

## EL ABUSO DEL DERECHO

### (TEORIA DE LOS ACTOS ANTINORMATIVOS)

(Conclusión)

*Por el Dr. Lino RODRIGUEZ-ARIAS  
BUSTAMANTE, Profesor de la Uni-  
versidad de Panamá.*

#### VI. *Relaciones de esta teoría con otras instituciones jurídicas*

A) La separación tajante entre el *Derecho* y la *Moral*, propugnada por Kant, ha influido en los juristas de las épocas posteriores, hasta tal punto, que cuando se plantearon el problema de los actos legales abusivos proclamaron, quizá sin pretenderlo, los principios de moral social sobre los que siempre ha de asentarse el orden jurídico. Es por lo que SAVATIER nos dice, que esta teoría constituye un caso de conflicto entre el derecho y la moral o, con más precisión, entre un derecho subjetivo perteneciente a una persona y el deber moral que le incumbe; pues usando de su derecho, falta a su deber moral. Por lo que el abuso del derecho, viene a significar una limitación de los derechos positivos por la intervención de la ley moral.<sup>49</sup>

Algunos autores quisieron ver, por esto mismo, en la teoría del abuso una confusión del Derecho con la Moral, un conflicto entre ambos órdenes que ellos venían considerando totalmente ajenos el uno al otro, cuando, por el contrario, los precedentes históricos nos han demostrado que la abertura por la que ha penetrado en las legislaciones de todos los pueblos

---

<sup>49</sup> Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, p. 167.

el principio del abuso de los derechos, ha sido por la de equidad, impregnada de lo racional y lo justo.

He aquí el por qué un jurista español, CALVO SOTELO,<sup>50</sup> haya visto en la doctrina del abuso del derecho un puente entre el derecho estricto y la equidad o la moral, para dar al primero mayor amplitud, haciéndole más expansivo y protector del débil. Como dice PARREAU, "es un simple capítulo de la dulcificación del derecho por la equidad". Pues, a veces, los sentimientos de odio, venganza, envidia, se mezclan con los motivos legítimos del ejercicio de una actividad jurídica, suponiendo entonces la aplicación correcta de la regla jurídica la violación del deber moral. Irreprochable en apariencia, el acto del titular de derecho está inspirado únicamente en el deseo de dañar a otro, con la particularidad que esta intención dolosa no tiene la suficiente relevancia específica para convertir el acto en ilegítimo, porque precisamente, perjudicando a un semejante, se cree cumplir con un deber jurídico. Así, el que denuncia una publicación o un espectáculo inmoral o una infracción a las leyes fiscales. El juez deberá declarar su acción legítima. Por eso, necesita una clara concepción del deber moral, para juzgar si hay abuso del derecho.

Hasta para saber si un acto jurídico es antisocial, es menester atender a la moral que predomine en la sociedad política a que nos referimos. Porque, en apariencia, el acto es perfectamente social, cuando se cumple en el círculo afectado por la actividad de cada uno de nosotros. La intención que le hace culpable, radica en que hay una infracción del deber moral que es declarado contrario a derecho.

He aquí por qué, la teoría del abuso del derecho, en su sentido estricto, es relativamente moderna. En una sociedad que sólo atienda a la forma de los actos, es suficiente su legalidad objetiva, y el que usa de su derecho no comete dolo. Era cierta la antigua máxima. Pero hoy diremos, que el que comete un dolo no usa de su derecho, porque no hay derecho contra la moral, y, la moral en la cual nosotros creemos, prohíbe dañar intencionalmente al prójimo.<sup>51</sup>

B) También se ha querido ver una confusión entre la teoría del abuso y la del fraude a la ley, cuando se ordena por el legislador la remisión de actos cumplidos legalmente, pero realizados con la intención de defraudar a sus acreedores (art. 1167 Code francés y 1291-3º Código español), CAPITANT, a propósito de la acción pauliana, dice que el deudor que hace

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 127.

<sup>51</sup> Ripert, *op. cit.*, 1949, pp. 178 y 179.

una donación o simula un acto para frustrar a sus acreedores, no abusa de un derecho; él comete un acto fraudulento y todo acto fraudulento es ilícito.<sup>52</sup>

De todas maneras, no se encuentra una distinción clara entre estas dos instituciones a través de los autores que las han estudiado; así, hay quien dice que el abuso de los derechos consiste, sobre todo, en lesionar intereses privados, mientras que el fraude a la ley perjudica el interés social, cuando en realidad la teoría del abuso participa de ambos intereses, los cuales se han de tener presentes para calificar el acto de abusivo; otros mantienen que el abuso de los derechos es el género de los actos ilícitos, y el fraude a la ley una especie de este género, caracterizándose por las desviaciones empleadas, pues si ésta se realiza por combinaciones ingeniosas, aquél sigue una vía directa y menos disimulada, posición que impone, en primer término, dilucidar si el acto abusivo es, naturalmente, acto ilícito, y después, que es muy discutible esta diferenciación, desde el momento que LIGEROPOULO,<sup>53</sup> disiente de esta opinión, arguyendo que los fraudes a la ley consisten en derogaciones a reglas obligatorias expresas, permaneciendo, al contrario, fuera de la esfera del abuso de los derechos, siendo su consecuencia directa e inmediata, casi siempre, un perjuicio de orden moral causado a la sociedad, englobando, por tanto, el fraude a la ley el abuso de los derechos, como el género a la especie. Añade, que el abuso de los derechos, tomado como una desviación de los derechos de su objeto normal o legítimo, tiende a que se ejerzan algún día socialmente, lo cual llegado a conseguir, tendremos que el fraude a la ley se identificará con la teoría del abuso, ya que aquél no será otra cosa que el abuso de los derechos, considerado, no desde el lado del sujeto puesto en obra, sino del de la ley, cuyo espíritu es violado por el espíritu abusivo, aunque, actualmente, niega al abuso de los derechos la categoría de forma jurídica autónoma, calificándoles de ser una violación de la ley considerada en su espíritu. Finalmente, sienta como distinción que mientras el abuso del derecho —técnicamente hablando—, se refiere al derecho subjetivo, en el fraude lo que se da es un uso inadecuado del Derecho al intentar acogerse a un precepto para violar otro.

A esta distinción puede aplicarse la división formal y material que hicimos en cuanto a los aspectos de los derechos, considerando que hay abuso cuando hay transgresión de los mismos, ya que, por una parte,

---

52 *Op. cit.*, p. 374.

53 *Le problème de la fraude à la loi*, 1928, 144.

una cosa es el espíritu de la institución —v. gr. propiedad— que ampara y actúa los derechos del propietario, y otra, el espíritu de la ley, norma formal de carácter objetivo, cuyo fraude implica la violación de otras normas legales en perjuicio, sobre todo, del Estado como organismo fiscal, mientras que el abuso de los derechos siempre repercute en derechos subjetivos vecinos (allí por excepción, tenemos el fraude de acredores, que inmediatamente —como siempre— repercute en el ordenamiento positivo, y de forma mediata, en terceras personas) de una manera directa y, en todo caso, sólo indirectamente en el orden jurídico. El fraude es un artificio por el cual un particular busca sustraerse a una obligación legal o alcanzar un resultado prohibido por la ley, su repercusión es la consecuencia necesaria del respeto debido a la ley.

C) *DESSERTAUX*,<sup>54</sup> afirma que el acto abusivo responde a un derecho de parte del lesionado, pero él es contrario al derecho del lesionado, desarrollándose dentro del ejercicio de un derecho. Aquí tenemos un *conflicto de derechos* resultando de la naturaleza de los mismos, en cuanto que al legislador no le es posible prever todas sus contrariedades.

*JOSSERAND*,<sup>55</sup> comentando la posición de *DESSERTAUX*, dice que su concepción presenta una parte de verdad, cual es: el derecho de cada uno acaba allí donde comienza el derecho de los otros, igualmente respetable; pero el abuso de los derechos no son todos los conflictos de derechos, sino únicamente una cierta categoría de estos conflictos. Y *CASSO*,<sup>56</sup> arguye que la teoría llamada de la colisión de derechos no es tampoco el supuesto de la nuestra, sino el caso de pugna entre dos derechos de categoría análoga o desigual. Si lo primero, ambos deberán condicionarse o alternarse en su ejercicio, para coexistir; si lo segundo, uno prevalecerá como más excelente, y el otro habrá de ceder, o reducirse o sucumbir, si así lo pide la categoría de aquel.

Verdaderamente, son ciertas las críticas que se hacen a la teoría de los conflictos de derechos, puesto que su autor ha empezado por partir de diferente estadio al que se sitúa la del abuso de los derechos, lo cual no es negar que en algunos casos —incluso aunque fuera en todos— se dé en ésta un conflicto de derechos, pero ello no quiere decir que tenga como finalidad resolver los casos de antinomia entre las leyes que el legislador no ha previsto o no ha podido prever.

54 *Abus de droit ou conflit de droits*, "Rev. trim.", 1906, 124 y ss.

55 *Op. cit.*, pp. 336-338.

56 *Op. cit.*, p. 25.

VII. *Categorías de actos*

JOSSERAND,<sup>57</sup> distingue tres clases: actos ilegal, ilícito y excesivo; el primero es antijurídico en sí mismo; el segundo lo es por el objeto al cual es consagrado, y el tercero no es productivo de responsabilidad más que en razón del exceso o de la anormalidad del daño que de él resulta para otro.

A) Toda institución y los derechos puestos a su servicio suelen presentar contornos perfectamente definidos; por ésto mismo, los *actos ilegales* o actos cumplidos sin derecho, son aquéllos que obligan a su autor desde el momento que no actúa en nombre institucional ni por consecuencia, ejerce un derecho, quedando pues, obligado por su acto independientemente del perjuicio que pueda causar en derechos o instituciones ajenas; v. gr. si un vecino planta árboles sobre mis fundos o cultiva mis tierras sin permiso por mi parte (art. 358 y s. C. c. español), yo tendré, en este caso, apoyo de la fuerza pública para hacer cesar una perturbación intolerable.

B) En cambio, el *acto ilícito* consiste en que sobrepasa el contenido de un derecho, o se puede concebir como la violación de una obligación resultante de un contrato —arts. 1089, 1101, 1902 y 1106 del Código civil español y 1382 y 1383 del Código francés—, excluyéndose los sucesos por caso fortuito —art. 1105 del C. c.

C) Hay actos que se ejecutan en virtud de un derecho —en contra de lo que ocurre en los ilegales—, e incluso, conforme al espíritu de la institución a que sirve aquél —lo que no sucede en el acto ilícito—, y sin embargo, su autor incurre en responsabilidad; éste es el caso de los *actos excesivos* o creadores de riesgos; v. gr. cuando los vapores pestilentes de una fábrica dañan a las cosechas vecinas, resultando la ruptura del equilibrio de los derechos, de sus efectos, del potencial de su movilidad.

Nuestro Código civil habla de abuso de un derecho, cuando el titular se ha salido de la órbita del mismo, el caso del usufructuario (art. 520), del usuario y habitario (art. 529), la potestad de los padres (art. 171), el comiso de los censos (art. 1648-2), en los cuales CASSO y ROMERO ve supuestos de exceso del derecho, aunque para nosotros en el verdadero sentido técnico de la expresión, los actos excesivos los regula, concreta-

---

57 *Op. cit.*, p. 332.

mente, el Código civil en al art. 1908; los otros son más bien actos ilícitos.

De estas tres categorías de actos —ilegal, ilícito, excesivo— la primera y la última revisten marcadamente, carácter objetivo, en tanto que la segunda es subjetiva. JOSSERAND<sup>58</sup> sitúa la teoría del abuso entre los actos ilegales y excesivos y MARKOVICH,<sup>59</sup> hace entrar en la concepción del acto ilícito, el abuso de los derechos y el acto excesivo.

A nuestro parecer, la concepción del abuso, tal como se ha pretendido construir por la jurisprudencia y la doctrina, participa de las tres clases de actos; pues si consideramos que el ejercicio abusivo de un derecho equivale a un acto de apariencia jurídica, tendremos un acto ilegal; si por abuso del derecho, entendemos un acto intencionalmente dañoso, estaremos en presencia de un acto ilícito, y, por último, si por abuso del derecho nos figuramos el ejercicio de un derecho lícito en su origen y finalidad, pero sin atenderse a los intereses ajenos o salvando reglas de prudencia, o sea, que su ejercicio pueda suponer incluso “desconsideración” hacia los derechos ajenos, estamos ante un acto excesivo; v. gr. es el caso de los humos excesivos, el del patrono que consiente persista la huelga de sus operarios, aferrándose a una interpretación egoísta de sus derechos, pero sin mala fe.

Después de lo dicho, que pone de manifiesto el sentido amplio y difuso que se ha querido dar a la teoría que estudiamos, conviene recoger la crítica de PLANTOL,<sup>60</sup> acerca de la misma, cuando dice que si yo uso de mi derecho mi acto es lícito; y cuando es ilícito, es que yo le sobrepaso y actúo sin él; por eso todo abusivo, por el sólo hecho de que es ilícito, no es el ejercicio de un derecho, y el abuso, por tanto, no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito, porque el derecho cesa donde el abuso comienza, ya que un mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al derecho y contrario al derecho,<sup>61</sup> lo que puede haber es abuso en la conducta de los hombres, no cuando ejercen sus derechos, sino cuando los sobrepasan.

A estas argumentaciones replica JOSSERAND<sup>62</sup> aclarando, que no hay contradicción ninguna en que un acto sea a la vez conforme a un derecho

58 *Op. cit.*, p. 336.

59 *Op. cit.*, p. 111.

60 *Droit civil*, 1923, II, 287.

61 Esta misma tesis la recoge Charmont, *L'abus du droit*, “Rev. trim.”, 1902, 1, 115.

62 *Op. cit.*, pp. 312 y 313.

determinado y, sin embargo, contrario al derecho examinado en su generalidad y en su objetividad, es decir, en tanto es cuerpo de reglas sociales obligatorias, puesto que se *puede tener a favor de uno el ejercicio de un derecho y, no obstante, estar en contra el Derecho en su conjunto*; es la situación que traduce el adagio: *summum jus summa injuria*.

### VIII. *La teoría del abuso en el Derecho español*

A continuación vamos a exponer someramente, pues otros autores lo han hecho ya con mayor detenimiento, —así, entre los españoles, CALVO SOTELO, CASSO Y ROMERO y posteriormente, MARTÍNEZ USEROS—, algunas ideas sobre la evolución y repercusión de esta teoría en la esfera del ordenamiento positivo español, a través de los precedentes históricos, jurisprudencia y legislación con el propósito de terminar este estudio con lo que modestamente, podemos calificar de nuestra postura, levantada sobre principios que responden a nuestro régimen jurídico tradicional y, teniendo siempre en cuenta, la realidad social española, que es donde aspira a proyectarse y, por ende, a alcanzar eficiencia jurídica.

A) En nuestro antiguo Derecho nos encontramos la ley 7<sup>a</sup>, tit. II, lib. 2<sup>o</sup> del *Fuero Juzgo* y su concordante la 47, tit. II de la part. 3<sup>a</sup>, según las cuales se castigaba por las demandas “que se movían escatimosamente” contra los mercaderes “e contra los otros omes que han a facer sus viajes por mar o por tierra, después de tener sus cosas aparejadas, para estorbarles que se non puedan yr de la tierra en la razón que devían”. La ley 8<sup>a</sup>, tit. 5<sup>o</sup>, lib. 3<sup>o</sup> del mismo *Fuero Juzgo* y la 2<sup>a</sup> del lib. 5<sup>o</sup> tit. V del *Fuero Viejo de Castilla*, contuvieron igualmente sanciones para los hermanos que maliciosamente “tardaban” el casamiento de la hermana “por amor de heredar lo suyo”. La ley 1<sup>a</sup>, tit. V, libro 4<sup>o</sup> del propio *Fuero Viejo* prohibía a los dueños de solares próximos a edificios “fazer cavas nin foyas ningunas, porque el agua que llover en el un solar, imbie en el otro solar a sabiendas”. Según las leyes 8<sup>a</sup>, tit. IV, libro 4<sup>o</sup> del *Fuero Real* y 5<sup>a</sup>, tit. 3<sup>o</sup>, lib. 4<sup>o</sup> del *Fuero Viejo*, cuando el señor cogía mancebos o mancebo, “si lo echare de casa sin culpa de él, otrosí le deve pechar la soldada dobrada”. Y la ley 12, tit. IX, *Partida 5<sup>a</sup>* hacía responsable civilmente al socio que se separaba engañosamente de la sociedad con el dañado fin de recibir él sólo toda la ganancia.<sup>63</sup>

63 Casso y Romero, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

Por otra parte, la ley 13, tit. 32, de la *Partida 3ª* establecía: “Maguer el ome haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere pero debelo facer de manera que non faga daño ni tuerto a otro”. Este notable enunciado de singular importancia en materia de prohibición de los actos emulativos, se estableció por el legislador alfonsino al reglar el libre y natural deslizamiento de las aguas, tal como lo había hecho el Derecho romano en materia de la acción para contener las aguas pluviales (*actio aquae pluviae arcendae*).

En este momento de la legislación española se advierte una preocupación del legislador por evitar que al amparo de la ley, se produjesen lo que pudiéramos calificar de “hechos inmorales”, ya que en casi todos sus preceptos se trata de no dar validez jurídica a un “acto malicioso”, o, a lo más, en que no haya intervenido “culpa” por parte del que pretende ser perjudicado.

B) Es principio reiteradamente consagrado por nuestra jurisprudencia que quien usa de su derecho no causa daño a otro: *qui iure suo utitur neminem laedit* (Ss. de 26 septiembre 1867, 10 de mayo 1893, 27 junio 1896, etc.).<sup>64</sup> Luego, en esta primera etapa, no prosperará ninguna reclamación por daños, que no fuese fundada en dolo, culpa o negligencia.

Hay cierta orientación en un sentido contrario en algunas sentencias interpretativas de los artículos 149 y 1408 en lo que se refiere a la obligación de *litis expensas*.<sup>65</sup>

Una nueva fase cabe señalar en la jurisprudencia, en cuanto a la admisión de la teoría del abuso, en la Ss. de 13 de junio 1942, 12 de enero 1943 y 14 de febrero 1944. En esta última sentencia, sumamente interesante por lo que respecta a esta materia, aunque se parte del clásico axioma *qui iure suo utitur neminem laedit*, proclamado en las fuentes romanas (*Digesto*, Lib. 50, tit. XVII, frag. 55, 151 y 155) y que plasmó, dentro de nuestro derecho histórico, en la regla “nom fase tuerto a otro, quien usa de su derecho”. (*Partida 7ª* tit. 34, regla 14), se reconoce que en el mismo Derecho romano fueron templados los rigores del individualismo jurídico con multitud de normas que limitaban el absolutismo de los derechos subjetivos, por tanto, mantiene que las necesidades de la

64 Pérez y Alguer. *Notas a Enneccerus*, t. I, vol. II, p. 533.

65 Pérez y Alguer, *Notas*, I, II, 533.

vida práctica y una sana tendencia de humanización del Derecho civil, hacen preciso admitir la teoría del abuso del derecho, a pesar de la imprecisión de su construcción sistemática, que se debate entre una simple aplicación de la doctrina del acto ilícito o de una teoría autónoma que opera dentro de una especie de zona intermedia, construída por los actos cumplidos dentro de la esfera del derecho, pero mediante un abuso y engendrando una responsabilidad, ya que los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, tienen otros de orden moral, teleológico y social. En consecuencia, en estos casos, estamos en presencia del aparente ejercicio de un derecho que, amparado en una legalidad externa, infringe los principios de la equidad y la buena fe; señalando como *elementos esenciales de la teoría de la teoría del abuso los siguientes*: a) *uso de un derecho, objetivo o externamente legal*; b) *daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica*; y c) *inmoralidad o antisocialidad del 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 proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho*; considerando que del art. 1902 se deduce, con una interpretación amplia, que pueda alcanzar esta responsabilidad a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos.

La sentencia de 9 de junio 1949 dice: que estos antecedentes de pacto ponen de relieve, a los efectos de indemnización de daños y perjuicios previstos en el art. 885 del C. com., la malicia e injusticia manifiesta con que procedió el señor B. al solicitar la declaración de quiebra, ocultando intencionalmente para obtenerla, la existencia del procedimiento de quita y espera, ya aprobada por los acreedores concurrentes a la junta, y así simultaneó innecesariamente en perjuicio del señor P. M., imposibilitado por tal causa de rehabilitación económica y sin provecho perceptible para el propio señor B., el proceso de quiebra en el de quita y espera, lo que implica ejercicio abusivo de los derechos de acreedor, que debe ser sancionado con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Y la sentencia de 25 octubre 1950 establece que el abuso del derecho implica falta de todo interés para el titular que le ejercita, y es innecesario razonamiento alguno para estimar que el arrendador que ha visto frustrado su derecho de tanteo por un acto ilegal del arrendatario y que carece, como se ha dicho, del de retracto, de distintas consecuencias económicas, tiene evidente interés en disponer libremente del local arren-

dato, ejercitando el derecho a la resolución del contrato de arrendamiento por la causa tercera del art. 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

C) En la Ley de Represión de la Usura —23 julio 1908 art 2º—, se concedía a los tribunales una amplia facultad de libre apreciación destinada a corregir los casos de abuso; el Reglamento de la Ley hipotecaria de agosto 1915, art. 188, indica un procedimiento para evitar los daños que pudieran inferirse al acreedor en uso de sus derechos; el D. de 29 diciembre 1931 sobre contratos de arrendamiento de fincas urbanas establece en su art. 18, que los tribunales y autoridades desestimarán en todo caso las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso de derecho; el Código penal vigente de 1944, en su art. 562 dice: “El que intencionadamente y por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social, o de cualquier otro modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional...”; y, para terminar, entre las causas de extinción de los contratos se incluye la del abuso del derecho (art. 76, Enero 1944).

Eugenio PÉREZ BOTIJA, nos dice, sobre la aplicación del abuso del derecho a la rama de la legislación obrera, que en primer término han de considerarse entre aquellas causas las que hubieren sido previstas por los contratantes. El contrato de trabajo terminará si se produce cualquiera de los supuestos consignados válidamente en el contrato, salvo que el ejercicio de la facultad contractual “constituya manifiesto abuso de derecho por parte del empresario”. En efecto, puede ocurrir que la cláusula contractual de extinción entrañe una especie de desigualdad jurídica. Suscítanse controversias en torno a lo que ha de entenderse por “manifiesto abuso de derecho”. Habrá que examinar las condiciones objetivas y subjetivas de cada caso, para ver si, al dar por terminado el contrato, el patrono hace uso de cláusulas del mismo que por razones circunstanciales sitúen su proceder fuera de la justicia y equidad social. (*Curso del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2ª ed., p. 286).

Por último, la sentencia de 6 de octubre de 1953, que hace relación a la desestimación de un recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo solicitando el desahucio por no uso de la cosa arrendada, se ocupa incidentalmente de la doctrina del abuso del derecho, en razón de que fué alegada por las partes como argumento supletorio para el supuesto del que no prosperase su principio de Derecho, fundamentado en que las causas de desahucio contenidas en el artículo 149 de la Ley de arrendamientos urbanos —puesto que se trata de una finca de esta especie— no

tienen carácter exhaustivo y, por lo tanto, hay susceptibilidad de aplicar las normas de la legislación común que recoge el Código civil en este supuesto, que serían las establecidas en sus artículos 1555-2º, en relación con el 1556 y con el núm. 4º del 1569. Se ha rechazado, pues, la admisión de esta nueva causa de desahucio, por estimarse que la enumeración del artículo 149 de la Ley es categórica conforme ya declaró la sentencia de 8 de abril de 1952, aparte de que el legislador tuvo en cuenta esta situación jurídica en la disposición transitoria núm. 23, apartado b), en la que admite la no ocupación de la vivienda por el arrendatario y respeta este estado de hecho, en tanto las necesidades sociales no hagan preciso instar el desahucio en la forma que establece, sin perjuicio de la facultad del arrendador de ejercitar las acciones que le asisten en el caso de que la falta de ocupación origine daños —que en este caso ni se han demostrado ni son motivo del recurso—. Por todo lo cual, tampoco es admisible el recurso por la presunción de supuesta violación de la doctrina legal sobre *abuso del derecho*, pues el inquilino, sin usar la cosa, pretende tener los derechos que la ley otorga precisamente en consideración a tal uso, cuando esta teoría introducida en la técnica jurídica, en atención a la presión de principios sociales— cualquiera que sea la preferencia que se muestre por una dirección subjetiva o por la objetiva— se caracteriza fundamentalmente por la consideración de que el titular de un derecho subjetivo, derivado de relaciones jurídicas, lo es sólo cuando se funda en un principio de utilidad, no sólo particular, sino social; pero no cuando se utiliza para dañar a otro y no en legítimo provecho propio, no conteniendo nuestro Código civil ningún precepto de carácter general que le condene y si sólo existen manifestaciones concretas de su admisión, con relación a algunas regulaciones dictadas con posterioridad a la vigencia de aquel Cuerpo legal, tal como la que se refiere a los arrendamientos urbanos en que a partir del Real Decreto de 13 de diciembre de 1923, se concede facultades a los jueces para desestimar las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso de derecho; pero esta directriz no ha sido constante, pues fué suprimida en otras disposiciones y restablecida en otras, y en el estado legal actual, admitido por la citada disposición transitoria núm. 23 de la vigente Ley que los locales arrendados no estén ocupados por los arrendatarios, es claro que el indicado principio de utilidad social que se invoca como fundamento del abuso del derecho no puede estar vulnerado en este caso hasta que se estime oportuno acordar el ejercicio de las acciones que en aquella disposición se establece.

IX. *Nuestra posición*

Después de lo expuesto, no cabe duda ya de la admisión, en legislación, jurisprudencia y doctrina españolas, de la teoría del abuso de los derechos, si bien, en nuestra patria, como en el extranjero, adolece de imprecisión técnica, lo cual patentiza, incluso la S. de 14 de febrero 1944 que a pesar de su resuelta tendencia a admitir sin vacilaciones la teoría del abuso, no es capaz de presentarnos una construcción autónoma de la doctrina, sino que, como de ordinario, se confunde con la propia concepción de la responsabilidad.

Realmente, la teoría del abuso, habiendo surgido en un clima jurídico de exasperado individualismo, proclamando la primacía del principio de moral social, ya hizo bastante con aminorar los efectos absolutos de los derechos subjetivos; por eso, recabar de ella un dechado de perfección técnica, es pedir demasiado, cuando el ambiente en que nació no le fué nada propicio para ello, y si, por el contrario, para informarse de las fuentes instrumentales de entonces teniendo que tomar como punto de partida a fin de que su labor de reacción fuese eficaz, un principio eminentemente subjetivo: el de la responsabilidad.

Es nuestro criterio, por lo acabado de decir, que la teoría del abuso, respondiendo en su desarrollo a su lógica línea de origen, es casi imposible pueda llegar a alcanzar en los tiempos modernos una mayor precisión e independencia jurídica sin apartarse del cauce que eligió al nacer, en cuyo caso dejaría de ser auténtica en sí misma. De aquí, que veamos nosotros más factible levantar sobre su contextura una concepción que elaborada con materiales jurisprudenciales (los de la S. de 14 febrero 1944) y preceptos del Código civil español, responda más adecuadamente a la tradición y sentido jurídico de los pueblos hispánicos.

A) Si para los juristas que pensaron en la elaboración de la teoría del abuso, fué principal motivo de sus desvelos doctrinales la creación de los derechos subjetivos, y sólo después pararon mientes en el aspecto objetivo que podría presentar la misma; nosotros iniciaremos nuestra especulación a la inversa: iremos de lo objetivo a lo subjetivo, ya que el orden preexiste a todos los derechos individuales, que no son más que su reflejo, su proyección.<sup>66</sup>

Así, pues, dentro de dicho orden se enmarcan las personas ordenadas en instituciones que se coordinan entre sí, sin que esta relación

---

66 Renard, *Le droit, l'ordre et la raison*, 1927, 395.

institucional suponga negar, a unas y otras, su derecho sagrado e inalienable a la libertad (en lo que se distingue del ordenamiento funcional de los derechos) que, exclusivamente, queda sujeto en aquello que hace relación a la finalidad del bien común.<sup>67</sup>

El principio de orden público —delimitado ya—, se encuentra condicionado por el de la moralidad y el interés colectivo, que podemos definir con Benvenuto DONATI,<sup>68</sup> toda necesidad real y subjetiva, cuya satisfacción se realiza como condición de existencia de la vida en común.

De todas formas, el primer elemento contenido en el orden público es el de la licitud, que viene a aportar a las relaciones jurídicas lo que no podrían dar ni la voluntad de los particulares ni la causa legal, al ser materia de su contenido el principio de “honestidad general”, que presentado como un primer aspecto nos ofrece un segundo, que se resume en el de “las buenas costumbres”, cuya violación constituye un atentado —según CAPITANT—, a la armonía del Orden social.<sup>69</sup>

En su consecuencia, no creemos vayan desacertados los autores PÉREZ Y ALGUER,<sup>70</sup> cuando propugnan deba considerarse incurrir en culpa quien en el ejercicio de su derecho lesiona las buenas costumbres, precepto que, como hemos visto, ha sido recogido por legislaciones extranjeras, encontrando en la nuestra amparo en múltiples artículos del Código civil (1255, 1258, 1275 . . .), aparte de que hoy día es considerada como norma universalmente admitida y que nuestro ordenamiento positivo recoge, como principio general, en el art. 6º del referido cuerpo legal, bajo la locución de los “principios generales del Derecho”.

Nuestra jurisprudencia con buen criterio, sentó ya esta orientación en la S. de 21 de diciembre de 1910, al hacer responsable a una compañía instaladora de cables de electricidad por carecer del resguardo necesario para evitar accidentes, imputándosele lo ocurrido por no tener su instalación en la forma debida; y la S. de 30 de marzo de 1926, que declaró procedente la indemnización de los daños causados en la presa de un molino por no ir las maderas flotadas en las debidas condiciones según buena costumbre de los madereros. Es decir, como observan los autores citados,<sup>71</sup> la jurisprudencia, ha habido ocasiones en que ha recono-

67 Renard, *La théorie de l'institution*, 1930, I, 345 y 346.

68 *Fondazione de la scienza del diritto*, 1929, I, 165.

69 Louis Lucas, *Volonté et cause*, 1918, 158 y 159.

70 *Notas a Enneccerus*, t. I, vol. II, 533 y 534.

71 Pérez y Alguer, *Notas a Enneccerus*, t. II, vol. II, p. 655.

cido un deber de indemnizar sin infracción alguna de precepto positivo y expreso.

No cabe duda que esta tendencia jurisprudencial ayuda a delimitar el alcance del principio "alterum non laedere", contenido en el art. 1902 y el del sentido de lo ilícito recogido en el 1089 y esbozado en otros preceptos (arts. 792, 1116, 1255, 1271-3º, 1316, etc.), que ya permiten afirmar que lo ilícito, en sentido legal, es tanto lo que contrasta con la ley como lo que choca con la moral.<sup>72</sup>

Luego, para nosotros, infringirá el orden público en su sentido amplio y completo (moral, buenas costumbres, ilicitud), quien en el ejercicio de sus derechos no observe la subordinación al Bien común que requiere la permanencia de un equilibrio social total, en el que hallemos perfecta adecuación entre el Orden social y la justicia; pues debemos tender a que aquél se encuentre siempre con la mayor dosis posible de ésta, a fin de evitar, por este procedimiento, que el principio de Orden equivalga a injusticia.<sup>73</sup>

He aquí por qué, nosotros buscaremos apreciar la normalidad o anormalidad del ejercicio de los derechos por sus titulares, en primer término, pulsando los efectos de sus repercusiones en el ámbito de la comunidad (arts. 4º, 11-3º, 1255 del C. c.), que nos revelará la mayor o menor adecuación existentes entre los principios de seguridad y de justicia; pues solamente un ejercicio anormal de aquéllos será capaz de provocar un desequilibrio entre los mismos, y entonces ya habrá que tratar de localizar —y esto corresponde a un segundo momento de la cuestión— el derecho concreto que motiva dicha perturbación, para corregir su exceso y conseguir de este modo reajustar el ordenamiento positivo momentáneamente alterado.

B) El problema legislativo consiste en la reglamentación recíproca de los derechos de los varios propietarios, en la determinación de los límites del ejercicio del derecho, de manera que las distintas heredades puedan coexistir en armónica dependencia en vez de entrenchocarse, haciendo imposible su aprovechamiento, preocupación que llegó al legislador español y que se ve reflejada, entre otros, en el artículo 590 del Código civil que regula las relaciones de vecindad a fin de evitar se produzcan daños para terceros.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Pérez y Alguer, pp. 655 y 656.

<sup>73</sup> Hauriou, *L'ordre social, la justice et le droit*, "Rev. trim.", 1927, II, 799.

<sup>74</sup> J. González, *Las conferencias del Dr. Ferrara*, "Rev. Crít. Dro. Inmob.", 1928, 582.

Las inmisiones en el derecho ajeno infringen el principio de exclusividad del dominio, aunque el admitir éste con rigurosa observancia provocaría una paralización en el ejercicio del derecho de propiedad, ya que todo uso del dominio tendrá repercusiones en la esfera de la propiedad contigua.

Fué IHERING, quien después de haber criticado la limitación del concepto romano de la *Immissio*, basada en la ley 5-6 del libro VIII, título V del *Digesto*, asume el criterio del caso normal, dándole una base bastante amplia. Para él, debe ser prohibida cualquier intromisión que se ejerza sobre el fundo vecino, sea directa o indirecta; sin embargo, mientras la influencia *directa* (o sea, aquella que inicia inmediatamente sus efectos sobre el fundo vecino) debe ser absolutamente prohibida, la influencia *indirecta* (esto es, aquella que inicia sus efectos sobre el fundo del agente, pero los prosigue en el vecino), debe ser prohibida solo cuando sea nociva a la cosa o moleste a las demás personas, fuera de la ordinaria medida de lo tolerable. Esta doctrina iheringiana ha ejercido una gran influencia sobre las doctrinas francesa e italiana.<sup>75</sup>

Ahora bien; la necesidad de un margen de flexibilidad con el ejercicio de los derechos, lleva a BUFNOIR<sup>76</sup> a preguntarse: ¿Cómo será posible, jurídicamente, fijar el límite de lo que será permitido al propietario y de lo que le será prohibido? El ejercicio del derecho —añade—, sólo lo justifica su fin, pues no podrá ser válidamente ejercido más que si tiene una causa legítima fuera del derecho de propiedad, que permita hacer del mismo un empleo útil y justificado por el objeto o fin perseguidos.

El planteamiento de la cuestión por BUFNOIR, nos parece en principio acertado, pues los derechos en acción sólo se justifican por la finalidad que persigan sus actores al ejercerlos, siendo preciso por ello, que tanto las relaciones contractuales como cualquier negocio jurídico, e incluso el ejercicio de derechos que dimanen de ciertos títulos o instituciones, respondan a una dirección social, ya que la utilidad del ejercicio de los derechos debe apreciarse desde el lado del que lo ejercita y desde el de la sociedad.

Por eso, saber si el derecho en ejercicio responde o no a esta finalidad social debe incumbir a un principio objetivo que vigile por la observancia de los preceptos de moral social para aquellos casos en que no

<sup>75</sup> Predella, *op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>76</sup> *Propriété et contrat*, 1924, pp. 808 y 809.

exista una norma concreta capaz de reprimir la lesión que se pueda infringir al Derecho en el sentido de Orden jurídico.

Decíamos admitir la concepción de BUFNOIR sólo en principio, porque este autor seguidamente nos habla del concepto de "Causa jurídica", como principio cuya misión es ejercer esta vigilancia en nombre de la sociedad acerca de toda clase de actos jurídicos, cuando el término de causa está consagrado en la doctrina y en las legislaciones con una precisión técnica que en nuestro Código únicamente se extiende a las obligaciones (art. 1261) y contratos (rúbrica de la sección 3ª, capítulo II, tit. 2º del libro IV), aunque cierto sector doctrinal, principalmente en Alemania e Italia, la consideren incorporable a todos los negocios jurídicos.

Insistiendo sobre la utilidad del ejercicio de los derechos, creemos puede ser examinada desde dos puntos de vista, individual y social:

1º Dicho ejercicio debe ser prohibido cuando es manifiestamente inútil para el que usa del derecho; y 2º, desde el punto de vista netamente social, aunque su ejercicio aproveche a los interesados (v. gr. venta de una casa de juego) puede ser condenable por dañar las buenas costumbres,<sup>77</sup> y el Derecho en estos casos condena aquellos negocios jurídicos que siendo aprovechables para las partes, perjudican, sin embargo, la utilidad social.

Nosotros consideramos que en todos estos casos en que se advierte en el orden jurídico una perturbación, habrá que ir a indagar si el ejercicio de los derechos de los miembros de la comunidad responde a su legítimo fin y es seguro que si hay algún titular que disfrutó indebidamente de los mismos, su ejercicio ha sido antinormativo, es decir, no ha respondido a la finalidad por la que el ordenamiento jurídico le autorizó entrarse en su propiedad o disfrute; pues el poder normativo interviene en los contratos privados, vigilando la actividad de los particulares, y la moralidad de los actos jurídicos.

Por eso, volviendo sobre la "falsa directiva" de que nos habló HAURIOU, diremos que no es posible invocar aquí el art. 1276 del Código civil, que hace referencia al contenido del contrato y por extensión análoga, de todo negocio jurídico, pues la presencia de dicha falsedad provoca siempre la nulidad de la relación jurídica; así, el T. S. "a sensu contrario" en S. de 26 de diciembre de 1944, ha desestimado recurso de casación, por considerar que la causa del repetido contrato, según el art. 1274 era para los vendedores, el precio y para los compradores las fincas

---

<sup>77</sup> Demogue, *Des obligations*, 1923, II, 540.

que podían pasar definitivamente a su poder si no se ejercitaba el derecho de retracto convenido o el reintegro de referencia con sus intereses; no habiendo, por tanto, ni falsedad ni ilicitud, de ese elemento indispensable para la existencia del contrato.

Resumiendo, diremos que el poder normativo de la comunidad vigila la subsistencia del Orden público, fiscalizando el grado de rigor moral, jurídico, económico, e incluso político, con que los particulares cumplen sus estipulaciones, actúan sus derechos en la vida jurídica tomando como medida de valoración el fin abstracto y permanente de las instituciones.

Es decir, que los derechos subjetivos del individuo, sólo se conciben en función de los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, por lo que cuando no media un motivo legítimo que impulsa al particular a actuar sus derechos un tanto desvirtuadamente de su función económica y social, cabe afirmar que el contenido de los mismos se halla carente de contenido tutelable por el Derecho objetivo.

C) Si en el anterior apartado hemos tratado de delimitar la finalidad jurídica, a la cual debe responder no sólo el contenido de toda institución, sino el ejercicio de los derechos que de la misma dimanen, es preciso constatar aquí la finalidad abstracta y permanente de cada institución con la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante,<sup>78</sup> que es el motivo intencional que impulsa a los particulares a actuar su derecho o facultades en una cierta dirección.

Porque si la norma nos garantiza que la finalidad perseguida por las instituciones no podrá jamás dañar los intereses de las otras instituciones y, como secuela, perturbar gravemente el Orden público; el "motivo legítimo" asegura que el ejercicio de un derecho será conforme al espíritu de su institución, no perjudicando derechos ajenos y, mediatamente, los derechos de la comunidad. Aquélla, concepto objetivo, trata de matizar el contorno de los derechos y encuadrarles en su lugar correspondiente; éste, principio subjetivo, es el que nos ha de dar la medida para apreciar si la conducta humana al actuar jurídicamente se desvía de la dirección que le atañe seguir.

La piedra de parangón es la conducta normal del *hombre medio* —o el *buen padre de familia* romano—, cuya infracción la determina la temeridad culpable en el agente contra el espíritu de la institución jurídica. En el campo sociológico y político, el *hombre medio* viene identificado con

<sup>78</sup> Castán, *Derecho civil*, 1939, II, vol. I, 172.

el burgués que en la sociedad moderna representa el más típico producto, conforme a los criterios de COLIN et CAPITANT, BENDANT y LEVY.<sup>79</sup>

Por último, mientras la norma toma en cuenta las actividades particulares en tanto en cuanto son "ordenatio" al Bien común; el motivo legítimo, eminentemente subjetivo, considera, exclusivamente, la actuación del individuo como ser racional y libre, hecha abstracción de su presencia en sociedad. Ambos conceptos son, fundamentalmente, jurídicos, ya que si el primero vigila y controla la armónica adecuación de las instituciones y de sus miembros, el segundo impulsa y exige al ser humano —soporte de aquéllas—, ciña su conducta al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la institución en que se halla enmarcado, contribuyendo así, hombres e instituciones, a la permanente eficiencia del Orden público, lo que se alcanza evitando la menor desconexión entre las realidades jurídica y social, cuya conjugación garantiza a los miembros de la comunidad un bienestar económico y nivel moral próximo al imperio de la justicia.

Por eso, JOSSERAND piensa que, en esta apreciación de la legitimidad de los motivos, la teoría del abuso del derecho "se asegura un porvenir indefinido y una perpetua oportunidad". Esta concepción el único peligro que ofrece es un control arbitrario del juez sobre el ejercicio de los derechos, exigiéndose por su parte una muy delicada apreciación sobre los motivos legítimos de la acción, por lo que corresponde a un grado superior de la moralidad pública, secundada por una perfección de la técnica jurídica que permita apreciar los fines perseguidos en el ejercicio de los derechos.

Un tal análisis no puede ser hecho, más que reglamentando los fines de cada derecho en particular, indicando cuando su ejercicio devendría abusivo. De aquí que, oponiéndose a esta concepción psicológica del abuso del derecho que llegaría al exceso del casuismo jurídico, M. BRETHER DE LA GRESSAYE, trata de sustituirla por otra de índole objetiva, definiéndole: "el ejercicio del derecho sin motivos legítimos, es decir, sin utilidad".<sup>80</sup> Pero cuando se habla de la utilidad de un acto, ¿cómo se le define? Pues si se trata de la utilidad social, se despoja al derecho subjetivo de su utilidad, porque el titular de un derecho debe obtener sus ventajas incluso a costa de los demás miembros de la sociedad; si es la utilidad

---

<sup>79</sup> Carlo Pridella, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934, pp. 134 y 135.

<sup>80</sup> Nota al "Sirey", 1925, I, p. 217.

individual, es menester únicamente considerar el pensamiento del que cumple el acto. Teniendo la noción un carácter meramente psicológico.

Sin duda alguna, que, como decimos, sería peligroso consentir al juez el que pudiese demandar a cada hombre los motivos que inspiran sus actos, bajo el pretexto de que todo derecho por ser relativo, no puede ejercerse contrariamente al fin para el cual le ha sido concedido. Ello colocaría bajo el control judicial todas las acciones humanas. Por eso, *esta intervención hay que limitarla en lo posible al valor económico o social de los actos jurídicos y limitarla en lo que haga referencia a su valor moral.*

Es decir, hay que evitar destruir la idea del derecho subjetivo. Porque, la concepción del derecho individual, lejos de ser antisocial, es indispensable al mantenimiento de la civilización amenazada por el estatismo o comunismo. El absolutismo del derecho individual no tiene nada de condenable en sí, porque no es más que la traducción jurídica del deseo legítimo de poder y libertad. El derecho objetivo debe tan solo refrenar los deseos de dañar o incluso la indiferencia demasiado absoluta ante el interés ajeno. El poder no debe ser perjudicial.<sup>81</sup>

D) Pues bien, lo mismo que resultaría ocioso hablar de actos jurídicos sin antes haberlo hecho de las normas generales del Derecho que facilitan a la persona su actuación con repercusiones en la órbita jurídica; otro tanto nos hubiera sucedido en lo que respecta al “motivo legítimo”, si, previamente, no hubiéramos tenido en cuenta el poder de la norma que mantiene a las instituciones en la vida del Derecho, dirigiendo y tolerando el ejercicio de los derechos que de ellas dimanar.

Así, pues, si los efectos jurídicos del motivo legítimo son reconocidos y apreciados por la norma, la intencionalidad que mueve a una conducta humana a actuar conforme o disconforme a derecho, tiene como punto de valoración el principio de “buena fe”,<sup>82</sup> que con tanta firmeza proclama nuestro Código civil a través de su articulado como defensor de los valores morales, y que en el caso concreto que nos ocupa se remite al concepto del art. 1258, que será el punto de partida para apreciar las diferencias que pudieran existir entre la conducta humana y el “motivo legítimo”, o el ejercicio del derecho y la norma, es decir, llegados a este punto, se establece una relación directa entre la norma y la “buena fe” del que actúa (o conducta individual). O sea, que en esta materia juegan

---

81 Ripert, *op. cit.*, 1949, pp. 180-183.

82 Von Thur. *La buena fe...* “Rev. Der. Priv.”, 1925, 337 y ss.

tres conceptos fundamentales: el *concepto del derecho*, considerado no sólo por sí y en sí mismo, sino también en la funciones de los derechos de los otros asociados, derechos paralelos o interferidos, según los casos, derechos que de todos modos coexisten en una misma sociedad, en la cual surgen y se ejercitan; el del *uso normal del derecho*, tanto *objetivamente*, en los límites que el uso normal de los otros derecho necesariamente impone, y, *subjetivamente*, en los límites que el mismo titular del derecho se impone a sí mismo, en cuanto sea consciente de los propios deberes hacia la sociedad y los otros coasociados, titulares de otros derechos concurrentes; y los *criterios de la equidad y la buena fe*, que guían al titular del derecho en el uso y en el ejercicio del mismo, orientándole hacia una concepción civil y moderada de sus prerrogativas sociales.<sup>83</sup>

### X. Conclusión

No creemos en la necesidad de tener que seguir invocando la teoría del abuso de los derechos para dirimir ciertas cuestiones judiciales que se presentan ante nuestros Tribunales. a) Porque dicha teoría nació, exclusivamente, como reacción a los principios individualistas de la Revolución francesa; principios que, actualmente, todas las legislaciones han impregnado de una tendencia socializadora. b) Porque sus medios instrumentales fueron elaborados al calor de la escuela positivista, tan abiertamente en contradicción con la de los juristas y teólogos españoles. c) Porque su imprecisión técnica la hace insegura en su aplicación y resultados, debido a que únicamente toma en consideración la responsabilidad que puede resultar del daño causado —elemento externo—, impidiendo su configuración como figura autónoma; y d) Porque técnicamente es impropia la denominación de “abuso del derecho”, que no puede responder más que a una figura retórica, pero sin ninguna consistencia científica, en cuanto que el derecho se disfruta o ejercita, y sólo es la cosa sobre que recae el derecho la que se usa, nunca, tampoco se abusa, ya que recíprocamente es lo que se evita en cuanto regula la norma jurídica una relación humana o institucional.

Por el contrario, el análisis de la sentencia tantas veces citada, de 14 de febrero de 1944, nos ha sugerido un grupo de elementos conexos que nosotros clasificaríamos del modo siguiente: a) ejercicio de un derecho con infracción de la buena fe del artículo 1258 del Código civil;

<sup>83</sup> Predella, *op. cit.*, p. 128.

b) daño moral o material a un tercero, no protegido por una específica prerrogativa jurídica (art. 1902); c) antinormatividad del acto ejercido con o sin violación del Orden público (arts. 4º, 11-3º, 1255, etc.).

En fin, los calificamos de “actos antinormativos” por la falta de adecuación de todos ellos entre la finalidad subjetiva que impulsa a obrar al individuo y la finalidad objetiva, que atañe siempre a toda institución jurídica abstractamente considerada; pues este desequilibrio de los elementos subjetivo y objetivo de cada institución en concreto produce una perturbación del orden jurídico, con mayor o menor repercusión en la comunidad.

Toda acción antinormativa infringe el precepto del art. 1902, sin necesidad de que haya de atribuirse al actor culpa o negligencia, bastando que en el ejercicio del derecho se haya comportado en disconformidad con el principio de “buena fe” —e incluso sin haber vulnerado éste siendo suficiente la falta de un interés legítimo<sup>84</sup> que expresa-

---

84 Entre el interés simple y el derecho subjetivo, hay una figura intermedia que es ésta del interés legítimo. Tal expresión es obra de la doctrina, no de la ley. Nosotros consideramos el “interés legítimo” como figura jurídica independiente y con sustantividad propia, aun cuando hay quienes opinan que vive asociada al derecho subjetivo, siendo un derecho “sui generis”, esto es, el derecho de la legitimidad de los actos administrativos.

Ciertamente, en las situaciones de interés legítimo, no sólo se advierte como es obvio un interés, sino también una norma que lo protege y ejerce una tutela jurisdiccional. Sólo que el interés es protegido mediata y ocasionalmente, no del modo inmediato e individualizado que lo es el derecho subjetivo. Y la jurisdicción, a la cual se puede recurrir para la tutela de tales situaciones, no es la ordinaria, sino la administrativa, que es la más típica creación del Estado de Derecho, en cuanto quiere asegurar la subordinación de la misma administración a la ley. Por eso se ha definido, “el interés protegido como el derecho, pero protegido en vista de un interés colectivo”; v. gr., es un interés legítimo de todos los participantes en un concurso que las normas sobre la composición de la comisión y sobre sus decisiones sean observadas rigurosamente. Pero lo es también, que la administración no exceda los límites de sus facultades discrecionales. Así que se puede decir: a un *derecho subjetivo* corresponde siempre una actividad vinculada; a un interés *simple* una actividad discrecional; a un interés *legítimo* puede corresponder, ora una actividad vinculada (pero sólo ocasionalmente en cuanto aquel interés), ora discrecional, en el sentido de que no se traspasen los límites por parte de la administración.

Acaso, se podría adoptar para los “intereses” —no para los derechos subjetivos— una expresión, con la cual la dogmática publicista alemana cree cualificar los derechos de libertad, y, tal vez, todos los derechos individuales: “derechos reflejos” (Reflexrechte), derechos o efectos reflejos del derecho del Estado. Se podría afirmar que los intereses, simples y legítimos, son efectos reflejos del derecho objetivo, y, subjetivamente, efectos reflejos individuales de las situaciones

mente exige el Código para el cumplimiento de los contratos en el art. 1258, e implícitamente inspira todo el ordenamiento positivo español, estando en desacuerdo su conducta con el espíritu permanente y objetivo de la institución. Es menester considerar culpable, no sólo al que hace el daño con intención, sino también al que lo causa inconscientemente, por debilidad y ligereza. Igualmente comprende al que actúa por omisión que al infringidor por comisión.<sup>85</sup>

Fácil es colegir ya, que el elemento externo de nuestra "Teoría de los actos antinormativos" es el daño —artículo 1902—, y el interno es la ausencia de "motivo legítimo", que incluso puede darse sin que falte "buena fe" —artículo 1258— interpretación analógica — siendo principios susceptibles de vulnerarse: la norma abstracta, la moral, las buenas costumbres, en fin, el Orden público. Esto es, la comisión u omisión del acto, desde la situación jurídica de derecho subjetivo, ha de violar el contenido de un principio jurídico fundamental del cual deriva su sentido la norma que se individualiza como facultad y como deber.<sup>86</sup>

Mediante el principio de la norma, al particular se le permite aquilatar en toda serie de actos jurídicos, la desviación que se haya podido operar entre una conducta individual y la *finalidad intrínseca, objetiva y permanente* a que responde la institución, que es a la que debió acomodarse dicha conducta de haberse ejercido, auténticamente, según derecho.

Convendría, pues, a semejanza del Código suizo, introducir en nuestra legislación positiva un precepto jurídico entre los principios fundamentales del ordenamiento, que sancionase de un modo expreso, todos aquellos actos que respondiendo aparentemente al ejercicio de un derecho, sin embargo, perturban el Orden público al chocar con prerrogativas ajenas, por violar intrínsecamente el espíritu de la norma.

En nuestra opinión, debía insertarse como párrafo 3º del artículo 4º de nuestro Código civil, por referirse al ejercicio de los derechos. Podría decir así: "También el ejercicio de un derecho, cuando su titular

---

jurídicas del "populus sociatus" frente a la pública administración. O, acaso aún mejor, se podría sostener que la tutela de estos intereses individuales no es sino un reflejo de aquella tutela del Derecho objetivo, que constituye, a su vez, el máximo interés colectivo del *populus sociatus*. (Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, "Cedam", 1953, pp. 266-267.)

85 Ripert, *op. cit.*, 1949, p. 182.

86 Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, p. 591.

faltando al principio de buena fe, infrinja intereses o derechos ajenos o el Orden público, obliga a indemnizar al perjudicado”.

De este modo nuestra concepción de los “actos antinormativos” quedaría perfilada, ya que en la definición propuesta se recogen los dos elementos que la integran —buena fe y daño—, y el ámbito de su aplicación —terceros y Orden público.

La autonomía de nuestra teoría ya no puede discutirse, pues queda patente la diferenciación entre el derecho y el Derecho o norma.

Por otra parte, se consigue por este medio establecer una clara independencia del principio de la responsabilidad que recoge el art. 1902, al exigirse en la prueba demostrar la falta de buena fe o ausencia de motivo legítimo por parte de quien ejerce el derecho, relegando el daño a efecto provocado por la tergiversada actuación del titular.

Tampoco es menester que se dé necesariamente un conflicto de intereses o de derechos, en cuanto puede surgir la acción por infringirse el Orden público, principio que, como decíamos, abarca la moral y las buenas costumbres, no siendo preciso en este caso que haya un tercero inmediatamente perjudicado, pues puede serlo la comunidad y sólo mediatamente aquél, o incluso no existir este último, haciendo factible así obligar a indemnizar a quienes con sus actos, aparentemente legales, causan perjuicios —morales o materiales— a la Sociedad como entidad.

Por último, hemos desterrado de nuestra concepción la terminología ambigua y equivocada de la teoría del abuso, empleando términos adecuados a los principios que inspiran nuestra legislación.<sup>87</sup>

Empero, tratando de concretar más aún nuestra concepción de los “Actos antinormativos”, hacemos observar que ya SÁNCHEZ ROMÁN, CHARRÍN y ALDECOA en el artículo 249 del Anteproyecto de Código civil establecieron: “El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones debe ajustarse a las reglas generales de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho o el propósito visible de burlar el cumplimiento íntegro de una obligación, no se representan lícitos y

---

<sup>87</sup> Alessandro Levi nos dice, que el abuso del derecho es el ejercicio de mala fe de un derecho subjetivo o de un poder jurídico. Así, en la mora del acreedor se puede advertir un supuesto típico del ejercicio de mala fe de un derecho subjetivo (o como también se le llama, con expresión impropia, de “abuso del derecho”), porque el acreedor —“sin motivo legítimo”— se niega a aceptar el cumplimiento de la prestación, valiéndose de un derecho subjetivo, esto es, de su posición crediticia, no por un “legítimo” interés, sino para procurar maliciosamente una desventaja a su deudor. (*Op. cit.*, pp. 448 y 374).

constituyen casos de responsabilidad de indemnizar, cualesquiera que sean los medios realizados, empleados o intentados para ello".<sup>88</sup>

Sin entrar en el examen de este precepto, que viene a recoger —como nosotros— la doctrina del Código suizo, creemos no obstante, es susceptible de mayor matización dicha doctrina mediante la aplicación de nuestra teoría de los "actos antinormativos".

Conforme a nuestra posición, el "ejercicio del derecho", ha de ser de acuerdo a la "idea de la norma", requiriéndose que la voluntad humana se adapte a la misma, como prueba evidente de que se ha actuado según el "motivo legítimo".

Habida cuenta de ello, la violación de la norma en el ejercicio de un derecho, supone siempre un deber de indemnización, luego el precepto que nosotros proponemos añadir como párrafo 8º del art. 4º del Código civil, podría quedar redactado definitivamente de la siguiente manera:

"Quien en el ejercicio de su derecho desvirtúe, sin un motivo legítimo o faltando al principio de buena fe, la finalidad económica y social de la institución jurídica de que dimana su facultad subjetiva, deberá indemnizar al perjudicado, ya sea éste un particular o la misma comunidad".

Estimando esta mayor concreción del precepto, incorporamos a dicho artículo los ingredientes económico y social que deben inspirar y servir de idea directriz a todas las instituciones de nuestro Derecho positivo, dando paso de esta guisa a los principios sociales que influyendo tan acusadamente en nuestro ordenamiento jurídico, acabarán produciendo la metamorfosis de nuestras figuras de derecho, necesitadas de ser imbuídas de una mayor subordinación al principio del bien común.

Creemos también que, conforme a nuestra propugnada reforma, se avanza hacia una mayor matización técnico-jurídica, pues superamos la fórmula de los Códigos alemán, suizo y otros, que parten del principio de la "buena fe". Consideramos necesario recoger junto a ésta la denominación de "motivo legítimo", por cuanto a veces bien pudiera suceder que quien abusa en el ejercicio de su derecho lo estuviera infringiendo sin por ello incurrir en mala fe, con lo cual escaparía injustamente a la aplicación de esta norma de derecho.

Por último, la consagración de esta fórmula jurídica en nuestro Código civil, servirá para facilitar un más amplio arbitrio judicial tan conveniente para evitar el anquilosamiento de los preceptos jurídicos,

---

<sup>88</sup> Castán, *Hacia un nuevo Derecho civil*, 1933, II, 95.

pudiéndolos así acoplar a las nuevas necesidades sociales que puedan ir surgiendo en la vida, máxime teniendo en cuenta, que el tribunal habrá de apreciar, al aplicar dicha norma, la existencia de dos elementos:

1º La ausencia de un motivo legítimo o de la buena fe por parte del titular del derecho (elemento interno).

2º La existencia de un daño a tercera persona, producido por el ejercicio abusivo de un derecho individual (elemento externo).

¿Cómo se aprecia este ejercicio abusivo? Ya lo decimos: porque el derecho se actúa en disconformidad con el destino económico y social para que nos ha sido otorgado por el ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto se ejercita desvirtuando el espíritu de la institución de que nos dimana dicha facultad subjetiva.

Aceptando nuestra concepción, tendríamos como resultados las siguientes ventajas:

1ª Que al quedar dicho precepto incluido entre los principios fundamentales de nuestro Código civil, su aplicación se proyectaría sobre todo el articulado del mismo desde la posición encumbrada que supone su "Título preliminar".

2ª Por lo que hace concretamente a nuestro sistema vigente de Derecho civil, tal inclusión llevaría también consigo la ventaja inherente al mencionado "Título preliminar", es a saber, la de ser aplicable a todo el territorio nacional (art. 12-1), y no solamente a las regiones sujetas al llamado Derecho común.

3ª Que de esta manera, en un solo y claro precepto quedaban recogidos, unificados y perfilados los dos principios de derecho que en la actualidad se consagran en artículos diferentes y hasta distanciados: el principio de buena fe (art. 1258) y el principio de indemnización de daños, en la esfera extracontractual (art. 1902).

4ª Que el sólo y claro precepto a que se alude en la conclusión anterior, podría concretarse como un tercer párrafo que añadir al art. 4º, párrafo que comprendería simultáneamente los dos elementos, el interno (motivo legítimo o buena fe) y el externo (daño).

5ª En fin, que a la hora de la prueba deberán ser exigidos tanto la ausencia de motivo legítimo o de buena fe, como la existencia de daño.