “anormal” o “abnorme” ⁽¹¹⁵⁾: en este escenario es posible que subsista la “anormalidad” en el ejercicio del derecho siempre que se plantee una conducta contraria al fin económico o social del derecho.

Otra corriente doctrinal hipotiza el abuso del derecho en términos jurídicos, explicándolo a través de conflicto de los derechos ⁽¹¹⁶⁾. De todos modos se ha subrayado que esta interpretación tal vez no es idónea para

maniobras fraudulentas y deshonestas y de estas surgirían los elementos del abuso del derecho, incluso es necesaria la actitud contraria de una parte que es puesta en contraste con la buena fe a lo largo de la actuación del contrato. En particular, el Autor cita *Cour de Cassation*, 5 Oct 1993, *Renault c/Rouel Automobiles*, en *Juriclasseur Périodique*, 1994.II.22224.

⁽¹¹³⁾ Con referencia a las teorías elaboradas por la doctrina en el tema del abuso del derecho véase en particular M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Orig. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), Milano, 2003, p. 41.

⁽¹¹⁴⁾ Véase nota p. 28.

⁽¹¹⁵⁾ Tradicionalmente este orientamento remonta a R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation dans la seconde rédaction du projet de code civile allemand*, Paris, 1895, p. 371. véase M. MESSINA, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto) cit., p. 88.

⁽¹¹⁶⁾ M. DESSERTAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, in *Revue trim. De droit civil*, 1906, 124. véase però M. ROTONDI, *El abuso del derecho. Aemulatio* (Orig. L'abuso di diritto. Aemulatio), cit., p. 25 según el sistema jurídico no existen conflictos de derechos porque es tarea del intérprete resolver tales conflictos y es, por lo tanto, preferible la fórmula del conflicto de intereses.

explicar la prohibición absoluta del derecho, porque el conflicto de derechos es inmanente al derecho objetivo ⁽¹¹⁷⁾.

De otra manera, los partidarios del orientamento rescrictivo han considerado que el abuso del derecho está relacionado con los actos emulativos hechos con la intención de producir daño ⁽¹¹⁸⁾, reduciendo el ámbito de aplicación del abuso del derecho.

Hay que apuntar, además, que parte de la doctrina ha reconocido la problematica del abuso del derecho en el ámbito de la responsabilidad civil, en particular en el ámbito de la culpa ⁽¹¹⁹⁾.

En la doctrina francés no han faltado críticas hacia la configurabilidad en el abuso del derecho. En particular, muchos han sostenido che con esta fórmula se quiere aludir a un fenómeno contradictorio porque se hace referencia a un acto que es “*conforme au droit et contraire au droit*”: el abuso del derecho no sería, entonces, concebible porque el comportamiento de un individuo no se puede poner en contraste con el mismo ⁽¹²⁰⁾.

B. En Alemania han procedido con una regulación de la controvertida figura del *Rechtsmissbrauch* ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁷⁾ M. MESSINA, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), cit., p. 86.

⁽¹¹⁸⁾ L. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, § 94.

⁽¹¹⁹⁾ H. e L. MAZEUD – A. TUNC, *Traitè thèorique et pratique de la responsabilité civile*, I, Paris, 1965, 647 ss.

⁽¹²⁰⁾ M. F. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1905, 284. Para la reconstrucción del pensamiento del Autorev. entre otros M. MESSINA, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), cit., 77 ss.

⁽¹²¹⁾ La figura del abuso del derecho – además que en el ordenamiento alemán – ha sido asimilada, entre los otros, en los siguiente países (para una reconstrucción de la figura del abuso del derecho en los varios países europeos véase M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Org. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., 29 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obligaciones y Contratos* (Orig. Obbligazioni e Contratti) 2010, 168 ss.): en Grecia, l'art. 25 § 3 de la Constitución del 1975 prevee una general prohibición de abuso en tema de derechos fundamentales y además el art. 281 del Código Civil griego del 1940 establece que el ejercicio de un derecho está prohibido en el caso que exceda de forma manifiesta los límites derivantes de la buena fe o del buen costumbre o del fin socio-económico del derecho, se trata de una formulación del abuso del derecho más amplia respecto a la del BGB, como no requiere la prueba rigurosa del elemento subjetivo. En Portugal, el art. 334 del Código civil del 1966 contiene una disposición parecida a la del Código civil griego. En Suiza el art. 2 del código civil determina que “el manifiesto abuso del propio derecho no es protegido por la ley”. En Holanda el art. 13 del Código civil del

En particular el § 226 del código civil alemán del 1900 (*BGB*) prevee que el ejercicio de un derecho es inadmisibles si puede perseguir el fin de dañar a los demás ⁽¹²²⁾.

La disposición del código alemán – a diferencia del art. 833 del código civil italiano – no se refiere solo al derecho de propiedad sino a todos los derechos subjetivos ⁽¹²³⁾. Sin embargo, la jurisprudencia no ha recorrido a menudo a la norma ya mencionada, porque la configuración del abuso del derecho requiere la difícil prueba del elemento subjetivo del titular del derecho que consiste en el exclusivo fin de perjudicar.

Los jueces alemanes, de hecho, han preferido recorrer ad otras disposiciones contenidas en el *BGB* haciendo referencia al § 826, que prevee la obligación de indemnizar el daño causado culpablemente en contraste con las buenas costumbres y al § 242, que sanciona el principio de buena fe ⁽¹²⁴⁾.

En particular esta última disposición se ha interpretado en combinación con el § 157 en tema de usos contractuales ⁽¹²⁵⁾: se ha subrayado que la relevancia dada a los usos en el procedimiento ermeneutico conlleva la

1992 prevee que no se pueden cumplir actos que se traducen en abuso. En España el abuso del derecho está regulado sucesivamente a la reforma de las disposiciones preliminares al Código civil que tuvo lugar en el 19074, en particular gracias al efecto del art. 7. En la prosecución de la tratacion analizaremos las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales desarrollados en España acerca del tema del abuso de derecho.

⁽¹²²⁾ Según la disposición del *BGB* «*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen*». véase U. BRECCIA, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto) cit., p. 27; M. BARALDI, *La rescisión ad nutum no es, por lo tanto, rescisión ad libitum. La Casación vuelve acerca del abuso del derecho*. (Orig. Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto), en *Contr. e impr.*, 2010, p. 58.

⁽¹²³⁾ M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Org. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., p. 26.

⁽¹²⁴⁾ Con referencia al enlace entre el abuso del derecho y la buena fe véase W. WEBER, *Treu und Glauben*, § 242 *BGB*, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 1961. véase M. MESSINA, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), cit., p. 54 e M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Org. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., p. 26.

⁽¹²⁵⁾ véase F. VIGLIONE, *El juez vuelve a escribir el contrato entre las partes: la autonomía negocial apretada entre justicia, buena fe y abuso del derecho* (Orig. Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto), cit., p. 154 que hace referencia en este caso a K. LARENZ – M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Monaco, 2004, p. 283 y E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1911, p. 152 ss.

actividad del interprete a un parametro objetivo finalizado a coincidir con el sentido que los consociados atribuyen a las s ngulas declaraciones de voluntad, con el fin de tutelar la custodia del destinatario ⁽¹²⁶⁾.

Desde la análisis de la jurisprudencia y de la doctrina alemanas es posible individuar algunas hipótesis en las que aparece el abuso del derecho: en particular, si se ejercita un derecho formalmente garantizado, pero en contraste con los usos del tr fico; en caso de que el titular desempeñe el derecho en contraste con un comportamiento anterior; en la hipótesis que se hagan valer vicios de forma que provocarían consecuencias excesivas y en el caso de "*Verwirkung*", es decir en caso de que un derecho no se ejercite o no se reaccione delante a su violación por un periodo de tiempo tal que produzca en la parte ajena una custodia merecedora de tutela, aunque si no ha pasado el término de prescripción ⁽¹²⁷⁾.

Parte de la doctrina ha marcado que la *Verwirkung* alemana – a diferencia de las hipótesis del abuso del derecho elaboradas en Francia – se pone en una relación preexistente y la perdida del derecho, por causa de la inadmisibilidad del ejercicio, procede de la violación de los cánones de corrección y buena fe que actuan en el ámbito de la relación; se considera, por lo tanto, de reajustar la prohibición del abuso en los confines que enmarcan la regla de la buena fe ⁽¹²⁸⁾.

C. Otro ordenamiento que codifica la prohibición del abuso del derecho es el español. En particular, la regulación se encuentra en el art. 7, apartado 2,

⁽¹²⁶⁾ F. VIGLIONE, *El juez vuelve a escribir el contrato entre las partes: la autonomía negocial apretada entre justicia, buena fe y abuso del derecho* (Orig. Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto), cit., p. 155.

⁽¹²⁷⁾ S. PATTI, *Abuso del derecho* (Orig. Abuso del diritto), cit., 3 e M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Org. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., p. 28.

⁽¹²⁸⁾ De hecho, en el ámbito de la buena fe se reconducen institutos de creación jurisprudencial y entre ellos la ya mencionada *Verwirkung*. Al respecto véase en particular P. RESCIGNO, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), cit., p. 272. Se enlaza al pensamiento del Autor M. BARALDI, *La rescisión ad nutum no es, por lo tanto, rescisión ad libitum. La Casación vuelve acerca del abuso del derecho* (Orig. Il recesso ad nutum non  , dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto), cit., p. 58, in nota 45.

de las disposiciones preliminares del Código civil español, como modificado de resultas de la reforma del 1974 (¹²⁹).

Según la jurisprudencia española es necesario que coexistan el ejercicio de un derecho subjetivo, el daño que afecta un interés no tutelado por una determinada situación jurídica (de otra manera se produciría una hipótesis de colisión de derechos y no de abuso) y la “inmoralidad o antisocialidad” de dicho daño, entendida en sentido subjetivo – es decir el derecho ejercitado con la intención de producir perjuicio o sin una finalidad seria y legítima – o es sentido objetivo – o sea el daño es consecuencia de un exceso o de una anormalidad en el ejercicio del derecho (¹³⁰).

Se supone, en particular, una estructura normativa en dos niveles en base a la que las acciones abusivas son acciones *prima facie* permitidas, per que resultan prohibidas a frente de una base de valoración global. La restricción de la aplicabilidad de la regla permisiva – que autoriza la conducta – deriva de los principios que delimitan el ámbito justificativo de la regla misma: la regla es, por lo tanto, sobre-inclusiva porque confluyen en ella hipótesis que no se tendrían que incluir (¹³¹).

Se ha afirmado que el abuso del derecho representa un aparato de auto-corrección del derecho, es decir de corrección del ámbito de aplicación de las reglas jurídicas permisivas, el cuyo destinatario es titular de un derecho subjetivo de por sí, en el caso que la aplicabilidad de las mismas se extienda a hipótesis en las que la aplicación aparece injustificada según principios jurídicos que delimitan el marco de las reglas (¹³²).

Otra doctrina – aunque configurando el abuso del derecho de manera semejante a la de una estructura normativa en dos niveles – afirma que el

(¹²⁹) El texto del art. 7 del *Título Preliminar* del Código civil español pree que: “La ley no tutela el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Cualquier acto que, por la intención de su autor o por su objeto o por las circunstancias de realización, sobrepase manifiestamente los límites de un normal ejercicio de un derecho, con daños a terceros, producirá la consecuente indemnización la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la prosecución del abuso”. La traducción es basada en M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Ilícitos atípicos. El abuso del derecho, la fraude a la ley, el desvío del poder* (Org. Illeciti atipici. L’abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere), Bologna, 2004, 37.

(¹³⁰) M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Ilícitos atípicos* (Orig. Illeciti atipici), cit., 61.

(¹³¹) M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Ilícitos atípicos* (Orig. Illeciti atipici), cit., 61.

(¹³²) Véase también M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Ilícitos atípicos* (Orig. Illeciti atipici), cit., 61

abuso del derecho no constituye herramienta de autocorrección del derecho, sino un instrumento de etero-corrección del mismo conforme a la moralidad: el abuso del derecho cumpliría sus efectos cuando se realiza un contraste entre la autorización jurídica de las acciones en ciertas circunstancias y la convicción moral de la colectividad que dichas acciones deberían ser jurídicamente prohibidas, cada vez que hay aquellas circunstancias (¹³³).

Sin embargo, si consideramos el abuso como contraste entre la normatividad jurídica y la convicción moral colectiva, aparece difícil verificar la corrección de las decisiones judiciales, en cuanto que ellas se podrían fundamentar en argumentos que no se limitan a las razones del derecho (¹³⁴).

Pero se ha dudado de la posibilidad de hablar de sobre-inclusividad con referencia a las reglas permisivas (¹³⁵). No está claro por que razones una conducta, emanación de un poder que el ordenamiento otorga al individuo, debería prohibirse solo porque caracterizada por el *animus nocendi* o porque produce un daño excesivo o anormal que sin embargo no afecta un interés jurídicamente tutelado; la transformación del permiso en prohibición supondría que el ejercicio de un derecho sea subordinado a la verificación de congruencia a un fin y eso sería incompatible con el hecho de que la atribución de un derecho está relacionada a un ámbito de libertad calificada, en el que el *Inhaber* puede actuar libremente hasta que no encuentre un límite que el derecho ha puesto. En la hipótesis del abuso del derecho estaríamos delante a un «desquicio de la regla a través del balance mejor que por medio de la sobre-inclusividad» (¹³⁶); un límite a las conductas está constituido por el valor de la solidaridad, a menudo activo en las relaciones entre individuos a través del apartado general de la buena fe de la que deriva la prohibición de conductas arbitrarias.

D. Tratamos, en fin, del ordenamiento inglés.

(¹³³) Con referencia a la consideración del abuso del derecho como instrumento de etero-corrección véase M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Ilícitos atípicos* (Orig. Illeciti atipici), cit., 62; los autores mencionados hacen referencia a L. RODRIGUEZ ARIAS, *El abuso de derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – America, 1971, 132, J. M. MARTIN BERNAL, *El abuso de derecho*, Madrid, Montecorvo, 1982, 143 e L. A. WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo – Pierrot, 1969, 56 ss.

(¹³⁴) M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Ilícitos atípicos* (Orig. Illeciti atipici), cit., 63.

(¹³⁵) En este sentido véase L. NIVARRA, *Un debate palermitano acerca de los ilícitos atípicos* (Orig. Un dibattito palermitano su illeciti atipici), en *Europ. d. priv.*, 2005, 1030 ss.

(¹³⁶) L. NIVARRA, *Un debate palermitano acerca de los ilícitos atípicos* (Orig. Un dibattito palermitano su illeciti atipici), cit., 1032

En los sistemas de *common law*, en general, no encontramos una configuración autónoma de la figura del abuso de derecho.

En particular, la jurisprudencia tradicional ha afirmado que el ejercicio de un derecho no se puede volver ilícito por las razones que lo inspiran, aunque estas sean emulativas o censurables ⁽¹³⁷⁾.

La falta de importancia en el abuso del derecho está relacionada también a la circunstancia en el ordenamiento anglosajón – en contra a todas las conceptualizaciones – no se encuentra una noción general de la buena fe ⁽¹³⁸⁾: eso sobretodo por la posible vaguedad en la utilización de este principio por parte de la jurisprudencia ⁽¹³⁹⁾. Hay ostilidad hacia la posibilidad otorgada al juez de cambiar el contenido del contrato, incidiendo en la voluntad de las partes ⁽¹⁴⁰⁾.

Sin embargo, una parte de la doctrina británica afirma que, en realidad, se revisan aplicaciones de los principios que remontan, en los Países de *civil*

⁽¹³⁷⁾ Para consultar un análisis de la jurisprudencia inglesa véase M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Orig. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., 46 ss..

⁽¹³⁸⁾ Muchos opinan que las partes tienen la posibilidad de ejercer los derechos que proceden del contrato animados por cualquier motivo sin límites derivantes del principio de la buena fe, M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Orig. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., 46 ss. Véase a este respecto M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Orig. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., 47 donde se hace referencia entre todas las sentencias a *James Spencer & Co. Ltd v. Tame Vallery Padding Co. Ltd* (Court of Appeal, 8 abril 1998). Véase también F. DI CIOMMO, *Rescisión del contrato de abertura del crédito y abuso del derecho* (Orig. Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto), cit., 1122.

⁽¹³⁹⁾ véase A. DE VITA, *Buena fe y common law (atracción no fatal en la historia del contrato)*, [Orig. Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)], en *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 267 e F. VIGLIONE, *El juez vuelve a escribir el contrato entre las partes: la autonomía negocial apretada entre justicia, buena fe y abuso del derecho* (Orig. Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto), cit., 156.

⁽¹⁴⁰⁾ Así F. VIGLIONE, *El juez vuelve a escribir el contrato entre las partes: la autonomía negocial apretada entre justicia, buena fe y abuso del derecho* (Orig. Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto), cit., 156 donde se subraya que en el derecho aglosajón se otorga mucha relevancia a la confianza que cada una de las parte pone en las declaraciones negociales incompatibles con la entrada, en vía ermeneutica, de instancias reequilibradoras de las estructuras delineadas por las partes y conformadas según una interpretación razonable.

law, a los conceptos de derecho y buena fe. En particular, por lo que concierne el derecho de propiedad y otros derechos reales, los actos de ejercicio que en los últimos ordenamientos se consideran expresiones de abuso – como los actos emulativos o el ejercicio anormal del derecho – en el marco del derecho anglosajón confluyen en la figura del c.d. *tort of nuisance* ⁽¹⁴¹⁾. En particular, la *nuisance* indica cualquiera interferencia perjudicial en el ámbito de las situaciones de pertinencia ajenas ⁽¹⁴²⁾.

2. El abuso del derecho en el ordenamiento de la Unión Europea

Después de la comparación con los ordenamientos europeos mencionados – antes de pararse acerca de los remedios posibles en caso de ejercicio abusivo del derecho – parece útil averiguar el alcance de la noción en ámbito comunitario, supuesta la supremacía del derecho comunitario frente al derecho nacional.

La doctrina comunitaria ha configurado el abuso del derecho como instrumento de control sobre el ejercicio de los derechos subjetivos. En

⁽¹⁴¹⁾ El término *nuisance* se refiere a “cualquier ilícito que interfiere con el uso o el gozo de bienes inmuebles con daño al titular del derecho, es decir que afecta a su salud”: la definición es extracta de F. DE FRANCHIS, *Law dictionary*, Milano, 1984, 1064. Véase entre los otros B. NAPIER, *Abuse of Rights in British Law*, en M. ROTONDI, *El abuso del derecho* (Orig. L’abuso del diritto), en *Investigaciones de derecho comparado* (Orig. Inchieste di diritto comparato, VII, Padova, 1979, 267 ss.. Véase además M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Org. Abuso del diritto e frode alla legge nell’ordinamento comunitario), cit., 47. En particular, con referencia a los ordenamientos de *common law* han reputado que no hay necesidad de encontrar un fundamento de reglas que permita salir fácilmente de las herramientas que se suele usar, para esta interpretación A. GAMBARO, *Abuso del derecho, II) Derecho comparado y extranjero* (Orig. Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero), cit., 2.

⁽¹⁴²⁾ Al respecto véase S. CAFARO, *El abuso del derecho en el sistema comunitario: del caso Van Binsbergen a la Carta de los derechos, pasando por los ordenamientos nacionales*, (Orig. L’abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali) en *El derecho de la Unión europea* (Orig. Il diritto dell’Unione europea), 2003, 293, que, por cierto, evidencia que con la prohibición del abuso del derecho se persigue el fin de evitar riesgos derivantes del formalismo jurídico que en los ordenamiento de *common law* asumen relevancia menor.

particular, se ha enfocado la atención en las formas de control sobre la actuación de las prerogativas de carácter judicial ⁽¹⁴³⁾.

El empleo de soluciones sancionatorias en tema de comportamientos abusivos se refiere al perfil de una aplicación uniforme de las reglas comunitarias, con el fin de salvaguardar la certidumbre del derecho y la previsibilidad de las soluciones jurisprudenciales también en el ordenamiento jurídico comunitario ⁽¹⁴⁴⁾.

La Corte de Justicia de la Comunidad europeas – hoy, después de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, de la Unión Europea – se ha pronunciado sobre el asunto y ha considerado que el derecho comunitario no impide a los jueces nacionales aplicar una disposición de derecho interior que permita evaluar si un derecho, reconocido por una norma comunitaria, se ejerce abusivamente ⁽¹⁴⁵⁾.

Hay que averiguar según cuales criterios la Corte de Justicia ha considerado admisible un juicio de congruidad sobre el ejercicio de derechos subjetivos de origen comunitario.

El comportamiento de un accionista ha sido juzgado abusivo porque actuaba para obtener, a daño de la sociedad, ventajas ilícitas y evidentemente ajenos al fin de la normativa comunitaria ⁽¹⁴⁶⁾. La Corte individúa, por tanto, el abuso de derecho por medio del criterio c.d. teleológico o funcional basado en la comprobación de una desviación del acto de ejercicio del derecho hacia un fin distinto de lo reconocido por la norma ⁽¹⁴⁷⁾. La negación de tutela está

⁽¹⁴³⁾ véase M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el derecho comunitario* (Orig. Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario), cit., 21 ss. que analiza la elaboración de la figura del abuso de derecho en el ámbito comunitario, en particular enfocándose en las mayores problemáticas como la individuación de los criterios de evaluación de la antijuridicidad del comportamiento, el nivel de comprobación, la posibilidad del fenómeno y las consecuencias jurídicas del mismo.

⁽¹⁴⁴⁾ Al respecto M.P. MARTINES, *Teoria y praxis sobre el abuso del derecho* (Orig. Teoria e prassi sull'abuso del diritto), cit., 69 ss..

⁽¹⁴⁵⁾ Corte de Justicia CE 12 de mayo de 1998, C 367/96; Corte de Justicia CE 23 de marzo de 2000, C 373/97.

⁽¹⁴⁶⁾ Corte de Justicia CE 12 de mayo de 1998, C 367/96; véase M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Org. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., 226 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Al respecto véase M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Org. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., 229.

relacionada a la recurrencia de una particular finalidad en la conducta del individuo, ajena al fin de la norma, pero no está claro si la referencia a un específico fin de la acción y la referencia al daño engendren la necesidad de una intención de dañar ⁽¹⁴⁸⁾.

En otras ocasiones la Corte de Justicia ha establecido los criterios a emplear para la determinación del abuso. En particular, ha considerado admisible calificar como abusivo el comportamiento de los accionistas, que entre los remedios jurídicos disponibles para reaccionar a una circunstancia causada por la violación del art. 25 de la segunda directiva, habían decidido por aquello “que causa un daño tan grave a los intereses legítimos ajenos que resulte claramente desproporcionado”. La Corte adopta en esta ocasión una técnica de evaluación basada en un juicio de proporcionalidad de los intereses involucrados en el acto de ejercicio del derecho: se considera abusivo el comportamiento – abstractamente riconducible al ejercicio de un derecho – que cause perjuicio a los intereses ajenos “manifestamente desproporcionado” en comparación al interés peregrino por el titular de la situación subjetiva ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Lo mismo en M. GESTRI, *Abuso del derecho y fraude a la ley en el ordenamiento comunitario* (Org. Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario), cit., 228 que considera la exclusión la circunscripción de la relevancia de la prohibición de abuso del derecho, de hecho aunque teniendo en cuenta que Corte de Justicia ha considerado necesarios a la susistencia de la intención de dañar, no ha solicitado que esta intención sea el fin exclusivo de la conducta de los accionistas.

⁽¹⁴⁹⁾ Corte di Justicia CE 23 de marzo de 2000, C 373/97 que afirma que “El derecho comunitario no impide que los jueces nacionales apliquen una disposición de derecho interior que permita evaluar si un derecho reconocido por una norma comunitaria se ejercite de forma abusiva. En el ámbito de esta evaluación, sin embargo, no se puede poner en duda un accionista que se valga de las disposiciones del art. 25, n. 1, segunda dir. Consejo, 13 de diciembre de 1976, n. 77/91/Cee, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías necesarias, en los Estados miembros, a las sociedades según indicado en el art. 48, apartado 2, Ce (ya art. 58 tratado Ce), para tutelar los intereses de los socios y de los terceros por cuanto se refiere a la constitución de la s.p.a., además la protección y las modificaciones del capital social de la misma, de ejercer abusivamente el derecho otorgado de esta norma según del relieve de que sea un accionista de minoría, que haya beneficiado de la indemnización de la sociedad regulada por un régimen de saneamiento, que no haya recorrido a su propio derecho de prelación, que fuera parte de los accionistas que habían solicitado la sujeción de la sociedad al régimen aplicable a las sociedades en una situación de fuerte inestabilidad o que haya dejado que transcurriera cierto espacio de tiempo antes de proponerse el acto judicial. Por lo contrario, el derecho comunitario no obstaculiza que los jueces mencionados apliquen dicha disposición del derecho nacional si un accionista ha decidido usar, entre las acciones jurídicas posibles

El abuso del derecho encuentra ya un expreso reconocimiento legislativo en el art. 54 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea firmata en Nizza el 7 de diciembre de 2000, que después de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) ha adquirido el mismo valor jurídico de los tratados.

El artículo mencionado está anotado en “Prohibición del abuso del derecho” (Orig. “Divieto dell’abuso del diritto”) y prevee que “Ninguna disposición de la presente Carta se debe interpretar en el sentido de permitir un derecho que cumpla un acto finalizado a la destrucción de los derechos de libertad reconocidos en la presente Carta o de imponer a los mismos derechos y libertades limitaciones más amplias de las previstas en la presente Carta”. Lo que se quiere hacer, por lo tanto, es evitar una aplicación impropia de los derechos y de la libertad ⁽¹⁵⁰⁾.

De la análisis de los trabajos preparatorios, surge que en la versión originaria del art. 54 faltaba una parte de la disposición incluida en la última sesión en la Carta de Nizza, en particular: “o de imponer a tales derechos y libertad limitaciones más amplias de las previstas de la presente Carta” ⁽¹⁵¹⁾. Lo que se quiere hacer, por lo tanto, es ampliar el ámbito de aplicación del abuso del derecho.

para reaccionar a una situación que viole la directiva, la que trata un daño tan grave para los intereses legítimos ajenos que resulte claramente desproporcionado”.

La Corte de Justicia CE ha recientemente afirmado, con referencia al tema del abuso del derecho en materia fiscal: en la sentencia 21 de febrero de 2006, C-255/02 que para configurar la hipótesis de abuso, en conformidad a la I.V.A, el contrato debe estipularse con el fin de contrastar el espíritu de las normas comunitarias y la forma debe perseguir “esencialmente el fin de obtener una ventaja fiscal”; por otro lado la misma Corte ha usado una distinta expresión en la sentencia del procedimiento C-223/03 - pronunciada en la misma fecha de la anterior – en la que afirma la existencia de un abuso en el caso que se hayan actuado operaciones “con el solo fin de alcanzar una ventaja fiscal, si otro objetivo económico”.

⁽¹⁵⁰⁾ véase R. BIFULCO – A. CELOTTO, *Prohibición del abuso de derecho* (Orig. Divieto dell’abuso del diritto), in R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (coordinado por), *La Europa de los derechos. Comentario a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (Orig. L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea), Bologna, 2001, 367.

⁽¹⁵¹⁾ A. SONCINI, *Prohibición del abuso de derecho* (Orig. Divieto dell’abuso del diritto), en M. PANEBIANCO (dirigido por), *Repertorio de la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Milano, 2001, 509.

El mencionado art. 54 reproduce el contenido del art. 17 de la Convención europea de los derechos humanos (CEDH) ⁽¹⁵²⁾, cuyo antecedente normativo se encuentra en el art. 18 de la ley fundamental alemana del 23 de mayo de 1949 ⁽¹⁵³⁾.

Del análisis literal de las disposiciones resalta que el art. 18 – a diferencia de las indicaciones de la CEDU – contiene una lista estricta de los derechos; la necesidad de circunferir el marco de aplicación es debida principalmente a la previsión de la pérdida del derecho en caso de abuso ⁽¹⁵⁴⁾.

El art 17 de la CEDU y el art. 54 de la Carta de Nizza, en cambio, se consideran normas sobre la interpretación y esto sería confirmado por la falta de previsión de la pérdida del derecho en caso de ejercicio abusivo ⁽¹⁵⁵⁾.

La constante jurisprudencia de la Comunidad europea contrasta el ejercicio abusivo y fraudulento del derecho comunitario y evalúa que el derecho no impide que los jueces nacionales apliquen una indicación del derecho nacional con el fin de averiguar si el ejercicio de un derecho reconocido por una norma comunitaria es abusivo ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵²⁾ Conforme al dispuesto normativo del art. 17 CEDU: “Ninguna disposición de la presente Convención se puede interpretar en el sentido de permitir que el derecho de un Estado, o grupo o individuo cumpla una actividad o un acto que persiga la destrucción de los derechos y de las libertades reconocidas en la presente Convención o de imponer a estos derechos y libertades limitaciones más amplias de las previstas por la Convención o de imponer a esos derechos y libertades limitaciones más amplias de las previstas de la misma Convención”.

⁽¹⁵³⁾ El art. 18 de la ley fundamental alemana del 23 de mayo de 1949 prevee que: “quién abusa de la libertad de expresión del pensamiento, en particular de la libertad de prensa (art. 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (art. 5, apartado 3), de la libertad de reunión (art. 8), de la libertad de asociación (art. 9), del secreto epistolar, postal y de las telecomunicaciones (art. 10), del derecho de propiedad (art. 14) o del derecho al asilo (art. 16°), para combatir el ordenamiento fundamental democrático y liberal, pierde estos derechos. La pérdida e la misura de la misma son pronunciadas por el Tribunal Costituzional Federal”. El texto del artículo traducido es un extracto de R. BIFULCO – A. CELOTTO, *Prohibición del abuso del derecho* (Orig. Divieto dell’abuso del diritto) cit., 368.

⁽¹⁵⁴⁾ R. BIFULCO – A. CELOTTO, *Prohibición del abuso del derecho* (Orig. Divieto dell’abuso del diritto), cit., 369.

⁽¹⁵⁵⁾ R. BIFULCO – A. CELOTTO, *Prohibición del abuso del derecho* (Orig. Divieto dell’abuso del diritto), cit., 369 ss..

⁽¹⁵⁶⁾ Entre otras, Corte de Justicia CE 12 de mayo de 1998, procedimiento C-367/96, Kefalas e.a. c. Elliniko Dimosio e Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon citada por A. SONCINI, *Prohibición del abuso del derecho* (Orig. Divieto dell’abuso del diritto), cit., 509 ss.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Por lo tanto queda el problema potencial, si la prohibición de abuso del derecho es legítimo, admisible y útil en el ordenamiento italiano. Aquí nuestra respuesta no puede que ser sintética y parcial, y no necesariamente original.

El ordenamiento italiano, aunque no tenga positivizada la prohibición de abuso del derecho, prevee sin embargo varias modalidades de control de las formas de ejercicio de los derechos subjetivos y más en general de la autonomía privada: la prohibición de actos emulativos en materia de propiedad (art. 833 c.c.); el principio de corrección y buena fe en materia de relaciones obligatorias (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.); el principio de la justa causa por la rescisión de una relación jurídica de tipo continuo; el principio de la atipicidad del ilícito (art. 2043 c.c.), que encomienda al juez una «libre» búsqueda de lo que consituye un «daño injusto»; la responsabilidad por apoyar en juicio un pleito temerario (art. 96 c.p.c.); y numerosos otros ejemplos se podrian aducir.

Hay que considerar además, la posibilidad que tiene el juez de recurrir: a) a la analogía *legis*, que puede permitir extender el alcance de las indicaciones ya mencionadas a casos parecidos, en base a semejanzas (consideradas) relevantes; b) a la analogía *iuris* com instrumento de auto integración del derecho, que podría autorizar, por ejemplo, la evaluación de algunas formas de autonomía privada a la luz del principio constitucional de solidaridad.

Para concluir, se tome en consideración la técnica judicial del balanceamiento de los derechos o de los intereses, siempre utilizada por las cortes ordinarias (bajo la inspiración de la jurisprudencia constitucional), las cuales por lo menos en algunos sectore parecen capaces de no ceder a la tentación del juicio caso por caso y de desarrollar reglas decisionales que pueden alcanzar algún grado de precisión y de estabilidad en la solución de conflictos entre principios o derechos conflictuales.

La prohibición de abuso del derecho se podría entonces reconstruir como un principio implícito, que se pone «arriba» de los institutos antes mencionados, que los resume y los justifica, y en efecto no ha faltado quién ha intentado perseguir esta solución ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. Por ejemplo U. NATOLI, *Notas preliminares a una teroia del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico italiano*, (Orig. Note preliminari ad una teoria

Per una costruzione parecida de verdad tiene alguna utilidad? Intentemos explicarnos.

La construcción de un principio implícito es, por definición, una actividad de integración del derecho por parte de los interpretes. Un principio implícito puede sers construido, normalmente, por medio de un razonamiento de tipo inductivo ⁽¹⁵⁸⁾: tenemos unas normas particulares y construimos una norma general (justo el principio). El principio implícito así fundado, pero no puede tener como contenido solo la «suma», en cierto modo, de las normas particulares de premisa, porque en este sentido sería una construcción redundante, superflua: el principio debe tener un contenido preceptivo, más amplio que el conjunto de las normas de las que se extrae.

Aplicando este reflexión al caso del abuso del derecho se dan, a nuestro juicio, tres distintas posibilidades:

1) dicho principio de la prohibición de abuso del derecho no es nada más que un contenedor cuyo contenido es simplemente la suma de los institutos ya indicados arriba (prohibición de actos emulativos, principio de buena fe, etc.): en este caso no es un verdadero principio (aunque implícito) sino simplemente una «categoria parasita» ⁽¹⁵⁹⁾, una «sovraestructura agregada con respecto a la disciplina positiva» ⁽¹⁶⁰⁾;

2) el principio de la prohibición del derecho tiene un contenido preceptivo respecto a la simple suma de cada instituto «constitutivo», y esta excedencia se da en la auto-atribución por parte de lo jueces (e, indirectamente, de la doctrina) de un poder de *auto-integración* del derecho,

dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano), en *Revista trimestral de derecho y procedimiento civil* (Orig. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile), 1958; G. LEVI, *El abuso del derecho* (Orig. L'abuso del diritto), Milano, Giuffrè, 1993, p. 77.

⁽¹⁵⁸⁾ Sobre este tema, cfr. M. JORI, *Los principio en el derecho italiano* (Orig. I principi nel diritto italiano) (1983), in M. JORI, *Ensayos de metajurisprudencia* (Orig. Saggi di metagiurisprudenza), Milano, Giuffrè, 1985, pp. 301-332; R. Guastini, *Teoría y dogmatica de las fuentes* (Orig. Teoria e dogmatica delle fonti), Milano, Giuffrè, 1998, pp. 293 sgg.

⁽¹⁵⁹⁾ R. SACCO, *El ejercicio del abuso del derecho* (Orig. L'esercizio e l'abuso del diritto) en G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *El derecho subjetivo* (Orig. Il diritto soggettivo) Torino, Utet, 2001, p. 373.

⁽¹⁶⁰⁾ Lo mismo C. Salvi, *Abuso del derecho. I) Derecho civil, en Enciclopedia Jurídica, vol. I* (Orig. Abuso del diritto. I) *Diritto civile, in Enciclopedia Giuridica, vol. I*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988; de la misma opinión, véase A. SCIALOJA, *El <<no uso>> es <<abuso>> del derecho subjetivo?* (Orig. Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?), en *Foro it.*, 1961, I, cc. 256-258.

recurriendo a la interpretación sistemática y a los principios generales: aunque en este caso, como antes mencionado, la fórmula es inútil (y por lo demás abandona su función originaria);

3) el principio de la prohibición de abuso del derecho tiene un contenido preceptivo excedente respecto a la simple suma de cada instituto «constitutivo», y esta excedencia consiste en la auto-atribución por parte de los jueces (e indirectamente, de la doctrina) de un poder de *etero-integración* del derecho, recorriendo a la moral social, o a la individual del juez: en este caso la fórmula tiene de hecho su relieve autónomo, y no es por lo tanto un doble de algo que ya actúa en el ordenamiento. Pero el problema es si esta herramienta tenga su real utilidad, o no resulte simplemente en la inserción de una fórmula poco transparente y poco conceptualizada al lado o arriba de otras fórmulas que también pueden ser, a veces, poco transparentes o poco conceptualizadas, con pocas ventajas a nivel de la claridad y transparencia de la argumentación judicial ⁽¹⁶¹⁾: un poder auto-atribuido por parte de los jueces de corrección del derecho positivo en base a estándares «*extra ordinem*» individuados según las circunstancias.

⁽¹⁶¹⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *Injusticia del daño* (Orig. Ingiustizia del danno) en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1996, pp. 11-12; Id., *Buena fe y responsabilidad civil*, (Orig. Buona fede e responsabilità civile) en *Europa y derecho privado* (Orig. *Europa e diritto privato*) 2001, pp. 343-365.

AA.VV., *L'abuso del diritto*, en *Diritto privato* 1997, Padova, 1998

ALPA G., *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993

ATIENZA M. – MANERO J.R., *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, en Vito Velluzzi (coordinado por), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012

ATIENZA M. –MANERO J. R., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004

Atienza M., Ruiz Manero J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000

BALLORIANI M. – DE ROSA R. – MEZZANOTTE S., *Diritto Civile. Manuale breve*, Giuffrè, 2012

BARALDI M., *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, en *Contr. e impr.*, 2010

BARASSI L., *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti*, Milano, 1930

BASSI A., *Correttezza e contratto di società*, en *Giur. comm.*, 2002

BIFULCO R. –CELOTTO A., *Divieto dell'abuso del diritto*, en R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (coordinado por), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001

BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, en AA.VV., *L'abuso del diritto*, en *Diritto privato*, 1997, III, Padova, 1998

BUSNELLI F.D. –NAVARRETTA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, en AA.VV. *L'abuso del diritto*, Padova, 1998

CAFARO S., *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, en *Il diritto dell'Unione europea*, 2003

CASSOTTANA M., *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991

CHIASSONI P., *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, en P. Comanducci, R. Guastini (coordinado por), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002

CHIASSONI P., *Interpretive Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, en P. Comanducci, R. Guastini (coordinado por), *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2000

CHIASSONI P., *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, en AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè, Milano 1990

CHIASSONI P., *Lacune nel diritto. Appunti per una tipologia realistica*, en L. Triolo (coordinado por), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001

COING H., *Probleme der internationalen Bankgarantie*, ZHR, 1983

CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1970

COSTANZA M., *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, nota a Cass. n. 15592 del 11 dicembre 2000, en *Giust. civ.*, 2001

D'ANGELO A., *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, en *Contr. e impresa*, 2004

DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris, 1952

DE CUPIS A., *Il danno*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1966

DE FRANCHIS F., *Law dictionary*, Milano, 1984

DE VITA A., *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, en *Riv. dir. civ.*, I, 2003

DE VITA A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969

DESSERTAUX M., *Abus de droit ou conflit de droits*, en *Revue trim. De droit civil*, 1906

DI CIOMMO F., *Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto*, contributo a margine di Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, en *I contratti*, 2000

DI MARZIO F., *Deroga al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole del consumatore*, en *Contr. e impr.*, 2006

FERRARI A., *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1998

FOIS C., *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, en *Giur. comm.*, I, 2001

FRANÇOIS OST, *Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1990

FRANZONI M., *L'illecito*, Milano, 2010

G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005

GALGANO F., *Trattato di diritto privato*, Vol. I, Milano, 2010

GAMBARO A., *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, en *Enc. giur.*, I, Roma, 1988

GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988

GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, en *Enc. giur.*, I, Roma, 1988

GAMBINO A., *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987

GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, en V. Velluzzi (coordinado por), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012

GENTILI P., *Spunti di metodo in tema di "abuso del diritto"*, en ΝΕΩΤΕΡΑ, I, 2009

GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003

GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963

GUASTINI R., *Immagini della teoria del diritto (1994)*, en Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996

GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998

IRTI N., *Dal diritto civile al diritto agrario (Momenti di storia giuridica francese)*, Milano, 1962

JAEGER P.G., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, nota a Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, en *Giur. comm.*, II, 1996

JORI M., *I principi nel diritto italiano* (1983), en M. JORI, *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985

Jori M., Pintore A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1988

JOSSELRAND L., *De l'abus de droit*, Paris, 1905

JOSSELRAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927

JOSSELRAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939

JOSSELRAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*², Paris, 1939

KENNY A., *Wittgenstein*, Penguin, London, 1973

LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, Giuffrè, 1996

LARENZ K. –WOLF M., *Allgemeiner Teil des deutschen burgerlichen Rechts*, Monaco, 2004

LEVANTI S., *Abuso del diritto, Diritto & Diritti*, 2001

LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912

LEVI G., *L'abuso del diritto*, Milano, 1993

LOFFREDO F., *Le persone giuridiche e le organizzazioni senza personalità giuridica. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Giuffrè, III ed., 2010

MARTIN BERNAL J. M., *El abuso de derecho*, Madrid, Montecorvo, 1982

MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006

MAZEUD H. –MAZEUD L. –TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, Paris, 1965

MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950

- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. I, VIII, ed., Giuffrè, 1952
- MESSINETTI D., *Abuso del diritto*, en *Enc. del diritto*, Aggiorn. II, Milano, 1998
- MOLITERNI A. –PALMIERI A., “*Dormientibus iura succurunt*”: *eutanasia dell’art. 833 c.c.*, nota a Cass. n. 10250 del 20.10.1997, en *Foro it.*, I, 1998
- MONATERI P. G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, en *Dir. priv.*, III, 1997
- MORESO J. J., *Come far combaciare i pezzi del diritto*, en P. Comanducci, R. Guastini (coordinado por), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998
- MULLER ERZBACH, *L’abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, en *Riv. dir. comm.*, 1950
- NAPIER B., *Abuse of Rights in British Law*, en M. ROTONDI, *L’abuso del diritto*, en *Inchieste di diritto comparato*, VII, Padova, 1979
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958
- NIVARRA L., *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, en *Europ. d. priv.*, 2005
- NUZZO A., *L’abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell’esercizio del voto*, Giappichelli, Torino, 2003
- PARADISO M., *L’abuso della potestà sui figli*, en *Dir. priv.*, III, 1997
- PASQUINO A., *L’eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, en Garofalo (coordinado por), *L’eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006
- PATON G., *A Text-Book of Jurisprudence*, 3rd ed., D. Derham, Oxford, Clarendon, 1964
- PATTI S., *Abuso del diritto*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile*, vol. I, Utet, Torino, 1987
- PINO G., *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003

PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2004

PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, en *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, coordinado por G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006

PINO G., *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, en *Ragion pratica*, 24, 2005

PINO G., *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2003

PLANIOL M. F., *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1905

PLANIOL M., *Traité elementare de droit civil*², Paris, 1900

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, en *Rivista di diritto civile*, 1965

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*⁴, Paris, 1949

RODOTÀ S., *Diligenza* (Diritto civile), en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964

RODRIGUEZ ARIAS L., *El abuso de derecho*, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa – America, 1971

ROMANO S., «Abuso del diritto» (dir. att.)», en *Enc. dir.*, I, Milano, 1958

ROMANO S., *Abuso del diritto*, en *Enc. Del diritto*, I, Milano, 1958

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 1923

ROTONDI M., *L'abuso di diritto*, en *Rivista di diritto civile*, 1923

RÜTHERS B., *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt a. M., 1973

- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980
- SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, en G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, Utet, 2001
- SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, en G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Torino, Utet, 2001
- SALEILLES R., *Etude sur la théorie générale de l'obligation dans la second rédaction du project de code civile allemand*, Paris, 1895
- SALVI C., *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, en *Enc. giur.*, I, Roma, 1988
- Salvi C., *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1966 (I ed. 1944)
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951
- SCIALOJA A., *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, commento a Cass. 15 novembre 1960, n. 3040, en *Foro it.*, 1961
- SCOGNAMIGLIO C., *Buona fede e responsabilità civile*, en *Europa e diritto privato*, 2001
- SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno*, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1996
- SHAUER F., *Can Rights Be Abused?*, en *Philosophical Quarterly*, 31, 1981
- SIMMONDS N. E., *Rights at the Cutting Edge*, en M. Kramer, N. E. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Clarendon, Oxford, 1998
- SOLARI G., *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, *L'idea individuale*, Torino, 1911
- SOLARI G., *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, II, *L'idea sociale. Lo storicismo nel diritto privato*, Torino, 1918
- SONCINI A., *Divieto dell'abuso del diritto*, en M. PANEBIANCO (diretto da), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001
- TARELLO G., *Dottrine del processo civile*, il Mulino, Bologna, 1989

TARELLO G., *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia* (1969), in *Id.*, *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988

TARELLO G., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete* (1972), in G. Visintini (coordinato per), *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*, Giuffrè, Milano, 1999

TARELLO G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Comunità, Milano, 1972 (I ed. 1967)

TARUFFO M., *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto privato*, 1997

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2003

VETTORI G., *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010

VIGLIONE F., *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010

VON SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale* (1840), trad. it. di V. Scialoja, Utet, Torino, 1886

WARAT L. A., *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo – Pierrot, 1969

WEBER W., *Treu und Glauben*, § 242 BGB, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 1961

WITTGENSTEIN L., *Della certezza* (1969), Einaudi, Torino, 1978

WITTGENSTEIN L., *Ricerche filosofiche* (1953), Einaudi, Torino, 1967

ZORZI N., *L'abuso della personalità giuridica*, Milano, 2002