

EL ABUSO DE DERECHO SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Dr. JAIME LLUIS Y NAVAS

I. CUESTIONES GENERALES

1. Concepto

Al fijar los conceptos jurídicos, en los sistemas romano-germánicos partimos de la determinación racional de la definición, es decir operamos con un criterio *filosófico*. En cambio en los ordenamientos que aplican la técnica del *common law* parten de su formación a través de su desarrollo jurisprudencial, operando por tanto con su criterio *histórico*. En este caso su formación histórica, doctrinal y jurisprudencial es de gran importancia, por lo cual señalaremos previamente los antecedentes de la formación de esta figura, tanto más cuanto que el Código civil no la define y la jurisprudencia (1), matizada por las circunstancias de cada caso, no ofrece un concepto plenamente uniforme

A. Antecedentes y desarrollo del concepto.- Ordinariamente quien ejerce su derecho está ejerciendo una facultad merecedora de ser amparada por el ordenamiento jurídico; y a primera vista puede parecer que la lógica pide que siempre sea así. De acuerdo con esta idea, el Derecho romano (2) sancionó el principio "*neminem laedit qui suo iure utitur*" (a nadie daña quien ejercita su derecho). Cuando menos a partir de la Recepción, nuestro derecho recogió este principio romano consagrándolo en las Partidas (3). No obstante la realidad plantea supuestos en que el ejercicio de un derecho puede ocasionar perjuicios injustificados a un tercero. El ejemplo clásico es el del propietario que, sin utilidad alguna, levanta un muro dentro de su finca, a lo cual de suyo tiene derecho, pero lo hace con el exclusivo fin de privar de luz a su vecino; o el del que coloca estiércol dentro de su propiedad, con la sola finalidad de que el olor moleste a tercero. De ahí una corriente que reaccionara frente a la aplicación radical del principio de irresponsabilidad de quien ejerce sus derechos. Esta corriente en la Edad Media se plasmó en la doctrina de los "actos de emulación" (4), desarrollada por la escuela de los glosadores. La doctrina de los actos de emulación constituye un antecedente de la del abuso del derecho, aun cuando de alcance más limitado. En España el Código Civil de 1889 no recogió dicha figura como consecuencia del individualismo de raíz liberal que inspiró a los codificadores. No obstante, Marín (5) y Castán Vázquez (6) señalan algunas normas especiales que responden a la idea de prevenir el abuso de derecho. Con todo la jurisprudencia decimonónica, influida por el individualismo liberal, fue reacia a recoger esta figura (por todas sentencias 26 de setiembre de 1867, anterior al Código, y las posteriores de 10 de mayo de 1893, 27 de junio de 1896, 4 de diciembre de 1903, 13 de mayo de 1911 y 28 de abril de 1913).

En 1917, Calvo Sotelo publicó su libro sobre el abuso del derecho (7), sustentando que la doctrina de su repudio era suscribible y aplicable en España y un sector de la doctrina, como los comentaristas del Ennecerus (8), apoyó la postura de Calvo Sotelo, aun cuando la cuestión distó de ser pacífica. Asimismo alguna sentencia empezó a abrirse a su aceptación; por ejemplo la sentencia de 5 de julio de 1929 admitió que “*en ocasiones, el ejercicio de una acción pudiera ser contraria a los eternos principios de justicia*”. Pasados más de siete lustros de la obra de Calvo Sotelo, la sentencia del T. Supremo de **14 de febrero de 1944** recogió plenamente la doctrina del abuso del derecho y el art. 7,2 del Título Preliminar del Código Civil reformado en 1972-1974 la sancionaba. Tanto para la sentencia de 1944, como en la reforma de 1974, la intervención de Castán Tobeñas fue decisiva. La Ley Orgánica del llamado Poder Judicial de 1985 (art. 11,2) extendió la figura del abuso de derecho a la esfera procesal y la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (art. 247) ha desarrollado la normativa al respecto.

El actual art. 7 del Código Civil no define el abuso de derecho y la sentencia de 1944 no contempla un caso de daño *intencional sin propio beneficio*, sino de *desproporción* entre el beneficio obtenido y el daño causado: la concesionaria de un derecho de extracción de arenas, en un lugar de la costa catalana, las extrajo con tal desmesura que alteró la configuración de la costa y una tormenta dañó a una empresa sita en la costa defortmada; la extractora había extraído arena al amparo de la concesión de que gozaba; y esto no obstante fue condenada a indemnizar a la perjudicada, por extralimitación abusiva plasmada en el desproporcionado ejercicio de sus facultades.

B. Concepción de base jurisprudencial.- El Tribunal Supremo ha calificado el abuso de derecho de concepto jurídico indeterminado (sent. de 28 de enero del 2008) y ha añadido que la esencia del concepto consiste en sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho (sent. de 14 de diciembre de 2007 y 4 de junio del 2009). Ya la sentencia de 14 de febrero de 1944 señalaba que el abuso de derecho se caracteriza por cuanto “*al amparo de una legalidad externa y del aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe*”. La misma idea recoge la sentencia de 18 de mayo del 2005. A su vez la sentencia de 13 de junio del 2003 ha atribuido al abuso de derecho un doble significado, objetivo y subjetivo, mutuamente complementarios; la sentencia de 14 de diciembre del 2007 considera los elementos subjetivo y objetivo como concurrentes. El problema de la disyuntiva subjetivismo/objetivismo es importante para la fijación del abuso jurídico. Lo analizamos al estudiar los requisitos Desde ahora adelantamos lo que interesa para fijar el concepto. De conformidad con dichas sentencias y las de 16 de diciembre de 1982, 14 de octubre del 2004 y 8 de mayo del 2006, el elemento *subjetivo* consiste en el ejercicio de un derecho sea con la intención de dañar, sea sin un verdadero interés en ejercitarlo y de modo más general en la ausencia de una finalidad seria y legítima; y en sentido *objetivo* se trata del ejercicio anormal de un derecho de modo contrario a sus fines económico-sociales o sea de exceso en el ejercicio de un derecho. Destaca O’Callaghan (9) que el texto legal “*parte de un concepto disyuntivo que aún*” los elementos subjetivo, objetivo y circunstancial. Efectivamente el art. 7,2 de la reforma de 1974 se refiere al comportamiento que “*por*

la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice...". La difícil figura de una disyunción que aún, obliga a preguntarnos si estamos ante un concepto unitario. Entendemos que de suyo el abuso de derecho constituye un concepto unitario y la fijación jurisprudencial de sus elementos (que estudiamos más abajo) lo confirma.

C. Concepción propuesta. En otras ocasiones (10) hemos señalado que el abuso del derecho consiste en *el ejercicio de un derecho contra su razón de ser y en perjuicio de tercero*. Entendemos que esta concepción es válida en cuanto que concuerda con las variantes casuísticas de nuestra jurisprudencia y recoge los elementos esenciales del abuso de derecho a los que nos referimos más abajo con el debido detalles: ejercicio de una facultad o derecho subjetivo, perjuicio de tercero y actuación contraria a la razón de ser de la facultad ejercitada (lo que comprende el propósito de perjudicar y la desproporción entre el beneficio obtenido y el daño causado). Por lo tanto podríamos considerar equivalente la afirmación de que el abuso de derecho consiste en la *extralimitación en el ejercicio de un derecho en perjuicio de tercero* ya que el ejercicio contra su razón de ser constituye una extralimitación. Esta formulación concuerda con la concepción académica de la idea de abuso, puesto que el Diccionario de la R. Academia entiende por abusar "*usar mal, excesiva, injusta impropia o indebidamente alguna cosa*", es decir, estamos ante una extralimitación. La definición postulada trata de expresar la esencia de la idea de abuso de derecho y la creemos admisible tanto por las concepciones subjetivistas como por las objetivistas a que nos referimos más abajo.

D. Terminología.- Marín (11) sustenta que la expresión "abuso de derecho" es contradictoria, pues la idea de abuso se contrapone a la de derecho. La misma postura defendieron en Italia Brunetti y en Francia Planiol, en nombre de que el derecho cesa donde el abuso comienza. Desde un punto de vista *terminológico*, su observación está perfectamente justificada, siempre y cuando la circunscribamos al aspecto terminológico y a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina han consagrado la expresión "abuso de derecho". Lo que ya no estaría justificado es pretender que, *conceptualmente* la idea que expresamos mediante la fórmula "abuso de derecho", es contradictoria; pues no hay contradicción sustantiva en reconocer que un sujeto es titular de un derecho determinado y señalar a renglón seguido que, en un caso concreto, ese derecho se ejercita más allá de sus límites, concluyendo que la atribución ejercitada no faculta para realizar la extralimitación en cuestión; y no hay contradicción por tratarse de una *delimitación del alcance* del derecho en cuestión.

Desde un punto de vista práctico, es grande el número de expresiones jurídicas consagradas que utilizamos en un sentido determinado y que han adquirido precisión actual al margen del sentido originario (por ejemplo, el derecho civil ya no se confunde con el de la *Cives*, ni el político con el de la *Polis*). Otro tanto sucede con la expresión "abuso de derecho" que utilizamos en el sentido de "*ejercicio desviado (por extralimitación abusiva) de facultades legales*"; y con esta precisión la contradicción formal carece de alcance sustantivo. La sentencia de 14 de febrero de 1986 señaló que propiamente se debería utilizar la expresión "abuso en el *ejercicio* del derecho"

2.Naturaleza

Para analizar la naturaleza del abuso jurídico hemos de estudiar dos figuras: el abuso de derecho en si mismo y las medidas para repudiarlo y corregirlo.

A. El abuso de derecho.- Por lo que se refiere al abuso de derecho propiamente dicho, hemos de señalar:

a) El abuso de derecho implica una **extralimitación** en el ejercicio de una facultad, según reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, sentencias de 8 de julio de 1986, 6 de febrero de 1999, 14 de mayo del 2002, 28 de enero del 2005, 21 de setiembre del 2007 y 27 de junio del 2011). Las sentencias de 14 de diciembre de 2007 y 4 de junio del 2009 advierten que el abuso de derecho consiste en *sobrepasar manifiestamente los límites del ejercicio normal de un derecho*. La sentencia de 7 de junio del 2011 especifica que el abuso de derecho constituye una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna. Por lo tanto estamos ante un acto antijurídico (aun cuando de naturaleza distinta a la de las faltas y delitos). Esta nota es tan esencial que alcanza a la fijación del concepto, al fundamento y a la naturaleza de la figura que nos ocupa.

b) Consiguientemente con lo acabado de indicar, estamos ante una **figura funcional** en el sentido de que el vicio no afecta a la titularidad del derecho, si no al modo de su ejercicio. La sentencia de 22 de setiembre de 1959 señalaba que el abuso del derecho encierra la comisión de una falta en el ejercicio de un derecho. Por tanto en esencia no estamos ante un problema de carencia de derecho por parte del sujeto de un comportamiento determinado, sinó ante una cuestión de la extensión de su derecho.

c) Como ya señaló la sentencia de 14 de febrero de 1944 la doctrina del abuso de derecho plantea el problema de si este constituye un supuesto de los actos ilícitos clásicos o si constituye una **figura de género propio**. Entendemos que estamos ante una figura de genero propio caracterizada por cuanto la facultad ejercida abusivamente de suyo es lícita; pero la ilicitud procede del modo de ejercicio en perjuicio injustificado de tercero.

d) Como señala la sentencia de 31 de marzo de 1981, el abuso del derecho no pertenece a la esfera de los actos contrarios a las normas (o sea a lo que pudiéramos llamar ilicitud directa) si no al del ejercicio de los derechos. Por lo tanto podemos concluir que estamos ante una **ilicitud indirecta o derivada** (derivada de los efectos del modo de ejercer los derechos).

B. El repudio del abuso.- Sobre la naturaleza del rechazo del abuso hemos de indicar:

a) El repudio del abuso de derecho constituye un **límite intrínseco del correspondiente derecho subjetivo**; así lo señalan las sent. de 25 de setiembre de 1996, 6 de febrero de 1999, 21 de diciembre del 2000, 13 de junio del 2003, 14 de diciembre del 2007, 20 de junio del 2008 y 27 de junio del 2011. De conformidad con

el art. 7,2, la sentencia de 7 de junio del 2011 se refiere a “una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna”. Propiamente todo derecho está limitado por los propios deberes y por los derechos ajenos (individuales y colectivos). Pero la doctrina del abuso del derecho implica otro límite cual es la *razón de ser* del derecho ejercitado y en este sentido constituye un *límite intrínseco*. A su vez la razón de ser de toda norma tiene un fundamento axiológico y por tanto filosófico: la contribución a la realización de los imperativos de la idea abstracta de Bien en Si (12). Por lo tanto si un sujeto, mediante un comportamiento formalmente legítimo, o sea en el ejercicio de un derecho subjetivo, en lugar de atender justificadamente al bien propio, da lugar a un mal ajeno, desaparece la razón de su amparo legal ya que no contribuye a la realización de los imperativos del Bien como Valor. La sentencia de 25 de setiembre de 1996 se refiere a un límite consistente en la *función social* de cada derecho; pero esta función consiste en la aplicación de los imperativos axiológicos a los problemas de cada sociedad concreta, y consiguientemente de cada realidad específica, por lo que la función social del Derecho constituye un aspecto de la razón de ser del Derecho, de su función de adecuación de la realidad a los imperativos del Bien en Si..

b) La doctrina del abuso de derecho es una ***institución de equidad*** (sent. de 1 de febrero de 1972, 26 de abril de 1974, 17 de setiembre de 1987, 22 de octubre de 1988, 5 de marzo de 1991, 14 de julio de 1992, 19 de julio de 1993, 25 de setiembre de 1996, 24 de mayo del 2003, 14 de octubre del 2004, 1 de febrero del 2006, 14 de diciembre del 2007, 20 de junio del 2008, 22 de junio del 2010 y 27 de junio del 2011). Ya Calvo Sotelo (13) señaló que estamos ante “un capítulo de la *dulcificación del derecho por la equidad*”. Por otra parte la sent. de 21 de setiembre de 1987 ha señalado que la doctrina del abuso de derecho impone una conducta ética en el ejercicio de los derechos subjetivos. Clara Asúa considera cuestionable que estemos ante una institución de equidad por cuanto se trata de la fijación técnica del alcance y finalidad del derecho. A nuestro parecer no estamos ante dos concepciones contrapuestas, sino complementarias: la equidad es el objetivo perseguido por el repudio del abuso del derecho, y la fijación técnica del alcance de las normas constituye un medio para alcanzar la equidad en el sistema legal.

El problema de la equidad nos lleva a las ***relaciones entre derecho y moral*** tanto más cuanto que la equidad de suyo se dirige a buscar la *conformidad entre la aplicación del derecho y los imperativos éticos*. Como hemos señalado en otras ocasiones: 1º. Entendemos por Valores las Ideas (abstractas e innatas al ser humano) que encierran un *imperativo de realización*: condenamos las malas acciones, aprobamos las buenas, en función de la Idea de Bien en Si; nos desagradan lo feo, nos complace lo bello en función de los imperativos de la Idea de Belleza en Si; aspiramos a la certeza sin errores como pide la de Verdad en Si.- 2º Esta condición imperativa está en relación con la naturaleza del Ser Divino; en un principio era el Logos y el Logos era Dios como recuerda el Evangelio de San Juan es decir los Valores son *reflejos de la esencia del Ser Divino*. 3º Los Valores y por tanto la Idea de Bien, al ser *innatos*, los conocemos por *introspección* previa a toda experiencia; ante un hecho repudiable reaccionamos negativamente, lo feo nos desagradan, etc. 4º En concreto, el Derecho y la Moral se dirigen a realizar los imperativos de un Valor concreto, de la Idea de Bien en Si.- 4º El Derecho opera *directamente* en la esfera del comportamiento exterior de los individuos, teniendo por objetivo una convivencia

ética; de ahí que el Derecho *en su aplicación* implique un factor social (decimos en su aplicación y no en su esencia, por cuanto en su esencia opera incluso con independencia de las relaciones sociales: Robinsón Crusoe, mientras estuvo solo en su isla, no conoció sujeto frente al que invocar derecho alguno; pero los tenía potenciales y en cuanto aparece Viernes ejerce los de primer ocupante). 5º la Moral opera *directamente* en la esfera interior de cada conciencia.-6º A causa de su común relación con el Bien, el Derecho repercute *indirectamente* sobre las obligaciones morales, y la Moral sobre las jurídicas; (de ahí que algunos autores hayan tenido dificultades para marcar las fronteras entre Derecho y Moral); por ejemplo, de suyo es moralmente indiferente un sistema de circulación por la derecha o por la izquierda; pero conducir en contra-dirección origina un riesgo susceptible de ser grave, y consiguientemente resulta inmoral conducir por la izquierda en los países en que es legalmente preceptivo hacerlo por la derecha (y viceversa en los países de conducción por la izquierda). Asimismo se pueden dar actos que tratan de apoyarse en el derecho positivo, pero vulneran la moral; de suyo la formulación de contratos es lícita, legal y moralmente; pero sería inmoral un pacto en que una mujer se compromete a prostituirse o en que un ser humano se transforma en esclavo; de ahí que el art. 1255 del Código civil sancione la nulidad de los pactos inmorales.- 7º El eventual choque o contradicción entre Derecho en Si y Moral en Si *no se produce en el terreno abstracto de las Ideas Puras de Derecho o de Moral; pero acabamos de señalar que pueden producirse y de hecho se producen en el campo del Derecho aplicado*, es decir en el del derecho positivo que trata de plasmar en normas concretas los imperativos del Derecho en Si y del Derecho natural (resultado éste último de aplicar los imperativos del Derecho en Si a las características de la naturaleza). Ello se debe a los elementos fácticos que concurren al aplicar el derecho positivo y que no operan en el campo de las abstracciones: concurrencia de diversos sujetos con intereses y derechos propios, de armonización no siempre fácil, particularidades de las situaciones de hecho en concreto, modo de combinar normas positivas para producir efectos distintos de los previstos para cada una de ellas, etc.. 8º Figuras como la equidad, el repudio del abuso de derecho y del fraude a la ley se dirigen precisamente a conseguir armonizar la aplicación del derecho positivo con los imperativos morales, lo que matiza su naturaleza y su fundamento.

c) El repudio del abuso del derecho constituye un **remedio extraordinario** (sent. de 2 de diciembre de 1994, 15 de marzo de 1996, 13 de junio de 2003, 20 de junio del 2008, 4 de junio del 2009 y 22 de junio del 2010). Efectivamente y puesto que estamos ante una excepción (justa pero peligrosa) del principio a tenor del cual no daña quien se limita ejercer sus derechos, el remedio que nos ocupa ha de ser considerado extraordinario.

La condición extraordinaria del abuso de derecho, como veremos al tratar de los requisitos, tiene dos importantes consecuencias, directamente intervencionales: una sustantiva (es de aplicación restrictiva) y otra procesal (ha de ser plenamente acreditado).

d) La medida consistente en apreciar abuso de derecho tiene naturaleza **restrictiva** según las sentencias 3 de junio del 2003, 2 de noviembre del 2006 y 7 de junio del 2011), lo que es consecuencia directa y necesaria de su condición de remedio extraordinario. Las sentencias de 7 de julio de 1980 y 22 de junio del 2010

consideran a su vez que la condición de remedio extraordinario es consecuencia de tratarse de una limitación del derecho subjetivo. Efectivamente la consecuencia ordinaria de la titularidad de un derecho es la facultad de su ejercicio. Y por tanto la limitación del mismo ha de ser extraordinaria en sus causas y restrictiva en su aplicación. Consiguientemente las condiciones de institución de equidad y de remedio extraordinario de aplicación restrictiva *están en relación de causa a efecto*. Así lo reconoce la sentencia de 2 de diciembre de 1994.

e) Como consecuencia de lo indicado, el repudio del abuso del derecho constituye una **medida defensiva** puesto que se dirige a evitar desviaciones del sistema legal perjudiciales para la víctima del abuso.

f) La facultad de oposición a los actos abusivos es **materia dispositiva y** constituye un **derecho renunciabile** según las sentencias de 13 de junio de 1966, 29 de noviembre de 1969 y 31 de marzo de 1981 (y por tal razón su apreciación requerirá *alegación de parte*). Estamos a nuestro entender ante una de las razones de distinción entre el abuso de derecho y el ejercicio antisocial, pues éste último, por afectar al interés público, es apreciable de oficio.

g) La reforma de 1974 incluyó el abuso de derecho entre las reglas sobre **eficacia general de las normas jurídicas**. En cambio Castan-De Los Mozos (14) entienden que estamos ante una norma sobre **ejercicio de los derechos**. Precizando más podemos decir que la prohibición del abuso de derecho expresa un **requisito sobre el modo de ejercer los derechos** del que *resulta la medida de su eficacia general* derivada de su naturaleza de *condición de ejercicio* de todo derecho un modo conforme con la ética. En otras palabras, sus características de norma sobre ejercicio de los derechos y de regla relativa a la eficacia general de los mismos están en relación de causa a efecto.

En **síntesis** la doctrina del abuso de derecho constituye una figura propia de la Parte o Teoría General del Derecho (puesto que de suyo alcanza a todo el ordenamiento legal y formalmente figura en el Título Preliminar del Código Civil), dirigida a armonizar el Derecho aplicado y la moral, constituyendo un requisito (y por lo tanto un límite) del ejercicio de los derechos positivos.

3.Fundamento

A.- Tesis de la múltiple limitación de toda facultad legal.- Todo derecho tiene dos especies de límites: los *extrínsecos* (que no son inherentes a la naturaleza del derecho ejercitado, pero resultan de los derechos ajenos y de las obligaciones propias para con los restantes individuos y para con las colectividades con que nos relacionamos, la nación española, la familia, la región, etc.) y los *intrínsecos* (los inherentes a la propia naturaleza del derecho ejercitado). El repudio del abuso del derecho deriva de los deberes intrínsecos. En otras palabras, todo derecho tiene los límites *expresos* que resultan de su configuración en la normativa positiva; pero, además de este límite expreso, tiene *otro límite implícito*, derivado de razones éticas: imperativos morales, equidad, buena fe, razón de ser de la norma positiva; o sea,

como señala la sentencia de 11 de mayo de 1990, el ejercicio de todo derecho, además de los límites derivados de las reglas que lo regulan, tiene otro general consistente en la *exigencia de una conducta ética en el ejercicio del derecho* en cuestión.

Recogiendo esta doble limitación, nuestra doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la tesis de Calvo Sotelo, ha entendido reiteradamente que el abuso de derecho obedece a la idea de que el ejercicio de los derechos tiene un límite moral, teleológico y social (sentencias de 8 de julio de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991, 19 de julio de 1993, 25 de setiembre de 1996, 30 de mayo del 2002, 1 y 6 de febrero del 2006 y 7 de junio del 2011). Esta limitación ya la anunció la sentencia de 14 de febrero de 1944. Al tratar de la naturaleza de la figura que nos ocupa, vimos que el repudio del abuso del derecho obedece a la idea de que quien incurre en esta irregularidad ejerce sus facultades más allá de su razón de ser. Y por este motivo su postura carece de justificación.

Consiguientemente la doctrina del abuso de derecho postula los siguientes límites en el ejercicio de las facultades ordinarias, límites que en gran parte se superponen: a) un límite **moral** puesto que, si el ejercicio de una facultad reconocida en el derecho positivo choca con la moral, nos hallamos ante un choque de valores y procede dar prioridad al prevalente.- b) un límite **teleológico** ya que si el ejercicio de una facultad va más allá de la finalidad legal de su regulación, o sea de la razón de su construcción jurídica, desaparece la razón de imponer a terceros la carga de respetar una facultad infundada; por otra parte el límite teleológico *encierra indirectamente una razón moral*, habida cuenta de que la finalidad de toda norma es adecuar las situaciones fácticas a los imperativos axiológicos.- c) la jurisprudencia tiende a no especificar en que consiste el límite **social**; a nuestro entender, el derecho, en relación directa con los dos fines acabados de indicar, responde asimismo al de asegurar la convivencia ordenada y justa (o sea entrando en juego otra vez una razón moral) entre los miembros de la respectiva sociedad en que se aplica, en nuestro caso en España y por tanto sería abusivo utilizar el derecho contra dicha finalidad, lo que en último término se trata de una cuestión que encierra un trasfondo ético.

Algunos autores, siguiendo la jurisprudencias francesa, hacen referencia a la "moral social" tratando de soslayar toda referencia a una ética religiosa. Pero ello implica ignorar una realidad subyacente; a saber que, en los países llamados "occidentales", la civilización y la moral sociales están directamente influidas por el Cristianismo. En concreto nuestra moral social tiene dos raíces complementarias: la moral natural (resultado de la aplicación de los Valores éticos a las características objetivas de la naturaleza) y la moral cristiana (que influye incluso en deístas y ateos). Por lo cual bajo la llamada moral social, en los países europeos y americanos, subyace la ética cristiana.

Corolario: De lo acabado de indicar resultan dos modos posibles de ejercer los derechos subjetivos : el ordinario o *normal* (conforme a la razón del derecho y dentro de los límites finalistas y morales de su ejercicio) y el extraordinario o *anormal* (que va más allá de dichos límites y da lugar al abuso de derecho). Esta distinción resulta sancionada entre otras por las sentencias de 3 de mayo de 1989, 19 de julio de 1993 y 30 de mayo de 2002.

B. Derivación de la Buena Fe.- En concordancia con el fundamento ético acabado de señalar, la doctrina del abuso del derecho deriva del imperativo de Buena Fe. La vinculación entre la exigencia de Buena Fe y el repudio del abuso de derecho resulta de la redacción misma del art. 7 del Título Preliminar (fundamento legal del vínculo entre ambas figuras). Resulta asimismo de la naturaleza de la doctrina del abuso de derecho (fundamento racional del vínculo) puesto que éste consiste en limitar el ejercicio de las facultades legales tal como pide su fundamento axiológico y lo ha recogido la sentencia de 15 de junio del 2009, en base a las de 11 de mayo de 1992 y 14 de mayo del 2002 (fundamento jurisprudencial). La jurisprudencia ha aclarado que la buena fe consiste en ejercer los derechos de acuerdo con los valores de la moral, honestidad y lealtad (sent. de 11 de mayo del 1992 y 15 de junio del 2009) o sea de conformidad con un comportamiento honrado, justo, leal y lógico (sents. de 11 de diciembre de 1989, 22 de febrero del 2001, 20 de junio del 2006 y 14 de mayo del 2009), respetando las reglas de honradez, lealtad y fidelidad a la palabra dada (sents. de 12 de julio del 2002, 30 de enero del 2003 y 5 de noviembre del 2007); en otras palabras, de conformidad con lo que, en términos filosóficos, cabría calificar de imperativos de la Idea abstracta de Bien en sí. Por lo tanto la relación de causa a efecto entre la Buena fe y el repudio del abuso de derecho resulta de la naturaleza misma de ambas figuras. Siguiendo la misma línea doctrinal, la sentencia de 26 de enero de 1996 ha señalado que el abuso de derecho implica carencia de buena fe.

C. Salvaguarda teleológica.- El abuso de derecho, además de apartarse de los fundamentos éticos de la norma, se aparta directamente de sus fines y los vulnera. La sentencia de 7 de junio del 2011 señala que caracteriza el abuso de derecho un comportamiento contrario al fin de la norma en que se apoya. En efecto, toda norma legal constituye una ordenación racional con una finalidad en principio éticamente positiva y el abuso de derecho implica servirse de la letra de la norma para apartarse de la finalidad que la justifica. Con carácter general la sentencia de 14 de febrero de 1986 advirtió que el fin del derecho consiste en el logro del bien común (mejor sería precisar que este es uno de los fines del ordenamiento legal) y que el abuso del derecho se desvía de dicho a finalidad. Otros autores (15) pretenden que el abuso se aparta del fin económico y social que a que obedece la norma. Propiamente los fines concretos de la normativa positiva pueden ser variados y no son necesariamente económico-sociales (aun cuando en su fundamento filosófico tengan siempre en común deber estar dirigidos a alcanzar algún aspecto del imperativo de la Idea de Bien como Valor). En todo caso el fin de que se aparta el abuso puede variar según los casos concretos; pero *siempre supone una desviación del objeto de la norma*. La idea de que el abuso se aparta de la finalidad del derecho ejercitado la recogió asimismo la sentencia de 22 de setiembre de 1959. Esta imputación plenamente justificada, podría aplicarse asimismo al fraude a la ley. Por lo tanto la doctrina del abuso de derecho constituye un *instrumento de salvaguarda de la finalidad perseguida por el legislador* y por tanto de la razón y fundamento de la norma.

Una importante consecuencia del fundamento finalista del abuso de derecho es que el sistema jurídico *no reacciona contra el abuso en tanto no se ha producido un daño* (cuando menos potencial) de tercero, pues de suyo el ejercicio de un derecho ha de considerarse justificado, lo injustificado es la finalidad perniciosa. Albácar y

Martín-Granizo (16) califican de “extraña consecuencia” la circunscripción de la operatividad de esta figura al caso de daño de tercero. A nuestro parecer, lejos de tratarse de una consecuencia extraña es un efecto con-natural de una figura dirigida, no a negar derechos, sino a prevenir desviaciones perniciosas de los mismos, lo que requiere originar perjuicios, cuando menos potenciales.

Existe un vínculo entre la doctrina del abuso de derecho y el *recurso a la intención del legislador* como regla interpretativa del derecho puesto que, como señaló una sentencia de 26 de febrero de 1974, el abuso de derecho se aparta de la finalidad para la cual el legislador dictó la disposición en que trata de apoyarse quien abusa.

D. Rectificación del individualismo.- La doctrinas del abuso de derecho, como ha destacado Marín (17), forma parte de las reacciones frente a los excesos del individualismo, derivados del enciclopedismo y auspiciados por la Revolución Francesa y el liberalismo decimonónico y que en nuestro País han repercutido en alguno de los defectos del Código Civil. Frente a dichos defectos han tenido lugar dos reacciones globales representadas respectivamente por el colectivismo radical y por los movimientos de trasfondo conservador llamados sociales (carlismo, falangismo, cristianismo social, etc.). Estos últimos amparan los derechos individuales, pero tratan de limitarlos para prevenir se vuelvan contra su razón de ser, sea en perjuicio de tercero (repudiando el abuso de derecho), sea en perjuicio de la colectividad española (vedando el ejercicio antisocial de las facultades legales.). De ahí que los Tribunales hayan de tener un instrumento para poner coto a dichos excesos, cuando se producen, retrotrayendo los efectos de las normas positivas a su razón de ser. En aras a la precisión, hemos de señalar que no todas las reacciones contra los excesos del individualismo se basan en valores sociales; en ocasiones se apoyan en criterios de equidad como ha estudiado Sommer (18) respecto de los culturalmente débiles.

E. Abuso de derecho y seguridad jurídica.- La doctrina del abuso de derecho, como la del fraude a la ley y en general las figuras que repudian comportamientos sustantivos que resultan censurables aun cuando se apoyan en un derecho formal, dan lugar a una evidente inseguridad jurídica. Este inconveniente ha sido reconocido en la sentencia de 25 de setiembre de 1996. De ahí el *choque entre dos valores: la seguridad legal y la justicia aplicada*; que estamos ante un choque de valores es evidente y resulta reconocido en la sentencia de 4 de marzo de 1988. En este, como en otros supuestos, estamos ante valores plenamente *suscribibles en abstracto, pero que al aplicarlos tienen efectos contrapuestos*. Por tanto es imperativo optar por la aplicación del valor prevalente. En último término la opción estará condicionada por las características de cada supuesto en concreto, lo que nos lleva a un insoslayable casuismo, que, en este caso, constituye un mal menor. Plantándose ya el problema de la inseguridad, una sentencia de 28 de junio de 1958 entendió que la doctrina del abuso de derecho debía aplicarse con cautela.

F. Desviación de la norma.- Creemos evidente que el abuso de derecho implica una desviación de la razón que llevó a dictar la disposición ejercitada abusivamente. Marín en relación con la postura de Spota (19), considera el comportamiento abusivo *“acto antifuncional, revelado por su divorcio con el fin*

económico y social que predeterminó la tutela del interés legítimo, ínsito a todo derecho subjetivo". De conformidad con la tesis de que el abuso de derecho implica utilizar una norma contra su finalidad, reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias de 5 de abril de 1948, 22 de setiembre de 1959, 26 de octubre de 1963, 19 de abril de 1965 y 20 de diciembre de 1966) ha sustentado que no actúa abusivamente quien opera de acuerdo con el criterio que inspira la norma legal. Castán y De Los Mozos (19) entendieron que el abuso de derecho supone un apartamiento del fin económico y social de la respectiva disposición. Personalmente nos inclinamos por un criterio más amplio, pues puede darse abuso por muy diversas formas de apartamiento de la razón de la norma, suponga este comportamiento un desvío del fin económico-social o de otra dimensión de la finalidad de la regla desviada.

G. La relatividad de los derechos.- Hemos señalado en otras ocasiones que todo derecho subjetivo se halla limitado por los derechos ajenos y por los propios deberes (para con los restantes individuos y con la patria, en nuestro caso España, y demás colectividades con las que convivimos). Por lo tanto la doctrina del abuso del derecho participa de esta limitación y muy en concreto de la obligación de no dañar inmotivadamente a terceros. Sería exagerado pretender que la idea de que los derechos están siempre limitados es exclusiva de nuestro tiempo. Pero es también evidente que en la época actual se le ha atribuido mayor importancia, como destaca Vélez (20), y la doctrina del abuso de derecho ha de ser incluida dentro de la tendencia histórica a admitir la relatividad de todo derecho positivo.

4. Clases.

A. En función del ámbito operativo.-Hemos visto en la exposición de antecedentes que la figura del abuso de derecho se construyó en función del abuso sustantivo. No obstante nuestro sistema legal, cuando menos desde la promulgación de la Ley Orgánica de la Judicatura de 1985 (art. 11,2) y de la de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (art. 247), distingue entre los abusos de derecho **sustantivo y procesal**. La sentencia de 5 de marzo del 2004 entiende por abuso procesal el mantenimiento judicial de pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas de la función del proceso o del derecho a litigar.

B. En atención a la condición del sujeto que abusa.- Desde un ángulo doctrinal, Marín (21), antes de la reforma de 1974, vino a distinguir entre abuso de particulares y abuso del titular del poder público, o sea entre lo que pudiéramos llamar **abuso público y abuso privado o de particulares**. Que el actual art 7,2 del Título Preliminar recoge el abuso de particulares es evidente. Respecto del abuso público hemos de observar: 1º El poder soberano, es por propia naturaleza el sumo poder jurídico; y consiguientemente de suyo no tiene límites legales positivos, aun cuando los tiene morales (22).- 2º En su consecuencia de suyo la figura del abuso de derecho no es aplicable al *titular de la soberanía*, al ostentar un poder sin límite legal.- 3º Si caben autolimitaciones (e incluso son frecuentemente deseables), por ser una forma de ejercer el poder; pero en tal caso las figuras que entran en juego son la inconstitucionalidad o la ilegalidad ordinarias, y no el abuso de derecho.- 4º No podemos confundir a estos efectos al funcionario (mero ejecutor de la voluntad

soberana) con el titular de la soberanía.- 5º El abuso no delictivo de los funcionarios constituye *desviación de poder*, objeto en España del art. 63,1 de la ley administrativa 30/92, reformada, por lo que, desde un punto de vista positivo, también constituye una figura *sui géneris*, distinta del abuso de derecho, aun cuando entendemos que incluye el abuso de derecho en lo que tiene de apartamiento de la finalidad de las normas- 6º El abuso delictivo de jueces y funcionarios da lugar al delito de *prevaricación*, que asimismo es figura distinta del abuso de derecho. Por estas razones creemos que no hay lugar en España a admitir la existencia de un posible abuso público del derecho, al operar las figuras de la desviación de poder y de la prevaricación en su caso.

C. Por la forma de operar.- Albacar y Martín-Granizo (23) distinguen entre ***comportamiento abusivo positivo y negativo***. En un caso estaríamos ante una actuación, en el otro ante una inacción. Sería acto negativo el omisivo, dejar prescribir un derecho para perjudicar a un heredero necesario (el ejemplo es nuestro). La distinción nos parece válida, pero no el ejemplo que dichos autores aducen en su apoyo. Según los indicados autores constituiría un abuso de derecho la omisión en una obra de construcción de las medidas de prevención que pide el buen arte. Lo cierto es que, en tal caso estaríamos ante una infracción directa de la obligación legal de adoptar las medidas preventivas necesarias, según las reglas del buen arte (art. 15 y concordantes de la Ley de Prevención 31/95).

D. En atención al elemento generador del abuso.- Podemos considerar clásica y reiterada la distinción jurisprudencial entre el abuso de derecho ***sujetivo*** (en que intencionadamente el titular del derecho persigue perjudicar a tercero; es decir el supuesto de los llamados *actos de emulación*) y el abuso ***objetivo*** (en que el daño se produce al margen de la intención del titular del derecho; es decir los supuestos de las llamadas *"inmisiones"*). Consiguientemente analizando las doctrinas y los ordenamientos anteriores a nuestra reforma de 1974, Marín y Castán Vázquez (24) han distinguido entre las doctrinas y legislaciones subjetivistas y las objetivistas que lo determinan. Por lo que respecta a España a partir de 1974, entendemos que el legislador se propone recoger ambos criterios desde el momento en que el art. 7,2 se refiere a los comportamientos que *"por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice"*, han de ser calificados como abusivos. Con todo el exacto alcance de esta distinción pide importantes precisiones y reservas ya que: 1º en todo ejercicio de derechos, incluso los antijurídicos, hay un elemento subjetivo (el que ejercita la facultad) y otro objetivo (sobre lo que recae la facultad); y en ese sentido siempre estamos ante una figura ***mixta***.-2º Bajo el calificativo de abusos subjetivos la jurisprudencia contempla los intencionales o sea ***dolosos*** y al referirse a los pretendidamente objetivos se refiere a los producidos por descuido, o sea a los ***culposos***.- 3º Aun cuando es difícil se dé en la práctica, podría existir una tercera categoría, los ***inocentes***, o sea aquellos en que el daño no puede advertirlo un hombre cuidadoso, un buen padre de familia. 4º Por tanto, si queremos utilizar la terminología consagrada deberíamos referirnos a abusos ***sujetivos*** (los dolosos) ***relativamente objetivos***,(los culposos) y ***absolutamente objetivos*** (los inocentes).- 5º Si en caso de un comportamiento objetivo, tiene lugar una advertencia o un requerimiento y el autor persiste en su conducta, el abuso ha pasado a ser subjetivo,

por lo que también habremos de subdistinguir entre **subjetividad originaria** y **subjetividad sobrevenida**. Volveremos sobre esta cuestión al tratar de los requisitos del abuso.

E. Respecto de su relación con el sujeto agente.- Evidentemente es posible la comisión de abusos **frente a tercero**. Marín, siempre antes de la reforma de 1974, planteó el problema de si cabe el abuso **consigo mismo (autoabuso)**. Entendemos que la respuesta ha de ser negativa. Actualmente por cuanto el art. 7 del Título Preliminar reformado se refiere taxativamente al perjuicio de tercero y la jurisprudencia no lo ha ampliado al abuso consigo mismo. Pero incluso con el panorama legal anterior a 1974, los mismos ejemplos que da Marín como posibles abusos consigo mismo, son en realidad reanuncias en perjuicio de tercero, lo que corresponde al abuso por omisión y no al autoabuso (caso de la inacción para originar una prescripción que redunde en daño de tercero), o son comportamientos irregulares que no implican el ejercicio de un derecho (caso del suicidio).

5. Figuras afines

A. El abuso de derecho y su ejercicio antisocial .- El art.7,2 del Código civil se refiere conjuntamente al repudio del abuso de derecho y de su ejercicio antisocial. Por tal razón, diversos autores, entre ellos O'Callaghan y Gullón (25) sustentan que estamos ante una sola figura. Asúa (26) pretende que es una distinción carente de utilidad. La propia Exposición de Motivos del Decreto 1836/74 sancionador de la reforma del Título Preliminar pretendía que cabe un trato legal conjunto de ambas figuras aunque "*sin perjuicio de diferencias de matices*" (diferencias que por otra parte no son despreciables como veremos más abajo). Asimismo diversas sentencias parecen identificar el abuso y el ejercicio antisocial del derecho (véanse las sentencias de 3 de mayo de 1989, 19 de julio de 1993 y 30 de mayo de 2002). No obstante, a nuestro entender, ciertamente idéntica razón pide repudiar los dos desvíos, ya que ambos son contrarios al imperativo de buena fe; y como señala la sentencia de 14 de julio de 1984, ambas figuras tienen en común la reprobación de las conductas que, bajo una aparente acomodación a la norma, encubren extralimitaciones y arbitrariedades. Pero no cabe confundirlos por cuanto: 1º *La razón del rechazo* del abuso de derecho lo constituyen intereses individuales; mientras el ejercicio antisocial perjudica los intereses colectivos (27).- 2º Los *efectos* no son necesariamente idénticos ya que el efecto esencial del abuso de derecho es la indemnización (siendo accidental la nulidad del acto), mientras sucede lo contrario con el abuso de derecho.- 3º El *bien jurídico amenazado* es distinto pues el abuso de derecho se dirige contra la finalidad de la norma en que se ampara quien abusa de la misma; en cambio en el ejercicio antisocial el sujeto se dirige contra uno de los fines esenciales de todo el ordenamiento legal: asegurar la armónica convivencia entre todos los miembros de un país, en nuestro caso de España.- 4º El ejercicio antisocial, por afectar al interés público, siempre es *apreciable de oficio*; el abuso de derecho *requiere alegación de parte* perjudicada y solo cabe apreciarlo de oficio cuando concurre interés público cual sucede en materia procesal, es decir cuando entre en juego el ejercicio antisocial.

Es cierto que la sentencia de 23 de mayo de 1959 sustentó que “*si bien se trata de conceptos distintos, no obsta para que, sin llegar a la total equiparación, sus diferencias sean tan sutiles y de matiz, por lo que carecen de trascendencia práctica, no impidiendo en términos generales, y salvo las naturales excepciones, su tratamiento conjunto*”. Esta afirmación supone reconocer que se trata de conceptos distintos y que no siempre admiten el mismo tratamiento. De donde se impone concluir que estamos ante figuras distintas, tanto más cuanto que, si una es apreciable de oficio y la otra no, la igualdad de tratamiento dista de ser evidente.

B. El fraude a la ley.- Conceptualmente el fraude a la ley y el abuso de derecho, tal como los regulan los arts. 6,4 y 7,2 del Código Civil tras la reforma de 1974, no se confunden, pues el *primero supone acogerse a una norma para burlar las consecuencias de otra; mientras el abuso implica exceso en el ejercicio de una facultad en perjuicio de tercero*. Como señala Asúa, el abuso de derecho atenta contra la disposición utilizada, mientras el fraude supone servirse de una norma para atentar contra otra; en otras palabras, el objetivo de ambos atentados es distinto. No obstante ambas figuras tienen en común el intento de apoyo en una disposición para llegar a un resultado no querido por el legislador. Así mismo, como señalan las sentencias de 12 de mayo de 1972, 5 de enero de 1977 y 2 de mayo de 1984, las dos figuras tienen en común un apoyo en la literalidad de los textos legales con el propósito de perseguir fines opuestos a la realización de la justicia. Ambas figuras son fruto de la dificultad con que se encuentra el legislador para formular reglas apriorísticas que permitan en todo caso realizar los imperativos axiológicos de justicia por encima de los esfuerzos de determinados humanos para burlar la finalidad de la ley. También tienen en común como, señala Moisset (28) su relación con el fenómeno histórico-jurídico registrado tras la Primera Guerra Mundial que llevó a la doctrina alemana, y a los juristas por ella influidos, a rectificar la excesiva rigidez en las reglas sobre aplicación de las leyes. De ahí que, en ocasiones (pero solo en ocasiones), las dos figuras se solapen, sobre todo en materia laboral (sentencias de la Sala de lo Social de 19 de febrero de 1965 y 2 de noviembre de 1966 sobre repetición reiterada de contratos temporales para burlar la duración indefinida de la relación de trabajo). Como advierte Castan Vázquez (29), ambas figuras coinciden en su finalidad ilegítima. No obstante ambas figuras no deben confundirse por las razones expuestas al iniciar este párrafo y a pesar de que los puntos de coincidencia han dado lugar a que, en ocasiones, los propios llamados a aplicar la ley incurran en confusiones. Así la sentencia de 5 de junio del 2011 atribuye al abuso de derecho el acogimiento a una norma de cobertura, sea para perjudicar a otro (lo que efectivamente constituye abuso de derecho) sea para vulnerar otras normas (lo que es propio del fraude a la ley). En relación con las diferencias entre estas dos figuras, sus requisitos no son idénticos (30).

C. El retraso desleal y la doctrina de los actos propios.- La figura del retraso desleal la recogieron las sentencias de 21 de mayo de 1982 y 29 de abril de 1987 calificándolo de contrario a la buena fe. La sentencia de 12 de diciembre del 2011 lo califica *de retraso objetivamente desleal*”. Esta figura procede del derecho alemán (*Verwirkung*) y se caracteriza por la omisión o abstención en el ejercicio de un derecho creando en tercero la confianza de que el derecho no se ejercerá, siendo

por tan causa contrario a la buena fe su ejercicio tardío. Desde el punto *de* vista histórico, la *Verwirkung*, el fraude a la ley y el abuso de derecho tienen en común el periodo histórico en que se han desarrollado y el haber sido introducidos inicialmente por la jurisprudencia (31). La jurisprudencia española ha recogido esta figura si bien apoyándola en ocasiones en la doctrina de los actos propios (sentencias de 16 de febrero del 2005, 8 de marzo del 2006 y 12 de abril del 2006) y otras en la del abuso de derecho (sentencias de 17 de junio de 1988 y 21 de diciembre del 2000). Propiamente estamos ante una conducta inconsecuente con el comportamiento procedente por lo que puede resultar contraria a la buena fe y aun cuando tiene elementos comunes al abuso de derecho, tiene otros correspondientes a la doctrina de los actos propios. De ahí las oscilaciones de la jurisprudencia y que propiamente estemos ante una figura “sui géneris”.

El retraso desleal está en relación con la **doctrina de los actos propios**, por cuanto, en último término, constituye un caso particular de la responsabilidad por los propios comportamientos. Pero señala la sentencia de 9 de marzo de 1992 que los actos propios implican la intención de su autor de *afectar a derechos ajenos* (creando, modificando, ignorando o extinguiendo un derecho ajeno) y en el retraso desleal no se da necesariamente este elemento, basta el desprecio o desatención a la expectativa ajena.

D. La responsabilidad indemnizatoria.- Es evidente que conceptualmente la responsabilidad extracontractual y el abuso de derecho no se confunden. No obstante ambas figuras se hallan directamente relacionados (pero no confundidas) por cuanto los actos dolosos y culposos en general obligan a indemnizar, y los abusivos piden asimismo que se indemnice al perjudicado. Empero, el abuso sustantivo y el procesal no tienen el mismo fundamento normativo:

a) En materia sustantiva, ya antes de la reforma del Título Preliminar de 1974, es decir históricamente, la obligación de indemnizar se apoyó en el art. 1902 del Código Civil que recoge la **culpa aquilina** (sentencia de 4 de julio de 1972 entre otras). La interpretación de dicho precepto fue en su día tildada de forzada para ser aplicable al abuso de derecho; pero aún cuando efectivamente estemos ante una interpretación forzada, es suscribible desde el punto de vista del derecho deseable, y ello por las razones expuestas en el apartado del fundamento del repudio del abuso de derecho. Considera Asúa González (32) que la vinculación entre el abuso de derecho y la responsabilidad por culpa están superadas. Efectivamente lo están en el sentido de que el apoyo positivo de la imputación de abuso se funda actualmente en norma específica (el art. 7 del Título Preliminar). No obstante subsiste la vinculación en cuanto que la obligación de indemnizar derivada del abuso sigue apoyándose en el art.1902.

b) En el **aspecto procesal**, la doctrina de la sentencia de 21 de diciembre del 2005 (precedida por la de 29 de diciembre del 2004), recuerda que el art. 1902 requiere que el acto que origina la obligación de indemnizar sea ilícito; y que, por otra parte, de suyo el planteamiento de una demanda es difícilmente ilícito dada la amplitud del derecho acudir a los tribunales, por lo cual es más adecuado fundar la obligación de indemnizar relacionando el art. 1902 con el abuso de derecho, o sea

acudiendo a una doble fundamentación tras la que subyace la relativa obligación de buena fe procesal (33).

c) Lo acabado de indicar no obsta para que, a la vista del art. 7 del Título Preliminar reformado, excepcionalmente sea posible una **responsabilidad contractual** por abuso. Ello puede tener lugar si el abuso se produce en el seno de una relación contractual, lo cual, aun cuando difícil, no es imposible. Volvemos sobre esta cuestión al tratar de los efectos del abuso de derecho.

E. Abuso de personalidad jurídica (levantamiento del velo).- Algunas resoluciones judiciales, entre ellas las sentencias de 30 de diciembre de 2003 y de 30 de octubre del 2007, se abren a considerar el llamado levantamiento del velo como un caso de abuso de derecho. Otras en cambio lo relacionan con el fraude a la ley. Ciertamente, las figuras del ejercicio antisocial, del fraude a la ley y del levantamiento del velo, participan de la tendencia de la reforma de 1974 dirigida a intensificar la valoración aplicada de la equidad (34). No obstante, el abuso de personalidad jurídica no constituye propiamente un caso de abuso de derecho por cuanto la ley burlada no es precisamente la que regula la constitución y funcionamiento de la persona jurídica. En el caso del levantamiento del velo se trata de *remitirse a la realidad subyacente*, prescindiendo de la aparente.

F. Abuso de nulidad.- Esta figura ya aparece en el Proyecto de García Goyena (art.1887) referida al "*cumplimiento de una obligación*" y la sancionan parcialmente el Código francés (art.1340) respecto de las donaciones, así como los Códigos italianos de 1865 (art.1311) y 1942 (arts. 590 y 799) con relación a los testamentos. No figura en nuestro Código de 1889, pero la recogieron las sentencias de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1908 y 15 de marzo de 1951. A tenor de esta doctrina quien prestó conformidad a una donación (o a un testamento en el caso italiano) no puede posteriormente impugnar dicho negocio jurídico atribuyéndole vicios de nulidad formal. Entendemos que actualmente en España el abuso de nulidad está incluido en el abuso de derecho, cuando menos tratándose de actos anulables. Dudamos en cambio se pueda aplicar a las nulidades radicales por motivos de interés público o al caso de ejercicio antisocial, pues en tal caso prevalece el interés general, salvo quizá algún supuesto muy especial en que sean relevantes circunstancias extraordinarias.

II. REQUISITOS

1. Elementos esenciales.

A. Titularidad de un derecho.- Es evidente que sin la titularidad de una facultad legal ningún sujeto puede abusar de la misma, En principio nada se opone a que el titular de la titularidad sea persona física o jurídica, privada o pública, aún cuando tratándose de una pública, estamos propiamente ante una desviación de poder, por ser figura que incluye el abuso de derecho (público).

B. Ejercicio de una facultad formalmente legal.- Para apreciar abuso de derecho, doctrina reiterada requiere el ejercicio de un derecho objetiva y

externamente legal. Este requisito, que ya exige la sentencia de 14 de febrero de 1944, se formula en base a las sentencias 28 de noviembre de 1967, 5 de junio de 1972, 3 de enero 1992, 2 de diciembre de 1994, 21 de diciembre del 2000, 2 de julio del 2002, 13 de junio del 2003, 25 de enero del 2006 y 25 de mayo del 2007; es decir de jurisprudencia anterior y posterior a la reforma de 1974. Las sentencias de 1 de febrero del 2006 y 27 de junio del 2011 se refieren a “una actuación aparentemente correcta”; con otras palabras la de 22 de setiembre de 1959 dijo estar ante un derecho “externamente legal”. El fundamento de este requisito es evidente: de no ejercitarse un derecho mal podría darse un abuso del mismo y por tanto estaríamos necesariamente ante otra figura. Por ello este requisito es esencial, al ser consustancial con la figura que estamos estudiando. El ejercicio de una facultad implica un comportamiento. Nada se opone a que el comportamiento abusivo pueda ser activo (actuación) o pasivo (omisión).

C. Daño a un interés legítimo.- Este requisito también lo anuncia la sentencia de 14 de febrero de 1944 y ha sido recogido entre otras en las sentencias de 28 de diciembre de 1967, 5 de junio de 1972, 11 de mayo de 1990, 3 de enero de 1992, 21 de diciembre del 2000, 16 de julio del 2001, 13 de junio del 2003, 8 de mayo del 2006 y 24 de mayo del 2007. Las sentencias de 1 de febrero del 2006 y 27 de junio del 2011 se refieren a “efectos negativos”; la de 14 de mayo del 2002 a los “efectos dañinos”. Varias de las sentencias acabadas de citar se refieren a ejercer un derecho, para satisfacer un interés injusto. En realidad estamos ante tres requisitos directamente interrelacionados: 1º producir un daño.- 2º que este daño afecte a un interés (de afectar a un derecho estaríamos ante un choque de derechos lo que constituye otra figura).- 3º y que el interés afectado sea legítimo.

Los daños incluidos en la figura que estamos estudiando son los siguientes. 1º Evidentemente los daños objetivos actuales.- 2º Los daños morales (sents. de 13 de abril de 1966 y 1 de febrero de 1972) pues, como señalan Albácar y Martín-Granizo(35), no hay más razón para soportar los daños morales que los ordinarios.- 3º Los futuros previsibles (vistas las sents. de 9 de marzo de 1961, 4 de mayo de 1967 y 20 de junio de 1969); con todo estos últimos plantean el problema de la solidez del fundamento de la previsión.

D. El tercero paciente.- Es doctrina implícita en todas las resoluciones jurisprudenciales que el daño lo ha de sufrir un sujeto distinto del causante, lo que lleva al problema de que entendemos por tercero a efectos del abuso de derecho. Sustentan Albácar y Martín Granizo (36), en base a las sentencias de 30 de enero de 1963, 11 de abril de 1967 y 1 de marzo de 1968, que a efectos del abuso de derecho, la figura de tercero es lata y que comprende tanto los sujetos ajenos a una relación jurídica determinada como los que, siendo parte en la relación, se ven perjudicados sin ser causantes de los actos perjudiciales. Compartimos esta conclusión que deriva directamente de las razones que fundamentan la figura del repudio del abuso .

E. Carencia de garantía legal directa.- Desde la sentencia de 14 de febrero de 1944, la doctrina jurisprudencial y en concreto las sentencias de 22 de setiembre de 1959, 12 de febrero de 1970, 28 de abril de 1976, 31 de octubre de 1981, 22 de octubre de 1988, 11 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 14 de julio de 1992, 19 de

julio de 1993, 6 de mayo de 1994, 2 de diciembre de 1994, 25 de setiembre de 1996, 21 de diciembre del 2000, 2 de julio del 2002, 13 de junio del 2003, 28 de enero del 2005 y 24 de mayo del 2007 entienden que el abuso de derecho opera en caso de carencia de protección legal directa del legítimo interés objeto de conducta abusiva, o sea en caso de carencia de norma específica que ampare dicho interés. En lógica consecuencia, dicha doctrina jurisprudencial concluye asimismo que la figura del abuso de derecho no es aplicable en los supuestos en que la cuestión planteada tiene solución directa en el ordenamiento legal. En efecto de darse una vulneración directa de un derecho, estaríamos ante una ilegalidad ordinaria, no ante un comportamiento repudiable tan solo por ser abusivo. La sentencia de 13 de octubre de 1983 ha concretado que los intereses no cubiertos por una norma legal *han de estarlo por un imperativo moral*; y en efecto de no ampararles ni una regla jurídica ni otra moral, no se *advierte* la razón para considerar abusiva su vulneración. En caso de estar ante un interés nacional, meramente amoral (es decir, ni moral ni inmoral; pero respetable por tratarse de un interés español) estaríamos ante el ejercicio antisocial y no ante el abuso de derecho propiamente dicho. García Valdecasas (37) ha destacado que en buena lógica no debe existir contradicción entre los principios que informan la legislación y las disposiciones que desarrollan tales principios. Podemos añadir que la doctrina del abuso del derecho, al dirigirse a amparar derechos moralmente legítimos carentes de amparo positivo, esta ampliando el efecto lógico de los principios informantes del sistema legal.

F. Falta de justificación del daño producido.- El requisito de injustificación del daño lo exigen entre otras las sentencias de 11 de mayo de 1991, 19 de octubre de 1995 y 14 de octubre de 2004. Las sentencias de 1 de febrero del 2006 y 27 de junio del 2011 precisan que se trata de la *"ausencia de finalidad seria y legítima"*. Las de 11 de mayo de 1991, 5 de abril de 1993, 19 de octubre de 1995 y 14 de mayo del 2002 invocan la falta de un interés (del causante del daño) *"serio y legítimo"*. Las sentencias de 24 de febrero de 1944 2 de diciembre de 1944 hicieron referencia a la *"inmoralidad o antisocialidad del daño"*, expresión recogida en muchas sentencias posteriores. La exigencia de falta de justificación del daño producido es perfectamente racional ya que, si el daño está justificado, deberá soportarlo quien lo padece frente a quien ejerce su derecho. La falta de justificación implica la inmoralidad del daño; o bien, para quienes identifican abuso y antisocialidad, que el daño causado resulte antisocial. Por otra parte, la falta de justificación puede ser *subjetiva* (intención de dañar o bien ausencia sea de finalidad seria sea de interés legítimo) u *objetiva* (desproporción del daño causado). Así resulta de las sentencias de 28 de noviembre de 1967, 5 de junio de 1972, 11 de mayo de 1991, 3 de enero de 1992, 3 de noviembre de 1992, 9 de mayo de 1996, 30 de mayo de 1998, 3 de enero de 1992, 2 de julio del 2002, 28 de mayo del 2002, 13 de junio del 2003 y 25 de enero del 2006. Volveremos sobre esta cuestión al analizar del requisito de intencionalidad.

En materia procesal el Tribunal Constitucional (sent. 32 de 21 de febrero de 1986) ha declarado que el derecho a interesar la tutela judicial es un derecho fundamental, pero no absoluto. Esta doctrina ha permitido al T. Supremo considerar que no toda demanda desestimada implica abuso de derecho; que para estar en ese supuesto no basta un error de planteamiento, que se precisa que las demandas sean absolutamente infundadas (38) para que el ejercicio de la acción sea abusivo, o que

los recursos se dirijan tan solo a demorar la firmeza de las actuaciones judiciales (sentencias de 31 de enero de 1992, 16 de julio del 2007 y 4 de setiembre de 2008). De ahí que para diferenciar entre el fraude procesal y el abuso de derecho procesal operen razones análogas a las que llevan a diferenciar entre el fraude a la ley y el abuso de derecho sustantivo aun cuando referidas naturalmente a las características del procedimiento (38).

El requisito de falta de justificación del daño implica que deberá tratarse de daños que el perjudicado *no esté obligado a soportar* frente al ejercicio ordinario de sus derechos por parte del titular, o bien de que se trate de daños *innecesarios*.

G. Manifestación del daño .- El art. 7,2 introduce este elemento cuando se refiere al comportamiento que “*sobrepase manifiestamente*” los límites del derecho. La R. Academia entiende por manifiesto, en lo que aquí interesa, lo que *se da a conocer con claridad y evidencia*. Las sentencias de 5 de febrero de 1959 y 7 de febrero de 1964, ya antes de la reforma de 1974, sostenían que la extralimitación ha de ser “*clara y patente*”. Este requisito no corresponde a la esencia del concepto, pues un abuso menos evidente no dejaría por ello de ser abuso. Pertenece a *las cautelas* que toma el legislador respecto de una figura que es de suyo tan justa como peligrosa. La consecuencia de este requisito lo son a su vez los requisitos de aplicación exigidos por la jurisprudencia (acreditación plena, aplicación restrictiva, etc.) por motivos cautelares y a los que nos referiremos más abajo.

H. El elemento finalista (posturas subjetivistas y objetivistas).- Tratándose del fraude a la ley, es clásica la divergencia entre subjetivistas y objetivistas, tanto en la doctrina española como en la alemana (39). El problema se plantea asimismo respecto del abuso de derecho, aun cuando, por tratarse de figuras distintas, no cabe extrapolar al abuso del derecho las posiciones mantenidas respecto del fraude a la ley; y hemos visto, al tratar de las diversas especies de abusos de derecho, que la distinción entre objetivos y subjetivos pide importantes rectificaciones. La redacción literal del art. 7,2 (“*todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por los las circunstancias en que se realice..*”) parece haber optado por una posición amplia que abarca por igual los llamados abuso subjetivo y objetivo; la disyuntiva “o” abona esta deducción, al margen de las posturas doctrinales que se puedan sustentar al respecto. En cambio, en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/74 figura una expresión que, aisladamente considerada, parece excluir el abuso subjetivo al pretender que el abuso “*no ha de consistir, sin embargo en un comportamiento doloso o culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil*”. Esta afirmación, aisladamente considerada, está en contradicción con lo dispuesto en el art. 7,2. Además pasa por alto que también el abuso de derecho (subjetivo) da lugar a responsabilidad civil. Lo que le diferencia del acto ilegal ordinario es que en el abuso de derecho, la ilicitud es *adicional* por ejercicio desviado y limitada al ejercicio desviado; mientras, en el acto originariamente ilegal, la ilicitud opera *ab initio* y es total.

La jurisprudencia (sents. de 22 de setiembre de 1959, 8 de julio de 1986, 5 de setiembre de 1986, 2 de diciembre de 1994, 21 de diciembre del 2000, 16 de mayo del 2001, 2 de julio del 2002, 13 de junio del 2003. 14 de diciembre de 2007 y 1 de febrero del 2009 ha entendido que el daño se puede manifestar sea de forma *subjetiva*

(intención de dañar, carencia de interés en ejercitar el derecho, ausencia de interés legítimo, ausencia de finalidad seria y legítima, exceso en el ejercicio de un derecho), sea *objetiva* (ejercicio anormal del derecho, exceso en su ejercicio, de modo contrario a sus fines económico-sociales). Ya la doctrina anterior a la reforma de 1974 señaló que el abuso de derecho puede responder a dos posturas del sujeto que abusa. 1º la intención de dañar (es lo que podríamos llamar abuso directamente perseguido) y 2º mediante la utilización anormal del derecho, entendiendo por tal la utilización no adecuada a la verdadera finalidad de la norma (abuso indirectamente producido). Con todo el problema que ahora nos ocupa pide importantes precisiones, que en parte se interrelacionan:

1º El elemento pretendidamente **objetivo** (ordinariamente de trasfondo culposo y que por tanto encierra un factor subjetivo) viene fijado en la sentencia de 22 de junio del 2010 bajo la fórmula de utilización del derecho de modo anormal o en contradicción con la armónica convivencia social. Las sentencias de 26 de abril de 1976 y 22 de abril de 1983 entienden por elemento objetivo “*el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho*”, requisito plenamente justificado en principio, pero que en cada caso requiere la precisión casuística de en que consiste el exceso o anormalidad.

2º El art. 7,2 del Título Preliminar se refiere a tres elementos: intención del autor, objeto y circunstancias de realización. Sin embargo, la jurisprudencia no suele hacer referencia a **las circunstancias** como un elemento autónomo, sin duda debido a que este factor se subsume en los otros dos. Así, las sentencias de 14 de diciembre del 2007, 22 de junio del 2010 y 7 de junio del 2011 aducen “*la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho*”. Esta formulación incluye tanto la intención directa de dañar como el daño causado por mero menosprecio de los intereses ajenos (cual en el caso de la extracción de arenas objeto de la sentencia de 1944 que consagró la figura del abuso de derecho) y por lo tanto constituye una formulación general de los requisitos llamados objetivos y subjetivos del abuso de derecho.

3º Fijando el alcance del requisito finalista, las sentencias de 24 de febrero de 1959 y 22 de setiembre de 1959 han entendido que el abuso de derecho alcanza a “*todos los móviles ilegítimos*” que se traduzcan en “*una utilización anormal del derecho*”, doctrina que, como regla general, resulta conforme con el concepto y fundamento de la figura que estamos estudiando (40).

4º La jurisprudencia, con algunas variantes explicables por las condiciones del respectivo caso concreto que debía ser resuelto, ha sancionado que el abuso de derecho puede obedecer a *dolo* o a *culpa grave*. Respecto del abuso de derecho procesal las sent. de 5 de junio de 1995 y 16 de julio del 2007 han admitido que éste se puede producir “*con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia*”, lo que supone admitir el dolo y la culpa grave. Las sentencias de 14 de diciembre del 2007 y 20 de junio del 2008 se han referido a la intención bien definida de causar daño (lo que supone un elemento intencional manifiesto) y a la utilización del derecho de modo anormal (en que el elemento intencional resulta algo diluido, pero ordinariamente implica culpa). La intención de dañar aparece asimismo bajo otras

fórmulas similares: la sentencia de 14 de mayo del 2002 contempla “*las circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo*”, lo que incluye, además del dolo, la culpa grave. La de 22 de junio del 2010 hace referencia a la *intención bien definida de causar daño*. La sentencia de 12 de diciembre del 2011 y la de 6 de julio de 1990 recogen la actuación de forma caprichosa o temeraria, lo que también supone recoger la culpa grave. La misma sentencia considera que el abuso procesal consiste en “*no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada*”, término que a su vez exige el análisis casuístico de cada demanda. La sentencia de 11 de abril de 1995 se refiere a la intención de dañar y al ejercicio dañoso de los derechos, lo que parece comprender tanto el dolo directo, el daño deseado, como el dolo eventual caracterizado por el mero desprecio de posibles daños que no se persiguen directamente.

5º La sentencia de 2 de diciembre de 1994 suscribe una posición subjetivista al requerir investigar: el móvil y el fin del presunto agente abusador y conducta y mentalidad. Dicha sentencia añade que ello requiere una “*investigación subjetiva*”. Esta sentencia, así como las de 22 de setiembre de 1959, 31 de enero de 1969 y 4 de julio de 1973 entienden que la figura del abuso de derecho tiene un sentido “*si no intencional, al menos subjetivo*”.

6º El que podríamos denominar *abuso objetivo*, es decir el producido sin intención maliciosa del causante parece admitido por el art. 7,2 del C. Civil cuando se refiere al comportamiento “*que por su objeto o por las circunstancias en que se realice*” sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho. Con todo, tratándose del ejercicio de derechos, la ausencia de voluntad, siquiera pasiva, es difícil tenga lugar; por lo tanto el objetivismo absoluto es difícilmente imaginable en la realidad.. La sentencia de 17 de febrero de 1976 parece reducir la figura del abuso al intencional, puesto que entiende que el acto abusivo “*solo lo es cuando media un propósito o intención tan claro y notorio que merezca ser calificado como manifiesto*”. En cambio, la sentencia de 25 de enero del 2006 sustenta que el abuso de derecho no requiere intención de perjudicar. Un amplio sector de la jurisprudencia recoge con claridad la concurrencia de un elemento objetivo; por ejemplo las sentencias de 14 de octubre del 2004, 14 de diciembre del 2007, 20 de junio de 2008 y 22 de junio del 2010 adicionan la circunstancia objetiva sea de exceso de ejercicio, sea de ausencia de interés legítimo; pero lo que ya no sancionan con claridad es el abuso objetivo sin elemento intencional concurrente; claro que de suyo es difícil el ejercicio de un derecho sin elemento intencional. Lo que en cambio es fácil es el ejercicio de un derecho sin intención directa de dañar, pero con *mero desprecio* de las consecuencias, buenas y malas; en último término es el caso de la extracción de arenas objeto de la sentencia de 1944. No obstante las sentencias de 30 de mayo de 1998 y 28 de mayo del 2002 exigen que los hechos probados pongan de manifiesto las circunstancias subjetivas y las objetivas, lo que parece implicar que no admiten el abuso meramente objetivo, sin la concurrencia de un elemento intencional.

7º Las sentencias de 26 de abril de 1976 y 22 de abril de 1983 hacen referencia a las conductas subjetivas consistentes en la “*intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo*”. Es evidente que la intención de perjudicar implica

dolo; pero la carencia de un fin justificativo podría darse por mera culpa. Si el sujeto se propone dañar a tercero, estamos ante un comportamiento manifiestamente doloso. Si el interesado daña por desatención a las consecuencias de su comportamiento, estaremos ante un perjuicio causado “*por su objeto o circunstancias*” y por tal razón será ordinariamente culposo; pues, como señaló De Buen (41), también en el ejercicio de nuestros derechos hemos de actuar con prudencia. De Buen identificó la prudencia requerida con la exigible por la costumbre normativa. Personalmente entendemos que debe tratarse de la de un buen padre de familia, por extensión analógica de dicha figura.

8º Es una realidad que pueden producirse abusos dolosos (intencionales) y culposos (por desidia). En principio cabe que se produzcan también abusos plenamente objetivos. Pero estamos ante el ejercicio de derechos y por tanto el abuso plenamente objetivo requeriría una ausencia total de intención y negligencia, lo que sin ser en principio imposible, en la práctica es difícilísimo tenga lugar, ya que el sujeto tiene un deber de diligencia en el ejercicio de sus derechos y su conducta solo será absolutamente objetiva si sus consecuencias dañinas no eran previsibles para un buen padre de familia. En todo caso, *a partir de que el sujeto es advertido del daño que causa el abuso objetivo pasa a ser subjetivo*, por lo que pudiéramos llamar ***sujetividad sobrevenida***.

9º Todas las formas de abuso de derecho no piden el mismo tratamiento pues el abuso doloso o culposo genera responsabilidad civil, por aplicación de los arts. 1101, 1902 y concordantes del Código civil. Al no existir responsabilidad objetiva por abuso de derecho (pues ninguna ley la fija ni parece aconsejable que el ejercicio de derechos, en materia objeto de interpretación restrictiva, de lugar a responsabilidad objetiva) solo procederán medidas administrativas contra el abuso sin culpa (advertencias, denegación de peticiones procesales, requerimientos administrativos, etc.), salvo como hemos indicado, a partir del momento de la sujetividad sobrevenida por desatención de advertencias

10º Consiguientemente nuestra jurisprudencia no requiere necesariamente dolo manifestado en las intención de perjudicar; pero si requiere la concurrencia cuando menos de una culpa grave que implica desprecio por el daño causado. Este desprecio se halla implícito en el ejercicio anormal del derecho y en la ausencia de legitimidad en el interés del causante del daño a tercero. La exigencia de la concurrencia de culpa grave es consecuencia casi necesaria del carácter restrictivo del repudio del abuso jurídico.

Síntesis de lo sustentado.- A la vista de la redacción del art. 7,2 del Título Preliminar nuestro legislador ha recogido los abusos subjetivo y objetivo, pero su distinción pide importantes precisiones: 1ª El abuso propiamente subjetivo es el intencional caracterizado por cuanto el mal ajeno es deseado y por tanto es doloso.- 2ª El abuso por desatención (aquel en que el mal no es perseguido, pero no se toman las medidas necesarias para evitarlo) es culposo y tiene un elemento objetivo (el causante del mal) y otro subjetivo (la desatención a lo sucedido).- 3ª El abuso plenamente objetivo, que se caracteriza por producir un daño sin proponérselo y sin

que un hombre prudente pueda advertirlo, (o sea se produce sin que intervenga un elemento voluntario en su causación), es en principio posible, y solo puede dar lugar a medidas compatibles con la inocencia del autor del daño (advertencias, ciertas nulidades, medidas administrativas cautelares, etc.).- 4º Un abuso inicialmente objetivo puede pasar a ser doloso, por subjetividad sobrevenida, si una vez requerido, el autor del daño no adopta medidas para evitarlo en el futuro.- 5º Consiguientemente hemos de distinguir entre: a) abuso *plenamente subjetivo* o *doloso* (el que se dirige directamente a perjudicar, como en el ejemplo de quien trata de perjudicar al vecino sin perseguir el propio beneficio).- b) abuso *absolutamente objetivo, sin culpa* (el producido sin proponerse ni advertir daño causado al vecino.- c) abuso *relativamente objetivo o culposo* en que interviene un elemento subjetivo y otro objetivo (el que sin perseguir daño ajeno, no presta atención suficiente para evitar el mal causado y desatiende la corrección de su conducta).- d) Abuso *originariamente objetivo con subjetividad sobrevenida* o sea con dolo o culpa sobrevenidos (caso del que originariamente desconoce el mal causado; pero advertido de que el daño se está produciendo, no procede a corregirlo). 6º Las consecuencias de estos diversos supuestos no son idénticas: el abuso doloso o culposo justifican la imposición de indemnización; el abuso sin culpa puede dar lugar a medidas públicas (advertencias, requerimientos, nulidades), pero solo originará obligación de indemnizar a partir del momento en que la desatención de la advertencia lo convierte en malicioso.

I. Nexo causal.- El art. 7,2 del Título Preliminar no requiere directamente nexo causal entre el comportamiento abusivo y el daño causado. No obstante, como señala Castan Vázquez (42), es un requisito implícito, exigido ya en la sentencia de 14 de febrero de 1944. Efectivamente, sin nexo causal no existiría relación entre el acto desviado y el daño producido, por lo que no existiría razón justificativa de la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, entre otras razones por no operar atentado a la buena fe (43).

J. El problema del beneficio.- Algunas resoluciones judiciales (sentencias de 23 de mayo de 1995, 28 de junio de 2001 y 4 de julio del 2003) plantean el problema de si se requiere, para apreciar abuso de derecho, un beneficio del que actúa abusivamente. Este requisito ni resulta del texto del art. 7,2, ni lo exige la razón (pues lo que da lugar al abuso es el perjuicio injustificado de tercero), ni siquiera lo exige el planteamiento clásico de quien levanta una valla para privar de sol al vecino sin perseguir ningún beneficio propio.

K. El problema de la pasividad de la víctima y la compensación de culpas.- Para apreciar el abuso, la sentencia de 9 de febrero de 1983 requirió una actitud "*meramente pasiva del que sufre un daño en su patrimonio, sin culpa por su parte*". La sentencia de 22 de octubre de 1988 recoge la doctrina (que parecen seguir las sentencias de 5 de marzo de 1991, 16 de octubre de 1991, 28 de noviembre de 1992 y 19 de julio de 1993) a tenor de la cual el abuso de derecho requiere una actitud meramente pasiva de quien lo sufre. La apreciación de este requisito depende en gran medida de las circunstancias de cada caso concreto. Cuando por pasividad se entiende la ausencia de culpa de la víctima, y por tanto opera la presunción de su buena fe (44), el requisito se justifica, pues en caso de culpa concurrente de la

víctima operaría una regla de **compensación de culpas**. Pero de no ser así, de suyo el requisito de pasividad de la víctima no lo exigen ni la razón, ni la letra del art. 7 del Título Preliminar. Lo que pueden desvirtuar la invocabilidad del abuso son comportamientos determinados de la víctima; pero ello lleva a postular un examen casuístico, no una regla general de exigencia de pasividad.

2. Requisitos de aplicación

A. Promoción de actuaciones.- Tratándose del abuso de derecho **sustantivo**, una corriente jurisprudencial (sentencias de 31 de marzo de 1981, 14 de julio de 1984, 28 de enero del 2005, 6 de febrero de 1999 y 14 de mayo del 2002) viene a exigir la solicitud del perjudicado. En cambio la sentencia de 9 de marzo del 2007 parecen abiertas a la apreciación de oficio. En todo caso, de conformidad con el principio de justicia rogada y con el brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*, los hechos en que se funda el abuso han de ser alegados y probados. Así mismo de conformidad con el principio de justicia rogada, si se interesa una indemnización, ésta habrá de ser alegada y el perjuicio acreditado. En cambio entendemos que la nulidad por ejercicio antisocial, al ser de interés público, podrá ser declarado de oficio.

Cuando el problema es de abuso de derecho **procesal**, el texto de la Ley Orgánica de la Judicatura (art.11,2) y el de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 247,2) se abren al rechazo de oficio de las peticiones abusivas, a condición de que la decisión judicial sea razonada, lo que confirman las sentencias de 10 de mayo del 2004 y 17 de setiembre del 2010, pero en tal caso no se trata de suyo de una indemnización.

B. Acreditación plena.- Es éste un requisito procesal de la aplicación de la figura del abuso del derecho, precisado en la sentencia de 22 de marzo de 1963 y seguida por las de 11 de julio de 1994, 19 de octubre de 1995, 14 de octubre de 2004, 12 de junio del 2009 y 12 de diciembre del 2011 que exigen para apreciar el abuso que se acredite plenamente el elemento subjetivo (intención de perjudicar, carencia de interés legítimo, mala fe) y el objetivo (perjuicio injustificado) y por tanto que el abuso resulte patente y claro (sents. de 29 de noviembre de 1969 y 31 de marzo de 1981), o como dice la sentencia de 12 de junio del 2009, que el abuso quede "*claramente manifestado*". Las sentencias de 26 de abril de 1976 y 22 de abril de 1983 requieren que han de resultar manifiestas "*las circunstancias que lo determinen*", es decir los elementos (de trasfondo fáctico) subjetivos (carencia de un fin legítimo) y objetivos (anormalidad en el ejercicio del derecho) que determinen el abuso. La sentencia de 22 de junio del 2010 requiere intención "*bien definida*" de causar daño. La acreditación no constituye un elemento propiamente dicho de la figura que estamos estudiando sino de su apreciación judicial. Esta regla jurisprudencial está en directa relación con la de que el abuso sea manifiesto. La doble exigencia deriva de la regla de interpretación restrictiva que la seguridad jurídica, cuando no un principio de cautela, piden respecto de las figuras que encierran un riesgo de inseguridad legal, por ejemplo el repudio del fraude a la ley (45). La sentencia de 11 de julio de 1994 pone de relieve que, precisamente por tratarse de un remedio extraordinario, la apreciación del abuso requiere que éste sea patente y manifiesto, estableciendo así

una relación de causalidad entre la naturaleza del abuso (remedio extraordinario) y el requisito procesal de plena acreditación.

C. Acreditación de una base fáctica.- Como señala la sentencia de 11 de julio de 1994, la apreciación de abuso de derecho constituye una cuestión jurídica que requiere la acreditación de una base fáctica. Por ello reiterada jurisprudencia requiere que, para apreciar abuso de derecho, se determinen, sea las premisas de hecho (sentencias de 26 de abril de 1976 y 14 de julio de 1992), sea la base fáctica (sentencias de 3 de noviembre de 1990, 30 de mayo de 1998, 1 de julio del 2001, 28 de mayo de 2002 y 1 de febrero del 2006), de las que resulte indudablemente el abuso. Las sentencias de 18 de julio de 2000 y de 22 de junio del 2011 requieren que la base fáctica proclame las circunstancias objetivas y subjetivas constitutivas del abuso de derecho. Por lo tanto, con fórmulas de trasfondo similar, repetidas sentencias requieren que se acrediten en juicio unos hechos de los que resulten los elementos subjetivos y objetivos, y por tanto las circunstancias constitutivas del abuso. La doctrina jurisprudencial viene exigiendo la plena acreditación de las circunstancias justificativas de la aplicación de la doctrina del abuso de derecho (sentencias de 3 de noviembre de 1990, 28 de junio del 2001, 28 de mayo del 2002, 28 de enero del 2005, 10 de junio del 2008, 4 de junio del 2009 y 15 de octubre del 2010). Las sentencias de 1 de febrero del 2006 y 27 de junio del 2011 requieren que la base fáctica proclame las circunstancias subjetivas y objetivas que justifican la aplicación de la doctrina del abuso de derecho.

D. Análisis casuístico.- Como consecuencia de hecho necesaria del requisito de plena acreditación, la jurisprudencia ha venido a exigir un análisis casuístico de los hechos que fundamentan la imputación. Así, la sent. de 16 de julio del 2007 exige investigar con cuidado los hechos que fundamentan la imputación de abuso y un riguroso análisis de la conducta procesal del imputado y la de 4 de setiembre del 2008 exige tener en cuenta todas las circunstancias del caso. La sentencia de 22 de junio del 2010 requiere, como hemos señalado más arriba, una intención manifiesta de causar daño, o bien utilización de modo anormal o contrario a la convivencia social, lo que evidencia que cada caso requerirá un análisis casuístico para comprobar la gravedad de la intención y determinar en que consiste la anormalidad de ejercicio o el modo de atentar a la convivencia social.

E. Carencia de otros remedios.- Algunas resoluciones judiciales (sentencias de 22 de octubre de 1988, 11 de julio de 1994, 4 de julio del 2003 y y 8 de mayo del 2006) requieren que la aplicación de la figura del abuso de derecho se circunscriba al caso de imposibilidad de otros remedios, lo que implica llevar a sus últimas consecuencias la calificación de esta vía como recurso extraordinario.

III. APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL ABUSO

Regle general previa: aplicación restrictiva.- Es consecuencia necesaria de la condición excepcional del repudio del abuso de derecho y viene proclamada entre otras por las sent. 14 de octubre del 2004, 21 de setiembre del 2007 y 20 de junio del 2008.

1. Apreciación casuística del abuso.

En lo que vamos a exponer seguidamente se aprecia un evidente casuismo jurisprudencial, como consecuencia de las peculiaridades y planteamientos propios de cada litigio en particular.

A. Viabilidad de la reclamación.- La doctrina jurisprudencial ha resuelto que nuestro sistema admite la posibilidad de demandar para obtener la reparación de los daños causados en otro juicio (sents. de 23 de noviembre de 1984, 31 de julio de 1996 y 14 de mayo de 2002); pero que el derecho de pedir justicia está reconocido constitucionalmente, por lo que hay que tener un exquisito cuidado en apreciar abuso de derecho procesal, para no coartar la facultad de acudir a los Tribunales (sentencias de 23 de noviembre de 1984, 31 de enero de 1992, 15 de octubre de 1992 y 31 de julio de 1996).

B. Oposición a la división de finca.- La sentencia de 19 de diciembre del 2008 consideró abusiva la oposición, sin razones aceptables, de un comunero, en propiedad horizontal a que otro comunero dividiera registralmente su finca de modo que los anejos a su finca se inscribieran como entidad independiente.

C. Actividades nocivas.- La sentencia de 16 de julio de 1993 ha apreciado abuso de derecho en actividades molestas para el vecindario y declarado que compete al juzgador apreciar si una actividad adolece ese vicio. Por lo tanto en nuestra país existen dos especiales de actividades molestas, peligrosas o insalubres: las así declaradas por disposición legal y las estimadas por los Jueces. Es de advertir que los efectos de ambas son distintos: las que vulneran norma legal son sancionables administrativamente, cuando no penalmente (delito de creación de riesgos) mientras las apreciadas judicialmente darán lugar a modificación de conducta y en su caso a indemnización.

D. Nulidad innecesaria de acuerdo social.- La sentencia de 9 de marzo del 2007 ha considerado abusiva la pretensión de nulidad de un acuerdo societario cuando se había satisfecho la finalidad esencial de la norma consistente en la verificación de las cuentas por un experto independiente.

E. Discriminación en el uso.- El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de setiembre del 2007 ha apreciado abuso de derecho (que implica distinción en trato perjudicial) en una sociedad de trasfondo familiar que, sin justificación, niega vivienda a una hermana-socio cuando se benefician de esa ventaja los restantes hermanos.

F. Prueba extemporánea del rebelde.- Ha sido declarada abusiva la pretensión de práctica de prueba en segunda instancia interesada por un rebelde al que se hallaba en tal situación por causas a él imputables (sent. de 10 de mayo del 2006).

G. Vía procesal abusiva.- La sentencia de 25 de enero del 2006 consideró abusivo el proceder del acreedor hipotecario que inicialmente recurre al procedimiento ejecutivo común, obteniendo sentencia a su favor, deja trascurrir el tiempo sin instar el apremio y manteniendo dicha situación insta ejecución por el procedimiento hipotecario.

H. Pretensión abusiva.- Nuestro Tribunal Supremo ha entendido que, como regla general quien litiga en defensa de lo que considera que constituyen sus derechos no incurre en abuso, aun cuando su pretensión no prospere ante los tribunales; no obstante incurre en abuso en caso de inexistencia de "*justa causa litigandi*" (sentencias de 4 de abril de 1932, 13 de junio de 1942 , 5 de enero de 1977). y 30 de junio de 1998), lo que lleva a un inevitable casuismo para analizar si existía causa justificativa en cada pretensión desestimada. Adviértase que la tesis jurisprudencial acabada de recoger, en el terreno de los principios se formula con anterioridad a la reforma de 1974.

2, Exclusión casuística de la figura.

La relación de supuestos excluidos del amparo frente al abuso de derecho por propia naturaleza es casuística. Con todo cabe deducir de la jurisprudencia ciertas reglas relativamente generales

A. Inexistencia objetiva de abuso.- El Tribunal Supremo ha entendido con carácter general que no hay abuso de derecho, aun cuando se perjudiquen los intereses ajenos, en el ejercicio de facultades sin intención de dañar ni de modo anormal, ni plenamente opuesto a la convivencia regular (sents. de 5 de abril de 1993 y 10 de junio de 2008, apoyadas en las de 25 de junio de 1985, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991 y 11 de abril de 1995). Según la sentencia de 30 de junio de 1986 tampoco incurre en abuso quien ejercita un derecho con el lícito propósito de poner fin a una transgresión jurídica

B. Uso directo de un derecho.- Las sent. de 14 de diciembre de 2007 y 4 de junio del 2009 entienden que no hay abuso de un derecho cuando su titular se limita a ejercer un derecho que la ley le concede. La de 7 de junio del 2011 sustenta que no procede la imputación de abuso de derecho cuando la actuación controvertida "*está cubierta por un precepto legal*". Asimismo las sentencia de 18 de mayo de 1981, 16 de diciembre de 1987, 7 de julio de 1989 y 2 de diciembre de 1994 sustentan que no incurre en abuso quien se limita a ejercer un derecho directamente garantizado por preceptos legales. Las sentencias de 6 de abril de 1987 y 11 de julio de 1994 han entendido que no hay abuso en quien ejercita una acción resolutoria amparada en preceptos legales, aun cuando se produzca la colisión de intereses de arrendador y arrendatario que entran en juego al extinguirse el vínculo contractual. Siguiendo este criterio , la sentencia de 26 de enero de 1993 ha dictaminado que no incurre en abuso de derecho quien se apoya en una norma que atribuye una facultad *determinada*, ni actúa contra la finalidad de la misma, pues su comportamiento está en ese caso garantizado por un precepto legal.

Lo cierto es que todo abuso supone una apoyatura en una disposición, desviándose, de modo perjudicial para tercero, de su razón de ser; por lo cual el problema radica no en apreciar la apoyatura en una disposición, sino *en el apartamiento de la razón finalista de la misma*; por ello el mero apoyo en una disposición nos parece razón insuficiente para rechazar el abuso. En otras palabras, el criterio jurisprudencial acabado de exponer concuerda con el carácter extraordinario de la doctrina del abuso, pero *el problema radica precisamente en la determinación de los casos en que el sujeto ejerce una facultad dentro de los límites de la razón de su atribución*. Por lo tanto, la doctrina de la jurisprudencia acabada de exponer pide una precisión. Propiamente el abuso de derecho siempre implica el ejercicio formal de un derecho; por tanto, para apreciar inexistencia de abuso, no basta comprobar que se ha ejercido un derecho. Como señala Asua (46), la regla general es que no abusa quien se ampara en un derecho, pero puede incurrir en una conducta abusiva si el derecho se utiliza en condiciones reprochables por las circunstancias en que se ejerce, Por tanto el *problema es de ponderación*, a fin de determinar si el derecho se ha ejercido o no dentro de circunstancias normales.

Tratando de precisar esta difícil cuestión la jurisprudencia ha entendido que no abusa de su derecho quien se limita a tratar de poner coto a una trasgresión ajena (sent. de 5 de febrero de 1959, 25 de junio de 1983 y 17 de setiembre de 1987) ni cuando la acción ejercitada está directamente garantizada por un precepto legal, lo que excluye actuar contra las finalidad de la norma (sent. de 16 de diciembre de 1987) o cuando se recurre al remedio previsto por el legislador (sent. de 16 de diciembre de 1987 y 2 de noviembre de 1988)

C. Acto pactado.- El Tribunal Supremo (sents. de 18 de abril de 1990 y 2 de noviembre de 1990) ha considerado que no incurre en abuso de derecho quien ejerce una medida que las partes habían previsto y pactado. Es una tesis suscribible como regla general, aun cuando nos preguntamos si ha de ser operativa en los contratos de adhesión y en los leoninos, es decir en aquellos casos en que la libre voluntad de una de las partes resulta dudosa.

D. Exclusión del causante.- Según la sentencia de 30 de enero de 1978, el abuso de derecho no puede invocarlo el causante de una conducta antijurídica que origina el derecho del perjudicado a oponerse a que subsistan los efectos de la conducta ilegal de la contraparte. La de 9 de febrero de 1983 ha especificado que el responsable de una conducta antijurídica no puede oponer a la víctima una alegación de abuso de derecho, aun cuando la sanción resulte desmesurada.

E. La finalidad de la norma.- El Tribunal Supremo ha entendido que no actúa abusivamente quien lo hace de modo concorde con la finalidad de la norma (sents. de 5 de abril de 1948, 19 de abril de 1965, 20 de diciembre de 1966 y 18 de mayo de 1981)

F. Utilización improcedente.- La sentencia de 17 de mayo de 1957 ya advirtió que no cabe invocar la doctrina del abuso de derecho, para proceder al incumplimiento de las propias obligaciones.

G. Cesión de derecho arrendaticio de padre a hija.- La sentencia de 13 de junio del 2003 ha sustentado en que no hay abuso jurídico en que una hija reciba de su padre la cesión del derecho arrendaticio.

H. Rescisión de arrendamiento.- El Tribunal Supremo ha considerado que, por actuar de acuerdo con la finalidad de la disposición legal, no incurre en abuso de derecho el arrendador que acciona resolviendo un contrato de arrendamiento, cualquiera que fuere la causa legítima aducida (sentencias de 5 de junio de 1975 y 18 de mayo de 1981).

I. Retracto.- Como regla general y según vimos, el Tribunal Supremo ha entendido que no cabe apreciar abuso en el ejercicio de una facultad directamente atribuida por la legislación, En virtud de esta tesis ha considerado que no hay abuso de derecho en el ejercicio de la facultad de retracto (en base a las sentencias de 28 de abril de 1976, 6 de abril de 1987, 11 de julio de 1994, 6 de febrero de 1999, 21 de diciembre del 2000, 14 de mayo de 2002, 2 de julio del 2002 y 27 de octubre del 2006).

J. Derechos de comunero.- La sentencia de 14 de diciembre del 2007 considera que no cabe apreciar abuso de derecho en el ejercicio directo de los derechos de comunero.

K. Acción de deslinde.- La sentencia de 7 de julio de 1980 entendió que no hay abuso de derecho en ejercer la acción de deslinde, por no ser acto contrario a la buena fe, ni a la equidad, ni implicar de suyo intención de dañar.

L. Oposición a comportamientos susceptibles de originar servidumbre.- La sentencia de 9 de febrero de 1983 ha admitido que no es abusiva la oposición a la construcción de aperturas en un predio que podrían dar lugar a servidumbres y limitar los derechos dominicales en la finca del opositor.

M. Problema de las demandas rechazadas.- La doctrina del Tribunal Constitucional (sents nº. 32 de 21 de febrero de 1986 y nº 16 de 18 de julio 1991) y del T. Supremo (sentencias de 18 de julio del 2001, 29 de diciembre del 2004, 8 de julio del 2010, 3 de diciembre del 2010 y 26 de mayo del 2011) ha entendido que no toda pretensión judicial desestimada implica abuso de derecho; que la interposición de la reclamación en la vía procesal que el solicitante considera más adecuada está en principio amparada por el derecho a la tutela judicial; que para incurrir en abuso de derecho se requiere la concurrencia de malicia o temeridad defintorios de tal abuso. La sentencia de 12 de diciembre del 2011 ha especificado que, como regla general, quien demanda en principio ejerce su derecho de acudir a los tribunales y por tanto no incurre en abuso, aun cuando no obtenga satisfacción a su pretensión. En otras palabras, la corrección del planteamiento de una demanda no se condiciona a que ésta tenga éxito, doctrina necesaria para evitar que el miedo a una condena paralice pretensiones susceptibles de resultar legítimas. Esto no obstante, según las sentencias de 14 de marzo del 2003, 29 de diciembre de 2004 y 12 de diciembre del 2011, puede apreciarse abuso de derecho si, en el ejercicio de una petición a los

Tribunales, concurren los elementos determinantes del ejercicio abusivo de la facultad de demandar y que se está en este caso cuando el litigante, por negligencia no se asegura el alcance de la acción ejercitada.

3. Trato procesal.

A. Materia dispositiva.-Las sentencias de 14 de julio de 1984 y 31 de octubre de 1989 han especificado que el alegato de abuso de derecho es materia dispositiva. Consiguientemente para su apreciación se requiere sea alegado en juicio y que sea objeto de prueba y debate conforme al principio "*audiatur et altera pars*".

B. Función jurisprudencial casuística.- Como hemos indicado al tratar de su fundamento, la doctrina del abuso de derecho supone que toda facultad subjetiva, además del límite formal consagrado en la legislación, tiene otro límite implícito de carácter ético y finalista. Por lo mismo que se trata de un límite que no ha sido formalizado, en cada caso corresponde concretarlo a la jurisprudencia. A ello se dirige el conjunto de sentencias invocadas en este trabajo; y por tal razón la de 6 de febrero de 1999 advierte que la figura del abuso de derecho constituye un concepto indeterminado, que no puede ser concretado a priori, por lo que ha de especificarse en cada caso.

C. Excepción.- Como señala Gullón (47) el abuso de derecho implica una falta de acción para ejercitar el correspondiente derecho subjetivo en la forma pretendida por el sujeto que se excede y consiguientemente genera a favor de la víctima una excepción para oponerse a la pretensión abusiva (48).

D. Desestimación.- La ley Orgánica de la Judicatura (art. 11) y la vigente de Enjuiciamiento Civil (art. 247) facultan al Juzgador para rechazar las peticiones que constituyan abuso de derecho. Gullón (49) entiende que la decisión judicial ha de basarse en el art. 7,2 del C. Civil. O'Callghan (50) sustenta que el art. 11,2 implica que, si un juzgador advierte que una petición es abusiva, puede aplicar los efectos del art. 11 "*directamente, sin el análisis de los elementos*". Creemos que esta cuestión pide precisiones: 1º Efectivamente si una petición implica abuso de derecho el juez puede rechazarla de oficio. 2º Este rechazo ha de basarse en el art. 11 de la Ley Orgánica de la Judicatura y en el art. 247 de la de Enjuiciamiento Civil; siendo una medida procesal no precisa apoyo adicional en el art. 7,2 del Código.- 3º Entendemos que esta decisión judicial es recurrible y que se ha de formular mediante auto razonado, por pedirlo así la regla que veda la indefensión del solicitante.- 4º La posibilidad de rechazar de oficio no alcanza a la petición de indemnización la cual está sometida al principio de justicia rogada (51).

E. Distribución de competencias.- La sentencia de 28 de enero del 2005 ha declarado que compete al juez de instancia apreciar los hechos en que se funda una imputación de abuso de derecho; pero que son verificables en casación: a) el error en la valoración probatoria para la fijación de la procedencia fáctica de la aplicación de la doctrina del abuso jurídico; y b) la significación jurídica de los datos en que se apoya la imputación de abuso..

En base a las sentencias de 28 de enero del 2005 y 4 de setiembre del 2008 el abuso de derecho se determina mediante el análisis jurídico de los hechos en que se funda la imputación de abuso. Consiguientemente estamos ante una cuestión jurídica revisable en casación. No obstante las sentencias de 14 de julio de 1984 y 31 de octubre de 1989 han sustentado que no cabe formular el alegato de abuso de derecho en casación si no fue previamente alegado y objeto de prueba en la primera instancia, al ser materia dispositiva.

4. Efectos.

A. El problema de la desprotección.- Un sector de la doctrina, a la vista de la redacción del art. 7,2 del Título Preliminar reformado, sustenta que el legislador no prohíbe el abuso de derecho. sino que lo desprotege (52). No entendemos la diferencia entre prohibición y desprotección legal. Pero además estamos ante una verdadera prohibición desde el momento en que el art. 7,2 admite que el abuso de derecho pueda dar lugar a responsabilidad civil, a nulidades y a medidas administrativas y judiciales para ponerle coto.

B. Indemnización (responsabilidad civil).- La idea de indemnización aparece ya en Calvo Sotelo, pues apoyó su doctrina del abuso en el art. 1902 del Código civil. Las sentencias de 1 de febrero del 2006 y 27 de junio del 2011 consideran que el efecto más corriente, pero no necesariamente único, del fraude a la ley lo constituye la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. La obligación la recoge el art. 7,2 que dispone los daños causados darán lugar a *“la correspondiente indemnización”*. A la vista de esta disposición se ha planteado el problema de si estamos ante una responsabilidad nueva (regulada en el art. 7 del Código civil) o ante las clásicas contractual (art. 1101 y sgtes.) o extracontractual (art. 1902 y sgtes) (53).

Planteando con carácter general el problema de la naturaleza de la responsabilidad que nos ocupa, entendemos : 1º En ningún caso estamos ante una responsabilidad derivada de delito (regulada en nuestros sucesivos Códigos Penales) pues el abuso de derecho es por propia naturaleza una inmoralidad no delictiva..- 2º Nada autoriza pretender que el art. 7 establece una nueva figura de responsabilidad, pues ni lo dispone ni lo implica ya que la referencia a la *“correspondiente”* responsabilidad constituye una remisión a las existentes en el conjunto del ordenamiento legal.- 3º La responsabilidad derivada del abuso será por tanto contractual o extracontractual, según el abuso se produzca en el seno de una relación contractual (supuesto extraordinario) o al margen de la misma (supuesto ordinario).- 4º Consiguientemente se le aplicarán las disposiciones sobre responsabilidad contractual o extracontractual, según proceda en cada caso y con la misma finalidad compensatoria que si se tratara de responsabilidades civiles ordinarias.

C. Ineficacia del acto abusivo.- Como señala Gullón (54) frecuentemente al perjudicado, más que una indemnización lo que puede interesar es la nulidad sustantiva del acto jurídico abusivo o en su caso, la ineficacia procesal del mismo; y el art. 7,2 se abre a que se ponga término a la actuación abusiva cuando admite la posibilidad de adopción de medidas que pongan fin a la misma.

a) La **desestimación judicial** de peticiones procesalmente abusivas deberá consignarse en Resolución razonada (auto, sentencia) y recurrible, pues de no ser así, se daría lugar a indefensión, es decir a abuso en la aplicación de la doctrina del abuso.

b) La **nulidad sustantiva** plantea el problema de si estamos ante una nulidad radical o ante la anulabilidad del acto abusivo. El texto del Código Civil ("*la ley no ampara...*") sugiere la idea de que estamos ante una nulidad radical (y así parecía avalarlo la sentencia de 4 de marzo de 1967, anterior a la reforma de 1974). No obstante el sistema jurídico opera en su conjunto y entendemos que estamos ante un acto anulable por cuanto el acto abusivo supone un comportamiento de suyo lícito, que pasa a ser irregular por sus efectos y la anulación ha de ser solicitada por la parte (sents. de 4 de octubre de 1961 y 25 de octubre de 1974, entre otras) y los efectos negativos apreciados por el juez, por lo que la nulidad no opera de oficio, lo que es impropio de la nulidad radical. Distinto sería el supuesto del ejercicio antisocial del derecho en que el interés perjudicado es público.

Al requerirse la solicitud de parte para anular el acto abusivo, hemos de preguntarnos si se precisa la solicitud *expresa* del perjudicado o si basta la solicitud *tácita o implícita*; es decir, si cabe sentenciar dando lugar a la nulidad en aquellos casos en que la anulación no ha sido formalmente solicitada, pero el contenido del suplico de una demanda es tan amplio que abarca la posibilidad de una anulación no interesada formalmente. En tal caso, si los hechos probados acreditan la comisión del abuso, creemos justificado acordar una anulación que resulta de lo solicitado implícitamente, pues el juez ya no incurre en "ultra pētium".

La nulidad sustantiva también plantea el problema de si ésta ha de ser *total* (afectado a toda la relación jurídica) o *parcial* (limitada al aspecto del negocio jurídico en que se ha producido el abuso). La sentencia de 24 de febrero de 1959 se ha abierto a la opción entre ambas soluciones en función de las circunstancias del caso, Personalmente suscribimos esta conclusión con la precisión de que el principio de conservación de los actos jurídicos pide que, si las circunstancias del caso lo permiten, se opte por la nulidad parcial.

c) La Ley de Sociedades Anónima de 1951 (art. 67) admitió la impugnación de los acuerdos sociales abusivos por nocivos. Entendemos que a la vista del art. 7,2 del Título Preliminar, esta posibilidad de impugnación se abre a todo acuerdo societario con independencia de la naturaleza de la entidad de que se trate (cooperativa, asociación recreativas, etc.). Lo mismo pide la analogía.

d) Si el abuso está vinculado a un contrato, el perjudicado podrá interesar, según los casos, sea medidas correctoras del mismo, sea la nulidad del pacto abusivo o su novación. La opción entre la nulidad y la novación es una de las cuestiones más difíciles, y a falta de otras reglas, habrá que estar a los principios generales del Derecho y por tanto a la interpretación de la voluntad presunta de las partes, y a los principios de conservación de los actos jurídicos en lo posible y del menor daño resultante.

D. Cese de conducta.- El art. 7 del Código Civil no hace referencia directa al cese de la conducta abusiva. No obstante, es evidente que, si una conducta es

irregular, la primera providencia ha de consistir en disponer el cese de tal conducta. Las sentencias de 6 de febrero de 1999 y 14 de mayo del 2002 admiten formalmente que la víctima del abuso puede interesar del cese de la conducta irregular, además de la indemnización por los daños causados.

E. Medidas judiciales y administrativas.- Sustenta O'Callaghan que estas medidas han de dirigirse a evitar la persistencia del abuso; y lo confirma el art. 7,2 del Título Preliminar al admitir la adopción de medidas judiciales y administrativas "*que impidan la persistencia del abuso*". Pero el texto legal no especifica de que medidas se trata y hasta el presente la jurisprudencia no ha construido un sistema general regulador de las medidas en cuestión.. Con todo entendemos se pueden postular las siguientes conclusiones:

a) Las medidas pueden ser judiciales o administrativas, pues sobre este punto el texto legal es claro.

b) Las medidas, tanto judiciales como administrativas habrán de dirigirse a evitar la persistencia del abuso (por expresa disposición del art. 7) e incluso su nacimiento (por interpretación racional de la razón y alcance de la norma que repudia el abuso), por tanto consistirán sea en denegación de peticiones (por abusivas), sea en requerimientos de rectificación de conductas (acciones u omisiones).

c) Las medidas judiciales consistirán en resoluciones dirigidas sea a evitar, sea impedir el abuso. Evidentemente estas resoluciones podrán consistir en sentencias; pero también podrían consistir en autos razonados, por ejemplo denegando la petición de un trámite incidental abusivo; dudamos puedan consistir en providencias por cuanto las mismas no consignarían las razones para denegar una petición formalmente correcta que, de no ser abusiva, sería lícita. En todo caso deberá tratarse de medidas admitidas en la Ley de Enjuiciamiento correspondiente (civil, laboral, etc.) pues los jueces están obligados a resolver conforme a Derecho.

d) Las medidas administrativas variarán según la particularidad normativa que aplica cada rama de la Administración. En todo caso, podrá tratarse de decisiones de la Administración central, de la periférica y de la autónoma (territorial o de Instituciones de servicios descentralizados como el INSS). Llegamos a esta conclusión aplicando el principio en virtud del cual no caben distingos donde la ley no los establece; y asimismo por cuanto la razón de la ley en este caso abarca por igual a todas las ramas de la Administración española. En todo caso deberá tratarse de medidas dictadas conforme a la legislación reguladora de la rama de la Administración actuante, también por la razón de que la Administración está obligada a actuar conforme a Derecho.

e) Si el órgano administrativo que ha de repudiar el comportamiento abusivo goza de facultades decisorias en la materia en cuestión , podrá requerir directamente la rectificación de conducta. De no gozar de tal facultad deberá dirigirse

al órgano facultado para requerir (aplicando las reglas generales de los arts. 12 a 21 de la Ley administrativa 30/92).

f) El acto administrativo imputando abuso de derecho deberá estar motivado, visto el art. 54 de la Ley administrativa 30/92, así como de conformidad con el principio de seguridad jurídica.

g) En el caso particular del Derecho Social, la Inspección de Trabajo está facultada para requerir (art. 49 del RD. Leg. 5/2000, reformado que aplica el art. 17 del Convenio 81 de la OIT). Esta facultad abarca la de requerir la corrección de conductas abusivas; y en caso de desatención del requerimiento faculta a sancionar su incumplimiento (arts. 7,10 y 39,2 del RD. Leg. 5/2000, reformado). Entendemos que dichos requerimientos son recurribles (55).

F. Problema de la sanción.- Con muchas reservas doctrinales, entendemos que *de lege data*, el abuso de derecho no es directamente sancionable (cuestión distinta es la de las sanciones por desatender requerimientos en las materias en que la Administración goza de la facultad de requerir). Como regla general en un sistema punitivo como el nuestro, en que opera el principio de legalidad punitiva, no cabe sancionar comportamientos apoyados en la letra de la ley (art. 1 del Código Penal de 1995, concorde en este punto con los Códigos precedentes; art. 127 de la ley administrativa 30/92) y el abuso de derecho se caracteriza por aplicar la letra de la ley.

G. Responsabilidad de tercero.- Ante el problema de si el abuso pueda afectar a terceros, la sentencia de 24 de febrero de 1959 ha formulado la siguiente distinción : 1º si los terceros eran “*ajenos a la voluntad torpe*” del ejerciente del abuso no responderán de los daños causados..- 2º Por el contrario si “*conocedores del torpe móvil...coadyuvan con sus actos a la consecución del fin ilegítimo*”, concurrirán en la responsabilidad derivada del abuso. Generalizando esta doctrina podemos concluir que son sujetos responsables los incursores directamente en abuso y sus coadyuvantes que pasan a asumir su parte de responsabilidad a título de coautores. Y en efecto abonan en favor de esta doctrina las mismas razones que en materia penal establecen la responsabilidad de los cómplices.

NOTAS

(1) Salvo indicación en contrario, las sentencias que citamos en este trabajo proceden de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

(2) Digesto, lib. L, tit. 17, leyes 55 y 155.

(3) Partida VII, tit, 34, regla 14.

(4) Utilizamos la expresión “actos de emulación” por ser fórmula consagrada. No obstante dudamos de su acierto ni etimológico ni actual, ya que emulación deriva del término

latino “aemulare”, que responde a la idea de imitación, no a la de generación de perjuicio, idea conservada en el Diccionario de la R. Academia. Solo la idea derivada de rivalidad tiene una relativa relación con el significado que se da jurídicamente a los llamados actos de emulación.

(5) PASCUAL MARÍN PEREZ, *Voz Abuso del Derecho*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica” (Seix), Tº II, Barcelona 1950, pág. 150.

(6) Dada la naturaleza de este trabajo, nos limitamos a señalar los antecedentes del abuso de derecho en la medida en que contribuyen a fijar su concepto. El lector interesado en un mayor conocimiento de dichos antecedentes puede consultar el interesante estudio de J. CASTAN VAZQUEZ, *El abuso de derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, publicado en “Academia matritense del Notariado.-. Estudios sobre el Título Preliminar del Código civil”, Tº I, Madrid, 1977, pág.474 y sig.

(7) JOSÉ CALVO SOTELLO, *La doctrina del abuso del Derecho*, Madrid, 1917

(8) BLAS PEREZ GONZALEZ y JOSE ALGUER, *Anotaciones a ENNECERUS-KIPP-WOLF, Derecho civil*, Parte General, Vol. 2 , Barcelona, 1946, pág. 533 y sig.

(9) XAVIER O´CALLAGHAN, *Código civil. Comentario y Jurisprudencia*, Madrid, 2012, pág. 42.

(10) J. LLUIS Y NAVAS, *Elementos de Teoría General del Derecho*, Barcelona, 1988, pág.22 y sig.

(11) MARIN, ob. cit., pág. 127.

(12) J. LLUIS Y NAVAS, *Consideraciones sobre la ignorancia de las leyes*, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield”, Tº I, Córdoba de Argentina, año 2000, pág. 425 y sig.

(13) J. CALVO SOTELLO, ob. cit., pág. 127.

(14) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, puesto al día por J. L. DE LOS MOZOS, Tº I, Vol. 1ª, Madrid, 1982, pág. 606.

(15) Véase CASTAN-DE LOS MOZOS, ob. cit., Tº I, Vol, 1º, pág.. 606 y Tº I, Vol. 2º pág. 65.

(16) JOSE L. ALBACAR LOPEZ y MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tº I,, Madrid 1995, pág. 150-152.

(17) MARIN, ob. cit., pág. 128.

(18) Véase CHRISTIAN G. SOMMER, *La ignorancia de la ley en los social y culturalmente débiles*, en “Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés”, Tº I Córdoba de Argentina, pág. 103 y sig.

(19) Véase MARIN ob. cit.,, pág.134 y ALBERTO G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Tº I, Vol, 2º Buenos Aires 1947, págs. 726-742

(20) JORGE VELEZ GARCIA , *Una aproximación a los derechos y su núcleo esencial*, "Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield", Tº I, Córdoba de Argentina, año 2000, pág.587.

(21) MARIN, ob. cit., pág 127 y sig.

(22) J. LLUIS Y NAVAS, *Las doctrinas de Mariana sobre el derecho del Rey*, "Caesaraugusta" nº 21-22 (1964), pág. 123 y sig.

(23) ALBACAR Y MARTIN-GRANIZO, ob. cit.,pág, 150.

(24) MARIN, ob. cit., pág 132-134 y CASTAN VAZQUEZ, ob. cit.,pág. 478

(25) O´CALLAGHAN, ob. cit., pag. 42 y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, en la ob.col. dirigida por IGNACIO SIERRA-GIL DE LA CUESTA *Comentario del Código civil*, Tº I, Barcelona, 2006, pág. 126.

(26) C. ASUA GONZALEZ, *Código civil comentado*, Vol I, Cizur Menor, 2011, pág. 96.

(27) En este punto coincidimos con CASTAN VAZQUEZ, ob, cit, pag, 514.

(28) LUIS MOISSET DE ESPANES, *Teoría de la imprevisión*, en "Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil", Tº II, Córdoba de Argentina, 2009, pág. 1118-1122.

(29) CASTAN VAZQUEZ, ob. cit., pág. 510

(30) A. RODRIGUEZ ADRADOS, *El fraude a la ley*, en la ob. col. "Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil", Tº I, Madrid, 1977, pag. 316.

(31) Véase B. BERMEJO CEBALLOS, *La buena y la mala fe en los negocios jurídicos*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (1927), pág. 317 y sig.

(32) ASUA, ob. cit., pág.96.

(33) Véase F. SOTO NIETO, *Principios éticos en el proceso, el fraude y la estafa procesal*, "Revista de Derecho Privado" (1974), pág. 889 y sig.

(34) A. CASTAÑO MONTES, *La costumbre, la jurisprudencia y la equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" nº 423 (1977), pág. 413 y sig.

(35) ALBACAR y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 149 y sig.

(36) ALBACAR Y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 150

(37) J. GARCIA VALDECASAS, *Los Principios Generales del derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil*, "Anuario de Derecho Civil", (1975), pág. 334-335.

(38) Véase SOTO, ob. cit., pág. 890 y H. DEVIS ECHANDÍA , *Fraude procesal, sus características, configuración legal y represión*. "Revista de Derecho procesal iberoamericana" (1970), pág. 744.

(39) Véase MOISSET, ob. cit., pág. 1119 y sig. RODRIGUEZ ADRADOS, ob. cit., pág. 315 y sig., J.M. MARTIN OVIEDO, *El acto en fraude de la ley como especie del acto contrario a la ley*, "Revista de Derecho Privado" (1967), pág.304 y sig. y J. LLUIS Y NAVAS, *El fraude de ley ante el Derecho interno de los Estados*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (1957), pág. 587 y sig.

(40) Sobre la trascendencia del elemento finalista en el conjunto del sistema legal, véase J. MANS PUIGARNAU, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, 1947, pag.12 y sig.

(41) DEMOFILO DE BUEN, Adiciones al *Curso elemental de Derecho Civil* de A. Colin y H. Capitant, Tº III, Madrid, 1924, pág. 803

(42) CASTAN VAZQUEZ, ob., cit., pág. 522.

(43) Tanto Federico de Castro como Albadalejo consideran que la finalidad de la ley constituye el objeto de la interpretación. Véase F. DE CASTRO, *Derecho civil español*, Parte General, Tº I, Madrid, 1949, pág. 46 y sig. y M. ALBADALEJO, *Derecho civil*, Tº II, Barcelona, 1973, pág. 141.

(44) Véase J. M. RUIZ DE VELASCO, *La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" nº 235 (1973), pág. 433-435.

(45) Véase D. MATILDE FERREIRA, *El poder judicial frente a los Valores de Seguridad y Justicia*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", nº 249 (1980), pág. 459,

(46) ASUA, ob. cit., pág. 96.

(47) GULLON, ob. cit., pág 125

(48) Véase LEONARDO PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, TºI, Zaragoza, 1946, pág. 53 y sig.

(49) GULLON, ob. cit., pág. 126

(50) O'CALLAGHAN, ob. cit., pág. 42

(51) Véase C. ONECHEA SANTAMARIA, *Relaciones entre Legislación y Jurisprudencia*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" nº 237 (1974), pág. 138 y sig.

(52) Véase ALBADALEJO, ob. y vol. cits., pág. 34 y CASTAN-DE LOS MOZOS, ob. cit., Tº I, Vol. 2º, pág 69.

(53) ALBACAR Y MARTIN GRANIZO, ob. cit., pág. 151-152.

(54) GULLON, ob. cit., pág. 125-126.

(55) Véase J. LLUIS Y NAVAS, *Los procedimientos administrativos de infracciones y liquidaciones de Trabajo y Seguridad Social*, Barcelona, 1997, pág. 219 y sig.