

EL ABUSO DEL DERECHO  
EN EL ARTÍCULO 7.2  
DEL CÓDIGO CIVIL

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por el

Ilmo. Sr. D. MIGUEL DE ANGULO RODRÍGUEZ



CONTESTACIÓN por el

Excmo. Sr. D. RAFAEL LÓPEZ CANTAL

Académico de Número y Secretario de esta Real Academia



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 10 de junio de 2014

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de Granada

*Coordinación:* Ediciones Miguel Sánchez

*Diseño y maqueta:* Susana Martínez Ballesteros

*Depósito legal:* GR-1.765/2014

*I.S.B.N.:* 978-84-697-1398-3

*Impresión y encuadernación:* Centro Gráfico Digital Granada

«Publicación no venal»

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de Granada,  
Excmas. e Ilmas. Autoridades,  
Excmos. e Ilmos. Sres. Académicos,  
Señoras y señores:

*N*ECESARIAMENTE HAN DE SER ESTAS primeras palabras más la expresión de sincera gratitud hacia todos y cada uno de los miembros de esta prestigiosa Corporación por el hecho de que, de modo tan unánime como generoso, hayais decidido honrarme con vuestra invitación para formar parte de ella; agradecimiento que se acrecienta aún más, si cabe, para con los académicos señores Pérez Vera, López Cantal y García-Valdecasas Butrón por su inicial propuesta en tal sentido. A este público testimonio de agradecimiento sólo puedo añadir la promesa formal de aportar cuanto esté a mi alcance para contribuir, siquiera sea en la modestia de mis fuerzas, a vuestros trabajos en el seno de esta Real Academia, a la que me han unido desde antiguo y siguen uniéndome hoy notorios vínculos familiares. Y precisamente a dos de esos vínculos con sus miembros quiero, en el umbral mismo de mi intervención, rendir el tributo de un cita expresa: me refiero, de un lado, al académico Luis de Angulo Montes, mi padre, cuya figura señera, junto a todos los recuerdos de mi memoria personal, comprenderán Vds. que evoque aquí con obvia emoción; y de otra parte, a mi primo Antonio Angulo Martín, también académico de número y excepcional Magistrado, a cuya desaparición, todavía reciente, muchos aún no nos habituamos.

Quiere la tradición que el recipiendario aluda brevemente a su inmediato antecesor en la Corporación, algo que, en este caso, me resulta especialmente grato. Y es que, al recibir hoy la medalla número uno de esta docta Casa, tendré a gala el ostentarla tras haberla lucido tan dignamente Don Eduardo Roca Roca, artífice muy significado de la restauración de la Academia en 1980, de la que fue luego su Presidente efectivo y, finalmente, proclamado Presidente de Honor, habiendo desempeñado también la presidencia tanto del Instituto de las Academias de Andalucía como de la Conferencia de Academias de Jurisprudencia, Legislación y de Ciencias Sociales y Jurídicas de Iberoamérica. A él me unieron lazos de doble compañerismo, compartiendo afanes y preocupaciones tanto en los claustros universitarios, como en la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Granada; pero es que, además, la diferencia de edad entre ambos no fue obstáculo para que mantuviésemos una relación de verdadera amistad, en cuyo marco me honró confiándome la dirección profesional de algunos asuntos suyos. Vaya pues para Eduardo Roca el homenaje a su muy destacada personalidad, que por conocida no precisa de glosa detallada; y con ese homenaje, mi más afectuoso recuerdo hacia su persona.

Al buscar algún asunto que pudiera resultar de general interés como objeto de mis posteriores palabras, no se me planteó duda alguna en cuanto a entender que las mismas deberían versar obligadamente sobre cualquier materia de las contempladas en el Título Preliminar del Código Civil. No se trata sólo, aunque ya sería bastante con ello, de que el pasado mes de mayo se haya cumplido el cuadragésimo aniversario de la reforma llevada a cabo en dicho Título Preliminar, reforma que entonces tuve ocasión privilegiada de seguir muy de

cerca y a propósito de la cual, posteriormente, publiqué varios estudios sobre algunos de sus preceptos. Es que este Título Preliminar entraña una importancia notoriamente mayor que la correspondiente a su rango legal, pues resulta de «*aplicación general y directa en toda España*», en palabras del artículo 13.1 del propio Código Civil, rigiendo pues como supletorio de las disposiciones forales o autonómicas; y a ello hay que añadir que, «*en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación*», siempre en palabras de ese mismo artículo 13.1, tal función supletoria de sus normas se extiende también a los restantes sectores del ordenamiento positivo, constituyendo de este modo el núcleo básico del clásicamente llamado Derecho Común; por ello, se registra su aplicabilidad inmediata a toda clase de áreas y sectores jurídicos, salvo expresa previsión legal en contrario de las denominadas «leyes especiales», que es la calificación reservada a la legislación reguladora del resto de las materias. Se explica así que esas disposiciones contenidas en el Título Preliminar del Código Civil hayan podido llegar a ser calificadas de «*reglas paraconstitucionales*»<sup>1</sup>.

- 
1. La calificación de las reglas del Título Preliminar del Código Civil como «normas paraconstitucionales», apoyándose en García de Enterría, corresponde a HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel. «Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 198, noviembre-diciembre 1974, pp. 89 y ss.; también suyo, «Marginales al nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 3, 1974, pp. 359 y ss. Con carácter general, véase LA LAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. «Valor actual del Código Civil como Derecho Común», *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*. Valencia, 1975, pp. 39 y ss. Por su parte, Enrique RUIZ VADILLO escribió que el «*Título Preliminar del Código Civil tiene en sí mismo un valor cuasiconstitucionals*», subrayando al respecto la competencia exclusiva del Estado, según el art. 149.8 C.E.; en «La Constitución Española y el Derecho Civil»,

De entre la rica variedad temática del Título Preliminar del Código Civil, una vez descartadas las normas de Derecho internacional privado y las interregionales por su excesiva especialización y ausencia de atractivo genérico, reparé de inmediato en una materia que me pareció particularmente interesante y quizás doctrinalmente algo menos analizada que las demás. Me refiero a la proscripción del abuso del derecho consagrada en el artículo 7.2 del Código Civil, que literalmente dice así:

*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso<sup>2</sup>.*

Como en tantos otros casos, cuando se habla de abuso del derecho ocurre, al igual que al referirnos, por ejemplo, a la causa en los contratos o a la mora en el pago, que estamos en presencia de una denominación y de una materia aparentemente simples de comprender y accesibles para cualquier

---

*Revista de Derecho Privado*, marzo 1979, p. 236. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que la normativa de esta naturaleza contenida en el Título Preliminar «es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil su encaje normativo», vid. fundamento octavo de la sentencia n° 37/1987, de 26 de marzo (B.O.E. n° 89, de 14 de abril de 1987).

2. Este texto fue promulgado por el Decreto n° 1836/1974, de 31 de mayo (B.O.E. de 9 de julio de 1974, n° 163), que sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, conforme a la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para su reforma.

profano, pero que en realidad son institutos jurídicos que ocultan en su seno múltiples problemas e interrogantes. Si tal circunstancia hacía ya atractivo el examen de este precepto, una somera comprobación sobre su aplicación efectiva, según las distintas bases de datos informatizados que hoy facilitan cualquier análisis jurisprudencial, arroja resultados cuando menos llamativos. En efecto, las referencias al abuso del derecho como clave para la localización de resoluciones judiciales relativas a esta figura jurídica pasaron aproximadamente y en términos anuales de sumar unas pocas decenas de resoluciones en la década de los años setenta del pasado siglo a ser unas cuatrocientas en cada uno de los años ochenta, alcanzando a más de dos mil sentencias en las anualidades correspondientes a la década de los noventa, hasta situarse durante lo que va de este siglo en el entorno de las tres mil resoluciones anuales; se denota así la frecuencia con la que se litiga en torno a esta cuestión, aunque conviene adelantar en seguida, sin ánimo estadístico alguno, que es ínfimo el porcentaje de los casos en que los órganos judiciales han apreciado la efectiva concurrencia de un abuso del derecho, algo que, como más adelante veremos, no resulta en modo alguno censurable.

## I

### **ASPECTOS HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO**

La mayor parte de la doctrina que ha estudiado la noción del abuso del derecho suele indicar su origen relativamente moderno, subrayando, acaso con exceso, que el Derecho Romano ignoraba esta figura al tener como principio prácticamente omnímodo el de que quien usa de su derecho a nadie

lesiona («*qui suo iure utitur noeminem laedit*»)<sup>3</sup>. El recurso a la «*aequitas*» como vía para obtener casuísticamente la justicia material, así como la «*exceptio doli generalis*», la máxima de Gayo «*male enim nostro iure uti non debemus*» (no debemos usar mal de nuestro derecho, Instituciones 1.53) o el brocardo enunciado por Celso «*neque malitiis est indulgendum*» (no se sea indulgente con los actos maliciosos, D. 6.1.38), algunos textos de Ulpiano y Paulo sobre aguas pluviales recogidos en el Digesto Justiniano (D. 39.3.1. 11 y 12, y D. 39.3.2.5 y 9) y, en general, la sanción del «*animus nocendi*» a través de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, etcétera, constituían medios muy variados que permitían paliar la rigidez del principio o planteamiento general de que a nadie lesiona el que usa de su derecho; aplicando esas vías se solucionaban los normales conflictos y diferencias entre vecinos, tanto rústicos como urbanos, llegándose así a introducir limitaciones incluso en conceptos tan absolutos como el derecho romano de propiedad<sup>4</sup>. En cualquier forma, parece ciertamente que no llegó a existir entonces construcción jurídica alguna de carácter general que hoy pueda reputarse como antecedente claro de la actual proscripción del abuso del derecho.

---

3. GÓMEZ LA PLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen. «Abuso del derecho», *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre 2006, p. 3. Más matizada es la posición de CUADRADO PÉREZ, Carlos. *La moderna configuración de la doctrina del abuso de derecho*. Madrid, Ed. Aranzadi, 2014, pp. 19 y ss.

4. En esta línea, la tesis doctoral de CALVO SOTELO, José. *La doctrina del abuso de derecho como limitación del derecho subjetivo*. Madrid, 1917, pp. 47 y ss. Más ampliamente, JIMÉNEZ SALCEDO, Carmen. «El abuso de derecho y los actos de emulación en Derecho Romano», *Derecho y Opinión*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1997, n<sup>o</sup> 5, pp. 243 y ss.



Hemos de aguardar a la Baja Edad Media para que, acaso como contrapunto de la ética cristiana frente al fenómeno de la recepción del Derecho Romano, la doctrina medieval de los llamados «*actos de emulación*» viniera a establecer las bases de lo que más adelante llegaría a ser la genérica prohibición del abuso del derecho. La palabra emulación, entendida hoy generalmente como la imitación a otro con ánimo de superarle, se concebía en Roma como referida a una mera rivalidad entre ciudades o entre vecinos; pues bien, es ya en los siglos XIII y XIV, cuando Glosadores y Postglosadores aplican esa idea de la «emulación» sólo a los particulares y lo hacen ya con una connotación negativa, como entrañando una intencionalidad dañosa por parte del titular de un derecho frente a otros sujetos, por motivos de enemistad, de envidia o de simple maldad; a veces se calificaba incluso como acto emulativo la simple generación de daño a otra persona cuando el derecho ejercitado no le reportase interés o beneficio real alguno a su titular. En esta línea, Cino de Pistoya sostuvo que el ejercicio de un derecho sin utilidad propia y con daño ajeno debía considerarse abusivo y, por ello, rechazarse como incurso en iniquidad; le seguirían luego Bartolo y Baldo, reprochando al propietario de un predio la construcción de un muro desmesuradamente alto en uno de sus linderos con el fin de privar a su vecino de luces y vistas<sup>5</sup>.

---

5. PARDO LÓPEZ, José Luis. «El uso, abuso y no uso de los derechos subjetivos», *Revista de Derecho Privado*, enero 1964, p. 10; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «El abuso de derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación Jurídica*, octubre-diciembre 1974, pp. 1.330 y ss.

Por lo que se refiere a esta época intermedia, resulta lugar común en la literatura científica española formular algunas referencias a nuestros textos legales más clásicos. Y así, suele citarse, como un reflejo legislativo de esta doctrina de los actos emulativos en el propio siglo XIII, un pasaje de las Partidas en el sentido de que «*maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere, devalo fazer de manera que non faga daño nin tuerto a otro*» (P. III, Ley 13, título 32); sin embargo, esa cita no debe hacernos olvidar que el propio Código de las Siete Partidas consigna en otro pasaje posterior que quien usa su derecho «*non faze tuerto a otro*» (P. VI, título 34, regla 14), ahora sí de un modo terminante y carente de matizaciones.

Sea como fuere, es en la jurisprudencia francesa donde se encuentran los primeros vestigios de una efectiva aplicación judicial de la teoría de los actos emulativos, mencionándose en tal sentido por buena parte de la doctrina científica que se ha ocupado del asunto una sentencia, de fecha 1 de febrero de 1577, del Parlaiment d'Aix, que condenó al dueño de una lanería por abusar de su derecho a cantar libremente pues se probó que sólo lo hacía —y al parecer desmesuradamente— para molestar a un abogado vecino suyo.

Insinué antes la posible incidencia de la ética cristiana en estas reacciones de la Glosa frente a la recepción del Derecho Romano clásico, en un claro entrecruzamiento de los planteamientos éticos y jurídicos como derivaciones del humanismo renacentista, primero, y del iusnaturalismo racionalista, después. Sin embargo, no deja de ser curioso registrar aquí cómo algunos autores han reivindicado la precedencia cronológica en estas materias de ideas y valores procedentes de otras religiones monoteístas. Se citan en tal sentido los desarrollos de antiguos jurisconsultos árabes que, en base a ciertos textos del

Profeta (como, por ejemplo, el principio según el cual debe de tratarse «a cada uno según sus intenciones»), rechazaban las conductas calificables como abusivas por considerarlas una especie de recusable «pecado jurídico», reflejando de este modo la simbiosis entre lo jurídico y lo moral propia de los ordenamientos islámicos<sup>6</sup>.

Así las cosas y como ya señaló en su día José Calvo Sotelo, los inicios de la codificación fueron tributarios de la exaltación del individualismo por la Revolución Francesa y del liberalismo imperante en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791, que afirmaba sin paliativo algo que:

[...] *todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede estar obligado a hacer lo que ella no ordena*<sup>7</sup>.

Pocos años después, el *Code Civile* napoleónico de 1804, aunque con reformas numerosas todavía vigentes, tipificó en su artículo 544 el derecho de propiedad en términos radicalmente ilimitados, estableciendo que «*la propiedad consiste en el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto*». Ante este auge exacerbado del individualismo más liberal y del absolutismo en los derechos no puede sorprender que, a lo largo del siglo XIX, determinadas sentencias francesas intentasen corregir los excesos, perfilando ya el germen de lo que, hoy, conocemos como la figura del abuso del derecho. En tal sentido, es tópico citar como primigenia la sentencia dictada por

---

6. Véanse los distintos trabajos de Mahmoud Fathy, Chafik Chehata o Jacqueline Marson, citados por GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. «La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y del abuso de derecho», *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*. Valencia, 1975, p. 143.

7. CALVO SOTELO, José. *La doctrina del abuso...*, cit., p. 21.

el Tribunal de Apelación de Colmar con fecha 2 de mayo de 1855 condenando a la demolición de una gran chimenea falsa erigida sólo para perturbar las luces y vistas de un vecino; cabe consignar, por lo que se refiere a la jurisprudencia española, que Don Federico de Castro citaba una sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1866, once años posterior a la francesa, como de parecido designio, si bien realmente la así citada se limitaba a invocar los pasajes de las Siete Partidas antes mencionados<sup>8</sup>.

En el plano legislativo y con tales antecedentes sociales e ideológicos anclados en la Revolución Francesa y en el Código Civil napoleónico, resulta congruente que en los primeros textos del proceso codificador que en algunos países europeos siguió a dicho Código no aparezcan rastros de lo que más adelante habría de ser la proscripción del abuso de derecho. Sin perjuicio de alguna reminiscencia de la doctrina de los actos de emulación que es dable hallar, por ejemplo, en el parágrafo 226 del Código Civil Alemán (aprobado en 1896 y en vigor desde el 1 de enero de 1900) o en el artículo 833 del viejo Código italiano (1865), parece que el primer texto legal que consagra la prohibición del abuso de derecho fue el artículo 2 del Código Civil suizo de 1907 que, tras establecer la exigencia de la buena fe para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, consignó lo siguiente: «*el abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley*».

En cualquier caso, la figura del abuso de derecho aparece con unos u otros rasgos en otros Códigos diversos, como por

---

8. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Temas de Derecho Civil*. Madrid, 1976, p. 138.

ejemplo el portugués, el griego, el holandés o el turco; entre los iberoamericanos, acogen esta doctrina Cuba, Méjico, Paraguay, Perú o Argentina. Carentes de disposición normativa expresa y a la espera de la positivación de los anteproyectos legislativos al efecto elaborados, entre los que destaca por su altura técnica uno holandés, otros sistemas jurídicos, como es notablemente el caso del ordenamiento francés, han tenido que acudir a la jurisprudencia para establecer los criterios correspondientes a esta vía que permite la corrección del automatismo en aquellos casos en los que se produce el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos.

Mención aparte, como en tantos otros aspectos jurídicos, debe hacerse al mundo angloamericano. La proscripción del abuso de derecho, como tal figura jurídica, resulta algo desconocido para el Common Law, pues el casuismo inherente a su propia elaboración judicial lo dota de una flexibilidad tal que hace innecesario prever mecanismos excepcionales de este tipo, auténticas válvulas de seguridad frente al absolutismo o radicalidad a veces inherente al juego mecánico de las normas legales. Entre los anglosajones, su habitual énfasis sobre las exigencias de la buena fe y, como directa derivación de ella, las doctrinas denominadas de la «*clean hands*» o manos limpias —esto es, la inviabilidad de toda pretensión no precedida de una conducta absolutamente irreprochable por parte del sujeto que la formula—, así como la noción de la «*nuisance*» dentro del «*law of torts*» —algo así como una prohibición genérica de perturbar, no lejana de nuestro concepto sobre la responsabilidad extracontractual— son vías que permiten poner coto a cualquier intento de abuso del derecho. Y es que, en definitiva, en el marco del «*common law*» se le reconoce a todo juez facultades para el «*distinguishing*», es decir, para que, atendien-

do a las circunstancias del caso, pueda descartar la regla que, en línea de principio, sería la genuinamente aplicable y, en su lugar, construya una solución distinta y adaptada ya a esas particularidades enjuiciadas<sup>9</sup>. Ejemplos concretos tomados de la jurisprudencia inglesa y norteamericana son, respectivamente y por ejemplo, el rechazo de la conducta de quien desde su propia finca dispara armas de fuego para espantar la caza del vecino, o la condena a indemnizar impuesta al que desde su propiedad causa fuerte y reiterado estruendo junto a un criadero de visones próximo, dañando así a estos animales que son, al parecer, particularmente sensibles al ruido.

## II

### **EL ABUSO DEL DERECHO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

Con independencia del tratamiento del abuso de derecho en el marco del artículo 7.2. del Código Civil, el legislador español ha prestado también acogida a esta figura en distintos textos legales de carácter sectorial, dentro de las que clásicamente se llamaban «leyes especiales», estableciendo su aplicabilidad en tales materias con sus propios perfiles específicos.

Tal fue el caso del artículo 9 de la vieja Ley de Arrendamientos urbanos de 13 de abril de 1956 que, con leve retoque redaccional, habría de pasar con el mismo ordinal a la posterior Ley de 11 de julio de 1964; se imponía a los órganos judiciales en estos preceptos el rechazo de pretensiones que

---

9. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*. Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 2006, pp. 35 y 126.

implicasen «*manifiesto abuso o ejercicio anormal*» de los derechos. Tales preceptos carecen de paralelo en la vigente Ley de 1994, por lo que actualmente ha de entenderse en materia arrendaticia que la prohibición del abuso de derecho se regula por las genéricas previsiones del artículo 7.2 del Código Civil.

También una disposición ya derogada, la Ley 58/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, expresamente se refería en su artículo 5º a la concurrencia de mala fe o de abuso de derecho para considerar inexigible en esos supuestos la autorización marital a favor de la esposa que entonces requería la legalidad en vigor para determinadas actuaciones de la misma.

Por su parte, el artículo 18.1.c) de la Ley de Propiedad Horizontal, en su redacción vigente tras la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, expresamente consagra la naturaleza impugnabile de los acuerdos de la Junta de Propietarios «*cuando se hayan adoptado con abuso de derecho*», debiéndose consignar que es ésta precisamente, no sólo una de las áreas jurídicas en la que resulta más abundante la jurisprudencia en torno a este instituto, sino también en la que mayor número de resoluciones judiciales aprecian su efectiva concurrencia.

En un plano distinto, el procesal, se ha de hacer mención en primer lugar al art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor:

*[...] los Jueces y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho.*

Tal previsión es reiterada, por su parte, en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social cuyo artículo 75.1 se refiere al abuso de derecho en los siguientes términos:

[...] *los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho*<sup>10</sup>.

Sin embargo, cabe resaltar que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil carece de disposición alguna de este género, al igual que ocurre con la Ley reguladora del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Para cerrar este apartado sobre los aspectos normativos de la interdicción del abuso del derecho en nuestro sistema positivo, cabe indicar que su proscripción tiene también vigencia y se integra en el ordenamiento jurídico comunitario. Aun cuando el denominado «acervo comunitario» carezca de una regla expresa en tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión sí ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto estableciendo, entre otras en la sentencia del asunto *Alexandros Kefalas*, de fecha 12 de mayo de 1998, que los «*justiciables no pueden prevalerse del Derecho Comunitario de forma abusiva o fraudulenta*»; y a este fin la sentencia indica que no infringe el ordenamiento de la Unión el hecho de que los órganos judiciales nacionales apliquen sus propias normas internas contrarias al ejercicio abusivo de una disposición comunitaria, pero siempre sin «*modificar su alcance ni poner en peligro los objetivos por ella perseguidos*»<sup>11</sup>. En términos parecidos, la sentencia de 21 de febrero de 2006, en el Asunto *Halifax*, manifiesta que:

---

10. Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que en este punto reproduce literalmente el anterior texto, también con el mismo ordinal, del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

11. Asunto *Kefalas* C-367/96, Rec. I-2843, apartado 20, con cita de abundante jurisprudencia anterior en distintos sectores del ordenamiento comunitario.



[...] *incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar, con arreglo a las normas en materia probatoria del Derecho nacional, siempre que no se amenace la eficacia del Derecho comunitario, si en el litigio principal concurren los elementos constitutivos de una práctica abusiva*<sup>12</sup>.

### III

#### **GENERALIDADES SOBRE LA NOCIÓN DE ABUSO DEL DERECHO**

Prescindiendo de esas otras manifestaciones sectoriales del abuso de derecho en materias específicas y centrándonos en la única de carácter genérica, conviene recordar que el párrafo segundo del artículo 7 del Código Civil está inmediatamente precedido de otro primero muy breve —«*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*»—, lo que determina la necesidad de plantearnos las relaciones entre estos ambos párrafos de dicho artículo 7<sup>13</sup>.

El primero de los párrafos confiere rango legal a un principio general del Derecho, el consistente en la proclamación de la «*bona fides*» como guía y límite para el ejercicio de los derechos subjetivos, ejercicio que, este modo, deberá adecuarse a criterios o valores genéricos como la rectitud, la honestidad, la probidad o la honradez. Pues bien, por exigencia de este principio de la buena fe para el ejercicio de los derechos, al igual

---

12. Asunto Halifax C-255/02, Rec. I-1609, apartado 76.

13. En general, sobre la buena fe, véase DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe*. Barcelona, Ed. Bosch, 1965; y MONTES PENADES, Vicente Luis. «Comentario al artículo 7.1», en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Madrid, Ed. Tecnos, 1977, pp. 356-371.

que para el cumplimiento de sus deberes, se impone necesariamente una serie de pautas o dictados en la conducta de los sujetos: un indispensable margen de confianza recíproca entre los mismos, la obligada previsibilidad en sus respectivos comportamientos, la repulsa del retraso desleal, la insuficiencia de pretextar levísimos incumplimientos o retrasos nimios en la contraparte, la vigencia de la doctrina de los actos propios, etc.

Desde esta perspectiva, la interdicción del abuso de derecho puede ser interpretada como una de las posibles formas de infracción del principio de la buena fe o, si se lo prefiere, este principio, de un alcance más amplio que el de aquella prohibición, constituye un presupuesto insoslayable de la misma, poniéndose así de manifiesto su fundamento o raíz común, aunque enunciado positiva y negativamente: la exigencia de que los derechos subjetivos se ejerciten de buena fe, implica naturalmente la exclusión de su ejercicio abusivo o antisocial. Por expresarlo en otros términos, el abuso de derecho supone necesariamente una modalidad de transgresión del deber de la buena fe, constituyendo por consiguiente una consecuencia negativa y parcial de este último principio. Precisamente estas relaciones entre ambas figuras jurídicas explican sobradamente su ubicación sistemática conjunta en el Código Civil vigente, como unitaria había sido también la ubicación de ellas en la precedente legislación de arrendamientos urbanos<sup>14</sup>.

---

14. Sobre la relación entre buena fe y abuso de derecho, véanse: DE LA VEGA BENAYAS, Carlos. *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*. Madrid, Ed. Civitas, 1976, quien sostiene literalmente que «ambas instituciones tienen el mismo fundamento o razón» (p. 262). ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel. «Comentario al art. 7», *Código Civil comentado*, dirigido por A. Cañizares y otros. Madrid, Ed. Civitas, 2011.

En un plano distinto, desde los clásicos estudios de JOSSERAND, a comienzos del pasado siglo, es lugar común en la doctrina especializada referirse a las relaciones entre la figura del abuso de derecho y la del fraude a la ley. Sin entrar por ahora al examen del elemento subjetivo o intencional, tienen en común ambas figuras la consecución de un resultado antijurídico con la aparente cobertura de una norma objetiva, pudiéndose afirmar que todo fraude a la ley implica un abuso de la norma defraudada y, de modo paralelo, que el ejercicio abusivo de un derecho comporta una extralimitación del mismo y un resultado defraudatorio para las expectativas del perjudicado por ella. Tales relaciones entre el fraude y el abuso no permiten, sin embargo, desconocer los rasgos diferenciales entre una y otra institución: el fraude a la ley comporta la colisión de dos normas jurídicas, la defraudada y la utilizada por el sujeto como cobertura, exigiéndose además la concurrencia en el sujeto de una intencionalidad específica, el «*animus defraudandi*», pero sin que importe la existencia o no de daño para tercero. Por su parte, en el abuso de derecho no hay colisión de normas, pues lo que se produce es una actuación excedida o desmedida de una única regla jurídica, con un resultado, intencionado o no, pero sí dañoso para otro<sup>15</sup>.

Sin embargo, resulta bastante ambigua la posición a veces mantenida por el Tribunal Supremo respecto de las relaciones entre ambos institutos jurídicos. Así, en su sentencia de 2 de mayo de 1984 señalaba lo siguiente:

---

15. JOSSERAND, L. *De l'abus des droits*. París, 1905. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «El abuso de derecho y el fraude de la ley...», cit., pp. 1.342 y ss.

*Lo declarado por el Tribunal sentenciador es un típico supuesto de «fraude de ley», o acaso de «abuso del derecho», instituciones que si bien doctrinalmente y desde el punto de vista de la teoría general del «ius civile» son distintas, en la práctica no siempre resulta clara su exacta separación, como tiene ya declarado esta Sala, entre otras, en sentencias de 12 de mayo de 1972 y 5 de enero de 1977, dado que en general su finalidad es idéntica, impedir que los textos de la Ley, estimados literalmente, puedan servir para amparar actos o situaciones contrarias a la realización de la Justicia.*

En cualquier caso y al margen de las relaciones entre el abuso de derecho y otras instituciones afines, como la buena fe o el fraude, suelen insistir los estudiosos de la materia e incluso la propia jurisprudencia en la naturaleza de «concepto jurídico indeterminado» que es dable hallar en todas ellas. En tal sentido, el artículo 7.2 funciona como una suerte de «concepto válvula»<sup>16</sup> cuya indeterminación o vaguedad acarrea necesariamente una importante dosis de inseguridad jurídica, a cambio de implicar una gran flexibilidad y su adaptación tanto a los cambiantes valores éticos y parámetros sociales de

---

16. La expresión «concepto válvula» la usó la ponencia que intervino en la elaboración la Ley de Bases conducente al actual texto articulado, tomándola de autores italianos, según ROCA JUAN, Juan. *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1974*. Madrid, Ed. Tecnos, 1977, vol. I, p. 382. Por su parte, la s. TS de 30 de junio de 1998 literalmente califica al abuso de derecho como «concepto jurídico indeterminado o concepto válvula, que por ello no puede ser conceptualizado apriorísticamente». La doctrina francesa utiliza a su vez la idea de «válvula de seguridad» («*soupape de sureté*») para esta clase de vías o remedios excepcionales que, como la noción del orden público, permiten descartar excepcionalmente la acción mecánica de las normas jurídicas; precisamente en esta última línea, DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Temas de...*, cit., p. 139, señaló que «el Derecho moderno no puede funcionar sin válvulas de seguridad que permitan su adecuación a las exigencias del buen sentido y de la conciencia social».

cada momento histórico, como también a las variadas circunstancias de cada caso concreto. Así lo sostuvo el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de junio de 1998, al señalar que:

*[...] el abuso de derecho es uno de los conceptos denominados concepto jurídico indeterminado o concepto «válvula», que por ello no puede ser conceptualizado apriorísticamente, sino que es preciso delimitarlo caso por caso.*

Sea como fuere, es claro a partir del propio texto de la norma que el legislador del artículo 7.2 del Código Civil, consciente de la inviabilidad de tipificar nítidamente los límites de su ejercicio para cada derecho subjetivo, prefirió confiar a la labor casuística de los Tribunales esa misión de luchar contra el automatismo o absolutismo de los derechos, aunque ello supusiera una cierta merma de la seguridad jurídica y, como cada vez resulta más frecuente, una notoria aproximación a técnicas más típicas del mundo anglosajón que a las de los sistemas del «civil law» tradicionales del ámbito jurídico eurocontinental a las que estábamos más avezados. En todo caso, comparto a este respecto el criterio del profesor CUADRADO PÉREZ cuando, muy recientemente, ha escrito que:

*[...] debería resultar más inquietante aceptar que se abandone en manos del juzgador, con carácter general, la interpretación de las normas y su adaptación a las cambiantes circunstancias, que admitir la apreciación por su parte del ejercicio abusivo de los derechos subjetivos<sup>17</sup>.*

Llegados a este punto, conviene interrogarnos, dada la redacción del artículo 7.2 del Código, que emplea la conjunción disyuntiva «o» cuando niega el amparo de la Ley tanto

---

17. CUADRADO PÉREZ, Carlos. *La moderna configuración...*, cit., p. 74.

para el abuso del derecho como para su ejercicio antisocial, si constituyen dos nociones diferenciadas o, por el contrario, son dos conceptos sinónimos. En la medida en que las Exposiciones de Motivos de las disposiciones legales resultan indicativas del parecer del legislador, cabe indicar que la correspondiente al Decreto n° 1836/1974, de 31 de mayo, que sancionó con fuerza de ley el texto articulado vigente —atribuida a la pluma de Don Antonio Hernández Gil—, se refirió a esta cuestión reputando como modalidades diferentes, aunque relacionadas, el abuso del derecho y su ejercicio antisocial resaltando sus caracteres comunes:

*Ambas hipótesis, sin perjuicio de diferencias de matices, permiten un tratamiento conjunto, porque siempre se parte del desbordamiento de los límites normales del ejercicio y del daño para tercero.*

Cabría pensar que esas diferencias de matiz pudieran tener que ver con una mayor generalidad en los intereses lesionados, cuando se trate de la antisocialidad de una conducta, reservándose el concepto del ejercicio abusivo para aquellos casos en que el daño ocasionado lo sea a particulares o revista una indudable naturaleza jurídico privada. Sin embargo y salvo alguna opinión aislada, es lo cierto que desde que DIEZ-PICAZO hablara de «*la identidad o sinonimia que en el texto legal parecen tener*» ambas figuras, la práctica totalidad de la doctrina científica parece inclinarse por su equiparación<sup>18</sup>. Para la

---

18. Para Manuel ALBADALEJO GARCÍA (*Derecho Civil*. Barcelona, 2002, 15ª ed., pp. 264 y ss.), el abuso de derecho ofrece un mayor grado de intensidad que su ejercicio antisocial y, a diferencia de éste, comporta deber de indemnizar y admite la adopción de medidas judiciales y administrativa. Sobre la posición mayoritaria de equiparación de ambas nociones, además de DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN. «El abuso

generalidad de los autores se trata de nociones plenamente equiparables en la medida en que todo supuesto de abuso del derecho entraña violación de su función social y, por tanto, un ejercicio antisocial del mismo; pero ocurre también que cuando un derecho se ejerce de un modo antisocial se está abusando de él. Esta interacción de ambas nociones no puede sorprendernos en modo alguno, toda vez que las dos se predicán de un fenómeno idéntico, el de la anormalidad en el ejercicio del derecho subjetivo, ideas éstas las de normalidad y de exceso o extralimitación que desdibujan entonces cualquier matiz diferenciador. En función de todo ello, cabe reiterar que es absolutamente generalizada la opinión científica sobre la intrascendencia de distinguir conceptualmente entre abuso y antisocialidad, así como que, de otro lado y sin apenas vacilación, este criterio de equiparación ha sido recogido clara y expresamente por la jurisprudencia como seguidamente vamos a comprobar.

En efecto, hay que partir aquí de la importante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, comúnmente tenida por la pionera o introductora en España de la doctrina del abuso de derecho; tal resolución fue seguida, casi sin excepción, por las dictadas posteriormente hasta la promulgación, treinta años después, del vigente Título Preliminar del Código Civil, siendo invocada incluso por un buen número de sentencias pronunciadas tras de dicha promulgación e incluso en la actualidad. Se trataba de enjuiciar en aquel caso, que enfrentaba a la Compañía Catalana de Gas y Electricidad con el Consorcio de la Zona Franca del Puerto de Barcelona,

---

de derecho...», cit., p. 1.333, véase por todos CUADRADO PÉREZ, Carlos. *La moderna configuración...*, cit., pp. 61 y ss.

si era o no abusivo el uso que el Consorcio venía haciendo de su derecho, como concesionaria exclusiva, a extraer arena de una playa aledaña a la central eléctrica de la mencionada compañía sita en la desembocadura del río Besós; tales extracciones de arena, por su volumen y modo de efectuarse, llegaron a privar a la central de sus defensas naturales ante las crecidas del río y los embates del mar, por cuyo motivo y con ocasión de un temporal, la central eléctrica sufrió graves daños. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el Consorcio y confirmó la sentencia estimatoria de la demanda que había apreciado la concurrencia de abuso del derecho en la conducta del mismo, condenándole a la pertinente indemnización de daños.

Señalaba esta importante sentencia, de la que fue ponente Castán Tobeñas, que:

*[...] incurre en responsabilidad el que —no obstante obrar al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho— traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad.*

Y más adelante añadía, como uno de los elementos integrantes del concepto de abuso de derecho, la exigencia de:

*[...] inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúe con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).*

Siguiendo la estela de esta sentencia, quince años después, con fecha 23 de mayo de 1959, el Tribunal Supremo dictó otra en la que, sobre el punto que ahora nos ocupa —abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo—, sostiene que:



*[...] si bien se trata de conceptos distintos, no obsta para que, sin llegar a la total equiparación, sus diferencias sean sutiles y de matiz, por lo que carecen de trascendencia práctica, no impidiendo en términos generales y salvo las naturales excepciones su tratamiento conjunto.*

Tales expresiones son recogidas con citas de pasajes literales por abundante jurisprudencia posterior, que insiste frecuentemente en que los rasgos diferenciales entre el abuso del derecho y su ejercicio antisocial carecen de trascendencia práctica (p. ej., sentencias de 23 de mayo de 1984 y 14 de febrero de 1986).

Pues bien, avanzando en esta aproximación inicial a la noción del abuso de derecho, ha de hacerse ahora referencia a sus enfoques objetivo y subjetivo, apuntados ya en la sentencia citada. Y es que, como resulta de los antecedentes históricos que se hallan en el origen de esta doctrina, la «proscripción de los actos de emulación» —expresión literal todavía usada en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1992—, a los que aludí anteriormente, arrancaba de la necesidad de proteger a los terceros frente al titular de un derecho que hiciera uso de él con «*animus nocendi*» o intención dañosa; con este planteamiento, el elemento intencional en la conducta del sujeto activo constituía el eje o base de su reprobación como ilícita y era el fundamento último de la responsabilidad a ella inherente.

Sin embargo, como ya puso de relieve en el siglo XIX la jurisprudencia francesa, lo trascendente es la anormalidad en el ejercicio del derecho, abstracción hecha de que medie o no intención expresa de causar perjuicio, pues para estimar abusiva la conducta generadora del daño basta con un doble dato: el ejercicio del derecho en forma desviada respecto de la finalidad o función social de la norma de cuyo abuso se trate, de un lado, y, del otro, la ausencia en el titular del derecho así ejercitado de un efectivo interés, de un beneficio real. La

conjunción de estos dos elementos permite entonces hablar, sin necesidad de que concurra voluntad dañosa, de un exceso objetivo en el ejercicio del derecho, de una concepción objetiva del abuso de derecho.

Lo que ocurre, sin embargo, es que ambos planteamientos, el subjetivo y el objetivo, no se excluyen sino que se complementan entre sí, poniendo de relieve la viabilidad de apreciar la concurrencia del abuso de derecho tanto desde uno como desde otro plano: el subjetivo o intencional y el objetivo o funcional, con mayor o menor preponderancia de uno u otro enfoque a veces atendiendo simplemente al grado de dificultad que pueda revestir la prueba del ánimo dañoso. Y ello no es obstáculo en modo alguno para que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia actuales, sea muy superior el peso específico del elemento intencional y, por ende, de la orientación subjetiva del abuso de derecho, frente a la orientación objetiva; esa preponderancia responde probablemente a un cierto desplazamiento de la doctrina del abuso de derecho hacia planteamientos más propios de la responsabilidad civil ordinaria por acto ilícito o daños extracontractuales, materia esta última en la que, no obstante su progresiva objetivación, la intencionalidad sigue siendo elemento esencial<sup>19</sup>.

En este sentido, la antes aludida Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo que con fuerza de ley

---

19. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Comentarios al Código Civil*. Barcelona, Ed. Bosch, 2000, vol. I, pp. 230 y ss. GÓMEZ LA PLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen. «Abuso del derecho...», cit., pp. 14 y ss. Ambos autores ponen de relieve cómo la jurisprudencia francesa y española registran una cierta tendencia a reconducir la doctrina del abuso de derecho hacia la responsabilidad civil ordinaria.

aprobó el texto vigente del artículo 7.2 del Código Civil, hacía mención a esta dualidad de orientaciones, objetiva y subjetiva, del abuso de derecho, en los siguientes términos:

*[...] tal situación puede proceder tanto del dato subjetivo representado por la intención del agente —que no ha de consistir en un comportamiento doloso o culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil— como de otros datos de naturaleza distinta cuales son el objeto o las circunstancias concurrentes.*

En congruencia con ello, el texto del artículo 7.2 del Código describe el abuso del derecho citando por separado sus elementos subjetivo y objetivo, al hablar primero de la intención del autor y, luego, del objeto del abuso y las circunstancias que lo rodeen. Anotemos además que, con estas palabras, la Exposición de Motivos, algo tan próximo a la expresión auténtica de la intención del legislador, subraya que la figura del abuso del derecho se configura como algo netamente distinto a la responsabilidad civil extracontractual, asunto éste sobre el que luego volveremos.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre la dualidad objetiva y subjetiva del abuso del derecho, por ejemplo en su sentencia de 13 de junio de 2003, en la que señala lo siguiente:

*El abuso del derecho es un límite al derecho subjetivo (lo destaca la sentencia de 6 de febrero de 1999) y se considera, en un sentido subjetivo, como ejercicio del derecho con intención de dañar o sin verdadero interés en ejercitarlo o, en sentido objetivo, como ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo [...]*

En el mismo sentido, ss. T.S. 16 de diciembre 1982, 9 de febrero de 1983, 20 de junio y 19 de diciembre de 2008, etc.

De otra parte, la noción misma de abuso del derecho obliga también a interrogarnos sobre cuáles puedan ser esos derechos subjetivos a los que se niega amparo cuando sean ejercitados de modo abusivo o antisocial. Quiero decir con ello que se debe también precisar si, a los efectos del artículo 7.2, la proscripción del abuso del derecho es aplicable únicamente a derechos subjetivos de naturaleza jurídico-privada o si, como creo, cabe también respecto de aquellos otros dimanantes de disposiciones incardinadas en el ámbito del Derecho Público. Para justificar la índole omnicomprendiva de la proscripción del abuso establecida en este artículo del Título Preliminar del Código debe recordarse, además de la apuntada aplicabilidad genérica de este último a otras ramas del Derecho, que el propio texto menciona la posibilidad de que se adopten las «medidas administrativas» que sean pertinentes para evitar la persistencia de la situación abusiva, lo que sólo cabe interpretar del modo apuntado.

Algo más compleja puede ser la cuestión si se plantea en torno a la posibilidad teórica de admitir, conforme al artículo 7.2 del Código, un ejercicio abusivo de derechos constitucionales. Sin ánimo de profundizar en la materia, de lo que se trata aquí no es en modo alguno de examinar las limitaciones que, respetando su contenido intrínseco conforme al artículo 53.1 de la Constitución Española, puedan establecerse por Ley para esos derechos fundamentales; se trata de saber si, respecto de un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, como la libertad de enseñanza o el derecho a la huelga por ejemplo, cabe aplicar también la doctrina del abuso del derecho. Algunos de los derechos fundamentales proporcionan la respuesta en su propia configuración constitucional, como es el caso de la libertad de expresión al consignar ya el artículo 20.4 de

la Constitución las limitaciones de ese derecho. Pero incluso cuando no es así, entiendo que no hay por qué cuestionar la vigencia de la proscripción del abuso del derecho también respecto de aquellos derechos subjetivos que, aún gozando en su reconocimiento de un rango constitucional, sean ejercidos con anormalidad o extralimitación, de un modo objetiva o subjetivamente abusivo; y es que cualquier otro planteamiento significaría atribuir a los derechos fundamentales un valor absoluto o ilimitado que la propia jurisprudencia constitucional se ha encargado de negar<sup>20</sup>.

En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el asunto, desechando por ejemplo que la huelga intermitente constituya abuso del derecho en el sentido del artículo 7.2 del Código Civil (sentencia de 2 de diciembre de 1982 en el recurso 1982/72) o fijando los criterios que permiten calificar una huelga como abusiva o no (sentencia de 21 de marzo de 1984 en el recurso 1984/41). Por su parte y en el ámbito de la casación, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2004, con expresa invocación del artículo 7.2 del Código Civil, admitió sin mayor problema la posibilidad de apreciar extralimitaciones en el ejercicio del derecho

---

20. Vid., p. ej., la s. T.C. 32/1986, de 21 de febrero. Existe algún debate en relación con el derecho a la vida y a la integridad física y moral (vid. la sentencia del T.C. 120/1990, de 27 de junio que define este derecho; pero también las ss. T.C. 57/1994, de 28 de febrero, sobre extracciones de cabellos y fluidos para pruebas biológicas, y s. T.C. 207/1996, de 16 de diciembre, sobre inspecciones y registros). Cfr. MARTÍN BERNAL, José Manuel. *El abuso del derecho: (exposición, descripción y valoración del mismo)*. Madrid, 1982, pp. 277 y ss. ROVIRA VIÑAS, José Antonio. *El abuso de los derechos fundamentales*. Barcelona, Ed. Península, 1983.

a la efectiva tutela judicial del artículo 24 de la Constitución, aunque finalmente rechazara en esa sentencia que el fracaso y abandono de la acción ejercitada revelase abuso por el hecho de interponerla. Ya antes, en sentencia de 19 de marzo de 1993, el Tribunal Supremo, en un caso de negativa injustificada a la prueba biológica en un proceso sobre declaración de paternidad, estimó que tal negativa:

*[...] implica un ejercicio anormal o abusivo de los derechos [sic] a la integridad en cuanto dificultan o pueden hacer ilusorio el derecho a la tutela judicial efectiva.*

Vamos viendo pues que, como en tantas ocasiones dentro del ámbito jurídico, ocurre aquí que la noción de abuso del derecho es mucho más fácil de identificar que de definir; y es que como, recordando al internacionalista granadino Antonio de Luna, solía repetir a este respecto mi maestro, el profesor Carrillo Salcedo, la diferencia entre un hombre calvo y uno con poco pelo no la determina el número de sus cabellos, pese a lo cual es fácil normalmente distinguir a uno de otro. En efecto, las dificultades para una definición precisa de esta figura del abuso del derecho, atendiendo a sus perfiles legales y a los criterios dimanantes de su aplicación jurisprudencial, son prácticamente insuperables, por tratarse, como ya vimos, de un «concepto jurídico indeterminado», lo que entraña necesariamente amplias dosis de ambigüedad e indeterminación, que no obstante hemos de intentar disipar en lo posible.

Y en ese intento de clarificación y de delimitación de este concepto jurídico indeterminado, es conveniente deslindar la responsabilidad civil ordinaria de la noción de abuso del derecho. Tanto la doctrina científica francesa como, de modo uná-

nime, la jurisprudencia gala<sup>21</sup>, al carecer aquel ordenamiento de una norma del tipo de nuestro artículo 7.2, llevan a cabo la localización y consiguiente sanción de los actos abusivos en el marco de las reglas sobre la responsabilidad civil ordinaria o extracontractual, estimando que el incumplimiento de las obligaciones genéricamente impuestas por el principio «*noeminem laedere*» es base suficiente para que el autor del daño dimanante de un abuso del derecho haya de responder de las consecuencias de esa conducta excesiva; con ello no se postula a nivel teórico la eliminación de la figura del abuso de derecho como instituto jurídico autónomo, sino que, a la hora de verificar su concurrencia en el caso concreto y, sobre todo, para su sanción, el sistema francés atiende primordialmente a la regulación de la responsabilidad civil ordinaria o por daños extracontractuales.

Sin embargo, esa identificación del abuso del derecho con el ilícito civil ordinario, preconizada entre nosotros por José Calvo Sotelo a comienzos del pasado siglo<sup>22</sup>, implica una excesiva dependencia del elemento correspondiente a la intencionalidad y, por ello, infravalora las restantes circunstancias del acto abusivo, conduciendo en definitiva a la práctica eliminación de esta figura del abuso en su orientación objetiva. En algún caso concreto, como denuncia la doctrina más solvente, la jurisprudencia española sobre daños causados por actuaciones judiciales ha recurrido a la aplicación conjunta de los artículos 7.2 y 1.902 del Código Civil, sobre abuso del derecho y sobre daños extracontractuales, o bien del primero

---

21. Ver, p. ej., GÓMEZ LA PLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen. «Abuso del derecho...», cit., pp. 17 y ss.

22. CALVO SOTELO, José. *La doctrina del abuso...*, cit. pp. 62 y ss.

de tales preceptos pero con exigencia de que medie la culpa requerida por el segundo<sup>23</sup>.

Han de rechazarse tales planteamientos y acotar el campo propio del abuso del derecho como distinto del de la responsabilidad civil ordinaria o extracontractual, por diversas razones. En el supuesto del abuso, es preciso por hipótesis que la conducta se produzca con ocasión del ejercicio de un derecho, aunque lo sea de un modo extralimitado, mientras que si se trata de la mera responsabilidad extracontractual es absolutamente irrelevante que la acción u omisión generadora del daño guarde o no relación con el ejercicio un derecho por el agente; en el abuso del derecho de índole objetiva, no existe el elemento intencional que normalmente es básico en la responsabilidad aquiliana; pero, además y sobre todo, mientras que la responsabilidad civil del artículo 1.902 del Código agota sus consecuencias en la indemnización o resarcimiento del daño, no ocurre igual con el abuso del derecho que, una vez apreciado judicialmente, no impide la subsistencia del derecho objeto de abuso aunque llegue a anularse el resultado de ese ejercicio extralimitado, además de la posibilidad de que se adopten medidas adicionales impidan la persistencia de las consecuencias negativas del exceso en que se haya incurrido.

De otro lado y adicionalmente a sus diferencias con la responsabilidad civil ordinaria o aquiliana, existe otro punto que es indispensable resaltar en esta aproximación a la noción del abuso del derecho. Me refiero a la exigencia, para la operatividad de esta figura jurídica, de que el daño causado por la

---

23. GÓMEZ LA PLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen. «Abuso del derecho», cit., p. 19, con cita de la sentencia de 29 de diciembre de 2004 y las, invocadas por ésta, de 17 de marzo y 23 de noviembre de 1984.



extralimitación en el ejercicio del propio derecho subjetivo no se encuentre protegido a su vez por otra norma jurídica distinta; y ello es así porque, en otro caso, asistiríamos, no a un derecho ejercitado de modo abusivo, sino a la colisión de dos derechos subjetivos distintos, a un enfrentamiento o colisión de normas cuya solución habría entonces de arbitrarse por cauces jurídicos distintos a la doctrina del abuso del derecho. En otras palabras, esta doctrina sólo resulta aplicable cuando el daño o interés lesionado por el abuso carezca de toda otra vía de amparo jurídico. Sobre este punto, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1994 señaló literalmente que:

*[...] la figura del abuso del derecho no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal [...]*

En idéntico sentido, ss. T.S. de 2 de diciembre de 1994, 25 de septiembre de 1996, 30 de junio de 1998, 25 de marzo de 2004, 19 de diciembre de 2008, etc.

Y para concluir con este apartado, cabe señalar que el legislador, usando como se ha reiterado de la técnica correspondiente a los conceptos jurídicos indeterminados, ha optado expresamente por no definir el abuso del derecho, limitándose a llevar a cabo una descripción de qué deba considerarse como acto abusivo; y a ese efecto, facilita a los operadores jurídicos en general unos criterios o elementos de guía absolutamente genéricos para que puedan proceder a su identificación casuística:

*Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, ...*

Carentes pues de una definición legal, tampoco existe a mi juicio, ni en la literatura científica ni en la jurisprudencia, una definición precisa y técnicamente correcta del abuso del derecho, sin que ello suponga desconocer algunos esfuerzos más o menos logrados por conseguir conceptualizaciones aproximativas, a la manera pictórica de los impresionistas, sobre este instituto jurídico. En tal sentido, es habitual que los autores y los órganos judiciales se refieran a los elementos que integran la noción del abuso contemplado por el art. 7.2 del Código Civil, a los requisitos para la posible apreciación de su concurrencia, a los perfiles que lo delimitan de otras instituciones jurídicas más o menos afines, etcétera, pero vanamente buscaremos una definición propiamente dicha del abuso del derecho. Es lógico que así sea en la medida en que esta doctrina que prohíbe los actos abusivos con ocasión del ejercicio de un derecho subjetivo tiene una neta aspiración universalista, esto es, pretende resultar aplicable a toda suerte de derechos subjetivos y cubrir cualquier modalidad abusiva. Tal aspiración universalista comporta necesariamente que, no siendo posible que el legislador precise exhaustivamente los exactos límites para el ejercicio de todos y cada uno de tales derechos, ni que tipifique tampoco todas las formas posibles de excederlos, corresponda a los órganos judiciales y, como sus intérpretes, a los operadores jurídicos la labor de verificar si se produce o no el abuso en cada caso concreto. Y en esta tesitura, ante tales exigencias de flexibilidad o, si se prefiere, de vaguedad, está destinado al fracaso cualquier intento de fijar en el estrecho corsé de una lacónica definición los términos concisos a los que reducir con validez técnica una figura jurídica de tal amplitud y heterogeneidad.

#### IV

### **EL TEXTO DEL ARTÍCULO 7.2 DEL CÓDIGO CIVIL**

Con tales antecedentes genéricos, hemos de examinar ahora cuáles sean los presupuestos o condicionantes que, conforme a la redacción del artículo que lo regula, posibilitan la apreciación en cada caso de la concurrencia o no del abuso del derecho, así como los efectos jurídicos resultantes del mismo. A ese fin nos valdremos de un análisis exegético del tenor literal de dicho precepto.

#### ***a) La Ley no ampara el abuso del Derecho***

En tal sentido, habrá de convenirse en que la primera frase del artículo 7.2 del Código la redacción de este precepto resulta peculiar y ambigua a la hora de condenar el abuso del derecho: «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo». Frente al texto drástico e imperativo de normas jurídicas paralelas en la legislación especial —como, p. ej., cuando el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los órganos judiciales «rechazarán de oficio» las actuaciones procesales que entrañen abuso del derecho—, el «desamparo» establecido por el artículo 7.2 del Código Civil pudiera llegar a ser entendido como un enunciado meramente programático y no como una efectiva proscripción y sanción de las conductas abusivas; por expresarlo en otras palabras, cabría entender que con esa expresión («la ley no ampara el abuso del derecho») no se prohíbe el comportamiento abusivo, sino que simplemente se estaría reconociendo al perjudicado una base para reclamar que el daño le sea compensado. Pues bien, no es sostenible esta forma de en-

tender el art. 7.2 como un mero reproche de nivel teórico, ya que ello resultaría incompatible con las previsiones contenidas en el resto del propio precepto sobre los efectos que derivan de la transgresión del principio, incluso con la posible adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan «la persistencia» del abuso<sup>24</sup>.

Las cosas son más simples, pues probablemente<sup>25</sup> el legislador se ha limitado a seguir la línea del artículo 2 del Código Civil suizo («*el abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley*»), bien acogido en su día por la literatura científica. La redacción así escogida buscaba cubrir el mayor área de aplicabilidad posible dentro de una fórmula breve y, además, permitía superar dificultades prácticamente invencibles para encontrar una fórmula omnicompreensiva susceptible de aplicarse a la variadísima gama de actos abusivos que se quería prohibir, los cuales, en palabras de ROCA JUAN:

[...] *parecen innumerables y en continuo aumento, conforme se ensancha la separación entre la inmovilidad de la ley el cambio social*<sup>26</sup>.

De otra parte, al usar este circunloquio de que la Ley no ampara el abuso, en lugar de una expresión netamente conde-

- 
24. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. «La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos», *Revista de Derecho Privado*, mayo 1979, p. 448. En general, sobre la expresión «*la Ley no ampara* [...]» del art. 7.2 del Código, vid. ROCA JUAN, Juan. «Comentarios...», cit., pp. 386 y ss. DE LA VEGA BENAYAS, Carlos. «Teoría y aplicación...», cit., p. 265. GÓMEZ LA PLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen. «Abuso del derecho», cit., pp. 30 y ss. CUADRADO PÉREZ, Carlos. «La moderna configuración...», cit., pp. 134 y ss.
25. Así lo afirma con total rotundidad GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. «La corrección...», cit., pp. 142 y ss.
26. ROCA JUAN, Juan. «Comentarios...», cit., p. 387.

natoria del mismo como, por ejemplo, la palabra prohibición, también se cerraba el paso a especulaciones teóricas del tipo de si, al transgredirse la proscripción del abuso es dable hablar todavía de un derecho, o la de si el abuso acarrea la nulidad del derecho subjetivo mismo o únicamente surte los efectos legamente previstos en relación a ese concreto acto abusivo. Así las cosas y desde un punto de vista exegético, puede consignarse que esta redacción del encabezamiento de la norma («*La Ley no ampara...*») resulta apropiada, pues proporciona una pauta abierta a los órganos judiciales para adaptar su decisión a las concretas circunstancias de cada caso, aunque ello suponga una llamada a la intervención judicial a la que, por lo demás, el resto del artículo formula invitación constante.

En cualquier caso y atendiendo a las consecuencias jurídicas que el abuso del derecho comporta y que, como luego veremos, no son otras que la nulidad del resultado obtenido mediante el comportamiento abusivo, así como el resarcimiento en su caso del perjuicio económico irrogado, juntamente con la adopción de las medidas judiciales o administrativas pertinentes para impedir su perpetuación, únicamente cabe concluir en que la expresión del legislador en el sentido de que «*la ley no ampara*» el abuso es, en términos reales, tanto como establecer su prohibición, interdicción o proscripción.

### ***b) Todo acto u omisión***

Pero prosiguiendo con el examen de este artículo 7.2 comprobamos que, a la hora de fijar los criterios para considerar o no una conducta como abusiva o antisocial, la norma se refiere a «*todo acto u omisión*». De este modo, el legislador ha disipado toda duda posible, dejando patente que la extralimitación puede ser activa o pasiva y, por tanto, que la proscripción del

ejercicio abusivo o extralimitado del derecho se extiende tanto a la comisión de hechos o actos concretos, como también a supuestos de omisión o comportamiento pasivo.

No se ofrecen especiales problemas en lo relativo a la actuación o conducta positiva del abusador, bastando con señalar en este punto que el acto excesivo puede revestir caracteres meramente fácticos o ser de índole jurídica. Son innumerables los posibles ejemplos de un comportamiento fáctico abusivo, constituyendo ejemplo paradigmático los hechos de la pionera sentencia de 14 de febrero de 1944, relativa al Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, antes mencionada y tan profusamente invocada luego por los Tribunales: recuerden que se trataba allí de la extralimitación del Consorcio de la Zona Franca de Barcelona al extraer masivamente arena de las playas colindantes con una central eléctrica, a la que dejó inerte frente a los riesgos de los temporales. En cambio, son ejemplo de conductas abusivas materializadas en actos de naturaleza jurídica los supuestos enjuiciados en buena parte de las sentencias que últimamente han recaído sobre reclamaciones de cantidad deducidas por entidades financieras frente al deudor hipotecario tras adjudicarse en subasta viviendas notoriamente por debajo de su valor (el famoso auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010 y sus epígonos); igual ocurre con las enajenaciones excesivas por una usufructuaria de los bienes objeto del usufructo que sólo estaba autorizada a vender en caso de necesidad (sentencia de 19 de septiembre de 1987); o es también ejemplo de actuación abusiva de carácter jurídico la de algunas promotoras que incluyen en sus contratos de venta de inmuebles y escrituras de declaración de obra nueva determinadas exenciones a la regla de la unanimidad reservándose así la facultad

de futuras modificaciones del título constitutivo (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2013); y desde luego, en el ámbito societario la mayor parte de los abusos se apoyan en actuaciones con base habitualmente jurídica.

La cuestión es algo más compleja cuando se trata de omisiones o conductas pasivas, siendo quizás el más simple, pero también el más significativo, el fenómeno denominado «*retraso desleal*» («*verwirkung*», en la doctrina alemana): la inacción o falta de ejercicio de un derecho durante un tiempo dilatado puede, conforme a las exigencias de la buena fe, ser interpretada como una suerte de renuncia tácita al mismo, por lo que se considera abusivo el intento tardío de esgrimirlo frente a otro. El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 19 de febrero de 2014, ha tenido ocasión de resumir la abundante jurisprudencia existente sobre la materia y los estrictos requisitos que han de concurrir para la apreciación del retraso desleal, figura a la que emparenta con la doctrina de los actos propios y, en general, con las exigencias de la buena fe. En cualquier caso, es claro que, por esta vía omisiva del retraso desleal, abusa de su derecho quien reclama por ejemplo intereses no prescritos de un crédito clara e inequívocamente abandonado durante largo tiempo.

Ese fue precisamente el supuesto enjuiciado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana (Secc. 3<sup>a</sup>) de 19 de abril de 2013, que estimó abusiva la conducta de un acreedor que, quince años después de vencidas las últimas cuotas impagadas del principal de un préstamo, las reclamaba juntamente con los intereses moratorios que había ido devengando desde entonces en cuantía que triplicaba la del principal inatendido; para la Sala, que declaró prescrita la obligación de pago de dicho principal y, considerando que la

prolongada pasividad del prestamista *«fue suficiente para generar en el prestatario el razonable convencimiento de que no se le reclamaría el pago»*, estimó concurrente un abuso del derecho en cuanto a la reclamación de los intereses, revocando de este modo la sentencia de instancia favorable al acreedor. Existen otros ejemplos de la calificación como abusivo del retraso desleal, por ejemplo, en el ámbito de la propiedad horizontal, en el que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1994 apreció abuso del derecho en la reclamación formulada por unos copropietarios frente a los acuerdos adoptados por la Comunidad nueve años antes para realizar ciertas obras, si bien es cierto que en el caso concurría además la circunstancia de que lo obrado no causaba perjuicio alguno a los reclamantes ni, inversamente, su demolición podía reportarles algún tipo de beneficio.

Estas hipótesis de omisión abusiva plantean un concreto problema, a saber, el de si para que el comportamiento omitido pueda calificarse como abuso del derecho es o no necesario que tal omisión lo sea respecto de una conducta debida. Es acertada la opinión mayoritaria que rechaza esa exigencia, postulada por algún autor aislado, de que la omisión deba predicarse respecto de un deber de actuación previo, ya que en tal caso no se estaría en presencia de un abuso del derecho, sino en el de una infracción o incumplimiento de la concreta norma que imponga ese deber de actuar<sup>27</sup>. El deber de indemnizar el daño causado por la pasividad o inactividad de un sujeto cuando una norma le imponga la obligación de

---

27. En el sentido aquí mantenido, CUADRADO PÉREZ, Carlos. «La moderna configuración...», cit., p. 76, contradiciendo las opiniones de Batlle Vázquez y Rivero Hernández.



actuar no se fundaría entonces en la doctrina del abuso del derecho, sino que sería la directa consecuencia de ese incumplimiento normativo.

***c) Que por la intención de su autor,  
por su objeto o por las circunstancias en que se realice***

Al establecer el artículo 7.2 estos criterios o guías para la identificación de un acto u omisión como abusivo o antisocial, es claro que está cubriendo los dos planteamientos u orientaciones a que antes me he referido: las concepciones objetiva y subjetiva de esta figura jurídica. Pero no se trata simplemente de un enfoque teórico o doctrinal, sino de un mandato, dirigido al juzgador y, para supuestos no contenciosos, al resto de los operadores jurídicos, sobre cuándo ha de calificarse como abusiva una conducta. Y ese mandato, dada la utilización de la conjunción disyuntiva «o», refleja claramente que, para el legislador, se puede incurrir en abuso del derecho tanto de un modo intencionado como involuntariamente; y que, en este último supuesto de falta intención, el abuso puede ser reconocido atendiendo tanto al objeto de la actuación, como a cualquier otra circunstancia que resulte significativa.

Pues bien, por lo que se refiere a la intencionalidad, como manifestación subjetiva del abuso del derecho, es claro —y así lo recoge el parecer unánime de doctrina y jurisprudencia— que se están cubriendo las conductas que evidencian un expreso deseo o voluntad de perjudicar («*animus nocendi*»), pero también aquellos otros comportamientos en los que el daño se produce de una manera más dulcificada al comportar simplemente la falta de un interés serio y legítimo en la actuación del agente. Por lo que afecta a las hipótesis en las que sí concurre el ánimo de dañar es importante tener presente que no

se requiere una especial intensidad en esa intención dañosa, ya que en tal caso la situación se encuadraría dentro de los supuestos dolosos o culposos generadores de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código. Y al contar entonces la víctima del daño con esta norma, protectora de sus intereses y en la que fundamentar una pretensión indemnizatoria, podría descartarse en definitiva la doctrina del abuso del derecho, que como se ha dicho resulta inaplicable si el daño sufrido o interés lesionado cuenta con su propia norma jurídica que lo ampare. Así lo admitía la citada Exposición de Motivos del Decreto que con fuerza de Ley aprobó la reforma del Título Preliminar, al aludir a «*la intención del agente —que no ha de consistir en un comportamiento doloso o culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil—...*».

Cabe preguntarnos si existe realmente un espacio entre el dolo o la culpa, de un lado, y ese mero móvil dañoso («*consilium damni*») no especialmente intenso, del otro. Se trata de situaciones poco frecuentes en las que el agente del abuso no tiene como finalidad primordial al ejercitar su derecho el perjudicar a otro, aunque, siendo consciente de que causa ese perjuicio, persiste en su conducta; el problema radica en la enorme dificultad de prueba que encierran estos casos para demostrar una intención no dolosa ni culposa pero sí abusiva. Así lo señaló el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de junio de 1989, afirmando que son de «*casi imposible acreditación*»: se trataba allí de una esposa que, tras separarse, en breve lapso de tiempo quedó embarazada y dió a luz un hijo cuya paternidad no reveló, demandando seguidamente la revocación de una previa donación efectuada por el esposo, accionando en base al artículo 644.1 del Código Civil, por hijo sobrevenido; el marido se opuso a esa demanda, arguyendo la

inconstitucionalidad de tal precepto resolutorio y calificando la conducta de la esposa como constitutiva de abuso del derecho proscrito por el artículo 7.2; el Tribunal Supremo rechazó ambos argumentos del esposo recurrente indicando, respecto del abuso denunciado, que «*la intención de la actora de carácter fraudulento [era] de casi imposible acreditación, en concreto indemostrada en el caso de autos*».

Sin embargo, esa intencionalidad abusiva del agente resulta en ocasiones de una claridad absolutamente meridiana, según muestran, por ejemplo, algunos supuestos relativos a la interposición del interdicto de obra nueva para la paralización de alguna edificación aldeaña con motivos espurios; tales sentencias resultan especialmente significativas por cuanto la calificación como abusiva de la conducta consistente en el ejercicio de la acción interdictal debe superar nada menos que las exigencias dimanantes de la efectiva tutela judicial de los derechos subjetivos garantizada por el artículo 24 de la Constitución.

En este ámbito de las relaciones de vecindad, acaso sea oportuno aludir ahora a un fenómeno, el de las inmisiones ajenas en la propiedad contigua, por ejemplo mediante humos o ruidos excesivos, creación y dispersión de nubes de polvo o de olores pestilentes, perturbación de vistas panorámicas u otras actividades similares. Lo que ahora importa aquí no son las particularidades que puedan ofrecer cada una de estas modalidades de inmisión en la propiedad ajena, sino que, siendo campo abonado para la proliferación del abuso del derecho, plantean la interesante cuestión relativa a las licencias administrativas de que habitualmente se ha dotado al perturbador antes de llevar a cabo la construcción o la actividad perturbadora. Se trata de «*una zona de tangencia entre*

*la jurisdicción común y la contencioso administrativa»* (sentencia de 12 de diciembre de 1980), en la que corresponde al orden jurisdiccional y a la normativa civil la protección de cuanto afecte a los derechos subjetivos y, en especial «*el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin*» (sentencias de 16 de enero de 1989 y 24 de mayo de 1993, por ejemplo). De esta forma, la existencia de licencias, concesiones o actos administrativos, previamente a la perpetración de una conducta proscrita según los parámetros del artículo 7.2 del Código Civil, no basta para excluir la intención nociva del autor de esta última; quiere así decirse que, en modo alguno, podrían nunca evitar esas actuaciones administrativas previas la posterior apreciación por el juez civil de la concurrencia de un abuso del derecho (sentencias de 14 de marzo de 2005 y 12 de enero de 2011, entre muchas otras).

En cualquier forma y para concluir en este punto relativo a la intencionalidad del sujeto, hemos de señalar que la jurisprudencia ha equiparado la concurrencia de una expresa intención abusiva por parte del sujeto con aquellas otras situaciones en las que la conducta del mismo no está respaldada por «*un interés serio y legítimo*», usando repetidamente esta expresión empleada ya en la citada sentencia arquetipo de 14 de febrero de 1944, sobre daños a la central eléctrica por abusiva extracción de arena en la playa contigua (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1982, 22 de abril de 1983, 25 de septiembre de 1986, 20 de junio y 19 de diciembre de 2008, etc.).

Y prosiguiendo con el examen de los distintos criterios o guías del legislador en orden a la identificación o esclarecimiento de los supuestos constitutivos de abuso del derecho, el artículo 7.2 inmediatamente después de aludir a la inten-

cionalidad del sujeto hace expresa referencia al «objeto» que pueda tener la acción u omisión generadora del daño y a «*las circunstancias en que se realice*». Parece que, de este modo, se está apuntando al enfoque o plano objetivo del abuso del derecho como complementario del subjetivo representado por la voluntad del agente, indicándosele así al juez o a su intérprete que una conducta puede ser abusiva en razón al objeto de la misma o circunstancias que la rodeen.

Pues bien, tendremos que preguntarnos, dada la índole anfibológica del término, qué ha de entenderse por «objeto» de una acción u omisión. Acudiendo, de conformidad al primero de los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del Código, a la interpretación literal del vocablo «objeto», podemos comprobar que, según la última edición del Diccionario de la Real Academia Española, admite el mismo diversas acepciones susceptibles de reducirse a dos grupos: unas van referidas a la materia o asunto de que se trate, y las otras a la finalidad o intento que se persiga<sup>28</sup>. Y como quiera que el texto del artículo 7.2 que venimos estudiando, inmediatamente antes de referirse al «objeto», tipifica la intencionalidad del agente como primera vía para la identificación del abuso, es llano que para aclarar qué deba entenderse por «objeto» han de eliminarse, si no queremos ser redundantes, todas las acepciones de dicha palabra relacionadas con el fin o intención perseguidos y, por tanto, considerar que la referencia del artículo 7.2 a la voz «objeto» sólo puede predicarse en su sentido de materia o asunto a que se contraiga el acto u omisión supuestamente abusivos.

---

28. Así aborda el problema GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel. «La corrección del automatismo...», cit. pp. 153 y ss.

Tal criterio se corrobora al recordar que el artículo 1.261.2º del Código Civil consigna que sólo hay contrato si, además de los requisitos de consentimiento y causa, concurre también el de «*objeto cierto que sea materia del contrato*». Por expresarlo en otros términos: Siguiendo con literalidad lo establecido por nuestro legislador para el ámbito contractual, cuando haya de analizarse el «objeto» de una acción u omisión pretendidamente abusivas también habrá que estar a la materia o asunto al que ese comportamiento se contraiga. E insistiendo en esta línea, tampoco debemos olvidar que, en los artículos 1.271 a 1.273 y bajo la rúbrica «*Objeto de los contratos*», el propio Código exige que ese objeto consista en «*cosas o servicios*» que sean lícitos, posibles y determinados o determinables, volviendo de este modo a identificar la noción de «objeto» con las palabras «materia» o «asunto».

En un importante estudio sobre el objeto del negocio jurídico, DE LOS MOZOS indicaba a este respecto que, etimológica y filosóficamente, la voz «objeto» coincide con la idea de «*resultado querido por las partes en la consecución de su intento práctico*» u operación jurídica por ellas pretendida, debiendo tenerse además en cuenta que la voluntad negocial de las partes no se expresa en términos jurídicos sino prácticos, por lo que, en definitiva, concluye afirmando que el objeto del negocio jurídico es su «*resultado final*», conformado tanto por las prestaciones expresamente pactadas como por las legalmente debidas<sup>29</sup>.

La pregunta entonces es en qué forma puede conducirnos el análisis del resultado final de una conducta a calificar

---

29. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. «El objeto del negocio jurídico», *Revista de Derecho Privado*, mayo 1960, pp. 372 y ss.

a esta última como abusiva. Creo que la clave la proporciona la medida de extralimitación o anormalidad con que el derecho se ejercite, de forma tal que si los efectos o consecuencias de esa conducta o, lo que es igual, su resultado pueden ser calificados como normales y no como desproporcionados o excesivos, atendiendo a la naturaleza y finalidad de la norma que confiere el derecho subjetivo ejercitado, no cabrá entonces reputar ese comportamiento como abusivo.

En efecto, el objeto o resultado final del ejercicio del derecho subjetivo, entendido éste como una esfera de poder concedida al sujeto, sólo podrá indicarnos si ese ejercicio ha sido o no abusivo comprobando si traspasa o, por el contrario, se ajusta a la finalidad de la norma que atribuye al sujeto esa esfera de poder, a la función socioeconómica de esa norma o, si se lo prefiere, a su «*ratio legi*».

En este sentido y a propósito de la palabra «*objeto*» utilizada en el marco de este artículo 7.2, la profesora GÓMEZ LAPLAZA ha escrito que:

*[...] puede darse el abuso aún sin aquella intención de perjudicar; sencillamente, por un exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, por apurar demasiado las ventajas que aquél es susceptible de proporcionar (por sacar demasiada arena de la playa, hasta el punto de dejar sin protección la central eléctrica; caso de la sentencia 14 febrero 1944). Parece innecesario insistir aquí acerca de la función social del derecho y, cómo ignora esa función quien abusa de él de este modo*<sup>30</sup>.

En esta misma línea se pronuncia ROCA JUAN cuando indica lo siguiente:

---

30. GÓMEZ LAPLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen. «Abuso del Derecho», cit., p. 36.

[...] *para que por el «objeto» del ejercicio pueda apreciarse el abuso parece que habrá de existir una contraposición entre las consecuencias del acto y la función asignada a la situación de la que el derecho deriva o se incluye. La contraposición rompe la necesaria correspondencia que debe de existir entre la esfera de poder concreto atribuida al sujeto, el para qué se le atribuye y el resultado del acto de ejercicio de ese poder*<sup>31</sup>.

Prosiguiendo el análisis de los criterios que, conforme al artículo 7.2, permiten la identificación casuística del abuso del derecho, el precepto, tras mencionar la intención del agente y el objeto de su conducta, se refiere a «*las circunstancias en que se realice*» la misma, situándonos nuevamente en el reino de la vaguedad. No es posible una catalogación de cuáles sean esas circunstancias que el juez u operador jurídico debiera estimar significativas, no solo por su diversidad sino también por su variabilidad en el tiempo. Efectivamente, para esclarecer si un comportamiento es o no abusivo podrán ser útiles cualquier clase de datos objetivos como, por ejemplo, los relacionados con el lugar en que los hechos acaezcan (ámbito rural o urbano, por ejemplo), el factor cronológico (la falta de preaviso suficiente al cancelarse un contrato de distribución), el modo de actuar (las formas externas del acoso a un deudor) o la ocasión en la que el derecho se ejercite (un requerimiento notarial al deudor durante la celebración de su boda), etc.

Algún autor ha añadido incluso, como posible «circunstancia» de las que cabe contemplar a estos fines:

[...] *la apreciación de la opinión social, la manera de sentir que, aun estando fuera del sistema, condiciona los comportamientos*<sup>32</sup>.

---

31. ROCA JUAN, Juan. «Comentarios...», cit., p. 393.

32. ROCA JUAN, Juan. «Comentarios...», cit., p. 394.



Y debe añadirse que esa opinión social es por su propia naturaleza variable —pensemos así en las mutaciones sustanciales registradas en cortos períodos de tiempo en torno a institutos jurídicos esenciales para el sistema, tales como las características del matrimonio por ejemplo—. Pero no se trata sólo de la variabilidad genérica de la opinión social por el curso del tiempo sino que, en concreto, pueden experimentarse cambios de esa opinión social sobre un mismo comportamiento desde el momento en que el derecho subjetivo resulte reconocido hasta aquel otro en el que sea ejercitado.

En definitiva, por su propia naturaleza la alusión del artículo 7.2 a las circunstancias que rodeen el ejercicio del derecho ni puede ni debe ser más precisa; antes al contrario, su total indeterminación resulta acorde con la naturaleza también indeterminada del propio concepto de abuso del derecho. De este modo, resulta obligado concluir en este punto que tal referencia del texto legal a las «circunstancias», por la heterogeneidad y variabilidad de las mismas, es una buena garantía de la adecuación permanente de este instituto jurídico de la proscripción del abuso del derecho a la cambiante realidad y conciencia sociales.

***d) Sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho***

Tras suministrar el legislador los criterios a que ha de atenerse la investigación casuística de la naturaleza abusiva en el acto u omisión de que se trate, sea en la versión subjetiva del abuso —patentizada por la intencionalidad del sujeto—, sea en su manifestación objetiva —atendiendo a su objeto o a las circunstancias que lo rodean—, el texto del artículo 7.2 apunta hacia el núcleo mismo de qué deba entenderse como abuso

del derecho, al identificar tal figura con la idea de un manifiesto exceso o rebasamiento respecto de los límites normales para su ejercicio. Una vez más se recurre al empleo de vocablos ambiguos o anfibológicos, a expresiones totalmente indeterminadas: sobrepasar, manifiestamente y límites normales. Procede pues que intentemos por nuestra parte introducir alguna mayor precisión entre tantas vaguedades, reflexionando sobre esta referencia legal a una extralimitación manifiesta.

Parece que tal referencia entronca con las ideas que ya sostuvo, la tan repetida sentencia de 14 de febrero de 1944, sobre la extracción abusiva de arenas en la playa contigua a una central eléctrica de Barcelona, en el sentido de que los derechos subjetivos «—*aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados—, tienen otros de orden moral, teleológico y social*». Con parecido designio, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2013, citando además otras anteriores y afirmando la concurrencia de abuso del derecho en el caso enjuiciado, sigue hablando también, casi setenta años después, de los mismos límites de orden moral, teleológico y social que deben informar el ejercicio de los derechos, por lo que deberá apreciarse abuso en su ejercicio cuando, con apoyo en una actuación aparentemente correcta, se incurra en una extralimitación a la que la Ley no concede protección alguna. La jurisprudencia viene así a indicar que ha de prestarse atención, no sólo a las limitaciones de origen estrictamente jurídico, sino a aquellas otras que puedan revestir naturaleza diversa.

Y es que, por lo que atañe a la idea de extralimitación o superación, ha de subrayarse que el texto legal predica los excesos que condena respecto de «*los límites normales del ejercicio de un derecho*» y no en relación con los límites del derecho ejer-

citado. De este modo, es claro que, a juicio del legislador, no interesan a estos fines los meros límites de la norma jurídica, de la regla que reconoce u otorga el derecho subjetivo, sino que lo que realmente importa son las limitaciones relativas al modo en que se ese derecho pueda ejercitarse o ser actuado. En este sentido y para intentar concretar algo más que deba entenderse como «*los límites normales del ejercicio de un derecho*», habrá que tomar en consideración, naturalmente, los perfiles o fronteras del derecho subjetivo de cuyo ejercicio se trate; pero no bastará con eso sólo, sino que, también y sobre todo, habrá que indagar cuál sea la forma tópicamente estimada como idónea para materializar o poner en práctica esa clase de derechos o, lo que es igual, las modalidades genéricamente admitidas para su ejercicio.

De este modo podemos apreciar que, en definitiva, volvemos un paso atrás, apuntando nuevamente hacia las circunstancias que rodean al ejercicio del derecho; y así, en último término habrá de inferirse que se sobrepasan los límites normales del ejercicio del derecho cuando la conducta del sujeto resulte desproporcionada en relación con las previsiones o expectativas comúnmente admitidas a ese respecto. Aunque me esté refiriendo a lo comúnmente admitido o a una genérica aceptación social, no nos equivoquemos: no existen arquetipos o modelos estandarizados sino que, al final, todo se reduce naturalmente a las concretas ideas y convicciones personales de cada juez, pues es en base a ellas como finalmente se apreciará la normalidad o anormalidad de los límites de que venimos hablando.

Pero no es suficiente con que se registre una extralimitación o exceso anormal en el ejercicio del derecho, sino que el artículo 7.2 imperativamente requiere que esa conducta ex-

cesiva «*sobrepase “manifiestamente” los límites normales*». Esta nueva exigencia o reforzamiento de la extralimitación, que sea clara y no liviana, constituye otra nueva indeterminación o generalidad que también en este caso tiene como directo y exclusivo destinatario al órgano judicial. Es el juez quien únicamente está llamado a discernir en cada caso concreto si concurre o no un comportamiento cuyo exceso sea claro, patente, notorio, ostensible, cualificado, exorbitante, de entidad grave, etc; o si, por el contrario, los límites estimados normales se han sobrepasado de una forma nimia, leve, ligera, poco significativa, intrascendente, ...

Con anterioridad a la promulgación en 1974 del actual artículo 7.2 del Código, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1963 tuvo ocasión de señalar que:

*[...] el abuso de derecho ha de ser manifiesto, esto es, que su existencia se tiene que revelar, de modo patente y claro, de los propios hechos establecidos en la sentencia recurrida [...], más no por meras sospechas ni por el resultado que a juicio del recurrente ofrece la prueba del pleito.*

Después de la reforma del Título Preliminar, las sentencias del propio Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1976 y 25 de septiembre de 1986 parecen arrojar alguna luz sobre el requisito que examinamos («*manifiestamente*») cuando, al hablar del ejercicio abusivo del derecho, indican que:

*[...] sólo lo es cuando media un propósito o intención, tan claro y notorio que merezca ser calificado como manifiesto.*

Y pese a que la pauta marcada en esta sentencia sólo puede ser útil en los supuestos de abuso subjetivo o intencional, cabe sin embargo extrapolarla para casos de abuso meramente objetivo en los que la naturaleza manifiesta de la extralimitación

deberá predicarse entonces de la importancia y gravedad con que el exceso o desproporción resulte del objeto o circunstancias que rodeen al ejercicio del derecho de que se trate.

***e) Con daño para tercero***

La redacción utilizada por el artículo 7.2 del Código al consignar este extremo plantea un doble problema, a saber: si la causación de un daño es indispensable para la existencia del abuso del derecho y, de otra parte, si esa mención a un tercero como víctima del daño ha de ser objeto de interpretación absolutamente estricta o literal. Examinemos ambas cuestiones.

Por lo que afecta a la primera de ellas, si es posible el abuso sin daño, la dicción literal del precepto lo rechaza al exigir como «*conditio sine qua non*» para la apreciación del abuso del derecho en él proscrito que el comportamiento del abusador resulte materialmente nocivo y generador de algún concreto perjuicio. La mera extralimitación o exceso no acompañados de unas consecuencias lesivas podrá o no, según los concretos datos fácticos de cada caso, calificarse como conducta ilícita e, incluso, hasta ser objeto de sanción, pero carecerá de encuadre dentro de la figura regulada por este artículo 7.2; así lo establece de modo unánime la jurisprudencia, reiterando la expresión utilizada por la tan mentada sentencia pionera de 14 de febrero de 1944, sobre las arenas masivamente extraídas por el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, al requerir el «*daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica*».

En esta línea, CUADRADO PÉREZ, autor de una muy reciente y exhaustiva obra sobre esta institución, señala que:

[...] dentro del propio concepto del abuso del derecho ha de estimarse incluida, como presupuesto, la causación de un daño a un tercero<sup>33</sup>.

En consecuencia, la extralimitación inocua en el ejercicio de un derecho subjetivo, no podrá ser constitutiva de abuso del derecho en el sentido establecido por el artículo 7.2 del Código, que no es un precepto de contenido programático o un simple enunciado de modelos de conducta, sino que está ordenado a la reparación indemnizatoria de los perjuicios irrogados por el abuso y a la adopción de las medidas que eviten su persistencia. Y todo ello con independencia, además, de que no resulte imaginable que alguien, sin haber sufrido lesión o daño alguno, pueda estar interesado en denunciar o perseguir el ejercicio por otra persona de un derecho subjetivo que, aun siendo excesivo o extralimitado, no genere consecuencias negativas o perjuicios.

Lo que sí procede subrayar es que el daño ajeno exigible para la configuración del concepto de abuso del derecho puede radicar en unos efectos negativos ya materializados o consistir en un daño futuro, en el riesgo claramente previsible de esos efectos negativos. En este último caso, cabe entender sin esfuerzo ni interpretaciones extensivas que el peligro o la amenaza real de perjuicios venideros ya supone por sí mismo

---

33. CUADRADO PÉREZ, Carlos. «La moderna configuración...», cit., p. 129. Por su parte, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «El abuso de derecho...», cit., p. 1.333, se mostró en alguna medida vacilante: primero escribe que el daño «no es un factor esencial de la idea de abuso, sino sólo un presupuesto del efecto indemnizatorio»; y sin embargo, líneas más abajo, señala ya sin matices que «para poder hablar del abuso del derecho, es necesario que el sujeto sea titular de aquella situación a la que llamamos derecho y, además, que como consecuencia de su ejercicio se produzca un daño para un tercero».

un daño concreto, carente de protección jurídica específica y que la víctima no tiene por qué soportar; y ello, porque la noción de daño no exige «*per se*» que el mismo ofrezca un contenido patrimonial, sino que puede revestir la condición de daño moral o simplemente lesionar intereses de naturaleza ideal.

Pero hay algo más en la redacción de este apartado del artículo 7.2 que llama la atención y es, concretamente, que el daño que en él se exige aparezca irrogado a un «*tercero*». No es pacífica la doctrina sobre la cuestión de si con esta referencia a un tercero civil se está excluyendo a quienes no lo sean o, lo que es lo mismo, si tal referencia excluye del abuso del derecho aquellos supuestos en los que el daño sea sufrido por alguien con quien el que lo haya generado mantenga una relación jurídica en cuyo contexto sea donde se produce esa lesión o perjuicio. La cuestión no es baladí pues, si se está a la interpretación estricta, la consecuencia ineludible será la de excluir del ámbito de aplicación de la norma que nos ocupa todo abuso del derecho cuya víctima sea la contraparte en una relación jurídica previa, desechando así el abuso del derecho, en el sentido que venimos examinando, en el marco de unas relaciones contractuales sea cual sea su naturaleza. De ese modo e insensiblemente se privaría al abuso del derecho de su condición de instituto jurídico autónomo para transformarlo en una mera modalidad más de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código, algo que, pese a algunas vacilaciones jurisprudenciales<sup>34</sup>, creemos que debe rechazarse de plano.

---

34. Así, la sentencia del T.S., con cita de otras, de 22 de febrero de 1959. Se trata de una línea antigua y minoritaria, pues incluso con anterioridad

Fue ROCA JUAN<sup>35</sup> el primero en sostener que esa alusión al tercero carece aquí de significado especial, pues la víctima del daño bien puede corresponder a lo que él llama «un segundo», aunque señale que desde luego hubiese sido más afortunado usar la expresión «daño ajeno» o, añadimos nosotros, la de «daño a otro», que es precisamente la empleada en punto a la responsabilidad extracontractual por el artículo 1.902 del Código. Por su parte, son numerosos los casos en que, sin particular dificultad, la jurisprudencia se ha ocupado del abuso del derecho no obstante mantener la parte perjudicada relaciones jurídicas previas con el demandado, por ejemplo en el ámbito del Derecho societario, o en el marco de los contratos arrendaticios, o en el de la propiedad horizontal; en cualquier forma, no existe o, al menos, no tengo conocimiento de jurisprudencia que haya sostenido interpretaciones más restrictivas, argumentando la inexistencia de la condición de tercero en el interesado para excluir el abuso del derecho si, en virtud de una relación previa entre las partes, la víctima del daño disponía de otra vía o cauce jurídico distinto para recabar el oportuno resarcimiento.

### ***f) Dará lugar a la correspondiente indemnización***

El primero de los efectos o consecuencias que ha de derivar de la estimación como abusiva de una determinada conducta

---

a la promulgación del actual artículo 7.2 CC era ya abundante la doctrina jurisprudencial que confería autonomía conceptual al abuso del derecho.

35. ROCA JUAN, Juan. «Comentarios...», cit., p. 395. En idéntico sentido, MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. «La buena fe...», cit., p. 448; adde. CUADRADO PÉREZ, Carlos. «La moderna configuración...», cit., pp. 131 y ss.



es, según el texto del precepto que examinamos, el relativo a la reparación del daño causado, la «*indemnización correspondiente*», quizás la expresión más simple o menos problemática empleada por el legislador en este artículo.

Ciertamente es obvio que con el vocablo «indemnización» se hace referencia al resarcimiento de los daños y perjuicios que la conducta abusiva haya irrogado. Pero a mi conocimiento, ni la jurisprudencia ni la doctrina científica se han cuestionado sobre si el adjetivo «*correspondiente*» va referido a las variables características del «*daño para tercero*» —que se menciona en la frase inmediatamente anterior—, o si por el contrario se está aludiendo a las circunstancias relativas a la conducta en que, en cada caso, consista la acción u omisión abusivas; si tal adjetivo se predica sólo del daño bastará entonces con evaluar los efectos perjudiciales, mientras que si se la considera aplicable a la conducta, entonces la indemnización podría resultar modulada en función de los distintos elementos conformadores del hecho abusivo. En esta tesitura, resulta razonable considerar que esa correspondencia o proporcionalidad con la que el legislador adjetiva la palabra «*indemnización*» ha de relacionarse tanto con la conducta del agente como con el daño ocasionado, ajustándose así la indemnización que proceda a la totalidad de las cambiantes circunstancias de cada caso.

Por lo demás, ninguna especial dificultad se registra en esta materia, absolutamente común con los aspectos indemnizatorios inherentes al ilícito civil que, en el marco de la responsabilidad extracontractual, consagra el artículo 1.902 del Código, área jurídica que en sus manifestaciones de objetivación cada vez más amplias presenta, como ya hemos tenido oportunidad de comentar, relaciones tan próximas con el abuso del derecho

que frecuentemente han inducido a confusiones indebidas. La aplicación de los criterios para la reparación o resarcimiento serán pues los mismos, proceda el daño generado de un abuso del derecho o de un ilícito civil; y ha de subrayarse en este orden de cosas que ninguna especialidad existirá tampoco cuando, tratándose de comportamientos más específicamente antisociales y de perjuicio colectivo, proceda indemnizar el daño así ocasionado, ya que su resarcimiento habrá de tener lugar bajo los mismos parámetros que si se tratase de reparar daños extracontractuales masivos o de grupo.

***g) Ya la adopción de las medidas judiciales  
o administrativas que impidan  
la persistencia en el abuso***

La expresa admisibilidad de actuaciones judiciales o administrativas tendentes a evitar que, independientemente de la indemnización del daño ya generado, el abuso del derecho pueda perpetuar sus efectos constituyó, según destaca de modo unánime la doctrina, uno de los principales hitos de la reforma del Título Preliminar operada en el año 1974. Los fines perseguidos por el legislador en este punto son claros: para que la indemnidad de la víctima del abuso sea completa, no basta en ocasiones con la reparación económica del daño producido sino que se precisa además la remoción del resultado de esa conducta abusiva; y en tal caso, esa retroacción de las cosas al momento inmediato anterior al de la causación del daño, que naturalmente desborda los límites de la mera indemnización económica, comportará entonces la adopción de medidas complementarias a esta última.

Ya con anterioridad a dicha reforma legislativa, la jurisprudencia sobre el abuso del derecho, cuando estimaba su

conurrencia, juntamente con la pertinente declaración como abusiva de la acción u omisión enjuiciada y consiguiente condena indemnizatoria de los daños y perjuicios irrogados, también proclamaba, llegado el caso, la ineficacia o nulidad de los resultados dimanantes de tal abuso<sup>36</sup>. Pues bien, esa sanción de nulidad para el resultado de la conducta abusiva cabe seguirla sosteniendo hoy y ya con expreso fundamento legal, no porque así lo disponga este artículo 7.2 que guarda silencio al respecto, sino invocando a ese fin lo prevenido en el artículo 6.3 del propio Código, conforme al cual *«los actos contrarios a la normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*. La aplicabilidad de este último precepto es indiscutible en la medida en que todo acto abusivo resulta, por la propia naturaleza de las cosas, contrario precisamente al artículo 7.2, la disposición imperativa que establece su interdicción.

En cualquier forma y más allá de la nulidad del acto abusivo y de la correspondiente indemnización del daño por él causado, el texto que venimos glosando incluye la posibilidad de evitar, usando tanto la vía judicial como la administrativa, la persistencia del abuso cuando éste no haya agotado sus efectos al perpetrarse, sino que subsiste el riesgo de que estos últimos sigan desplegándose en el tiempo. La Exposición de Motivos del Decreto que sancionó con fuerza de ley la reforma del Título Preliminar alude a esta posibilidad de adoptar *«medidas impeditivas de la persistencia en el abuso»*, indicando que

---

36. Así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1961, de 4 de marzo de 1967 (con cita de otras muchas) o la de 25 de octubre de 1974.

*«de esta manera se obtienen las ventajas de la ejecución en forma específica y puede quedar efectivamente restablecida la normalidad»*. Con abstención por mi parte de aludir los problemas, ciertamente graves, que, atendiendo a la legalidad vigente en 1974, originaba esta referencia legal a las medidas judiciales y administrativas susceptibles de adoptarse para detener los efectos del abuso, me limitaré a esbozar el planteamiento de la cuestión en el marco de la normativa actual.

En cuanto a las posibles medidas judiciales impeditivas de la persistencia del abuso, es claro que el interesado o interesados en la cesación de sus efectos podrán actuar, conforme al artículo 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el cauce de las medidas cautelares recabando las que se estimen más idóneas para la finalidad perseguida y que, según el artículo 727.11<sup>a</sup> de la propia Ley, podrán consistir, además de en alguna de las diez modalidades que preceden a ese apartado, en cualesquiera otras que se hallen previstas legalmente o, de forma innominada, en las *«que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial»*. La solicitud de esas medidas cautelares, podrá acompañar a la demanda que inste la declaración del acto como abusivo y demás pronunciamientos pertinentes, o bien preceder a dicha demanda, que entonces deberá ser interpuesta dentro de los veinte días siguientes a la adopción de las medidas; cabe incluso formular tal solicitud de medidas cautelares posteriormente, durante la tramitación del procedimiento principal, si se produjesen *«hechos o circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos»* (artículo 130 de la L.E.C.). No hay que olvidar, sin embargo, la posibilidad de que las medidas cautelares a solicitar resulten neutralizadas mediante la prestación por el abusador de una caución sustitutoria siempre que éste así lo

solicite y el órgano judicial acceda a ello (artículos 746 y 747 de la L.E.C.).

Puede ocurrir, sin embargo, que las medidas para evitar la persistencia del abuso hayan de ser adoptadas tras la declaración de su concurrencia y consiguiente condena a quien lo haya cometido. En ese supuesto y dependiendo de la naturaleza del abuso y de la propia condena será cuando, por los cauces procesales dispuestos para la ejecución de sentencias, deba estarse, en la mayor parte de los casos, a las previsiones contenidas en los artículos 705 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para ejecutar las obligaciones de hacer y de no hacer, así como también respecto de las condenas consistentes en un hacer personalísimo; tales previsiones se adicionan con las normas pertinentes sobre apercibimiento al ejecutado de la posibilidad de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial, así como sobre las correspondientes multas coercitivas.

Por lo que concierne a la posibilidad de que se adopten medidas administrativas para impedir que persistan los efectos del abuso del derecho, la cuestión se ofrece más compleja, al menos desde la perspectiva civilista, para la que no deja de ser en principio sorprendente esta llamada a la acción administrativa en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. Con toda probabilidad, el legislador de 1974, al aludir en este contexto a posibles medidas administrativas, pensaba más en la cesación de conductas antisociales propiamente dichas, que en verdaderos actos administrativos que recayeren en los conflictos entre particulares, toda vez que respecto de estos últimos, tanto entonces como hoy, resultaba y sigue resultando incuestionable la exclusividad del orden jurisdiccional civil.

En cualquier caso, la generalidad de la doctrina científica<sup>37</sup> señala sin fisuras que, pese a la ubicación del artículo 7.2 del Código Civil en el Título Preliminar de este cuerpo legal y su consiguiente aplicabilidad genérica a las demás áreas jurídicas, esta norma no otorga por sí sola título competencial alguno a los órganos de la Administración que les faculte para apreciar la concurrencia de conductas abusivas o para decretar medidas que impidan la persistencia de sus efectos. Por tanto y en defecto de disposiciones específicamente administrativas que las habiliten para actuaciones concretas en ese sentido, no podrán las Administraciones Públicas desarrollar su actividad sobre la base única del artículo 7.2<sup>38</sup>; ello en modo alguno es óbice para que los órganos administrativos, adicionalmente a las reglas jurídicas que les son propias, puedan invocar este precepto en el normal curso de sus intervenciones y, por tanto, ampliar o potenciar las potestades específicas que tengan reconocidas. En todo caso y para concluir con este punto, quede aquí constancia de que cualquier medida administrativa que pueda adoptarse al amparo o con invocación del artículo 7.2 del Código Civil deberá ajustarse cabalmente a las previsiones

---

37. Ver por todos: RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentarios...», cit., pp. 241 y ss.; GÓMEZ LA PLAZA, M<sup>a</sup> del Carmen. «Abuso del derecho», cit., pp. 42 y ss.; CUADRADO PÉREZ, Carlos. «La moderna configuración...», cit., pp. 143 y ss.

38. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1978, en un recurso contencioso administrativo sobre expediente de ruina de un edificio instado por el propietario colindante, aduciendo al efecto la concurrencia de abuso del derecho, señaló que «*la Administración municipal carece de atribución para adoptar medidas de preservación de los particulares frente a los abusos [...] y el artículo 7.º, número 2 del C.C. no parece que suponga norma de atribución suficiente por tratarse realmente de mera remisión y la autoridad municipal la tendrá cuando se la atribuya la correspondiente ley especial*».

de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, siendo fiscalizable además y posteriormente por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

## **V**

### **EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 7.2 DEL CÓDIGO CIVIL**

Para completar las consideraciones precedentes sobre la noción del abuso del derecho y su tratamiento por el legislador, resulta sumamente útil traer aquí a colación algunas de las reflexiones que suscita el examen de la jurisprudencia dictada por nuestros Tribunales en torno al artículo 7.2 del Código Civil. Aunque he tratado de apoyar las ideas hasta aquí expuestas en un buen número de resoluciones judiciales, creo que una referencia más específica a las aportaciones jurisprudenciales en la materia permitirá perfilar con mayor nitidez el texto y contenido del precepto analizado y, al propio tiempo, facilitará una idea más precisa sobre su aplicabilidad y alcance práctico en distintas áreas jurídicas.

En tal sentido, haré alusión en primer lugar al hecho de que puede localizarse jurisprudencia sobre la figura del abuso del derecho en las áreas más diversas pero, como no podría ser de otro modo, con una especial intensidad en los conflictos entre particulares de naturaleza iusprivatista, comprendiendo desde lo que cabe considerar como el núcleo duro del Derecho Civil, hasta los distintos sectores que integran esta rama jurídica, y extendiéndose desde luego tanto al Derecho Mercantil como al Procesal.

Así por ejemplo, encontramos sentencias, como la de 29 de marzo de 2011, en la que el Tribunal Supremo reprocha a una divorciada, que había abandonado la antigua vivienda familiar cuyo uso le había sido asignado a ella y un hijo menor, para instalarse en el domicilio de su nueva pareja, que pretendiera mantener cautelarmente reservada la asignación de la vivienda desalojada,

*[...] pues sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho que no queda amparado ni en el artículo 96 ni en el artículo 7 del Código Civil.*

Dentro del propio Derecho de Familia, mencioné anteriormente la sentencia de 19 de marzo de 1993, que estimó en aquel concreto caso como abuso del derecho constitucional a la integridad física la injustificada negativa a una prueba biológica en un proceso sobre investigación de paternidad.

En áreas menos sensibles del Derecho Civil, se localizan sentencias del Tribunal Supremo en materias tan variadas como una acción negatoria de servidumbre (sentencia de 30 de julio de 1991); sobre la sociedad conyugal de conquistas en el régimen económico matrimonial navarro (sentencia de 14 de marzo de 2000); respecto de la revocación de donaciones (sentencia de 22 de junio de 1989); a propósito de la acción divisoria en terrenos de una comunidad de bienes (sentencia de 28 de junio de 1991); en materia de cláusulas penales de un contrato (sentencia de 26 de diciembre de 1990, 28 de enero de 1992 y 1 de octubre de 2010); señalando que dejar el otorgamiento de la escritura de venta a determinadas exigencias unilaterales del vendedor, no sólo infringe el artículo 1.256 del Código Civil, sino que constituye un abuso del derecho conforme al artículo 7.2 del mismo (sen-



tencia de 20 de febrero de 1998); calificando como abusivo un paredón erigido junto a las ventanas de un hotel aunque el derecho aragonés no contemple distancias mínimas para luces y vistas (sentencia de 3 de febrero de 1989); asignando naturaleza abusiva a las ventas cuantiosas realizadas por una usufructuaria pese a autorizarle el testamento para ello si a su solo criterio lo consideraba necesario (sentencia de 4 de mayo de 1987); rechazando el abuso del derecho para los actos de disposición a título gratuito de una fideicomisaria, en un fideicomiso «*si aliquid supererit*» —si algo queda, diríamos—, dada la absoluta facultad dispositiva que le confirió el causante (sentencia de 22 de junio de 2010); sobre desestimación de retraso desleal y de cualquier otra forma de abuso del derecho argumentadas frente a la reclamación por responsabilidad civil profesional de un letrado formulada contra su herencia yacente (sentencia de 19 de febrero de 2014); etcétera.

En el ámbito de los arrendamientos urbanos, pese a la desaparición en la normativa vigente del artículo 9 de las anteriores Leyes arrendaticias de 1956 y de 1964 —que expresamente rechazaban «*las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho*»—, sigue siendo relativamente abundante la jurisprudencia existente al respecto. Así, por ejemplo, en determinados supuestos relacionados con el derecho de adquisición preferente del arrendatario (sentencias de 25 de febrero de 2002 y 13 de junio de 2003); sobre moderación de la indemnización a favor de la propiedad en casos de desistimiento unilateral anticipado por parte del arrendatario (sentencias de 7 de junio de 2006 y 30 de octubre de 2007); en relación con el ejercicio de acciones de desahucio por impago de renta en casos de ligero retraso pero precedidos de alguna

anterior enervación del desahucio (sentencias de 24 de julio de 2008 y 20 de octubre de 2009); etc.

En materia de propiedad horizontal, como vimos, el artículo 18.1.c) de su Ley reguladora consagra como uno de los motivos para impugnar los acuerdos adoptados por la Junta de una Comunidad de Propietarios la concurrencia de abuso del derecho. La muy abundante jurisprudencia en esta concreta materia suele descansar sobre la intencionalidad del abusador; recaiga dicha condición en quienes impugnan los acuerdos o en quienes los hayan adoptado e, incluso, en quienes, tratándose de la regla de la unanimidad, hayan impedido su adopción. La guía habitualmente seguida por la jurisprudencia no es otra, en los términos empleados por la sentencia de 13 de marzo de 2003, que la de buscar «*la más ordenada convivencia de los cotitulares y preservar la paz vecinal*», así como que, por el contrario, no pueda prosperar comportamiento alguno:

[...] *movido por razones de capricho, por egoísmo y acomodo a sus intereses que contradicen los comunes y, en muchos casos, por el simple móvil de causar molestias, incordiar y hostigar a los demás.*

Por su parte, la sentencia de 24 de octubre de 2011 señala que:

[...] *en materia de propiedad horizontal, el abuso de derecho se traduce en el uso de una norma, por parte de la Comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma.*

Pues bien, sin ánimo alguno de exhaustividad dada la extraordinaria variedad de los casos enjuiciados, me limitaré a mencionar que, para la sentencia de 11 de julio de 1994, fue abusiva la impugnación por algunos propietarios de unos acuerdos comunitarios, que determinaron la realización de

ciertas obras, nueve años después de su adopción. En relación a los masivos casos de cierre de terrazas para su incorporación a las viviendas o de la instalación en las fachadas de aparatos de aire acondicionado, se rechaza a veces la denuncia de abuso del derecho basada en que la Comunidad no reclamó frente a otros propietarios que anteriormente lo hicieron, pues se estima que nada impide efectuar más adelante esa reclamación (sentencia de 27 de marzo de 2012); de cualquier forma, en este terreno de reclamaciones relativas a la alteración de elementos comunes, cuando ya existen en la comunidad otros precedentes del mismo género, las resoluciones judiciales suelen razonar más frecuentemente en torno a la infracción del principio de igualdad (sentencia de 5 de marzo de 1998). En un plano distinto, la modificación estatutaria introducida por la promotora del inmueble tras haberse reservado esa facultad en el título constitutivo puede en ciertas circunstancias considerarse abuso del derecho (sentencia de 4 de octubre de 2013); viene siendo particularmente frecuente el recurso a la noción del abuso del derecho en los supuestos de vallados o cerramientos exteriores de los edificios y conjuntos residenciales, con lógica oposición de los titulares de bajos y locales comerciales, existiendo sobre ello ya una abundante doctrina jurisprudencial a la que no voy a referirme. No obstante, sí quiero citar al respecto la reciente sentencia de 5 de marzo de 2014, conforme a la cual y en el caso enjuiciado,

*[...] la comunidad de propietarios ha ejercitado acción frente a un copropietario, con claro perjuicio para éste y con ausencia de interés legítimo para aquélla, con patente ejercicio abusivo del derecho.*

La propia sentencia establece, con referencia a la regla de la unanimidad, una doctrina importante:

[...] *la flexibilización de dicho régimen ha venido haciéndose desde el principio de la proscripción del abuso del derecho, de modo que en los supuestos de alteraciones inconsentidas de elementos comunes no esenciales o escasamente relevantes para los intereses de la comunidad, se viene permitiendo la oposición a la inalterabilidad de los elementos comunes sin consentimiento unánime de la comunidad cuando esa falta de consentimiento implique la existencia de un ejercicio abusivo y contrario a la buena fe (s. TS de 3 de octubre de 1998).*

Pasando ahora a la jurisprudencia sobre el abuso del derecho en el ámbito mercantil cabe registrar su abundancia en los distintos campos de esta rama del Derecho: así, localizamos muy abundantes sentencias en materia de propiedad industrial (sentencias de 3 de febrero de 2003, 27 de febrero de 2012 y 30 de julio de 2013, por ejemplo), de contratos de «leasing» (sentencias de 2 de julio de 2002, 22 de febrero de 2007 y 14 de diciembre de 2010), de distribución (sentencias de 4 de mayo de 2010, de 15 de marzo de 2011 y 19 de junio de 2012), sobre cláusulas abusivas y protección de consumidores (27 de enero de 1999, 21 de diciembre de 2000 y 25 de septiembre de 2008), en materia concursal (sentencias de 12 de junio de 2007 y 14 de diciembre de 2010), etc.

Pero habrá de convenirse que es el Derecho de sociedades de capital el que resulta más proclive para que se suscite jurisprudencia sobre abuso del derecho. Sin poder detenernos siquiera a un análisis sintético, baste con señalar que se localizan muy abundantes resoluciones judiciales respecto del derecho de información (auto de 1 de febrero de 2011 y sentencias de 22 de julio de 2005 y 19 de septiembre de 2013); a propósito de la forma de convocatoria de las Juntas Generales (sentencia de 1 de marzo de 2006); sobre operaciones de ampliación de capital (sentencias de 10 de febrero de 1992, 5 de marzo de

2009 y 10 de noviembre de 2011); respecto de operaciones en beneficio exclusivo de uno de los socios (sentencia de 3 de octubre de 2002); en relación con la retribución de los administradores (sentencias de 29 de marzo de 2007 y 3 de abril de 2014); sobre la nulidad en determinados casos del acuerdo de no repartir dividendos (sentencia de 7 de diciembre de 2011); sobre el levantamiento del velo societario (sentencias de 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987 y 30 de diciembre de 2003); sobre el rechazo en ocasiones de la reclamación del acreedor social frente al administrador (sentencia de 31 de enero de 2007); etc.

En otro plano distinto, el procesal, el mandato contenido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —que Jueces y Tribunales rechacen «*las peticiones incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho*»— es objeto, en mi opinión acertadamente, de una muy mesurada aplicación en la praxis diaria, sin que hayamos de detenernos más en ello. Sí ha de hacerse mención, aun somera, a las frecuentes reclamaciones planteadas por quienes se consideran perjudicados en los supuestos denominados de «abuso del derecho a litigar» y que proliferan especialmente en el campo de las acciones interdictales. Se alude con ello al ejercicio de acciones de esta naturaleza, que ocasionan la paralización de obras u otros perjuicios para el demandado, lo que induce a veces a este último a denunciar como abusiva la interposición de la demanda generadora del daño sufrido, si tal demanda finalmente resulta desestimada. El asunto es delicado, por cuanto está en juego el derecho constitucional a la efectiva tutela judicial que, si bien y como dijimos no es absoluto, tampoco permite que con ligereza se coarte el ejercicio de unas acciones previstas legalmente. La jurisprudencia disponible es abundante

y denegatoria en la mayoría de los casos de la declaración del abuso solicitada, exigiendo para apreciarlo bases muy sólidas (sentencias de 31 de enero de 1992, 2 de febrero de 2001 y 29 de diciembre de 2004, entre otras muchas). Suelen destacar las sentencias proferidas sobre el asunto que el mero hecho de que una demanda interdictal sea desestimada no implica por sí solo que su interposición fuese abusiva; señalan que lo decisivo es determinar si el demandante estaba asistido de «*iusta causa litigandi*» o si, por el contrario, hubo extralimitación —objetiva o subjetiva— en su derecho a litigar. Existen, de todos modos, algunas sentencias que efectivamente declaran la existencia de abuso del derecho en esta materia: así, las de 15 de diciembre de 1992, 3 de marzo de 2003 o 4 de septiembre de 2008, por ejemplo.

No se entendería este repaso de la jurisprudencia que se pronuncia sobre el abuso del derecho sin mencionar la relativa a determinadas reclamaciones bancarias. No me refiero a las abundantes y recientes sentencias sobre cuestiones más o menos próximas, pero distintas, a la aquí examinada, tal y como las relacionadas con las cláusulas abusivas y, en general, la protección del consumidor, sino a aspectos concretos de las ejecuciones hipotecarias, cuyo volumen en los últimos años ha aumentado notablemente como consecuencia del incremento de la morosidad y, genéricamente, de la crisis económica que hemos venido padeciendo.

En este orden de cosas, el Tribunal Supremo ha apreciado la concurrencia de abuso del derecho, por ejemplo, en el uso de vías judiciales duplicadas para una misma reclamación, la de ejecución ordinaria y la especial hipotecaria (sentencia de 25 de enero de 2006). Por su parte, la jurisprudencia menor registra supuestos de extralimitación y abuso por parte de las

entidades acreedoras en ciertos casos en los que, siendo titulares de primera y de segunda hipotecas sobre un mismo inmueble, ejecutan la que ofrezca un avalúo de la finca notoriamente inferior para reducir así el valor en que se la adjudicará finalmente.

Pero los supuestos más numerosos y significativos se concentran en torno a las reclamaciones al deudor de las cantidades pendientes tras haberse adjudicado el acreedor el bien subastado, especialmente cuando esa adjudicación lo ha sido en un valor muy inferior al real de dicho bien. El Tribunal Supremo ha venido reiterando que:

*[...] no puede estimarse que el acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio del derecho, desde el punto de vista de su función económico-social, por el hecho de que no renuncie a resarcirse del total de su crédito [...]*

(sentencia de 25 de septiembre de 2008, citando la de 16 de febrero de 2006, entre otras).

Sin embargo, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, en un auto de 17 de diciembre de 2010, de gran resonancia mediática y objeto además de algunos comentarios doctrinales<sup>39</sup>, confirmó la decisión del Juzgado de no proseguir la ejecución frente al deudor y, aunque rechazando la declaración de abuso del derecho que contenía la sentencia apelada, resolvió de modo análogo estimando que

---

39. Sobre este asunto, *vid.* CUADRADO PÉREZ, Carlos. «La moderna configuración...», cit., pp. 133 y ss. y bibliografía allí citada. Adde. MARTÍNEZ DE SANTOS. «Lo que oculta el debate sobre las cláusulas abusivas en la hipoteca: el producto insuficiente del art. 579 LEC», en *Diario La Ley*, n° 8.315, de 21 de mayo de 2014.

el valor de tasación pactado en la escritura cubría el resto de deuda reclamado por el Banco adjudicatario; además y pese a denegar la concurrencia de abuso del derecho, el auto de la Audiencia calificó la conducta de la entidad bancaria como «*moralmente rechazable*», considerando «*intranquilizante*» que el Banco alegara que el valor real del bien adjudicado fuese inferior al pactado como precio de tasación para la subasta. Lo cierto es que este auto, no obstante rechazar «*expressis verbis*» que mediase abuso del derecho, fundamenta su decisión y resuelve el recurso de acuerdo a lo que hasta aquí hemos comentado sobre tal figura jurídica, algo que incluso parece reconocer la propia Sala en otro auto de 16 de marzo de 2011 con el que puso fin a un incidente de nulidad de actuaciones suscitado por el Banco ejecutante. En cualquier caso y aunque otras decisiones sí admitan explícitamente la concurrencia de abuso del derecho en esta clase de reclamaciones dirigidas al deudor tras la adjudicación del bien hipotecado (así, por ejemplo, los autos de 7 de abril y 16 de septiembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Gerona), es lo cierto que existen también resoluciones en sentido contrario (así, el auto de 28 de enero de 2011 de la propia Audiencia Provincial de Navarra, pero en su Sección Tercera).

Y ello es absolutamente lógico y normal, toda vez que como he expuesto anteriormente la indeterminación y generalidad que presenta el artículo 7.2 del Código Civil al establecer la proscripción del abuso del derecho exige estar a su aplicación individualizada y, en definitiva, adaptar las resoluciones judiciales a las cambiantes circunstancias concretas del caso enjuiciado. Pero es que, además, es al legislador a quien compete adoptar preventivamente las soluciones legales que dificulten las conductas abusivas, tal y como ha ocurrido en esta materia



con las sucesivas modificaciones al alza del valor de tasación de los inmuebles hipotecados a subastar; así, tras la última reforma del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevada a cabo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, «*de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*», hoy tras la subasta sin postor de una vivienda habitual, su adjudicación en pago no puede producirse por debajo del setenta por ciento de su valor de tasación.

En un plano distinto y volviendo a las aportaciones genéricas de la jurisprudencia a la figura jurídica del abuso del derecho, tienen bastante trascendencia las reiteradas resoluciones que, minimizando de algún modo la efectividad de la proscripción del abuso del derecho en la práctica, sostienen la exigencia de que, para su apreciación, el abuso haya sido previamente alegado por el perjudicado sin que, por tanto, proceda su acogimiento de oficio por el órgano judicial. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1984:

*[...] por no pertenecer el abuso del derecho al ámbito de la doctrina de los actos contrarios a las normas, sino al del ejercicio de los derechos —según sus límites y el principio de buena fe—, es materia dispositiva que procesalmente ha de actuarse, bien como acción, ora como excepción o remedio al perjuicio que se cause en materias no reguladas por otras normas destinadas normalmente a la solución de conflictos o colisión de derechos, por lo que debe ser actuada por la parte y revelarse de modo patente y claro, según el principio de contradicción y «auditur et altera pars» [...]*

Pueden citarse, en igual sentido, por ejemplo, las sentencias de 31 de marzo de 1981 o de 31 de octubre de 1989.

Ello no obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 19 de abril de 2013, citada antes a propósito

del denominado «retraso desleal» en la reclamación excesivamente tardía de un préstamo, llevó a cabo la apreciación de oficio del abuso de derecho por parte del acreedor, razonando que no incurría en incongruencia pues el retraso desleal tiene que ver con la pasividad del acreedor prolongada en el tiempo, fundamento común a la prescripción que sí había sido alegada por el deudor; pero además y sobre todo, decía la sentencia que,

[...] *si con arreglo a la jurisprudencia comunitaria el tribunal nacional puede apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en un contrato celebrado con consumidor, por la misma razón cabe que detecte y ponga coto a comportamientos del mismo abusivo carácter.*

Aun cuando pueda compartirse la parte dispositiva o fallo de esta sentencia, no ocurre lo mismo con su argumentación para justificar la aplicabilidad «*ex officio iudicis*» del abuso del derecho, pues resulta especialmente difícil de aceptar esa alusión a la jurisprudencia comunitaria, toda vez que esta última, como se dijo, se limita a dar acogida a lo dispuesto por los sistemas jurídicos nacionales en materia de abuso del derecho, siempre que con ello no se infrinjan los principios y fines de la normativa de la Unión cuyo ejercicio se considere extralimitado, pero sin que la normativa comunitaria establezca nada por sí misma al respecto.

Sobre este extremo de la exigibilidad de la alegación de parte como requisito para la apreciación del abuso del derecho, que reiteradamente sostiene la jurisprudencia, cabe además añadir que resulta muy significativo el silencio mantenido por el artículo 7.2 del Código Civil, frente al tenor del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que consigna expresamente que los órganos judiciales «*rechazarán de oficio*» las

actuaciones y planteamientos que, en el ámbito procesal, sean susceptibles de calificarse como abusivos.

Por último, es también de suma trascendencia la reiteración con que el Tribunal Supremo insiste en que esta figura del abuso del derecho «*es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo*» (ss. de 7 de julio de 1980, 31 de octubre de 1981, 2 de diciembre de 1994 y 27 de mayo de 1998), llegando por ello a decir que «[...] *habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiera planteado la cuestión*» (s. de 30 de junio de 1998). A mi juicio, esta insistencia en la naturaleza excepcional y en el acogimiento restrictivo del abuso del derecho explica un doble dato: a) el primero, que el análisis de las numerosas sentencias recaídas en la materia revela que es absolutamente insólito que las partes establezcan como base única de sus pedimentos el artículo 7.2 pues, no fiándose de las posibilidad de que prospere por sí sola la denuncia del abuso, de modo casi infalible acompañan la alegación de ese precepto con otras argumentaciones del más variado signo; y b) el segundo dato que se explica a partir de esta aplicación restrictiva y excepcional de la institución es, obvio resulta decirlo, la gigantesca desproporción entre el muy abundante número de procesos en que se juzgan hechos denunciados como abusivos y el muy escaso número de las sentencias que efectivamente proclaman la concurrencia de un abuso del derecho.

No se advierta en mis palabras censura alguna en relación a esta posición restrictiva de la jurisprudencia en torno a la doctrina sobre el abuso del derecho. Antes al contrario, la comparto. Entiendo que, aunque por hipótesis esta institución descansa sobre supuestos de exceso o extralimitación, es lo cierto que el posible abuso va referido, siempre y necesaria-

mente, al ejercicio de un derecho subjetivo cuya titularidad y vigencia no se discuten, por lo que tal premisa o punto de partida obliga al juzgador a mostrarse cauto y a ser muy estricto exigiendo no ya extralimitación en el ejercicio de ese derecho sino el carácter patente y manifiesto del pretendido abuso objeto de enjuiciamiento.

En cualquier caso, tal actitud restrictiva de la jurisprudencia precisamente tranquilizará al jurista en general en el sentido de que no se han materializado los riesgos, que algunos agoraron, de una excesiva inseguridad jurídica en razón a la generalidad e inconcreción de los términos empleados por el legislador en este artículo 7.2. La experiencia de estos últimos cuarenta años, claramente arroja el resultado inverso: jueces y tribunales, conscientes seguramente de los peligros e incertidumbres que en otro caso podrían derivarse, han mostrado en sus resoluciones, con rara homogeneidad, la necesidad de adoptar toda suerte de cautelas y de no caer en la tentación de usar esta figura del abuso como genérico cauce para alcanzar soluciones casuísticas inspiradas únicamente en razones de justicia material y, aun menos, para llevar a cabo un, en mi opinión, recusable uso alternativo del Derecho.

Y con ello acabo ya, en la confianza de que esta disertación no les haya resultado abusiva por mi parte y agradeciéndoles muy sinceramente su paciencia.

CONTESTACIÓN POR EL  
**Excmo. Sr. D. RAFAEL LÓPEZ CANTAL**  
AL DISCURSO DE INGRESO DEL  
**Ilmo. Sr. D. MIGUEL DE ANGULO RODRÍGUEZ**



Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de Granada,  
Excmas. e Ilmas. Autoridades,  
Excmos. e Ilmos. Sres. Académicos,  
Señoras y señores:

**E**MPLO CON SATISFACCIÓN el deber estatutario de contestar al discurso de ingreso del Ilmo. Sr. Don Miguel de Angulo Rodríguez en nombre de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, tarea que me resulta especialmente grata en razón al afecto que le profeso y a la amistad que nos une desde hace muchos años, los que coinciden con nuestras respectivas carreras profesionales. Ese largo trayecto común me ha permitido conocer bien sus cualidades personales y profesionales, de tal forma que, salvo la recopilación de los datos curriculares para la preceptiva *laudatio*, he podido redactar mis palabras con ingredientes extraídos de mi propio conocimiento. Debo dejar constancia por ello de que, manifestados que han sido los mencionados vínculos de aprecio y de amistad, he procurado mantenerme en mi exposición dentro de los límites de la objetividad a la que me obligan las exigencias académicas y la solemnidad de este acto.

Conocí al nuevo Académico a comienzos de 1970, a raíz de mi ingreso como pasante en el despacho de su padre, nuestro común maestro don Luis de Angulo Montes. Miguel dedicaba por aquél entonces todo su tiempo al Derecho Internacional Privado, pero desde ese momento comenzó a fraguarse el conocimiento mutuo y la amistad ya aludida, que ha ido consolidándose a lo largo de cuatro décadas de paralelo ejer-

cicio de la abogacía, que él inició en 1974. Hemos militado a veces en el mismo bando y a veces en el contrario en litigios y otros asuntos varios, como es propio de nuestro oficio, y puedo dar fe de su elevada talla profesional y del alto nivel de sus actuaciones, siempre rigurosas y brillantes. Vengo sosteniendo desde hace años que si bien todos los abogados disponemos de las mismas herramientas de trabajo, que son la ciencia y la técnica jurídicas, sin embargo no existe un abogado igual a otro porque también influyen de forma muy considerable otros factores como la calidad humana, la disciplina, el espíritu de trabajo, la ética personal y profesional, así como el bagaje cultural y humanístico, y también puedo dar fe de que Miguel de Angulo asienta su excelente profesionalidad sobre todas esas cualidades, que posee en grado de excelencia.

Del extenso historial del nuevo Académico, destacaré que es Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Granada y también Graduado Social. Amplió estudios en las Universidades de Cambridge y de la Sorbona en París, así como en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y en el Centro de Investigaciones adscrito a esta última. Desde el año 1966 y hasta su jubilación voluntaria en 2007 ha impartido ininterrumpidamente docencia como Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Granada y ha intervenido como profesor y como conferenciante en otros centros y Universidades. Desde muy joven —no había cumplido aún treinta años— participó en numerosas ocasiones como representante español en la negociación de diversos tratados elaborados en el marco de organizaciones internacionales como el Consejo de Europa o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ha realizado abundantes trabajos de esa especialidad, entre los que voy a



resaltar el denominado «Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho Internacional Privado», aparecido en 1970 en la *Revista Española de Derecho Internacional* y del que se escribió entonces que había supuesto un entero replanteamiento de esa disciplina; el artículo «Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international», publicado en 1972 por la *Revue Critique de Droit International Privé*, la más prestigiosa del mundo en tal especialidad, que fue el primer trabajo admitido en ella a un español tras muchas décadas; y también su libro *Lecciones de Derecho Procesal Internacional*, escrito en 1974, que además de usarse como manual de texto en varias Universidades españolas, suscitó la elaboración de distintas monografías a cargo de internacionalistas y de procesalistas.

Como ya he mencionado, inició en 1974 sus actividades en el ejercicio de la abogacía, actuando en muy variados sectores jurídicos tanto del derecho público como del privado, aunque son notorias su especial inclinación por el Derecho Privado y su debilidad por el Derecho Procesal. Fue asesor jurídico único de la Diputación Provincial de Granada durante diez años, en el ámbito empresarial participó en la creación de la Federación Granadina de Empresarios y desempeñó la jefatura de sus servicios jurídicos durante veinticinco años, y en el financiero intervino en la constitución de Avalunión S.G.R., liderando su asesoría jurídica durante quince años.

Nada tiene de extraño, pues, que un jurista de tan sólida formación y extensa vida profesional, en la que ha sabido compaginar la investigación, la docencia y el ejercicio de la abogacía y mantenerse conectado con su entorno social, haya elegido el abuso del derecho como materia de relevancia teórica y práctica sobre la que reflexionar en su discurso de

ingreso. Así lo acreditan, entre otras consideraciones, el incremento del número de resoluciones de nuestros Tribunales que aplican o deniegan la aplicación de la doctrina del abuso del derecho y las materias de candente actualidad sobre las que versan, según nos ha expuesto. Menos de extraño aún resulta que se haya centrado en uno de los preceptos del Título Preliminar del Código Civil, con el que sin duda le unen vínculos, que me voy a atrever a definir como afectivos, que no son muy conocidos. Como ya he mencionado, en los años que siguen a 1970 realicé mi pasantía en el despacho de don Luis de Angulo Montes, al tiempo que el nuevo Académico dedicaba todo su esfuerzo a las tareas universitarias. Es notorio para quienes tenemos más edad y figura en los archivos y en los diarios de sesiones de las Cortes Españolas, que nuestro común maestro, su padre, entonces Procurador en Cortes elegido en representación de la Abogacía por la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados, tuvo una muy relevante participación en la reforma del Título Preliminar del Código Civil. Presentó varias e importantes enmiendas al proyecto de ley, bastantes de las cuales tuvieron acogida en el texto que fue definitivamente aprobado, tras intensos debates de gran calado jurídico en los que don Luis de Angulo Montes tuvo atinadas y muy brillantes intervenciones.

Como es bien sabido, la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil es de 17 de marzo de 1973, de lo que se colige fácilmente que tanto el periodo de enmiendas como el de discusión parlamentaria coincidieron con mi etapa de aprendizaje en su despacho. Y puedo afirmar que si extensos e intensos fueron los debates en las Cortes, no menos extensos e intensos fueron los que se mantuvieron en torno a la mesa de camilla de la casa de don Luis, entre él y

sus dos hijos y discípulos, nuestro hoy Presidente don Luis de Angulo Rodríguez y el Académico recipiendario, tanto en los trabajos preparatorios como durante la discusión parlamentaria. Si la paternidad de las aportaciones al Título Preliminar corresponde sin discusión al autor y defensor de las enmiendas, no me cabe duda de que alguna suerte de padrinazgo espiritual o afectivo sobre concretos aspectos de las normas generales y sobre otros específicos de las normas de derecho internacional privado corresponden a don Luis y a don Miguel de Angulo Rodríguez, respectivamente. Y ello me permite afirmar sin temor a equivocarme que esta circunstancia ha influido decisivamente en la elección de la materia de su disertación.

Por lo que se refiere al contenido del discurso, quiero destacar en primer lugar su rigor en lo que respecta a las referencias iniciales al Derecho Romano. El nuevo Académico ha considerado excesivo atribuir a los romanos la ignorancia de la figura del abuso del derecho, apoyando tal opinión en las llamadas al recurso de la equidad que se contienen en citas de juristas romanos como Celso, Ulpiano y Paulo, entre otros. Ya dejó claro la crucial sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, que ha sido señalada en el discurso del recipiendario como piedra angular de la doctrina del abuso del derecho en nuestro país, que:

*[...] no debe darse a la máxima de Ulpiano «qui iure suo utitur neminem laedit» un alcance demasiado literal y absoluto, que la pondría en pugna con las exigencias éticas del Derecho, reconocidas en todos los tiempos, y que ni siquiera fueron extrañas al propio Derecho de Roma, en el cual los rigores del individualismo jurídico estuvieron templados por multitud de normas concretas que limitan el absolutismo de los derechos subjetivos.*

Como afirma Rodríguez-Arias:

[...] *la experiencia jurídica romana no aceptó la doctrina del abuso del derecho como principio general, aunque sí admitió las limitaciones que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de ciertos derechos,*

muy especialmente al de propiedad, del que podemos decir que fue el máximo representante del absolutismo de los derechos subjetivos entendido como «*ius utendi et abutendi*». Recordemos que, mucho antes de Ulpiano, Cicerón ya había enunciado el principio «*summun ius, summa iniuria*» y que, de los tres juristas romanos antes nombrados, a Celso se debe la definición del derecho como «*arts boni et aequi*», al propio Ulpiano la inclusión del principio «*alterum non laedere*» en sus «*tria iuris precepta*» y a Paulo la afirmación de que no todo lo que es lícito es honesto («*non omne quod licet honestum est*»), que también son claras apelaciones a la equidad en el derecho romano.

La disertación del nuevo Académico nos ha trasladado con rigor desde el «*neminem laedit*» de Ulpiano a una conciencia jurídica actual en la que impera un criterio diametralmente opuesto: quien abusa de su derecho a otros perjudica, o «*qui iure suo abutitur alterum laedit*», en reciente y acertada expresión del jurista italiano Galgano. Y lo ha hecho en una disertación llena de elementos de aportación propia, en la que su autor ha mantenido una perfecta equidistancia entre la exigencia científica del profesor e investigador y el enfoque práctico del abogado que convive en su ejercicio con ésta y otras patologías y conoce los requerimientos sociales de su entorno. La citada conciencia jurídica actual se basa en la estimación de que los derechos deben ser ejercitados según su uso normal, de tal manera que no causen daño a otros; es lógica consecuencia de ello que para determinar la normalidad del uso de los dere-

chos se hayan de tener en cuenta las circunstancias de tiempo y de lugar como se nos acaba de explicar, o lo que es lo mismo la realidad social del tiempo en que se ejerciten, como por otra parte exige el art. 3 del Código Civil, lo que explica que la apreciación de la normalidad del uso deba ser sometida al criterio de los jueces, a los que nos remite explícitamente el art. 7.2 del citado Código. En definitiva, Miguel de Angulo nos ha llevado desde la concepción de los derechos absolutos como una reliquia hoy superada, hasta la relatividad que deriva de la contemplación del individuo como miembro de un grupo social, partiendo de la premisa de que *«el derecho es el conjunto de condiciones que permiten acomodar la libertad de cada uno a la libertad de todos»*, según las conocidas palabras de Inmanuel Kant.

También evidencian el interés y la actualidad del discurso la importancia jurídica y la transcendencia social de las materias susceptibles de originar abusos del derecho, que el nuevo Académico ha situado singularmente *«en los conflictos entre particulares de naturaleza iusprivatista»*, presentándonos diversos ejemplos jurisprudenciales de controversias habidas en las áreas del Derecho Civil, del Mercantil y del Procesal. Piénsese que si las iniciales limitaciones históricas a los derechos subjetivos se produjeron fundamentalmente frente a abusos derivados de la concepción absoluta del derecho de propiedad, las nuevas formas que ésta ha adquirido, desde la propiedad horizontal, que el discurso ha analizado con base en algunas sentencias ilustrativas, hasta la titularidad de inmuebles situados en urbanizaciones y demás complejos urbanísticos nacidos al amparo de la legislación de esta índole, son susceptibles de crear situaciones complejas en el campo de las relaciones de vecindad y sin duda constituyen fuente genuina de conflictos ocasionados por abuso de derechos. Otros ejemplos de entre los muchos

posibles, basados siempre en causas torticeras o antisociales en el ejercicio de los derechos, pueden encontrarse en las cláusulas abusivas, que también se han mencionado y son de tan vigente actualidad en los últimos años, las cuales encuentran en el abuso del derecho el elemento causal del desequilibrio de las prestaciones del contrato; o en el ámbito societario, por seguir la estela esquemática del discurso, los abusos de la mayoría del capital que pueden motivar decisiones contrarias al interés social o que rompen con el principio de igualdad de los socios en perjuicio de la minoría; o, también dentro del campo del derecho mercantil, la teoría de la posición dominante que no es sino la aplicación de la doctrina del abuso al derecho de la competencia, cada vez más presente en el ordenamiento jurídico y en la realidad social y económica; y, en materia de derecho procesal para finalizar estos ejemplos, el abuso en el ejercicio de las acciones o en la interposición de los recursos, que siempre habría que ponderar en confrontación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como acabamos de escuchar.

En definitiva y para concluir, si la doctrina del abuso del derecho significó un cambio en los criterios de interpretación de las normas legales como trasunto jurídico de una reacción social frente a las tesis del liberalismo y del individualismo, parece lógico que un jurista dotado de tan fina sensibilidad como el nuevo Académico haya reflexionado y nos haya hecho reflexionar sobre esta materia, precisamente en un momento histórico de expansión y creciente asentamiento de doctrinas neoliberales que han venido de la mano de fenómenos económicos de gran repercusión social, como son la globalización y la deslocalización. Estas victorias del poder económico sobre los poderes políticos, con riesgo y realidades patentes de elu-

sión de los necesarios controles legales, son caldo de cultivo propicio para que se produzcan en la vida jurídica situaciones de abusos de derecho que los legisladores y los juristas, muy especialmente los jueces, debemos de contribuir a atajar. Y para ello hay que contar con estudios rigurosos de la institución como el que hoy ha realizado Miguel de Angulo Rodríguez en su discurso, portador de un trascendente caudal doctrinal y merecedor de todos los parabienes.

Finalizo agradeciendo al Presidente y a los señores Académicos que hayan delegado en mí la tarea estatutaria de contestar al discurso del Ilmo. Sr. Don Miguel de Angulo Rodríguez, a quien doy la bienvenida en nombre de la Corporación y felicito por su ingreso en la Academia y por su brillante discurso, en la certeza de que ésta no es sino la primera de sus aportaciones al prestigio de la Institución.

Muchas gracias.





# Í n d i c e

Introducción .....	5
I. Aspectos históricos y de Derecho comparado .....	9
II. El abuso del Derecho en la legislación española .....	16
III. Generalidades sobre la noción de abuso del Derecho .....	19
IV. El texto del artículo 7.2 del Código Civil .....	37
a) <i>La Ley no ampara el abuso del Derecho</i> .....	37
b) <i>Todo acto u omisión</i> .....	39
c) <i>Que por la intención de su autor, por su objeto         o por las circunstancias en que se realice</i> .....	43
d) <i>Sobrepase manifiestamente los límites normales         del ejercicio de un derecho</i> .....	51
e) <i>Con daño para tercero</i> .....	55
f) <i>Dará lugar a la correspondiente indemnización</i> .....	58
g) <i>Y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas         que impidan la persistencia en el abuso</i> .....	60
V. En torno a la jurisprudencia sobre el artículo 7.2 del Código Civil .....	65
Contestación por el Excmo. Sr. D. Rafael López Cantal .....	79



CONSEJERÍA DE ECONOMÍA,  
INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO