

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

ABUSO DE DERECHO: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Titular Acreditada
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NACIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INSTITUCIÓN.—III. EFECTOS DE LOS ACTOS ABUSIVOS.—IV. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INSTITUCIÓN.—V. EL ABUSO DEL DERECHO, LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.—VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VII. LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el abuso del derecho, al igual que la buena fe, se incorpora al texto articulado del Código Civil con ocasión de la reforma del Título Preliminar de 1973/74. Constituye un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción requiere el estudio de los tribunales caso a caso.

La doctrina jurisprudencial considera que el abuso del derecho está compuesto por estos *elementos esenciales*:

- Uso de un derecho, objetiva o externamente legal.
- Daño a un interés de terceros no protegido por una específica prerrogativa jurídica, e
- Inmoralidad o antisocialidad en ese daño, manifestada en *forma subjetiva*, cuando el derecho se ejercita 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.

El abuso de derecho fue introducido en nuestro ordenamiento tras la publicación de la LAU de 1964¹. No obstante fue tras la reforma del Título Preliminar

¹ Cuyo artículo 9.2 establecía que «*los jueces y tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho...*».

del Código Civil, donde se recoge con carácter general para todo el ordenamiento jurídico (pues no olvidemos que se ha configurado como un principio general de Derecho en el art. 7.2.^º del Código Civil, el cual dispone que: «*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 sobrepuje 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*»².

En base a ello, los presupuestos de aplicación del abuso del derecho son:

- Acción u omisión de carácter abusivo que surge tras la extralimitación llevada a cabo por el titular del derecho subjetivo. Extralimitación que puede deberse tanto a la actitud subjetiva del titular del derecho objeto de ejercicio, cuanto a razones de carácter objetivo en el ejercicio del mismo. No es necesaria la existencia de mala fe deliberada en la actuación del derecho por el titular.
- Consecuencia dañosa para un tercero. El ejercicio abusivo del derecho requiere la producción de un daño determinado, cuya existencia concreta y efectiva habrá de probarse y cuantificarse. Tras lo cual, la víctima del daño podrá solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, de una parte, y, de otra, reclamar la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Vamos a ver algunas sentencias de los últimos tiempos en relación con este principio general y su incidencia en el ámbito jurídico privado.

II. NACIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INSTITUCIÓN

El Tribunal Supremo parte de que la prohibición del abuso del derecho es un recurso técnico que debe aplicarse con especial cuidado. Por eso las decisiones jurisprudenciales resaltan que el principio de abuso del derecho solo entra en juego cuando no hay norma concreta aplicable al supuesto debatido, requiriendo que el interés presuntamente dañado no esté protegido por una especial prerrogativa judicial o goce de protección determinada. Sin olvidar que la aplicación del principio de abuso del derecho debe ser rogado o solicitado por quien lo estime aplicable.

En la STS, de 14 de febrero de 1944³, fue la primera vez que nuestro Tribunal modificó el criterio de que *quien ejercita su derecho no daña a nadie*, a partir

² Se recoge, igualmente, en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «*Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*», y que por lo que hace específicamente al orden jurisdiccional civil, el artículo 247.1 LEC reitera que «*los intervenientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*».

³ La STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de febrero de 1999 (recurso 345/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 345/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2858/1999) indicó que el referido *concepto de abuso de derecho como principio general* tuvo plasmación legal en nuestro derecho positivo, por mor de la reforma del Título Preliminar del Código Civil realizada por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, desarrollada por

de cuyo momento, ya acogiendo unas veces un *criterio objetivo*, ya, en otras, el *subjetivo*, se inició una corriente judicial de sanción al abuso.

Con este antecedente se explica así la incorporación del actual artículo 7 del Código Civil de la condena del abuso. Sentencia que además estableció unas líneas fundamentales, que allí se enumeran de la siguiente forma, y a las que ya nos hemos referido (Uso de un derecho, objetiva o externamente legal; daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; e inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma *subjetiva* [cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o sencillamente sin un fin serio y legítimo], o bajo forma *objetiva* [cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho]).

A partir de esta sentencia del Alto Tribunal la posterior doctrina jurisprudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva, (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo) como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho).

Como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que sólo se puede acudir a esta doctrina en los casos patentes y manifiestos.

En este punto debe añadirse que se asimila y puede plantearse la excepción de abuso de derecho en los supuestos de *retraso desleal en el ejercicio del mismo*. Se trataría, en este caso por tanto, no sólo de un mero retraso, sino que para que la otra parte pueda objetar, es preciso que este retraso haya generado una confianza legítima que haya llevado a esa parte a organizar su vida como si no tuviera que contar ya con el ejercicio de tal derecho. Así lo indica la STS de 4 de marzo de 2005⁴.

El Tribunal Supremo ha señalado que la invocación con éxito del abuso de derecho requiere que el que sufre el daño en su patrimonio *lo sea sin culpa por su parte*, requisito esencial que no permite acudir a su amparo a quien es responsable de una conducta antijurídica con sanción prevista en el ordenamiento, sólo es de apreciar el ejercicio abusivo del derecho cuando media un propósito

el Decreto de 31 de mayo de 1974, concretamente en lo dispuesto en el artículo 7.2 de dicho cuerpo legal, más tarde recogido programáticamente y de una manera definitiva en el artículo 11.2 LOPJ. Dicha normativa sólo hizo que recoger la doctrina jurisprudencial establecida a partir de la emblemática sentencia de esta Sala, de 14 de febrero de 1944, que ha sido consolidada por numerosas sentencias posteriores.

⁴ STS, Sala Tercera de lo contencioso-administrativo, Sección 6.^a, de 4 de marzo de 2005, recurso 1188/2001. Ponente: Margarita ROBLES FERNÁNDEZ. Número de recurso: 1188/2001. Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA LEY 11582/2005.

El principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento (SSTS de 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001).

o intención tan claro o notorio que merezca ser calificado como manifiesto, y en aras a la *seguridad jurídica* se presume que los derechos se ejercitan normalmente.

A ello debe añadirse que según doctrina jurisprudencial se avanza hacia la determinación de la inmoralidad o antisocialidad de este daño, cuando la actuación de su titular obedezca no a un fin serio y legítimo sino al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios, asimilando los efectos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo, al producir efectos similares, aunque gramaticalmente sean conceptos diferentes.

III. EFECTOS DE LOS ACTOS ABUSIVOS

Sus *efectos* se pueden concretar esencialmente en la ineficacia del acto, el resarcimiento de daños y perjuicios, y la adopción de medidas judiciales o administrativas.

1. Ineficacia del acto. El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito y justo. Pero si del acto se sigue un daño para otro injustificadamente, la Ley no lo ampara, dando lugar a la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso. Y de esta forma se produce, entre otras consecuencias, la ineficacia del acto, que se consigue a través de la declaración de nulidad. Nulidad radical que puede ser admitida porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, tales actividades son contrarias a una norma imperativa, y por eso nulas de pleno derecho.
2. Resarcimiento de daños y perjuicios. El tercero que haya sufrido daños o perjuicios puede instar de los Tribunales su derecho a ser indemnizado por parte de quien realice la acción abusiva o antisocial, en virtud de lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil. La existencia de tales comportamientos han de resultar de la prueba aportada a un procedimiento, donde se determinará si el daño está o no justificado y ello depende de que haya habido o no extralimitación en el ejercicio del derecho. Cuando por la intención del titular o por el objeto de la acción u omisión o por las circunstancias en que se realice, el ejercicio del derecho sobre-pase de un modo manifiesto los límites normales del mismo, el daño que se cause a otra persona dará lugar a la correspondiente indemnización. Deberá ser probado tanto el daño como su cuantía. La exigencia de la intención de perjudicar o la falta de finalidad sería y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado no excluye sin embargo que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del abuso del derecho, se responderá de los mismos procediendo a su reparación. De ahí que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador.
3. Medidas judiciales o administrativas. El artículo 7.2 del Código Civil prevé expresamente la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. La cuestión radica en fijar cuáles pueden ser esas medidas, porque ninguna se establece de forma taxativa, por lo que podrán ser determinadas en cada caso por el órgano competente, o acudir a otras normas en las

que se establezcan medidas que puedan resultar de aplicación a cada caso concreto.

IV. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INSTITUCIÓN

Hemos ido perfilando la evolución jurisprudencial por décadas, pues cada una de ellas presenta una matización nueva.

Comenzamos nuestro estudio en los *años ochenta*.

La STS de 2 de junio de 1981⁵ afirmó que la prohibición del abuso de los derechos es cuestión jurídica como derivada de un mandato legal destinado a los Tribunales y contenida en nuestro ordenamiento de una forma general en el artículo 7.º, apartado 2, del Código Civil.

En ella se confirma que siempre resultará necesario que de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida, o rectificadas por el mecanismo del número 7.º, artículo 1692 LEC, resultase manifiesto el abuso en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Lo que no ocurre probado en la instancia, donde el vendedor de una máquina y accesorios para la misma que giró unas letras de cambio para su pago, que aceptó el comprador y no pagó a su vencimiento, ejerce su legítimo derecho de demandar al comprador reclamándole el pago del precio. Ejercicio de un derecho que se halla garantizado por los preceptos legales relativos al contrato de compraventa (art. 1.500 CC y concordantes), lo que abunda en la ineficacia de invocar exceso alguno en el ejercicio de los derechos de todo lo que aparece indudable la desestimación de este motivo.

También el TS, en sentencia de 14 de febrero de 1986, declaró que constituyen sus requisitos: intención de perjudicar, falta de interés serio y legítimo, exceso en el ejercicio del derecho y producción de un daño o perjuicio; y que incluye conductas que, bajo una aparente acomodación a la norma, disimulan o encubren bien una arbitrariedad bien una extralimitación⁶.

En la década de los *años noventa* se insiste en profundizar en el aspecto subjetivo del abuso del derecho (el móvil, el fin...) y en su aplicación restrictiva, sin olvidar que estamos ante un *concepto jurídico indeterminado o concepto «válvula»*, y que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador (esto ya en 1999).

Así, la STS de 5 de abril de 1993⁷ estudió la pretensión de la arrendataria, que creó el pleito, indicando que no es ni arbitraria ni abusiva y menos antisocial, pues ejerce un derecho reparador de unos daños que le vienen impuestos por la estructura de las cosas y en cuya producción no tuvo intervención alguna⁸.

⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de junio de 1981. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6631-JF/0000.

⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de febrero de 1986. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 602/1986.

⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de abril de 1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 681-5/1993.

⁸ Garajes en Explotación, S. A., promovió la demanda en razón a que, siendo arrendataria de los locales primero y segundo sótano, nave y entreplanta del inmueble que se deja referenciado en la ciudad de Zaragoza, en razón de contrato de arrendamiento suscrito con Velmar, S. A., el 1 de octubre de 1977, por razón de que la cubierta del local presentaba des-

En dicha sentencia no se dan los requisitos necesarios para la apreciación del pretendido abuso del derecho, conforme exige esta Sala que sólo concurre cuando lo que se hace lo es con la intención de dañar o utilizando el derecho de un modo anormal o plenamente contrario a la convivencia ordenada, por lo que su determinación ha de hacerse atendiendo a la circunstancia subjetiva de ausencia de formalidad seria y legítima y la objetiva de un excesivo ejercicio del derecho, que así se hace perjudicial.

Posteriormente, en la STS de 2 de diciembre de 1994⁹, el recurrente entendía que el banco ejecutante conocía el domicilio del ejecutado, y no siguió el orden legalmente establecido en la traba de bienes (arts. 1444 y 1447 LEC).

Indica la sentencia que la jurisprudencia ha seguido profundizando en el aspecto subjetivo, señalando que en todo caso es el móvil y es el fin el que hay que considerar, siendo necesario, para llegar a una conclusión afirmativa, preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad. Es necesario establecer también por qué ha actuado, y cómo lo ha hecho, y si ha obedecido a un motivo legítimo; es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y desde este punto de vista, la teoría del abuso del derecho adopta en sí un sentido, si no intencional, al menos subjetivo.

La doctrina ha terminado concluyendo 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*, siendo en todo caso de aplicación restrictiva, ya que se trata de una figura jurídica de carácter excepcional.

Insiste la STS de 19 de octubre de 1995 en que en el abuso del derecho uno de los presupuestos esenciales es que quede «claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado»¹⁰.

En este caso se aduce infracción del artículo 7.2 del Código Civil, por reputar que se da situación de abuso del derecho, en base a que el que recurre no llevó a cabo el cumplimiento del contrato antes de expirar la facultad dispositiva concedida en el documento transaccional¹¹.

También la STS, de 19 de octubre de 1995¹², recuerda que el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstan-

perfectos y deficiencias causantes de filtraciones de agua y humedades, ejercita acciones para obtener la reparación de tal elemento constructivo y los consecuentes daños ocasionados

⁹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de diciembre de 1994, recurso 2870/1991. Ponente: Gumersindo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. Número de recurso: 2870/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14172/1994.

¹⁰ STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1995, recurso 1116/1992. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1116/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14750/1995.

¹¹ La doctrina jurisprudencial expuesta conduce a la inevitable claudicación del motivo, al no concurrir en el presente caso los referidos requisitos que configuran la institución de equidad de abuso del derecho. El recurrido no obtuvo la formalización de la compraventa proyectada en el ámbito de sus relaciones con el que se atribuye condición de vendedor, no obstante mantener pretensión positiva en tal sentido, avalada con la realización de actividades para disponer del dinero suficiente para atender al pago del precio acordado, como queda estudiado.

¹² STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1995, recurso 1116/1992. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1116/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14750/1995.

cias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado. La doctrina jurisprudencial expuesta conduce a la inevitable claudicación del motivo, al no concurrir en el presente caso los referidos requisitos que configuran la institución de equidad de abuso del derecho. El recurrido no obtuvo la formalización de la compraventa proyectada en el ámbito de sus relaciones con el que se atribuye condición de vendedor, no obstante mantener pretensión positiva en tal sentido, avalada con la realización de actividades para disponer del dinerario suficiente para atender al pago del precio acordado.

La STS de 6 de febrero de 1999¹³, se refiere a la inexistencia de actuación abusiva en la interposición de interdicto de obra nueva, y afirma que la doctrina del abuso del derecho es uno de los conceptos denominados *concepto jurídico indeterminado o concepto «válvula»*, que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiere planteado tal cuestión.

Dentro del área del concepto del abuso de derecho existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente *abuso del derecho y derecho a litigar*, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado «derecho a litigar»; en otro aspecto, es de si el litigante, a quien se han producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que pueda ejercitarse la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la inexistencia de una *justa causa litigandi*.

El núcleo duro de la actual cuestión judicial radica en el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva por la parte recurrida, contra la parte recurrente, y en dicho proceso parte demandada. Además hay que resaltar que en el juicio interdictal de obra nueva, aparte de acordarse la suspensión de la obra de forma inaudita no se prueba ni por información testifical documental la paralización de una obra, que puede producir importantes perjuicios para el dueño de la obra.

La parte recurrida planteó una demanda interdictal de obra nueva contra la recurrente, que se desestimó, y de dicha sentencia no se infiere que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria e infundada, ya que la resolución decisoria se basó en unas consideraciones muy técnicas de determinación del componente de la línea quebrada que separa las fincas de ambas partes, «lo que indica que se trata de una cuestión confusa, necesitada de una labor hermenéutica de hechos y normas muy complicada». Y aunque dicha demanda interdictal fue también rechazada en la fase de apelación, en la sentencia de segunda instancia mantuvo la tesis de una pretensión interdictal lógica y no desmesurada, pese a no haber obtenido el éxito judicial. Debiéndose resaltar que en el proceso interdictal no se habló de temeridad de la acción ni siquiera a efecto de las costas procesales.

¹³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de febrero de 1999, recurso 345/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 345/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2858/1999.

A principios del siglo XXI se insiste en el ejercicio anormal del derecho de modo contrario a los fines económicos-sociales del mismo, pues el ejercicio de los derechos, que se cohonesta con el fero interno o conciencia del ejerciente debe ser aprobado o conforme al juicio de valor emanado de la sociedad. De modo que se incurre en responsabilidad cuando dentro de una contienda judicial se mantienen pretensiones manifestadamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado «derecho a litigar».

La STS de 12 de julio de 2001¹⁴ indica que no debe plantearse en el supuesto que estudia la cuestión *del abuso del derecho*¹⁵, pues su *concepto jurídico es, en un aspecto subjetivo, el ejercicio del derecho con intención de dañar o sin verdadero interés en ejercitarlo, o, en un aspecto objetivo, el ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo;* ambos aspectos se unen y forman el concepto verdadero, desarrollado por la jurisprudencia y contemplado en el artículo 7.2 del Código Civil¹⁶.

La STS de 14 de mayo de 2002¹⁷ continúa manteniendo la doctrina jurisprudencial de los años anteriores *del abuso de derecho que exige como requisitos esenciales:* a) *una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que, por ello, la ley la debe privar de protección;* b) *que esta actuación produzca efectos dañinos;* y c) *que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización;* y, asimismo, ha sentado que *el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado.*

El supuesto de controversia se centra en que los fiadores sólo respondían de la cantidad que correspondía pagar a los deudores principales en el momento de la liquidación de intereses y tasación de costas, menos las entregas realizadas a cuenta, y obtenidos 2.300.000 pesetas por el precio de remate del piso, es evidente que se ha producido una extralimitación, que pugna con el *principio general de la buena fe, determinado en el artículo 7 del Código Civil, el cual, según tiene declarado esta Sala, constituye una noción omnicomprensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia*

¹⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2001, recurso 1003/1998. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 732/2001. Número de recurso: 1003/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7026/2001.

¹⁵ Resolución unilateral por parte de «Telefónica de España, S. A.», de la relación contractual que le unía a la «Superfónica de España, S. A.», y sus consecuencias jurídicas que se refieren a la indemnización de daños y perjuicios, porque la sociedad «Telefónica de España, S. A.» procedió unilateralmente al corte de determinados números utilizados por «Superfónica de España, S. A.» en el ejercicio de su actividad empresarial, concretamente los destinados a la prestación de servicios de carácter erótico y multiconferencia.

¹⁶ Cuyo concepto en nada coincide con el caso de autos, en que la cuestión es la resolución unilateral del contrato de trácto continuo; por tanto el cumplimiento del mismo: por la parte demandante, pagar el precio y utilizar el servicio y por Telefónica prestar este servicio. Aquella no ha ejercitado un derecho en forma abusiva según el concepto dado y ésta ha incumplido su obligación de proporcionar continuadamente el servicio al resolver unilateralmente el contrato.

¹⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de mayo de 2002, recurso 3498/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de sentencia: 439/2002. Número de recurso: 3498/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5895/2002.

contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad¹⁸.

La STS de 5 de marzo de 2004¹⁹ también mantiene el mismo concepto y la construcción jurídica en torno a los requisitos esenciales²⁰.

En la *segunda década del siglo XXI* se abre la actuación del abuso del derecho hacia nuevos derroteros. Por ejemplo, en la STS de 31 de mayo de 2011, se critica por un abogado la actuación profesional de un magistrado, alegándose la prevalencia de la libertad de expresión del primero sobre el derecho al honor del segundo²¹.

En la demanda se imputa al magistrado dictar resoluciones judiciales contrarias al ordenamiento jurídico, se critica su insistencia y perseverancia en mantener sus decisiones, se le atribuye haber actuado como mínimo de manera culposa, antijurídica, arbitraria y desviada. Estas críticas a la actuación del magistrado van dirigidas a reprochar su conducta profesional y constituyen la base de una demanda de responsabilidad civil que se exige por dolo o negligencia, sin que la misma por sí sola implique el desmerecimiento del recurrido en el público aprecio y consideración ajena pues el empleo de dichos términos encuentra justificación en la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de sus funciones y son necesarios para la efectividad de dicha labor defensiva.

Esta la actuación que se dice ofensiva y *abusiva*, impide valorarla, como agresión injustificada del honor ajeno o *como constitutiva de abuso de derecho* pues, faltando, el uso de expresiones ofensivas e innecesarias para la efectividad de dicha labor defensiva y la extralimitación en su actuación, el que un abogado se sirva de todos los medios a su alcance para rebatir jurídicamente una decisión judicial o sus efectos o para reprochar una conducta, entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión reforzada del profesional y del propio derecho de defensa de su cliente.

En consecuencia, estos derechos fundamentales amparan la labor del profesional y se revelan como causas legitimadoras del ataque que supone el comprensible descrédito que la tramitación de una demanda de responsabilidad civil por culpa o negligencia lleva aparejado para quien figure en ella como demandado. Una intromisión que, atendiendo al contexto referido, no puede tildarse de ilegítima.

¹⁸ En definitiva, entre la cantidad cobrada por el Banco (entregas a cuenta realizadas por los deudores doña Arancha V. L. y don Casto T. L., más la cantidad de 2.300.000 ptas., obtenida por la cesión de remate) y la debida (principal, intereses y costas), existe un clara diferencia, cuyo importe se determinará en fase de ejecución de sentencia...

¹⁹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de marzo de 2004, recurso 1103/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 156/2004. Número de recurso: 1103/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1033/2004.

²⁰ Que configuran el abuso de derecho: *a)* una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que por ello la ley la debe privar de protección; *b)* una actuación extralimitada que produzca efectos dañinos, y *c)* que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que puede plantear una pretensión de cesación e indemnización.

²¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2011, recurso 47/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 377/2011. Número de recurso: 47/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 98616/2011. Inexistencia de vulneración del derecho al honor y de abuso de derecho.

tima, excesiva o no justificada, aun cuando posteriormente se haya demostrado que las imputaciones realizadas al magistrado eran falsas y que este actuó en todo momento conforme a derecho²².

V. EL ABUSO DEL DERECHO, LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La importancia de la construcción del abuso del Derecho se centra en la aparición de daños y perjuicios.

La STS de 5 de marzo de 2004²³ enjuicia si el litigante a quien se ha producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que puede ejercitarse la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la existencia de una *justa causa litigandis*.

Y concretando aún más, hay que tener presente que la actual cuestión judicial radica en el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que logró la paralización de una obra, que puede producir importantes perjuicios para el dueño de la obra.

En el supuesto contemplado no se dio lugar a la pretensión indemnizatoria aunque la demanda interdictal fue desestimada en ambas instancias porque «como muy bien se infiere de la sentencia recurrida en su *factum*, en absoluto, ya que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria o infundada».

La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema.

La STS de 5 de junio de 1995²⁴ dice que «la viabilidad de la petición de resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que la puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia». Y añade que «los daños y perjuicios que acreditadamente

²² Por otro lado, *tales imputaciones* si bien aisladamente y descontextualizadas pudieran resultar atentatorias contra el honor y el prestigio profesional del demandante, lo cierto es que *al enmarcarse dentro de una demanda judicial el grado de crítica admisible es mayor, no solo por estar en juego el derecho de defensa, sino también por el hecho de que en definitiva la certeza de las imputaciones va a ser enjuiciada por un tribunal y, por ende, sometida a un test de fundamentación y racionalidad*. En caso contrario, el derecho al honor constituiría o podría constituir, un obstáculo para que a través de procesos judiciales seguidos con todas las garantías —como el que nos ocupa— se pudieran enjuiciar las actividades profesionales a las que se impone haber incurrido en ilicitud dañosa.

Tampoco puede decirse que se hubiera dado a la demanda una publicidad desmedida o que su sentido o contenido se hubiera tergiversado ante la opinión pública...

²³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de marzo de 2004, recurso 1103/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 156/2004. Número de recurso: 1103/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1033/2004.

²⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de junio de 1995, recurso 514/1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. Número de recurso: 514/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 747/1995. Reitera que los daños y perjuicios que acreditadamente sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción «resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia» o al menos resulte de ella sin asomo de duda, mas no cuando, como en el presente caso, la conducta de la actora en el interdicto se reconoce alejada de todo reproche a título de negligencia.

sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda».

Lo que reitera la STS de 3 de julio de 1997 al decir que «la evidencia de estarse ante una acción interdictal *clara o manifiestamente infundada* ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal»²⁵.

También la STS de 28 de marzo de 1998 afirmó que «dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad sería legítima del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado. Pero ello no excluye que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquellos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador»²⁶.

Y añade posteriormente la STS de 26 de octubre de 1998, que la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de decidir controversias análogas a las presentes, para estimarlas procedentes cuando se acredita una persistencia totalmente injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas²⁷.

²⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de julio de 1997, recurso 1845/1993. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso: 1845/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8683/1997. En el FJ 3.^º indica que «el ejercicio por vía judicial de cualquier derecho es incompatible con la noción del abuso de derecho, ya que éste, como se proclama en el artículo 7.2 del Código Civil, precisa que dicho ejercicio, atendiendo a la intención de su autor, al objeto o a las circunstancias de su realización, sobrepuje manifiestamente los límites normales del “ejercicio de un derecho”, y así, en la sentencia de 15 de junio de 1995, siguiendo el criterio mantenido en la de 27 de mayo de 1988, se precisa —para dar lugar a los daños indemnizables, aparte de la realidad de los mismos— que la acción interdictal “resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o, al menos, resulte de ella sin asomo de duda”, criterio el indicado que viene a mantenerse, también, en la sentencia de 15 de diciembre de 1992, en cuanto que, aplicando una pauta objetiva, asocia la concurrencia de abuso de derecho a las circunstancias en que se promovió y mantuvo la acción interdictal, al revelar una conducta que sobrepuja amplia y manifiestamente los límites normales del ejercicio de dicha acción».

²⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 1998, recurso 812/1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 812/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3669/1998. Daños y perjuicios por paralización de obras en interdicto anterior. Abuso de derecho o culpa extracontractual. Producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulta ser claramente infundada, la parte que ocasionó aquellos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo.

²⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 1998, recurso 1684/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1684/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9775/1998. Estimó procedente la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, por razón de justicia comunitativa, posibilitando la condena a quien ejercitó acciones interdictales basadas en situaciones fácticas de comportamientos demostrados como abusivos al ejercitar la acción con ausencia de normal prudencia. Por contrario, las demandas desestimatorias

VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de junio de 1981. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6631-JF/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de febrero de 1986. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 602/1986.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de abril de 1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 681-5/1993.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de diciembre de 1994, recurso 2870/1991. Ponente: Gumerindo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. Número de recurso: 2870/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14172/1994.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de junio de 1995, recurso 514/1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. Número de recurso: 514/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 747/1995.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1995, recurso 1116/1992. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1116/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14750/1995.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de julio de 1997, recurso 1845/1993. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso: 1845/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8683/1997.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 1998, recurso 812/1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 812/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3669/1998.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 1998, recurso 1684/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1684/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9775/1998.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de febrero de 1999, recurso 345/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 345/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2858/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2001, recurso 1003/1998. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 732/2001. Número de recurso: 1003/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7026/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de mayo de 2002, recurso 3498/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de sentencia: 439/2002. Número de recurso: 3498/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5895/2002.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de marzo de 2004, recurso 1103/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 156/2004. Número de recurso: 1103/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1033/2004.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a, de 4 de marzo de 2005, recurso 1188/2001. Ponente: Margarita ROBLES FERNÁNDEZ. Número de recurso: 1188/2001. Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA LEY 11582/2005.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2011, recurso 47/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL Ríos. Número de sentencia: 377/2011. Número de recurso: 47/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 98616/2011.

de los interdictos planteados o como en este caso, decretando su archivo, no generan por sí perjuicios indemnizables, pues supondría consagrar una situación de responsabilidad *ex artículo* 1902 al objetivizarse la responsabilidad de dicha norma.

VII. LEGISLACIÓN

- Artículo 7 del Código Civil.
- Artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RESUMEN

ABUSO DE DERECHO. REQUISITOS Y EFECTOS

El abuso del derecho, concepto jurídico indeterminado, cuya concreción requiere el estudio de los tribunales caso a caso, se incorpora al texto articulado del Código Civil con ocasión de la reforma del Título Preliminar. Sus elementos esenciales son el uso de un derecho, objetiva o externamente legal; el daño a un interés de terceros no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y la immoralidad o antisocialidad en ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando el derecho se ejerce 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. Sus efectos se concretan en la ineficacia del acto, el resarcimiento de daños y perjuicios, y, la adopción de medidas judiciales o administrativas.

ABSTRACT

ABUSE OF PROCESS. REQUIREMENTS AND EFFECTS

Abuse of process is a fuzzy legal concept, so fuzzy in fact that the courts must take a careful case-by-case approach to establishing its particular traits. Abuse of process was addressed by the Civil Code when the code's Preliminary Title underwent revision. The essential elements of abuse of process are use of an objectively or externally legal right; damage to a third-party interest not protected by a specific legal prerogative; and the immorality or anti-social nature of the damage, manifested subjectively when the right is exercised with the intention to do harm or simply without a serious, legitimate aim, or objectively when the damage stems from an excess or abnormal exercise of the right. The effects of abuse of process are to render the act void, to entitle the injured parties to compensation for damages and to unleash judicial or administrative measures.