

DR 07 31

La denominada teoría del abuso del derecho es esencialmente una creación de la civilística contemporánea, aunque a lo largo de la historia puedan rastrearse antecedentes y muestras de su existencia. En los textos romanos encontramos base para opuestas conclusiones. De una parte el principio liberal absoluto de que no puede alegarse el daño sufrido frente a el que ejercita su derecho, y del otro el principio moral que condena, de modo general, la mala intención.

El movimiento codificador parece consagrar el triunfo de la concepción liberal y el poder absoluto del propietario. Mas, a pesar de estos principios, los tribunales fueron reaccionando gradualmente ante aquellos casos que entrañaban marcada malicia en el ejercicio de un derecho, como el de aquel supuesto que juzgó el tribunal francés de Colmar en 1855, en el que un vecino colocó una falsa chimenea, sin utilidad propia ninguna, con el fin único y exclusivo de oscurecer la casa, la mansión del vecino. A lo largo de la historia de la teoría del abuso del derecho han sido dos las concepciones dadas para desarrollarla.

Una dirección objetiva y otra dirección subjetiva. La primera contemplará como abusivos los actos que supongan un ejercicio anormal del derecho. La segunda, es decir, la subjetiva, contemplará como abusivos aquellos actos que se realicen con intención de dañar.

En nuestra patria la recepción de la doctrina del abuso del derecho fue preparada por la doctrina científica y especialmente por la tesis doctoral de Calvo Sotelo, publicada en 1917, que versaba sobre esta materia. Hoy podemos decir que la doctrina del abuso del derecho puede configurarse como suficientemente perfilada y aceptada, pero a pesar de todo la polémica sobre su admisibilidad prosigue dándose argumentos a favor y en contra suya. Se ha dicho que el concepto del abuso del derecho es un concepto absurdo.

Quien usa de su derecho, del derecho concedido por la ley, usa pero no abusa. Sólo abusa quien usa de un derecho que la ley no le ha concedido. Dirá Planiol, en este sentido, que el derecho termina cuando el abuso comienza.

Se ha objetado en contra de esta argumentación que la ley no concede los derechos para que sean usados de cualquier forma, sino dentro de unos límites y en orden a la consecución de unos determinados fines. También se ha dicho que la admisibilidad de la teoría del abuso del derecho conlleva poner en peligro la seguridad jurídica al confundir la moral con el derecho y contradecir el precepto constitucional que otorga derecho a la seguridad jurídica. En contra de esto se argumenta que la teoría del abuso del derecho es uno de los procedimientos por los cuales la moral penetra en el derecho, penetración que, como dice Massot, es una tendencia constante de la historia.

También se ha objetado la teoría del abuso del derecho que conlleva un enorme peligro, el resultante del margen dejado al arbitrio judicial con la correspondiente inseguridad sobre el

resultado de los litigios. Ello es cierto, dice el profesor de Castro, pero es el precio que hay que pagar al abandonar el criterio del *jus strictum* y tener en cuenta los más amplios de la justicia. Bien, hemos visto que las ideas de la doctrina iban madurando y contribuían gradualmente a perfilar la teoría del abuso del derecho, pero el impulso decisivo lo recibirá de los tribunales al llegarse a una consagración jurisprudencial de esta teoría que a su vez resultará básico para su regulación legislativa en el título preliminar del Código Civil.

El principio que venía recogiendo nuestro Tribunal Supremo en su jurisprudencia era el clásico *qui iure suo utitur nemo lesionem facit*, es decir, quien usa de su derecho no hiere a nadie. En consecuencia, los casos en que se había producido un daño obrando en el ejercicio de un derecho no se consideraban encajados en el artículo 1902 del Código Civil. De ahí que Calvo Sotelo pudiera decir que la interpretación jurisprudencial del artículo 1902 no permite incluir en él la hipótesis del abuso del derecho.

El cambio jurisprudencial iba a producirse en nuestro país en los años 40, principalmente por obra y mor de una sentencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente el profesor Castantoveñas. El pleito se inició por una demanda interpuesta por cierta sociedad que poseía una central eléctrica en San Adrián de Besós contra el consorcio de la zona franca de Barcelona, que había obtenido concesión en 1925 para extraer arenas de la playa y, ejercitando su derecho, había procedido a la extracción. Pero como lo hiciera en gran volumen y por medios mecánicos, produjo una disminución de la superficie de la playa y desaparecieron las defensas naturales contra las avenidas del río y la acción del mar, lo que permitió que en 1932 los temporales produjeran importantes daños en la central eléctrica.

La compañía demandante solicitaba indemnización de daños y perjuicios por los sufridos en el temporal, mientras que la parte demandada alegaba haber actuado en el ejercicio de un derecho que le había sido concedido por la administración sin límite alguno, del cual no podía por tanto derivarse daño o perjuicio indemnizable. La Audiencia Territorial de Barcelona decidió a favor de la parte demandante. El consorcio interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Territorial de Barcelona y la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En los considerandos de esta sentencia se empieza por aclarar el significado de la *sioma quisuo iure utitur nemo lesionem facit*, que pasó a nuestras partidas en la *non facit tuerce a otro* quien usa de su derecho. Estas reglas o máximas, dice la sentencia, no pueden tener un alcance demasiado literal y absoluto. Más adelante la sentencia configura el abuso del derecho como el ejercicio de un derecho que, respetando la legalidad externa, traspasa los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe con daño para terceros o para la sociedad.

Después pasa a enumerar los elementos que integran el abuso del derecho. De la condena del abuso del derecho en la jurisprudencia pasó a la legislación especial, así a la ley de sociedades anónimas, a la ley de 21 de julio sobre igualdad de derechos de la mujer, concretamente a su

artículo quinto, también en el artículo noveno de la vigente ley de arrendamientos urbanos, etcétera. No debe de extrañar pues que con estos antecedentes el legislador del 74 incluyese un precepto, el actual artículo 7 apartado 2 de nuestro código civil, en el que regulase con carácter general el abuso del derecho.

Este precepto 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 actor, 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, da lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Conviene destacar que el legislador español ha llevado al código civil junto a la idea del ejercicio abusivo del derecho la del ejercicio antisocial.

¿Existe realmente diferencia entre ambas hipótesis? Algunos autores, como por ejemplo Díez Picazo, Serrano Alonso, Herrero de Miñón, Juan Rocajuan, etcétera, han estimado que sí. En cambio otros autores como el profesor Espín, González Botella, La Cruz, etcétera, estiman que abuso y ejercicio antisocial de un derecho son cuestiones distintas. Veamos ahora los requisitos que a tenor del artículo 7.2 del código civil son necesarios para proceder a la declaración del abuso del derecho.

Son los siguientes. A. La existencia de un derecho que al ser ejercitado por su actor mediante acción u omisión incurre en una extralimitación manifiesta, bien por intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice. B. Que se produzca un daño para tercero.

C. Que exista una conexión causal entre el acto realizado por el titular del derecho y el daño ocasionado al tercero. Respecto de los efectos de la declaración de abuso del derecho, el artículo 7, apartado 2, dispone que el acto abusivo dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. El legislador español no se ha limitado, pues, a asegurar la indemnización al perjudicado, sino que ha querido asegurar también la interrupción del abuso si éste continuara.

Eseminaremos separadamente la indemnización y las medidas judiciales o administrativas que la ley prevé. Primero la indemnización. La indemnización responde a la misma finalidad compensatoria que otras indemnizaciones previstas por el ordenamiento jurídico para casos diferentes.

Su extensión estará en cada caso fijada en proporción al daño inferido y su prueba incumbirá al demandante. Las medidas judiciales o administrativas adoptables tienen el fin de impedir la persistencia en el abuso. Estas medidas fueron ya pendidas y defendidas por Joserán, quien consideraba natural y equitativo que todo individuo lesionado por la desviación pueda exigir que el derecho siga en el futuro su ruta normal para el que el daño no se cause de nuevo.

Lo contrario, añadiría, añadía, recordaría la anécdota de aquel rico romano que abofeteaba en

la calle a los transeúntes y a quien seguía un esclavo que indemnizaba inmediatamente a las víctimas. Ahora bien, ¿cuáles serán las medidas adoptables? No las concreta el Código Civil. Ante este silencio, Díez Picazo señala que su atipicidad legal habrá de ser configurada en cada caso por los órganos competentes.

Serrano Alonso entiende, por su parte, que habrá que acudir a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a las de la Ley de Procedimiento Administrativo en materia de aseguramiento y de ejecución de bienes. Don José Pérez de Vargas, profesor de Derecho Civil I, ha desarrollado el tema del abuso del derecho.