

## El abuso del Derecho

Guillermo E. Borda

**A**NTES DE ENTRAR de lleno en nuestro tema, parece inevitable referirse a la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos.

Consideramos ante todo las teorías negatorias. Se ha negado la existencia de verdaderos derechos subjetivos con un sentido político y social: Se quiere afirmar que el hombre y sus derechos nada cuentan frente a la sociedad. Duguit, que ha suministrado los mejores argumentos de esta teoría, sostiene que lo fundamental en el ordenamiento jurídico es la regla objetiva; los hombres no tienen sino que ubicarse dentro de ese ordenamiento objetivo y llenar los deberes que él les impone. No hay derechos subjetivos; sólo hay deberes que cumplir; cuanto más podrá hablarse de situaciones jurídicas subjetivas que permiten reclamar de otras personas el cumplimiento de las obligaciones que prescribe el orden social. De todas maneras, este poder de querer deriva siempre de la regla objetiva; existe en tanto sea conforme a ésta y, por lo tanto, se trata de un poder objetivo, no subjetivo. El hombre no es un fin, sino un medio, una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social, de modo que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realiza en la obra social. El hombre se convierte así en un funcionario al servicio del Estado y de la sociedad.

Esta concepción recibió aplicación práctica en los países totalitarios, fascistas o comunistas. En la Rusia soviética, el Código Civil reconoce los derechos civiles "con el objeto de desarrollar las fuerzas productoras del país" (art. 4).

Apartada de toda especulación política y en un plano estrictamente lógico, la teoría pura del derecho ha llegado a conclusiones semejantes. El concepto clásico de derecho subjetivo, opuesto y quizás anterior al derecho objetivo, es, según Kelsen, una noción falsa, de origen jusnaturalista. Derecho es el conjunto de las reglas jurídicas; no hay fuera o frente a este otro concepto de derecho válido. Ahora bien: el orden jurídico impone deberes; el deber jurídico no es sino la norma de derecho individualizada, referida a la conducta concreta de un individuo determinado.

Mientras en la doctrina clásica el deber jurídico no es sino el reverso del derecho subjetivo que ocupaba el primer plano, según la teoría pura del derecho; lo que, en realidad, está en primer plano es el deber jurídico, pues el contenido del derecho es precisamente ése, el imponer deberes. Recién, cuando se da una conducta o una situación de hecho antijurídica el Derecho suele conceder una facultad, en virtud de la cual el Estado le presta su fuerza para restablecer el imperio de la norma. Reducido a estas proporciones, resulta ya claro que el derecho subjetivo no es distinto del objetivo, sino que es el derecho objetivo mismo en cuanto se pone a la disposición de un sujeto concreto para hacer cesar una conducta o situación de hecho antijurídica.

Este concepto de los derechos subjetivos es coherente con toda la concepción positivista de Kelsen. Según ya lo he dicho, la noción de derecho se agota en el positivo. Resulta así posible no ver en los derechos del hombre nada más que un reflejo de la ley.

Nosotros nos negamos enérgicamente a aceptar tal punto de vista. ¿O se quiere sostener, acaso, que el hombre viene al mundo completamente desprovisto de derechos y que su derecho a la vida, al honor, al buen nombre, lo recibe por primera vez por gracia del Estado?

Concebimos al hombre como criatura de Dios. Como tal tiene derechos que ningún legislador puede desconocer. Y, por materialista que sea la concepción sociológica que se adopte, no podrá negarse que la ley, esto es, el derecho objetivo, existe para los hombres. Como dice Dabin, la idea del derecho subjetivo es la traducción de esta realidad elemental: que la sociedad está formada por personas, cuyo bien es el fin último del Derecho.

La negación de los derechos subjetivos conduce siempre, aunque se plantee en el plano de la pura especulación lógica como lo hace la

teoría pura del derecho- a empequeñecer y destruir la personalidad humana frente al Estado. Consecuencia ésta particularmente peligrosa en el Estado moderno, en cuyas manos la técnica y la economía han concentrado enormes poderes, ante los cuales se reducen cada vez más la dimensión y la fuerza del hombre. La cuestión envuelve, pues, una lucha por la libertad y la dignidad humanas.

Ahora bien: sentada la necesidad de afirmar enérgicamente la existencia de los derechos subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos. Porque si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, suele ocurrir que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias no previstas por el legislador. Y si es legítimo usar de los derechos que la ley concede no lo es abusar de ellos.

La doctrina del abuso del derecho se ha abierto paso en el pensamiento contemporáneo no sin vencer serias resistencias. Los juristas liberales la han mirado con indisimulada desconfianza. Para ellos, las libertades humanas se fincan en el respeto incondicional de los textos legales. Sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre; mientras las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario, sostienen, no habría derecho; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos; la libertad y la seguridad quedarían perdidas; el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que los hombres tengan algo seguro como base para desenvolver sus actividades; que sepan, de una manera clara y definida, qué es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y la única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción es la ley. Esta es una defensa, algo así como una barrera dentro de la cual los individuos pueden desenvolver sus actividades sin recatos ni temores. Si de ellos resulta un perjuicio para terceros, tanto peor para ellos: *dura lex, sed lex*. Estos perjuicios deben reputarse un sacrificio en aras del bien social que resulta de la afirmación absoluta de los derechos individuales. Inclusive, se ha sostenido, con la muy alta autoridad de Planiol, que la expresión "abuso del derecho" importa una "logomaquia": de un derecho se puede usar pero no abusar; el derecho cesa donde el abuso comienza, porque abuso e ilicitud deben considerarse sinónimos. En realidad, sostiene, la expresión abuso del derecho no hace sino cubrir la condenación de actos cometidos más allá de los límites de un derecho.

No obstante la fuerza lógica de estos argumentos, la teoría del abuso

del derecho se ha abierto paso a pie firme en el derecho contemporáneo. Podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión "abuso del derecho" (que, a pesar de los defectos puestos de manifiesto por Planiol, tiene fuerza expresiva y ha sido incorporada definitivamente al léxico jurídico); pero, lo que no se puede discutir ya es que no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites que marca la buena fe. Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al próximo, de la mala fe. Tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido.

Como dice Jossierand, tienen una misión que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica. Es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El Derecho no puede amparar este proceder inmoral.

Desde otro punto de vista, el ilustre jurista peruano Fernández Sessarego nos explica por qué los derechos concedidos por la leyes no pueden considerarse nunca como absolutos: "La proyección fenoménica de la libertad, en que consiste la conducta del hombre, debe enmarcarse dentro del bien común. La vivencia de la solidaridad tiende a garantizar la realización personal de los integrantes de una determinada comunidad. La comprensión del sentido del valor solidaridad tiene la virtualidad de poner de manifiesto la imposibilidad de concebir derechos subjetivos absolutos, propios de un inimaginable ser incomunicado. Todos los derechos de la persona, en mayor o menor medida, admiten la presencia coexistencial del interés social. El derecho subjetivo deviene así en una situación subjetiva compartida en la que necesariamente se admite la participación de otros intereses".

No han resultado justificados los temores de quienes piensan que esta facultad atribuida a los jueces, de resolver que un derecho ha sido ejercido abusivamente, se pueda convertir en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes les reconocen. Los jueces, por su formación en el culto del derecho, son naturalmente respetuosos de la ley. Su sistema de designación y su carácter vitalicio, que los aleja de la política, los aparta también de la tentación demagógica que más de una vez impulsa al legislador a dictar leyes lesivas de los derechos individuales para halagar a su clientela política. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución.

Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado de este poder. La experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia

de los temores manifestados por los adversarios de esta teoría, que hoy se baten en franca retirada.

Ahora bien: cabe preguntarse cuál es el criterio que ha de permitir a los jueces resolver que un derecho ha sido ejercido abusivamente y cómo debe fijarse el límite entre lo que es lícito y lo que es abusivo?

a) De acuerdo con un primer criterio, habría abuso del derecho cuando se ha ejercido sin interés alguno y con ánimo de perjudicar a un tercero. Este fue el punto de partida desde el cual la teoría se abrió paso, tímidamente, en la jurisprudencia francesa. Así, ya en 1856, la Corte de Lyon resolvió que era ilegítimo el acto realizado por un propietario que para perjudicar al vecino, perforó un pozo para cortar una corriente subterránea y la echó con bombas a un arroyo cercano, impidiendo que pasara al terreno lindero.

Bien pronto se vio claro que este criterio era insuficiente. Los actos realizados sin interés alguno son muy excepcionales; aun en los más repudiables hay generalmente un interés que está impulsando al autor, pero no por ello el acto es más lícito. El usurero no practica la usura para perjudicar a la víctima, sino para beneficiarse él; y, sin embargo, es indiscutible que existe abuso del derecho. La insuficiencia de este criterio quedó demostrada palmariamente en un caso resuelto por la Cámara de los Lores inglesa en 1895. Un vecino, por cuyo fondo atravesaba una corriente de agua que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas para obligar a la municipalidad a que lo adquiriera a buen precio. Planteada la cuestión ante el aludido tribunal, éste resolvió que puesto que el corte de la corriente no había sido hecho sin interés alguno, sino con el de especular con la venta de su propiedad, no había abuso. La solución dada a este caso resulta repugnante al sentimiento jurídico moderno.

b) De acuerdo con un criterio más comprensivo y de técnica jurídica más depurada, habría abuso del derecho cuando se lo ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se los otorgó. Así, por ejemplo, el derecho de huelga ha sido reconocido a los trabajadores para darles un medio de lucha por su bienestar. Será, por lo tanto, legítima una huelga que se declare para obtener un aumento de salarios, un mejoramiento de las condiciones de trabajo, etc.; pero si se declara con fines políticos, para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente.

c) Finalmente, de acuerdo a un tercer criterio, habría abuso del derecho cuando se lo ha ejercido en contra de la moral y de la buena fe. Sin negar la utilidad práctica del criterio finalista para orientar, en muchos casos, la decisión justa de la cuestión, creo que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de esta cuestión. Porque si la teoría del abuso del derecho se ha abierto camino es por una razón de orden moral. Todos los ar-



gumentos de prestigiosos maestros del derecho en contra de su admisión se han estrellado con ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano, que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del Derecho. Si, pues, la moral ha sido el fundamento de esta institución es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso del derecho.

Veamos ahora cómo el tema ha sido tratado en los Códigos peruano y argentino. El primero, con loable sobriedad, se limita a disponer en el art. II del Título preliminar que "la ley no ampara el abuso del derecho". Deja así librado a la prudencia de los jueces decidir cuándo ha existido o no dicho abuso.

El Código argentino, reformado en 1986, ha sido más prolijo y establece expresamente las pautas en base a las cuales debe considerarse que un derecho ha sido ejercido abusivamente.

Esta mayor prolijidad se debe a que era necesario rebatir enérgicamente el repudio de la teoría del abuso del derecho hecho por Vélez Sarsfield en su Código originario. En efecto, el art. 1071 disponía: "El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto". Era la negación expresa de la posibilidad de invocar el abuso.

En concordancia con estas ideas, el art. 2513 disponía: "Es inherente al derecho de propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o servirse de ella, de usarla y gozarla de conformidad con la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla". Y en la nota correspondiente, Vélez Sarsfield agregaba: "Si el Gobierno se convierte en Juez del abuso no tardaría en constituirse en Juez del uso y toda idea de propiedad y libertad sería perdida".

Estos textos fueron reformados, en 1968, de la siguiente manera: el art. 1071 dispone en su primer párrafo: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir en ilícito ningún acto". Como puede comprobarse, es la reiteración del antiguo art. 1071, con el agregado de la palabra regular, es decir, normal, ajustado a derecho, con lo cual el sentido del párrafo cambia sustancialmente. Y para aclarar más aún los conceptos, el nuevo art. 1071 agrega: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

En cuanto al art. 2513, dispone ahora: "Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla con-

forme a un ejercicio regular". Nuevamente se habla del ejercicio regular de los derechos. Y para aclarar aún más el concepto, el artículo siguiente dispone ahora: "El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de comodidades o ventajas".

Spota ha considerado de tal importancia estas reformas que incorporan al derecho argentino la teoría del abuso del derecho que sostiene que, a partir de 1968, mi país tiene un nuevo Código Civil, ya que el concepto de que los derechos que la ley reconoce no son absolutos sino relativos, importa arrojar una nueva luz sobre todos los derechos concedidos por las leyes.

Yo también pienso que, a partir de la reforma de 1968, la Argentina tiene un nuevo Código Civil, aunque no me baso tan sólo en la incorporación de la teoría del abuso del derecho, sino también en muy numerosas disposiciones, tales como las que admiten la lesión, la teoría de la imprevisión, de una muy frecuente apelación a la buena fe y la equidad para resolver los conflictos humanos, al ampliar notablemente las facultades de los jueces al prescribirles, en numerosas disposiciones, fallar según equidad, o de acuerdo a las circunstancias del caso; lo que permite decidir los juicios con una gran flexibilidad de criterio y hacer la justicia concreta del caso. Todo ello implicó un cambio de la filosofía individualista y positivista de nuestro viejo Código, por otra de contenido más social, más humano, más solidaria, preocupada de una justicia más auténtica.

La reforma de 1968 no sólo implicó un cambio de la filosofía de nuestro Código, sino también su modernización, con la incorporación de numerosas instituciones, cuyo detalle excedería el marco en que debo encuadrar el tema que nos ocupa.

Es necesario agregar que si, bien, el principio que veda el abuso de los derechos tiene carácter general, hay acuerdo prácticamente general de que hay algunos derechos que pueden ejercerse arbitrariamente, sin que el sujeto deba rendir cuentas de su conducta o de los móviles justos o injustos que lo han guiado. Se trata de un pequeño núcleo de derechos que escapan al concepto de abuso. Como ejemplos, podemos citar el derecho de pedir la división del condominio o la participación de la herencia, el de disponer por testamento de la porción que no corresponde a los herederos forzosos, el de desheredar a quien ha incurrido en alguna de las causales legales. Se los ha llamado derechos incausados, abstractos, absolutos, soberanos, discrecionales.

¿Cómo se justifica que tales derechos, por excepcionales que sean, escapen al principio de que nadie puede ejercer abusivamente una facultad legal? Se han intentado algunas justificaciones de carácter general. Así, por ejemplo, Ripert sostiene que se trata de derechos en que el solo juez posible del deber que le incumbe al titular es este mismo para apreciar el abuso. Es

indispensable que el Juez pueda juzgar el valor de los sentimientos que impulsan a una persona; pero hay motivos tan personales que ninguna apreciación personal sería posible. A tal criterio se ha objetado que no resuelve el problema; pues habría que definir el principio de discriminación que permitiera distinguir los móviles que no pueden ser apreciados por los jueces, de aquéllos que pueden serlo. De lo contrario, sería dable que, en cualquier caso, el titular de un derecho es siempre el único juez de su deber, con lo que se pone en cuestión el fundamento mismo de la teoría del abuso del derecho.

Lo que ocurre es que en ocasiones, y por motivos que varían según los casos, la ley y los jueces sienten la necesidad de acordar a ciertos derechos algo así como un privilegio de inmunidad que permita su ejercicio con razón o sin ella; pues, puede ocurrir que haya un interés superior, socialmente hablando, en asegurar la aplicación automática de un derecho, sin entrar a juzgar los móviles que inspiran a los hombres. Así, ocurre, por ejemplo, con el derecho a pedir la división de un condominio o de una partición de herencia, porque la ley mira con desfavor estas situaciones de indivisión y propugna que se ponga término a ellas lo más rápidamente posible, a menos que haya acuerdo de todos los interesados en mantenerla.

Cabe preguntarse si puede aplicarse de oficio, es decir, sin petición expresa de la parte damnificada, el principio que veda el ejercicio abusivo de los derechos. La cuestión ha dado lugar a pronunciamientos encontrados en la jurisprudencia argentina. Por mi parte, pienso que, en principio, debe reputarse necesario el pedido de la víctima del abuso, porque si ella no lo alega, el Juez no tiene por qué intervenir en las relaciones entre particulares; pero habrá casos en que el abuso sea tan grosero y esté tan patente en las actuaciones judiciales que, aunque la víctima no lo haya invocado expresamente el Juez puede y debe admitirlo.

Veamos ahora cuáles son las consecuencias jurídicas de los derechos ejercidos abusivamente.

Como principio, hay que dejar sentado que el acto abusivo es ilícito y, por consiguiente, produce las consecuencias propias de éste, a saber:

a) En primer término, el Juez negará su pretensión a quien intente ejercer abusivamente su derecho y rechazará su demanda. Los tribunales argentinos tienen resuelto que en materia contractual, el abuso del derecho calificado por el ánimo de perjudicar, debe tener como sanción la invalidez del acto. En cambio, si no se da aquella torpe finalidad, pero se da una situación abusiva, la sanción debe concretarse, de ser posible, a limitar o morigerar el acto, pero sin destruirlo.

b) En segundo lugar, si la conducta abusiva hace sentir sus efectos extrajudicialmente, el juez debe intimar al culpable para que cese en ella.



Por último, el culpable será responsable de todos los daños y perjuicios, inclusive el moral, de la misma manera que el autor de cualquier hecho ilícito.

Todas estas consecuencias de los actos abusivos han sido previstas con notable claridad y concisión en el art. II del Título Preliminar del Código peruano, cuyo segundo párrafo expresa: "El interesado puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización correspondiente".

Ahora me ocuparé de una institución que es una típica expresión de la teoría del abuso del derecho: la lesión. Como todos vosotros sabéis, la idea central de esta institución es anular los contratos o restablecer la equidad de las contraprestaciones cuando en un contrato una de las partes ha obtenido ventajas excesivas y sin justificación razonable.

En esta materia, se delinean dos sistemas legislativos diferentes: uno, inspirado en el Código Napoleón, según el cual la diferencia entre las contraprestaciones debe llegar a un límite rígidamente establecido por la ley; y otro, inspirado en el Código alemán, que deja librado al criterio del Juez, cuándo la diferencia de las contraprestaciones es suficientemente importante como para provocar la intervención judicial para anular el contrato o reducir las prestaciones excesivas.

Dentro de la primera corriente, se ubica el Código peruano. El art. 1447 establece que la acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las contraprestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro; y el artículo siguiente establece que si la desproporción fuere igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante, de la necesidad apremiante del lesionado.

La Comisión que en mi país elaboró la reforma de 1968, que tuve el honor de presidir, juzgó que era preferible adoptar un criterio más laxo. No sólo no fijó cantidades rígidas para determinar la existencia de lesión, sino que admitió como fundamento de la aplicación del instituto no sólo la apremiante necesidad del lesionado, sino también su ligereza o inexperiencia. El art. 954 establece que "podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja primordial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las contraprestaciones".

Esta mayor laxitud para juzgar la existencia de lesión se debe al criterio

de que la falta de equidad de las contraprestaciones, las vicia. Pothier, el viejo e ilustre jurisconsulto francés, en una de sus obras, hace esta "bella declaración", según la llama Ripert: "La equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos onerosos, en los cuales uno de los contratantes da o hace algo para recibir alguna otra cosa como precio, la lesión que sufre uno de los contratantes, aun cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarlo, basta por sí misma para viciar los contratos. Porque consistiendo, termina Pothier, la equidad en materia de negocios en la igualdad, desde que se menoscabe esa igualdad y uno de los contratantes dé más de lo que recibe, el contrato está viciado, porque peca contra la equidad que debe presidirlo".

Va de suyo que para que la acción por lesión prospere, la desproporción de las contraprestaciones debe existir al tiempo de la celebración del contrato y subsistir a la época de la demanda. En efecto, si cuando ésta se inicia, una prestación en su origen notoriamente injusta, ha devenido equitativa por el cambio de circunstancias (por ejemplo, la valorización o desvalorización de la moneda o de la propiedad inmueble), el actor no tiene de qué quejarse.

En cuanto a la desproporción sobreviniente a la celebración del contrato, podrá dar lugar cuanto más a la aplicación de la teoría de la imprevisión si se dan los supuestos básicos de ésta, es decir, el cambio de las circunstancias en las cuales se celebró el contrato, debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, pero de modo alguno a la aplicación de la lesión.

Obviamente, sólo los contratos onerosos pueden estar viciados por lesión, puesto que en los gratuitos las obligaciones pesan sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal puede hablarse de desproporción en las contraprestaciones. En este caso, el contrato no reposa en la idea de equidad y equivalencia, sino en el propósito de hacer una liberalidad.

Tampoco los contratos aleatorios pueden entrañar lesión, por más que las obligaciones a cargo de una de las partes resulten, en definitiva, considerablemente más gravosas que las de la otra, porque ello es propio de la naturaleza de estos contratos en los que los hechos que escapan a la voluntad de las partes, aunque previstos, pueden favorecer notablemente a una de ellas. Sin embargo, no debe darse a esta regla un carácter absoluto. A veces, los mismos contratos aleatorios son celebrados en condiciones tan contrarias a toda equidad que se dan casos en que los Tribunales han resuelto anularlos por lesión. Así lo han decidido los jueces franceses en caso de venta de inmuebles cuyo precio consistía en una renta vitalicia inferior al valor de sus productos o a los intereses del capital que representa su valor estimativo. Es decir, una cosa es el alea normal del contrato y otra la desproporción ab initio del contrato aleatorio.

La víctima de la lesión tiene a su disposición dos acciones: la de nulidad y la de reajuste del contrato. Más aún: el demandado por nulidad puede convertir en uno de reajuste, si lo ofreciera al contestar la demanda. Así lo dispone expresamente el art. 954, del Código Civil argentino.

Ahora bien: cabe preguntarse si la víctima de la lesión tiene una acción subsidiaria por daños y perjuicios. Considero que hay que distinguir dos hipótesis: Si lo que se pide es la modificación de las obligaciones notoriamente desproporcionadas, el interés del actor queda agotado con la reducción de las prestaciones excesivas, ya que el perjuicio sufrido queda suficientemente satisfecho con esa reducción; pero si lo que se ha pedido y logrado es la nulidad del acto, parece indudable que además de la acción de nulidad hay otra subsidiaria por los daños y perjuicios que el contrato puede haberle ocasionado al lesionado, puesto que nos hallaríamos en presencia de una conducta ilícita, cuyas consecuencias hay que reparar integralmente.

De todo lo expuesto se desprende que en el fondo de nuestra institución no hay sino una aplicación clara de la idea del abuso del derecho. Ni la ley ni los jueces pueden amparar el proceder de quien se ha valido de una situación de inferioridad de la otra parte para obtener de ella ventajas excesivas. La pretensión de hacer valer un contrato lesivo es obviamente abusiva.

Dejo así señalados los trazos de esta institución que, como el principio de la buena fe, no es sino la expresión de la idea moral de la que debe nutrirse el Derecho.