

ARTURO MUÑOZ ARANGUREN

**LA LITIGACIÓN ABUSIVA:
DELIMITACIÓN, ANÁLISIS
Y REMEDIOS**

Prólogo de
Fernando Gascón Inchausti

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS JURÍDICAS	9
PRÓLOGO	11
PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO I. CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL	23
1. CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO: DOS PRECISIONES PRE- LIMINARES	23
2. EL ABUSO DEL DERECHO	25
2.1. Origen histórico	25
2.2. La reforma del título preliminar del Código Civil	28
3. EL ABUSO DEL PROCESO O DEL DERECHO A LITIGAR	31
3.1. Consideraciones previas	31
3.2. La extralimitación del derecho a litigar	34
3.3. Un intento de definición de la litigación abusiva	35
4. LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRU- DENCIA ESPAÑOLAS	41
4.1. Un recorrido por la doctrina	41
4.2. Un examen de la evolución de la jurisprudencia	46
4.2.1. La doctrina jurisprudencial previa a la reforma del título preliminar del Código Civil	46

	Pág.
4.2.2. La jurisprudencia posterior a la reforma del Código Civil...	47
4.2.3. El reconocimiento jurisprudencial del abuso del proceso como concepto jurídico autónomo	49
4.2.4. Conclusiones	58
5. FENOMENOLOGÍA DE LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA JURISPRUDENCIA	61
5.1. Acciones de tutela sumaria ejercitadas de manera infundada para obtener la suspensión de una obra nueva (antiguo interdicto de obra nueva)	62
5.2. La acción judicial planteada a espaldas del demandado. El caso de la maquinación fraudulenta	64
5.3. Oposición infundada a la demanda	64
5.4. La interposición de demanda con el propósito de obtener la suspensión del proceso civil que va a iniciar —o ya ha iniciado— quien sí se encuentra asistido de justa causa para litigar	65
5.5. Las denominadas demandas «torpedo»	67
5.6. Reclamación de los daños y perjuicios provocados por la adopción de una medida cautelar en un proceso precedente	76
5.7. Daños producidos por una solicitud infundada de quiebra	77
5.8. Ejercicio de la acción ejecutiva de manera abusiva	81
5.9. El abuso del proceso que se materializa a través del incumplimiento de un pacto procesal	84
5.10. La interposición abusiva de recursos devolutivos	85
5.11. La incoación de un proceso civil para burlar el instituto de la cosa juzgada material	87
5.12. La concertación fraudulenta	91
5.13. La litigación «colectiva» abusiva	95
 CAPÍTULO II. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES	 101
1. INTRODUCCIÓN	101
2. LA BUENA (Y MALA) FE PROCESAL	103
2.1. El concepto de buena fe procesal	103
2.2. El elemento intencional	112
2.3. Las diferentes consecuencias del abuso del proceso y de la mala fe procesal	115
2.4. La interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo del art. 247.3 LEC en relación con el abuso del proceso	117
2.5. El régimen de imposición de costas	127
3. LA TEMERIDAD	128
4. EL FRAUDE DE LEY	131
5. EXCURSO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA FALTA DE INTERÉS LEGÍTIMO Y LA AUSENCIA DE <i>IUSTA CAUSA LITIGANDI</i> ...	137
5.1. Falta de interés legítimo y abuso del proceso	137
5.2. La carencia sobrevenida del interés y la prosecución abusiva de la litis	140

	Pág.
CAPÍTULO III. LOS REMEDIOS INDEMNIZATORIOS, DISTINTOS DE LA CONDENA EN COSTAS, PREVISTOS PARA EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PROCESALES	143
1. INTRODUCCIÓN	143
2. DAÑOS PROVOCADOS POR ACTUACIONES PRE-PROCESALES ..	144
2.1. Diligencias preliminares.....	144
2.1.1. El criterio de fijación de la responsabilidad por los daños procesales irrogados.....	144
2.1.2. El cauce para pedir la indemnización por los daños causados	146
2.1.3. El alcance de la condena en costas	147
2.1.4. La función y el destino de la caución	149
2.2. Acceso a fuentes de prueba en materia de acciones de daños derivados de infracciones sobre defensa de la competencia	151
2.3. Anticipación y aseguramiento de la prueba	152
2.3.1. Anticipación de la prueba	152
2.3.2. Aseguramiento de la prueba	152
3. SOLICITUD INFUNDADA DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO POR LA EXISTENCIA DE UNA SUPUESTA PREJUDICIALIDAD PENAL	154
4. LA INDUCCIÓN INDEBIDA AL ÓRGANO JUDICIAL AL DESPACHO DE EJECUCIÓN CON RESPECTO A PERSONAS O BIENES EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN EL TÍTULO EJECUTIVO O LA LEY	155
5. DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN CASO DE REVOCACIÓN DE CONDENAS DINERARIAS.....	157
6. DAÑOS DERIVADOS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.....	161
6.1. Supuestos	162
6.2. La justificación de la instauración del criterio legal de responsabilidad objetiva, con carácter general, en sede de medidas cautelares	164
6.3. ¿Es posible reclamar los daños y perjuicios derivados de la adopción de medidas cautelares, que posteriormente son alzadas, a través de un proceso declarativo ulterior?	167
7. CONCLUSIONES.....	169
8. LOS REMEDIOS INDEMNIZATORIOS PREVISTOS CONTRA LA LITIGACIÓN ABUSIVA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL	171

	Pág.
CAPÍTULO IV. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL ABUSO DEL PROCESO	181
1. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL ABUSO DEL PROCESO.....	181
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN. LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD COMO LÍMITES A LA ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR	185
3. SISTEMAS PREVENTIVOS VS. SISTEMAS REACCIONALES	188
4. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	190
5. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL PROCESO CIVIL	196
5.1. Impuestos	196
5.2. Tasas judiciales.....	197
5.3. Fianzas y consignaciones	201
5.4. Condena en costas	204
5.5. Multas.....	206
6. LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL ABUSO DEL PROCESO CIVIL Y SU EVENTUAL COLISIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	207
7. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.....	210
7.1. El principio de proporcionalidad.....	210
7.1.1. Aplicación del juicio de adecuación.....	212
7.1.2. Aplicación del juicio de necesidad	213
7.1.3. Aplicación del juicio de principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	214
7.2. El principio de razonabilidad	216
8. LOS DERECHOS AFECTADOS POR LA LITIGACIÓN ABUSIVA....	217
8.1. ¿Existe en nuestro Derecho privado la obligación general de no dañar a terceros?.....	217
8.2. La prohibición del abuso del Derecho: su rango normativo	219
8.3. El rango constitucional del Derecho de daños	221
9. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD.....	224
10. CONCLUSIONES	226
 CAPÍTULO V. EL ABUSO DEL PROCESO CIVIL EN OTROS ORDENAMIENTOS	 229
1. INTRODUCCIÓN	229
2. DERECHO CONTINENTAL.....	231

	Pág.
2.1. El Derecho italiano.....	231
2.2. El Derecho francés.....	235
2.3. Derecho portugués.....	238
2.4. Derecho alemán.....	239
3. HISPANOAMÉRICA.....	242
3.1. Argentina.....	242
3.2. Perú.....	243
3.3. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.....	244
4. LOS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i>	245
4.1. El Derecho inglés.....	245
4.1.1. Introducción.....	245
4.1.2. Remedios.....	246
4.2. Derecho norteamericano.....	262
4.2.1. Introducción.....	262
4.2.2. Remedios.....	265
5. ALGUNAS CONCLUSIONES DEL EXAMEN DEL DERECHO COMPARADO.....	273

CAPÍTULO VI. EL ABUSO DEL PROCESO EN JURISDICCIONES DISTINTAS A LA CIVIL..... 283

1. EL ABUSO DEL PROCESO SOCIAL.....	283
1.1. La regulación legal.....	283
1.2. El diferente ámbito de aplicación de los arts. 75 y 97 LRJS.....	284
1.3. Los criterios de imposición de las sanciones previstas en la LRJS.....	288
1.4. ¿Cabe la inadmisión <i>a radice</i> de la demanda en razón de su abusividad?.....	291
1.5. La indemnización de daños prevista en el art. 75.3 LRJS.....	293
1.6. Otras medidas incorporadas a la LRJS para prevenir el abuso del proceso social.....	296
2. EL ABUSO DEL PROCESO PENAL.....	300
2.1. El principio de buena fe en el proceso penal.....	300
2.2. Actuaciones abusivas de la acusación.....	303
2.2.1. La querella «coactiva».....	303
2.2.2. Las querellas «preparatorias» y las prospectivas.....	305
2.2.3. La querella «dilatatoria».....	306
2.2.4. La querella «dilatatoria» y el proceso arbitral.....	308
2.2.5. La acusación abusiva tendente a impedir el beneficio de la reducción de la pena para el encausado, por conformidad, en los juicios rápidos.....	313
2.2.6. La interposición de una querella para intentar «revivir» acciones de responsabilidad civil extracontractual prescritas.....	314
2.3. Los remedios contra el abuso del proceso penal.....	315

	Pág.
2.3.1. Las costas.....	315
2.3.2. La multa por contravenir la buena fe procesal	316
2.3.3. La exigencia de fianza	316
2.3.4. La inadmisión a trámite de la querrela y de la denuncia.....	317
2.3.5. La acción civil de resarcimiento de daños procesales	322
3. EL ABUSO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO...	324
3.1. El objeto del proceso contencioso-administrativo y su influencia en su potencial uso abusivo	324
3.2. El eventual ejercicio abusivo de la acción pública.....	327
3.3. Los remedios contra el abuso del proceso contencioso-administrativo.....	333
CAPÍTULO VII. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA LITIGACIÓN ABUSIVA	337
1. INTRODUCCIÓN	337
2. LEGITIMACIÓN	338
2.1. Legitimación activa	338
2.2. Legitimación pasiva.....	338
3. LA INFLUENCIA DEL PROCESO PRECEDENTE EN EL POSTERIOR EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DAÑOS	348
3.1. ¿Es preciso que el primer proceso termine de manera favorable para el ahora actor?	348
3.2. La influencia de la declaración judicial de temeridad a efectos de imposición de las costas en el proceso utilizado de forma desviada	349
4. FUNDAMENTACIÓN SUSTANTIVA DE LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PROCESALES	354
4.1. Introducción	354
4.2. El art. 7.2 CC.....	355
4.2.1. La relación entre el abuso del Derecho y la responsabilidad civil extracontractual del art. 1.902 CC	355
4.2.2. Requisitos para la estimación de la acción	361
4.3. La responsabilidad civil extracontractual del art. 1.902 CC	369
4.3.1. La acción u omisión objetivamente imputable al agente	369
4.3.2. Nexo causal. Criterios de imputación objetiva	375
5. EL DAÑO	379
5.1. Alcance de los daños indemnizables.....	379
5.2. Las costas del primer proceso	383
6. CUESTIONES PROCESALES.....	385
6.1. Competencia y jurisdicción.....	385
6.2. Procedimiento	386

	Pág.
6.3. Formas usuales de acreditación de la ausencia de razón derecha para litigar	387
6.4. Recursos contra la sentencia del juzgado	388
6.4.1. Recurso de apelación	388
6.4.2. Recursos extraordinarios	389
BIBLIOGRAFÍA	395

PRÓLOGO

Existe una tendencia de origen angloamericano a titular los libros y los artículos usando expresiones llamativas, ambiguas, provocadoras, con evocaciones literarias o con recursos equivalentes, todo ello con el propósito de darle un valor singular y añadido al propio nombre de la obra. No es esto lo que sucede con el trabajo que el lector tiene entre sus manos, para el que su autor ha preferido dejar bien claro y bien sentado, desde el principio, cuál ha sido el objeto de su estudio y qué es lo que se va a encontrar quien lo lea: un trabajo de primer nivel acerca de la litigación abusiva, presentada como fenómeno patológico, y en relación con la cual se nos propone un método fiable de diagnóstico —«delimitación y análisis»— y, por supuesto, un catálogo de posibles tratamientos —o «remedios»—.

En los tiempos actuales, de notable vulgarización de los términos jurídicos, la etiqueta de «abusiva» es de las peores que pueden acompañar a un sustantivo y parece como si bastara con aplicarla para transmitir sin más esa cualidad al objeto así calificado: es como si un acto, una conducta, una situación debieran ser tenidas automáticamente por abusivas por el simple hecho de que alguien les atribuyera esa condición. En el caso de los procesos judiciales, además, llevamos años asistiendo al fenómeno consistente en imputar a nuestra sociedad una supuesta tendencia a abusar de la administración de justicia, algo así como una querulancia innata a la que, en tiempos de austeridad, resulta preciso poner freno (v. gr., mediante tasas judiciales) y que, de algún modo, sirve también de pretexto para no dotar de recursos suficientes a la administración de justicia (al fin y al cabo, los recursos adicionales acabarían siendo absorbidos por esa supuesta tendencia abusiva a litigar, contra la que debe reaccionarse). Frente al eslogan fácil y grueso, no hay mejor antídoto que el análisis serio y riguroso. De ahí la oportunidad de presentar, justamente en este momento, un trabajo que aborde con finura y precisión qué es realmente la litigación abusiva y cuáles han de ser, en consecuencia, los remedios frente a ella.

Al ocuparse de este tema, Arturo Muñoz se ha enfrentado a uno de los problemas nucleares de todo ordenamiento jurídico, el de los límites entre el uso y

el abuso de las facultades conferidas a los sujetos de derecho. Este problema, salvo contadas —pero valiosísimas— excepciones se había abordado primordialmente desde una perspectiva jurídico-privada y sustantiva. Trasladar esta construcción al ámbito del proceso y, en gran medida, reformularla a partir del prisma del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es, sin duda, uno de los grandes valores de este libro —el lector, sin duda, disfrutará singularmente con las páginas dedicadas a desentrañar la paradójica relación entre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la responsabilidad civil por el abuso del proceso—.

Para hacerlo, el autor no ha escatimado esfuerzos. Ha elaborado un análisis jurisprudencial exhaustivo y minucioso, con el valor añadido de los acuerdos gubernativos emanados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en aplicación del art. 247.3 LEC en relación con el abuso del proceso —no publicados hasta la fecha—. Nos ofrece, con ello, una suerte de «crónica» de los litigios abusivos en nuestro país, a partir de la cual ha podido extraer las nociones básicas de la litigación abusiva, para distinguirla de instituciones vecinas. Asumiendo que la litigación abusiva es un fenómeno común a todos los sistemas judiciales, el autor ha usado con solvencia y prudencia la metodología comparada, para mostrar cómo los enfoques pueden ser diversos, singularmente en los ordenamientos pertenecientes a la familia de la common law. El retrato de la litigación abusiva, de hecho, no se limita al proceso civil, sino que se aborda de modo igualmente riguroso el abuso del proceso en los restantes ámbitos de nuestra jurisdicción ordinaria (penal, administrativo y social).

Lo anterior permite al autor sentar con seguridad las bases para determinar que nos hallamos ante un litigio abusivo cuando falta iusta causa litigandi o probable cause: se trata, por supuesto, de nociones que solo pueden integrarse en cada caso concreto, a la luz de las circunstancias concurrentes; pero, son de gran utilidad, porque sirven para centrar con claridad los parámetros relevantes de la abusividad.

A partir de aquí, los remedios. De un lado, los «intraprocesales»; pero, sobre todo, la acción civil de reclamación de los daños causados por la litigación abusiva, cuyo estudio exhaustivo constituye otra valiosa aportación, singularmente por su decidida defensa de la tesis que sitúa su fundamento en el art. 7.2 del Código Civil, y no en las reglas generales de los arts. 1.902 y ss.

La materia, como puede verse, reviste un indudable interés académico, pues nos coloca ante problemas fundamentales de la teoría general del Derecho —y no solo del Derecho procesal— y nos obliga a abordarlos con los máximos niveles de sofisticación; pero, sobre todo, tiene una gran vocación práctica, que es el distintivo de todo buen trabajo jurídico, porque los problemas se analizan desde la realidad cotidiana de su existencia y con el objetivo de permitir ofrecer soluciones que sirvan de verdad para reaccionar de forma eficaz contra ellos.

Un trabajo de esta enjundia y calidad solo podía ser el resultado de una excelente tesis doctoral, que tuve la suerte de dirigir junto con la profesora Alicia Bernardo San José, y que mereció la máxima calificación tras su defensa en septiembre de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid ante un tribunal presidido por el profesor Dr. Mariano Yzquierdo

Tolsada e integrado, junto a él, por los profesores Dres. Isabel Tapia Fernández, Ignacio Díez-Picazo Giménez, Joan Picó i Junoy y Enrique Vallines García, cuyo tiempo y dedicación a la valoración del trabajo quiero agradecer de nuevo. Que un libro tenga su origen en una investigación doctoral no le priva de valor, ni significa que se trate de una suerte de mamotreto teórico carente de utilidad para el lector y, por consiguiente, de interés comercial para quien lo edita. La calidad de un trabajo la define su contenido, lo que con él aporta el autor y el modo en que lo sustenta y ha llegado a construirlo. Que un libro como este se haya fraguado en el marco de una buena investigación doctoral significa que es el fruto de años de estudio, de reflexión, de revisión y de supervisión, que permiten presentar con solvencia a la comunidad unos resultados sólidos y fiables: un trabajo, en suma, de cuyo origen es preciso enorgullecerse.

El término «clásico», según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia, presenta hasta diez acepciones, de entre las que ahora conviene fijarse en dos, la tercera y la cuarta. La tercera, sin duda, es contundente: «Dicho de un autor o de una obra: que se tiene por modelo digno de imitación en cualquier arte o ciencia». Y una carga valorativa equivalente se deduce de la cuarta: «Pertenciente o relativo al momento histórico de una ciencia en el que se establecen teorías y modelos que son la base de su desarrollo posterior». Pues bien, desde cualquiera de estas dos acepciones, puede decirse que el libro que el lector tiene en sus manos es un clásico o, si se prefiere algo más de modestia o de prudencia en la expresión, está llamado a convertirse en un clásico. Es modelo de cómo debe realizarse una investigación jurídica de largo recorrido y es, sin duda, la base para desarrollos posteriores, no solo teóricos, sino también prácticos.

Son ya bastantes los años de trabajo conjunto y de amistad que nos unen, a Alicia Bernardo y a mí mismo, con Arturo Muñoz. Años de conversación jurídica —no solo sobre la litigación abusiva— que ha servido para el aprendizaje mutuo. Años de trabajo y sacrificio personal para sacar adelante la investigación, robándole horas, sobre todo, a su familia. Pero precisamente por ello, es enorme también la felicidad que Alicia y yo sentimos ante la publicación del libro, pues estamos convencidos de que la comunidad jurídica se verá beneficiada de todo lo que aporta.

En Madrid, a 7 de marzo de 2018

Fernando GASCÓN INCHAUSTI
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS

El antecedente de la obra que el lector tiene en sus manos es la tesis doctoral que defendí en la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el 19 de septiembre de 2017. Se ha convertido en una fatigada cláusula de estilo agradecer a los miembros del tribunal sus observaciones, y no me gustaría que mi agradecimiento se leyera como un mero gesto de cortesía académica. Como pudieron comprobar los asistentes, se produjo un intenso —y largo— debate sobre (casi) todas las aristas que presenta el intrincado problema del abuso del proceso, por lo que es de justicia que reconozca aquí las sugerencias, críticas y comentarios de los profesores Yzquierdo Tolsada —quien presidió la comisión evaluadora—, Tapia Fernández, Díez-Picazo Giménez, Picó i Junoy y Vallines García. He procurado incorporar a este libro muchas de sus valiosas aportaciones y de justificar más detenidamente —en las pocas ocasiones en que así ha sido— el porqué de determinadas discrepancias puntuales.

Debo confesar que el fenómeno de la litigación abusiva siempre me suscitó un especial interés. Desde que tengo uso de razón he sido un apasionado de las paradojas lógicas (aunque intuyo vagamente que esa pasión no es correspondida) y el abuso del proceso, en buena medida, lo es. Nos encontramos con que el ejercicio de un derecho subjetivo —además, de rango supra-legal—, puede, en casos excepcionales, reputarse ilegítimo, lo que, *prima facie*, parece pugnar con la idea misma de derecho subjetivo, entendido como el haz de facultades permisibles reconocido por el ordenamiento jurídico a su titular. Un escenario que entronca con la noción de paradoja, ya sea entendida como un principio formal que implica una contradicción o, en el sentido amplio, entendida como un principio formal que conlleva una consecuencia contra-intuitiva¹.

Dejó escrito Léon Blum, quien fuera varias veces primer ministro de la República Francesa y, menos conocido, un extraordinario jurista, que «siempre

¹ Txetxu Ausín, *Entre la lógica y el Derecho. Paradojas y conflictos normativos*, Madrid, Plaza y Valdés, 2005, p. 60.

tiene un coste limitar nuestro aprendizaje de la vida a los libros, y solo a los libros»². He intentado evitar ese riesgo a toda costa —aun cuando, como supo ver con agudeza Kant, la teoría y la práctica no están, en realidad, tan disociadas como a menudo suele afirmarse—³, por lo que este libro es fruto, tanto de incontables horas de estudio puramente teórico, como del análisis exhaustivo, durante varios años, de cientos de resoluciones judiciales —tanto españolas como extranjeras— que resolvían casos reales relacionados, en mayor o menor medida, con la litigación abusiva. También lo es de mi propia experiencia profesional como abogado procesalista desde hace ya más de dos décadas.

Mi interés por el uso desviado del proceso no cesó tras la defensa de la memoria doctoral, por lo que he incorporado a este libro nuevas ideas y referencias (y reformulado alguna de mis posturas iniciales). Este libro no es, por tanto, una memoria doctoral «publicada», sino el reflejo de la evolución última de mis reflexiones personales sobre este asunto que, como saben bien los que me conocen, tenía visos de no acabar nunca. Pero, igualmente, por fortuna para mis allegados, con el paso de los años cada vez retumbaba con más fuerza en mi cabeza el verso de Gil de Biedma, apremiándome finalizar, de una vez por todas, esta investigación: el «placer del pensamiento abstracto —decía el poeta— es reino de juventud». Y yo hace tiempo que dejé de ser joven.

Naturalmente, advierto a quien se asome a estas páginas de que no hallará respuestas definitivas sobre una discusión —los límites internos al ejercicio de los derechos subjetivos— que ha aflorado desde los albores de la civilización occidental. La tensión entre las «leyes no escritas de los dioses» que opone Antígona y el inicio de Creonte da cuenta de ello⁴. Pero sí encontrará el lector un intento de desbrozar conceptualmente un ilícito atípico cuya manifestación en el seno del proceso apenas ha sido estudiada por la doctrina española. A mi juicio, la utilidad práctica del Derecho ha conducido, en muchas áreas, a su insuficiente teorización (a despecho del lugar común que apunta en un sentido contrario). Por decirlo nuevamente con Kant: «Cuando la teoría sirve de poco para la práctica, esto no se debe achacar a la teoría, sino precisamente al hecho de que no hay bastante teoría, de modo que el hombre hubiera debido aprender de la experiencia la teoría que le falta»⁵. Por ello, he acudido no solo a las tradicionales herramientas de la dogmática jurídica, sino también a las enseñanzas de otras ciencias sociales y, particularmente, del análisis económico del Derecho. Además, he intentado sistematizar la variada tipología de este fenómeno acudiendo, tanto como me ha sido posible, a datos empíricos.

Por lo demás, como se verá, la aplicación práctica de la noción de abuso del proceso suscita exactamente los mismos problemas que cualquier otro concepto

² *Stendhal et Le Beylisme*, Paris, Librairie Paul Ollendorff, 1914, p. 25.

³ «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis» (1793). «En torno al tópico “tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica”» (trad. M. Francisco Pérez López, Juan Miguel Palacios y Roberto Rodríguez Aramayo), *Teoría y Práctica*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1993.

⁴ Gustavo ZAGREBELSKY ha analizado con particular agudeza el debate jurídico que anida en la tragedia de SÓFOCLES, «La Ley, el Derecho y la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 2004, pp. 11-24.

⁵ *Op. cit.*, p. 4.

jurídico indeterminado. Surgen ahí, en expresión de John Rawls, las inevitables «cargas del juicio» (*burdens of judgment*): lastres o insuficiencias del análisis que llevan en la praxis, en el mundo de los hechos sensibles, al disenso a ciudadanos razonables; y ello aunque esos sujetos estuvieran plenamente conformes con la idea, en abstracto, de la que parten⁶.

Quiero agradecer muy especialmente a los profesores Gascón Inchausti y Bernardo San José (que dirigieron aquella memoria doctoral) su estímulo —intelectual y personal— permanente a lo largo de todos los años de gestación de este libro y las numerosas horas que dedicaron a debatir conmigo cada una de sus líneas. Estaré siempre en deuda con ellos y echaré de menos —ya lo hago— esas periódicas conversaciones jurídicas al mediodía. También quiero dejar constancia de la generosidad y amabilidad del claustro del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense, incluido el malogrado profesor Martín Brañas —que falleció poco antes de que estas páginas fueran dadas a la imprenta—, al que casi no me dio tiempo a conocer, pero del que tanto me acuerdo, por azares del destino, al consultar casi a diario su magnífica monografía sobre el control de legalidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Muestro mi gratitud, de igual forma, al Excmo. Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sr. Marín Castán, y a José María Blanco Saralegui, magistrado coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Área Civil), por la ayuda brindada en la localización de los acuerdos gubernativos de la Sala de lo Civil. Dejo constancia también de la generosidad de Ramón C. Pelayo Abogados.

Finalmente, quiero dar las gracias a mi mujer por los sacrificios que, silenciosamente y sin queja alguna, ha realizado en los últimos años para permitirme invertir tanto tiempo en la redacción de este libro.

⁶ *El Liberalismo político*, trad. Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 2006, pp. 85-89.

INTRODUCCIÓN

La litigación abusiva no ha recibido hasta el momento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia españolas la atención que se merece. A pesar de ser un fenómeno relativamente frecuente en la práctica forense¹, no hay en España ningún estudio sistemático sobre esta patología, y tampoco un análisis detallado de los remedios civiles al alcance del litigante perjudicado por dicha conducta procesal.

Interesa precisar que el presente trabajo no versa esencialmente sobre los daños indemnizables que el legislador ha previsto de forma específica en diversas normas procesales, desde la imposición de las costas, hasta el resarcimiento de los daños por determinadas actuaciones intra-procesales puntuales. Aquí se trata de la consideración del proceso, en sí mismo, en su integridad, como un acto susceptible de causar un daño que uno de los litigantes, al menos, en determinados supuestos excepcionales, no debe soportar. Unos daños que exceden del importe de las costas eventualmente impuestas a quien litiga de forma abusiva.

Las referencias legales antes aludidas sí nos ayudarán a comprender la necesidad de construir una teoría general de la figura de la litigación abusiva, así como a vislumbrar las razones que han impulsado al legislador, aunque sea de forma fragmentaria, a reconocer en determinados supuestos el carácter injusto del daño sufrido y la correlativa necesidad de que el perjudicado por una actua-

¹ Lo que no es extraño si se repara en que España «es uno de los países más litigiosos del mundo», Juan S. MORA-SANGUINETTI y Nuno GAROUPA, «Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010», *International Review of Law and Economics*, vol. 44, 2015, pp. 29-41. *Vid.* también Juan S. MORA-SANGUINETTI y Fernando GÓMEZ POMAR, «Males de la justicia: analizando los datos», *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, 1/2014, p. 6. En la misma línea, FRANCISCO GUTIÉRREZ LÓPEZ afirma que «en 2012 tanto la litigiosidad por habitante como por juez eran muy superiores a las medias europeas», *Gasto público y funcionamiento de la Justicia en España entre 2004 y 2013*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2015, p. 350. Aunque manejando también datos de la Consejo de Europa (CEPEJ), Santos PASTOR PRIETO alcanzó una conclusión más matizada, *Análisis Económico de la Justicia y reforma judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 655.

ción procesal iniciada «sin justa causa» sea indemnizado más allá de las costas procesales.

Hasta el momento, tan solo dos autores en nuestro país, y desde la perspectiva del Derecho civil, se han esforzado por definir sus contornos e intentar sistematizar su casuística². Sin duda, el punto de partida ha de situarse en la conferencia pronunciada por el profesor Díez-Picazo y Ponce de León el 28 de mayo de 1974 en el Colegio Notarial de Barcelona bajo el título «Los daños causados como consecuencia de las actuaciones judiciales»³. En este trabajo se deja constancia, hace ya más de cuarenta años, de la falta en el Derecho español de un estudio sistemático sobre los supuestos en los que un litigante que inicia un proceso de forma dolosa o negligente deba responder de los daños causados a la contraparte. El ensayo del profesor Díez-Picazo, a pesar de su brevedad, constituye una excelente introducción a este problema, y un elaborado intento de extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —y del Derecho comparado— los principios dogmáticos que deben guiar una eventual reclamación de daños fundada en la litigación abusiva.

Pasadas cuatro décadas desde que la citada conferencia fue impartida, el vacío doctrinal justamente apreciado por el profesor Díez-Picazo sigue existiendo⁴. Tan solo otro destacado civilista, Ricardo de Ángel Yágüez, ha tratado específicamente, en dos concisos artículos monográficos, esta cuestión⁵. También sobre la base de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo —que se ha pronunciado sobre reclamaciones de este tipo en más ocasiones de las que pudiera parecer— el profesor De Ángel Yágüez —desde una perspectiva

² En la doctrina procesalista española existe —hasta donde me alcanza— una pequeña excepción. Se trata de un brevísimo —pero sustancioso— comentario de sentencia a cargo de Ignacio Díez-Picazo GIMÉNEZ, «47. *Gaudio Barrera*, S. A. TS 1.ª S 4 de diciembre de 1996. Daños derivados de actuaciones judiciales: presentación negligente de interdicto de obra nueva», *Tribunales de Justicia*, núm. 5, 1997, pp. 583-586.

³ Su texto fue publicado en el t. III de los *Ensayos Jurídicos* de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, Civitas, 2011 (pp. 2810-2838).

⁴ Para ser más precisos, existen varios valiosos comentarios de jurisprudencia, escritos por civilistas hace ya algunos años, pero que se circunscriben al análisis de los daños provocados por una tipología muy concreta —y que presenta unas características muy particulares— de abuso del proceso civil: el ejercicio de la acción interdictal de obra nueva sin *iusta causa litigandi*. Cfr. Mariano YZQUIERDO TOLSA, «2 de febrero de 2001: Daños y perjuicios causados por la, pretendidamente abusiva, paralización de una obra a través de un interdicto de obra nueva. Interrupción de la prescripción», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 57, 2001, pp. 595-606; Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, «21 de marzo de 1996. Responsabilidad civil extracontractual. Daños causados con motivo de una actuación judicial. Suspensión de obra en el procedimiento de interdicto de obra nueva. Sentencia interdictal estimatoria y el efecto de cosa juzgada La conducta de los interdictantes. La antijuricidad de la acción interdictal», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 42, 1996, pp. 943-958; Jacinto GIL RODRÍGUEZ, «Interdicto de obra nueva. Condena en costas al interdictante. Responsabilidad civil. Abuso de derecho», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 5, 1984, pp. 1509-1524; y Eva CANO VILÁ, «Sentencia de 29 de diciembre de 2004: Interdicto de obra nueva. Abuso del Derecho. Responsabilidad civil», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 70, 2006, pp. 57-70.

⁵ «Reciente jurisprudencia en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles», *Diario La Ley*, 1986, t. 1, pp. 1115-1526, y «Una expresión de lo que no es buena fe: El ejercicio malicioso de acciones judiciales. Jurisprudencia española de las dos últimas décadas», *Revista Estudios de Deusto*, vol. 50, núm. 2, 2002. También se pueden encontrar referencias de este mismo autor sobre esta materia —aunque más fugaces— en *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 264 y ss.; y en Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, Bosch, 2000, t. 8, pp. 368 y ss.

eminentemente sustantiva— ha examinado el concepto de daño injusto provocado por quien promueve un proceso judicial sin *iusta causa litigandi*⁶.

El propósito de nuestro trabajo es analizar de forma sistemática el concepto de litigación abusiva desde la óptica, fundamentalmente, del Derecho procesal⁷. Pero como ya advirtiera Díez-Picazo en su obra pionera, nos encontramos ante una materia fronteriza, que abarca tanto el Derecho sustantivo como el adjetivo. Ello nos obligará, necesariamente, a no detenernos en exclusiva en los aspectos puramente procesales del problema, sino también a examinar la estructura y fundamento de la acción civil de resarcimiento de daños.

A mi juicio, el ejercicio de la indicada acción también debe ser analizado desde el prisma del Derecho constitucional, en la medida en que pudiera entenderse que el mismo interfiere, de alguna manera, en el derecho a la tutela judicial efectiva de quien inició un proceso civil, aunque fuera de forma maliciosa o temeraria.

Será obligado igualmente el examen —aunque sea sucinto— de los remedios, distintos a los puramente indemnizatorios, que contempla nuestro ordenamiento jurídico para frenar este tipo de conductas. Podremos así comprobar en qué medida colisionan con el citado derecho fundamental y si tales instrumentos son suficientes para impedir la utilización del proceso civil de forma abusiva.

El análisis de las soluciones adoptadas en el Derecho comparado también nos servirá para afinar nuestras tesis y examinar las tendencias más recientes tanto en el Derecho continental como, muy especialmente, en el *Common Law*, donde el fenómeno de la litigación abusiva ha sido objeto de un análisis exhaustivo desde hace mucho. En este último caso, se constata una progresiva evolución expansiva en el seno del Derecho angloamericano, en el sentido de flexibilizar los requisitos para que el litigante perjudicado pueda, mediante la reclamación indemnizatoria correspondiente, verse resarcido de los daños provocados por el ejercicio malicioso o sin «causa probable» —por utilizar la expresión anglosajona— de acciones civiles en su contra.

Por razones obvias, la profundización en el concepto de litigación abusiva requerirá un examen previo de figuras clásicas del Derecho procesal civil como la temeridad y, señaladamente, la buena fe procesal, a fin de identificar los supuestos en los que el proceso se aparta de su función natural para convertirse en un ilegítimo acto dañoso, así como para deslindar conceptualmente el abuso del proceso de esas figuras afines.

⁶ Existen —hasta donde yo sé— dos artículos doctrinales más que se han referido a esta cuestión, si bien con menor profundidad que los trabajos de Díez-Picazo y De Ángel: «Responsabilidad extracontractual por actuación judicial negligente», de Joaquim Martí Martí, publicado en la *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 35, 2010, pp. 39-50; y «Resarcimiento de los daños causados por las actuaciones procesales», del magistrado Mariano Espinosa de Rueda y Jover, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 19, 1995, pp. 111-187.

⁷ Quizá el intento más ambicioso de abordar de forma integral el uso espurio del proceso en la doctrina procesalista española sea la tesis doctoral dirigida por el profesor Guasp, *Teoría del fraude en el proceso civil*, de José Lois Estévez, Porto, Santiago de Compostela, 1948. Pero se aborda la cuestión desde la perspectiva exclusiva del fraude de ley y no desde la del abuso del Derecho, por lo que ni su planteamiento, ni sus conclusiones, son coincidentes con el presente trabajo.

Finalmente, se analizarán también los rasgos más destacados de la acción de reclamación de los daños provocados por la previa litigación abusiva, así como los problemas procesales específicos que, por su especial objeto, pueden plantearse. En concreto, no debe perderse de vista que en el seno del procedimiento subsiguiente de reclamación de los daños provocados por la litigación abusiva se procederá a practicar lo que en el *Common Law* se conoce tradicionalmente como el «juicio dentro del juicio» (*void dire*). Si bien esta fórmula se utiliza —también por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo— usualmente en relación a las reclamaciones de responsabilidad civil profesional contra abogados y procuradores —con el fin de calibrar la probabilidad de éxito de la acción judicial que el abogado o procurador negligente frustró—, en nuestro caso su utilización tendrá un enfoque diferente: enjuiciar en el proceso ulterior si la acción judicial previa carecía o no de *iusta causa litigandi*.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

1. CONCEPTO DE ABUSO DEL PROCESO: DOS PRECISIONES PRELIMINARES

La litigación abusiva presupone, etimológicamente, la existencia de un abuso¹. Ese sustantivo evoca por sí solo un obrar contrario a la Justicia: abuso es, en efecto, «acción y efecto de abusar»; y abusar, en la primera y más general de sus acepciones según la Real Academia Española, significa «usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o alguien». Se trata, en nuestro caso, del abuso del proceso en sí mismo considerado por parte de un litigante, y no de simples actuaciones abusivas dentro de un proceso que, como tal, no se haya iniciado sin *ius-ta causa litigandi* o *probable cause*². Mientras que el primero concurre cuando se utiliza el proceso contra sus propios fines o para obtener fines ilegítimos, el abuso *dentro* del proceso implica una desnaturalización de las herramientas procesales³.

Hemos entendido más adecuado emplear la locución «litigación abusiva» en vez de, por ejemplo, «maliciosa», pues la primera comprende, tanto los su-

¹ En Roma, la expresión «*abusus*» (*ab usus*) denominaba el uso «radical, extremado y absorbente» de un derecho subjetivo (José Manuel MARTÍN BERNAL, *El abuso del Derecho*, Madrid, Montecorvo, 1982, p. 24). Pero, en su acepción jurídica más técnica, en el Derecho romano tenía una significación muy distinta a la actual: no quería decir «uso malo o condenable», sino «uso intenso» (cfr. Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 33, con cita a su vez de Giulio LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, Guilio, 1993).

² Se entiende que existe «*probable cause*» cuando la acción ejercitada es, desde un punto de vista objetivo —a los ojos de un tercero imparcial—, jurídicamente defendible, esto es, cuando existe un mínimo fundamento serio —fáctico o jurídico— que respalda su ejercicio —con independencia de su éxito—. *Soukup v. Law Offices of Herbert Hafif* 39 C.4th 260 (2006).

³ Mario MASCIORA, *La conducta procesal de las partes*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005.

puestos en los que el proceso civil es iniciado de forma dolosa con el ánimo de dañar a un tercero —sin la existencia de un fin legítimo—, como aquellos casos en los que el litigante ejercita una acción de forma objetivamente anormal, sin la concurrencia del elemento intencional característico de la primera tipología⁴. Lo decisivo es que, en ambos casos, el proceso se aparta de su función natural. Ese apartamiento del fin institucional del proceso civil —poner fin a una contienda de Derecho privado existente genuinamente— define, en negativo, a la litigación abusiva⁵.

Como es fácil advertir, quien promueve un proceso está no solo ejercitando una mera facultad que el ordenamiento jurídico otorga a toda persona capaz, sino haciendo uso de un derecho de rango constitucional: el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española. De lo que se sigue que la litigación abusiva supone una modalidad muy específica dentro de la categoría jurídica general del abuso del Derecho —pues se usa ilegítimamente un derecho de rango supra-legal—, cuyos contornos y fundamentos habremos de examinar, aunque sea de forma sucinta, como paso previo a la caracterización concreta de su modalidad procesal.

La segunda precisión que debemos hacer se refiere al alcance del presente trabajo. Sin perjuicio de que muchas de sus conclusiones podrían ser aplicadas a otro tipo de jurisdicciones —con las debidas matizaciones—, nos centraremos, fundamentalmente, en el abuso del proceso civil. Y ello porque, en primer lugar, el proceso civil no deja de ser el paradigma de los procedimientos de heterocomposición —de ahí que las normas de la LEC 1/2000 sean de aplicación supletoria al resto de leyes procesales de otras jurisdicciones (art. 4 LEC)— y el que ha dado lugar, históricamente, a una mayor cantidad de reclamaciones de daños con fundamento en un uso espurio previo del proceso. Además, el hecho de que, más que en ninguna otra jurisdicción, en la civil rija el principio dispositivo en toda su intensidad —lo que permite imputar objetivamente con mayor facilidad sus consecuencias al litigante responsable— y estén en juego intereses exclusivamente privados, hace que sea este proceso, en principio, el más susceptible de ser utilizado de forma ilegítima⁶.

Finalmente, la limitación del análisis del fenómeno de la litigación abusiva al campo del Derecho procesal civil obedece también a razones metodológicas. Las especialidades de los procesos penales, contencioso-administrativos o la-

⁴ Como luego veremos, aunque sea un supuesto menos frecuente, el abuso del proceso también puede ser cometido por el demandado.

⁵ En cuanto a la denominación de la persona, física o jurídica, que abusa del proceso, hemos preferido otorgar prevalencia al término «abutente». La respuesta dada por la Real Academia Española con fecha 23 de junio de 2015 a la consulta efectuada sobre este particular fue la siguiente: «Según hemos podido comprobar en los textos, no suele emplearse un nombre específico y se alude normalmente a quien hace uso abusivo de un derecho con una expresión pluriverbal. No obstante, se documentan ejemplos de (*sujeto*) *abusador*, *abusante* y *abutente* (recuperando la raíz latina)».

⁶ Junto, quizá, con el proceso penal, que en España suele ser especialmente atractivo para el litigante abusivo por dos razones: primero, por el plus coactivo que supone para el querrellado la existencia de una acción penal en su contra —con eventuales repercusiones que exceden del ámbito patrimonial—; y, en segundo lugar, por la poca frecuencia con que los órganos judiciales, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil, proceden a la imposición de las costas cuando se archiva un proceso penal iniciado de forma temeraria.

borales exigirían un desarrollo particularizado que nos apartaría en exceso del núcleo de nuestro trabajo. No obstante lo anterior, sí que haremos una referencia a la regulación del abuso del proceso en el resto de jurisdicciones, dado que ello nos permitiría obtener una visión de conjunto de esta patología procesal, y extraer algunas conclusiones que serán valiosas para el tema central de nuestro estudio.

Lo ya manifestado en relación al alcance del presente trabajo no debe llevar a pensar que sus conclusiones, debidamente moduladas, no sean aplicables al abuso del proceso contencioso-administrativo y social (y, en menor medida, al penal). El uso desviado del proceso no deja de tener una serie de rasgos distintivos comunes que trascienden de la fisonomía propia del proceso trazada en cada una de las leyes adjetivas —de las distintas jurisdicciones— que los regulan. Los remedios procesales serán, en buena medida, coincidentes, porque similares son los problemas que un uso abusivo del proceso plantea. De modo que las herramientas escogidas por el legislador en cada caso no dejan de tener un sustrato común y una finalidad muy próxima, lo que explica, como veremos, su relativa homogeneidad.

2. EL ABUSO DEL DERECHO

2.1. Origen histórico

La figura del abuso del Derecho surgió históricamente en el ámbito del Derecho como reacción al formalismo jurídico⁷. Tiene como antecedente los denominados «actos de emulación»⁸, que fueron objeto de un tratamiento disperso y desigual en el Derecho romano⁹ que, en palabras de L. A. Warat, «no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos, ya que el Derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del fecundo principio de equidad»¹⁰.

Es en el Medievo cuando empiezan a pergeñarse sus rudimentos dogmáticos, a la vista de que una concepción extrema del formalismo podía llevar al titular del derecho reconocido jurídicamente a un ejercicio contrario a las razones

⁷ José Antonio PINTO FONTANILLO, «La desviación de poder, el fraude de ley y el abuso del Derecho», en VVAA, *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 57. Para un examen de los rudimentos del abuso del proceso en el Derecho romano, cfr. la tesis doctoral de Claudia SCARPANTONI, *L'abuso del processo: configurabilità e sanzioni*, Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli di Roma, 2015, pp. 40-46.

⁸ Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Comentario al art. 7 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 58. El recurso a los actos de emulación —aplicados sobre todo a derechos de vecindad— constituyó la vía de reprobación de los actos que, aun realizados en el ejercicio de un derecho, se llevaban a cabo sin provecho propio y con la sola intención de perjudicar a otro. Sobre el origen y evolución histórica de los actos de emulación, vid. Romy G. RUTHERFORD, «La *ae-mulatio* y el abuso del Derecho», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 35, 2013, pp. 635-651.

⁹ José Manuel MARTÍN BERNAL, *op. cit.*, p. 26. Para un examen del tratamiento de los actos de emulación en el Derecho romano, vid. Carlos CUADRADO PÉREZ, *La moderna configuración de la doctrina de abuso del Derecho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 19-32.

¹⁰ Luis Alberto WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abedelo-Perrot, 1969, p. 42.

que justificaron su establecimiento¹¹, siendo el prusiano el primer ordenamiento jurídico moderno en acoger esta figura, a través del *Landrecht* de 1794¹².

La configuración posterior de la doctrina del abuso del Derecho se debió en buena parte a los juristas y Tribunales franceses¹³. Laurent empleó el término *abus de droit* al preguntarse si se podía hablar, en puridad, de la existencia de un derecho subjetivo, cuando su ejercicio tenía como objeto dañar a otro¹⁴, y Jossierand desarrolló a principios del siglo xx esta noción en su influyente obra *De l'abus des droits*¹⁵. Nuestro Código Civil, en su redacción originaria deudora del *Code Civil* francés —cuerpo normativo inspirado, a su vez, por el espíritu individualista propio del Estado Liberal decimonónico—, no acertó a incluir entre sus disposiciones ninguna norma general que corrigiera las disfunciones provocadas por el uso anormal de un derecho subjetivo¹⁶. Lo que no es de extrañar, en la medida en que dos de los rasgos jurídico-culturales distintivos del Código napoleónico de 1804 eran su formalismo legal y una concepción absolutista de los derechos, en especial del de propiedad¹⁷.

En los sistemas jurídicos de *Common Law*, la figura del abuso del Derecho nunca llegó a cristalizar como institución jurídica, lo que posiblemente se deba a la facultad del *distinguishing*, característica de los jueces angloamericanos¹⁸.

¹¹ Para los detractores de esta figura, como Planiol, el abuso de Derecho no era más que una logomaquia, «pues si hago uso de mi derecho, el acto es lícito; y cuando es ilícito es porque me he excedido de mi derecho», *Civil Law Teatrise*, núm. 871, 1959. Esta postura, deudora de una lectura formalista del Derecho privado, encuentra sus raíces en el liberalismo individualista del siglo xix. Fue otro autor francés, Louis Jossierand, quien refutó de manera más convincente la tesis de Planiol, sosteniendo que los derechos subjetivos deben ser interpretados de una manera *funcional*. Consecuentemente, el Estado debería sancionar un derecho solo en la medida en que su ejercicio sea conforme a su función institucional. Para un análisis detenido de esta discusión, *vid.* Shael HERMAN, «Classical Social Theories and the Doctrine of “Abuse of Right”», *Louisiana Law Review*, vol. 37, 1977.

¹² Juan Alberto RAMBALDO, «El abuso procesal», en VVAA, *Abuso Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 217.

¹³ «El abuso del Derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil», José María CASTÁN VÁZQUEZ, en «El abuso del Derecho en el Título Preliminar del Código Civil», vol. 1, *Academia Matrinense del Notariado*, p. 478. En 1855, la Corte de Colmar estableció que los derechos «deben tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo» y, en 1913, en el caso *Clement-Bayar*, la Corte de Amiens declaró que el titular de un derecho no puede ejercerlo «para un fin distinto a aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador».

¹⁴ François LAURENT, *Principes de droit civil*, 3.ª ed., Paris/Bruxelles, Hachette Livre-Bnf, 1878.

¹⁵ Louis JOSSEIAND, *De l'abus des droits*, Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905. Como precisa José María González García, en un breve pero excelente trabajo sobre el abuso del proceso, la introducción de esta figura responde a una inquietud sentida en Europa desde finales del siglo xix, principalmente a través de las tesis de Domat sobre los límites del dominio, tal como ha señalado Jossierand, aunque su origen se remonta a siglos atrás. «Abuso del proceso», *Temas de Derecho Procesal*, Caracas, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Invedepro, 2004, pp. 378-379.

¹⁶ *Vid.* el art. 540 del *Code* napoleónico, que consagra la propiedad como derecho absoluto, sin limitación alguna.

¹⁷ Para un examen de los detalles históricos de la evolución del abuso del Derecho, *vid.* Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *El abuso del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 2.ª ed., 1971. También, Carlos CUADRADO PÉREZ, *La moderna configuración de la doctrina de abuso del Derecho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 19-32.

¹⁸ Aunque existen algunos precedentes históricos que, ante casos concretos, habían proclamado la antijuridicidad del uso de facultades legales con el solo fin de dañar a otro. El caso más conocido, que data de principios del siglo xviii, es *Keeble v. Hickeringill*, King's Bench, 11 East 574 (1707). Sobre estos precedentes, *vid.* Michael TAGGART, *Private property and abuse of rights in Victorian England*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 145-155.