

El límite entre las inmisiones permitidas y las prohibidas: Criterios históricos de fijación

RAQUEL EVANGELIO LLORCA

Doctora en Derecho

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La teoría de los actos de emulación:* 1. La formulación inicial de esta teoría y su posterior evolución. 2. La teoría de los actos de emulación en la codificación europea. El artículo 833 del CC italiano de 1942. 3. La insuficiencia de la teoría de los actos de emulación para resolver los problemas de inmisiones.—III. *La doctrina del abuso del derecho:* 1. El origen jurisprudencial de la prohibición del abuso del derecho y la formación de las concepciones subjetiva y objetiva. 2. La recepción de la doctrina del abuso del derecho en los Códigos civiles europeos de la segunda generación. 3. La prohibición del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico español. A) La STS de 14 de febrero de 1944. B) El párrafo segundo del artículo 7 del Código civil español. 4. Críticas doctrinales a la teoría del abuso del derecho. 5. La aplicación de la prohibición del abuso del derecho en el ámbito de las relaciones de vecindad.—IV. *La teoría de las obligaciones ordinarias de vecindad o de las perturbaciones que exceden de los inconvenientes anormales de la vecindad:* 1. Consideraciones generales. 2. La fundamentación de la responsabilidad civil derivada de inconvenientes anormales de la vecindad. A) Teorías que buscan el fundamento de la responsabilidad del causante de los inconvenientes anormales de la vecindad al margen de la culpa: a) La teoría del cuasi-contrato. b) La tesis de la obligación legal de vecindad. c) La tesis de la obligación consuetudinaria de vecindad. d) La doctrina francesa de la *immissio*. e) La teoría de la expropiación. f) La doctrina del equilibrio entre las propiedades vecinas. g) La tesis de la equidad natural. B) El fundamento de la responsabilidad por inconvenientes anormales de la vecindad en los artículos 1382 y ss. del CC francés. a) La doctrina que defiende la responsabilidad subjetiva del propietario. b) La doctrina de la responsabilidad objetiva. C) La fundamentación de la responsabilidad en la jurisprudencia francesa. 3. El límite de las obligaciones ordinarias de vecindad.—V. *La teoría del uso normal:* *Immissio* y *Eingriff*: 1. La doctrina alemana de la *immissio*. 2. La teoría de los influjos de IHERING. 3. La recepción de la teoría del uso normal en el Código civil alemán y su influencia en el Derecho italiano. 4. Principales críticas a la teoría de IHERING. Valoración personal. 5. La conexión entre la teoría del uso normal y la concepción objetiva de la doctrina del abuso del derecho.—VI. *La doctrina de la necesidad social de Bonfante:* 1. La distinción entre la esfera interna y la exter-

na del derecho. El criterio de las necesidades sociales generales y absolutas.
 2. Valoraciones críticas de la doctrina de Bonfante.—VII. *La teoría del arbitrio judicial*.—VIII. *El criterio de distinción entre las inmisiones permitidas y las prohibidas en el ordenamiento jurídico español*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas que acarrea la vida en vecindad es el de las inmisiones. De forma aproximativa, puede describirse la inmisión como la invasión de la esfera jurídica ajena mediante sustancias o fuerzas, con cierta entidad física, que se producen como consecuencia del disfrute de un bien inmueble y que, por medios naturales, se propagan y penetran en un bien inmueble vecino, de forma reiterada, produciendo daños al mismo o daños o molestias a las personas que lo habitan o que, por otros motivos (laborales, por ejemplo), lo frecuentan. Los supuestos más habituales de inmisiones son los ruidos, humos, olores, gases, polvo, calor, vibraciones, etc.; pero, desde luego, cabe en esa figura cualquier otro tipo de molestia similar que responda a la descripción realizada ¹.

La búsqueda de una solución a este problema es ciertamente difícil, porque se trata de una cuestión de límites. En efecto, ni se puede pretender que el vecino no nos moleste en absoluto, ni se debe soportar estoicamente toda clase de perturbaciones que la actividad de aquél genere. Es preciso establecer un límite entre las inmisiones que deben permitirse —respecto de las cuales se han de

¹ Conviene recordar que el ordenamiento jurídico español no regula de forma específica y sistemática las inmisiones. Existen preceptos dispersos, algunos en el Código civil y otros en leyes especiales, que disciplinan aspectos concretos. Con base en los mismos y en una especial atención a la realidad fáctica, la doctrina debe tratar de elaborar el concepto de inmisión. En nuestro país, se han formado dos concepciones: una estricta, a la que responde la descripción que he propuesto en el texto (siguen esta tesis AMAT LLARI, M. E., «Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989» («Relaciones de vecindad. Industria molesta»), *CCJC*, núm. 20, 1989, pp. 451-452; PUIG FERRIOL, en PUIG FERRIOL, J./ROCA TRÍAS, E., *Institucions de Dret civil de Catalunya*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 298; ÉGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Barcelona, 1994, p. 74; ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 309); y otra amplia, según la cual en la figura que estudiamos cabe cualquier perturbación procedente de actividades íntegramente desarrolladas en una finca distinta a la que la padece (Así, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *La ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 790; ALONSO PÉREZ, M., «La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas», *AC*, 1994/2, pp. 395-396 y «La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 4784-4785). V., para una información más detallada sobre este punto, EVANGELIO LLORCA, R., «La prevención y la cesación de las inmisiones a través de la acción negatoria (presupuestos críticos y perfiles institucionales)», Tesis Doctoral inédita, dirigida por el Prof. Dr. D. R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, Valencia, 1999, pp. 105 y ss.

fijar deberes de tolerancia— y las que pueden prohibirse —que darán lugar a la atribución de facultades de exclusión—. Tarea ésta que no resulta nada fácil, habida cuenta de la gran variedad de situaciones concretas que pueden presentarse y de la necesidad de atender a factores de diversa índole².

Así las cosas, a lo largo de la historia se han propuesto diferentes teorías para fijar la línea divisoria de la que hablamos. Cada una de ellas ha estado muy influenciada por las circunstancias jurídicas, sociales y económicas del momento histórico de su aparición. De ahí que algunas, válidas en el momento en que nacieron, perdieron su utilidad al cambiar las circunstancias y fueron abandonadas paulatinamente; éste es el caso de la doctrina de los actos de emulación (que, no obstante, ha sido recuperada por el art. 833 CC italiano de 1945). Otras han permanecido y han sido acogidas en algunos ordenamientos; así ha sucedido con la del uso normal, consagrada en el § 906 BGB; y con la de las obligaciones ordinarias de vecindad y la del abuso del derecho, que siguen siendo utilizadas en el Derecho francés.

Pues bien, a continuación expondré las doctrinas históricas de discriminación entre las inmisiones permitidas y las prohibidas que considero más importantes, prestando especial atención a la influencia de algunas de ellas en el Derecho español. La exposición se hará siguiendo una razón cronológica, porque así queda reflejada con claridad la relación entre cada teoría y las circunstancias históricas del momento en que surgieron.

II. LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN

1. LA FORMULACIÓN INICIAL DE ESTA TEORÍA Y SU POSTERIOR EVOLUCIÓN

El nacimiento de la doctrina de los actos de emulación tiene lugar en el Derecho medieval. Su origen se halla en la interpretación, equivocada, de algunos textos del Derecho romano justinianeo por los glosadores, puesto que los romanos no conocieron una prohibición general de tales actos³.

² Por ejemplo, el momento del día y la zona (residencial o industrial, urbana o rural) en que se producen las inmisiones, la actividad que las genera, etc.

³ GROSSO, G., «Atti emulativi» («Diritto romano»), en *Enc. Dir.*, t. IV, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 27-28, hace notar que si bien en Derecho romano no había una teoría sobre los actos de emulación, sí existían algunos pronunciamientos dispersos en este sentido; especialmente en materia de aguas, donde algunos fragmentos parecen individualizar el límite negativo del daño a los otros, sin ventaja, y del *animus nocendi*. Ahora bien, se ha demos-

Hay que decir que las primeras construcciones de la doctrina medieval eran imprecisas y la noción de actos de emulación no aparecía siempre clara. Los glosadores notaron el contraste entre determinados textos, en los que se establecía un límite al ejercicio del derecho, cuando causase daño a los otros sin utilidad para el agente y se llevara a cabo con la intención de dañar, y otros en los que, en cambio, se afirmaba el principio de que nunca puede considerarse que quien ejercita el propio derecho cometa violencia o dolo o cause daño, ya que el propietario puede hacer en su fundo cualquier obra, aunque de ello pueda derivarse un daño para el vecino, siempre que no invada la esfera del derecho ajeno. Sin formar todavía una corriente de pensamiento cohesionada, empezaron a elevar, a principios generales, lo que en las fuentes romanas eran sólo motivaciones de soluciones excepcionales. De este modo, la afirmación «*quod alii noceat, et sibi non prosit, non licet*» y la observación «*malitiis non est indulgendum*» se convirtieron en reglas preceptivas; asimismo, se enunció el requisito subjetivo del *animus nocendi*, junto con la presunción de que quien ejercita el propio derecho actúa sin mala intención y, en algunas glosas, se introdujo el límite «*nisi animo nocendi id fecit*»⁴.

trado –añade este autor– que las limitaciones que se contienen en estos textos no estaban en la versión original clásica, sino que son fruto de interpolaciones posteriores. Por tanto, las raíces romanas de la teoría de los actos de emulación hay que buscarlas en el Derecho romano postclásico y justiniano, no en el clásico. En el mismo sentido, GAMBARO, A., *Il diritto di proprietà*, vol. VIII, t. 2, del *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. por CICU, A. y MESSINEO, F. y continuado por MENGONI, L.), Giuffrè, Milán, 1995, p. 473, apunta que, como criterio general, la prohibición de los actos de emulación no aparece en el Derecho romano clásico ni en el justiniano; pero no puede negarse –añade– que los textos justinianos contenían una serie de reglas, referentes a hipótesis concretas, que imponían la prohibición de *aemulatio*, de forma que con base en tales textos, fue fácil para los juristas medievales elaborar un principio general. Entre los fragmentos que sirvieron de base a la doctrina del Medioevo para elaborar la teoría que estudiamos, el más importante, según la mayoría de los autores, es *Cels.* D. 6, I, 38. En él se afirma, respecto del resarcimiento de los gastos hechos por el poseedor y del *ius tollendi*, que si el propietario no le reintegra los gastos que hizo en el inmueble, puede llevarse cosas de las que él aportó hasta completar el valor de dichos gastos; pero no se ha de tolerar la mala fe, por ejemplo de arrancar el estuco que puso y las pinturas, sin otra finalidad que molestar («...*neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod insduxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias*»). ROTONDI, M., *L'abuso di diritto. «Aemulatio»*, Cedam, Padua, 1979, pp. 47 y ss., ofrece una exposición detallada sobre dichos textos, entre los que distingue tres grupos: el primero comprende los fragmentos que, verdaderamente, no tienen relación con el abuso del derecho ni con los actos de emulación; el segundo, alberga casos de abuso del derecho, no relacionados con la *aemulatio*; y el tercero, contiene casos de aplicación de los actos de emulación, si bien no todavía como prohibición en su extensión general.

Otros autores, por el contrario, sostienen que no puede encontrarse relación alguna entre el verdadero significado de esos fragmentos y el que los creadores de la teoría de los actos de emulación les atribuyeron. Así, FAIRÉN MARTÍNEZ, M., «El abuso del derecho. Apuntes para una construcción», *RDN*, 1960, pp. 272 y ss.

⁴ ASTUTI, G., «Atti emulativi» («Diritto intermedio»), en *Enc. Dir.*, t. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 31. También hubo glosas, sin embargo, en las que se declaró la ilicitud de un acto que objetivamente «*sibi non prodest et alii nocet*», sin considerar la intención del agente.

La particular lectura de Cino de Pistoia del texto D. 50, 10, 3 pr., dió el impulso definitivo al desarrollo de la doctrina de los actos de emulación. Este autor estimó que del citado fragmento se derivaba que la libertad de hacer en el propio fundo estaba limitada si la elevación de lo edificado tenía por objeto descubrir los secretos de los monjes de los monasterios vecinos⁵.

En realidad, el texto en cuestión contenía una norma que prohibía a los particulares construir obras en una ciudad cuando se hiciera por emulación con otra ciudad, diera lugar a una sedición, o la obra fuera un circo, un teatro o un anfiteatro⁶. Es cierto que en el fragmento aparece el término *aemulatio*; pero su sentido no tenía nada que ver con el que más tarde se le dió por la doctrina medieval, sino que significaba competición, rivalidad, esfuerzo por superar a otro. La finalidad de la disposición no era en absoluto la prohibición de los actos de emulación; se trataba, por el contrario, de una norma de Derecho administrativo, tendente a evitar la rivalidad entre las ciudades, a fin de prevenir numerosas discordias⁷.

La opinión de Cino de Pistoia fue seguida por los comentaristas Bártolo y Baldo⁸, a través de los cuales se impuso la concepción de *aemulatio* como la intención de quien realiza actos, que normalmente estarían comprendidos en el ejercicio del derecho, sin utilidad propia o con utilidad mínima, con el fin de dañar o molestar a otros. Desde principios del siglo XV, se acogió y repitió sin reparos este concepto, así como la idea de la ilicitud de los actos cometidos

⁵ CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem*, Francofurti ad Moenum, 1578, fol. 176, *ad. l. Altius*, III, 34, núm. 2.

⁶ «*Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeter quam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditiois praebear vel circum vel theatrum vel amphitheatrum sit*».

⁷ Este dato fue ya destacado, en la Edad Media, por ALBERICUS DE ROSATE, *Prima super Codice*, Lugduni, 1545, fol. 162, *ad. l. Altius, De serv. et aqua*, que defendió que aquel pasaje se refería sólo al supuesto de construcciones hechas públicas, no por los particulares en su propiedad.

Parece que, de todo el Derecho justiniano, sólo en este texto y en otro, *Codice cost. 1 de apparit. Praef. annonae* 12, 58 («*Apparitores urbanae praefecturae annonario officio se non inserant, sed apparitorum aemulatione secreta ministerio suo annonae praefectura fungatur*»), aparece el término *aemulatio* y, en ambos casos, su sentido es el indicado de rivalidad o competición.

⁸ El primero se refirió, en alguna ocasión, a la idea de que la facultad de hacer todo lo que uno quiera en el propio fundo está limitada por aquello que se haga con ánimo de dañar a los demás (BARTOLUS, *In primam Digesti novi*, Lugduni, 1567, fol. 50, *De aqua pluvia arcenda*, Tít. III, Denique Marcellus); y desarrolló algunas teorías en torno a la facultad de construir molinos en aguas públicas o privadas donde existieran ya otros, y en torno a la edificación de construcciones peligrosas en las proximidades de las ciudades (BARTOLUS, *In secundam Dig. novi partem*, fol. 228, *ad. l. 3, De op. publ.*). BALDO, por su parte, consideró que el propietario podía hacer una ventana en su propia pared cuando fuera por utilidad, pero no cuando tuviera por objeto ver a una joven o descubrir los secretos del monasterio vecino (BALDUS UBALDUS PERUSINUS, *In I, II et III Codicis Commentaria*, Lugduni, 1543, fol. 219, *ad. l. Altius, De serv. et aqua*).

con ánimo de dañar, de modo que pronto se generalizó la prohibición de los actos emulativos en sentido propio (*quod tibi non prodest et alteri nocet prohibetur*) y en sentido lato (*quod tibi non nocet et alteri prodest, facile est concedendum*). Así, autores como Saliceto, Ángelo de Perugia y Paolo de Castro impusieron la doctrina de que cada uno podía hacer en su cosa lo que quisiera, con tal de que no lo hiciera con intención de causar un daño a otro⁹.

A partir de esta primera formulación, distintos autores fueron progresivamente formulando los requisitos, caracteres y supuestos de aplicación de esta teoría¹⁰. Se distinguía entre la emulación buena, considerada una virtud, y la mala, reputada un vicio. La segunda, a su vez, comprendía la *aemulatio putativa licita*, que era aquella por la que se dañaba a los otros, pero con el fin de obtener un provecho personal, y la *aemulatio vera illicita*, por la que se dañaba a los demás con esa única intención.

De otra parte, se sostenía que la emulación no se presume, sino que debe probarse por quien la alega; ahora bien, si determinadas circunstancias particulares favorecían la conjetura del espíritu de emulación, se hacía excepción a la regla¹¹. La elaboración de estas

⁹ «*Quilibet potest facere in suo quicquid vult, dummodo faciat non animo nocendi alteri*» (BARTHOLOMEUS A SALICETO, *In III et IV Iustiniani Codicis*, Lugduni, 1541, De serv. et acqua, ad l. Altius, fol. 65, núm. 2; ANGELUS DE PERUSIO, *Lectura super prima parte Digesti veteris*, Lugduni, 1548, fol. 184, ad l. Cum eo, De serv. urb. praed. e fol. 185, ad l. Imperatores, De serv. urb. praed.; PAULUS CASTRENSIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1594, fol. 168, ad l. Cum eo, De serv. urb. praed.).

¹⁰ Podemos citar, entre los primeros difusores, a IASONIS MAYNI MEDIOLANEN, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, 1592, Lex V, Ex hoc iure, fol. 9, núms. 6-12; FRANCISCI ANTONII BEGNUMELLI BASSI, *Repertorium quaestionum magis practicarum*, t. IV, Frisingae, 1712, Praxis Vicini, fol. 362, núm. 9; MARCII ANTONII SABELLI, *Summa Diversorum Tractatum*, Venetiis, 1715, t. II, § Aedificare, fols. 8-11, núms. 1-23; et IV, Vicinus, fols. 360-362, núms. 1-21. V., para una información detallada, SCIALOJA, V., «Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti», en *Studi giuridici*, vol. III, 1.ª parte, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1932, pp. 196 y ss.

¹¹ Según SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione...», cit., p. 224, tales circunstancias eran las siguientes: 1) Cuando el vecino sufra grandes daños con la obra, mientras que quien edifica obtenga muy poca o ninguna utilidad con la misma, o bien hubiese podido conseguir la misma utilidad de otra manera; 2) Cuando los vecinos tengan un carácter proclive a las peleas entre sí; 3) Cuando el que edifica lo hace sólo por desprecio al otro o le haya amenazado primero; 4) Cuando se construya el edificio o se abra la ventana para ver los secretos del vecino, en especial cuando se trate de religiosos, por el respeto debido a la religión; 5) Cuando el vecino tenga una mujer o una hija muy bellas, porque se supone que la obra se ha hecho con el fin deshonesto de verlas o mantener contacto con ellas; 6) Cuando se venda un fundo a un extraño, en peores condiciones, después de rechazar las justas ofertas del vecino; 7) Cuando se desvíe el agua de una corriente, dejando secos a los propietarios inferiores; 8) Cuando se construya un molino de agua pública o privada en detrimento de los existentes, sobre todo si el nuevo se coloca en la parte superior del río; 9) Cuando alguien da, a un extraño, la parte de un castillo que tiene en común con un hermano; 10) Cuando un vasallo hace amistad con un enemigo de su señor o le cede lo suyo; 11) Cuando los súbditos van a moler grano a molinos distintos de los de su señor para menospreciarle y presumir de libertad; 12) Cuando se construyen castillos o fortalezas en los confines del imperio, o cerca de una ciudad, contra la voluntad del señor de la

hipótesis en las que se presumía el *animus nocendi* fue necesaria, como algún autor ha destacado, para evitar la inutilidad de la teoría, dado que la prueba de la intención de dañar era prácticamente imposible. Pero este subterfugio no bastaba; por ello, se substituyó el criterio del *animus aemulandi* por el del uso extraordinario: es emulativo el acto –se dijo entonces– que no responde a una necesidad económica, sino a una hostilidad deliberada, siempre nociva para el prójimo y, a veces, también para el autor¹². Con todo y con eso, el desarrollo de la vida ciudadana exigía, en ocasiones, un uso extraordinario de las cosas que podía ser legítimo por no responder al ánimo de perjudicar a otro; de modo que hubo que buscar un tercer criterio: el de la utilidad del agente, en virtud del cual se estimaba emulativo el acto que, al perjudicar a tercero, no reportaba un beneficio al autor¹³.

En el Derecho histórico español, los textos más significativos en relación con esta doctrina son los contenidos en la Ley 13, Título XXXII de la Partida III («*magüer el ome aya poder de facer en lo suyo lo que quisiere; pere debelo facer de manera, que non aya daño, ni tuerto a otro*») y la Ley 19, Título XXXII de la Partida III («*Fuente, o pozo de agua aviendo algun ome en su casa, si algun su vezino quisiesse facer otro en la suya, para aver agua, e para aprovecharse del, puedelo facer, e no gelo puede el otro devedar; como quier que menguasse por ende el agua de la fuente, o del su pozo. Fueras ende, si este que lo quisiesse facer, no lo oviessse menester; mas se moviessse maliciosamente, por fazer mal, o engaño al otro, con intención de destajar, o de menguar las venas, por do viene el agua a su pozo, o a su fuente; e si lo oviessse fecho, podriangelo fazer derribar, e cerrar. Ca dixerón los sabios, que a las maldades de los omes non las deven las Leyes, nin los Reyes sofrir, nin dar passada; ante deven siempre yr contra ellas*»)¹⁴.

La multiplicación de las inmisiones como consecuencia de la industrialización y la defensa de la revalorización del derecho de

misma; 13) Cuando se celebran ferias o mercados que tiendan a disminuir la importancia de las ciudades vecinas.

HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas*, t. 4 (Derechos reales. Derecho de Sucesiones), Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. 106, subraya la claridad con que, en las diversas hipótesis, se refleja la organización social que subyace en el fondo. «La mayor parte de las reglas o de los criterios ordenadores –dice– conciernen a la edificación. Aunque en algunos casos están presentes los intereses privados, se hacen muy ostensibles la autoridad feudal, los sentimientos religiosos y los fines de defensa. La ilicitud viene determinada con base en la intencionalidad y conforme a criterios predominantemente morales».

¹² GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 474.

¹³ FAIRÉN MARTÍNEZ, «El abuso del derecho...», cit., p. 275.

¹⁴ *Las Siete Partidas de Alfonso X, Rey de Castilla*, edición facsímil realizada por MARTÍNEZ DíEZ, G., sobre la primera edición de las Partidas con glosas en castellano de DÍAZ DE MONTALVO, A., hecha por los impresores Meynardo Ungut Alamano y Lançalao Polo en 1491, Lex Nova, Valladolid, 1988.

propiedad como derecho absoluto propugnada por la Escuela racionalista del Derecho natural fueron los factores que provocaron el descrédito y el progresivo abandono, desde comienzos de la Edad Moderna, de la teoría de los actos de emulación¹⁵.

2. LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN EN LA CODIFICACIÓN EUROPEA. EL ARTÍCULO 833 DEL CC ITALIANO DE 1942

Las primeras codificaciones modernas, influenciadas por la nueva concepción filosófica-jurídica de la época, no recogieron la prohibición de los actos emulativos, con excepción de la prusiana¹⁶. Así, el artículo 544 CC francés de 1804 proclamaba el carácter absoluto del derecho de propiedad, sometido únicamente a las prohibiciones establecidas expresamente por las leyes o los reglamentos; y en la misma línea, el Código civil austríaco de 1811, apartándose del de 1794, así como el *Codice civile* de 1865, afirmaron la plena libertad del propietario, limitada sólo por las leyes, y no recogieron la prohibición de los actos de emulación¹⁷. No

¹⁵ Son tres —afirma ROTONDI, *L'abuso di diritto...*, cit., pp. 110-111— las características del racionalismo naturalista que chocaban con la admisión de la prohibición de los actos emulativos: en primer lugar, la escisión, cada vez más acentuada, entre Derecho, moral y religión, que explica que una teoría en la que el elemento moral tenía tanta importancia, no fuera bien acogida; en segundo lugar, la consideración del sistema jurídico como un sistema de deducciones lógicas derivadas de pocos principios fundamentales bien definidos, entre ellos el principio individualista, que no casaba bien con una doctrina que abría las puertas a muchas limitaciones de la propiedad tendentes a una mayor socialidad; por último, la recuperación de la doctrina romana, marcada, como sabemos, de una rígida impronta individualista.

¹⁶ La razón de esta diversa solución fue, a decir de ROTONDI, *L'abuso di diritto...*, cit., pp. 111-112, el especial desarrollo de la Escuela iusnaturalista en Alemania, en la que surgieron dos corrientes de pensamiento, la de PUFENDORF y la de LEIBNIZ; de ellas, fue la segunda, que, a diferencia de la primera, suavizaba el individualismo rígido con la consideración de la *aequitas* y la *pietas*, la que se impuso y tuvo plasmación en el Código prusiano de 1794.

¹⁷ SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione...», cit., pp. 242-243, estima que en algunos preceptos del *Code* (arts. 644, 645 y 1859) pueden encontrarse alusiones a una prohibición de los actos de emulación, pero se trata de disposiciones concretas en materia de aguas y de derechos de un condómimo frente al otro; además, a lo que cree, lo que queda prohibido en estos casos no es el acto de emulación en cuanto tal, sino en cuanto que es inútil para quien lo lleva a cabo y lesivo para los intereses de los demás. Para ROTONDI, *L'abuso di diritto...*, cit., p. 117, no es que los redactores del Código napoleónico no quisieran reprimir el abuso, sino que lo entendían comprendido en las limitaciones a las que alude el artículo 544, en especial en las servidumbres legales.

En cuanto al Código civil italiano de 1865, la mayoría afirma que ni de la lectura de sus preceptos ni mediante el recurso a los principios generales puede extraerse la existencia de una norma que sancionara los actos emulativos. Así lo afirman ALLARA, M., «Atti emulativi» («Diritto civile»), en *Enc. Dir.*, t. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 33, y SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione...», cit., pp. 247-252. Para este segundo autor, si bien hay algunos preceptos legales que aluden a la prohibición de los actos emulativos, se trata de nor-

obstante, algunos autores defendieron la existencia de la doctrina en estos países ¹⁸.

mas específicas que no pueden ser aplicadas de forma general, sino solamente en las concretas hipótesis para las que fueron dictadas.

¹⁸ En Francia, destacan TOULLIER y LAURENT, entre otros. TOULLIER, M., *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, vol. III, París, 1830, pp. 56 y 206 y ss., concebía la propiedad como un derecho de carácter absoluto, formado «por todos los actos que le son permitidos al propietario, o más bien por todos los que no le son prohibidos; porque todo lo que no le está vedado por una ley formal, le está permitido». No obstante ello, entendía que todo uso de la propiedad que pudiera causar un daño real a otro estaba prohibido, con carácter general, en el ordenamiento jurídico francés. Insistía el citado autor en que debía tratarse de un daño verdadero (*dommage réel*); las simples incomodidades causadas al vecino no eran motivo suficiente para limitar la libertad de actuación del propietario, salvo que –y esto es lo importante– dichas molestias hubieran sido provocadas con ánimo de dañar a otro, sin utilidad propia. Este autor defendía la presunción de corrección en el titular del derecho, de modo que corresponde a la víctima la demostración del *animus nocendi* como único fin de la actuación de aquél. El elemento subjetivo es esencial en esta teoría, hasta el punto que es rechazable cualquier acto con intención de dañar, aunque los efectos nocivos sean mínimos. LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, t. VI, Bruselas-París, 3.ª ed., 1878, p. 188, por su parte, entendía que un propietario que ejerce su derecho no responde de todo perjuicio que cause a su vecino, sino sólo cuando haya lesionado su derecho; pero esta regla tiene una excepción, basada en el principio romano *malitiis hominum non est indulgendum*: si el propietario que causa el perjuicio ha usado su derecho con el único fin de dañar al vecino, responde del perjuicio, aunque no haya habido lesión del derecho.

En cuanto a Italia, SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione...», cit., p. 245, apunta que antes de la promulgación del Código, ROMAGNOSI defendió la aplicación de la doctrina de los actos de emulación en materia de aguas; después, la admitieron RICCI, MATTEI, CATTANEO, TRAINA, LOZZI, CIMBALI y GIANZANA, entre otros. Según estos autores, eran cinco los requisitos necesarios para que un acto pudiera calificarse como emulativo: a) Que fuera un acto de ejercicio del propio derecho; b) Que quien lo realizase no obtuviera ventaja o utilidad alguna; c) Que el agente tuviera la intención de causar un daño a otro; d) Que se produjera efectivamente un daño a otro; e) Que ese daño se tradujera en la lesión de un interés, y no de un derecho ajeno (V., por todos, PACCHIONI, J., *Corso di Diritto romano*, t. II, Turín, 1920, p. 320 y STELLA MARANCA, F., «In tema di divieto dell' "aemulatio"», en *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, vol. II, Padua, 1937, p. 449).

Scialoja piensa que el único argumento defendible de los partidarios de la doctrina de los actos de emulación se encuentra en algunas disposiciones relativas al régimen de las aguas. Reconoce que, en esta materia, los actos de emulación estaban prohibidos efectivamente; ahora bien, considera que no en su cualidad de tales, sino en virtud de un especial principio que rige la regulación de las aguas, cual es el de que sólo se pueden utilizar para usos ventajosos. De donde se deriva, a su juicio, que quien no las use útilmente, lo haga con o sin ánimo de dañar a los demás, debe cederlas a quien quiera obtener un provecho (en el mismo sentido, SORGE-VADALÀ, G., *I rapporti di vicinato*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1909, pp. 139 y ss.). Más adelante (en la p. 257 del citado trabajo) añade que si es verdad que el Derecho señala los límites de la libertad de cada individuo, a fin de que cada uno pueda, por sí y junto con los otros, conseguir el propio fin individual y el fin social, actuando a su arbitrio dentro de aquellos límites; y que si tales límites vienen fijados por la necesidad de las relaciones sociales, entonces es obligado concluir que quien actúa sin salirse de la propia esfera jurídica, tiene derecho a que no se le pidan cuentas de sus acciones y a adecuar o no su actuación a los preceptos morales.

BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad* (trad. esp. y concordancias por GARCÍA VALDECASAS, A.), Reus, Madrid, 1932, p. 26, afirmó que la doctrina de los actos de emulación «tiene el defecto de insinuar elementos éticos y psicológicos en un campo como el de las relaciones de vecindad en el que, con toda seguridad puede decirse, el Derecho romano –no obstante las peligrosas referencias a vagas motivaciones clásicas o a las reglas interpoladas por Justiniano en la materia especial de las aguas– no los admitía». Con todo, le reconocía una inspiración lógica bastante seria, que explicaba su persistencia

En Alemania, algunos pandectistas siguieron la teoría y, además, ampliaron su contenido, ya que la consideraban una limitación del ejercicio de todo derecho subjetivo, y no sólo del de propiedad, cuando se actuase con la única finalidad de dañar o molestar al vecino¹⁹.

Hay quien entiende que, por influencia de Windscheid, la prohibición de los actos de emulación se recogió en el parágrafo 226 BGB, bajo el aspecto del abuso del derecho²⁰. Otros, en cambio, estiman que el citado precepto consagra, ciertamente, la doctrina del abuso del derecho; pero como límite genérico y no específico del derecho de propiedad, por lo que no puede considerarse que la norma pretendiese recoger la prohibición de los actos de emulación²¹. A mi modo de ver, el veto de los actos emulativos es una aplicación de la condena más general del abuso del derecho, en su vertiente subjetiva, al ámbito específico de los derechos reales. Por consiguiente, si bien es verdad que el § 226 BGB no pretendía consagrar expresamente la teoría de los actos de emulación, puede decirse que implícitamente la recoge al sancionar el abuso del derecho. Y lo mismo cabe pensar respecto del artículo 2 del Código civil suizo, a tenor del cual todos deben actuar de acuerdo con la buena fe, tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones, y el abuso manifiesto del propio derecho no está protegido por la ley.

Donde sí se acogió, y de forma expresa, la prohibición de los actos de emulación, fue en el CC italiano de 1942. En virtud del artículo 833 de este texto legal, el propietario «no puede hacer actos que no tengan otro fin que dañar o producir molestias a otro»²². Este precepto, ubicado en sede de propiedad²³, se considera no obstante

en el tiempo a pesar de sus detractores. «Cuando, en ausencia de textos expresos –apunta BONFANTE–, se trata de fijar un principio regulador supremo, el recurrir a los principios éticos puede justificarse como recurso a los fines supremos del derecho; y eso sin contar con el carácter positivo e imperativo que, por influjo del cristianismo y del poder de la Iglesia, asumían en el mundo medieval los preceptos en que se basaba la prohibición de los actos emulativos».

¹⁹ Puede verse esta concepción en WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette* (trad. it. por FADDA, C./BENSA, P. E.), vol. I, Parte 2, Utet, Turín, 1902, p. 121, nota 6; ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, Bolonia, 1877, p. 177; y DERNBURG, H., *Pandette*, vol. I, parte I (trad. it. por CICALA, F. B.), Turín, 1906, p. 106.

²⁰ MARTÍN BERNAL, J. M., *El abuso del derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 84. Aunque, según señala este autor, en este precepto la prohibición presenta un alcance menor que en la doctrina medieval, en la medida en que no es suficiente la intención de dañar, sino que exige que la intención dolosa sea la única motivación del acto.

²¹ ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 341, nota 58.

²² «*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.*»

²³ Concretamente, entre las normas del CC italiano que establecen los límites a este derecho. RUBINO, D., «Modernas tendencias sobre los límites del Derecho de propiedad en

de interpretación extensiva, de modo que se defiende su aplicación a cualquier derecho real²⁴. En otro sentido, sufre una restricción, pues aunque en principio se puede aplicar tanto a la propiedad mueble como a la inmueble, en cuanto que contenido en las disposiciones generales de la propiedad, en la práctica opera únicamente en el ámbito de la segunda²⁵.

De la redacción del artículo 833 parece desprenderse que los requisitos para calificar un acto como emulativo son dos: uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo se concreta en un «acto», expresión en la que la doctrina apoya la convicción de que es precisa una conducta activa del titular del derecho real, sin que baste la simple omisión²⁶. El elemento subjetivo consiste en el *animus aemulandi* o *nocendi*; esto es, en el fin de causar daño o molestia a otros. La referencia del legislador a «molestia» ha sido interpretada en el sentido de que no es necesaria la producción de un daño como

Italia», *RDP*, 1948, p. 193, distingue dos grupos dentro de estas normas: el primero, constituido por los artículos 833-839, en el que se contienen disposiciones de carácter general; el segundo, formado por los artículos 840-872, que alberga previsiones específicas para formas especiales de propiedad.

ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 34, por contra, opina que el artículo 833 no contiene un límite al derecho de propiedad. Afirma que con la concepción tradicional de este derecho como complejo de poderes de una persona respecto de una cosa, aparece la figura del límite cuando una norma niega alguno de estos poderes al propietario; dado que el artículo 833 niega al propietario el poder de realizar actos de emulación, según esta concepción constituye un límite a la propiedad. Pero con una concepción conforme con las exigencias de la técnica jurídica y de la lógica, para la que el derecho real sea un complejo de deberes negativos de los terceros respecto del titular del derecho, habrá límite del derecho de propiedad cuando exista una norma que disponga que determinadas injerencias en relación con la cosa no constituyen violación del derecho de propiedad; los artículos 840 y 844 CC, en la medida en que establecen que la actividad del tercero o la inmisión que no supere la normal tolerancia no son violaciones al derecho de propiedad, serán límites conforme a esta concepción; el artículo 833, sin embargo, no, puesto que sanciona una obligación del propietario que se añade al derecho de propiedad.

²⁴ ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 37. Esta interpretación extensiva no puede, sin embargo, ir más allá del ámbito de los derechos reales; de modo que no se extiende la prohibición de los actos de emulación a las relaciones obligatorias, ni a las nacidas en virtud de las obras del ingenio o de invenciones industriales. Sí, en cambio, a la posesión como hecho, ya que sería absurdo —observa el citado autor— que una prohibición respecto de quien es titular de un derecho desaparezca en relación con quien no tiene tal titularidad, sino que es el sujeto de una simple situación de hecho. En el mismo sentido, RUFFOLO, U., «Atti emulativi, abuso del diritto e “interesse” nel diritto», *Riv. dir. civ.*, 1973/2, p. 37; CIAN, G./TRABUCCHI, A., «Comentario al artículo 833 CC italiano», en *Commentario breve al Codice civile*, 4.ª ed., Cedam, Padua, 1992, pp. 630 y ss.

SALVI, *Il contenuto...*, cit., p. 136, dentro de esta corriente de interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 833 CC italiano, estima que la norma se aplica, además de a los derechos reales, a los derechos personales de goce. Y RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 194, por su parte, defiende un ámbito de aplicación todavía más amplio; a su modo de ver, la prohibición de los actos de emulación puede referirse a cualquier derecho subjetivo, siempre que concurren los extremos requeridos por el artículo 833 CC italiano.

²⁵ ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 36.

²⁶ MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial* (trad. esp. por SENTIS MELENDO, S.), t. III, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 267; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 341.

efecto del acto²⁷; por otra parte, se defiende que el ánimo de dañar o molestar ha de ser la única finalidad del autor del acto emulativo, en la medida en que el artículo 833 habla de actos «que no tengan otro fin» que el señalado²⁸. La intención exclusiva de dañar no se presume y corresponde al perjudicado demostrar que con el comportamiento en cuestión el propietario no sólo no obtiene ninguna utilidad, sino que ni siquiera trataba de obtenerla²⁹.

En la literatura jurídica italiana más reciente, se encuentra un intento de objetivizar el artículo 833 CC. En esta línea, se sostiene que el fin al que alude el citado precepto no es el del autor del acto, sino el del acto en sí; es decir, lo que caracteriza un acto como emulativo no es el *animus nocendi* de su autor, sino la falta de un interés objetivo en su realización³⁰.

Comprobada la emulatividad del acto, el propietario tiene la obligación de restablecer la situación preexistente y de resarcir el daño causado³¹.

²⁷ MESSINEO, *Manual...*, cit., p. 267; ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 37. En contra, TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, 11.ª ed., Giuffrè, Milán, 1996, p. 552, que afirma que la ley cualifica el acto de emulación con base en la finalidad, pero el elemento esencial viene constituido por las características objetivas del acto: daño para tercero y absoluta falta de utilidad para el propietario.

²⁸ Así, si el acto se realiza para satisfacer una necesidad del propietario, aunque se ocasione un perjuicio material a otro (y siempre que no se trate también de violación de un derecho de ese otro sujeto, porque en este caso el acto sería siempre ilícito con base en el art. 2043), no será acto de emulación, aun cuando el propietario, al realizarlo, hubiera previsto que se derivaría aquel perjuicio para el tercero; tampoco lo será en el caso de que el propietario hubiera querido ocasionar el perjuicio, pero sin que éste hubiera sido su único fin, sino que contemporáneamente hubiera tenido la intención de satisfacer un interés propio. En este sentido, MESSINEO, *Manual...*, cit., p. 267; RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 193; RESCIGNO, P., *Manuale del Diritto privato italiano*, Nápoles, 1985, p. 503; CIAN/TRABUCCHI, «Comentario al artículo 833 CC italiano», cit., p. 630; GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, 4.ª ed. actualizada, ESI, Nápoles, 1993, p. 209; TORTOLINI, L., «Aspetti fondamentali sulle limitazioni al diritto di proprietà nell'interesse privato», *Riv. dir. agr.*, 1958, II, p. 270.

Se ha puesto de relieve que esta exigencia de que el acto tenga como único fin el de dañar o molestar da lugar a que la aplicación práctica del artículo 833 CC italiano sea muy escasa (ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado* (trad. esp., prólogo y concordancias al Derecho español por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.), Labor, Madrid, 1953, p. 240; GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. I (Le categorie generali. Le persone. La proprietà), Padua, 1990, p. 325).

²⁹ MESSINEO, *Manual...*, cit., p. 267; RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 193; CIAN/TRABUCCHI, «Comentario al artículo 833 CC italiano», cit., p. 630; GAZZONI, *Manuale...*, cit., p. 209. Cosa distinta opina SCALFI, G., *Manuale di Diritto Privato*, t. II, 2.ª ed., Utet, Milán, 1991, p. 31, que defiende que la responsabilidad por acto emulativo es objetiva, en el sentido que al propietario no se le permite probar que no ha tenido ánimo de dañar, a fin de quedar libre de responsabilidad.

³⁰ SALVI, C., *Il contenuto del diritto di proprietà* (arts. 382-383), en *Il Codice Civile. Commentario* (dir. por SCHLESINGER, P.), Giuffrè, Milán, 1994, pp. 131 y ss.

³¹ GAZZONI, *Manuale...*, cit., p. 209; ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 35; SALVI, *Il contenuto...*, cit., p. 137; RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 194. Este autor apunta que el remedio más frecuente en la práctica será el resarcimiento del

En cuanto al fundamento de la prohibición de los actos emulativos, algún autor considera que es la función social de la propiedad³²; otros estiman que el artículo 833 es un reflejo del principio general de comportarse conforme a la buena fe³³; hay, en fin, quien cree que la norma no procede del intento de adecuar el ejercicio de la propiedad a una función de interés estatal, sino que surge como protección de otros intereses privados³⁴.

3. LA INSUFICIENCIA DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE INMISIONES

Se ha señalado ya que la teoría de los actos de emulación fue progresivamente abandonada porque resultó cada vez más insuficiente para hacer frente a los problemas de inmisiones. El hecho de que el legislador italiano haya recuperado esta figura en el Código civil de 1942 no significa que haya pretendido erigirla en criterio de solución de los conflictos derivados de las inmisiones, pues para ello ha previsto una regulación específica en el artículo 844 del mismo texto legal. Consiguientemente, el artículo 833 CC italiano no resulta de aplicación en el ámbito de las inmisiones, así como tampoco en aquellas materias vecinales con expresa previsión legal en el Código civil³⁵.

Recientemente se ha señalado que entre la norma reguladora de las inmisiones y la de los actos de emulación hay una *ratio* totalmente diversa, en la medida en que el acto emulativo se prohíbe porque, realizado con la intención maliciosa de quien ejercita un

daño. Desde el punto de vista teórico, sin embargo, este remedio constituye una *extrema ratio* de la que se hace uso cuando no es posible recurrir a otro medio; cuando la naturaleza del daño y del acto lo consienten, es preferible, en su opinión, elegir la reparación pura y simple, a expensas, naturalmente, de quien ha efectuado el daño.

³² ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 34.

³³ NATOLI, U., «Note preliminari ad una teoria dell'abuso di diritto nell'ordenamento giuridico italiano», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18.

³⁴ RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 194.

³⁵ De ahí que mi atención a este precepto haya sido breve. Para un estudio más detallado del artículo 833 CC italiano y, en general, de la doctrina de los actos de emulación, pueden verse, además de las obras aquí citadas, ASTUTI, G., «Atti emulativi» («Diritto intermedio»), cit., pp. 29 y ss.; CARROZZA, A., «Gli atti emulativi nei fondi rustici», *Riv. dir. agr.*, 1954, I, pp. 371 y ss.; CHERUBINI, M. C., «Sull'attualità dell'interesse del proprietario ai fini dell'art. 833 Codice civile», *Foro it.*, 1978, I, pp. 740 y ss.; GAMBARO, A., «Emulazione», en *Digesto Disc. Priv.*, Sez. civ., t. I, 4.ª ed., Utet, Turín, 1991, pp. 439 y ss.; GIORDANO, A., «Gli elementi degli atti di emulazione», *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, 2.º quadr., pp. 73 y ss.; IANNELLI, A., *La proprietà costituzionale*, Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino (a cura di PROTO PISANI, P.), 1980, pp. 292 y ss.; LEVI, G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milán, 1993; MAZZONI, C. M., «Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto», *Riv. dir. civ.*, 1969/2, pp. 601 y ss.; NATOLI, U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 101 y ss.; SCIALOJA, A., «Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo», *Foro it.*, 1961, I, pp. 256 y ss.

derecho sin pretender ninguna utilidad para sí, con el único fin de dañar a los demás, lleva consigo una fuerte connotación de desvalor y por eso no puede ser tolerado; el acto de inmisión, diversamente, partiendo de que es útil a su autor, necesita una regulación más compleja que tenga en cuenta los intereses contrapuestos de quien obtiene una ventaja con la injerencia y quien sufre un daño con ella. Para esta opinión, el *animus* de quien provoca las inmisiones en el fundo del vecino no es irrelevante, pero debe excluirse que sea el de causar sólo un daño al vecino, porque, verificándose esta hipótesis, sea o no la inmisión intolerable, habría en cualquier caso una prohibición en virtud del artículo 833, simplemente porque se trataría de un acto de emulación. La disciplina del artículo 844, por contra, se refiere solamente a aquellos actos de inmisión realizados para conseguir un interés por el inmitente y que, por tanto, sean susceptibles de aportar una ventaja de naturaleza esencialmente patrimonial³⁶. Otros, en cambio, piensan que el *animus nocendi* no sirve para diferenciar ambas figuras y que, en realidad, cuando se produzca una inmisión, sea mediante acto emulativo, sea como consecuencia de éste, el supuesto se subsumirá en el artículo 844, que deroga, en cuanto norma especial, al 833, que es norma genérica³⁷.

En el CC español, no hay ninguna norma que sancione la prohibición de los actos de emulación, aunque la opinión generalizada es que son ilícitos³⁸.

En cuanto a su virtualidad como criterio de solución de las inmisiones en nuestro país, parece claro que esta teoría no es satisfactoria, porque la exigencia del ánimo de dañar impide su aplicación en buena parte de las hipótesis. Además, como ya se ha dicho, la prueba de la intención maliciosa suele ser muy difícil. Por otra parte, sería absurdo prohibir una inmisión prácticamente inocua por su

³⁶ TRAISCI, F. P., *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della persona. Modelli a confronto*, ESI, Nápoles, 1996, pp. 25 y ss. NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Las inmisiones y molestias medioambientales*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 70, nota 89, de forma similar, señala el ánimo de dañar como elemento distintivo entre las inmisiones y los actos de emulación, y afirma que «una inmisión con el objetivo de dañar sera considerada como emulación y entrará dentro del supuesto de hecho del artículo 833 por la cualificación subjetiva».

³⁷ ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 343.

³⁸ Algunos autores, como VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Valladolid, 1925, p. 80, piensan que su condena puede resultar del artículo 1902 CC; los más, consideran que su veto es una limitación del derecho de propiedad que resulta de su propia naturaleza (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. 1, 12.ª ed., puesta al día por GARCÍA CANTERO, G., Reus, Madrid, 1987, p. 229; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, t. II, Nauta, Barcelona, 1966, p. 130; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. II, 7.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, p. 116; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, t. III, 2.ª ed., revisada y puesta al día, Edersa, Madrid, 1988, p. 93; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1993, p. 166; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 1, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p. 258).

carácter emulativo, mientras que otra realmente nociva se permitiría por la ausencia del *animus aemulandi*³⁹.

Con todo, la Ley 13/1990, de 9 de julio, del Parlamento catalán, de acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, parece recoger, al menos implícitamente, la prohibición de los actos de emulación en materia de inmisiones⁴⁰. En efecto, su artículo 3.1 dispone que «[e]l propietario del inmueble afectado por una inmisión dolosa o culposa tendrá acción negatoria para hacerla cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados».

Este precepto establece una excepción a las reglas generales de solución previstas en los apartados 2, 3 y 4 del mismo artículo: Todo propietario deberá tolerar las inmisiones que provengan de una finca vecina, si son inocuas o si causan perjuicios no sustanciales. En cuanto a las que causen daños sustanciales, deberá igualmente tolerarlas si son consecuencia del uso normal del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto económicamente desproporcionado. En tal caso, el propietario afectado tendrá derecho a la indemnización por los daños producidos en el pasado y a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que se produzcan en el futuro, si las inmisiones afectan exageradamente al producto del predio o a su uso normal, según la costumbre local.

Resulta, pues, de acuerdo con el criterio general, que el sujeto afectado por las inmisiones procedentes de la finca vecina no puede conseguir su cesación más que si causan perjuicios sustanciales, proceden de un uso anormal del predio vecino y la cesación no supone un gasto desproporcionado. Todas estas condiciones desaparecen, en cambio, si las inmisiones son dolosas o culposas (o sea, si pueden calificarse como actos de emulación); entonces, el propietario del inmueble perjudicado tendrá acción negatoria para hacerlas cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente.

³⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, p. 247; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 338-339; NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 243. «¡Menudo consuelo –exclama este autor– para el agraviado saber que el vecino no le molesta por tenerle un odio visceral o que se trata de un excéntrico!».

⁴⁰ GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *RCDI*, 1992, p. 158; NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 64.

III. LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO

1. EL ORIGEN JURISPRUDENCIAL DE LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO Y LA FORMACIÓN DE LAS CONCEPCIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA

Aunque nació en el ámbito de las relaciones de vecindad, pronto la prohibición del abuso del derecho se convirtió en una limitación general al ejercicio de cualquier derecho subjetivo. Sería absurdo tratar de desarrollar aquí toda la problemática que envuelve, sobre la que tanto se ha escrito. Basta con recordar algunos aspectos. En primer lugar, se dice que el nacimiento de esta teoría, cuyos antecedentes se hallan, según la mayoría de la doctrina, en la de los actos de emulación⁴¹, obedece a la necesidad de adecuar las normas jurídicas al sentir social o a la moral⁴². En efecto, fruto de

⁴¹ En este sentido, señala HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, p. 116, que los actos de emulación presentan un subjetivismo que habrá de comunicarse a la doctrina del abuso, aunque ésta ha conseguido grados superiores de generalización y objetividad. En contra, NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, *cit.*, p. 73, observa que «[e]s dudoso afirmar que los actos de emulación son el germen de la doctrina del abuso del derecho, así como presentar a ésta como una mera continuación de aquélla. El abuso tiene, además de la emulación, otras vetas originarias que incluso coexistían con ella». Lo que pasa es que, «dada la construcción del abuso en nuestro Derecho y la no codificación de los actos de emulación, aquél es la forma de defensa contra éstos».

Generalmente se entiende que en Derecho Romano clásico no puede encontrarse una doctrina del abuso del derecho. En Roma, el término *abusus* no tiene el significado que después se le dió: es el uso radical, extremado y absorbente (el paradigma es el acto de consunción de una *res consummibilis*). Los juristas romanos proclamaban la «absoluta inmunidad» para el sujeto de derecho en el ejercicio de sus derechos; no se atendía a la intención, sino al acto en su exterior, y se contemplaba sólo bajo el aspecto de su estricta sujeción a la norma establecida, de forma que quien usaba de su derecho, legalmente, no era responsable aunque hubiera causado un daño («*nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur*» y «*qui iure suo utitur noeminem loedit*»). No puede negarse –se dice– que existieran limitaciones contra ese absolutismo del derecho subjetivo (V. en este sentido, CALVO SOTELO, J., *La doctrina del abuso del derecho*, Madrid, 1917, pp. 47 y ss. Este autor hace notar que si es cierto que eran principios de aquella legislación los de que «se puede usar el propio derecho aunque con él se perjudique a tercero» y que «el propietario puede disponer de la cosa como le plazca, aunque perjudique a tercero», no lo es menos que también era un principio consagrado el de que «es ilícito ejercer el derecho sólo para perjudicar a tercero»; por otra parte, la idea del abuso del derecho aparece en supuestos concretos, como el de humos nocivos o el del artesano que maltratare excesivamente a su alumno, así como en las querellas «de inofficiosum testamentum», «de iudicium calumniae», por donación inoficiosa, que pretendían impedir que se abusase de los derechos). En las fuentes justinianeas, aparecen algunos casos en que se prohíben actos semejantes al abuso del derecho, mas tampoco con carácter general, sino como *ius singulae*.

⁴² CALVO SOTELO, *La doctrina...*, *cit.*, p. 21, afirma que la teoría del abuso del derecho es una de las infinitas reacciones que tuvieron lugar a fines del siglo XIX contra el influjo pulverizador del liberalismo individualista. LUQUE, J. E., «El “abuso del derecho” como pulverizador de la certidumbre de la norma jurídica», *RJ Cat.*, 1958, p. 442, se expresa de forma más dura: «En esencia, pues, todo el trasfondo social y humano del “abuso del derecho” radicó en la soberbia con que la burguesía capitalista del siglo XXI sacó de quicio las garantías jurídicas de la libertad proclamada en las constituciones de la época». FAIRÉN

la Revolución francesa fue la concepción del derecho subjetivo como esfera de poder soberana e inviolable, concedida al individuo para la satisfacción de sus intereses personales; en esta filosofía, la Ley fijaba los límites externos de las esferas jurídicas de los ciudadanos, dentro de las cuales éstos eran soberanos, de modo que el sujeto que, en el ejercicio de su derecho, causaba un daño a tercero, no era responsable si no traspasaba ese límite externo. Este radicalismo hizo surgir una corriente de socialización del Derecho, que progresivamente exige de cada sujeto una dosis mayor de cooperación social, lo que se refleja en la concepción de los derechos subjetivos, a los que se atribuye una «función social»⁴³.

MARTÍNEZ, «El abuso del derecho...», cit., p. 288, en la misma línea, apunta como motivo del nacimiento de la doctrina del abuso del derecho una diacronía entre las normas jurídicas y las sociales: el Derecho se nutre de la sociedad y vive de la conciencia social de cada instante; es decir, trata de regular lo que la sociedad de un momento y un lugar determinados demanda; pero como «el derecho es tardío y sus manifestaciones formales no suelen ser muy ágiles», puede suceder que la norma haya completado su proceso de condensación social, mas no tenga aún un formal reconocimiento jurídico; ello da lugar a que determinados actos permitidos por la ley sean sin embargo reprobados por la conciencia social. En estos casos, el Derecho recurre a numerosas ideas generales que pretenden salvar algo de estas posibles situaciones de injusticia, entre las que hay que ubicar el abuso del derecho. Esto explica—destaca este autor en las pp. 269 y ss. del citado trabajo— que en Derecho romano clásico no se conociera una doctrina del abuso del derecho, pues lo normativo y lo que tenía vigencia social se confundían en un conjunto unitario: *mores maiorum*; así, cuando cambiaba algún elemento de la convicción jurídica romana, cambiaban coherentemente las convicciones sociales, morales y religiosas, y viceversa. La creciente complejidad social exigió, sin embargo, la redacción de unas leyes escritas, invariables y permanentes (las Doce Tablas), para conseguir una mejor defensa de la seguridad, mientras que la vida seguía siendo cambiante; he aquí la posibilidad de disconformidad de normaciones, que, a medida que pasa el tiempo, se hace más amplia.

Junto a estas explicaciones, que ligan el motivo del nacimiento de la idea del abuso del derecho a determinadas circunstancias históricas, se ha propuesto otra, de talante más técnico. No es necesario acudir al Derecho natural o a la equidad—afirma PARDO LÓPEZ, J. L., «El uso, abuso y no uso de los derechos subjetivos», *RDP*, 1964, pp. 4 y 9— para explicar la ineficacia del acto abusivo. Partiendo de una concepción de derecho subjetivo que aúna las dos teorías tradicionales de WINDSCHEID (para quien el derecho subjetivo es un poder de la voluntad o señorío del querer concedido a las personas por el ordenamiento jurídico) y de IHERING (que lo describe como un interés jurídicamente protegido), este autor lo define como «interés protegido por el ordenamiento jurídico mediante el reconocimiento de la potestad humana de querer; un poder de la voluntad para la realización de un interés». El interés sería el fin y el poder, el medio. Con base en esto, defiende que hay abuso del derecho cuando el poder otorgado al sujeto por el ordenamiento jurídico se ejercita para un fin distinto del interés que le es propio; cuando tal ocurre, ese poder desaparece para el Derecho, por falta de causa justificante.

⁴³ Los derechos subjetivos—destaca ARIAS BUSTAMANTE, L. R., «El abuso del Derecho en la Historia y en la Legislación comparada» *RCDI*, 1955, p. 139— no pueden quedar reducidos a meras nociones abstractas, sino que deben adquirir vigencia en medio del ambiente social para el que existen; en otras palabras, no pueden ejercitarse arbitrariamente, sino obedecer a una finalidad. Este autor explica, siguiendo a MARKOVITCH, que la relatividad de los derechos se afianza cada vez más, en el sentido de que el individuo tiene derechos, no sólo como ser humano, sino más bien como miembro de un grupo social; de ahí se deriva que «el titular podrá ser llamado a rendir cuenta de cómo y para qué fin ha ejercido su derecho, al menos en el caso de que tal ejercicio haya causado un daño a otro». MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., *La acción negatoria*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 24,

El CC francés de 1804, fruto de la ideología revolucionaria, no prohibió el abuso del derecho, como tampoco lo hicieron el CC italiano de 1865 y el español de 1889, tan influidos por aquél. Pero en los tres países, la figura tuvo su aplicación a través de la jurisprudencia y la doctrina. Fueron los tribunales franceses los que configuraron inicialmente la teoría; la sentencia decisiva fue la de la Corte de Colmar de 2 de mayo de 1855⁴⁴, que resolvió el famoso caso del propietario de una casa que había construido una chimenea de altura considerable, que no le reportaba ningún beneficio, con el único propósito de ensombrecer la finca vecina. La Corte estableció que *«si en principio el derecho de propiedad es un derecho absoluto que autoriza a su propietario a usar y abusar de la cosa, el ejercicio de este derecho, como el de todos los demás, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo»*, por lo que debe condenarse la actividad que *«no se justifica por ninguna utilidad personal y causa un grave perjuicio a los demás»*⁴⁵. Muchas sentencias posteriores aplicaron este principio de condena del abuso del derecho⁴⁶, que se generalizó, hasta compartir protagonismo, en la resolución de los problemas de vecindad, con la teoría de los inconvenientes anormales.

en la misma línea, destaca que la finalidad del abuso del derecho —que para este autor es mucho más que una teoría, aunque así se denomine usualmente— «fue desde el principio la de crear la posibilidad de una intervención del ordenamiento jurídico sobre los actos de ejercicio del derecho considerados hasta entonces como prerrogativa absolutamente libre del hombre-propietario. Con el tiempo esta llamada teoría se moverá en el cuadro más extenso y complejo, y desde luego más moderno, de control sumario dirigido a la limitación de la libertad individual y al complejo programa de tutelar los intereses colectivos o sociales intentando el difícil encaje o conciliación del viejo espíritu individualista y los deberes sociales que debe asumir todo individuo, y todo ello condicionando el ejercicio de los derechos subjetivos, adecuándolos además a las normas constitucionales que hoy recogen con clara unanimidad la prioridad indiscutible del bien común».

⁴⁴ D., 56, 2, 9.

⁴⁵ La sentencia declaraba, literalmente: *«Considérant que s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu (...) cependant l'exercice de ce droit, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime; que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui»*.

⁴⁶ Entre las más famosas, están la de la Corte de Amiens de 5 de febrero de 1912 (D., 1913, 2, p. 177) sobre el alboroto promovido para espantar la caza de la heredad vecina; la de la Casación, de 12 de noviembre de 1913 (D., 1913, 2, p. 177) (caso Clement-Bayard), en la que se condenó a un propietario que, deseoso de comprar la finca de su vecino (destinada al despegue y aterrizaje de dirigibles) y ante la negativa a vender de éste, colocó postes de madera con hierros punzantes en la linde de las fincas; la de Req., de 16 de junio de 1913 (D. P., 1914, 5, 23), en la que un propietario, invocando sus derechos sobre el subsuelo, realizó unas excavaciones con la única finalidad de secar una fuente útil a su vecino. Hoy, se sigue recurriendo a esta doctrina para solucionar casos similares; un ejemplo es T.I. Pau, de 30 de septiembre de 1986 (D., 1989, *Somm.* 32, obs. ROBERT), que juzgó un supuesto de plantación maliciosa de álamos con el objeto de impedir el aterrizaje de aviones en el aeródromo vecino.

Doctrinalmente, junto a una concepción subjetiva, según la cual el abuso del derecho es el ejercicio del derecho con intención de dañar o sin un fin serio y legítimo⁴⁷, surgió otra que defendía, de acuerdo con un criterio objetivo, que el ejercicio del derecho es abusivo cuando es contrario a sus fines económicos o sociales⁴⁸. También hubo quien defendió la conciliación de ambos criterios, el psicológico y el funcional. Así, Josserand, para quien todos los derechos subjetivos tienen una finalidad social, conforme a la cual han de ejercitarse⁴⁹. Si el titular usa de su derecho para satisfacer este fin, y al hacerlo, causa un daño a otro, no incurre en responsabilidad (salvo cuando ocasione un riesgo excepcional); por el contrario, el uso del derecho con fines extraños a su interés legítimo, si causa un daño a otro, hace responsable al titular, pues el acto, lícito en sí mismo y si se le considera intrínsecamente, será ilícito por los móviles que lo han determinado y por la finalidad a la que tiende. El primero de estos móviles incorrectos e inadmisibles, que vician el acto del titular del derecho realizado bajo su imperio, es, en palabras de este autor, la intención de dañar, el espíritu de malicia⁵⁰. Pero también el aparta-

⁴⁷ En esta línea, RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1925, pp. 166-167, entendía que para que haya abuso del derecho, es necesario que se cumpla un acto, en el ejercicio normal del derecho, con la intención de dañar a otro y sin obtener ninguna ventaja del mismo. Parece que, en la concepción de este autor, el ánimo malintencionado ha de ser la única finalidad del ejercicio abusivo, de modo que si el acto, además de por la intención de dañar, está guiado por el propósito de extraer algún provecho, no puede ser calificado como abusivo. Así se desprende de las siguientes palabras: «Cuando se trata de la validez de un acto jurídico, hemos admitido que un solo motivo ilícito vicia el acto. Aquí se trata del ejercicio de un derecho; ¿no hay que admitir, al contrario, que un solo motivo lícito basta para justificar este ejercicio?».

⁴⁸ SALEILLES, R., *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, 2.ª ed., París, 1901, p. 371; CHARMONT, J., «L'abus du droit», *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, pp. 123-124.

⁴⁹ JOSSERAND, L., *De l'abus de droit*, París, 1905, pp. 69-71, distinguía entre los derechos definidos por la ley y los que no han sido expresamente sancionados por la ley, pero que, en cualquier caso, entran en el genérico derecho de libertad. Nadie duda —hacia notar— que se puede abusar de la libertad; pues bien, admitir el abuso de la libertad obliga a admitir el abuso de los derechos, ya que la libertad es la raíz de los derechos, la materia prima sobre la que se basan todos los derechos. Los derechos subjetivos —añadía este autor años después, *El espíritu de los derechos y su relatividad* (trad. esp. por SÁNCHEZ LARIOS, E./CAJICA JR., J. M.), Cajica, Méjico, 1946, pp. 24 y ss.— han de responder siempre a los objetivos del Derecho positivo, puesto que son instrumentos para cumplirlo. Si bien existen algunos más egoístas que otros, todos ellos han de ser actuados de acuerdo con los fines previstos por el Derecho. El derecho de propiedad individual, encuadrable entre los más egoístas, persigue satisfacer los intereses privados del titular, o por lo menos su interés serio y legítimo.

⁵⁰ «La voluntad de causar un daño a otro —señalaba JOSSERAND, *El espíritu de los derechos...*, cit., p. 25— es antisocial y, en consecuencia, antijurídica por su propia esencia; no podría nunca armonizarse con tal finalidad la misión de cualquier derecho, aunque fuese uno egoísta como éste de la propiedad individual; será, pues, invariablemente constitutiva de una desviación de ese derecho, y reveladora de su abuso». Para este autor, el acto es abusivo tanto si la intención de dañar hubiese sido la causa primera y exclusiva cuanto la causa secundaria del daño realizado, porque «la malevolencia lo vicia todo: *fraus omnia corrumpit*».

miento del derecho de su función convierte al acto en abusivo, abstracción hecha de la intención de perjudicar de su autor⁵¹.

2. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS DE LA SEGUNDA GENERACIÓN

Los Códigos civiles posteriores sí recogieron la prohibición del abuso del derecho. La primera consagración legislativa de este principio fue el § 226 del CC alemán, que establece que el ejercicio de un derecho es inadmisibles si únicamente puede tener la finalidad de causar daño a otra persona⁵². Este precepto adopta un criterio puramente intencional, con base en el cual deberíamos concluir que lo decisivo, para calificar como abusivo el ejercicio de un derecho, es el ánimo de dañar; sin embargo, la doctrina coincide en sostener que esta norma hay que relacionarla con el § 826, que dispone que quien, por un hecho contrario a las buenas costumbres, cause intencionadamente daño a otro, está obligado a la reparación del daño⁵³. Se dice que la mención «hecho contrario a las buenas costumbres» introduce un matiz objetivo, que dió base para que la jurisprudencia alemana evolucionara hacia la acentuación del sentido social en el ejercicio de los derechos⁵⁴.

El CC suizo de 1907 optó por un criterio funcional. Su artículo 2 dispone que «[c]ada cual está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley»⁵⁵.

⁵¹ JOSSELAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, t. II, 10.^a ed., Recueil Sirey, París, 1933, pp. 226-227.

⁵² § 226 BGB: «Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Aweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen»..

⁵³ § 826 BGB: «Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schanden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet».

⁵⁴ CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., p. 144; MARÍN PÉREZ, P., «Abuso del Derecho», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. II, Seix, Barcelona, 1950, p. 132.

Se ha puesto de relieve que el recurso al § 826 BGB salvó inicialmente de la inaplicación al § 226, pero no por mucho tiempo, ya que desde los inicios de los años treinta, la jurisprudencia germánica viene justificando la prohibición de ejercitar maliciosa o deslealmente un derecho en el principio general de la buena fe, recogido en el § 242 BGB. Uno de los campos donde ha sido más evidente el abandono de los § 226 y 286 y su sustitución por el § 242 se afirma que ha sido el de las relaciones de vecindad (RANIERI, F., «Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 1231 y ss.).

⁵⁵ En virtud de este precepto, «[c]haacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi».

CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., pp. 148-50, prefiere el sistema adoptado por el legislador suizo al elegido por el alemán: éste define el abuso del derecho, ya sea como

3. LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A) La STS de 14 de febrero de 1944

Volviendo a España, hay que decir que el predominio indiscutible del principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, coherente con el sentimiento individualista que domina nuestro ordenamiento jurídico, era un obstáculo importante a la admisión del abuso del derecho. La Ley 14, Título XXXIV, Partida VII, establecía que «E aun dixeron los Sabios: que no faze tuerto a otro, quien usa de su derecho»⁵⁶, aunque algunos autores citan ciertos textos del Fuero Juzgo y las Partidas en los que se encuentra un reflejo del desfavor por el abuso del derecho⁵⁷. El CC, como se ha apuntado, no recogió la figura⁵⁸; pero, al igual que en Francia, la doctrina y la jurisprudencia defendieron su existencia y, finalmente, lograron su inserción en ese texto legal. El autor que despejó el camino fue Calvo Sotelo, mediante una interpretación extensiva de los preceptos del CC⁵⁹; a partir de ese momento, la jurisprudencia realizó

ejercicio del derecho que intencionalmente causa daño a otro (§ 226), ya como hecho opuesto a las buenas costumbres (§ 826), mientras que aquél se limita a reprobar el abuso manifiesto de un derecho, que existirá –continúa CALVO SOTELO–, según las pistas que el mismo artículo 2 ofrece, cuando el derecho se ejercite contra las reglas de la buena fe. A juicio de este autor, la naturaleza del abuso del derecho requiere «una estratificación legal imprecisa, amplia, dilatada, que por abarcar mucho y concretar poco pueda abarcar en su seno, a medida que la realidad jurídica de cada día lo vaya exigiendo, los múltiples casos de abuso del derecho que surjan de continuo. Decir que abuso del derecho es usar de un derecho contra las buenas costumbres y con la única intención de dañar a otro, es decir demasiado poco. Es exigir mucho». Sólo con una fórmula amplia, por tanto, se permite la incorporación de la moral social al Derecho positivo, que en su opinión, es la primera finalidad y mérito de la doctrina del abuso del derecho.

⁵⁶ *Las Siete Partidas de Alfonso X, ..., cit.*

⁵⁷ MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 148, siguiendo a MARTÍN BERNAL, *El abuso del derecho...*, cit., pp. 96 y ss., menciona varios en los que se sancionaban conductas que podían ser calificadas como abusivas, como la de aquellos que promovían demandas *escatimosamente* contra los mercaderes *e contra los otros omes que han de facer sus viajes por mar o por tierra, después de tener sus cosas aparejadas para estorbarles que no se puedan ir de la tierra en la razón que devían*; o aquellos de los hermanos que, maliciosamente, retrasaban el matrimonio por mor de heredar lo suyo; o los de los dueños de fincas próximas a edificios de *facer cavas nin foyas ningunas, porque el agua que lleva en el un solar, imbie en el otro solar a sabiendas* (el subrayado es de la autora).

⁵⁸ Aunque dentro de su articulado, existen manifestaciones aisladas de la misma, como los artículos 520, 529 y 117. Fuera del Código civil, algunos textos legislativos recogen el abuso del derecho: la Ley de aguas de 1879; la Ley de usura de 23 de julio de 1908; los RD de 13 de diciembre de 1923, 21 de diciembre de 1925 y 29 de diciembre de 1931, así como la posterior LAU de 1964, en materia de arrendamientos urbanos; y la Ley de contrato de trabajo de 1944, por citar varios ejemplos relevantes.

⁵⁹ Este autor, *La doctrina...*, cit., pp. 111 y ss., entendía que el individuo no es soberano para el ejercicio de sus derechos subjetivos, sino que ha de ejercitarlos en lo que la necesi-

una labor intensa, reflejada, especialmente, en la STS de 14 de febrero de 1944⁶⁰, cuyo ponente fue Castán Tobeñas. En ella se afirmó que la regla *qui iure suo utitur neminem laedit*, que, a juicio del TS, es la tesis general en nuestro Derecho, no debe entenderse de forma literal y absoluta, pues ello la pondría en pugna con las exigencias éticas del Derecho reconocidas en todos los tiempos, incluso en Roma. A continuación, el Alto Tribunal expuso que la doctrina moderna había elaborado la teoría del abuso del derecho y que si bien existían discrepancias en relación con determinados puntos, una idea común predominaba: que «*los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad*». Por último, la sentencia recogió los elementos esenciales del abuso del derecho: a) Uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva –cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo– o en forma objeti-

dad le reclame, porque para eso le son concedidos por la sociedad; de modo que si los usa para dañar a otro, y más aún, sin conseguir el fin que les es propio, hará un uso ilegal de los mismos. Además de este requisito subjetivo, CALVO SOTELO exigía otro, que él llamaba «impureza objetiva», que se concretaba en el uso anormal del derecho, por no responder a su finalidad económico-social. De acuerdo con esta tesis subjetivo-objetiva, este autor afirmaba que los requisitos esenciales del abuso del derecho eran los siguientes: 1) Uso de un derecho; 2) Daño a un interés sin lesionar otro derecho específico; 3) Inmoralidad de ese daño, ya sea en forma subjetiva (por la intención de dañar o la ausencia de un fin serio y legítimo), ya en forma objetiva (por la no adecuación a la finalidad económico-social del derecho).

⁶⁰ JC, t. V, 1944, núm. 43, pp. 344 y ss. Pueden verse sendos comentarios a esta sentencia en BONET RAMÓN, F., *RDP*, 1944, pp. 408 y ss., y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, 2.ª ed., reimp., Tecnos, Madrid, 1979, pp. 171 y ss.

El supuesto de hecho, conocidísimo, de esta resolución es el siguiente: el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona era titular de una concesión en exclusiva para extraer arena (sin determinación de la cantidad) de una playa del litoral de Barcelona. En la desembocadura del río Besós, próxima a la playa, existía una central de energía eléctrica. La sociedad concesionaria extrajo arena en cantidad tan grande y utilizando procedimientos mecánicos tales que provocó la disminución de la superficie de la playa y la desaparición de las defensas naturales contra las avenidas del río y la acción del mar. Con posterioridad, unos temporales produjeron importantes daños a la central eléctrica de San Adrián del Besós, que reclamó una indemnización de daños y perjuicios al Consorcio. Éste se defendió alegando que había ejercitado lícitamente su derecho, pues no se había fijado límite alguno a la cantidad de arena a extraer y los procedimientos usados habían sido correctos. La Audiencia de Barcelona estimó la demanda por considerar que se produjo un ejercicio abusivo del derecho por parte de la concesionaria. Recurrida la sentencia de apelación, el Tribunal Supremo estimó no haber lugar al recurso.

va —cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho—⁶¹.

Esta resolución recondujo el abuso del derecho al artículo 1902 CC, mediante una interpretación amplia de este precepto: comoquiera que dicha norma no precisa que la acción u omisión que causa el daño a otro «*sea contraria a la ley o extraña a la esfera del Derecho*» puede entenderse que la responsabilidad que impone el artículo alcanza a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos⁶².

La jurisprudencia posterior desarrolló y consolidó los aspectos apuntados en este fallo⁶³. Así, se construyó una importante doctrina jurisprudencial que influyó en la elaboración del artículo 7, párrafo 2.º, del CC, procedente de la reforma del Título Preliminar por Decreto de 31 de mayo de 1974.

B) El párrafo segundo del artículo 7 del Código civil español

Este precepto, que supone la consagración del abuso del derecho como principio de aplicación general, dispone:

⁶¹ LUQUE, «El “abuso del derecho”...», cit., pp. 451-453, ataca sin piedad la doctrina sentada por esta sentencia. A su juicio, los presupuestos teóricos en que, según el Tribunal Supremo, debe basarse la aplicación del abuso del Derecho, «son algo enteramente movido»: en cuanto al «interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica», afirma no saber en qué consiste; construir la figura de un «derecho cuya legalidad sólo es externa u objetiva» es, para este autor, desconcertante, pues «ahora resulta que lo jurídico, puro sistema de *certi fines*, no es verdaderamente tal cosa»; y sobre la «intención de perjudicar, carencia de un fin serio o legítimo, exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho cuando manifiestan inmoralidad o antisocialidad en el daño que se hace al interés carente de protección jurídica», se pregunta si todo ello no es un «vaniloquium». En definitiva, este autor piensa que la teoría del abuso del derecho «es antijurídica y demoleadora del orden social y jurídico y que la necesidad que se dice debe remediar, es incumbencia intransferible del Legislador y que la anquilosis de los órganos nomotésicos no debe ser motivo para defender tan perniciosa doctrina y peligrosa dejación de poderes por parte del Legislador en manos de los que están llamados a “mostrar el Derecho” pero no a darlo».

⁶² Esta sentencia contrasta con la que hasta entonces había sido la doctrina del TS, que, dominada por el repetido principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, estimaba que quien hace uso de su derecho, jamás incurrirá en la responsabilidad fijada por el artículo 1902 CC (SSTS de: 10 de mayo de 1893, *JC*, 1893, t. 73, núm. 166, p. 705; 13 de mayo de 1911, *JC*, 1911, t. 122, núm. 70, pp. 484 y ss.; 17 de octubre de 1911, *JC*, 1911, t. 122, núm. 85, pp. 472 y ss.).

⁶³ Las hay que pusieron el acento en la nota de antisocialidad del ejercicio del derecho (SSTS (Civil) de: 22 de septiembre de 1959, *R. Ar.* 3359; 30 de enero de 1963, *R. Ar.* 604; 12 de febrero de 1964, *R. Ar.* 688). Otras aludían a la intención de dañar como requisito constitutivo del abuso (SSTS (Civil) de: 4 de abril de 1964, *R. Ar.* 1812; y 4 de julio de 1973, *R. Ar.* 2934). No faltan tampoco las que sostuvieron que el abuso del derecho puede producirse, bien por la intención de perjudicar o la falta de un fin serio y legítimo, bien por el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (SSTS (Civil) de: 10 de junio de 1963, *R. Ar.* 3596; y 20 de mayo de 1969, *R. Ar.* 2680); o las que estimaron que la inmoralidad o antisocialidad del daño producido y la inexistencia de un fin serio y legítimo son «requisitos ambos necesarios para que pueda darse el abuso de derecho» (STS (Civil) de 21 de mayo de 1970, *R. Ar.* 2411).

«La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso»⁶⁴.

Según este artículo, los requisitos del abuso del derecho son los siguientes:

1) Un acto del titular del derecho (cualquier derecho subjetivo, incluidos los derechos y libertades fundamentales), que puede tener contenido positivo o negativo; es decir, puede consistir en una acción (con contenido material o jurídico) o una omisión. Respecto de esta segunda posibilidad, es preciso hacer una aclaración, pues la falta de ejercicio de un derecho por parte de su titular difícilmente puede perjudicar a tercero; se dice, por tanto, que la omisión abusiva se concreta a aquellos supuestos en los que existe un deber previo de actuación⁶⁵.

2) La acción u omisión ha de «sobrepasar manifiestamente los límites normales del derecho», o lo que es lo mismo, ha de constituir un ejercicio anormal del mismo⁶⁶. Este requisito impone dos averiguaciones: una, cuáles son los límites «normales» del ejercicio de un derecho; dos, qué significa el adverbio «manifiestamente».

Respecto de la primera cuestión, la doctrina indica que la normalidad del ejercicio es cuestión de apreciación según las costumbres y concepciones de cada época sobre lo normal y anormal. En

⁶⁴ La primera cuestión que plantea el precepto es si equipara el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo. Sin dejar de reconocer su interés, no se va a entrar aquí a analizarla, pues ello excedería del propósito de este trabajo. Pueden verse distintas opiniones en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990, p. 123; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *DJ*, oct.-dic. 1974, p. 1333; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. I, vol. 2, 11.^a ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 39; LÓPEZ Y LÓPEZ, A., en *Derecho civil. Parte general* (coord. por LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M./MONTÉS PENADÉS, V. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 358-359; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., «La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos», *RDP*, 1979, p. 448; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario al artículo 7», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 1, Madrid, 1992, p. 908.

⁶⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 912, está de acuerdo con esta afirmación, pero matiza que no siempre puede hablarse de un acto abusivo cuando la no actuación, existiendo un deber previo, ocasiona daños. Por ejemplo, si el deber previo es consecuencia de la existencia de una relación jurídica, se estará más bien ante un incumplimiento.

⁶⁶ Este hecho es, a juicio de ciertos autores, el elemento esencial del abuso del derecho (HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, p. 125; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El abuso del derecho...», cit., p. 1332; MARTÍN BERNAL, J. M., «Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del abuso del Derecho», *ADC*, 1979, p. 438).

cualquier caso, se destaca que no ha de entenderse ejercicio normal como equivalente a ejercicio conforme a la legalidad, sino que ha de tomarse en consideración, principalmente, la función que está llamado a desempeñar el derecho de que se trate; y dicha función y el contenido del derecho han de relacionarse con las circunstancias económico sociales⁶⁷.

En cuanto al adverbio «manifiestamente», se suele interpretar en el sentido de que la extralimitación sea patente⁶⁸ y, según algún autor, de cierta entidad⁶⁹.

La «anormalidad» en el ejercicio del derecho puede venir dada por uno de estos tres elementos (sin perjuicio de la concurrencia de dos de ellos o de los tres): a) La intención del autor; b) El objeto de la actuación; c) Las circunstancias.

a) La intención del autor puede consistir en la voluntad de perjudicar (o el conocimiento de las consecuencias perjudiciales de la conducta) o en la ausencia de un fin legítimo. La E. de M. del D. de 1974 afirma que no ha de haber, sin embargo, un comportamiento doloso o culposo por parte del agente, puesto que, en tal caso, se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil. Resulta difícil compaginar esta afirmación con la interpretación uniforme que se ha dado a la intencionalidad como voluntad de hacer daño. De hecho, se ha sostenido que la diferencia entre el abuso del derecho y la responsabilidad civil no está en este dato, sino en los demás requisitos del primero. Así, mientras en el ejercicio abusivo se parte necesariamente del ejercicio u omisión de un derecho, que causa un daño, en sede de responsabilidad civil, el acto doloso o culposo no tiene por qué ser consecuencia del ejercicio u omisión de un derecho; por otra parte, el daño no tiene que

⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, vol. 2, p. 124. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil español*, t. I, Bosch, Barcelona, 1987, p. 289; LÓPEZ Y LÓPEZ, en *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 355; GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 919.

De forma similar, la STS (Civil) de 1 de febrero de 1990, R. Ar. 651, exigió, para la apreciación de la existencia del abuso del derecho, entre otros requisitos, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético del precepto legal en que se amparan.

⁶⁸ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., t. Preliminar, 2.ª ed. revisada, Bosch, Barcelona, 1989, p. 409.

⁶⁹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, p. 124; GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 918. Señala LACRUZ BERDEJO que el abuso debe ser «manifiesto, ostensible, de cierta entidad», lo que constituye un factor variable según los casos, que ha de ser fijado, en última instancia, por el juzgador.

MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso del derecho...», cit., p. 449, ha señalado, no obstante, que si la conducta causa daño a otro, difícilmente podrá evitarse la condena, aunque hubiese sobrepasado en una parte mínima los límites normales legalmente existentes para el ejercicio del derecho.

haberse producido necesariamente para que haya abuso (medidas preventivas), pero sí para que nazca la responsabilidad civil⁷⁰.

El CC no aclara si el ánimo de dañar ha de ser la única motivación del agente o si, por contra, es posible apreciar la existencia del abuso aunque existan otras motivaciones, además de aquélla. Sobre la base de que la primera opción no satisface porque siempre sería fácil para el dañador acreditar la existencia de otro fin, pero que tampoco la segunda sería justa, se concluye que la solución óptima es estimar que la intención de dañar ha de ser la motivación principal⁷¹.

En cuanto a la ausencia de un fin serio y legítimo, se ha dicho que este extremo debe valorarse, más que en relación con unos intereses determinantes para el legislador comprendidos en la ley, con referencia a una finalidad político social y a la función social de los derechos⁷².

b) El objeto de la actuación alude a la finalidad satisfactiva que el ejerciente persigue con su acto u omisión⁷³. La existencia del abuso por este motivo ocurre, según un sector doctrinal, cuando la finalidad del ejerciente no coincide con aquella para la que el derecho ha sido concedido a su titular⁷⁴. Para otros autores, en cambio, el abuso por razón de su objeto no procede tanto del resultado perseguido por su autor, sino del resultado objetivo, fruto de apurar demasiado —el titular del derecho— las ventajas que éste es susceptible de proporcionar⁷⁵.

⁷⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., pp. 913-914. No es que, para esta autora, el daño no sea elemento imprescindible del abuso del derecho, que lo es (así lo afirma en la p. 922 del citado trabajo), sino que no es preciso que sea actual; basta con que de la actuación pueda deducirse, razonablemente, que se producirá (daño futuro).

⁷¹ MARTÍN BERNAL, «Nuevas consideraciones valorativas...», cit., pp. 449-450.

⁷² MARTÍN BERNAL, «Nuevas consideraciones valorativas...», cit., p. 450.

⁷³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., tomo Preliminar, p. 409; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, p. 125; GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 915.

⁷⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 915.

⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, p. 125; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 7, párrafo segundo, del CC», en *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 68, opinión que mantiene en la edición de 1993.

Con referencia también al resultado del acto, ROCA JUAN, J., «Comentario al artículo 7, párrafo segundo», en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1977, p. 393, sostiene que «para que por el "objeto" del ejercicio pueda apreciarse el abuso parece que habrá de existir una contraposición entre las consecuencias del acto y la función asignada a la situación de la que el derecho deriva o se incluye. La contraposición rompe la necesaria correspondencia que debe existir entre la esfera de poder concreto atribuida al sujeto, el para qué se le atribuye y el resultado del acto de ejercicio de ese poder».

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, cit., t. I, p. 175, por su parte, destaca que el exceso o la anormalidad pueden producirse por dos vías: la primera, por contravención, en el concreto acto de ejercicio del derecho, de la función económica de éste; la segunda, por falta de precaución en la tutela de los intereses de las partes.

Parece que esta segunda posibilidad apuntada podría coincidir con la señalada, por los autores citados antes, de intensidad excesiva en el ejercicio del derecho: el titular del derecho apura demasiado las ventajas que éste puede proporcionar, sin prevenir el perjuicio que de ello puede derivar para terceros. En ambos casos, se está pensando en el supuesto de

c) Las circunstancias se entienden de diversa manera. Algunos autores las estiman referidas a las que rodean el lugar, las personas, el ambiente, el tiempo, etc.⁷⁶; otros, con una perspectiva más amplia, piensan que la expresión comprende también la apreciación de la opinión social⁷⁷, o incluso que hay que considerar conjuntamente los datos objetivos de tiempo, lugar, etc., y la manera de sentir de la sociedad⁷⁸.

Como se puede apreciar, estos elementos recogen la manifestación subjetiva (intención) y objetiva (objeto y circunstancias) del abuso; o dicho de otro modo, el legislador ha optado por una solución ecléctica entre las dos corrientes doctrinales formadas para explicar la figura.

3) Un daño para tercero producido por el acto. Es, según algunos autores, el elemento primordial y condicionante de la conducta para que la misma se subsuma en el abuso⁷⁹. Otros, por contra, consideran que puede haber supuestos de abuso con daño para tercero y otros en los que no se produzca tal daño, como lo prueba la alusión a las medidas preventivas en el artículo 7.2 CC⁸⁰. A esta opinión se ha contestado, sin embargo, que la previsión de estas medidas obedece a que el daño puede ser actual o futuro, pero en cualquier caso, es elemento necesario para hablar de abuso de derecho⁸¹.

hecho de la STS de 14 de febrero de 1944 (V. nota 60), en el que no cabía apreciar un apartamiento de la finalidad económico-social del derecho: el derecho de concesión del que era titular el Consorcio de la Zona Franca le fue concedido para extraer arena, que es justo lo que hizo, y, además, dio a los materiales extraídos el destino normal desde el punto de vista económico. Por tanto, para calificar el ejercicio de dicho derecho como abusivo era preciso admitir otra variante de abuso del derecho en sentido objetivo.

La STS (Civil) de 22 de septiembre de 1959, R. Ar. 3359, así lo aceptó. Según la misma, suele hablarse de abuso del derecho en varios sentidos, que la resolución no discutía: a) como ejercicio de un derecho en forma anormal, en cuanto a su intensidad; b) como ejercicio de un derecho mediante formas desacostumbradas y particularmente incómodas para los terceros, con lo que se crea una desproporción objetiva entre la utilidad del ejercicio del derecho por parte de su titular y las consecuencias con que los terceros cargan; c) como acto de emulación, esto es, ejercicio de un derecho sin utilidad propia y sólo para perjudicar a los demás.

⁷⁶ MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso del derecho...», cit., p. 449; LÓPEZ Y LÓPEZ, en *Derecho civil...*, cit., p. 355.

⁷⁷ ROCA JUAN, «Comentario al artículo 7, párrafo segundo», cit., pp. 393-394.

⁷⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 916.

⁷⁹ MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso del derecho...», cit., p. 450. A lo que entiende este autor, puede ser cualquier tipo de molestia o incomodidad que se cause al otro, aunque no tenga traducción económica.

⁸⁰ ASÍ, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, p. 73, sostiene que el precepto contiene una hipótesis general, esto es, un abuso del derecho genérico, para el que no se precisa la producción de un daño, y una hipótesis especial, en la que es imprescindible la existencia de un daño. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El abuso del derecho...», cit., p. 207, en la misma línea, sostiene que «el daño no es un factor esencial de la idea de abuso, sino sólo un presupuesto del efecto indemnizatorio».

⁸¹ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., pp. 921-922. De otro modo —destaca esta autora—, habría problemas de legitimación y, lo que es más grave, no se podría distinguir entre ejercicio normal y anormal del derecho, pues, si no hay daño, rige el

Por daño hay que entender, de acuerdo con la teoría general, toda lesión, perjuicio o menoscabo real que se inflige a una persona en sus bienes, derechos o intereses, ya sean materiales o espirituales. Ha de existir una relación de causalidad entre la conducta y el daño producido o que pueda producirse, el cual, por otro lado, puede ser material o moral y puede afectar a un interés individual o social.

El bien dañado no debe ser un derecho subjetivo, porque, en este caso, el tercero gozará de los medios que tutelan su derecho ante una violación del mismo. Ha de ser un interés protegible, naturalmente, pero no debe estar protegido por una específica prerrogativa jurídica, puesto que el abuso del derecho es un remedio excepcional, al que sólo cabe acudir cuando no exista otro medio de protección del interés dañado⁸².

El CC prevé tres sanciones para el abuso: una general, que consiste en el no amparo por la ley del acto abusivo, y dos específicas, que se traducen en el resarcimiento y en ciertas medidas preventivas.

La ausencia de protección para quien abusa de su derecho no significa la privación del mismo, sino la negación de eficacia jurídica al acto abusivo (eficacia que tendría en otro caso)⁸³.

El resarcimiento obedece a la responsabilidad –objetiva, pues no se exige ni dolo ni culpa– en que incurre quien abusa de su derecho⁸⁴. Para calcular la cuantía, habrá que acudir a los principios generales del Derecho de daños. Hay que probar, además de la existencia del abuso, la realidad del daño y la relación de causalidad entre uno y otro.

En cuanto a las medidas judiciales o administrativas, el texto legal no concreta cuáles puedan ser, por lo que su atipicidad legal –se afirma– habrá de ser configurada en cada caso por los órganos competentes. Pero, en todo caso, se piensa, en lo que a las medidas judiciales se refiere, que tendrán que consistir en una resolución judicial, en forma de sentencia, en la que se contenga una condena de hacer o no hacer; esta sentencia habrá de ser dictada después de un proceso contradictorio, en el que cabrá adoptar, cuando la LEC

principio *qui sui iure utitur neminem laedit* con toda su fuerza. «En realidad –hace notar NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 118–, en puridad y abstracción, puede haber una conducta abusiva que no cause daño. La cuestión es que sin el daño, no tiene sentido cercenar el ejercicio de un derecho aunque sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio».

⁸² DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario al artículo 7, párrafo segundo», cit., p. 69; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., en *Derecho civil*, cit., p. 356; GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 924. En el mismo sentido, STS (Civil) de 13 de junio de 1966, R. Ar. 3407.

⁸³ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 925.

⁸⁴ Antes de la reforma del TP del CC, la jurisprudencia imponía la obligación de indemnizar con base en el artículo 1902 CC.

lo permita, medidas cautelares de aseguramiento; y respecto de las medidas administrativas, se puntualiza que el artículo 7.2 no supone una plena legitimación de la Administración pública, ni una atribución de competencia a la misma, en toda su posible escala de órganos, para adoptar medidas de preservación de los particulares frente a los abusos; la autoridad administrativa tendrá legitimación cuando se la atribuyan las leyes especiales por las que se rija⁸⁵. Por otra parte, la redacción del precepto (que impidan la «persistencia» en el abuso) parece indicar que sólo podrán adoptarse cuando se haya producido el daño, y así lo entienden muchos autores⁸⁶, aunque hay quien piensa que es posible su adopción también para prevenir un daño futuro⁸⁷. Lo que ha de existir siempre es una previa declaración judicial de la existencia del abuso⁸⁸.

4. CRÍTICAS DOCTRINALES A LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Desde el inicio, la doctrina del abuso del derecho fue sometida a duras críticas. De entrada, se afirma que «abuso» y «Derecho» son dos términos antagónicos: no puede hablarse de abuso del Derecho, porque donde el abuso comienza, el Derecho termina⁸⁹. Frente a ello, se ha defendido la posibilidad de salvar esta aparente contradicción atendiendo a las dos acepciones de la palabra derecho: derecho subjetivo y Derecho objetivo; el acto abusivo –se dice– es conforme a un derecho determinado, pero es contrario al Derecho, considerado en abstracto como conjunto de reglas socia-

⁸⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El abuso del derecho...», cit., p. 208.

⁸⁶ ROCA JUAN, «Comentario al artículo 7, párrafo segundo», cit., p. 389; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 309. A juicio de esta autora, la imposición de medidas correctoras con carácter preventivo sólo se contempla en el artículo 590 CC completado por el artículo 305 Ley del suelo.

⁸⁷ Partidarios de esta tesis son, entre otros, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a las SSTs de 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981 y 12 de febrero de 1981», *ADC*, 1981, p. 909 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. I, p. 442.

⁸⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., pp. 928-929; MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada...*, cit., p. 156.

⁸⁹ Así se pronunciaba PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 2.^a ed., 1911, p. 280, para quien «[l]a fórmula del uso abusivo de un derecho es una logomaquia, porque si yo uso de mi derecho, mi acto es lícito, y cuando sea ilícito es que excede a mi derecho y que he obrado sin derecho (...) Todo acto abusivo, por lo mismo que es ilícito, no puede ser ejercicio de un derecho, y, por tanto, el abuso no es categoría distinta del acto ilícito. El uso cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de ningún derecho, por la sencilla razón de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez acto conforme y acto contrario al derecho». Con los mismos argumentos, DEMOLOMBE, C., *Course de Code Napoleon*, t. XII, París, 1882, p. 648, y LAURENT, *Principes...*, cit., t. VI, núm. 136, negaban la posibilidad del abuso del derecho de propiedad.

les⁹⁰. Desde otro punto de vista, se alega que, en el abuso del derecho, hay un uso en sentido objetivo y un abuso en sentido subjetivo; es decir, se trata de ejercicio de un derecho dentro de los límites objetivamente fijados por el Derecho positivo, que sin embargo se realiza con un fin distinto al señalado por el legislador⁹¹.

Por otra parte, en contra de la admisión de la concepción subjetiva, se aduce que la apreciación de que un individuo ha obrado con intención de perjudicar a otro obligaría al juez a delicadas búsquedas de la intención; y que le otorgaría un arbitrio que podría dar lugar a resultados poco satisfactorios⁹². Los partidarios del criterio subjetivo contestan que la búsqueda de la intención es algo corriente en el ámbito jurídico (pensemos en el principio de la buena fe, en la responsabilidad por culpa, en la diligencia de un buen padre de familia); es más, defienden que el factor intencional tiene un papel importantísimo en el Derecho, tanto que «es una quimera querer crear un derecho civil puramente objetivo y juzgar los hechos sin ocuparse de las intenciones»⁹³. Además –se añade–, la labor que se encomienda al juez no es

⁹⁰ JOSSEBRAND, *Cours de Droit civil...*, cit., t. I, Sirey, París, 1932, p. 231; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, p. 66.

⁹¹ CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., pp. 78 y ss. Este autor compara el supuesto de un propietario que apoya el edificio que levanta en su solar sobre cimientos que se extienden al solar ajeno y el de otro propietario que levanta una pared altísima, con el simple propósito de perjudicar al vecino. En el primer caso, no hubo uso del derecho de propiedad, porque el titular traspasó los límites objetivos del mismo; en el segundo, por el contrario, hubo uso, porque no se traspasaron dichos límites, pero también abuso, por la intención maliciosa del propietario. En la primera hipótesis, hay que hablar de acto ilícito, que es un acto «sin derecho», y en la segunda, de acto abusivo, que es un acto «con o en derecho», que por suponer un ejercicio arbitrario genera responsabilidad. Ahora bien –prosigue este autor en las pp. 81 y ss.–, del hecho de que el acto abusivo no sea equivalente al acto ilícito, no puede deducirse, *contrario sensu*, que sea igual al acto lícito. Coinciden en que ambos constituyen el ejercicio de un derecho; pero difieren en que «acompaña al acto abusivo una malicia intencional que en el lícito no se da, y que, además, se traduce en daño o perjuicio que el acto lícito no ocasiona; y aun si de un acto lícito derivase un perjuicio a tercero, la diferencia seguirá en pie, porque mientras el acto abusivo origina la responsabilidad tan pronto da lugar al daño, el acto lícito que resultare perjudicial a un derecho de tercero sólo la engendrará cuando tal perjuicio suponga una perturbación excesiva en el equilibrio de los derechos individuales, o sea un derecho de los que tienen por característica esencial el peligro de dañar a otros, en cuyo caso entra en la teoría del riesgo».

⁹² En este sentido, PLANIOL (citado por RIPERT, *La règle morale...*, cit., p. 160); DEMOLOMBE, *Cours...*, cit., t. XII, p. 132; SALEILLES, *Essai d'une théorie général...*, cit., p. 371; MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso del derecho...», cit., p. 444. Este último autor opina que la indagación de la voluntad puede ser correcta si no existe otro procedimiento más eficaz o seguro para resolver el conflicto, pero «no cuando es posible encontrar el estigma condenable del abuso en un dato cierto e incontrovertible: la consideración del elemento externo del daño o perjuicio como requisito indispensable para su apreciación».

⁹³ RIPERT, *La règle morale...*, cit., p. 161. En la misma línea, JOSSEBRAND, *De l'abus de droit*, cit., p. 47; CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., p. 97 y GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., «La teoría del abuso de derecho como principio informador de las relaciones de vecindad», *Revista de Derecho español y americano*, 1968, pp. 61-62. No hay que olvidar –apunta este autor– que «el juez es el hombre de la calle, a quien sus funciones no inmunitizan contra las acciones y reacciones del medio social; es un hombre con los defectos y cualidades de todo el mundo. Y entre las que a todos son comunes hay una que no es ciertamente extraña al mundo judicial: la fidelidad a la tradición».

de inquisición meramente arbitraria, pues de lo que se trata no es de que se introduzca en la mente del individuo para conocer sus intenciones, sino que valore la intención de dañar realizada, exteriorizada⁹⁴.

5. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

En lo que a las relaciones de vecindad se refiere, la doctrina del abuso del derecho no tiene protagonismo donde existe una regulación específica de aquéllas y, en lo que aquí interesa, de las inmisiones; esto ocurre en Alemania, Suiza e Italia (en este país, desde la publicación del Código civil de 1942). Fue relevante, por el contrario, en Italia, durante la vigencia del CC de 1865 (aunque, a decir verdad, en este país siempre ha habido una fuerte oposición a la admisión de esta figura⁹⁵), así como en Francia y en España; en estos dos últimos países lo sigue siendo, pues no existe todavía disciplina legal de las inmisiones.

Algunos autores franceses defendieron el abuso del derecho como único criterio regulador de las relaciones de vecindad⁹⁶. Otros entendían, en cambio, que esta doctrina no era adecuada para solucionar, en su totalidad, los problemas planteados en este ámbito, puesto que, aparte de los actos abusivos, el ejercicio del derecho de propiedad puede dar lugar a actos ilegales y a actos excesivos, para hacer frente a los cuales aquélla no era suficiente⁹⁷.

⁹⁴ CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., p. 100. En la página 108 de la misma obra, este autor apunta otra consideración, además de las señaladas, en defensa de la versión subjetiva del abuso del derecho como falta de un interés serio y legítimo: «la utilidad de quien ha ejercitado un derecho –sostiene este autor– no es una noción puramente subjetiva, sino también objetiva, porque es algo que no escapa a lo que los hechos registran y enseñan».

⁹⁵ V., a este respecto, ROTONDI, M., «L'abuso di diritto», *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 105 y ss.; NATOLI, «Note preliminari...», cit., pp. 18 y ss.; RESCIGNO, P., «L'abuso di diritto», *Riv. dir. civ.*, 1965/1, pp. 205 y ss.

⁹⁶ COLIN, A./CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, vol. 2 (trad. esp. con notas de DE BUEN, D.), Madrid, 1961, p. 185. Para estos autores, existe abuso del derecho cuando los derechos no se usan según su destino natural y de un modo normal, con lo que su criterio viene a coincidir con el del uso normal del § 906 BGB, como, por otra parte, ellos mismos admiten.

⁹⁷ Así lo estimaba JOSSERAND, *Cours de Droit civil...*, cit., t. I, p. 769. Este autor afirmaba que existen tres tipos de limitaciones del derecho de propiedad debidos al interés de los propietarios vecinos: las servidumbres, las obligaciones mutuas y precisas que la ley carga sobre el propietario y ciertas obligaciones genéricas, basadas en unas directivas generales, que la jurisprudencia impone a cada propietario. En *El espíritu de los derechos...*, cit., pp. 20-21 y 32-34, este autor distinguió dos situaciones en el tercer grupo de limitaciones. En primer lugar, están las molestias que el propietario ocasiona con el ánimo de perjudicar; es decir, los actos abusivos, que dan lugar a responsabilidad de su autor. Pero puede ocurrir, y ello configura la segunda situación, que el propietario cause a su alrededor incomodidades que excedan las obligaciones ordinarias de vecindad, sin hacer un uso desviado de su derecho respecto del fin para el que le

En todo caso, se apuntaba que la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, en materia de relaciones de vecindad, exigía tres condiciones: a) Que el establecimiento peligroso, insalubre o incómodo figurara en una de las categorías cuya autorización permitía la ley sin formalidades, o, en caso contrario, que hubiera cumplido dichas exigencias legales, porque, de no ser así, el demandado no tendría derecho alguno; b) Que el demandante hubiera sido privado de disfrutar de su propiedad, ya porque se produjesen daños materiales, ya porque su finca fuese inhabitable por las molestias; en otro caso, no habría lesión de su derecho; c) Que el demandado fuese el causante de la lesión del derecho del demandante⁹⁸.

Por lo que se refiere a España, cierto sector doctrinal defiende la consideración de la doctrina del abuso del derecho, a falta de norma específica, como principio general regulador de las inmisiones. Otros autores, en cambio, que estiman que dicho principio puede derivarse de la generalización de lo dispuesto en los artículos 590 y 1908 CC, piensan, no obstante, que la prohibición del abuso del derecho resuelve otros conflictos vecinales⁹⁹; y, en todo caso, dado su carácter de principio general del Derecho, informa toda la materia de las relaciones de vecindad¹⁰⁰.

Personalmente estimo que la doctrina del abuso del derecho no es aplicable para resolver los problemas de inmisiones. En su versión subjetiva, que, según creo, coincide con la teoría de los actos de emulación, es igual de insuficiente que ésta, ya que se puede causar un perjuicio sin intención de perjudicar y con utilidad propia. Tampoco si el

ha sido concedido; antes al contrario, «usa de su derecho en vista de su propio interés y, por tanto, conforme a la voluntad del legislador y a la esencia misma de la propiedad individual: fabricante, industrial, agricultor, se dedica al ejercicio de su profesión, sobre su propio dominio, obra correctamente, y permanece, con exactitud, en el espíritu de la institución». Tampoco hay, en esta hipótesis, comisión de una falta: «¿cómo considerar culpable –se pregunta este autor– el ejercicio de una profesión lícita, en condiciones normales?» Y todavía más difícil si la actividad en cuestión cuenta con la preceptiva autorización administrativa, el reconocimiento de utilidad pública o una concesión otorgada por los poderes públicos. No obstante, pese a la ausencia de culpa y de ánimo de dañar, el propietario responde del daño ocasionado a sus vecinos en el ejercicio de estas actividades, siempre que sobrepase la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad. Se trata de los que JOSSEAND llama actos excesivos, que dan lugar a responsabilidad con base en la teoría del riesgo. Diferentes de los actos abusivos y de los excesivos son, a lo que creía este autor, los ilegales, esto es, los que se ejecutan violando una disposición legislativa o reglamentaria; es decir, transgrediendo los límites objetivos del derecho.

⁹⁸ DESSETEAUX, M. M., «Abus de droit ou conflit de droits», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1906, pp. 129-130. Conviene puntualizar que, para este autor, el abuso del derecho es en realidad un conflicto de derechos: consiste en que el ejercicio de un derecho lesiona otro igualmente respetable. Cada uno de los derechos en conflicto se proclama como absoluto, por lo que es necesario establecer un principio que permita anteponer uno al otro.

⁹⁹ ALONSO PÉREZ, M., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», *CCJC*, núm. 15, 1987, pp. 5268-5269; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 296-297.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967, pp. 144; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 357.

abuso se concibe como apartamiento del fin económico o social para el que ha sido concedido el derecho, es bastante para resolver la cuestión planteada, porque las inmisiones se pueden producir, y de hecho, es lo frecuente, en el ejercicio de derechos de acuerdo con su finalidad.

Si se estima en cambio, como defienden algunos autores, que el ejercicio también es abusivo por razón de su objeto cuando el titular del derecho apura demasiado las ventajas que éste es susceptible de proporcionar (que fue precisamente el supuesto de hecho de la STS de 14 de febrero de 1944), cabría, en principio, defender la aplicación de la doctrina del abuso del derecho al problema de inmisiones. Sin embargo, hay una circunstancia que debemos tener en cuenta: en el abuso del derecho, el daño que exige la jurisprudencia del TS es la lesión de «un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica», mientras que en las inmisiones hay lesión de derechos subjetivos o de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico en normas específicas¹⁰¹. Con todo, creo que este principio, en combinación con otros, puede ser bastante para la solución de otros conflictos planteados en sede de relaciones de vecindad¹⁰² y, en todo caso, ha de informar toda la disciplina de las mismas, en cuanto que es un principio general del Derecho¹⁰³.

¹⁰¹ DELGADO DE MIGUEL, J. F., «El abuso de derecho y la función ecológica de la propiedad», *Separata del Centenario del Código Civil*, vol. IV, Alicante, 1991, pp. 314 y ss.; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 355-357; NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., pp. 116 y ss.

Aunque el artículo 7.2 CC no menciona este requisito, tanto la jurisprudencia como la doctrina lo exigen desde la sentencia de 14 de febrero de 1944, que, de todos es conocido, construyó el concepto y estableció los requisitos del abuso del derecho, entre los que incluyó el señalado de perjuicio a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. En este sentido, la STS (Civil) de 12 de febrero de 1964, R. Ar. 688, estimó que el no haber hecho el arrendador las obras necesarias para mantener en uso la finca arrendada (circunstancia que dió lugar a la ruina del edificio y a la demanda de resolución del contrato de arrendamiento por esta causa) no podía considerarse abuso del derecho, «*pues aun considerando esa conducta del propietario como anormal, no puede decirse que dañe un interés, no específicamente protegido por una norma legal, porque los artículos 107 y ss. de la Ley de Arrendamientos (se refiere a la LAU de 1964), protegen el interés del arrendatario y no se da por ello el presupuesto necesario para que nazca el abuso del derecho*». Abundando en la misma idea, la STS (Civil) de 25 de octubre de 1974, R. Ar. 3974, afirmó que «*el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de intereses que todavía no alcanzan protección jurídica*»; y la reciente STS (Civil) de 30 de junio de 1998, R. Ar. 5286, insiste en que «*para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: 1.º, uso de un derecho objetivo (¿?) y externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y 3.º, inmoralidad o antisocialidad de este daño*».

¹⁰² Así lo afirma ALONSO PÉREZ, «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», CCJC, núm. 15, 1987, pp. 5268-5269, con quien manifiesta su acuerdo SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 296-297.

¹⁰³ «El principio del abuso del derecho —afirma GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 144— no puede estar nunca ausente en el ánimo del legislador al adoptar el principio que ha de informar la normativa vecinal; ni en el juzgador al dar solución con arreglo a la normativa vecinal, del caso concreto que se someta a su consideración, bien tipificado o abstractamente considerado en aquella normativa sobre “relaciones de vecindad”. En el mismo sentido, ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 357.

IV. LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES ORDINARIAS DE VECINDAD O DE LAS PERTURBACIONES QUE EXCEDEN DE LOS INCONVENIENTES NORMALES DE LA VECINDAD

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Esta doctrina nace casi simultáneamente a la del abuso del derecho, y también es fruto de la jurisprudencia francesa¹⁰⁴. La fórmula aparece por primera vez en la S. de la Corte de Casación francesa de 27 de noviembre de 1844¹⁰⁵, que resolvió un problema de vecindad entre una casa de salud y unas minas que generaban gran cantidad de ruidos molestos; se estableció como principio que no puede responsabilizarse a quien disfruta de un inmueble (propietario o titular de otro derecho de disfrute) por cualquier molestia que cause a sus vecinos, pues ello imposibilitaría la vida en común; por tanto, sólo se es responsable de las perturbaciones que excedan la *mesure des obligations ordinaires du voisinage*¹⁰⁶.

Esta idea, expresada primero con esta fórmula de las obligaciones ordinarias y después con la de los inconvenientes anormales¹⁰⁷,

¹⁰⁴ El hecho de que el punto de partida de ambas teorías sea el mismo (a saber, un acto objetivamente lícito que genera responsabilidad para su autor), provoca, como subraya NICOLAS, M. F., «La protection du voisinage», *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 682, la producción de continuos solapamientos entre ellas en el ámbito de las relaciones de vecindad en Francia; a decir de este autor, lo más eficaz para la víctima es apoyar su demanda al mismo tiempo sobre el abuso y sobre el carácter anormal del inconveniente de vecindad.

¹⁰⁵ *DP*, 1845, 1, p. 13.

¹⁰⁶ Como señala la doctrina francesa (APPERT, M. G., «Droits du propriétaire. Vis-a-vis de ses voisins», *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 77; YOCAS, M. C. P., *Les troubles de voisinage*, París, 1966, p. 15, nota 7), hasta la sentencia de 1844, no se enunció la fórmula de manera tan clara, pero en resoluciones anteriores ya se puede encontrar la idea base de la misma. Entre estas decisiones anteriores, se cita la sentencia del Trib. Colmar de 16 de mayo de 1827, *S.*, 1828, 2, p. 23, que de modo implícito estableció la necesidad del carácter extraordinario de la perturbación, al señalar que un vecino no puede quejarse cuando el ejercicio de la propiedad del fundo vecino le cause solamente algunas molestias e incomodidades, pero no puede ser forzado a tolerar las cosas que le produzcan un perjuicio real y notable («*Attendu que, si le droit du propriétaire consiste à user de sa chose de la manière la plus absolue, ce droit ne s'étend pas jusqu'à nuire à autrui, que d'un côté le voisin ne peut pas se plaindre lorsque l'exercice de la propriété du fond dominant lui cause seulement quelques désagréments ou inconvénients, mais qu'il ne saurait être forcé à tolérer les choses qui lui porteraient un préjudice réel et notable*»).

¹⁰⁷ Hasta 1968 –indica CABALLERO, *Essai sur...*, *cit.*, p. 227–, ambas fórmulas son utilizadas concurrentemente; a partir de 1969, la segunda se impone sobre la primera, aunque ésta no se abandona por completo. Entre otras muchas, pueden citarse, en esa primera etapa en la que se usan indistintamente las dos expresiones, las siguientes sentencias: *Cass.*, 28 de febrero de 1848, *S.* 1848, 1, p. 311; *Cass.*, 3 de diciembre de 1860, *D. P.* 1961, 1, p. 331; *Cass.*, 17 de abril de 1872, *S.* 1872, 1, p. 76; *Cass.*, 19 de abril de 1905, *D.* 1905, 1, p. 256; *Cass.*, 29 de mayo de 1937, *Rec. Gaz. Pal.*, 1937, 3, p. 363; *Ch. Civ.*, 21 de julio de 1953, *Bull. Civ.*, 1953, II, p. 262; *Civ.*, 22 de enero de 1953, *Bull. Civ.*, 1953, II, p. 74; *Civ.*, 29 de marzo de 1962, *Bull. Civ.*, 1962, II, p. 258; *Civ.*, 16 de enero de 1968, *Bull. Civ.*, 1968, I, p. 163.

se reiteró constantemente por los tribunales y fue aceptada de buen grado por los autores franceses ¹⁰⁸, quienes trataron de determinar los dos aspectos fundamentales sobre los que se asentaba la doctrina: cuál es el fundamento de la responsabilidad en que incurre quien sobrepasa la medida de las obligaciones ordinarias vecinales y cómo se distingue entre las obligaciones ordinarias de vecindad y las extraordinarias.

A estos puntos se dedican los siguientes subepígrafes.

2. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE INCONVENIENTES ANORMALES DE LA VECINDAD

El abanico de fundamentaciones propuestas es amplísimo. No es éste el momento ni el lugar para pormenorizar cada una de estas aportaciones doctrinales, pero parece conveniente, al menos, destacar sus aspectos más interesantes. Antes de ello, sin embargo, es preciso explicar este afán colectivo por encontrar el fundamento de la responsabilidad en materia de *troubles de voisinage*. No había problema en declarar la responsabilidad civil del propietario o poseedor de un fundo que, culposamente, causaba un daño a un vecino, con base en los artículos 1382 y 1383 CC francés ¹⁰⁹. Pero sí cuando no existía culpa de quien producía la inmisión. En efecto, comprobado que una molestia excedía la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad, los tribunales franceses declaraban responsable al autor de la misma y aplicaban, para regular esta responsabilidad, los artículos 1382 y ss. del CC de 1804 ¹¹⁰. Estos preceptos consagran el principio general de responsabilidad basada en la idea de culpa, con base en el cual se exige, para apreciar la

¹⁰⁸ APPERT, «Droits du propriétaire...», cit., pp. 76-77, afirmó que la fórmula presentaba las siguientes ventajas: a) Sustituyó una cuestión de puro hecho por una cuestión de derecho, dado que obligaba a investigar el uso establecido entre los vecinos y si un propietario actuaba conforme a ese uso; b) Concilió de manera óptima las necesidades de la industria con la necesidad general de bienestar y tranquilidad; c) Era lo suficientemente flexible para ser aplicable a las modificaciones introducidas en la industria y en la vida social; d) Era equitativa, en el sentido que quien se establece en un sitio espera o debe esperar que sus vecinos se comporten como es habitual en dicho lugar, y si no ha previsto que sería así, es él el culpable, de modo que sería injusto castigar a sus vecinos por su falta de previsión.

¹⁰⁹ De acuerdo con el artículo 1382 CC francés, «[t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». El artículo 1383 dispone, a continuación, que «[c]hacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence».

¹¹⁰ Así, Cass., 27 de junio de 1852, S., 1858, 1, p. 305, que condenó al propietario de un edificio del que procedían olores fétidos y gases nocivos, por no haber tomado las precauciones oportunas para evitar el perjuicio a los vecinos; Cass., 26 de marzo de 1873, S., 1873, 1, p. 256, que resolvió en el mismo sentido un supuesto de exhalaciones y humos procedente del inmueble del demandado que hacían inhabitables las viviendas vecinas.

responsabilidad, la concurrencia de dos requisitos: culpa y daño. Pues bien, cuando, como se decía, las inmisiones se producen sin intención de molestar ni negligencia por parte del autor de las mismas, como consecuencia del ejercicio de su derecho de propiedad o cualquier otro derecho real de disfrute sobre bienes inmuebles (en numerosas ocasiones, incluso, el causante de las perturbaciones ha tomado medidas para evitarlas), su responsabilidad civil no se puede fundar en su culpa; no, al menos, si se entiende ésta en su sentido habitual.

Así las cosas, era preciso buscar el fundamento de esta responsabilidad. Algunos autores trataron de encontrarlo al margen de la culpa; otros, en un intento de resolver la cuestión sin salir de las normas sobre responsabilidad civil, distorsionaron el concepto de culpa o bien prescindieron de él y defendieron una responsabilidad objetiva del autor de la molestia.

A) **Teorías que buscan el fundamento de la responsabilidad del causante de los inconvenientes anormales de la vecindad al margen de la culpa**

a) *La teoría del cuasi-contrato*

Uno de los autores que antes expresó su opinión fue Pothier. A su modo de ver, la vecindad es un cuasi-contrato que crea obligaciones recíprocas para los vecinos («es decir –afirma el autor–, entre los propietarios y poseedores de fundos contiguos los unos a los otros»), que consisten en no dañar al vecino. La ley y la equidad natural son la fuente de este cuasicontrato, cuya norma general es que cada uno puede hacer en su fundo lo que se le antoje, pero sin molestar al vecino¹¹¹.

Esta doctrina ha sido criticada en varios sentidos: fundamentalmente, se dice que las relaciones de vecindad no encajan en la definición de cuasicontrato que los artículos 1370 y 1371 *Code civil* ofrecen: en virtud del primero, hay compromisos que se forman sin que intervenga ninguna convención; proceden, ya de la autoridad de la ley, ya de un hecho personal de quien se encuentra obligado; los primeros son los compromisos formados involuntariamente como los que hay entre los propietarios vecinos, o entre los tutores y los otros administradores que no pueden rehusar la función que

¹¹¹ «Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage de manière à ce qu'il ne nuise pas à son voisin» (POTHIER, R. J., *Traité du droit de domaine de propriété; Traité des obligations; Oeuvres*, vol. III, París, 1861, pp. 549 y ss.). Siguieron a este autor VERCESCO, G. J., *Étude générale sur les restrictions apportées à la propriété foncière*, Th., París, 1901, pp. 48 y ss., y NOYELLE, A., *Des restrictions apportées au droit de propriété dans l'intérêt privé*, Th., París, 1902, pp. 163 y ss.

les es conferida; los segundos, resultan de los cuasicontratos, o de los delitos o cuasidelitos. A esto añade el artículo 1371 que son cuasicontratos los hechos puramente voluntarios del hombre, de los que resulta un compromiso hacia un tercero, y, algunas veces, un compromiso recíproco de las dos partes¹¹². De acuerdo con el CC francés, por tanto, se requiere un hecho voluntario del hombre para que haya cuasicontrato¹¹³; en las relaciones de vecindad, este elemento falta, en la medida en que la proximidad de los fundos es un hecho material absolutamente independiente de las personas de los propietarios¹¹⁴. En segundo lugar, se destaca la dificultad de con-

¹¹² El artículo 1370 CC francés establece, literalmente, que «[c]ertains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre».

El artículo 1371, por su parte, dispone: «Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties».

¹¹³ También el contrato encuentra su fuente en la voluntad. Pero en uno y otro caso ésta tiene una significación diferente: el contrato deriva de la voluntad consociada de las partes; el cuasicontrato, de un comportamiento voluntario, en el sentido de liberado de todo deber, y lícito (porque si es ilícito, nos hallamos en el ámbito de los delitos y cuasidelitos), al que la ley asocia determinados efectos. «La idea de cuasicontrato –afirma BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 68– aparece montada a dos vertientes, que son la del Derecho y la de la moral. Si la regulación de sus consecuencias pertenece al primer campo, el principio legitimador de la institución pertenece al segundo». Así, «[l]as obligaciones que el comportamiento *ex cuasicontractu* determina para su autor, o, en ocasiones, para los interesados, nacen de acuerdo con el derecho y a partir de él. Pero la licitud de esos actos puramente voluntarios es consecuencia de su ajuste con exigencias que el Derecho no ha llegado a perfilar como deberes jurídicos típicos; si bien proceden de esa zona de la moral que lejos de ser indiferente al Derecho provoca la respuesta esencialmente jurídica de su protección». «La estructura del comportamiento que nuestro Derecho llama cuasicontratos –continúa el citado autor– se ofrece a la contemplación en dos momentos significativos: el acto lícito de su autor o de las partes, que es puramente voluntario, y las obligaciones que del mismo nacen».

¹¹⁴ SORGE-VADALÀ, *I rapporti...*, cit., p. 179; VISINTINI, G., «Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato» («Studio comparativo del Diritto francese e italiano»), Parte I, *Riv. dir. civ.*, 1974/1, p. 684. Ni siquiera encaja –destaca NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 172– con la definición que el mismo POTHIER da de cuasi contrato: el hecho de una persona permitido por la ley, que le obliga frente a otro, u obliga a otra persona frente a él, sin que haya intervenido ninguna convención entre ellos.

Esta observación es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico y al italiano, en los que se recoge una definición similar de cuasicontrato. Según el artículo 1887 CC español, son cuasicontratos «los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». En cuanto al CC italiano de 1865, el artículo 1140 establecía que «[i]l quasi-contrato è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti», (asimismo, en el *Codice civile* actual, el artículo 2028, primero que regula la gestión de negocios ajenos, comienza con la siguiente afirmación: «Chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui...»).

cretar cuál sería el objeto de este cuasicontrato y el contenido de estas obligaciones ¹¹⁵.

b) *La tesis de la obligación legal de vecindad*

Capitant mantuvo una posición similar a la de Pothier. A su juicio, existe una obligación legal de vecindad, de carácter recíproco, cuyo contenido es no dañar al vecino. Esta obligación legal deriva, implícitamente, según este autor, de una serie de disposiciones del *Code civil* relativas a específicas obligaciones en interés de los vecinos, y está confirmada por dos disposiciones de carácter general: los artículos 651 y 1.370 ¹¹⁶. Ahora bien, hay un límite mínimo –afirmaba– por debajo del cual la obligación de no causar daño no se aplica; es decir, hay una serie de incomodidades que cada propietario debe soportar en nombre de las buenas relaciones de vecindad; esa tolerancia será mayor o menor según las circunstancias y será, en última instancia, el juez, quien deba adaptar la regla general a las particularidades de cada situación ¹¹⁷.

Las críticas más relevantes hechas a esta doctrina son: a) Que la obligación legal que sostiene Capitant carece de plasmación escrita (los preceptos que el autor cita en apoyo de su opinión no contienen más que restricciones específicas, de las que no puede extraerse una obligación más general; pues sería contradictorio considerar la propiedad como derecho absoluto y admitir al mismo tiempo una restricción de orden general al mismo) ¹¹⁸; b) Que la regla general no sirve de nada si su aplicación práctica se deja al arbitrio del juez ¹¹⁹ (observación ésta que me parece totalmente desafortunada); c) Que

¹¹⁵ COLIN/CAPITANT, *Curso elemental...*, cit., t. II, vol. 2, pp. 182 y ss. GONZÁLEZ-ALÉGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 17, que adopta la calificación de cuasicontrato de POTHIER respecto de las que llama relaciones obligacionales de vecindad, cree que la contestación a ambos interrogantes es fácil: «mantener una armónica y buena coexistencia vecinal, previniendo los conflictos que el ejercicio, más allá de los límites normales, de los derechos subjetivos pudiera ocasionar entre vecinos; y limitar el ejercicio de estos derechos hasta el punto en que debe permitirse a unos y tener que tolerar a otros las naturales invasiones por aquellas circunstancias determinantes de la vecindad».

¹¹⁶ En virtud del artículo 651 CC francés, «[l]a loi assujettit les propriétaires à différents obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention». En cuanto al artículo 1370, V. texto literal en nota 112.

¹¹⁷ CAPITANT, «Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation que pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin», *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1900, pp. 156 y ss. y p. 241; ROBERT, A., *Les relations de voisinage*, Sirey, París, 1991, p. 110.

¹¹⁸ PLANIOL, M./RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés* (trad. esp. por DÍAZ CRUZ, M., con la colaboración de LE RIVEREND BRUSONE, E.), t. III, Cultural, La Habana, 1942, p. 399; SORGE-VADALÀ, *I rapporti...*, cit., pp. 187-188; PRAX, A., *Propriété et jurisprudence. Contribution à l'étud des rapports de voisinage*, Th. Montpellier, 1933, p. 99; CARBONNIER, J., *Derecho civil* (trad. esp. con notas de ZORRILLA RUIZ, M.), t. II, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1965, p. 310.

¹¹⁹ RIPERT, G., *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Th., París, 1902, pp. 274 y ss.

si la obligación del propietario de no dañar a sus vecinos no es más que la generalización de los artículos del CC que imponen al propietario inmobiliario cierto número de abstenciones, la sanción al incumplimiento de este deber legal debería ser, no la reparación en forma de indemnización de daños y perjuicios, sino la más enérgica de la prohibición del acto mismo¹²⁰.

c) *La tesis de la obligación consuetudinaria de vecindad*

Blaise defiende, asimismo, la existencia de una obligación recíproca entre vecinos de no causarse daño unos a otros; pero para este autor, no es la ley, sino la costumbre, la fuente de esta obligación¹²¹. Este autor distingue la vecindad en sentido amplio, establecida entre particulares, con independencia de su cualidad de pro-

¹²⁰ STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, París, 1947, p. 177.

¹²¹ BLAISE, J. B., «Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage», *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, pp. 284-290. Este autor aduce tres razones en apoyo de su tesis: una, el examen de los trabajos preparatorios del CC francés; dos, la existencia de ciertos artículos en este texto legal que admiten servidumbres consuetudinarias, junto a la no prohibición de acudir a la costumbre *praeter legem* para los casos no previstos; tres, la admisión, aun indirecta en ocasiones, de las obligaciones consuetudinarias de vecindad en la doctrina y la jurisprudencia. Del examen de los trabajos preparatorios del CC francés se desprende, a su modo de ver, la intención de sus redactores de regular la problemática de los conflictos vecinales con la perspectiva de las limitaciones al derecho de propiedad y en los que siempre aparece reflejada la costumbre. En segundo lugar, tenemos la existencia en el *Code* de determinados preceptos en materia de servidumbres legales que contienen una remisión expresa a los usos (arts. 663, 671 y 674), lo que significa —defiende el autor— la admisión de verdaderas servidumbres consuetudinarias *secundum legem*. Estas normas son, sin embargo, de interpretación estricta, de modo que no pueden servir para fundamentar una regla general; esta dificultad la salva BLAISE con una interpretación particular del artículo 544: a su modo de ver, el carácter absoluto que esta norma otorga a la propiedad no hay que entenderlo en el sentido de que este derecho sea ilimitado, sino en el de que escapa a la voluntad del poder político; de donde resulta que este precepto no supone un obstáculo a que se establezcan límites a la propiedad distintos de las leyes y reglamentos; con base en esto y en la no prohibición de la costumbre *praeter legem*, este autor sostiene la posibilidad de utilizar este tipo de costumbre en los supuestos no regulados.

Otros autores también hacen mención de la costumbre en materia de obligaciones de vecindad, pero ninguno con la intensidad de BLAISE. Así, RIPERT, *De l'exercice du droit...*, cit., pp. 408 y ss.: dentro de su teoría del riesgo creado por un uso anormal del derecho de propiedad, afirma que el juez deberá apreciar la responsabilidad del autor del acto anormal atendiendo a la época y al lugar concretos y teniendo en cuenta los usos; CARBONNIER, *Derecho civil*, cit., t. II, vol. 1, p. 305: la falta, a los efectos de la aplicación del artículo 1832 *Code*, consiste en sobrepasar las limitaciones consuetudinarias a la tolerancia entre vecinos (más adelante, este autor afirma que la apertura de un establecimiento que ocasiona molestias es una especie de expropiación por causa de necesidad privada; los tribunales deberán comprobar la necesidad invocada y, caso de confirmarse, la expropiación perdura, pero da lugar a una indemnización); STARCK, *Essai d'une théorie générale...*, cit., pp. 188 y ss.: todo daño causado sin derecho, que comprometa la seguridad o los bienes de la persona, permite a la víctima exigir una reparación, salvo que exista una obligación legal (arts. 640 y 673 *Code*) o consuetudinaria de soportarlo; en el caso de las relaciones de vecindad, es la costumbre la que impone la obligación de soportar los inconvenientes ordinarios de vecindad. En tiempos recientes, ha destacado la importancia de la costumbre, en el tema que nos ocupa, ROBERT, *Les relations de voisinage*, cit., pp. 110-111.

pietarios, de la vecindad en sentido estricto, que corresponde a la vecindad entre propietarios. En la primera situación —afirma—, la costumbre *praeter legem* impone reglas de conducta a las personas costreñidas a vivir en proximidad. Estas reglas limitan la libertad de los individuos, no su derecho de propiedad, e imponen un deber de abstención que surge cuando se traspasa cierta medida (por ejemplo, abstención de hacer ruido más allá de cierto nivel sonoro). El segundo caso se distingue del anterior, a lo que entiende Blaise, en cuanto a su naturaleza y a su origen: respecto de su naturaleza, porque las obligaciones consuetudinarias de vecindad en sentido estricto son límites de la propiedad fundiaria; en relación con su origen, porque se encuentra en las reglas de la costumbre *secundum legem* consagradas en los artículos 663, 671 y 673 *Code*. La transgresión de estas obligaciones consuetudinarias de vecindad, en cualquiera de sus vertientes, es, a decir del citado autor, una *faute*, que da lugar a la aplicación de los artículos 1382 y ss. CC francés¹²².

Se considera que el principal inconveniente de esta doctrina es la dificultad de probar la existencia de las obligaciones consuetudinarias de vecindad. De otro lado, se asegura la imposibilidad de aplicarla en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, en el que la costumbre *secundum legem* está desplazada por la ley. La costumbre a la que se refiere Blaise —se indica— no es, en ningún caso, aunque este autor así la califique, *praeter legem*, puesto que hay ley que prescribe libertad de ejercicio dentro de los límites expresamente establecidos; por tanto, será costumbre *contra legem*, por negar la libertad legal, o *secundum legem*, por concretar la forma de ejercicio del derecho, y, en ambos supuestos, prohibida por el sistema de fuentes (salvo en lo que respecta a Navarra, donde la costumbre, aunque sea contraria a la ley, prevalece sobre ésta; y a Aragón, donde la costumbre prevalece sobre la ley dispositiva, aunque no sobre la imperativa o prohibitiva)¹²³.

d) *La doctrina francesa de la immissio*

Otra corriente doctrinal trata de fundamentar la responsabilidad entre vecinos en la idea de *immissio*. Se dice, en este sentido, que ningún propietario puede hacer nada que acarree un perjuicio excedente de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad al predio vecino; si lo hace, comete una *faute*. Esta falta va unida, no

¹²² BLAISE, «Responsabilité et obligations coutumières...», cit., pp. 291 y ss.

¹²³ NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 183. Según Díez-Picazo y Ponce de León, «Comentario al artículo 1 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 7, debe entenderse, respecto de ambas Comunidades Autónomas, que lo admitido es la costumbre que contradice la ley foral, pero no la contraria a la ley estatal, cuando ésta sea aplicable.

tanto al uso por el propietario de su derecho de propiedad, como al desconocimiento del derecho de propiedad de los vecinos; consiste en la violación de un derecho que es oponible a todos. Ahora bien, es una *faute* muy particular, porque está ligada a la vida en sociedad, lo que ocasiona que no se puedan sancionar las consecuencias de cualquier *immissio*, pues ello haría imposible la vida en común; el interés de todos impondrá a cada uno el tener que soportar cierto margen de perjuicio, el que no exceda la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad ¹²⁴.

Entre otros defectos de esta teoría, se señalan el de realizar una distinción artificial entre las diferentes perturbaciones, que lleva a incluir en el ámbito de las inmisiones, molestias que en realidad no reúnen las características de aquéllas (una casa de tolerancia, por ejemplo); y el de que la *immissio* no produce responsabilidad hasta que el daño sobrepasa determinada medida, cosa que parece que los seguidores de esta doctrina no han tenido en cuenta ¹²⁵.

e) *La teoría de la expropiación*

Demogue consideraba que las perturbaciones vecinales constituyen una especie de expropiación entre vecinos: si un vecino modifica las condiciones comunes de la zona, da lugar a una suerte de expropiación de las comodidades de las que disfrutaban sus vecinos (aire salubre, ambiente tranquilo); este hecho, junto con la consideración del provecho que consigue el causante de la molestia, justifica que haya de indemnizar el daño ocasionado ¹²⁶.

El mayor problema de esta tesis es, como algún autor señala, que la idea de una suerte de expropiación por utilidad privada es contraria al artículo 545 *Code*, en virtud del cual «*nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública, y a cambio de una previa y justa indemnización*» ¹²⁷.

¹²⁴ MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./MAZEAUD, J./CHABAS, *Leçons du droit civil*, t. II, Montchrestien, París, 1994, p. 92; LEYAT, P., *La responsabilité dans les rapports du voisinage*, Recueil Sirey, París, 1936, pp. 158 y ss. La medida ordinaria de vecindad actúa, por tanto, no como límite que si es traspasado da lugar a culpa, sino como elemento exonerador de la culpa implícita en toda inmisión, como una forma de eludir la *faute* por las exigencias de la vida social (NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 196).

¹²⁵ STEFANI, P., *La nature de la responsabilité en matière de troubles de voisinage*, Th., Montpellier, 1941, pp. 50-51; BLAISE, «Responsabilité et obligations coutumières...», cit., p. 282; CARBONNIER, *Derecho civil*, cit., t. II, vol. 1, p. 310; ROBERT, *Les relations de voisinage*, cit., p. 110.

¹²⁶ DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. IV, París, 1924, p. 416. En la misma línea, FARGE, F., *Le voisinage industriel*, Th., Grenoble, 1923, p. 15.

¹²⁷ ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 125.

f) *La doctrina del equilibrio entre las propiedades vecinas*

Una formulación con bastantes seguidores fue la del equilibrio entre las propiedades, que se basaba en la igualdad de los diversos derechos de propiedad, fundada en el artículo 544 CC francés. Esta posición doctrinal distinguía entre los daños que se pueden ocasionar al vecino en el ejercicio del derecho de propiedad por negligencia o abuso y los daños inherentes a una actividad normal del propietario; los primeros se rigen por las normas comunes en materia de responsabilidad aquiliana (arts. 1382 y ss. *Code civil*), mientras que los segundos dan lugar a una compensación por la disminución de valor que ha sufrido la finca vecina¹²⁸. Esta compensación es distinta del resarcimiento derivado de la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil: la disciplina recogida en el artículo 1382 CC francés prevé el resarcimiento integral del daño, que comprende tanto la realización de los trabajos necesarios para eliminar el daño como el resarcimiento. Esto no es posible en los casos de responsabilidad por conflictos vecinales, según los defensores de esta tesis, porque la causa del problema (por ej., la actividad industrial en regla, es decir, desarrollada de acuerdo con lo prescrito en la correspondiente licencia) en muchas ocasiones no es eliminable¹²⁹.

Se dice, sin embargo, que dado que la acción ejercitada por el vecino perjudicado implica la producción de un daño, se llame compensación o resarcimiento, estamos siempre en el ámbito de la responsabilidad civil. No sería así si la determinación de la compensación económica se acordase antes del acaecimiento del daño¹³⁰. Pero es que, además, esta doctrina falla en su mismo fundamento, esto es, en el principio de igualdad formal de las propiedades, que ha sido superado por las circunstancias históricas.

g) *La tesis de la equidad natural*

Savatier entendió que todo propietario tiene, por una razón de equidad natural, el derecho a molestar al vecino. Este derecho tiene un límite, que es el de que la molestia no sobrepase la repetida medida de las obligaciones ordinarias de vecindad. Conviene notar cómo salvaba este autor la imposibilidad de poner límites al dominio, aparte de los establecidos en la ley y los reglamentos: no decía

¹²⁸ HENRIOT, G. C., *Le dommage anormal*, París, 1960, pp. 32 y ss.; YOCAS, *Les troubles...*, cit., pp. 125 y ss.

La idea de igualdad aparece, asimismo, en HARPILLARD, J. P., *Les inconvenients de voisinage*, Th., París, 1975, p. 48; ROUX, D., *Les rapports de voisinage entre particuliers: essai de synthèse*, Th., Lyon, 1977, p. 311; y STEFANI, *La nature...*, cit., p. 85.

¹²⁹ VISINTINI, «Le immissioni nel quadro...», Parte I, cit., pp. 696-697.

¹³⁰ VISINTINI, «Le immissioni nel quadro...», Parte I, cit., p. 701.

que el ejercicio del derecho de propiedad está limitado por la obligación de no molestar al vecino, sino que, antes al contrario, confirmaba el carácter absoluto de este derecho afirmando que incluye la facultad de molestar, si bien hasta cierto punto. Este límite ha de establecerse, en opinión del autor francés, para cada caso concreto, de acuerdo con el tiempo y lugar en que se produce el conflicto. Es, en definitiva, la necesidad social la que fija el límite. En ocasiones, las exigencias de la vida social permiten incluso sobrepasar la medida ordinaria; es el caso de las perturbaciones derivadas de una industria que favorece el interés general. Por contra, en el supuesto de casas de tolerancia o cuando hay intención de dañar, no hay razón que justifique la facultad de molestar, en ninguna medida¹³¹.

B) El fundamento de la responsabilidad por inconvenientes anormales de la vecindad en los artículos 1382 y ss. del CC francés

Vistos los diversos fundamentos propuestos al margen de la noción de culpa, procede ahora prestar un poco de atención a las opiniones que consideran que basta el recurso al principio *neminem laedere* y las normas sobre responsabilidad civil extracontractual para fundamentar la responsabilidad de los vecinos (arts. 1382 y ss. *Code*). En esta línea de pensamiento, hay autores que defienden que las relaciones de vecindad se rigen por las normas de la responsabilidad subjetiva y otros que piensan que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva.

a) *La doctrina que defiende la responsabilidad subjetiva del propietario*

El planteamiento general de los seguidores de la primera tesis era el siguiente: en principio, el derecho del propietario es un derecho con límites, algunos fijados por la ley y otros por la voluntad de los hombres, y cada violación de los mismos obliga a reparación; fuera de estos límites, la regla es que cada propietario puede usar su derecho con libertad, sin ser responsable más que cuando incurra en culpa en el ejercicio de su propiedad.

El principal inconveniente con que se encontraron fue el ya apuntado de la dificultad de insertar la *faute* que exige el artículo 1383 *Code* en el campo de las relaciones de vecindad (en el que, insisto, salvo algún caso excepcional, cuando se produce una inmi-

¹³¹ SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, París, 1951, pp. 90 y ss.

sión perjudicial para el vecino, el titular del fundo del que aquélla procede ejercita su derecho de disfrute del inmueble sin intención de molestar, incluso, en numerosas ocasiones, tomando medidas para evitar la molestia).

Las propuestas de integración de la culpa del inmitente son bastante forzadas. Algunos estiman que la culpa está en iniciar una actividad que causa daños anormales al vecino: todo daño cualitativamente grave sería una falta de obligado resarcimiento, en virtud del artículo 1382; otros entienden que hay culpa, no ya por causar el daño, sino por negarse a repararlo una vez producido ¹³². En ambos casos, como han puesto de relieve algunos autores, se crea una ficción de culpa, confundiéndola, a veces, con el perjuicio ¹³³. En otras ocasiones, se ha defendido que la falta consiste en no haber tomado las precauciones necesarias para evitar el daño a los vecinos ¹³⁴; o en realizar un uso excepcional de la finca ¹³⁵. También hay quien propone una interpretación extensiva del artículo 1384 CC francés; en virtud de esta norma, se es responsable, no sólo de los daños causados por los hechos propios, sino también por los hechos de las personas de las que se debe responder o de las cosas que se tienen bajo guarda. Aplicado al ámbito de las relaciones de vecindad, la responsabilidad se fundamenta en el incumplimiento de la obligación de custodia del inmueble y de los demás bienes muebles que sean utilizados en la actividad productora de las inmisiones (obligación que correspondería al ejerciente de la actividad en cuestión) ¹³⁶.

¹³² PICARD, M., en PLANIOL, M./RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, París, 1952, pp. 463 y ss. Para este autor, el acto que causa las inmisiones, aunque no sea culpable, entraña la «obligation de réparation». En el mismo sentido, WEILL, A./TERRE, F./SIMLER, P., *Droit civil. Les Biens*, Précis Dalloz, París, 1985, p. 273.

¹³³ STARCK, «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, p. 486; BLAISE, «Responsabilité et obligations coutumières...», cit., p. 269; YOCAS, *Les troubles...*, cit., p. 115; VISINTINI, «Le immissioni nel quadro...», Parte I, cit., p. 690.

¹³⁴ Así, RODIÈRE, R., «La faute dans les troubles de voisinage», *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, pp. 645 y ss. Este autor, consciente de que esta solución dejaría fuera aquellas hipótesis en las que se han tomado todas las precauciones posibles y aún así, se ha ocasionado un perjuicio, sostiene, para estos casos, que puede aceptarse el fundamento en la costumbre que propone BLAISE, siempre que se califique esta costumbre como lo que en realidad es: la ley, entendida ésta en sentido amplio.

¹³⁵ PLANIOL/RIPERT, *Tratado práctico...*, cit., pp. 393 y 400 y ss. Estos autores entendían que «la estricta aplicación del artículo 1382 que solamente sanciona la responsabilidad del propietario cuando hay por su parte violación de una ley o un reglamento, imprudencia o negligencia grave o intención de dañar, hubiera producido resultados injustos», de donde defendían la necesidad de proclamar una responsabilidad especial para el ejercicio anormal o excepcional del derecho, cuyo fundamento era, como se ha dicho, el uso excepcional del inmueble. En parecidos términos, MAZEAUD, H. y MAZEAUD, L., en MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, París, 1957, p. 697; LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, París, 1955, p. 575.

¹³⁶ BESSON, A., *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, París, 1927, p. 77.

Pero no parece que esta doctrina tenga demasiado sentido: en primer lugar, no son los bienes por sí solos los que causan las inmisiones, sino que éstas se producen porque el hombre realiza una actividad; en segundo lugar, como apunta la doctrina, tampoco se pueden considerar como «bienes muebles» los humos, olores, etc., respecto de los que, además, es absurdo pretender un deber de custodia¹³⁷.

b) *La doctrina de la responsabilidad objetiva*

Estos autores tratan de superar los inconvenientes que presenta la fundamentación de la responsabilidad en la culpa. Así, se acude a distintos argumentos: principalmente, el riesgo creado y la doctrina de la garantía.

De acuerdo con la teoría del riesgo creado, el propietario es responsable porque ha engendrado un riesgo anormal, a causa de una actividad que le aprovecha. Se trata de una responsabilidad objetiva, porque no es preciso indagar si existe o no culpa del responsable¹³⁸.

Se ha objetado que la responsabilidad fundada en el riesgo es excepcional y exigiría un precepto expreso¹³⁹; que la mayoría de las veces, cuando se inicia una actividad sobre el propio fundo, es absolutamente seguro que se producirán las inmisiones nocivas, por lo que, en realidad, no hay ningún hecho eventual¹⁴⁰; y que la responsabilidad basada en el riesgo destruye la base moral que, a lo que cree algún autor, sustenta la responsabilidad¹⁴¹.

El punto de partida del segundo de los criterios propuestos para determinar la responsabilidad, esto es, la teoría de la garantía, es que los conflictos de vecindad no son conflictos entre derechos de propiedad, sino entre derechos subjetivos o libertades individuales, los cuales tienen en común el ser una prerrogativa defendida por la ley.

¹³⁷ STARCK, *Essai d'une théorie générale...*, cit., p. 186.

¹³⁸ JOSSEAND, *Cours de Droit civil...*, cit., pp. 747 y ss.; *El espíritu de los derechos...*, cit., p. 21. Decía este autor, en la segunda obra citada, que esta responsabilidad «se explica, no por una falsa dirección impresa al derecho, sino por la intensidad misma del daño causado; deriva no de un delito, sino del riesgo particular, exorbitante del derecho común, que el propietario o el jefe del establecimiento han creado en su propio interés y sin reciprocidad posible; este riesgo debe recaer, en último análisis, no sobre un tercero, extraño tanto a su creación como a su utilidad, sino más bien sobre quien lo ha causado por sí mismo, y quien al recibir sus provechos, está perfectamente designado para asumir sus incidencias peligrosas: *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*».

¹³⁹ CARBONNIER, *Derecho civil*, cit., t. II, vol. 1, p. 310.

¹⁴⁰ HENRIOT, *Le dommage...*, cit., p. 20; YOCAS, *Les troubles...*, cit., p. 105; TUNC, en MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./TUNC, *Traité théorique et pratique...*, cit., t. I, p. 699.

¹⁴¹ RIPERT, *La règle morale...*, cit., pp. 196 y ss.

Hay que situar estas objeciones en el momento en que se hicieron. Hoy, naturalmente, la responsabilidad por riesgo no sólo está aceptada, sino que rige en amplios ámbitos del Derecho civil.

De donde resulta que todo daño causado (sin derecho) a uno de estos derechos o libertades, protegidos en sí mismos y por sí mismos, permite a la víctima exigir una reparación, en la medida en que se ha comprometido su seguridad personal o patrimonial. Y ello, abstracción hecha de toda culpabilidad del causante del daño¹⁴².

Para Bonfante, las reglas de la responsabilidad (objetiva o subjetiva) no sirven para solucionar los problemas derivados de las relaciones de vecindad, porque de lo que se trata es de fijar un límite al derecho de propiedad, cosa que aquellas reglas no hacen, sino que establecen que quien causa un daño a otro, ha de responder por ello. La responsabilidad objetiva es rechazable, además, porque prescinde de la culpa cuando el ordenamiento la exige¹⁴³. Este autor pensaba que la teoría de las obligaciones ordinarias de vecindad era equívoca porque, o bien la obligación de vecindad recoge las obligaciones entre vecinos sancionadas por ley (las servidumbres legales), y entonces no sirve para nada, o bien se refiere a las relaciones y tolerancias entre vecinos que la sociedad reconoce y que los vecinos correctos respetan, y en tal caso se atribuye un doble sentido, moral y jurídico, al término obligación, que no resulta muy adecuado¹⁴⁴.

C) La fundamentación de la responsabilidad en la jurisprudencia francesa

¿Qué lugar ocupa la *faute* en la jurisprudencia? En algunas resoluciones, se utiliza una concepción particular de la culpa, confundiéndola con el daño, al decir que hay culpa, no sólo cuando no se han tomado las precauciones oportunas para impedir el daño, sino también cuando éste se ha producido¹⁴⁵; o se afirma que existe culpa cuando se traspasa el límite de los inconvenientes ordinarios

¹⁴² STARCK, *Essai d'une théorie générale...*, cit., pp. 187 y ss. Mantiene esta opinión en su trabajo posterior «*Domaine et fondement...*», cit., pp. 487 y 501 y ss.

¹⁴³ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 42 y ss. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «*La teoría del abuso de derecho...*», cit., pp. 47-48, respecto del Derecho español, añade otra quiebra fundamental a la teoría de la responsabilidad objetiva: la ausencia de un principio sancionador de la responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico español que permitiera llevarla a las relaciones entre vecinos. De nuevo es preciso recordar que ese obstáculo no lo es en realidad para la jurisprudencia española, que ha recurrido y recurre a la responsabilidad objetiva o por riesgo sin que exista base positiva para ello; incluso, en ocasiones, ha transformado en objetiva la responsabilidad que la ley configura como subjetiva.

¹⁴⁴ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 47.

¹⁴⁵ *Cass.*, 17 de noviembre de 1931, *D. H.*, 1932, p. 1; *Cass.*, 28 de mayo de 1952, *D.*, 1953, *Somm.*, p. 11; *Civ.*, 30 de marzo de 1961, *D.*, 1962, 168; *Civ.*, 2.ª, 22 de octubre de 1964, *Bull. Civ.*, II, 468; *Cass.*, 4 de febrero de 1971, *D.*, 1971, *Somm.*, p. 159; *Civ.*, 3.ª, 8 de julio de 1971, *Bull. Civ.*, III, 451.

de vecindad ¹⁴⁶. Pero generalmente, se prescinde por completo de la culpa, instaurando una responsabilidad objetiva ¹⁴⁷. Algunas decisiones, en fin, se han apoyado en el artículo 1384, 1 CC francés para afirmar la responsabilidad por conflictos vecinales ¹⁴⁸, pero la Corte de Casación rechaza firmemente esta solución ¹⁴⁹.

3. EL LÍMITE DE LAS OBLIGACIONES ORDINARIAS DE VECINDAD

Cualquiera que sea el fundamento propuesto para declarar la responsabilidad del causante del daño, todas las teorías expuestas

¹⁴⁶ París, 30 de agosto de 1858, *Jurisp. gén. des assur.*, 2.^a parte, p. 207, y Burdeos, 21 de junio de 1859, *D. P.*, 1859, 2, 187, que condenaron a sendas Compañías ferroviarias por las molestias ocasionadas a los vecinos de una estación de tren y a los de las vías ferroviarias por la circulación de los trenes y las actividades de construcción y reparación. Las molestias se producían pese a que el Gobierno y las Compañías habían tomado todas las medidas posibles para evitarlas, no obstante lo cual los tribunales citados consideraron que había culpa en los demandados porque se había traspasado el límite de los inconvenientes normales de vecindad.

¹⁴⁷ Un gran paso adelante en este sentido se dio, a juicio de APPERT, «Droits du propriétaire...», cit., pp. 80-81, en la S. Corte de Douai de 30 de mayo de 1854, *D. P.*, 1885, 2, 26, en la que se declaró que «si la obligación de sufrir las molestias del humo que se escapa de las chimeneas vecinas es una de las necesidades que impone la vecindad (...) el derecho de reclamar existe, si el propietario de una finca de la que procede el humo hace un uso no moderado de su derecho, o si, en lugar de una habitación ordinaria, instala un establecimiento que, por su explotación, produce un humo dañoso a la propiedad vecina». Las sentencias posteriores siguen mayoritariamente esta línea: Limoges, 20 de junio de 1921, *D. P.*, 1922, 2, p. 249; *Civ.*, 2 de mayo de 1968, *D.*, 1968, 609; *Civ.*, 2.^a, 3 de enero de 1969, *Bull. Civ.*, II, 4; *Civ.*, 3.^a, 4 de febrero de 1971, *J. C. P.*, 1971, 16781, nota LINDON; *Civ.*, 3.^a, 25 de octubre de 1972, *J. C. P.*, 1973, 17491.

VISINTINI, «Le immissioni nel quadro...», Parte I, cit., pp. 704 a 708, destaca el hecho de que en todos los casos en los que la jurisprudencia francesa recurre a la técnica de la responsabilidad objetiva para solucionar conflictos de vecindad, el autor de la molestia es un industrial o un comerciante. Debe reconocerse —afirma esta autora— que en muchas de estas sentencias referentes a vecindad industrial, se ha aludido, además de a la gravedad del daño, a una omisión de las precauciones aptas para evitarlo, lo que podría hacernos pensar que no está tan claro que la responsabilidad sea objetiva; sin embargo, advierte que hay que tener en cuenta que la referencia a la culpa no influye en la declaración de responsabilidad, sino que sirve al juez para conceder la reparación en forma específica, es decir, para ordenar al autor la adopción de las medidas que la técnica ofrece para eliminar la causa o reducir su entidad. La situación es distinta en la jurisprudencia que ha resuelto conflictos de vecindad entre propietarios que disfrutaban sus fundos como vivienda o para otras finalidades privadas; en estos supuestos, la regla de responsabilidad es la general de responsabilidad subjetiva, en la que la culpa es el criterio de imputación.

¹⁴⁸ *Riom*, 17 de febrero de 1970, casada por *Civ.*, 3.^a, 20 de octubre de 1971, *D.*, 1972, 414, nota LAPOYADE DESCHAMPS, C.; *T. G. I.* Bayona, 14 de diciembre de 1970, *JCP*, 1971, II, 16665, nota BONNAIS.

¹⁴⁹ *Civ.*, 21 de febrero de 1953, *D.*, 1953, 573, nota MAZEAUD, J. y H.; *Civ.*, 3.^a, 25 de octubre de 1972, *JCP*, 1973, 17491, nota GOUBEAUX.

Se muestra de acuerdo con ella NICOLAS, «La protection du voisinage», cit., p. 686, quien afirma que la Corte ha demostrado que si bien hay ocasiones en que el daño procede de un hecho de la cosa, en muchas otras no tiene nada que ver: el ocupante de un apartamento que pone la radio a un volumen excesivo (*Civ.*, 1.^a, 18 de julio de 1961, *D.*, 1961, 722), los niños que hacen mucho ruido (*Civ.*, 24 de mayo de 1971, *Bull. Civ.*, 1971, II, 241), etc., son supuestos en los que el inconveniente deriva claramente de un hecho del hombre.

coinciden, como se ha apuntado, en que sostenían que tal responsabilidad surge cuando se sobrepasa la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad. La dificultad residía en determinar cuándo ocurre eso.

La doctrina francesa estaba de acuerdo en un punto: la molestia respecto de la que debe decidirse si excede o no de las obligaciones ordinarias de vecindad ha de constituir verdadero daño en sentido jurídico; es decir, ha de implicar lesión de un derecho subjetivo, y no la privación de una mera ventaja o comodidad de la que se disfrutaba (por ejemplo, la privación de vistas o de la luz del sol) ¹⁵⁰.

Con este punto de partida, algunos autores entendían que se superaba el límite de las obligaciones ordinarias de vecindad cuando se realizaba un acto excesivo, que sería el que respondía a un uso excepcional de la propia finca. A diferencia de los actos abusivos, que según este sector doctrinal se caracterizan por el ánimo de perjudicar que guía a su autor, los actos excesivos se realizan con ausencia de culpa y sin intención de dañar; pese a ello, generan responsabilidad de quien los comete porque se apartan de la explotación normal de la finca y agravan las molestias típicas de la vecindad ¹⁵¹.

Para calificar un uso como excepcional, se recurría, entre otros criterios, a las circunstancias de tiempo y de lugar ¹⁵²; a la actividad o profesión de la víctima ¹⁵³; y a la denominada pre-ocupación colectiva (*pré-occupation collective*). Según esta regla, cuando en una zona se instala determinada actividad como ordinaria, los vecinos posteriores saben a qué se exponen al establecerse allí, y por lo

¹⁵⁰ ZACHARIAE, C. S., *Cours de Droit français*, t. II, Estrasburgo, 1839, p. 57; PROUDHON, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens*, Bruselas, 1842, p. 249; TOULLIER, M., *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, vol. 2, Venecia, 1845, pp. 156 y ss.; AUBRY, C./RAU, C., *Cours de Droit civil français*, vol. 2, París, 1869, p. 199; LAURENT, *Principes...*, cit., t. VI, pp. 183 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, G./CHAVEAU, R., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. VI, París, 1905, pp. 163 y ss. Algunos autores franceses, con todo, excluían de la posibilidad de privar de ventajas al vecino sin responder por ello la hipótesis de que la actuación se hubiese llevado a cabo con la única finalidad de dañar al vecino (TOULLIER, *Il diritto civile francese...*, cit., vol. 2, p. 156; LAURENT, *Principes...*, cit., t. VI, p. 188; BAUDRY-LACANTINERIE/CHAVEAU, *Traité...*, cit., t. VI, p. 163).

¹⁵¹ JOSSE-RAND, *Cours de Droit civil...*, cit., t. I., p. 827 (V. nota 97). En términos parecidos, PICARD, en *Traité pratique...*, cit., t. III, p. 445.

¹⁵² RIPERT, *De l'exercice du droit...*, cit., p. 426; PICARD, en *Traité pratique...*, cit., t. III, p. 445.

¹⁵³ Así, el lavadero situado junto a una fábrica que produce humos (Colmar, 16 de mayo de 1827, *S.* 1828, 2, p. 23), o el hospital situado cerca de una fábrica (Nancy, 12 de abril de 1923, *Gaz. Pal.*, 1923, 1, p. 743).

No se considera relevante, en cambio, el estado físico o mental del perjudicado. En este sentido, *T. G. I. Pau*, 12 de noviembre de 1965, *D.* 1966, 301; *Civ.*, 2.^a, 12 de enero de 1966, *D.* 1966, 473; *Cour Orleans*, 18 de diciembre de 1967, *Gaz. Pal.*, 1968, 1, p. 262 (en la que se negó la reparación a un enfermo de corazón a quien las ondas supersónicas de aviones causaron enfermedades cardíacas).

tanto, o han sido imprudentes, o han aceptado, al menos tácitamente, las molestias. Por consiguiente, no pueden pretender la cesación de las perturbaciones, porque no cabe considerar que exceden de la medida ordinaria de vecindad ¹⁵⁴.

En la actualidad, el ordenamiento francés continúa carente de una regulación legal sistemática de las inmisiones (de las relaciones de vecindad, en general). La doctrina y la jurisprudencia continúan recurriendo a la teoría de los inconvenientes anormales de vecindad, así como a la del abuso del derecho de propiedad, para solucionar los conflictos.

V. LA TEORÍA DEL USO NORMAL: *IMMISSIO Y EINGRIFF*

El factor determinante de la gestación de esta teoría fue el nacimiento de la industria. Frente a la doctrina de los actos de emulación, que, como se ha apuntado, presentó cada vez más carencias ante los males de la revolución industrial, se propuso en Alemania un criterio de delimitación entre las molestias que debían permitirse y las que se debían prohibir, conforme al cual había que tolerar las perturbaciones que fueran consecuencia de un uso normal y cabía oponerse a las que procedieran de un uso extraordinario, como era entonces la actividad industrial.

¹⁵⁴ Esta regla nace a partir de la interpretación que DEMOLOMBE, *Cours...*, cit. t. XII, p. 150, hizo del artículo 674 CC francés, que prescribe la obligación de guardar las distancias reglamentarias o en su defecto, los usos del lugar, para ciertas construcciones. Según este autor, si se instala una actividad peligrosa en una zona deshabitada y, con posterioridad los trabajadores de aquella establecen sus viviendas a una distancia de la fábrica menor que la exigida legalmente, si se ven afectados por algún tipo de inmisión, no tendrán derecho a exigir la cesación de la actividad, porque son ellos quienes han incumplido la normativa. Otros autores generalizaron esta interpretación y sentaron como regla el criterio apuntado. En este sentido: RIPERT, *De l'exercice du droit...*, cit., p. 421; APPERT, «Droits du propriétaire...», cit., p. 76; PLANIOL, en PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, París, 1950, p. 1028.

También la jurisprudencia acogió favorablemente este criterio. V. entre otras, Ch. Civ., 28 de febrero de 1848, *D.* 1848, 1, 122; Metz, 25 de agosto de 1863, *D. P.*, 1864, 2, p. 111; Dijon, 16 de mayo de 1876, *S.*, 1876, 2, p. 263; Besançon, 15 de noviembre de 1934, *D. H.*, 1935, p. 25.

Distinta de la pre-ocupación colectiva es la pre-ocupación individual (*pré-occupation individuelle*), así llamada porque tiene en cuenta la prioridad de la instalación o del uso de las fincas en conflicto (por ejemplo, una fábrica y una vivienda), y considerada irrelevante por la doctrina. Sería absurdo –apuntaba LEYAT, *La responsabilité...*, cit., p. 324– que por la instalación anterior de una fábrica, el propietario de la misma impusiera a todos los vecinos sucesivos la carga de soportar las molestias derivadas de la actividad industrial. Sólo en un caso –añadía este autor en las pp. 335-336 de la citada obra– importa la anterioridad: cuando el vecino perjudicado ha pagado un precio bajo de adquisición de su inmueble, por razón, precisamente, de su proximidad con el establecimiento inmitente; pero, en este caso –se añade–, la acción será rechazada, no porque el inmitente tenga un derecho de pre-ocupación, sino porque el vecino no ha sufrido perjuicio.

Defendiendo siempre como criterio delimitador entre las molestias permitidas y las prohibidas el carácter normal o extraordinario de la actividad que las ocasiona, esta doctrina presenta ciertas variantes que obedecen a la concepción de la molestia en sí.

1. LA DOCTRINA ALEMANA DE LA *IMMISSIO*

La primera formulación de la teoría del uso normal apareció con la doctrina de la *immissio*, surgida en Alemania durante el siglo pasado. Su iniciador –afirma algún autor¹⁵⁵– fue Spangenberg. Con base en el texto del Digesto 8, 5, 8, 5-7, sostenía, como principio general, que cada uno puede proceder en su propiedad como guste, con tal que no ocasione inmisión alguna en la finca vecina que cause daño al fundo mismo, o daño y molestia a quien lo habita. Por inmisión entendía este autor sólo la de entidad corpórea visible (agua, humo, etc.; no, en cambio, ruidos y olores). Por daño o molestia, con entidad suficiente para fundamentar una acción jurídica, consideraba los que fueran consecuencia de un aprovechamiento extraordinario del inmueble (como el establecimiento de aparatos para finalidades especiales, o el ejercicio de una industria, que, por aquel entonces, suponía un uso extraordinario de la finca); el propietario sólo debe tolerar un daño o molestia de este tipo si quien los causa hubiera adquirido una servidumbre para ello. Por contra, se debe tolerar aquello que sea el resultado del aprovechamiento usual del fundo, de la vida ordinaria (por ejemplo, el humo causado por la calefacción, el polvo producido por la limpieza normal de la casa). En la misma línea, Werenberg clasifica las inmisiones en directas e indirectas: las primeras, esto es, aquellas cuyo origen está en el mismo fundo que las sufre o en su lindero, están siempre prohibidas; mientras que las segundas, que serían resultado de actividades realizadas en otro fundo distinto del que las padece, lo estarán cuando deriven de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal¹⁵⁶.

Las limitaciones del concepto de *immissio*, puestas en evidencia por varios autores, hacían que esta doctrina no fuera apropiada para

¹⁵⁵ ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 363-365. En opinión de esta autora, la importancia de esta doctrina se centra en un doble aspecto: por un lado, comienza a perfilar el concepto de inmisión en sentido estricto, que se completará con las aportaciones de IHERING y de la antigua doctrina italiana; por otro, se preocupa por fijar los límites de tolerancia de las inmisiones, distinguiendo las permitidas que el vecino debe tolerar y las no permitidas, que puede prohibir.

¹⁵⁶ NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 84. Como subraya este autor, la distinción entre inmisiones directas e indirectas es nota común en los defensores de la teoría del uso normal.

defender a los particulares de las crecientes perturbaciones que causaba la industria ¹⁵⁷.

2. LA TEORÍA DE LOS INFLUJOS DE IHERING

Ihering trató de superar estos inconvenientes. Sustituyó el concepto de *immissio* por el de influjo o *Eingriff*, que presentaba un contenido más amplio, en la medida en que comprendía todo tipo de perturbaciones. Este autor, partiendo de la distinción habitual entre molestias directas e indirectas, sostuvo que debe prohibirse todo influjo directo ejercido sobre la finca vecina (es decir, todo influjo que inicia sus efectos directamente en el fundo vecino); en cuanto a los indirectos, o sea, los que comienzan sus efectos en el propio fundo y los prosiguen en el vecino, introdujo una distinción nueva: la que media entre los influjos nocivos a las cosas y a las personas y los molestos a las personas. De modo general, defendía que los conceptos de nocividad y molestia no pueden fijarse de manera absoluta, sino que son conceptos relativos que se determinan según las concretas reacciones de la persona o de la cosa; esto no significa, sin embargo, que hayan de juzgarse de manera individual, pues ello daría lugar a la prohibición de actividades por las simples circunstancias particulares del vecino o las especiales condiciones de su propiedad; en efecto, los ruidos, olores, humos que para una persona representan una simple molestia, pueden ser insufribles para otra que sea más sensible, o incluso ocasionarle efectos verdaderamente nocivos para su salud. La solución está, por tanto, en combinar la objetividad y la subjetividad y así, cuando se trata de influjos molestos a las personas, deben valorarse conforme a la regla de la sensibilidad de los sujetos en general; cuando se trate de influjos nocivos a las cosas, la regla debe ser la del aprovechamiento usual y regular. Resulta, por tanto, que los influjos indirectos sólo han de prohibirse cuando sean nocivos para las cosas a causa de una utilización anormal del fundo o molestos o nocivos para las personas en medida superior a lo tolerable ordinariamente. De esta

¹⁵⁷ SORGE-VADALÀ, *I rapporti...*, cit., pp. 113-114; BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 31-32; GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «La teoría del abuso de derecho...», cit., p. 50. Estos autores destacan lo absurdo de no considerar como *immissio*, de acuerdo con el concepto de la misma que defienden los partidarios de la teoría a que nos referimos, los ruidos, las sacudidas y vibraciones, los olores hediondos, que pueden hacer insoportable la vida de los vecinos.

BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 42, concluye, de forma tajante, que se puede prescindir de la teoría de la *immissio*, porque en realidad no da criterio alguno regulador de las relaciones de vecindad. Se trata sólo de un punto de partida, en el sentido de que es la expresión del derecho autónomo de cada propietario, pero no de un límite general puesto al carácter absoluto de la propiedad.

manera, aparecen formuladas las dos teorías que acabarán siendo dominantes: la de la normal tolerancia y la del uso normal.

3. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DEL USO NORMAL EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO ITALIANO

El pensamiento de Ihering influyó en la doctrina y la jurisprudencia posteriores, sobre todo en Alemania, donde incluso se plasmó en el BGB, y en Italia. El § 906 BGB, regulador de las inmisiones, en su redacción original, negaba la posibilidad de exigir la cesación de las inmisiones en dos casos: *a)* Cuando la inmisión no entorpeciera de una manera esencial el aprovechamiento de la finca que la padecía; *b)* Cuando la molestia fuese producida por un aprovechamiento de la otra finca que, según las circunstancias del lugar, fuera habitual en las fincas de la zona. La redacción del precepto hace pensar, respecto de la segunda hipótesis, que la molestia debía soportarse cuando procediese del aprovechamiento usual de la otra finca, aun cuando entorpeciera de manera esencial el aprovechamiento del fundo receptor de las inmisiones¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Este precepto ha sufrido dos modificaciones, que no han variado, sin embargo, el sentido del precepto. La primera, llevada a cabo por la Ley de 22 de diciembre de 1959 y que entró en vigor el 1 de junio de 1960, añadió un segundo requisito para imponer al vecino perjudicado la obligación de tolerar la inmisión (no sólo cuando el aprovechamiento de la finca de la que procede la inmisión sea conforme al uso local, como rezaba el precepto en su tenor original, sino cuando, además, la molestia no pueda evitarse con medidas económicamente razonables) e incluyó la compensación en dinero en favor de aquél en caso de que, por concurrir ambos requisitos, deba soportar la inmisión.

En 1994, La Ley de modificación del Derecho de cosas, que entró en vigor el 1 de octubre de dicho año, modificó el párrafo primero, en el sentido de no considerar esenciales aquellas inmisiones que no sobrepasen los valores máximos de emisión fijados por la Administración.

Como resultado de estas modificaciones, el § 906 BGB, que sigue estableciendo como criterio principal de distinción entre las inmisiones permitidas y las prohibidas el del uso normal, ha quedado redactado en los siguientes términos: «*El propietario de una finca no puede impedir la penetración de gases, vapores, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones parecidas procedentes de otra finca, siempre que la inmisión no perjudique o sólo de modo no esencial al aprovechamiento de su finca. Existe un perjuicio no esencial cuando no se sobrepasan los límites o los niveles establecidos por ley o por reglamento. Esto se entiende aplicable también a los niveles establecidos en disposiciones administrativas generales, dictadas de acuerdo con el § 48 de la Ley federal de protección contra inmisiones (Bundes-Immissionsschutzgesetz) y a lo que refleje el estado de la tecnología.*

Se aplica la misma disposición cuando se cause un perjuicio esencial por un aprovechamiento de la otra finca conforme al uso local y que no pueda evitarse mediante la adopción de medidas que sea económicamente razonable exigir a quienes tienen un aprovechamiento de esta índole. Si conforme a esto el propietario ha de soportar la inmisión, puede exigir de quien disfruta la otra finca una congrua compensación pecuniaria, cuando la inmisión perjudique un aprovechamiento de su finca conforme al uso local o el rendimiento de aquella por encima de lo tolerable.

Es ilícita la penetración mediante una conducción especial».

En Italia, varios autores acogieron este criterio ¹⁵⁹, que fue asimismo muy utilizado por los tribunales. En realidad, la nota característica de la jurisprudencia recaída durante la vigencia del Código civil italiano de 1865 es la variedad de fundamentos y criterios propuestos, entre ellos, el del uso normal del fundo, que, en ocasiones, era el único tomado en consideración para solucionar el supuesto concreto, y en otras, se combinaba con algún otro de los que manejaban los tribunales: el de la normal tolerabilidad, las razones de buena vecindad, las limitaciones del derecho de propiedad, el arbitrio judicial, la necesidad social ¹⁶⁰. Incluso en el Proyecto del Código civil de 1942, la Comisión Real acogió el criterio del uso normal en el artículo 31 del Libro de la Propiedad, aunque este precepto no se incluyó en el texto definitivo del Código, cuyo artículo 844, dedicado a la regulación de las inmisiones, prefirió el criterio de la normal tolerabilidad. No obstante, hasta los años setenta, aproximadamente, la jurisprudencia italiana continuó acudiendo al criterio del uso normal, en combinación con el de la normal tolerabilidad, a pesar del rechazo de la mayoría de la doctrina de este país ¹⁶¹.

¹⁵⁹ Entre ellos, destacan RICCI, F., *Corso teorico-prattico di Diritto civile*, vol. II, Turín, 1886, p. 96; FILOMUSI GUELFI, F., *Diritti reali*, Roma, 1909, p. 176; SCIALOJA, V., *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, t. I, Roma, 1928, pp. 420 y ss.; SORGE-VADALÀ, *I rapporti...*, cit., pp. 197 y ss. y 219 y ss.; RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil* (trad. esp. por SERRANO SUÑER, R./SANTACRUZ TEJUIRO, J.), vol. 1, Madrid, 1929, p. 550.

¹⁶⁰ En el CC italiano de 1865 no había ninguna norma que regulara específicamente las inmisiones. El modelo adoptado por este texto legal —afirma PRADI, «Immissioni», cit., p. 593— se basaba en la separación total de las esferas propietarias, para garantizar de este modo, a cada una, la indemnidad frente a cualquier molestia. Esta tentativa de impermeabilización de las esferas dominicales, mediante la cual se pretendía conseguir la eliminación de la *immissio in alienum*, se llevaba a cabo a través del rígido régimen de las distancias de los artículos 558 y 574 (similar al que instaura el art. 590 CC español). Tales disposiciones prohibían cualquier molestia, sin tener en cuenta que ciertos contactos entre las propiedades son inevitables y que, pese a toda precaución, determinadas inmisiones en daño del vecino son verificables. A fin de mitigar el rigor de tales artículos, doctrina y jurisprudencia propusieron diversos criterios. Sólo sobre un punto —señala GALLINARI, «Le immissioni indirette e l'articolo 844 CC», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 280— el acuerdo era completo: dentro de un determinado límite, las inmisiones indirectas debían considerarse permitidas. A partir de ahí, se propusieron diversas teorías para fijar tal límite. La consecuencia de esta variedad de criterios, como pone de relieve COTTINO, V., «La difesa contro i rumori e l'art. 844 cod. civ.», *Foro pad.*, 1956, III, p. 4, era un estado de gran incertidumbre.

¹⁶¹ ROTONDI, *Instituciones...*, cit., p. 249 (cit. por GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «La teoría del abuso de derecho...», cit., p. 51), por el contrario, se sumó a la línea argumentativa de la jurisprudencia italiana y, vigente el CC italiano de 1942, propuso una teoría que mezclaba el uso normal con la normal tolerancia: es lícito el goce del propio derecho si corresponde a un uso normal y, además, las consecuencias que produce en el vecino no superan el límite de la tolerancia establecida en cada lugar y tiempo. Con base en este criterio, resultan tres tipos de actos: 1) Las formas de disfrute que proceden del uso normal y no se consideran intolerables, son lícitas y han de ser soportadas por los propietarios de las fincas vecinas; 2) Los actos que superan uno y otro límite son ilícitos y pueden dar lugar a un resarcimiento de daños; 3) Los actos intermedios, es decir, los que no excediendo el uso normal, superan el límite de normal tolerancia, no son susceptibles de una solución unitaria, sino que, para decidir sobre su licitud o ilicitud, es preciso el recurso a la autoridad judicial.

4. PRINCIPALES CRÍTICAS A LA TEORÍA DE IHERING. VALORACIÓN PERSONAL

Las críticas más duras que recibió este criterio procedieron de Hesse y Bonfante. El primero de los citados autores estaba de acuerdo con Ihering en que no puede encontrarse un criterio general para solucionar las molestias ocasionadas por las inmisiones, pero pensaba que la regla de la sensibilidad de los sujetos era poco práctica para el Derecho, por cuanto es algo absolutamente individual, que no permite encontrar un punto de vista común; pero es que, además, era el Derecho de policía el que, a su juicio, debía decidir la tolerancia o no de las incomodidades, atendiendo a los localismos y a las condiciones de cada caso singular, y conforme a los principios de oportunidad y del bien común; por lo que no era necesario encontrar una solución jurídica general. En lo que se refiere al aprovechamiento usual de la finca, creía que era un criterio demasiado relativo e indeterminado, puesto que nunca hay un aprovechamiento usual, sino siempre individual, que obedece a las necesidades y circunstancias del propietario; de donde resulta que hay que estar al caso concreto. Por otra parte, consideraba que, tras una apariencia objetiva, la doctrina escondía una regla subjetiva: si un propietario remueve su fosa de estiércol para producir malos olores y molestar con ello al vecino—observaba Hesse tomando un ejemplo de Ihering—, según la teoría del uso normal, al perjudicado le corresponde la acción negatoria contra esta injerencia, porque hay una actuación inusual, ya que una fosa de estiércol no se suele usar con esa finalidad; pero si es un profesional quien, en ejercicio de su actividad de fabricación de abonos y compuestos, remueve una fosa de fertilizantes, entonces no puede hablarse de actividad inusual; una misma actuación—decía Hesse— se considera prohibida en un caso y permitida en otro, según, no las condiciones de los fundos, sino la intención de los propietarios¹⁶².

Bonfante sostuvo que la teoría del uso normal carecía «de todo intento de demostración lógica», que en ella abundaban «las soluciones erróneas y los razonamientos falsos que revelan la inconsistencia del principio» y que interpretaba erróneamente el pasaje del Digesto 8, 5-6, 8, 5¹⁶³. Por una parte, este autor aludía a determinados supuestos que Ihering pretendía resolver con el criterio de la normalidad o anormalidad del uso, y que en realidad, se solucionan con un criterio distinto¹⁶⁴; por otra parte, advertía el peligro de utilizar el criterio del

¹⁶² ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 367.

¹⁶³ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 33, 34 y 39.

¹⁶⁴ Por ejemplo, el corte de los veneros de agua del manantial del vecino, considerado como un acto normal que no puede prohibirse ni da derecho al resarcimiento de daños. BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 34-35, sostiene que su no prohibición se debe, no

uso normal para decidir lo que debe prohibirse y lo que debe permitirse, en cuanto que puede llevar a prohibir cualquier actividad que se aparte de lo normal, aunque sea útil a la sociedad¹⁶⁵; asimismo, criticaba la indeterminación del criterio, pues en ocasiones, es difícil fijar lo que debe considerarse normal¹⁶⁶. Todavía más grave le parecía el error de Ihering al confundir la responsabilidad por daño en cosa ajena (por ejemplo, por el daño que se causa al vecino cuando se hacen excavaciones en terreno propio) con los actos lícitos o ilícitos en las relaciones de vecindad. Es perfectamente lícito el hacer excavaciones junto al lindero de mi vecino –destacaba Bonfante– en tanto que no haya prescripción especial alguna sobre distancias y precauciones a guardar que limiten aquella facultad; pero al realizar esta operación, igual que al realizar cualquier otra, puede surgir responsabilidad del daño que se cause a otro, pero no porque el acto sea anormal, sino porque concurren lesión jurídica y culpa¹⁶⁷.

Otros autores han criticado la doctrina de Ihering, haciendo notar, fundamentalmente, la excesiva amplitud del concepto de *Eingriff*¹⁶⁸ y el hecho de que el criterio del uso normal, que nació para frenar los excesos de la industria, acabó favoreciéndolos¹⁶⁹.

al hecho de su normalidad (pues difícil sería –dice– encontrar un uso de la cosa propia menos normal que ése, siempre que se hiciera por ausencia de precauciones en las obras hechas sobre el fundo propio o incluso por dolo, y no para obtener todo el beneficio del agua), sino porque así lo disponen las fuentes romanas. En sentido contrario, se afirma que la contaminación del manantial del vecino resultante del ejercicio de una industria es un acto anormal, y como tal, ha de ser impedido; en efecto, se debe prohibir, pero no por su carácter anormal, ya que se trata de una actividad útil a la nación, sino porque hay invasión de sustancias venenosas en la finca del vecino. En el primer caso no hay *damnum* en sentido propio, y en el segundo sí.

¹⁶⁵ También BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 37, escoge un supuesto utilizado por IHERING: las casas de lenocinio, por las que se ha llegado a obligar a los tenedores de las mismas a indemnizar a los propietarios de los edificios contiguos por la disminución de valor que su propiedad sufría. Si basamos la prohibición y la indemnización en el criterio del uso normal, la misma razón habría –afirma BONFANTE– para que cualquiera pudiera reclamar el alejamiento de un embalsamiento de cadáveres, un comercio de ataúdes, un consultorio médico-quirúrgico, un pabellón clínico o una familia harapienta; o impedir, a la Administración, la instalación de un cementerio en el barrio; o si no reclamar que los alejaran, sí, al menos, pedir una indemnización, por la depreciación sufrida por el inmueble. Igualmente, añade, «se me podría impedir construir un jardín colgante o levantar una cúpula sobre mi edificio, porque, evidentemente, se trata de obras anormales en nuestro país, y por tanto, no sería justo que el vecino tuviera que soportar la privación de luz que para él resultase».

¹⁶⁶ En este sentido, BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 38, cita el supuesto en que los propietarios de una finca colindante con una fábrica de azúcar se aprovechaban de ella para mantener una cría de abejas, que IHERING trataba de resolver afirmando que es lícito tener abejas, pero en medida normal, no excesiva. Para BONFANTE, es irrelevante el número de abejas: aunque el vecino las tenga en gran cantidad, no me molestarán si se limitan a libar el néctar de las flores; sí, en cambio, aunque estén en escaso número, si se alimentan de mi azúcar.

¹⁶⁷ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 39.

¹⁶⁸ FAIRÉN MARTÍNEZ, «El abuso del derecho...», cit., p. 278; LACASA COARASA, J. M., *Las actividades peligrosas en la propiedad urbana*, Huesca, 1961, p. 62; y GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «La teoría del abuso de derecho...», cit., p. 51.

¹⁶⁹ En efecto –destaca SALVI, «Legittimità e “razionalità” dell’art. 844 Codice civile», *Giur. it.*, 1975, I, 1, pp. 588 y ss.–, en un primer momento se trató de combatir, mediante

En mi opinión, la principal objeción que cabe hacer a la teoría del uso normal, que sigue siendo el criterio previsto en el actual § 906 BGB para distinguir entre las injerencias que el vecino debe tolerar y las que puede rechazar, es que lleva a resultados injustos. Así, conduce a permitir actividades generadoras de inmisiones excesivamente perjudiciales cuando aquéllas respondan al uso normal de la zona; y diversamente, a prohibir actividades que se apartan del uso normal, aunque sean inocuas o produzcan injerencias soportables.

5. LA CONEXIÓN ENTRE LA TEORÍA DEL USO NORMAL Y LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO

Se ha destacado, por la doctrina española, la similitud entre la teoría del uso normal y la prohibición del abuso del derecho en su vertiente objetiva. Se considera, de hecho, que aquella doctrina fue recibida en nuestro Derecho común dentro de esta institución. Así, respecto de la anteriormente citada STS de 14 de febrero de 1944¹⁷⁰, se afirma que la sentencia «habla literalmente de “exceso o anormalidad”». ¿Son dos formas que cumulativamente expresan el abuso en su dimensión objetiva o, más bien, se trata de una sola forma? Posiblemente se trata de esto último. El exceso supone la anormalidad. Lo excesivo es lo contrario a lo normal. Aquí puede verse la presencia de la teoría de la normalidad del uso como categoría explicativa del abuso del derecho. El abuso es exceso, y éste tiene como medida la normalidad»¹⁷¹.

Otros autores, aun cuando están de acuerdo con estas afirmaciones, piensan que entre el abuso del derecho recogido en nuestro actual artículo 7.2 CC y la doctrina del uso normal, existen diferencias: el límite que impone el artículo es más lato para el titular que el que supone el uso normal. «Con éste –se resalta–, cualquier molestia que provenga de un uso anormal es ilegítima, mientras que en aquél se requiere que sobrepase *manifiestamente* la normalidad. No se impone desde el abuso del derecho ninguna forma de

esta teoría, la invasión de la naciente industria, hasta el punto de afirmar la licitud de las inmisiones derivadas de obras realizadas a mano y la prohibición de las elaboradas con el uso de máquinas o aparatos artificiales; pero progresivamente, con la concepción de la «normalidad» del ejercicio de una industria, se convirtió en un instrumento de protección del empresario frente a las pretensiones de los otros propietarios. De la misma opinión son NAPPI, *Le regole proprietarie...*, cit., pp. 57 y ss., y NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., pp. 93-94.

¹⁷⁰ JC, t. V, 1944, núm. 43, pp. 344 y ss.

¹⁷¹ HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, p. 124.

ejercicio del derecho, al contrario que en el uso normal, que prescribe una actuación totalmente inocua y en su defecto, normal». Como conclusión, se afirma que «todo abuso supondrá un uso anormal, pero no al revés. Por ello, no puede afirmarse que el criterio del uso normal se recoja en la institución del abuso de derecho salvo en su forma más desmedida»¹⁷².

VI. LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD SOCIAL DE BONFANTE

1. LA DISTINCIÓN ENTRE LA ESFERA INTERNA Y LA EXTERNA DEL DERECHO. EL CRITERIO DE LAS NECESIDADES SOCIALES GENERALES Y ABSOLUTAS

Después de realizar una severa crítica de la teoría de los actos de emulación, del uso normal y de las que él denominaba «teorías secundarias», que, a su modo de ver, vienen a ser desarrollos de aquéllas, Bonfante sostenía que el problema de las relaciones de vecindad no podía resolverse «ni con la simple exégesis de los artículos del Código (...) ni con las reglas de analogía»; para solucionarlo se debía acudir a lo que consideraba el criterio supremo de interpretación en aquellos casos en que faltan textos expresos, o cuando se intenta dar normas para una serie de relaciones cuyo carácter jurídico es indudable, pues aparecen dentro del campo de una institución jurídica, pero carecen de regulación legal y falla el medio («siempre inseguro», a su juicio), de la analogía: el recurso «a la función de la institución, a los fines del derecho». En definitiva, se trata —continuaba este autor— «de lo que suele designarse con los términos de “espíritu del derecho” o “espíritu de una determinada institución»¹⁷³.

Sobre esta base, el autor italiano construyó su particular teoría sobre las relaciones de vecindad. En primer lugar, distinguió entre la esfera interna y la externa del derecho de propiedad: la esfera interna, o ámbito en el que se desarrollan todas las facultades que integran el derecho de propiedad, coincide con los confines físicos del fondo propio; la esfera externa empieza donde acaba la primera, es decir, queda fuera de los linderos físicos del fondo y, por tanto, de los límites jurídicos del propio derecho. De esta distinción derivaba el autor que la lesión de la esfera interna es lesión del dere-

¹⁷² NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., pp. 108 y ss., especialmente p. 111.

¹⁷³ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 18 y ss.

cho, mientras que la lesión de la esfera externa es lesión de un mero interés, un daño no jurídico¹⁷⁴.

Interesaba, pues, determinar cuándo existe lesión o invasión de la esfera interna. A este respecto, Bonfante estimaba que debía rechazarse tanto la limitación que encierra el concepto de *immissio* como la indefinición que representa el concepto de *Eingriff*¹⁷⁵; la fórmula correcta era, en su opinión, intermedia entre la inmisión y el influjo, y viene dada por la adición al aforisma romano *in suo actenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat*, de la expresión, también tomada de los textos romanos, *et quatenus nihil in alieno faciat*: es lícito hacer en propio siempre que no se provoquen inmisiones o se haga en ajeno. Hay, por consiguiente, dos modos de intromisión en la esfera del derecho ajeno: el *immittere in alienum* y el *facere in alieno*. El primero consiste en la propagación de substancias o elementos materiales a la cosa ajena y el segundo es la propagación de movimientos. La regla es que «toda invasión en la esfera interna ajena por elementos o por operaciones que hechas en terreno propio se propaguen al ajeno, puede dar motivo al ejercicio de la acción negatoria de la perturbación; y, agreguemos, al ejercicio de la acción de resarcimiento por el daño producido, a salvo la necesidad de probar la existencia de culpa en la acción de resarcimiento»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 51. Este autor reconoce que las condiciones externas influyen, incluso mucho más que las internas, en el valor económico de los fundos. Así, si la fertilidad de un terreno o la solidez y belleza de un edificio son, ciertamente, cualidades de gran importancia y valor, más lo son la situación, la proximidad a las líneas de comunicación y a los ríos; la amenidad del paisaje circundante; el aire puro que viene de los bosques vecinos; las bellas vistas o el barrio en que se encuentre, si se trata de un edificio. Ahora bien, esta relevancia tiene como consecuencia que el Estado, en determinados casos, compense a los ciudadanos por la lesión de estas condiciones, pero no hay compensación de ningún tipo entre particulares; lo contrario, por mucho que pudiera inspirarse en razones de piedad y equidad, sería, a su modo de ver, antijurídico.

¹⁷⁵ «Liberémonos –afirma BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 53– de la obsesión de la *immissio*: no es cierto que solamente mediante una *immissio* pueda darse una invasión en mi esfera interna y no es exacto que los romanos no acepten más hipótesis que la de la *immissio*». «El concepto de inmisión –añade en las pp. 55-56– era evidentemente estrecho y mezquino, pero en cambio el concepto de Ihering del influjo es tan amplio que llega a no significar nada; sólo ha servido para enturbiar la cuestión, lanzando un lema que no sirve de guía sino que desorienta; por él ha sido posible que se estimen como violaciones jurídicas y como daños causados, una serie de alteraciones sobrevenidas en las condiciones externas», como la disminución del valor económico del fundo, o supuestos como la privación de luz, vistas y sol o la desviación de aguas; aunque estas circunstancias puedan afectar a la esfera interna (a causa de la privación del sol, por ejemplo, un terreno puede quedar inútil para los cultivos a que hasta entonces se dedicaba), no hay acción contra ellas, porque sólo han supuesto una modificación de las condiciones que respecto del perjudicado eran externas. La misma opinión expresada en «L'azione negatoria e l'azione di danni nei rapporti di vicinanza», *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pp. 211-212.

¹⁷⁶ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 53.

Después de sentar esta regla, Bonfante puntualizaba que los conceptos de *immissio in alienum* y *facere in alieno* no habían de tomarse como categorías físico-naturales, sino que se trata de categorías sociales. «Habrá inmisión –afirmaba este autor– en todos los casos en que socialmente se entienda que una alteración dañosa o molesta en la substancia de la cosa es producida por elementos que penetran en el interior por obra y voluntad del vecino». En cuanto al *facere in alieno*, serán igualmente «el sentimiento y la opinión social, no los instrumentos de precisión científica, los que determinarán cuándo exista». El criterio social se erige como árbitro de la existencia de estas intromisiones en la esfera ajena; de acuerdo con él, puede concluirse que «en la esfera de las necesidades sociales y absolutas no cabe hablar de un *immittere* o un *facere* ilícitos»¹⁷⁷. Remarcaba el autor que las necesidades sociales en cuestión han de ser absolutas y generales para el ambiente y las condiciones sociales dadas y destacaba, por otra parte, que la necesidad debe ser cotidiana y civil, no industrial¹⁷⁸. No obstante, Bonfante se vió obligado a exceptuar algún supuesto de su rechazo de la necesidad industrial como criterio rector: «es muy posible –indicaba este autor– que en determinadas condiciones y en determinado lugar el ejercicio de una industria responda a los intereses vitales de un centro industrial por excelencia. En tal caso, nada impide que la sujeción a ciertas exigencias de la vecindad industrial pueda asumir el carácter de necesidad»; con todo, subrayaba que «no es la exigencia de una determinada industria lo que puede alcanzar el grado de un principio social, límite del derecho: es la necesidad general del pueblo»¹⁷⁹.

¹⁷⁷ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 58-65. Así, «[n]ada de lo que es fenómeno necesario e ineluctable de la vida social puede ser prohibido por respeto al derecho ajeno. En un país en que la estación invernal sea dura, no constituirán inmisión el *fumus non gravis* del propio hogar, ni el calor de las estufas o de los caloríferos. Por otra parte lo que es producto necesario e inevitable de la convivencia es *natural* en cierto sentido; no puede decirse que sea voluntario lo que es ineludible» (el subrayado es del autor).

¹⁷⁸ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 66 y 68. En «Rapporti di vicinanza», cit., p. 818, insiste este autor en la conveniencia de utilizar un criterio de *sensibilidad social*, con base en el cual tanto el *immittere in alienum* como el *facere in alieno* deben ser lícitos «cuando sean el efecto de operaciones que se cumplen en el propio por imprescindibles y generales necesidades, porque la necesidad es límite de cualquier derecho, y lo que se cumple necesariamente sale casi del concepto de voluntariedad y entra en el de fuerzas naturales, de las que cada uno ha de soportar los efectos».

La ineludible exigencia de que las necesidades sean sociales y generales lleva a que «[e]l calor de las estufas y de los radiadores debe ser tolerado en invierno hasta por los vecinos a que acaso desagrade; no tiene por qué ser tolerado en verano, aunque tuviese el carácter de cura necesaria para ciertas enfermedades» (BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 67).

¹⁷⁹ BONFANTE, «L'azione negatoria...», cit., p. 215.

2. VALORACIONES CRÍTICAS DE LA DOCTRINA DE BONFANTE

Tampoco la doctrina de Bonfante ha estado exenta de críticas. De entrada, se cuestiona el principio de que la lesión de la esfera interna es lesión del derecho y la de la esfera externa es, por el contrario, lesión de un mero interés, de un daño no jurídico. Una elemental reflexión basta para darse cuenta, según Hernández Gil, de que tal principio no coincide con la realidad y menos con esa necesidad social que el autor italiano pretende erigir en dogma definitivo. Es evidente que las condiciones externas inciden sobre las internas y que, pese al diferente ámbito de unas y otras, existe entre ellas una comunicación por virtud de la cual aquello que es objeto de la propiedad tiene un valor económico y una estimación social de los que carecería en sentido contrario. Contraponer el derecho al interés para ofrecer tutela al primero y negársela al segundo es, a lo que entiende Hernández Gil, una contradicción con la defensa que el mismo Bonfante hace de que lo tomado en consideración por el Derecho es la coexistencia social. Tampoco le convence el argumento de que el particular cuenta con protección frente al Estado por la alteración de las condiciones externas, pero no en las relaciones entre particulares; y ello porque las condiciones externas, aunque sean promovidas por el Estado con su acción reguladora, no pueden entenderse creadas exclusivamente por él. En definitiva, cree que Bonfante peca de excesivamente estricto, al encerrar las relaciones de vecindad en la esfera interna¹⁸⁰.

Se ha criticado, asimismo, la indefinición del criterio de la necesidad social¹⁸¹, que, por otra parte, no se aleja demasiado, según algún autor, del criterio del uso normal, tan atacado por Bonfante¹⁸². Sin embargo, hay quien resta valor a esta objeción, con base en que «no habrá nada más pernicioso para las relaciones de vecindad que

¹⁸⁰ HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, pp. 112. La misma opinión manifestó con anterioridad ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», *cit.*, p. 369, y comparte hoy NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, *cit.*, p. 127.

¹⁸¹ GALLINARI, «Le immissioni indirette...», *cit.*, p. 284; ALBANO, R., «Immissioni» («Diritto civile»), en *Noviss. Dig. it.*, t. VIII, Utet, Turín, 1962, p. 188; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, *cit.*, p. 373.

¹⁸² HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, pp. 115-116. «Sobre todo es así—señala este autor— cuando lo normal no se juzga individualmente desde el punto de vista de los intereses personales, sino, por el contrario, conforme al que cabe reputar como interés general dominante». Éste es un detalle del que el mismo BONFANTE era consciente. De hecho, reconocía expresamente que «[l]as más de las veces coinciden prácticamente el criterio de la ilicitud de la immisión dentro de los límites del uso normal y el pensamiento de que es lícita la immisión en aquellos límites en que la coexistencia social la impone de modo necesario»; no obstante, ello no quitaba, a su modo de ver, poder afirmar que «el segundo de estos conceptos es más lógico, más justificado y más preciso» (BONFANTE, *Las relaciones de vecindad, cit.*, pp. 66).

una fórmula exacta, precisa e inmutable»¹⁸³. También encontramos autores que aceptan el criterio de la necesidad social, pero opinan que debe complementarse con otro elemento: la utilidad social. Se dice que la presencia de este ingrediente es evidente en las hipótesis relacionadas con la industria, en las que existe un conflicto entre intereses privados con el interés social; cuando los intereses enfrentados sean exclusivamente de orden privado, la cosa cambia, pues «no puede existir precepto alguno que obligue a soportar semejante situación (de peligro) en beneficio tan sólo de un interés particular, privado y de mera conveniencia o lujo»¹⁸⁴.

Pese a todo, esta doctrina también ha recibido juicios favorables. Se ha dicho, en este sentido, que las enseñanzas de Bonfante, pese a algunos fallos evidentes, contribuyeron decisivamente a simplificar las graves cuestiones planteadas por los conflictos vecinales; se ha destacado, especialmente, su intento de situar las relaciones de vecindad en la moderna sociedad industrial y adaptar a ella las viejas soluciones del Derecho común; su mejor delimitación de las diversas formas de inmisión; la distinción entre remedios reales (acción negatoria) y obligacionales (reparación del daño); la defensa de la generalización en esta materia de la responsabilidad civil objetiva; y el uso de las necesidades sociales, y no de criterios teóricos, para distinguir entre inmisiones lícitas e ilícitas¹⁸⁵; lo que, sin duda, permitiría la adaptabilidad de la teoría a los cambios producidos por la evolución.

VII. LA TEORÍA DEL ARBITRIO JUDICIAL

El evidente empirismo casuístico de las relaciones entre vecinos llevó a un sector doctrinal, especialmente en Francia y en Italia, a defender que sólo el prudente arbitrio judicial, el *officium iudicis*, podía resolverlas. Brugi, en este sentido, consideraba que todos los criterios que puedan proponerse para resolver los conflictos de vecindad tienen un valor relativo, ya que la solución depende de múltiples circunstancias, únicas en cada situación, aunque sean similares en algunos casos. Por ello, la única vía posible es la del *arbitrium boni viri* del juez en el supuesto concreto, que ha de buscar el equilibrio entre dos intereses opuestos; la valoración práctica del conflicto puede llevar, en el caso juzgado, a afirmar la existencia de un abuso, de un inconveniente anormal, a decretar la adop-

¹⁸³ NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 135.

¹⁸⁴ LACASA COARASA, *Las actividades peligrosas...*, cit., pp. 67 y ss.

¹⁸⁵ ALONSO PÉREZ, «La protección jurídica...», cit., p. 395.

ción de ciertas medidas o a imponer la obligación de resarcimiento del daño, etc., de modo que ninguno de estos criterios puede considerarse generalmente válido, sino que el juez decidirá, según el caso, el criterio que conviene aplicar¹⁸⁶.

El inconveniente más grave que se achaca a esta tesis es que se puede entender como atributiva de la facultad de introducir limitaciones *extra legem* a los jueces, es decir, de un poder legislativo, lo cual no se considera posible; o, sobre la base de que en el espíritu del Derecho positivo existe un límite y un criterio, se renuncia a determinarlo y se encarga esta función al juez; en este caso, lo lógico es que el sentido práctico dicte al juzgador la solución justa, pero puede ocurrir que este sentido práctico se deje guiar por simpatías éticas o sentimentales¹⁸⁷.

En contra de esta crítica, sin embargo, se ha dicho –a mi juicio con razón– que, superada la concepción tradicional del juez como instrumento mecánico de aplicación de la ley, hoy nadie duda de que debe desempeñar su labor manejando dos clases de materiales: la norma y las circunstancias extrajurídicas que concurren en cada supuesto. Ello no supone en modo alguno atribuir funciones legislativas al poder judicial, sino que representa una labor reconstructiva del Derecho, que se lleva a cabo operando con el Derecho positivo y el Derecho natural. En la materia de las relaciones de vecindad, no se puede prescindir del arbitrio judicial, «a no ser, que queramos un principio sin más finalidad y utilidad que la de una fría, muerta utópica fórmula para una vida vecinal de laboratorio; pero si no es así, como no lo ha de ser, sólo al arbitrio judicial tocará vivificarla, humanizarla y sólo con ello el principio tendrá realidad viva y vendrá así a solventar los conflictos vecinales, a normalizar nuestra vida vecinal y a regular nuestras “relaciones de vecindad”»¹⁸⁸.

VIII. EL CRITERIO DE DISTINCIÓN ENTRE LAS INMISIONES PERMITIDAS Y LAS PROHIBIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Hasta aquí, la exposición y valoración de las principales doctrinas históricas de distinción entre las inmisiones permitidas y las prohibidas. Algunas de ellas, como se ha señalado, siguen vigentes en varios

¹⁸⁶ BRUGI, B., «Immissione di fumo da batelli a vapore degli edifizii adiacenti», *Riv. dir. comm.*, 1910, II, pp. 875 y ss. Insiste en su argumento en «Rapporti di vicinanza: rumore, scosse, tremiti», *Riv. dir. comm.*, 1926, II, pp. 225 y ss.

¹⁸⁷ BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 49-50; «L'azione negatoria e l'azione di danni...», cit., p. 213.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 201 y ss.; «La teoría del abuso de derecho...», cit., p. 54.

ordenamientos jurídicos europeos, ya sea recogidas en sus respectivos Códigos civiles, ya sea –en los países en los que no existe regulación legal específica de las inmisiones– aplicadas por la jurisprudencia.

Me ocuparé ahora, de forma muy breve y para concluir estas páginas, del criterio que considero más apropiado para resolver la cuestión en el Derecho español¹⁸⁹.

Como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una disciplina sistemática y completa de las inmisiones, sino con normas dispersas, tanto de Derecho privado como público, que disciplinan aspectos concretos y fundamentan el recurso a diversos mecanismos de protección. En lo que se refiere al ámbito civil, el Código civil alude al particular en dos artículos: el 590 y el 1908. El primero prohíbe la construcción de determinadas instalaciones, cerca de una pared ajena o medianera, sin guardar ciertas distancias y sin realizar las pertinentes obras de resguardo, «*a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos*». El segundo hace responsable al propietario de los daños causados «*por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades*» (núm. 2.º) y «*por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviere (núm. 4.º)*».

El único dato interesante a los efectos que ahora importan es la referencia al exceso en el apartado segundo del artículo 1908, que nos da una primera idea: hay que permitir las inmisiones que no sean excesivas y prohibir las que lo sean. Pero eso, es decir bien poco, ya que el precepto no aclara en relación con qué se ha de medir el exceso¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Este punto ha sido desarrollado con profundidad en mi Tesis Doctoral (inédita), ya citada, sobre «La prevención y la cesación de las inmisiones a través de la acción negatoria», en las pp. 251 y ss.

¹⁹⁰ Tampoco las normas especiales sobre propiedad horizontal y arrendamientos urbanos ofrecen conceptos más concretos. El artículo 7, apartado segundo, LPH de 1960, después de su reforma por Ley 8/1999, de 6 de abril, afirma que al propietario y al ocupante del piso o local no le está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades «*prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*». El artículo 27. 2 e) LAU de 1994, por su parte, dispone que el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato «*cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*». La referencia a las inmisiones en estos preceptos es indirecta, en tanto en cuanto aluden, no a la molestia en sí, sino a la actividad que las genera. Pero, en cualquier caso, también respecto de los conceptos de insalubridad, incomodidad o peligrosidad es precisa una concreción ulterior, ya que son muy relativos.

En cuanto al Derecho autonómico, interesa citar la Ley 13/1990, de 9 de julio, del Parlamento catalán, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, así como el Fuero Nuevo de Navarra. El artículo 3 de la ley catalana, inspirado en el § 906 BGB, establece una regla general y dos especiales. La regla general es que son legítimas las inmisiones inocuas o las que causen perjuicios no sustanciales; y en cuanto a las que causen perjuicios sustanciales, sólo serán ilegítimas cuando procedan de un uso anormal del predio vecino o su cesación no comporte un gasto económicamente desproporcionado. La primera regla especial se refiere a las inmisiones dolosas o culposas, que son siempre ilegítimas, sin

Es preciso, por tanto, concretar cuándo una inmisión es excesiva. Para ello, se proponen diversos criterios por la doctrina española: la normalidad del uso, en conformidad con el cual están prohibidas aquellas inmisiones (materiales o inmateriales) derivadas de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal, y permitidas las demás¹⁹¹; la normal tolerabilidad¹⁹²; la combinación de estos dos criterios¹⁹³; la anormalidad de la molestia¹⁹⁴; el abuso del derecho¹⁹⁵, etc.

Tampoco la jurisprudencia es unánime. Es frecuente la mención del abuso del derecho; aunque no siempre se le otorga la misma importancia: en unas ocasiones, se cita a mayor abundamiento, mientras que en otras, se afirma la posibilidad de acudir a esta doctrina, de modo exclusivo, para resolver el problema¹⁹⁶. Asimismo,

necesidad de atender a ninguna otra circunstancia; la segunda, a las inmisiones procedentes de instalaciones autorizadas administrativamente, que son legítimas en todo caso, aunque causen perjuicios sustanciales y deriven de un uso anormal del predio vecino.

Este precepto recoge, como puede apreciarse, el criterio del uso normal para determinar la legitimidad de las inmisiones. Contempla también el de la normal tolerabilidad (que es el previsto en el CC italiano), pero le asigna una función distinta y sitúa su operatividad en un momento posterior. En efecto, según el artículo 3, apartado 4, de la ley catalana, en los casos en que, por proceder de una actividad adecuada al uso normal de la finca, y por ser su cesación un gasto desproporcionado, la inmisión ha de ser soportada por el perjudicado, éste tiene derecho a adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños, a costa del vecino, y a reclamar una indemnización por los daños pasados y una compensación económica por los futuros, siempre que las inmisiones afecten exageradamente al producto del predio o a su uso normal, según la costumbre local. O sea, el criterio de la normal tolerabilidad se aplica a los efectos de establecer un límite a la pretensión indemnizatoria, cuando la inmisión ya se ha calificado como legítima por derivar de un uso normal del predio.

El apartado a) de la Ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra, por su parte, consagra como criterio de distinción entre las inmisiones permitidas y las prohibidas el del «uso razonable» del derecho propio, expresión igual a la que se utiliza en Derecho anglosajón y que centra la atención en la actividad que produce las molestias, ignorando los efectos de las mismas en el perjudicado. Así, la mencionada norma establece que los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidad de la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad.

¹⁹¹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. I, p. 248; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 105.

¹⁹² ALBALADEJO GARCÍA, *Curso...*, cit., t. III, pp. 170-172; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio...*, cit., t. III, p. 91; NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., pp. 232 y ss.

¹⁹³ En este sentido, GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 212 y ss.; «La teoría del abuso de derecho como principio...», cit., p. 56, cuyo principio, que él denomina de la convivencia vecinal, viene a ser una combinación del criterio del uso normal y del de la normal tolerancia. Una posición similar mantiene ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 385 y ss.

¹⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, p. 338. Para este autor, la regla de principio sería que «la actividad del dueño o ocupante no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circunstantes, habida cuenta de la naturaleza de la finca, de las vecinas y del entorno».

¹⁹⁵ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. I, p. 169. En la misma línea, DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno...*, cit., pp. 281-282; y AMAT LLARI, «La regulación de las inmisiones...», cit., pp. 83-85.

¹⁹⁶ Lo primero ha ocurrido en la STS (Civil) de 3 de diciembre de 1987, R. Ar. 9176; en la SAT de Burgos de 28 de febrero de 1981, RGD, 1982, núms. 454-455, pp. 1147 y ss.; y en la SAP de Segovia de 28 de mayo de 1993, Ar. C., 1993, ref. 957. En estos fallos, la

hay sentencias que se refieren a «la medida de lo normalmente tolerable»¹⁹⁷; o a la combinación de este criterio con el de la normalidad en el uso¹⁹⁸.

Personalmente, y sobre la base de que no hay fórmulas mágicas ni aplicables a todas las hipótesis de inmisiones nocivas¹⁹⁹, pienso que la frontera entre la inmisión excesiva y la que no lo es ha de determinarse mediante el criterio del arbitrio judicial limitado por la prevalencia del análisis de los efectos de la inmisión. En otras palabras, creo que la decisión sobre si se ha superado el límite que marca el exceso es una cuestión de hecho, no revisable en casación²⁰⁰, que corresponde, en cada caso concreto, al juez, que habrá de atender a las circunstancias concurrentes y guardar siempre el respeto debido a los preceptos legales²⁰¹; pero que debería atender preferentemente a los efectos de la injerencia en la víctima, de forma que una inmisión será excesiva cuando supere lo normalmente tolerable.

referencia al abuso del derecho va unida a la mención de las normas reguladoras de las relaciones de vecindad y de la responsabilidad civil extracontractual.

Lo segundo sucedió en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de abril de 1985, *RGD*, 1986, núms. 496-497, p. 506, que pareció aceptar que la solución a las inmisiones puede encontrarse, bien en la aplicación conjunta de los artículos 590 y 1908 CC, bien en la de la doctrina del abuso del derecho.

¹⁹⁷ STS (Civil) de 27 de abril de 1993, *R. Ar.* 2949; SAT de Valladolid de 6 de mayo de 1988, *RGD*, núms. 541-542, pp. 7241 y ss.; SAP de Salamanca de 16 de octubre de 1997, *Ar. C.*, 1997, ref. 2029; SAP de Barcelona de 17 de octubre de 1996, *RGD*, 1997, núm. 633, pp. 8101 y ss.

¹⁹⁸ STS (Civil) de 11 de octubre de 1978, *JC*, 1978, núm. 318, pp. 408 y ss.; SAT de Burgos de 6 de octubre de 1981, *RGD*, 1982, núms. 454-455 (en esta sentencia, por cierto, se identifica el uso anormal del fundo con el abuso del derecho); SAP de Zamora de 12 de noviembre de 1994, *Ar. C.*, 1994, ref. 1981; SAP de Cáceres de 20 de septiembre de 1995, *La Ley*, 1995-4, p. 716; SAP de Huesca de 10 de diciembre de 1997, *Ar. C.*, 1997, ref. 2413.

¹⁹⁹ ALONSO PÉREZ, «La tutela del Derecho civil...», cit., p. 4786.

²⁰⁰ La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, suprimió, como es conocido, el anterior núm. 4.º del artículo 1692 LEC, que contemplaba, como uno de los motivos en que podía fundarse el recurso de casación, «el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». Ello eliminó la posibilidad de impugnar en casación las cuestiones de hecho, aunque indirectamente sigue siendo posible a través de la denuncia, *ex actual* artículo 1692, núm. 4 (anterior núm. 5), del error de derecho en materia de prueba. V., en este sentido, las SSTs (Civil) de 16 de junio de 1998, *R. Ar.* 5331 y de 15 de julio de 1998, *R. Ar.* 5550.

²⁰¹ En este sentido, ALONSO PÉREZ, «La tutela del Derecho civil...», cit., p. 4786, y numerosas sentencias. V., entre otras, STS (Civil) de 18 de junio de 1990, *R. Ar.* 4765; SAT de Palma de Mallorca de 7 de febrero de 1983, *RGD*, 1984, pp. 907 y ss.; y SAP de Tarragona de 9 de marzo de 1995, *AC*, 1995, @ 778.

En definitiva, como destaca ALONSO PÉREZ, «La tutela del Derecho civil...», cit., p. 4783, el criterio de las necesidades sociales de BONFANTE es el contraste. En la misma línea, MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, *La acción negatoria*, cit., p. 106, afirma que habrá inmisión «cuando la alteración dañosa de la finca vecina afecte a la sensibilidad del grupo social, de la gente en su cotidiano vivir. Domina, en suma, la apreciación social, y en tanto no se halle justificación por una determinante necesidad social, que entonces es tanto como una situación de fuerza mayor».

Y para fijar lo que es normalmente tolerable en cada hipótesis, el juez debe tener en cuenta algunas circunstancias. Entre ellas, están, a mi juicio, las siguientes:

a) Las condiciones de tiempo y de lugar. En cuanto a las primeras, es importante, además de la época histórica en que se produce la molestia, el momento del día en que tiene lugar (no es lo mismo, pongamos por caso, tocar el piano a las doce del mediodía que a las tres de la mañana) y su duración, que influye en la intensidad del daño.

Respecto de las características del lugar, hay que tener en cuenta si la zona afectada es rural o urbana, residencial o industrial; o incluso hilando más fino, si es una zona dominada por hospitales, discotecas, comercios, etc.²⁰². Pero no debe otorgarse excesiva importancia a este factor, porque ello podría favorecer una especie de círculo vicioso en el que cuanto más contaminada está una zona, más deberían tolerarse las inmisiones²⁰³.

b) La sensibilidad media en relación con la injerencia; esto es, la sensibilidad a la molestia de una persona normal. No ha de tenerse en cuenta, pues, la sensibilidad personal del afectado para estimar como excesiva la inmisión, si de acuerdo con la considerada

²⁰² De este parecer son MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, *La acción negatoria*, cit., pp. 144-145; y PIÑAR DÍAZ, M./PÉREZ MARTOS, J., *Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 1996, p. 35, que sostienen que han de tenerse en cuenta estas circunstancias a la hora de calificar una actividad como molesta, a los efectos del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Asimismo, cabe encontrar sentencias que defienden la necesidad de atender a las condiciones del lugar y a la naturaleza de los bienes inmuebles (SAT de Burgos de 6 de octubre de 1981, *RGD*, 1982, núms. 454-455, pp. 1181 y ss., la SAP de Cáceres de 20 de septiembre de 1995, *La Ley*, 1995-4, p. 716, y la SAP de Huesca de 10 de diciembre de 1997, *Ar. C.*, 1997, ref. 2413, entre otras).

²⁰³ V. STS (Cont.-admvo.) de 10 de mayo de 1991, *R. Ar.* 4271, que afirmó, en relación con la futura instalación de un aprisco para ganado vacuno en el casco urbano de Tordesillas (Valladolid), respecto de la que la propietaria de un chalet-vivienda situado a pocos metros de aquélla pidió al Ayuntamiento que denegara la solicitud del interesado, que en las decisiones del Ayuntamiento demandado, y en las del Tribunal «a quo», seguramente había influido el hecho de que el aprisco en cuestión se instalase, aunque en casco urbano, en una población que no debía de pasar de unos cientos de habitantes, en la que existían, según informaba la citada Corporación, un medio ambiental con otras instalaciones de la misma clase y numerosos animales domésticos repartidos entre las casas del vecindario; todo lo cual había permitido invocar lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de 1961, en cuanto éste levanta la prohibición de instalar vaquerías, establos, cuadras y corrales de ganado y aves dentro del núcleo urbano de las poblaciones cuando éstas no rebasen los diez mil habitantes y sean esencialmente agrícolas o ganaderas. Pero —añadió el TS— «una cosa es que en esta materia la reglamentación de la misma haya establecido una brecha profunda entre lo rural y lo urbano, imponiendo para éste toda clase de servicios y de exigencias preventivas para la higiene y la comodidad de sus moradores, y otra muy distinta es que para los que el destino les ha confinado en el medio rural se vean desprotegidos por completo, obligándoles a soportar toda clase de incomodidades, e incluso a correr ciertos riesgos en su salud». En la misma línea, SAP de Asturias de 26 de abril de 1994, *Ar. C.*, 1994, ref. 632.

media, no lo es²⁰⁴. Ahora bien, no por ello debe descartarse la posibilidad de hacer disminuir la molestia. Me explico: supongamos que el demandante es asmático y su dolencia se ve agravada por el polvo procedente de un local vecino, en el que está instalada una carpintería. No creo que quepa estimar que el polvo sea excesivo si, atendidas las demás circunstancias, no molestaría a la hipotética persona de sensibilidad media. Pero, pese a ello, estimo que deberían adoptarse las medidas necesarias para reducir el perjuicio al vecino, siempre que ello no suponga un esfuerzo apreciable para el demandado.

c) El cumplimiento o incumplimiento de la normativa administrativa. Este dato es un indicio de la tolerabilidad o no tolerabilidad de la inmisión, pero en ningún modo concluyente. Así, el cumplimiento de la normativa administrativa no impide que el juez califique como excesivas las inmisiones²⁰⁵. Y de la misma manera, entiendo que el incumplimiento de la reglamentación administrativa no basta para que el juez, sin entrar a valorar otros aspectos, declare que la inmisión es excesiva y ordene las medidas que estime oportunas. Porque una cosa es la emisión y otra la inmisión; y es posible que, aun superando los niveles máximos de emisión fijados por la Administración, la inmisión sea trivial.

²⁰⁴ Coincido en este punto con PUIG PEÑA, *Compendio...*, cit., t. II, p. 52, y CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil por daños futuros», *ADC*, 1985, p. 638. V. asimismo, STS (Civil) de 28 de febrero de 1964, *R. Ar.* 1222 y SAP de Cáceres (Civil) de 20 de septiembre de 1995, *La Ley*, 1995-4, p. 716.

²⁰⁵ Ésta es la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Cabe citar, entre otros, a CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil por daños futuros», *ADC*, 1985, p. 639; COCA PAYERAS, M., «Comentario a los artículos 589-593 del C.v.», en *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1497 y en la segunda edición de 1993, p. 1497; AMAT LLARI, «La regulación de las inmisiones...», cit., p. 78; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, «Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente», *RCDI*, 1995, núm. 631, p. 2164.

En cuanto a la jurisprudencia, defienden esta tesis las siguientes SSTs, todas del orden jurisdiccional civil: 23 de diciembre de 1952, *R. Ar.* 2673; 2 de marzo de 1956, *R. Ar.* 1139; 14 de mayo de 1963, *R. Ar.* 2699; 13 de diciembre de 1971, *R. Ar.* 5232; 13 de marzo de 1974, *R. Ar.* 977; 12 de febrero de 1981, *R. Ar.* 530; 17 de marzo de 1981, *R. Ar.* 1009; 16 de enero de 1989, *R. Ar.* 101; 3 de septiembre de 1992, *R. Ar.* 6880; 25 de mayo de 1993, *R. Ar.* 3727; y 7 de abril de 1997, *R. Ar.* 2743.

