

Las inmisiones en el Derecho civil navarro

TERESA HUALDE MANSO

Las inmisiones en el Derecho civil navarro

Las inmisiones en el Derecho civil navarro

TERESA HUALDE MANSO

Universidad Pública
de Navarra
Nafarroako
Unibertsitate Publikoa



Título: *Las inmisiones en el Derecho civil navarro*

Autora: Teresa Hualde Manso

Edita: Universidad Pública de Navarra : Nafarroako Unibertsitate Publikoa

Fotocomposición: Pretexto

Imprime: Industria Gráfica Ona

Depósito Legal: NA-2784/2004

ISBN: 84-9769-067-2

© Teresa Hualde Manso

© Universidad Pública de Navarra

Impreso en papel ecológico

Esta publicación no puede ser reproducida, almacenada o transmitida total o parcialmente, sea cual fuere el medio y el procedimiento, incluidas las fotocopias, sin permiso previo del concedido por escrito por los titulares del copyright.

Coordinación y distribución: Dirección de Publicaciones
Universidad Pública de Navarra
Campus de Arrosadía
31006 Pamplona
Fax: 948 169 300
Correo: publicaciones@unavarra.es

A mi hermano Luis

Índice

Introducción	13
---------------------------	-----------

Capítulo I Inmisiones y Derecho de propiedad

I. Las inmisiones en el marco de las relaciones de vecindad	21
II. Las relaciones de vecindad en los Códigos liberales	26
A. Notas configuradoras de la propiedad: visión tradicional y visión crítica	26
B. Las relaciones de vecindad y las inmisiones en la teoría moderna de la propiedad	37
III. La reelaboración pandectística de la propiedad y su influencia en las relaciones de vecindad	43
IV. Las soluciones posteriores a la codificación liberal	50
A. Los actos emulativos	52
B. Inmisiones y responsabilidad civil	57
a) El abuso de derecho	57
b) Responsabilidad objetiva	60
c) La teoría de los daños que exceden de la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad	63
V. La separación entre tutela inhibitoria y resarcitoria. El problema de los establecimientos industriales autorizados	67
A. La experiencia francesa	67
B. ¿Indemnización o compensación?	71
C. La cláusula “salvo derechos de terceros” en otros países	73

VI. La obra de Ihering sobre las relaciones de vecindad	77
A. Del uso normal al uso normalmente tolerable	77
B. Estructura interna de la construcción iheringniana	79
C. Influencia de la doctrina iheringniana en la dogmática de la propiedad ...	80
D. Inmisiones y tutela a la persona	84
VII. La búsqueda de un criterio ajeno a los intereses en conflicto	85
A. La necesidad social	85
B. Tutela inhibitoria y tutela resarcitoria	88
VIII. La función social de la propiedad	91
A. El inicio de la función social de la propiedad	91
B. De la función social externa a la función social interna	95
C. Valoración del aspecto dinámico del derecho de propiedad	101
D. Función social de la propiedad y límites en interés particular	106

Capítulo II

Las inmisiones en el Fuero Nuevo

I. Concepto y estructura de la propiedad individual en el Fuero	113
A. El concepto de propiedad en el Fuero Nuevo: ausencia de definición	114
B. El desarrollo postconstitucional de la propiedad en Navarra. El Derecho Público navarro. La lectura funcional de las inmisiones	120
II. Aspectos generales de la norma de inmisiones	125
A. Inmisiones y normas legales de vecindad	125
B. Las relaciones entre el ordenamiento navarro y el Código civil en materia de inmisiones	132
C. Inmisiones y <i>ius excludendi</i>	135
D. Su modificabilidad convencional	137
E. El paso del tiempo en las inmisiones	141
F. Relación con la regulación administrativa y con los actos dimanantes de la Administración	147
G. La acción de la ley 367 a) y otras acciones de cesación	157
III. Perfiles funcionales de la ley 367 a) del Fuero Nuevo	165
A. En general	165
B. El uso no razonable y el uso ilícito	167
a) El dolo y la culpa	167
b) El uso ilegal y el abusivo	172
IV. Presupuesto objetivo del precepto: los riesgos y las incomodidades	173
A. Los riesgos o peligros de inmisión	173
B. La perturbación en el goce del inmueble	175
C. La exigencia de un perjuicio	183
D. Inmisión y posesión	188

V. El criterio de licitud de las inmisiones: el uso razonable	192
A. En general	192
B. Las necesidades de las fincas	193
a) La valoración conjunta	193
b) El preuso o la pre-ocupación	198
C. El uso del lugar	203
D. La equidad	208
a) La equidad como factor de determinación de lo razonable	208
b) La equidad como elemento integrador de la condena	213
VI. La tutela jurídica frente a las inmisiones en el Fuero Nuevo	217
A. Ilícitud de inmisiones y acción de cesación	217
B. La pretensión deducible de la ley 367 a) FN	221
C. Cesación e indemnización	227
D. Condena compensatoria	234

Cápítulo III
La cautio damni infecti

I. Introducción	241
II. La <i>cautio damni infecti</i> en Derecho romano	243
A. Bases de la institución	243
B. Elementos objetivos, subjetivos y formales	248
C. La negativa al otorgamiento de la <i>cautio</i>	251
III. La caución por el daño temido en los Códigos europeos	253
A. El Derecho italiano	254
B. El Derecho italiano	256
IV. La denuncia de daño temido en el Fuero Nuevo	258
A. En general	258
B. Caracteres y presupuestos de la institución	260
a) Remedio subsidiario	260
b) Ámbito de aplicación	263
c) Naturaleza judicial o extrajudicial	265
d) Finalidad de la norma	267
V. <i>Cautio damni infecti</i> y vías judiciales ante riesgos vecinales	268
A. La denuncia de daño temido y el juicio verbal de demolición o derribo	269
B. Acción de cesación de efectos perjudiciales y caución por daño temido ...	271
VI. La garantía de indemnidad	277
A. Garantía y responsabilidad	277
B. Garantía y medidas materiales de aseguramiento. Formas de garantía y efectos	279
VII. Elementos personales	283
Bibliografía	289

Introducción

La forma en que un determinado ordenamiento jurídico articula el ejercicio del derecho de propiedad constituye una pieza enormemente significativa para determinar la concepción que ese ordenamiento mantiene no sólo respecto a la configuración dogmática de la propiedad misma, sino también respecto al ámbito de libertad que se reconoce a la persona, a la relación del propietario con el Estado o con los poderes públicos o al sistema de relaciones que ha de establecerse entre los mismos propietarios. La regulación actual del ejercicio de la propiedad está constituida por una trama compleja de aspectos, cada uno de ellos ajustado a su peculiar perspectiva, y es la unión de todos ellos la que llega a ofrecer el mapa completo del sistema dominical, sistema que en ocasiones puede ofrecer unos resultados aparentemente contradictorios precisamente porque las perspectivas de las que han partido cada uno de los sectores normativos son divergentes o, más bien, son el resultado de necesidades diferentes.

Una de las cuestiones que presenta especial trascendencia a la hora de estudiar el ejercicio del derecho de propiedad en un sistema jurídico concreto, es la de examinar cómo se solucionan en el mismo las colisiones y conflictos que surgen cuando el ejercicio del derecho de un propietario ocasiona en otro titular un entorpecimiento para poner en práctica el suyo, y que se hace especialmente patente en el ejercicio de la propiedad inmobiliaria. La manera en que se aborde la incompatibilidad de usos revelará importantes datos sobre la idea que el legislador mantiene acerca de la coexistencia de los sujetos en so-

ciudad, de la preponderancia de un tipo u otro de usos, de la rigidez o flexibilidad del sistema, del papel del juzgador en los conflictos jurídicos entre particulares, de la adecuación del sistema adoptado a las necesidades económicas, ambientales o sociales, etc. En suma, el estudio de esta materia constituye un atractivo campo que ayuda a descubrir la base ideológico-jurídica que subyace en el ordenamiento ante el que nos encontremos.

Las perturbaciones que un propietario puede ocasionar a su vecino cuando aquél ejercita en un determinado sentido el derecho sobre su inmueble han sido objeto de numerosos estudios centrados en el Derecho común y en el Derecho catalán, ordenamiento este último que junto al navarro son los únicos que contienen una expresa regulación de las inmisiones inmobiliarias. Con el presente trabajo se desea cubrir, aunque sea parcialmente, la falta de atención sobre la regulación contenida en el Derecho civil de Navarra, propósito no exento de dificultades. Por un lado, la parquedad de la regulación contenida en el Fuero Nuevo o Compilación de Derecho civil foral de Navarra sobre el particular –frente a la exhaustividad de la regulación catalana– exige realizar un desarrollo analítico que permita suplir las carencias o silencios legales y para ello es preciso poner en relación la regulación de las inmisiones del Fuero Nuevo con otras piezas del propio sistema civil, con la regulación administrativa sobre la propiedad y, en su caso, con la normativa supletoria. Por otro lado, el correcto planteamiento de las inmisiones en el Derecho navarro exige huir de la inercia que pueden provocar las soluciones jurisprudenciales acuñadas para la misma cuestión en el Derecho común. A ello se une el hecho de que la materia no ha sido objeto de una especial elaboración o desarrollo jurisprudencial por los Tribunales y las escasas resoluciones judiciales en Navarra más bien parecen ser fruto del desconocimiento de la normativa civil propia –lo que provoca su no alegación en los pleitos– que de una baja litigiosidad o conflictividad.

Desde la convicción de que la regulación de las inmisiones es uno de los reflejos que una determinada concepción propietaria del sistema origina, he creído necesario realizar un *excursus* histórico que, a partir de la idea del dominio que cada momento histórico ha recogido y plasmado legalmente, explique el modo en que se han ido regulando, de forma coherente a tal concepción, los conflictos interpropietarios ocasionados por el ejercicio de los respectivos derechos en pugna. Sólo así puede entenderse el punto de la evolución al que se incorpora el Fuero de Navarra en 1973, año de su aprobación, y la consecuente regulación de las inmisiones en el mismo.

El análisis de la “nueva” propiedad que surge tras el descubrimiento de su función social ha prestado una atención prioritaria al modo en que el dominio se comporta o debe comportarse frente a los intereses generales, de cara a la incorporación del interés general en la estructura propietaria. Ese análisis se ha ceñido a observar la propiedad desde el punto de vista de la posibilidad de los poderes públicos de intervenir en la propiedad privada para limitarla, en que condiciones, bajo qué presupuestos y por qué razones. La función social ha servido así de instrumento para diseñar la situación jurídica del propietario frente a las intervenciones estatales en su derecho subjetivo pero poco se ha avanzado en otras direcciones. Apenas se ha prestado atención a la extracción de las consecuencias que la función social tiene en el ámbito de las relaciones entre particulares.

El olvido de ese camino ha llevado a una confusión de ámbitos jurídicos cuyos efectos en el orden civil ya empiezan a plasmarse o anuncian con hacerlo. En efecto, justificándose en los intereses generales que la propiedad puede llegar a satisfacer el legislador ha ido realizando, y sigue haciéndolo pues se trata de una tarea inacabada, una ingente labor normativa interviniendo en el contenido del derecho mismo o en el ejercicio de sus facultades a través de la imposición de deberes, restricciones, limitaciones o condiciones de puesta en práctica, y todo ello en aras del interés colectivo. Pero todo este legítimo cúmulo de instrumentos de intervención ha ido dejando progresivamente una secuela y es la de entender que tales delimitaciones también han de entenderse aplicables a las relaciones entre los particulares, de manera que cuando quien pone en práctica su derecho colisiona con el derecho del vecino deben jugar las mismas limitaciones que –por otras razones, y no las de velar por la coexistencia de dos derechos particulares– contempla la legislación administrativa.

Esa “contaminación” que una lectura parcial de la función social de la propiedad empieza a producir en el Derecho civil ocasiona un curioso efecto de rebote que precisamente la teoría de la función social pretendía evitar. Para la concepción liberal (en su versión inicial) recogida en los primeros Códigos el propietario podía hacer todo aquello que la ley no le prohibiera expresamente; dentro de los límites legales el propietario era libre de actuar en un sentido o en otro y si de su actuación se irrogaban molestias entorpecedoras del derecho del vecino, éstas habían de ser soportadas puesto que el propietario había actuado dentro de los linderos de su propio derecho. Abandonada esa

línea de pensamiento y acogida por los Códigos europeos posteriores una regla que estableciera –según parámetros diversos– qué inmisiones producidas por el uso de los inmuebles han de ser soportadas y cuáles no, el advenimiento de la función social y de su posterior desarrollo ha acabado por desvirtuar la finalidad que tal regla perseguía. A tal situación se ha llegado por la vía de entender que el criterio civil para medir la sustancialidad o gravedad de las inmisiones debe tomarse de las propias normas administrativas cuando éstas establecen límites máximos para determinadas injerencias. Y la justificación básica que se ofrece para ello sería de la considerar que la unidad del ordenamiento impone considerar como lícitas las inmisiones producidas con acatamiento de las normas administrativas.

La normativa civil sobre los conflictos *inter privatos* surgidos por el ejercicio de la propiedad sólo atiende a la coexistencia de los dos derechos, procurando en lo posible el mantenimiento de ambos en las mejores o más idóneas condiciones y tal juicio, creo, no debe verse impregnado o determinado de forma definitiva por el juicio que para el legislador público merezca la injerencia en cuestión. El efecto pernicioso que ha causado la función social de la propiedad en las relaciones entre particulares surge no del concepto en sí, sino del entendimiento o de la interpretación que del mismo se ha realizado. La función social ha de inspirar la regulación de las relaciones entre particulares pero el camino para materializar esa incorporación no debe ser el de incorporar exclusiva y directamente alguna de sus consecuencias, precisamente las que por otras razones han sido objeto de atención por la legislación de carácter público.

Aunque con una justificación ahora muy diversa se observa por tanto una vuelta a la concepción inicial de la propiedad codificada: el propietario podrá hacer todo lo que la ley le permite aunque cause perturbaciones o injerencias a su vecino, y si aun respetando la ley causa a otro una injerencia en su derecho, tal ejercicio ha de ser soportado. Lo que surgió para velar por el interés general acaba convirtiéndose en regla de comportamiento entre particulares. Más allá de la ley nada se puede exigir. En este sentido ha ido la reforma de la norma de inmisiones en el Derecho alemán (§ 906 BGB) y se anuncia la de Derecho catalán

El Fuero Nuevo llegó en un momento determinado de la evolución conceptual y dogmática de la propiedad en el que ésta había ya abandonado los simples intereses egoístas de los titulares y había recogido la idea de derecho

tutelado en la medida en que sirve a los intereses económicos, no se enfrenta a los intereses individuales ajenos y sirve para la consecución de los colectivos. Además, su perspectiva no podía ser la misma de la que partieron los codificadores europeos del siglo XIX puesto que el Fuero Nuevo ve la luz en una economía industrial y desarrollada de la segunda mitad del siglo XX en la que la intervención de la legislación pública era ya la realidad diseñadora del contenido del derecho de propiedad. Por eso el estudio de las inmisiones en el Derecho navarro ofrece un punto de vista interesante en el que se revela una peculiar construcción del dominio, fruto de su tiempo. La solución que el Derecho civil navarro adopta para remediar las incomodidades que el uso inmobiliario provoca en el vecino se presenta con caracteres peculiares, se enmarca en la idea de propiedad funcionalizada a la vez que otorga un relevante papel a la apreciación judicial en la estimación de lo que debe soportarse en las relaciones entre vecinos.

Antes hemos hecho alusión al peligro de inercia que puede correr el estudio de las inmisiones en el Derecho navarro si tal estudio se abordara haciendo un parangón con el tratamiento que las mismas reciben en el Derecho común. Ante la ausencia de una norma de compatibilización de usos sobre los inmuebles en el Código español, la jurisprudencia viene recurriendo a la aplicación de las normas de responsabilidad civil, única vía en sus manos para remediar los conflictos surgidos con producción de daños. Sin embargo, el problema de las inmisiones no es un problema en el que se discuta la obligación o no de indemnizar por quien causa la inmisión, sino el derecho de éste a realizarlas o no. De lo que se trata es de saber si el vecino puede ejercitar su *ius excludendi* para repelerlas y las reglas de responsabilidad sólo miran al surgimiento de la obligación de indemnizar, no a la obligación de no inmitir. Los supuestos de colisión entre vecinos inmobiliarios no se presentan siempre con un perjuicio efectivo, constatable, o cuantificable. En los conflictos entre usos inmobiliarios el fondo de la cuestión no es el del resarcimiento de unos daños que han podido o no producirse, sino el de si el vecino que pone en práctica su derecho de una determinada forma puede o no hacerlo en la forma que lo hace, pretensión que no es desde luego incompatible con una pretensión indemnizatoria acumulable cuando la perturbación se presenta acompañada de daños. En el ámbito del Derecho común el ejercicio de la propiedad inmobiliaria se ha imbuido de ciertas dosis de confusión cuyo origen se encuentra en una inescindible unión entre propiedad y responsabilidad, siendo

la responsabilidad (con sus propios condicionantes) la que ha servido de instrumento para solventar las cuestiones de colisión en el ejercicio de los derechos.

El Derecho navarro en este punto evidencia la neta separación entre la tutela cesatoria ante inmisiones del vecino y la eventual tutela resarcitoria que puede merecer éste cuando de la inmisión se derivan además perjuicios indemnizables. La ley 367 a) FN acoge un criterio de licitud para las inmisiones, el *uso razonable*, y permite ejercitar un determinado ejercicio del derecho sobre el inmueble cuando tal uso no supera esa razonabilidad. La razonabilidad del uso se convierte así en límite a la facultad de exclusión del vecino que se ve perturbado en el ejercicio de su derecho y la posibilidad de cesación de esas perturbaciones dependerá de la aplicación al caso de ese criterio de licitud, lo cual exigirá la observancia y ponderación de los factores que la propia norma se encarga de recoger. El uso razonable recogido como parámetro regulador en la ley 367 a) no tiene más virtualidad que la descrita; no es susceptible de aplicarse a órdenes jurídicos diversos y, más en concreto, no es un criterio de imputación de responsabilidad. Alguna resolución judicial, seguramente siguiendo las soluciones jurisprudenciales que aplican el Código español, ha utilizado el parámetro de licitud de las inmisiones del Derecho navarro como criterio para achacar la responsabilidad civil por daños de forma que la superación de la razonabilidad, es decir, el considerar un determinado uso como no razonable, ha servido al juzgador para decretar la obligación de indemnización. Estimo que no es esa la correcta interpretación de la norma navarra ni el camino para la correcta solución de los conflictos originados por inmisiones. Precisamente el gran logro del Derecho civil navarro fue el de configurar correctamente los diversos ámbitos de la protección del usuario de inmuebles cuando se ve impedido en el uso del fundo.

Resulta muy significativo a estos efectos que el Derecho civil navarro recogiera como instrumento preventivo en las relaciones entre fundos la institución de la *cautio damni infecti*, tomada del Derecho romano. A través de la misma se manifiesta por un lado la preocupación del legislador por adelantarse a la producción del conflicto articulando un mecanismo de reacción ante los eventuales riesgos y, por otro, la idea de que sean los particulares implicados los que puedan establecer entre ellos medidas de resarcimiento para el caso de que el daño anunciado finalmente se produzca. De ahí que junto al análisis del precepto nuclear del Derecho navarro en el tema de las inmi-

siones –ley 367 a) FN– el estudio correcto de la cuestión exige abordar el de esta institución complementaria desconocida en el resto de ordenamientos civiles españoles.

El encaje y entendimiento de la caución por daño temido en las relaciones entre vecinos no es tarea fácil. En la medida en que implica el surgimiento de una obligación de resarcimiento en virtud de la propia voluntad de quienes la estipulan, no casa bien en un sistema legal de responsabilidad civil que ya contempla dicha obligación. Desgajada la caución de las coordenadas jurídicas del Derecho romano en las que se originó, tampoco se revela claramente el sentido actual de la misma ni cuáles hayan de ser las consecuencias en caso de la negativa a estipularla. Los inconvenientes con los que el intérprete se encuentra ante la norma que la recoge pueden ser la razón de su escasa o nula utilización, pero a la vez suponen un reto para el investigador, quien ha de intentar desentrañar qué intereses quedan protegidos con la caución y de qué forma, o en qué situaciones puede tener utilidad para los interesados.

Capítulo I

Inmisiones y derecho de propiedad

I. LAS INMISIONES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE VECINDAD. II. LAS RELACIONES DE VECINDAD EN LOS CODIGOS LIBERALES. A. Notas configuradoras de la propiedad: vision tradicional y vision crítica. B. Las relaciones de vecindad y las inmisiones en la teoría moderna de la propiedad. III. LA REELABORACIÓN PANDECTÍSTICA DE LA PROPIEDAD Y SU INFLUENCIA EN LAS RELACIONES DE VECINDAD. IV. LAS SOLUCIONES POSTERIORES A LA CODIFICACION LIBERAL. A. Los actos emulativos. B. Inmisiones y reponsabilidad civil. a) *El abuso de derecho*. b) *Responsabilidad objetiva*. c) *La teoría de los daños que exceden de la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad*. V. LA SEPARACION ENTRE TUTELA INHIBITORIA Y RESARCITORIA. EL PROBLEMA DE LOS ESTABLECIMIENTOS INDUSTRIALES AUTORIZADOS. A. La experiencia francesa. B. ¿Indemnización o compensación? C. La cláusula “salvo derechos de teceros” en otros países. VI. LA OBRA DE IHERING SOBRE LAS RELACIONES DE VECINDAD. A. Del uso normal al uso normalmente tolerable. B. Estructura interna de la construcción iheringniana. C. Influencia de la doctrina iheringniana en la dogmática de la propiedad. D. Inmisiones y tutela a la persona. VII. LA BÚSQUEDA DE UN CRITERIO AJENO A LOS INTERESES EN CONFLICTO. A. La necesidad social. B. Tutela inhibitoria y tutela resarcitoria. VIII. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. A. El inicio de la funcion social de la propiedad. B. De la función social externa a la funcion social interna. C. Valoración del aspecto dinamico del derecho de propiedad. D. Función social de la propiedad y límites en interés particular.

I. Las inmisiones en el marco de las relaciones de vecindad

El ejercicio de los derechos está confiado por el ordenamiento jurídico navarro al arbitrio de su titular; de ahí que los derechos puedan ejercitarse libremente (ley 17 Fuero Nuevo), tal como corresponde a la propia esencia del derecho subjetivo. El ejercicio libre de los derechos –en un sentido o en otro, poner en práctica todas las facultades que lo integran o sólo parte de ellas–

no es sinónimo de uso irracional, absurdo o insensato del poder que los derechos otorgan¹. Todo derecho presenta unos límites intrínsecos que vienen a conformar y a definir sus contornos. Para el FN tales límites vienen dados por la naturaleza del propio derecho, la buena fe, las rectas costumbres, el uso inocuo de otras personas y la ley. Estos límites (*limitaciones* según reza el la-dillo del citado precepto) no son sino las fronteras generales de todo derecho. Afectan a los derechos subjetivos de manera abstracta, sin tener en cuenta más consideraciones, contemplando genéricamente los topes de las facultades de todo titular.

Pero concretas circunstancias pueden hacer que para determinados derechos sea preciso el establecimiento de límites más específicos que constriñan los límites genéricos que afectan al ejercicio de cualquier derecho. Y una de las circunstancias paradigmáticas que hacen necesaria la delimitación específica del ejercicio de los derechos es la vecindad de los inmuebles. Cuando el ejercicio de los derechos sobre estos bienes se enmarca en una situación geográfica de proximidad, cercanía o inmediación con otros inmuebles sobre los que recae un derecho ajeno, deben establecerse límites añadidos a los genéricos que menciona la ley 17 FN².

La realidad práctica demuestra cómo por razón de aquella vecindad o contigüidad de fundos, los efectos de la actuación de un titular sobre el inmueble objeto de su derecho, no se reducen a su esfera física de actividad, sino que traspasan los límites físicos del inmueble invadiendo la esfera de actuación de otro/s propietario/s (más propiamente de otros titulares) limítrofes o cercanos, sin posibilidad de evitar esas influencias o inmisiones por muy perfecto que sea el cerramiento³. Los límites físicos del objeto sobre el que el

1. DE PABLO, P., *Curso de Derecho civil navarro*, T. I, *Introducción. Parte general*, Pamplona 1990, p. 520.

2. D'ORS, al poner en relación esta ley 17 FN con las relaciones de vecindad, y en concreto con la ley 367, afirma que las limitaciones legales entre vecinos rústicos debe considerarse, mejor que a propósito de la ley 17, con ocasión de la ley 367. Esta última es la sede adecuada de todo lo relativo a las relaciones de vecindad. Cfr. comentario a la ley 17 FN, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXV, vol. 2, Barcelona 1993, Leyes 11 a 41, pp. 109-110.

3. Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE, M., *Las relaciones de vecindad*, Barcelona 1967, p. 35; RUGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, T. I, trad. de la 4ª ed. por SERRANO y SANTA-CRUZ, Madrid 1954, pp. 558-559. Sobre la inevitabilidad de las influencias en el ejercicio de derechos sobre inmuebles, vid. ampliamente ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos*,

derecho recae no alcanzan a contener el despliegue de las facultades del titular, ni preservan de la injerencia de titulares vecinos. Sobre tales límites físicos resulta preciso establecer límites jurídicos mediante una adecuada y armónica ordenación de los derechos e intereses enfrentados⁴. Un simple dato geográfico —el denominado genéricamente “vecindad”— es el factor determinante que produce una necesaria contemplación jurídica del problema. El Derecho, para contener eventuales intromisiones en el fundo vecino, o solucionar las ya producidas, establece una serie de restricciones y delimitaciones evitando que se viole el debido respeto a los derechos del vecino. Al Derecho le toca compatibilizar y equilibrar el uso de las facultades sobre fundos vecinos⁵.

Tomando la definición de ALONSO, el Derecho de vecindad sería aquella parte del Derecho inmobiliario que trata de disciplinar la convivencia próxima del hombre con sus semejantes, en cuanto hace posible la función de los bienes, y, en particular, el derecho de propiedad dentro de un marco de contigüidad con los demás⁶. Supondría una excesiva simplificación y, más, una inexactitud, la afirmación de que el Derecho de vecindad tiene por objeto la regulación de las relaciones de vecindad, entendido este último concepto genéricamente. Como afirma HERNÁNDEZ GIL, todo lo que convencionalmente es designable como relación de vecindad no se integra de manera completa

olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona, Madrid 1995, pp. 4 y ss. BARASSI expresa esta misma idea de las inevitables relaciones entre fundos afirmando que si los fundos estuvieran recíprocamente aislados se podría concebir la propiedad como una soberanía encerrada por una pared ideal construida verticalmente a lo largo de los límites, por debajo y por encima del suelo. Esta concepción geométrica permitiría al propietario cualquier facultad dentro de estos límites y le impediría salirse de ellos, cfr. *Proprietà e comproprietà*, Milano 1951, p. 620.

La SAP Pamplona de 14 de enero de 1985 hace referencia a la inevitabilidad que tienen algunas inmisiones cuando estamos ante fincas de especial configuración topográfica, en las que se hace necesario mantener determinadas construcciones (simas o sumideros) para que el riego de una finca no produzca inundaciones en la finca vecina.

4. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., “Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral”, en *CDJ*, 1994, vol. IX, *Protección del derecho de propiedad*, p. 117.

5. ALONSO PÉREZ, M., “Las relaciones de vecindad”, *ADC*, 1993, pp. 362-362. En igual sentido EGEA FERNÁNDEZ, para quien “el establecimiento por el legislador de normas sobre relaciones de vecindad tiene como objetivo asegurar que sea posible una convivencia no conflictiva entre los vecinos, que se traduce en la razonable limitación de los derechos y obligaciones de las partes implicadas”, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid 1994, p. 95.

6. *Ibidem*, p. 362.

en este sector del Derecho objetivo. No toda relación por motivos de vecindad tendrá la consideración de jurídica, y aun teniéndola será constitutiva de lo que propiamente debe configurarse como “relaciones de vecindad”⁷. Por relaciones de vecindad han de entenderse ciertas situaciones y efectos que tienen por base la contigüidad o proximidad en que pueden encontrarse determinados bienes inmuebles, dando lugar consecuentemente a limitaciones concernientes al contenido y al ejercicio de los derechos sobre dichos inmuebles⁸. Aunque el estudio de las “relaciones de vecindad” parte de un elemento objetivo –fincas vecinas– dicho estudio se centra o debe centrarse en el ejercicio de los derechos sobre dichos bienes, siendo por tanto un estudio de relaciones entre sujetos titulares, ligados por una situación física en la que se encuentran los objetos de sus respectivos derechos.

Dos precisiones importan a la hora de intentar una caracterización de las relaciones de vecindad que son objeto del Derecho así denominado. La primera de ellas es que aun cuando este sector del ordenamiento parte de la realidad física de fundos vecinos, y de que dichas relaciones tienen su origen en la proximidad de objetos, la relación de vecindad no se entabla entre el titular y el objeto, pues no cabe una relación exclusivamente expresada por los objetos. Idea que, gráficamente expresada, lleva a decir que la titularidad en sí –ya sea como adscripción de un bien a un sujeto determinado o como transmisión a un nuevo titular– no crea problemas de vecindad⁹. Es más, el solo hecho de utilizar el bien, bajo este prisma, no tiene relevancia jurídica, no tiene sentido definirlo como “ejercicio del derecho”. Dicho ejercicio es objeto de calificación jurídica para el Derecho Privado sólo en una consideración de conjunto con otra situación jurídica enfrentada, cuando se desciende a una comparación de los intereses en conflicto. Esto no es así para el Dere-

7. Cfr. “Las relaciones de vecindad en el Código civil”, en *Obras Completas*, T. IV, *Derechos reales. Derecho de sucesiones*, Madrid 1989, p. 91 y GONZÁLEZ-ALEGRE, *ob. cit.*, p. 9.

8. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *ibidem*, p. 89. Para GONZÁLEZ-ALEGRE deben concurrir en una relación las siguientes notas para que pase a formar parte de las denominadas relaciones de vecindad. En primer lugar tratarse de una relación jurídica, es decir, de una relación en la que, dados los intereses contrapuestos en juego, interesa al Derecho regular; en segundo lugar, que emane de razones de vecindad, y en tercer lugar que afecten o hagan referencia al necesario mantenimiento de una buena y fecunda convivencia social, cfr. *ob. cit.*, p. 9.

9. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, “Las relaciones de vecindad en el Código civil”, *cit.*, p. 92.

cho Público, pues éste contempla la propiedad y la limita en atención a consideraciones de interés social y por tanto más bien estáticas¹⁰.

Si las relaciones de vecindad hacen referencia a los actos de ejercicio de los derechos sobre una finca en cuanto tal ejercicio interfiere en los derechos de un titular vecino sobre su propia finca, y es la persona el sujeto activo o pasivo de esas relaciones, se deriva una segunda precisión: tales relaciones se desvinculan del derecho de propiedad y podrán establecerse entre titulares que ejercitan su derecho sobre la finca, siendo indiferente el título en virtud del cual derivan su respectivo derecho. La doctrina parte de la aceptación de que el presupuesto jurídico específico de las relaciones de vecindad es el derecho de propiedad, y en esa medida se afirma que el Derecho de vecindad tiene en cuenta que el contenido de la propiedad sobre fincas se configura tomando en consideración especialmente el interés de los dueños en la normal utilización de sus fincas, por lo que cualquier propietario u ocupante contiguo o vecino ha de respetar esta utilización como los demás respetan la suya¹¹. Sin embargo, la relación de vecindad no se entabla necesariamente entre sujetos propietarios, o mejor, se considera al propietario no como titular sino como ejerciente de su derecho. Por ello las normas del Derecho de vecindad no se limitan a regular relaciones entre propietarios, sino que afectan a todos aquellos titulares de derechos reales u obligacionales que ostenten derechos de uso y disfrute¹². Si lo que cuenta es la utilización de las fincas vecinas, las relaciones de vecindad podrán existir entre personas que, sean o no propietarias, ejerzan su derecho sobre fincas vecinas¹³.

10. Cfr. SALVI, C., *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano 1979, p. 51.

11. Cfr. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1º, *Posesión y propiedad*, 3ª ed., Barcelona 1990, reimp. revisada 1991, p. 331 y Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario Registral*, 5ª ed., Madrid 1990, reimp. 1993, p. 168.

12. Cfr. ALONSO, *loc. cit.*, pp. 364 y ss. y HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, p. 94.

13. Lo cual expresa GONZÁLEZ-ÁLEGRE con las siguientes palabras: "No podemos desconocer el papel preponderante, que en la ordenación o normativa jurídica de nuestra temática, ha de jugar y aportar la cualidad de propietarios vecinos, (...); pero condicionar así y reducir la materia de estas relaciones, sería tanto como dejar fuera de su reglamentación un importante aspecto de la misma: relaciones puramente personales entre vecinos para los que nada ha de representar la condición de propietarios o no de las fincas en que vivan, y que también merecen la atención del derecho objetivo en orden al mantenimiento de una buena convivencia vecinal", *ob. cit.*, p. 11.

Por último ha de tenerse en cuenta que el Derecho Privado, a la hora de enfrentarse con las cuestiones que la vecindad plantea, tiene en sus manos distintos instrumentos jurídicos para remediar los eventuales conflictos. Por un lado, el establecimiento de límites a la propiedad y al uso de los inmuebles como acabamos de mencionar, bien con carácter real, bien con carácter obligatorio. Pero por otro lado, mecanismo no menos eficaz igualmente dirigido a la prevención de conflictos es la constitución de servidumbres entre predios. Su regulación puede contribuir también a la previsión y solución de los conflictos de vecindad, conciliando intereses contrapuestos; lo que ocurre sencillamente es que la servidumbre actúa de manera distinta a los límites: sobre la base de la utilidad de los fundos, y para permitir una mejor y más provechosa utilización de los mismos, la servidumbre grava a uno de ellos en detrimento del propio y en beneficio del otro. Facilita la vecindad entre las fincas pero derogando el contenido normal de la propiedad¹⁴.

II. Las relaciones de vecindad en los códigos liberales

A. Notas configuradoras de la propiedad: visión tradicional y visión crítica

El planteamiento expuesto en las líneas precedentes no es sin embargo aquél del que partieron los primeros codificadores europeos (*Code* 1804 o *Codice* de 1865). Dichos cuerpos legales obviaron cualquier referencia a la regulación del uso de los inmuebles, al ejercicio del derecho de propiedad sobre los mismos. La razón de tal olvido puede encontrar su explicación en las notas configuradoras que tradicionalmente se le atribuyen a la propiedad consagrada en tales Códigos. La categoría de la propiedad presenta en los mismos una serie de caracteres estructurales esenciales que impidieron una solución legal coherente para las hipótesis de conflictos interpropietarios reconducibles a los casos de inmisión. Sin embargo, tales conflictos seguían presentándose en la práctica por lo que jurisprudencia y doctrina tuvieron que ir supliendo la ausencia de norma reguladora del uso de inmuebles.

14. ALGARRA, *La defensa...*, cit., pp. 23-24.

El primer carácter de la propiedad moderna –la que responde a la ideología liberal y capitalista– que repetidamente se toma en consideración es su *individualismo*. La propiedad moderna es típicamente individual en cuanto que sobre cada bien sólo puede existir una sola situación jurídica fundamental. Se quiebra así el régimen de la propiedad característico de *l'ancien régime* al que –según PESET– “gustaba de la pluralidad de propietarios y la propiedad de familias e instituciones. En la enfiteusis, el señor se reservaba el dominio directo y establecía sobre la tierra con el dominio útil a los campesinos. El *Code* no admite estas divisiones. Una propiedad para una persona. La propiedad es unitaria en este sentido (...). Esa limpieza de adherencias que debe conservar el derecho de propiedad se revela en la regulación de los derechos reales, única vía de relación directa con las cosas –o dicho en forma más actual, de excluir a los demás de su uso, goce o disposición–”¹⁵.

La regulación de la propiedad en este sentido, no siguió la postura mantenida por POTHIER, quien defendía la existencia de un vínculo social entre sujetos ligados naturalmente por el hecho de la vecindad, una comunidad de intereses en la utilización de los fundos que permite fundar la regla prohibitiva de dañar al vecino. Esta obligación *ex lege* debía encontrar una ubicación sistemática en la teoría de las obligaciones y, más en concreto, en la figura de un cuasicontrato cuya fuente autónoma sería precisamente la vecindad¹⁶. La

15. PESET, M., “Propiedad y legislación. Los derechos de propiedad desde el antiguo régimen a la revolución liberal”, en *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid 1988, 2ª ed., p. 133.

16. Cfr. *Traité du domaine de propriété* en *Oeuvres*, IX, pp 103 y ss. y *Traité du contrat de société* en *Oeuvres*, IV, 1841, p. 328.

La influencia que el pensamiento y los conceptos sobre la propiedad elaborados por POTHIER tuvieron en el *Code civil*, afirma DE LOS MOZOS, no es la que con cierta frecuencia se le atribuye, pues “prestando atención, una y otra vez, al testimonio del ilustre jurista en materia de propiedad y de derechos reales, nos damos cuenta de que estamos en presencia del último de los juristas del Antiguo Régimen, no el último en sentido cronológico, sino en cuanto que es el último que se ha ocupado de sistematizar y de definir en su conjunto el Derecho francés prerrevolucionario. Ligado a la larga tradición del *Droit coutumier*, lo mismo que a la tradición romanista de su antigua Universidad de Orleans, POTHIER es el último de los juristas *viejos*, no el primero de los juristas *nuevos*. Para ello, basta con estar un poco habituado a utilizar las obras de POTHIER, aunque se trate de su famoso *Tratado* dedicado al estudio del *domaine de propriété*, pues allí nos encontramos con las mismas distinciones sistemáticas (*ius in re* y *ius ad rem*) y con la misma fragmentación dogmática, propia del ‘desmembramiento del dominio’ en el Antiguo Régimen. Por lo que no puede (...) encontrarse en ella la noción moderna de la propiedad como derecho subjetivo (...)”. (*El derecho de propiedad: crisis y retorno a*

propiedad codificada, por el contrario, negó cualquier obligación derivada de la vecindad. Excluyó de la definición de la propiedad tal elemento y desechó la existencia de esa pretendida “comunidad de vecindad”, reduciéndola a un hecho social jurídicamente irrelevante y reconduciendo las relaciones de vecindad al esquema de la servidumbre legal¹⁷. La previsión del art. 1370 *Code* —ningún acto lícito puede producir obligaciones si no se ha previsto en la ley— hizo que decayera toda posibilidad de fundar positivamente tanto una obligación general de respeto recíproco, como una obligación de tolerancia entre vecinos¹⁸.

Junto al individualismo de la propiedad moderna, otro trazo atribuido a la misma es su *privacidad*. La libre utilización económica del fondo por parte del titular se convierte en el eje sobre el que gira la propiedad, convirtiéndose en la función del derecho subjetivo. Además, esa privacidad permite fundamentar la necesaria distinción entre poderes públicos y privados sobre el bien. La propiedad liberal se presenta como *privada* en el sentido de que las decisiones sobre la misma se refieren sólo a los particulares, a diferencia del antiguo régimen en el que se entrecruzaban relaciones que hoy llamaríamos públicas y privadas en el ámbito de la propiedad¹⁹. De esta forma, la red de

la tradición jurídica, Madrid 1993, pp. 46-47). La idea es tomada de GROSSI, para quien POTHIER únicamente tiene el mérito de sistematizar aquel conjunto de conquistas, de intuiciones y certidumbres acumuladas a lo largo de la historia jurídica francesa, pero que ya son así en el Derecho consuetudinario de aquel país. Cfr. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Prol. y trad. de LÓPEZ Y LÓPEZ, Madrid 1992, p. 121.

17. Tal concepción de la propiedad no era la que mantenía el Derecho consuetudinario francés anterior a la Codificación, que organizaba las relaciones entre los propietarios en base a obligaciones o vínculos de vecindad, vid. ampliamente sobre el antiguo Derecho francés RIPERT, G., *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris 1902, pp. 78-116 y YOCAS, C.P., *Les troubles de voisinage*, Paris 1966, pp. 9-12. Sobre la influencia de la concepción romana de la propiedad en la Codificación francesa, vid. PATALUT, A.M., “Regard historique sur l'évolution du droit des biens”, en *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées René Savatier, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, nº 19, pp. 4 y ss.

18. Aunque el *Code* no estableció la obligación de vecindad entre los cuasi-contratos, algunos autores de principio de siglo siguieron considerando que el cuasi-contrato de vecindad había quedado incluido en el art. 1370 al enumerar entre las obligaciones formadas involuntariamente las surgidas entre propietarios vecinos, consagrando así la idea de POTHIER, si bien esas obligaciones entre vecinos se limitarían al deslinde y amojonamiento, cfr. PLANIOL, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, T. I, 2ª ed., Paris 1901, pp. 372-373.

19. Cfr. PESET, en “Propiedad y legislación...”, cit., p. 131.

relaciones jurídicas de vecindad en cuanto expresiva de intereses no económicos, o de intereses económicos de sujetos no propietarios, se suprime del cuadro de sistematización de la materia propietaria²⁰.

Avanzando un paso más, y fijando la atención en el modo de ser externo de la propiedad, una ulterior nota de la propiedad moderna sería su *exclusividad*, que expresa el modo de ser la propiedad entre el propietario y los demás sujetos privados en orden al bien. En este aspecto es donde el *ius excludendi* aparece como el elemento estructural esencial de la situación subjetiva. Si la propiedad se caracteriza por la atribución potencial e incondicionada de un bien a su propietario, la relación entre el sujeto y el objeto representa el sustrato económico de un poder que se califica como jurídico en cuanto permite al titular excluir a los otros de la cosa, excluir a todos los sujetos diversos al titular del bien reservado a la libertad de acción de aquél. El derecho de exclusión merecería posteriormente una atención prioritaria para los pandectistas alemanes, lo que permitió una reelaboración del concepto de propiedad, como tendremos ocasión de examinar. Precisamente la construcción de la propiedad como poder de exclusión a los demás, es lo que permitió a los Códigos dictar pocas normas accesorias al respecto. La regulación codificada dedica gran atención a la fijación de los criterios mediante los cuales se atribuye el bien al sujeto titular (modos de adquisición) y a los que fijan la coexistencia entre propietarios sobre el mismo objeto; por el contrario, la regulación de las relaciones entre propietarios y no propietarios en orden al bien se entendió implícita en el fundamento mismo del derecho, con la atribución al primero del poder de exclusión a los segundos del goce de la cosa²¹.

Mientras la exclusividad expresó para los primeros Códigos el modo de ser de la propiedad entre el propietario y los otros sujetos privados, la *absolutividad* vendría a designar el modo ser de la misma entre poderes del propietario de un lado y de la autoridad pública por otro. La propiedad es absoluta porque carece de límites: al propietario son atribuibles todas las facultades posibles de goce, utilización, disfrute y disposición sobre el bien. Si la propiedad es un poder sobre una cosa, dicho poder no podrá ejercerse –dirá gráfi-

20. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 25.

21. Cfr. *ibidem*, pp. 27-28 y HERNÁNDEZ GIL y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “La propiedad en el ordenamiento constitucional”, *CDJ*, 1994, vol. IX, *Protección del derecho de propiedad*, pp. 22-23.

camente RIPERT al explicar la concepción revolucionaria de la propiedad—sino frente a la cosa misma, y ¿qué resistencia puede oponer la cosa a quien ejerce el derecho? Ninguna, salvo la resistencia derivada de la extensión material del objeto²². La absolutividad o ilimitación establecida como regla encuentra frente a ella los límites, que representan la excepción y que se refieren exclusivamente a la posibilidad de que un uso determinado sea prohibido de forma expresa por una norma legal o reglamentaria²³. La nota de la absolutividad se recoge expresamente en el art. 544 *Code* y en el art. 436 del *Codice* de 1865 (“es el derecho a gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta”)²⁴, definiciones que al reenviar a las normas legales o reglamentarias la posibilidad de que el Estado liberal pueda limitar la propiedad, lo hacen en atención a una finalidad exclusivamente garantista y en el reducido ámbito impuesto por las exigencias de la paz y la seguridad. Queda así excluida institucionalmente toda posibilidad de control sobre el ejercicio del derecho cuando dicho ejercicio responda a un tipo de goce no expresamente prohibido por la ley.

Se observa por tanto cómo de las cuatro notas atribuidas tradicionalmente a la propiedad de los Códigos decimonónicos, las dos primeras, individualismo y privacidad, hacen referencia a la base filosófica que subyace en la estructura de la propiedad moderna, a la nueva mentalidad del *homo economicus*; las dos últimas, exclusividad y absolutividad, vendrían a constituir los efectos de esa mentalidad y se referirían más bien a la estructura externa de tal propiedad.

Modernamente, aportando una visión desmitificadora de la concepción moderna de la propiedad, se ha insistido desde distintos puntos de vista so-

22. Cfr. *De l'exercice du droit de propriété...*, cit., p. 128.

23. La idea de absolutividad no puede entenderse estrictamente, pues nadie es tan tonto, dice RODOTÀ siguiendo a GAMBARO, “que piense que el requisito de la absolutividad fuera equivalente a una ‘obligación por parte del Estado de no molestar el libre goce de los bienes por parte de los particulares’, porque cabalmente el artículo 544 *Code* reservaba a las leyes y a los reglamentos la posibilidad de intervenir en esta materia”, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, prolog. y trad. de DÍEZ PICAZO, Madrid 1986, p. 117.

24. Posteriormente esa expresión sería sustituida en el *Codice* de 1942 por el de *exclusividad* (art. 832) que como dice DE MARTINO expresa más correctamente ese carácter eminente de la propiedad y que sería tomado de la doctrina pandectística posterior que tanto influyó en el *Codice* actual, cfr. *Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Della Proprietà*, arts. 810-956, 4ª ed., Bologna-Roma 1976, p. 147.

bre la impropiedad de lecturas exacerbadas del carácter absoluto del derecho de dominio. En otras palabras, la caracterización de la propiedad moderna y liberal, tal como ha sido descrita en las líneas precedentes no ha quedado exenta de críticas en cuanto que para algunos, partiendo de una análisis histórico de la regulación de la propiedad, en ningún momento ésta se configuró en los primeros Códigos decimonónicos como derecho absoluto, pleno e ilimitado, sino que nunca estuvo exenta de limitaciones, algunas de ellas recogidas en el propio articulado de los Códigos²⁵. Sería errónea la tendencia a confundir la plenitud de los poderes del propietario, de la que en las definiciones legales se hace gala, únicamente con la ilimitada posibilidad de utilización económica de los bienes objeto del derecho del propietario. Así, las expresiones que atribuyen a la propiedad la idea de “derecho de contenido pleno y de valor absoluto” deben hacer referencia más que a la ausencia de limitaciones a la índole de su estructura interna, como haz de facultades del titular sobre los bienes en los que recae y en cuanto relación directa del titular con la cosa objeto de su derecho, de modo que no requiere de intermediarios. Se trataría de un poder de atribución respecto de concretos bienes de contenido *elástico*

25. La regulación efectiva de la propiedad en la mayoría de los Códigos decimonónicos, afirma DE LOS MOZOS, no se agota en la flamante fachada del art. 544 *Code* que les sirve de modelo, hay que tener en cuenta también una serie de preceptos que establecen, dentro del sistema, la coexistencia de ese pretendido derecho absoluto con los derechos reales limitados, con la doctrina de la accesión, con la de las relaciones entre los fundos, etc. Todavía más, existen preceptos como los arts. 645 (sobre la referencia a los reglamentos locales para el uso de las aguas) y 1370 (sobre obligaciones que surgen de la ley) que guardan una cierta relación con la relatividad del concepto. Por ello, decir que el derecho de propiedad es absoluto no quiere decir que carezca de límites, cfr. *ob. cit.*, pp. 101-103. “En definitiva, lo que le pasa al *Code* en relación con la propiedad es algo parecido a esos edificios que por fuera ya son renacentistas pero que en su interior presentan todavía una sólida estructura gótica” (p. 101).

La idea de que del total articulado del *Code* se desprende un anclaje todavía en las antiguas estructuras medievales de la propiedad, la confirma GROSSI tras el análisis de la propia sistemática que adopta el Código francés. El título del Libro II “De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad” en el que se comprenden la propiedad, las servidumbres, el usufructo y el uso, demuestra que la idea de la modificación evoca la de un derecho real que se separa del tejido unitario pero compuesto de la propiedad y que gracias a esta separación modifica aquel tejido. Inconscientemente la vieja mentalidad continúa haciendo emerger una noción compuesta de propiedad, una indistinción cualitativa entre propiedad y derecho real, el cual viene calificado como desmembración y como haz separado de aquel haz total que solamente es la suma de la propiedad, cfr. *La propiedad y las propiedades*, cit., pp. 126 y 128.

por el que las facultades vuelven a su titular cuando la limitación desaparece, cualquiera que sea su origen, para volver a integrarse en ese haz de facultades. Para este sector doctrinal, tal sería la construcción que realmente asumieron los primeros Códigos decimonónicos que, dejando de lado el verbalismo que acompaña a los mismos, es la que realmente acogen, pues no hay que olvidar que el reconocimiento de “limitaciones legales” forma parte de su propio concepto y de la obligada relación del derecho del individuo con el derecho de la comunidad²⁶.

Desde esta perspectiva, el carácter absoluto del derecho de propiedad acuñado en las definiciones legales, ha de ser interpretado desde su auténtica, verdadera y única función histórica: servir de instrumento eficaz para la supresión de los privilegios feudales. La propiedad configurada en los Códigos cumplió la función de liberar a los fundos de las antiguas prestaciones señoriales, de las amortizaciones y de las vinculaciones, alcanzando también a las restantes trabas y limitaciones, como ciertos derechos de uso y disfrute que tomaban la forma de servidumbres personales, o los dominios separados sobre las diversas utilidades susceptibles de prestar una cosa, así como otras cargas y obligaciones reales que hacían posible la compatibilidad de derechos sobre una misma cosa. La propiedad es derecho absoluto sólo en el sentido de que se suprimen las propiedades o *dominia* diferentes propios de la Edad Media (principalmente el dominio directo y el dominio útil). Observando analíticamente el art. 544 *Code*, dice RODOTÀ, puede discutirse la exactitud de la tesis que quiere encontrar en dicha norma la fuente de todos los privilegios del propietario. Al hablar de propiedad *absoluta*, el artículo no quería afirmar el carácter ilimitado de la situación del titular, sino que utilizaba el término en su sentido etimológico, para remachar que la propiedad queda desligada respecto de todo tipo de dominio eminente²⁷.

26. Cfr. DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 97.

27. Cfr. *El terrible derecho*, cit., p. 86. “El valor jurídico de aquella definición –afirma más adelante– escapa a menudo a sus exégetas, que tienen la tendencia a confundir la plenitud de poderes de que la definición se hace portadora únicamente con la ilimitada posibilidad de utilización económica de los bienes objeto del derecho del propietario” (p. 101).

Es muy significativo que algunos de los primeros comentaristas del Código civil español, al intentar definir y caracterizar la propiedad, todavía sigan aferrados al empeño por distinguir *propiedad* y *dominio*. Ello demuestra el arraigo de la antigua concepción de la propiedad como realidad jurídica plural en la que pueden concebirse *dominiums* diferentes sobre una

El examen de los trabajos previos a la elaboración definitiva del *Code* indica que no estaba fuera de la mente de los legisladores una cierta concepción de la propiedad limitada cuyo ejercicio debía estar sujeto a condicionantes. Los sucesivos Proyectos de CAMBACÉRÈS demuestran que la intención inicial del codificador francés fue la de considerar a la propiedad como un derecho a ejercitar “conforme a la ley”²⁸ o “conforme a las leyes establecidas por la necesidad común”²⁹, definiciones que se abandonaron quizá por razones políticas³⁰ para dar paso a la definición legal recogida en el *Code*. Pero lo que resulta indudable es que tanto en la fase prerevolucionaria como en la obra de los elaboradores del *Code civil*, se contemplaba la ley como un instrumento excepcional de reducción de los derechos de los particulares, cuyo uso debía contenerse lo más posible. La intervención legislativa se presentaba entonces, eso sí, únicamente como fuente de obligaciones negativas (*usage prohibé*) o como instrumento de un ulterior refuerzo de los poderes de la propiedad. Así, el art. 544, aun previniendo institucionalmente la posibilidad de una intervención del legislador dirigida a prohibir a los particulares algunas formas de goce, puso al mismo tiempo al propio legislador un límite muy preciso, consistente en la necesidad de respetar en el derecho de propiedad el requisito del carácter absoluto³¹, en el sentido de eliminación de todo tipo de dominio eminente.

misma cosa. Esta todavía fuerza atractiva de la concepción premoderna de la propiedad es especialmente significativa en SÁNCHEZ ROMÁN, F. (*Derecho civil español, común y foral*, T. III-1º, *Derechos reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, Madrid 1900, pp. 77 y ss.) pero no de forma exclusiva (FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, T. II, 5ª ed., Barcelona 1897, pp. 26 y ss. y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, T. II, *Parte especial, Derechos reales*, 2ª ed., Valladolid 1920, pp. 61 y ss.).

28. Deuxième Projet de Code Civil en FENEET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T. I, Osnabrück 1968, reimp. de la ed. de 1827, p. 116.

29. Troisième Projet de Code Civil, *ibidem*, p. 243.

30. Cfr. RODOTÀ, *ob. cit.*, pp. 80-81 y 97-101.

31. El reenvío a leyes y reglamentos, añade RODOTÀ, no se puede interpretar ciertamente con fundamento en el hecho de que estos términos fueran entonces como hoy de uso corriente. En el siglo XIX los legisladores eran más cautos que los de hoy a la hora de usar el instrumento legislativo cuando estaba en cuestión la limitación de los derechos de los particulares y, además, el recurso a la ley era menos frecuente que actualmente. Tal dato confería a la garantía legislativa un valor mucho mayor que el que hoy tiene en sistemas jurídicos en que las situaciones privadas de contenido económico gozan, aunque sea formalmente, de garantías más reducidas y cuya compleja organización requiere un uso muy amplio del instrumento legislativo, cfr. *El terrible derecho*, cit., p. 118.

El art. 348 Código español no da pie a un debate sobre la absolutividad del derecho de propiedad pues en su redacción se separó de sus precedentes francés e italiano en cuanto habla del derecho “a gozar y disponer de una cosa”, sin añadir la expresión “de la manera más absoluta”³², ajustándose más –según DE LOS MOZOS– a la verdadera dimensión dogmática del derecho de propiedad, a la vez que respeta la tradición jurídica castellana, en particular la influencia de fuentes particulares como el Código de las Siete Partidas donde se encuentra ya prefigurado el concepto que acoge el art. 348: *Señorío es poder que ome ha en su cosa de fazer della e en ella lo que quissiere, segúnd Dios e segúnd fuero*³³, “concepto preliminar que guarda relación tanto con los poderes indeterminados y globales del propietario como respecto del límite impuesto al ejercicio de su derecho”³⁴. Las facultades de disposición y de libre aprovechamiento a las que se refiere el art. 348 fueron entendidas por los primeros comentaristas de nuestro Código³⁵ en el sentido más amplio posible, pero siempre que se ejercitaran sin perjuicio de otro particular o en daño del interés público, siendo ambos límites innatos al dominio, como así lo habían entendido las Partidas al ordenar que cuando el propietario realice obras nuevas de cualquier tipo que provoquen daños en las heredades de los vecinos, éstos tienen derecho a que el causante enmiende lo mal hecho de forma que no ocasione daños, debiéndose ordenar el derribo a su costa y la indemnización de los daños ocasionados, porque *maguer el ome aya poder de facer en lo suyo lo que quisiere. Pero deve lo facer de manera que non faga daño, nin tuerto a otro*³⁶.

32. Lo que “hace más perfecta la definición del Código español, puesto que evita el equívoco” (VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, cit., p. 67).

33. Ley 1º, Tit. XXVIII, Partida 3º, *Las Siete Partidas*, glosadas por Gregorio López, I, Salamanca 1955, reimp. Madrid 1984, p. 155.

34. Cfr. DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 81. La circunstancia de que el art. 348 del Código español no establezca formalmente la absolutividad del derecho de propiedad es indicativa, para la STS de 23 de diciembre de 1946 (RA 1413), de que el derecho de propiedad en Derecho español no reviste tal carácter, y que si bien el peculiar atributo del dominio es el de poder disponer libremente de las cosas, tal facultad no es tan absoluta, pues toda propiedad se subordina siempre a limitaciones determinadas, ya por las leyes, ya por pactos convenidos o costumbres aceptadas, a las que, en su ejercicio, se ha de acomodar. Cfr. MANRESA, J.M., *Comentarios al Código civil español*, T. III, 8ª ed. a cargo de RICO PÉREZ, Madrid 1976, pp. 173-174.

35. Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil español, común y foral*, cit., p. 86.

36. Ley 13, Tit. XXXII, Part. 3º, *Las Siete Partidas*, cit., p. 184. En aplicación de esta norma, vid. la STS de 9 de abril de 1866 (J C, T. 13, nº 142) en un supuesto de inmisiones producidas por una empresa minera en finca dedicada a explotación agrícola y ganadera en la

Por ello, que la ley regule el ejercicio del derecho de propiedad según las reglas de equidad no fue entendido como una innovación del art. 348, sino como una función atribuida al poder público para la regulación de todo derecho con el fin de que su uso no perjudique el derecho de un tercero y de poner en armonía los derechos privados con el interés general³⁷. Por lo que se refiere a la posibilidad de imposición de límites en beneficio de los particulares, la misma no se interpretó como un “contrasentido” ni quebró el entendimiento de la propiedad como derecho pleno e ilimitado porque la libertad del propietario está limitada por la convivencia y el respeto a los demás; el derecho de propiedad de uno debe existir con la propiedad de los demás³⁸.

Queda fuera de toda duda el hecho de que la propiedad codificada conocía y admitía la existencia de límites, pues incluso las propias definiciones legislativas recogían tal posibilidad aunque consagraran la absolutividad formal de tal derecho. ¿Dónde se encuentra entonces lo moderno de la propiedad codificada? ¿Qué innovaciones se introdujeron en la institución para calificarla de nueva?

Para GROSSI, propugnador de la visión desmitificadora de la propiedad desde un análisis histórico, la propiedad moderna no introduce como elementos nuevos ni la *plena potestas* ni el *ius excludendi*. De hecho, una y otro podrían predicarse también del dominio útil de fabricación medieval. Los diversos *dominia* reconocidos en el Medioevo se construyen a partir de un sis-

que se afirma que “cuando los perjuicios que uno infiera no proceden de caso fortuito sino de actos voluntarios practicados en utilidad y beneficio propios debe indemnizarlos”, en consonancia con lo establecido por el art. 55 de la Ley de Minas de 6 de julio de 1859 y con la ley 13, tit. 32, Part. 3^a. Excluye de esta manera la exigencia de culpa en el inmitente. Asimismo, la STS de 7 de noviembre de 1861 (*JC*, T. 14, n^o 402) en supuesto de obras de construcción de un molino con daños para heredad vecina en el que el Tribunal concluye que las leyes de las Partidas a la vez que reconocen el amplio derecho que el hombre tiene para hacer en las cosas de su propiedad lo que estime conveniente, “contienen la expresa limitación de que *develo facer de manera que non faga daño nin tuerto à otro* y el precepto determinante de que en caso de ocasionar daño, quede sujeto a la debida reparación”.

La de 17 de septiembre de 1866 (*JC*, T. 14, n^o 317) estima que la aplicación de la ley 13, Tit. XXXII, Part. 3^a es inoportuna tratándose de remoción de un horno no construido por el actual propietario, exigiendo la citada ley que se trate de obras nuevas, denegando en consecuencia tanto la acción inhibitoria como la resarcitoria y aceptando veladamente la prioridad e inatacabilidad del uso anterior.

37. Cfr. FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil...*, cit., pp. 126-127.

38. Cfr. VALVERDE, *Tratado...*, cit., p. 77.

tema objetivo de la propiedad, desde las cosas y sobre las cosas. La propiedad medieval no es una propiedad monolítica sino tan compleja y compuesta que resulta incluso indebido su uso en singular; habrá tantos poderes autónomos e inmediatos sobre la cosa como permita la dimensión económica de la misma. Cada uno de esos poderes encierra un contenido propietario, un auténtico dominio (útil y directo) y cada fracción lleva en sí la inclinación a hacerse autónoma y la fuerza necesaria para desmembrarse. Frente a ella la propiedad moderna se construye en dirección opuesta, en ella el eje no lo constituyen ya las cosas, sino la persona. Las figuras jurídicas no giran ahora en torno a lo real, sino a lo personal, buscando su autonomía. Renegando de las soluciones medievales la nueva propiedad está diseñada para un sujeto dominante y sirve de instrumento de su soberanía sobre lo creado.

Por ello, concluye, el trazo diferenciador de la propiedad es el descubrimiento de su simplicidad y de su abstracción. Simplicidad en cuanto la propiedad se concibe como la estructura más simple posible, unilineal. Esa simplicidad permite separar la complejidad de las cosas y desvincularse de la proyección objetiva para ligarla a un único sujeto. Se consigue de esta forma librar al *dominium* de las variaciones de lo contingente para absolutizarlo en un sólo sujeto. La simplicidad no es por tanto efecto, sino cualidad esencial. El procedimiento para “liberar” al dominio de otros dominios es sacar la propiedad del eje de las cosas para incardinarla en lo intrasubjetivo. Por eso simplicidad quiere decir también purificación extrema de la relación, que logra sacudirse el estorbo de los contenidos más varios para capturar y dominar todo contenido. Si la propiedad es esa capacidad o potencia de absorción, la abstracción por su parte logra configurar la propiedad como una relación pura, al margen de cualquier contenido; el contenido es sólo un accidente que no alcanza a repercutir sobre la sustancia de la relación³⁹. El perfil más acabado de la propiedad como derecho abstracto se obtendría años más tarde por la influencia de la pandectística.

Cualquiera de las interpretaciones que puedan hacerse de los preceptos definidores de la propiedad codificada, si bien tienen interés a la hora de desentrañar el verdadero sentido y función de la institución tal como fue entonces entendida, ponen de manifiesto —a nuestros efectos— que el silencio de los

39. Cfr. *La propiedad y las propiedades*, cit., pp. 102-128.

textos sobre el ejercicio de la propiedad inmobiliaria obedece a una filosofía, hoy superada con creces, que poniendo al titular dominical en el centro sobre el que gira el contenido de sus facultades, no alcanza a resolver de forma satisfactoria la colisión entre intereses dominicales contrapuestos. Sin embargo, el legislador no podía desconocer que tales conflictos vecinales solicitaban una regulación, y para ello recurrió a la figura de las servidumbres: todos los límites al dominio por razón de vecindad habían de ser configurados para el codificador como *iura in re aliena* y no como meros límites. Veamos cuál fue la razón que inspiró tal solución, y, asimismo, la que provocó que quedaron fuera de la regulación codificada los límites impuestos por razón de vecindad con eficacia obligacional, es decir, las hipótesis de usos lícitos sobre inmuebles con influencia negativa en fundo ajeno.

B. Las relaciones de vecindad y las inmisiones en la teoría moderna de la propiedad

La regulación y sistematización del fenómeno vecinal en los primeros Códigos aparece configurada bajo dos notas principales. Desde un primer aspecto, la red de relaciones inherentes a la propiedad inmobiliaria se reconduce al esquema propietario: los conflictos vecinales son conflictos entre titulares propietarios. Toda relación de vecindad se concibe como relación interpropietaria. Bajo el perfil jurídico, el vecino es para el *Code* el “propietario vecino”⁴⁰. Consecuentemente todas las limitaciones impuestas por la contigüidad o proximidad han de pesar sobre el titular del dominio y no sobre otros sujetos que ostenten un derecho de uso diferente. Ello ha de completarse con la idea ya expuesta en líneas anteriores según la cual para los codificadores debía quedar fuera del contenido del derecho de propiedad cualquier elemento obligacional; la propiedad no crea vínculo alguno entre su titular y otros sujetos. Todo límite tiene carácter negativo, se traduce en un no hacer pero en ningún caso establecen un comportamiento positivo. Y ello, bien porque se entienda que el ejer-

40. “La propiedad es un eje central sobre el que giran las cuestiones de Derecho público y privado (...) Los dos sectores a distinguir en el marco del Código son propietarios y no propietarios” (PESET, *Dos ensayos...*, cit., p. 129).

cicio de la propiedad es omnímodo y ajeno a cualquier otra implicación, o bien porque el propósito de desligar la propiedad de toda vinculación y de toda carga personal llevara al codificador a excluir también, erróneamente, cualquier regla sobre la compatibilidad de usos entre fundos.

Desde un segundo aspecto, cualquier restricción al poder del propietario habría de ser impuesta por una norma que constituyera una situación subjetiva bien a favor del Estado, bien a favor de otro sujeto privado. A cualquier restricción ha de corresponder un derecho subjetivo que tenga como contenido precisamente dicha restricción. Y este resultado se consigue reconduciendo las diversas relaciones a la categoría unificante de la servidumbre legal. Se recoge así en parte la opinión manifestada por DOMAT, quien ubicó el tema de las inmisiones en el tratamiento de las servidumbres y afirmó que las obras u otras actividades que uno puede hacer o tener en su cosa y que expanden humo, u olor, u otros inconvenientes diversos al vecino, deben sufrirse a no ser que se haya establecido una servidumbre. Sin embargo, cuando no se ha establecido servidumbre alguna, añadía DOMAT, habrán de tenerse en cuenta la condición de los lugares o del daño mismo y según lo previsto por las reglas de policía o del uso⁴¹, precisión que no quedó recogida.

La categoría de la servidumbre legal como *iura in re aliena* permitió contemporizar los caracteres generales de la estructura de la propiedad como derecho individual y absoluto con la exigencia de disciplinar legalmente las relaciones entre propietarios. Las limitaciones de un determinado derecho de propiedad se establecen en favor del derecho de propiedad de los demás, para la menor limitación del derecho de éstos: si hay gravamen para un fundo debe ser en beneficio de otro fundo⁴². Esta construcción utilitaria de las servidumbres tuvo como fin evitar los conflictos entre vecinos, y permitió adelantarse a ellos estableciendo de antemano restricciones, pero presuponiendo que no hay más conflictos entre fundos que los previstos por la ley⁴³. Las formas de goce extrañas a semejante esquema, así como los intereses colectivos que puedan verse implicados se consideran irrelevantes y son suprimidos del

41. Cfr. *Le leggi civili espote nel loro ordine naturale*, 1689, 1694, trad. it., por CONSTANTINI, II, Pavía 1825, pp. 385 y ss.

42. Así lo justificaba para el Derecho español MANRESA en sus *Comentarios al Código civil español*, III, cit., pp. 171-172.

43. Cfr. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété...*, cit., p. 185.

campo jurídico, y ello con el fin de evitar la existencia de *plura dominia*, o de concurrencia de sujetos sobre un mismo bien.

En esa estructura de la propiedad merece ser tutelado todo ejercicio de la misma, toda forma de utilización del bien que no haya sido objeto de una prohibición expresa por la norma. Si a ello se añade la atribución al propietario del poder de exclusión de cualquier injerencia externa que no sea calificada como específico derecho sobre el bien, es evidente que cualquier hipótesis de inmisión puede ser calificada en el marco de tal sistema como una auténtica “aporía”⁴⁴. En efecto, aunque en el ejercicio del derecho de propiedad se produjeran consecuencias que entraran en el *ius excludendi* de otro propietario vecino, tal injerencia no podría ser cesada más que prohibiendo legalmente la actividad que la causa. Aquellas consecuencias deberían ser calificadas como meros efectos materiales del ejercicio de un derecho. El contenido absoluto de la propiedad codificada sólo conocía como excepciones las impuestas expresamente por la ley, con lo que la tutela de intereses ajenos a una determinada propiedad sólo se otorgaba cuando se produjeran formas de uso prohibidas por la ley, que eran las únicas que podían hacerse cesar. Toda utilización de los fundos permitida —o mejor, no vetada legalmente— no podía ser impedida, aunque produjera intromisiones en propiedades o fundos vecinos, puesto que en la configuración institucional de la propiedad se excluye cualquier forma de control sobre actividades no prohibidas o reguladas expresamente⁴⁵. Al juez sólo compete la labor de comprobar si el acto de ejercicio que produce injerencias *in alieno* responde a una norma que lo prohíba expresamente. Queda fuera del sistema la valoración judicial de los posibles intereses ajenos a la propiedad o de orden general que se vean implicados por efecto del ejercicio del derecho de propiedad.

Todo ello lleva implícita una idea en sí misma contradictoria pues, ¿cómo conciliar la libertad en el ejercicio de poderes del propietario con el *ius excludendi* del propietario vecino? En realidad la facultad de exclusión, a pesar de que formalmente puede ejercitarse para impedir toda injerencia en el inmueble propio que no tenga como base un *iura in re aliena*, no abarcaría las inmisiones. Teóricamente el efecto inmisivo sería ilícito en tanto que viola la ex-

44. SALVI, *Le immissioni...*, cit., pp. 33 y ss.; en igual sentido, NAPPI, F., *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli 1985, pp. 54-55.

45. Cfr. NAPPI, *ibidem*, pp. 55-56.

clusividad del poder sobre un fondo, pero sin embargo si ese efecto no responde a una utilización ilegal no hay forma de hacerla cesar.

De ahí que ni en el *Code* ni en el *Codice* de 1865 como tampoco en el español figure siquiera la figura o la noción de la inmisión (salvo por lo que se refiere en este último a la responsabilidad civil del propietario por humos, emanaciones, etc. recogida en el art. 1908 y a las precauciones del art. 509)⁴⁶. Ello es explicable desde el momento en que el concepto mismo contrastaba con la libertad en la utilización de los fundos. En dichos cuerpos no existe ninguna regla dirigida a disciplinar los conflictos surgidos por usos incompatibles de fundos vecinos. En el sistema del *Code* todos los intereses concernientes a la utilización de los fundos se reconducen a dos categorías fundamentales: por un lado, los límites impuestos por razones de interés público que, o bien son asumidos por la legislación especial bajo la forma de prohibiciones concretas (*ex* art. 544) o bajo la forma de servidumbres legales (art. 650), y, por otro lado, los establecidos en interés privado, concebidos y regulados, como sabemos, bajo la forma de derechos reales limitados del propietario vecino que tienen su origen en la situación de los lugares (arts. 640-648) o en servidumbres establecidas en interés de los particulares, las cuales parten de la idea recogida en el art. 651: la ley puede imponer a los propietarios determinadas obligaciones (en puridad servidumbres) entre ellos, independientemente de toda convención⁴⁷.

46. La perspectiva del Código español es eminentemente resarcitoria y no alcanza a formular una regla para solucionar la inhibición de los usos lícitos con efectos inmisivos. Cfr. entre otros AMAT LLARI, M.E., “La regulación de las inmisiones en el Código civil”, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid 1990, pp. 73 y ss.

47. La “extraña fórmula” que se deriva de los arts. 639, 651 y 1370 *Code* configura las servidumbres como obligaciones –fundamentalmente el 639 que afirma que “las servidumbres derivan de la situación de los lugares o de las obligaciones impuestas por la ley”– demuestran que en realidad no se tratan de verdaderas servidumbres. El origen de esta rara concepción radica según WINDSCHEID en que la antigua doctrina francesa concebía el contrato como productor sólo de obligaciones y así se entiende que el art. 1370 viera en las relaciones de vecindad puros vínculos formados involuntariamente, es decir, resultantes de la autoridad de la ley. Este error terminológico influyó asimismo en la colocación de las figuras y las servidumbres legales se incluyeron entre las verdaderas servidumbres, aunque se concebían simplemente como “engagements”, como obligaciones entre vecinos. Similar error se encontraba en el *Codice* de 1865 en el que se llamaba servidumbre a la obligación del propietario del fondo inferior de sufrir el escolio natural de las aguas que fluyen del fondo superior. Cfr. BARASSI, *Proprietà...*, cit., pp. 647 y ss.

Los trabajos preliminares al *Code* demuestran que no existía para los codificadores una neta distinción entre los límites en interés público y en interés privado. Así, en el tercer Proyecto de

Fuera de los intereses tutelados por los excepcionales límites legales del art. 544 o por las servidumbres no pueden existir para los codificadores otros intereses protegidos, desde el momento en que asumieron el principio de la igualdad formal de los fundos con el fin de evitar el restablecimiento de la prevalencia de un fundo sobre otro propio del sistema feudal, garantizando así la propiedad libre de cargas y en igualdad de derechos, principio por lo demás recogido en el art. 638 *Code*⁴⁸.

Ha de hacerse notar que aunque la redacción definitiva del *Code* no recogió regla alguna sobre la incompatibilidad de usos entre predios, la necesidad de su existencia ya se sintió en algunos trabajos preparatorios de dicho texto. En tal dirección, el artículo 453 del tercer Proyecto de CAMBACÉRÈS aunque preveía —a propósito de la regulación de las servidumbres establecidas por la ley— que “nadie puede, si no es en virtud de un título especial, impedir a un propietario usar lícitamente y a su voluntad de su propiedad”, a continuación el siguiente artículo consagraba la idea de que “nadie puede disponer de su fundo de manera que se produzca una inmisión exterior o nueva sobre el fundo ajeno”. Por su parte el segundo Proyecto, tras afirmar que el propietario tiene derecho a gozar y disponer del bien conforme a la ley (art. 71), afirmaba que un propietario, usando de su derecho no puede dañar o perjudicar la propiedad de su vecino (art. 80 *in fine*)⁴⁹. Tales previsiones no pasaron a la re-

CAMBACÉRÈS bajo el término “services foncières” se incluían dos clases: por un lado las derivadas de relaciones entre vecinos por la necesidad de las cosas, por el derecho natural y por utilidad pública; por otro, las que deben su existencia a la convención entre particulares. En la primera forma de “services foncières” en realidad el Proyecto regulaba lo que hoy llamamos límites por razón de vecindad, es decir límites en interés o utilidad privada. Sin embargo, para CAMBACÉRÈS tales “services” tienden a “conciliar el respeto debido a la propiedad con la necesidad pública y el respeto a las leyes impuestas por la naturaleza”. Cfr. “Discours préliminaire prononcé par Cambacères au Conseil des Cinq Cents, lors de la présentation du 3^o Projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification des lois”, en FENET, *Recueil complet des travaux...*, cit., T. I, pp. 162-163. La distinción entre límites en interés privado y en interés público se presenta un tanto más nítida en el texto definitivo, pero siempre marcadas por su calificación como servidumbres.

48. “La servitude n'établie aucune préeminence d'un heritage sur l'autre”.

49. Los intentos de CAMBACÉRÈS por incluir una regla de “no perjuicio al vecino” en el ejercicio del derecho de propiedad aparecen incluso en la discusión sobre el articulado referente a las servidumbres establecidas por razón de la vecindad. Al debatir el actual art. 642 *Code*, este jurista mostró la conveniencia que a su juicio tendría la inclusión expresa de una prohibición al propietario del fundo superior de realizar un uso abusivo sobre los cauces de agua que atraviesan su inmueble en perjuicio del fundo inferior, cfr. FENET, *Recueil complet des travaux...*, cit., T. XI, pp. 260 y 263.

gulación definitiva dada a la propiedad. La Convención estimó que el proyecto era excesivamente concreto en las disposiciones relativas a las relaciones entre propietarios y que no debía introducir un principio general por el que el propietario no pudiera dañar al vecino, reenviando a los usos y reglamentos locales la disciplina de tales situaciones aun a costa de perder uniformidad. La exigencia de combinar la noción de inmisión con un criterio de valoración de los intereses implicados parece ser el motivo por el cual los proyectos de CAMBACÈRES fueron rechazados⁵⁰.

El discurso de presentación del Libro de la propiedad ante el Cuerpo legislativo, realizado por PORTALIS, así como el de FAURE en su comunicación al Tribunal demuestran cómo la absolutividad consagrada formalmente en el art. 544 CC se entendía *únicamente* limitada por el interés general protegido a través de las leyes y los reglamentos. Tales instrumentos sólo tendrían la función de regular el ejercicio de la propiedad en beneficio del orden social. El Estado como “administrateur suprême de l’intérêt public” estaría legitimado para utilizar las leyes con el fin de regular el uso de las propiedades privadas garantizando así el orden y la paz⁵¹. Ambos ponentes no desconocen que hay otros límites, los derivados del interés particular, dando por supuesto que los mismos han de ser catalogados como servidumbres pero sin argumentar sobre ello⁵². A propósito del ejercicio por el propietario de su derecho de plantar y construir en su fundo, FAURE afirma que tal derecho sólo se restringe por las normas sobre servidumbres, cuya finalidad es la de impedir el abuso del derecho y la de obligar a soportar lo que, según la naturaleza de las cosas, cada vecino debe sufrir⁵³.

50. Cfr. SALVI, *Le immissioni...*, cit., pp. 70-71.

51. FAURE es en este sentido inequívoco: “Le propriétaire d’une chose a le droit d’en user comme il le juge à propos; qu’il la conserve ou qu’il la détruise, qu’il la garde ou qu’il la donne, il en est le maître absolu. Sans doute sa liberté peut en certains cas être limitée par des lois ou des réglemens; mais cette limitation n’a lieu que lorsqu’elle est commandée par un intérêt plus puissant: elle n’est établie que pour le bien général, auquel l’intérêt particulier doit toujours céder”. *Recueil complet...*, cit., T. XI, p. 135.

52. Así PORTALIS: “Vivant avec nos semblables, nous devons respecter leurs droits comme ils doivent respecter les nôtres. Nous ne devons donc nous permettre, même sur notre fonds, des procédés qui pourraient blesser le droit acquis d’un voisin ou de tout autre. La nécessité et la multiplicité de nos communications sociales ont amené, sous le nom de servitudes et sous autres, des devoirs, des obligations, des services qu’un propriétaire ne pourrait méconnaître sans injustice, et sans rompre les liens de l’association commune”, *ibidem*, p. 124.

53. Cfr. *ibidem*, p. 139.

En resumen, y tomando las palabras de RODOTÀ, el art. 544 *Code* representa una maduración o proceso gradual en el que pueden distinguirse dos momentos. En primer lugar, en contraste con la multiplicidad de situaciones de propiedad, el nombre “propiedad” se reconoce sólo a aquella forma de apropiación caracterizada por la tendencial falta de limitación de los poderes del titular: la liberación de las cargas feudales hace emerger una estructura que está fundada toda ella en el momento del derecho y que se opone a que penetren en su interior elementos obligatorios. En un momento posterior, la afirmación progresiva del principio de legalidad estricta circunscribe las posibilidades de control sobre la actividad del propietario⁵⁴.

III. La reelaboración pandectística de la propiedad y su influencia en las relaciones de vecindad

A partir de los últimos decenios del siglo XIX, la teoría de la propiedad asumió por efecto de la elaboración pandectística unos nuevos caracteres estructurales que condicionaron la elaboración de los Códigos civiles alemán, suizo e italiano de 1942. Esta nueva configuración de la propiedad se explica a partir de causas ya conocidas, las cuales vinieron a convulsionar el modelo asumido por el *Code*: los conflictos entre propiedad y trabajo, las necesidades del propio sistema capitalista de incrementar la producción, la industrialización y la consecuente aparición de grandes concentraciones urbanas, el nacimiento del poder organizativo de la clase obrera... Todo ello abocó al replanteamiento del derecho del propietario, que deja de ser el reino de la voluntad del titular para pasar a ser un derecho que sustente un interés del propietario merecedor de tutela⁵⁵. Es innegable que tal conclusión –recogida en la obra de IHERING– no se obtuvo sino tras un proceso que se fue desarrollando paulatinamente a través de finales del siglo XIX y parte del XX, si bien su origen se encuentra en la crítica de las teorías voluntaristas y en la concepción de la propiedad mantenida por las aportaciones doctrinales de la pandectística, en especial por WINDSCHEID.

54. Cfr. *El terrible derecho*, cit., pp. 102 y 134.

55. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia 1994, p. 235.

La fórmula que WINDSCHEID utilizó para contribuir a elaborar una noción unitaria de la propiedad es la que se resume en su *Derecho de Pandectas*: “la propiedad es la plenitud del derecho sobre la cosa, y las singulares facultades que en la misma pueden distinguirse no son sino extrinsicaciones y manifestaciones de esa plenitud. La propiedad como tal es ilimitada, pero admite excepciones. De todas las relaciones en las cuales, en virtud de la propiedad, la cosa es sometida al poder del titular, puede ser, mediante un especial hecho jurídico, eliminada una u otra relación y sustraída de la voluntad del propietario”⁵⁶. A esta concepción se vincula el § 903 BGB: “El propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la ley y a los derechos de un tercero proceder en ella a su libre arbitrio y sustraerla a la acción de los demás”. En la “nueva” concepción de la propiedad, ésta se presenta no sólo como paradigma de los derechos subjetivos sino a la vez como el modelo más apropiado de la atribución estática de los bienes en la que, atribuido el poder, el Derecho debe detenerse y desinteresarse del modo en que el particular ejerce ese poder⁵⁷, pero siempre que queden a salvo los derechos ajenos y el respeto a la ley.

Desaparece en la formulación de WINDSCHEID la expresión de la propiedad como poder absoluto⁵⁸, cobrando en su lugar relevancia la plenitud de ese poder, acentuándose así la idea de tendencial ilimitación a la que como elemento inseparable se une la posibilidad de restricciones. Se eclipsa de esta manera el significado de garantía que tenía el carácter absoluto del poder del propietario en la anterior propiedad codificada para frenar la imposición de límites⁵⁹. La difícil conciliación entre poder ilimitado del propietario y posi-

56. Cfr. *Diritto delle Pandette*, trad. it. por FADDA y BENZA, vol. I, Torino 1925, p. 591.

57. Cfr. RODOTÀ, *ob. cit.*, pp. 127 y ss.

58. Sí se encuentra todavía en otros autores como ARNDTS, para quien en virtud de su derecho *absoluto*, el propietario puede renunciar o disponer de la cosa, cfr. *Trattato delle Pandette*. Prima versione italiana sulla edizione tedesca, *Con note, appendici e confronti di Filippo Serafini*, I, 3ª ed., Bologna 1877, rist. 1981, p. 256.

59. Cfr. RODOTÀ, *ob. cit.*, pp. 136-137. Para DE LOS MOZOS, lo característico del Pandectismo es la profundización en el subjetivismo, de manera que la antigua *facultas* que se halla en el núcleo central de la concepción de la propiedad, se va a transformar en la *facultas domini*, elemento psicológico que contribuye a dar generalidad y abstracción al dominio. La exageración del concepto de propiedad es más bien obra de la pandectística del siglo XIX y de la aceptación de sus dogmas, en pleno positivismo, por la llamada Escuela científica, más que del *Code civil* y de la escuela de la Exégesis, incluso, cuyo papel y función, para el desarrollo de la dogmática, ha sido también exagerado y trivializado. Cfr. *El derecho de propiedad...*, cit., p. 57.

bilidad de restricciones la solventa este autor alemán recurriendo a la noción de elasticidad⁶⁰, que permite el mantenimiento de la ilimitación con la posibilidad de límites eventuales: en cuanto las restricciones cesan la propiedad recupera de nuevo su plenitud⁶¹.

La importancia y relieve que los límites a la propiedad adquieren en dicha construcción viene dada no por tratarse de un nuevo concepto extraño a la concepción moderna, sino más bien por la función que a los mismos les es atribuida. En primer lugar el límite es efecto de una norma, de un hecho jurídico⁶²; no tiene su origen en las características naturales de la cosa. Y en segundo lugar, el límite no se presenta como excepcional, deja de constituir el régimen anormal contrario a la absolutividad para pasar a constituir el régimen normal, el modo de ser típico de la propiedad en el ordenamiento. Sin duda el modelo liberal inicial, el recogido en el *Code*, ya conocía la noción de límite, pero este se concebía como circunstancia excepcional acogida por la norma a la vez que como hecho o circunstancia natural derivada de la naturaleza física del bien, coincidiendo límites con fronteras del fundo; la propiedad inmobiliaria estaría así limitada en cuanto tiene como objeto una porción de suelo. Por ello, afirma SALVI, límite, contenido normal y absolutividad de poderes son nociones que tendieran a coincidir. Para el planteamiento alemán de finales del siglo XIX, por el contrario, el contenido normal de la propiedad no viene dado por elementos naturales, siendo el régimen legal el que fija ese señorío del titular y encauza la disciplina legal de la propiedad a través de los límites de la misma⁶³.

La construcción no deja de ser innovadora pero precisa de algunas matizaciones. WINDSCHEID, en su intento por ofrecer una noción unitaria de la propiedad y partiendo de la base de la propiedad plena pero limitada, no lle-

60. La elasticidad como característica peculiar de la propiedad, si bien fue mencionada en la obra de WINDSCHEID, se debe especialmente a DERNBURG, *Pandette*, trad. italiana, I, 2, Torino 1907.

61. Cfr. WINDSCHEID, *ob. cit.*, pp. 592-593; ARNDTS, *ob. cit.*, p. 254.

62. O puede tener su origen en la voluntad del titular que conceda a un tercero derecho sobre la cosa, cfr. WINDSCHEID, *ob. cit.*, p. 593.

63. Cfr. *Le immissioni industriali*, cit., pp. 42 y ss. Ha de hacerse notar que sin embargo, es bien conocido el relieve que tuvo en las discusiones de los pandectistas el problema de la construcción *a priori* o *a posteriori* del concepto de propiedad, debatiéndose entre la pertenencia o no de los límites al concepto de propiedad, debate que el propio WINDSCHEID recoge en la obra que venimos citando (p. 592, nota 5).

gó a distinguir las diversas funciones y efectos de los límites ni a diferenciar éstos según se impusieran en interés público o en interés de los particulares, dejando sin clarificar cuál habría de ser el distinto alcance de unos y otros⁶⁴, y sólo posteriormente se ha alcanzado a atribuir a los límites de la propiedad distinta eficacia. En palabras de RIPERT, los límites en interés general se imponen por el Estado a todo ciudadano y los hace respetar aunque su violación no acarree ningún perjuicio para una persona en particular porque su finalidad no es solucionar conflictos de intereses privados⁶⁵. Cuando la disciplina publicística de la propiedad establece una determinada utilización del bien y excluye otras posibles utilidades del mismo sustrayéndolas a la voluntad del propietario, determina el ámbito de goce permitido y por tanto el ámbito de juridicidad del comportamiento del titular. La disciplina privatística de los límites a la propiedad tiene por objeto exclusivo la determinación del ámbito del poder de exclusión del propietario, no el bien atribuido al goce del propietario, sino el bien del que éste puede excluir el goce ajeno. De ahí que mientras la infracción de los límites impuestos en interés público merezca la calificación de uso ilegítimo, la infracción de límites en interés privado sólo constituirá un uso ilícito y su antijuridicidad sólo tiene sentido relacional en la medida en que existe un poder en cabeza de otro sujeto de impedir dicho comportamiento cuando se lesione su derecho⁶⁶.

Junto a la noción de límite, el segundo instrumento utilizado para la construcción dogmática de la propiedad fue el de considerarla desde el punto de vista relacional titular-terceros. Que una cosa sea propia de alguien, que un sujeto sea titular de un derecho de propiedad, significa para WINDSCHEID que

64. Al tratar sobre las limitaciones de la propiedad, WINDSCHEID se limita a reafirmar que las mismas se encuadran en la lógica propietaria y que pueden tener su justificación en el derecho de otro sujeto privado o en otras razones, como ocurre p. ej. en las leyes que imponen la observancia de determinadas alturas en la construcción de las casas. Cfr. *Diritto delle Pandette*, cit., p. 595.

65. Cfr. *De l'exercice du droit de propriété*, cit., pp. 142-144.

66. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 47-49. ROTONDI, al analizar la evolución de la teoría del abuso del derecho resalta la influencia que en la misma tuvo una determinada concepción de los límites impuestos por la ley. Entendidos los límites como límites estáticos sólo su vulneración por el titular abre la vía para la calificación del acto como abusivo puesto que "el abuso comienza donde el derecho cesa". Sin embargo, una comprensión dinámica del abuso exigiría la comprensión de los límites de manera relativa, permitiendo que pueda existir también abuso del derecho por su titular cuando su actividad se encuadra dentro de los límites impuestos por la norma. Cfr. *L'abuso di diritto. Aemulatio*, Padova 1979, pp. 19 y ss.

respecto a esa cosa la voluntad de aquél es decisiva en la totalidad de sus relaciones; lo cual se manifiesta en un doble sentido: 1) el propietario puede disponer de la cosa como quiere y 2) otro no puede sin la voluntad del propietario disponer de la cosa⁶⁷. Se diseña, según esto, la propiedad como un derecho de exclusión frente a terceros, dirigiéndose en consecuencia la atención del legislador hacia las medidas encaminadas a que el propietario no vea perturbado su derecho por nadie, a que nadie pueda molestarle y, a la vez, la acción legislativa se abstiene de regular su contenido, respetando así la libertad del ciudadano⁶⁸. La relación entre el propietario y los otros sujetos se define sobre la base del poder del primero de excluir a los segundos del goce del bien. El ámbito de dicha facultad de exclusión que tiene el titular de un fondo abarca las actividades o situaciones de hecho ligadas a la titularidad de una situación de goce sobre otro fondo. El *ius excludendi* se sustancia en una específica forma de tutela, caracterizada por el poder de prohibir comportamientos y de obtener la cesación de las situaciones de hecho que se concreten en una injerencia en el bien objeto de atribución; tutela que se distingue tanto del derecho a obtener un reconocimiento de la situación jurídica como de la eventual tutela resarcitoria (cfr. § 1004 BGB)⁶⁹.

Este modelo técnico de la propiedad, intuido en parte por los primeros codificadores (pero equivocadamente expresado por la influencia de la retórica revolucionaria) y diseñado por completo por los pandectistas, inmersos ya en una sociedad capitalista más avanzada, consiguió llevar hasta sus últimas consecuencias la simplicidad y la abstracción que, siguiendo a GROSSI, fueron las notas esenciales de la propiedad moderna. Simplicidad porque la propiedad es una síntesis de poderes que nada tiene que ver con los particulares poderes sobre la cosa; la propiedad no tiene un contenido precisable y le repele toda definición del mismo. Y su abstracción es total: tiene una capacidad ilimitada para tolerar los contenidos más variados, “de aquí la ridiculez de quien hubiese comenzado a hacer el elenco de poderes”⁷⁰.

En la teoría de las relaciones de vecindad el modelo de propiedad “limitada” introdujo modificaciones importantes que se reproducirían con variantes

67. *Diritto delle Pandette*, cit., pp. 590-591.

68. Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad*, cit., p. 61.

69. Cfr. SALVI, *ob. cit.*, pp. 49 y ss.

70. *La propiedad y las propiedades*, cit., p. 130.

en los Códigos que siguieron tal modelo. La primera de tales modificaciones es que el límite sustituye a la servidumbre legal como instrumento técnico de composición de los conflictos interpropietarios⁷¹; al límite de un determinado derecho no ha de corresponder un beneficio para otro traducible en un *ius in re aliena*, sino que ha de tratarse de una simple restricción al poder tendencialmente ilimitado de *todo* titular. Las servidumbres legales se mantienen pero no se instauran como remedio prioritario o único de conflictos vecinales, y, sobre todo, se conciben en utilidad del fundo dominante, como vía para que la plenitud de la propiedad de éste último pueda materializarse.

Límite y servidumbre coinciden en que ambos, además de sustraer una determinada facultad del contenido del derecho, entablan una relación intersubjetiva entre titulares. Lo que ocurre es que ahora con la sustitución de la servidumbre por el límite tal relación se concibe de forma recíproca —puesto que el límite afecta a todo propietario— y no como relación subordinada. Paradójicamente, esa reciprocidad conlleva la ruptura (o matización) de la teórica igualdad formal de los fundos que antes sólo podía quebrarse con la constitución de una servidumbre, pues aunque el límite imponga una restricción tanto al titular de un fundo como a su vecino, todo límite supone la adopción de un criterio de selección de intereses⁷².

WINDSCHEID sin embargo, en lo referente a los límites por razón de vecindad, no alcanzó a elaborar una proposición que sintetizara el criterio de la licitud de las inmisiones, y prescindió de una tesis general unificadora. Se limitó a observar las soluciones romanas sobre casos particulares, distinguiendo las que carecían de sentido práctico de aquellas que todavía lo conservaban⁷³ y concluyendo que habrá inmisiones que habrán de tolerarse y otras estarán prohibidas, pero ambas se traducen en limitaciones de la propiedad, cambiando únicamente el sujeto *propter rem* de la limitación. En unos casos recaerá sobre el propietario, que debe tolerar las actividades del vecino, suponiendo para él dicho deber una limitación (de su *ius excludendi*); en otros ca-

71. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 43 y EGEA, *Acción negatoria...*, cit., p. 94.

72. En España, VALVERDE, siguiendo en su *Derecho civil español* la doctrina alemana sobre la propiedad, acogió también la idea de que no son propiamente servidumbres las limitaciones exigidas por la contigüidad de los fundos: “No toda limitación de la propiedad es servidumbre legal, ni toda servidumbre legal es limitación de la propiedad; luego la frase de los códigos es del todo inexacta”, cfr. p. 78, n. 2.

73. Vid. *Diritto delle Pandette*, cit., pp. 597 y ss.

sos, cuando no exista deber de tolerar, la limitación recaerá sobre el vecino, que se verá abocado al cese de su actividad⁷⁴.

Una ulterior novedad en la concepción de las relaciones de vecindad se refiere al instrumento sobre las que las mismas han de sustentarse. El nuevo codificador, siguiendo las pautas pandectísticas, basa la teoría de las relaciones de vecindad en la regla general del derecho de exclusión; el propietario puede excluir del goce del bien a todo sujeto privado. Sobre este sustrato instaura una serie de límites puntuales con eficacia real y que afectan a todo propietario (v. gr. §§ 910, 917, 918 BGB y arts. 685 y ss. ZGB) y junto a tales límites específicos aparece en los Códigos un límite genérico de carácter personal que, antes que afectar al contenido mismo del derecho, afecta a su ejercicio (§ 906 BGB, art. 844 *Codice*, y 684 ZGB). La inclusión legal de un límite obligacional de tales características –que se debió a la obra posterior, fundamentalmente de IHERING, quien como veremos elaboró un parámetro nítido para la calificación de la licitud de las inmisiones– supuso otra consecuencia relevante: la de introducir, en el ejercicio del derecho de propiedad, la intervención judicial cuando dicho ejercicio responde a una forma de uso no expresamente prohibida por la norma. Este límite al ejercicio del derecho sobre inmuebles no se diseña al estilo de la concepción más tradicional del Derecho moderno, es decir, no se concibe como detracción de una concreta y determinada actividad del titular que queda de esta forma fuera del contenido del derecho. Viene a construirse como una pauta legal que no excluye *a priori* una determinada actividad, sino que permite, siempre en atención a los diversos derechos implicados, hacer cesar una determinada actividad. En otras palabras, el límite obligacional (o la regla de compatibilización de usos) no prohíbe al titular que lleve a cabo esta o aquella materialización de su derecho; únicamente prevé que, en atención al criterio legal recogido, quien ejercite su derecho de forma que infrinja el *ius excludendi* del vecino, pueda ser judicialmente obligado a cesar en un determinado uso. El límite obligacional en el uso de inmuebles permite que coexistan la plenitud característica del derecho de un propietario con la facultad de exclusión del propietario vecino, lo cual lleva implícita una determinada valoración del interés más digno de protección, valoración que la propia norma se encarga de recoger.

74. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, “Las relaciones de vecindad en el Código civil”, cit., pp. 105-106.

La regulación de las actividades de un propietario en perjuicio del propietario vecino, no partieron del aspecto activo de la relación, sino que en consonancia con el relieve dado al *ius excludendi*, eje de la construcción, dicha regulación contempló el aspecto pasivo de la inmisión⁷⁵. En realidad las reglas de inmisiones de aquellos Códigos no disciplinaron la actividad inmisiva en sí o el modo en que la propiedad debe ejercitarse, sino el poder del propietario vecino de impedirla. De ahí que tales normas se presenten formalmente como refuerzo de la tutela de la propiedad, y eventualmente de las situaciones de goce de un fondo derivadas de la misma, más que como limitaciones al dominio.

IV. Las soluciones posteriores a la codificación

La prohibición de producir determinadas inmisiones en fondo vecino no encontró, como hemos visto, consagración legislativa en los primeros Códigos en consonancia con la libertad en el aprovechamiento de las fincas que sólo permitía restricciones por la vía del establecimiento de prohibiciones o limitaciones de uso puntuales o por la de constitución de servidumbres. Por otro lado, el haber optado por la solución de establecer la licitud de unas inmisiones y la ilicitud de otras hubiera exigido la adopción de un determinado criterio de valoración que habría quebrado el principio de igualdad formal entre fundos. El Código francés y el primero italiano no precisaron por tanto distinguir entre el acto lícito de un propietario y el acto que aun siendo lícito por no estar expresamente prohibido, produce una lesión de la propiedad del vecino.

La reelaboración de la propiedad llevada a cabo por WINDSCHEID tampoco alcanzó a remediar de forma precisa los conflictos vecinales. La propiedad recíprocamente limitada no quebró de forma tajante la teórica igualdad formal entre los fundos; a su vez, la afirmación de que toda invasión en el fun-

75. § 906 BGB: "El propietario de una finca no puede impedir la penetración de gases, vapores, emanaciones, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones semejantes procedentes de otra finca, en tanto que la inmisión no entorpezca o entorpezca de una manera no esencial el aprovechamiento de la otra finca que, según las circunstancias del lugar, es habitual en fincas de esta situación. Es inadmisibles la penetración por un conducto especial", trad. MELÓN INFANTE en el Apéndice a la obra de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona 1955. Téngase en cuenta que posteriormente el precepto ha sufrido dos reformas en 1959 y 1994.

do vecino como consecuencia del ejercicio de la propiedad del propio fundo entra de lleno en la facultad de exclusión del propietario lesionado no hubiera supuesto sino la prohibición de toda inmisión⁷⁶.

Lo cierto es que doctrina y jurisprudencia tuvieron que ir llenando la ausencia de norma legal sobre la compatibilidad en el uso de fincas vecinas. La carencia de un precepto que recogiera un criterio de selección de intereses entre los fondos implicados como consecuencia de una inmisión tuvo que ser suplida por obra de la labor judicial, recurriendo a distintos mecanismos extraídos en su mayor parte de principios generales (actos emulativos, *neminem laedere*, abuso del derecho...), conciliando los principios codificados con las exigencias de la industria naciente. A su vez la doctrina de los diferentes países realizó un esfuerzo de imaginación y de coordinación, en ocasiones partiendo de las fuentes romanas, para encontrar cuál había de ser el criterio regulador de las relaciones de vecindad entre inmuebles.

Muchos y desde distintos puntos de vista han sido los trabajos que se han expuesto sobre la evolución de los criterios determinantes de la licitud-ilicitud de las inmisiones. En este momento no nos proponemos una exposición exhaustiva de la cuestión puesto que la labor ya ha sido realizada⁷⁷, sino una visión global de los mismos y sobre todo su entronque con una determinada concepción de la propiedad. Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, creemos oportuno con vistas a su posible influencia en el Fuero Nuevo de Navarra, dedicar una mayor atención a los criterios de IHERING y de BONFANTE, que más han influido en la redacción de Códigos posteriores. En la presente parte de este trabajo no separamos los criterios doctrinales de los jurisper-

76. ALGARRA, analizando el proceso de teorización de la pandectística alemana a propósito de la regulación de las inmisiones, observa cómo hasta mediados del siglo XIX aquella se limitaba a mencionar la cuestión incidentalmente y de manera muy limitada al abordar el tema de las servidumbres (así en GLUCK, THIBAUT, VOET o ARNDTS), situación que cambia a partir de la segunda mitad del siglo XIX cuando los pandectistas comienzan a acercarse al problema de las inmisiones fuera ya de la cuestión de las servidumbres legales (así VON KELLER, VON VANGEROW, DERNBURG y WINDSCHEID), cfr. *ob. cit.*, pp. 215 y ss.

77. Como muestra del interés que el tema viene suscitando en España y sin ánimo de ser exhaustiva, pueden citarse entre otras las recientes obras de ALGARRA, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores...*, cit.; DÍAZ BRITO, F.J., *El límite de tolerancia en las relaciones de vecindad*, Pamplona 1999; EVANGELIO LLORCA, R., *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad*, Granada 2000 y "El límite entre las inmisiones permitidas y las prohibidas: criterios históricos de fijación", *ADC* 2000, 53 (3). En Francia, GUÉRIN, J.M. (coord.), *Relations de voisinage*, Paris 2000. En Italia, TERGAZO, G., *I rapporti di buon vicinato*, Milano 2000.

denciales, puesto que aunque no es así en todos los casos, en muchas ocasiones ambas vías han seguido caminos convergentes.

A. Los actos emulativos

El primer criterio rector de las relaciones entre vecinos, consideradas ampliamente en sus diversas manifestaciones, se formuló por los juristas de la Edad Media⁷⁸, quienes elaboraron como criterio limitativo del derecho de propiedad el de la prohibición de los actos de emulación, apoyándose para ello en fragmentos de las fuentes romanas. La terminología de actos de emulación se tomó de un fragmento del jurista Emilio Macro (D. 50, 10, 3 pr) en el cual afirmaba que es lícito al particular realizar una obra nueva incluso sin la autorización del emperador, a no ser que se realice *ad aemulationem* de alguna ciudad o diera motivo para una sedición o estuviera situada junto a un circo o anfiteatro. La teoría tiene algunas manifestaciones en textos romanos clásicos alterados o interpolados por los glosadores en los que se contemplan supuestos aislados en los cuales se da primacía, para juzgar la licitud o ilicitud en el ejercicio del derecho de propiedad, al principio de la “intención”, ocupando un lugar secundario a estos efectos los confines del fundo. Dichos pasajes al declarar lícitos o ilícitos los actos según cuál hubiera sido la intención del agente, hacen que las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad adquieran un marcado carácter subjetivo, mientras que en las épocas republicana y clásica presentan un claro matiz objetivo. Los glosadores y postglosadores, aprovechando la elasticidad que caracteriza el elemento subjetivo propio de la doctrina de la emulación, aplicaron la prohibición a casos absolutamente imprevistos por las fuentes romanas, construyéndola luego como doctrina autónoma y general⁷⁹.

78. Los orígenes de esta teoría formulada en la Baja Edad Media se atribuyen a CINO DE PISTOYA (o CINO DE SINIBULDI) (*In Codicem*, Francofurti ad Moenum, 1578, ad 1. Altius III, 34, fol. 176, n° 2), a la que se adhirieron posteriormente otros autores, principalmente BALDO DE UBALDIS (*In I Iii et III codicis commentaria*, Venezia 1659, fol. 230, De serv. et aequa ad L. Altius, C. 3, 34, 8), obras citadas por la prof. ALGARRA.

79. Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Teoría de la immissio (Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma)*, Madrid 1975, pp. 221-222. Más recientemente, JIMÉNEZ SALCEDO, M.C., *Régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Córdoba 1999.

Sobre la evolución de la doctrina de la emulación, vid. ROTONDI, *L'abuso, di diritti*. cit., pp. 36 y ss. y 94 y ss.

Se entiende por acto emulativo aquel acto que, respondiendo al contenido del propio derecho subjetivo, se realiza sin ninguna utilidad propia y con la exclusiva finalidad de perjudicar a otro. Así, para que un acto sea calificado de tal ha de ser en primer lugar un acto de ejercicio del derecho propio, es decir, de un acto que pueda ser realizado por el agente en virtud de alguna de las facultades de las que está integrado su derecho; en segundo lugar, el acto de ejercicio se realiza sin ventaja o provecho alguno para el agente; en tercer lugar, ha de haberse realizado *animus nocendi*, debiéndose probar tal intención; y todo ello ha de provocar la producción de un daño en la esfera jurídica ajena⁸⁰. De todos los rasgos con que se define el acto de emulación por los jurisconsultos medievales, es la utilidad o no utilidad propia con que se ejercita el acto el que caracterizaría primordialmente la emulación⁸¹.

La mayor crítica realizada a esta teoría es que insinúa elementos éticos y psicológicos en un campo como el de las relaciones de vecindad en el que con toda seguridad el Derecho Romano no los admitía⁸², mezclando y confundiendo elementos morales con elementos jurídicos. Si bien el ejercicio de un derecho con la intención de perturbar al vecino es un acto reprobable moralmente, no cabe sostener lo mismo en el ámbito del Derecho; no se puede erigir el acto emulativo como principio general de aplicación directa⁸³. Además, fuera de una concepción finalista de los derechos, ¿en virtud de qué criterio se puede restringir un derecho a los límites de la utilidad con que su titular lo ejercita? En realidad, la intención de dañar al vecino con ausencia de interés o ventaja para el agente no existe en la mayoría de los supuestos de inmisiones, de ahí la falta de utilidad de la teoría de los actos de emulación; la prohibición de tales actos no se ocupa en puridad de resolver los conflictos derivados de actuaciones provechosas al propietario que las realiza. La aplicación de la emulación, por otra parte, al atender a la intención del agente y no al resultado dañoso o nocivo de su acto puede producir la paradójica consecuencia de considerar ilícito por su intención un acto inmisivo prácticamente ino-

80. Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 220.

81. GONZÁLEZ-ALEGRE, *ob. cit.*, p. 117 y BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad*, Trad., prolog., concord. y apéndices de GARCÍA VALDECASAS, 1ª ed., Madrid 1932, p. 26.

82. Cfr. BONFANTE, *ibidem*, p. 25; la crítica más fundada a la emulación fue expuesta por SCIALOJA, voz "Aemulatio", en *Encicl. giur. it.*, vol. I, parte 2ª, Milano 1912.

83. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad...", *cit.*, p. 104.

cuo, y lícito un acto inmisivo realmente intolerable y nocivo por la ausencia total del *animus aemulandi*⁸⁴.

Sin embargo estas críticas no pueden ocultar la justificación que en su tiempo pudo tener esta doctrina de los actos de emulación, así como su influencia en la construcción de la posterior teoría del abuso del derecho. Respecto a su justificación, BONFANTE alega la necesidad de encuadrar la misma en la economía y la sociedad medieval. En una época y en un régimen en los que el trabajo era eminentemente agrícola y artesanal, sin aglomeraciones de hombres y de máquinas, sin grandes explotaciones, todo uso extraordinario de los inmuebles no podía ser consecuencia de una necesidad económica sino de una hostilidad deliberada que significara no sólo la falta de utilidad propia, sino a veces también el propio daño. En estas circunstancias, la teoría de los actos de emulación apareció como el instrumento más adecuado para reprimir aquello que, dadas las condiciones económicas, no podía ser otra cosa que el puro despecho. Se imponía un freno a la emulación siendo ésta el único factor antieconómico que podía conducir a hacer un uso excesivo de la cosa propia⁸⁵.

A pesar de las nuevas coordenadas económicas y sociales, la jurisprudencia posterior a la Codificación motivó algunos de los fallos en materia de vecindad en la doctrina de los actos de emulación, pero únicamente de forma residual y como fuente autónoma de responsabilidad, es decir, sólo en aquellos casos en los que, concurriendo inequívocamente los requisitos del acto emulativo (daño intencional al vecino sin utilidad para el agente) no se hacía preciso recurrir a otros parámetros que la jurisprudencia francesa e italiana fue elaborando progresivamente (v. gr. el abuso del derecho, normalidad del uso o medida ordinaria de los inconvenientes de la vecindad), imponiendo la obligación de resarcir el daño causado intencionadamente⁸⁶. Por otro lado, la prohibición de tales actos fue admitida como regla general por los pandectistas (WINDSCHEID⁸⁷ y

84. Cfr. ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, pp. 338-339.

85. Cfr. *ob. cit.*, pp. 25-29. En igual sentido BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., pp. 500-501.

86. Sobre el particular, DE MARTINO, en *Commentario del Codice civile*, cit., pp. 153-154; DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano 1969, pp. 92 y ss.

87. "El vecino, según un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, no puede hacer cosa alguna con la sola finalidad de dañar al vecino", *Diritto delle Pandette*, cit., p. 597. n. 6.

ARNDTS⁸⁸) aunque no quedó a salvo de críticas (IHERING⁸⁹ en Alemania y SCIALOJA⁹⁰ en Italia, entre otros) y aunque la doctrina fue sometida a revisión, pasó a consagrarse en los Códigos italiano (art. 833), suizo (art. 2) y alemán (§ 226)⁹¹.

Todavía y además de su consagración legislativa, la doctrina de la emulación tuvo una influencia relevante en el sistema de la propiedad. La obra sistemática de la emulación en la época moderna, ante la dificultad de demostrar el elemento subjetivo de la intencionalidad, construyó un sistema de presunciones gracias al cual se entendía haber actuado *ad emulationem* en diversos y variados supuestos. Todas esas presunciones se basaban en elementos puramente materiales que a la postre cristalizaron el principio de la prohibición en un gran número de casos. Tales supuestos acabaron considerándose como limitaciones objetivas al ejercicio del derecho de propiedad, que se colocaron junto al conjunto de limitaciones objetivas aportadas por los pandectistas. Asumieron así vida independiente y autónoma por lo que el principio general y abstracto se oscurece agotándose poco a poco⁹².

En la medida en que la carga de probar el *animus nocendi* se fue invirtiendo, la *aemulatio* presentó mayor utilidad. Así, v. gr. era el propietario que edificaba quien debía probar la utilidad de su construcción, y, si no lo conseguía, se presumía su intención de causar daño al vecino. Por el contrario, el vecino amenazado por la actividad ajena, quedaba relevado del *onus probandi* y el daño era presumido. Sin embargo, la doctrina de los actos de emulación fue perdiendo protagonismo a causa de la dificultad de probar el *animus nocendi*, y porque si la intención se presumía, esta intención en las lesiones a la propiedad ajena no era sino una forma especial de *immissio*. El acto emulativo,

88. Aunque en general, afirma, a nadie puede impedírsele ejercitar su derecho porque produzca daño a otro y a él ninguna ventaja, sin embargo hay casos en que semejante ejercicio ha de ser prohibido como injusto o inmoral, cfr. *Tratatto delle Pandette*, I, cit., p. 177.

89. Vid. *infra*. VI.

90. Voz "Aemulatio", en *Encicl. giur. it.*, cit., y en *Studi giuridici*, III, Roma 1932, pp. 216 y ss.

91. En España VALVERDE se hace eco de la doctrina de los actos de emulación aplicada a la propiedad al tratar de los límites a la propiedad, considerando (aunque sea a pie de página) que los mismos además de inmorales son ilícitos, afirmando, ante el silencio de nuestro Código al respecto, que los mismos son condenados por lo dispuesto en el art. 1902, cfr. *Treatado de Derecho civil*, cit., p. 78, n. 3.

92. Cfr. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., pp. 107-109.

en cuanto supone invasión anormal de la esfera jurídica ajena, constituye una inmisión más⁹³. Ello produjo el efecto esperado: cuando la consagración de los actos de emulación por los Códigos aparece junto a una norma que recoge un criterio de licitud de las inmisiones –como ocurre en los Códigos citados– es mucho más práctico recurrir a ésta que a la norma prohibitiva de la emulación. De hecho, como ha ocurrido en Italia, la norma contenida en el art. 833 ha sido prácticamente inaplicada por la jurisprudencia, que recurre más fácilmente a la norma sobre inmisiones (art. 844), norma más flexible en cuanto contiene un criterio de comparación objetiva de los intereses en conflicto prescindiendo del *animus* del agente⁹⁴. Existe por lo demás, dice MARTÍN BERNAL, un criterio diferenciador entre actos de emulación y las inmisiones. Con estas nos apartamos de la intencionalidad hipotética de la emulación: ya no importa la intención, sino el resultado; se examina únicamente si el acto perjudicial procede como efecto necesario de una causa actuada por el vecino dentro de su esfera de actuación jurídica⁹⁵.

Prescindiendo de la solución práctica que supone obviar la intencionalidad, ha de ponerse de relieve –a efectos del contenido del derecho de propiedad– el distinto significado y contenido de la norma sobre inmisiones y el de la norma que recoge la prohibición de los actos emulativos: mientras la primera recoge la idea de que la inmisión que no supere un determinado parámetro (v. gr. la normal tolerabilidad del art. 844 *Codice*) no constituye violación del derecho de propiedad, la segunda sanciona un deber negativo de todo propietario como tal, deber añadido a la relación de propiedad, de forma que en el complejo de obligaciones del titular quedaría incluida la de no realizar actos emulativos⁹⁶.

93. Cfr. ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 372-375.

94. Cfr. DE MARTINO en *Commentario del codice...*, cit., p. 153 y VISINTINI, “Le immisioni nel quadro dei conflitti di vicinato. (Studio comparativo del diritto francese e italiano), II, L’esperienza italiana”, *Riv. Dir. Civ.*, 1975, I, pp. 30-33. Mucho más allá llega LOJACONO para quien la intención de causar daño, que no está prevista en el art. 844, es irrelevante para distinguir las inmisiones de los actos emulativos, y, en realidad, cuando se produzca una inmisión, sea mediante un acto emulativo, sea como consecuencia de éste, el supuesto se subsumirá bajo el art. 844 CC que deroga, como norma especial que es, el art. 833, que es norma genérica, cfr. *Gli atti di immisioni. Considerazioni di Diritto privato*, Milano 1972, p. 243.

95. Cfr. *El abuso del derecho*, Madrid 1982, p. 31.

96. Cfr. ALLARA, M., voz “Atti emulativi” (dir. civ.), en *Enc. Dir.*, IV, Varese 1959, p. 34.

En el Fuero Nuevo no se recoge expresamente la prohibición de los actos emulativos en el ejercicio del derecho de propiedad, si bien puede entenderse como prohibición general implícita de los mismos la recogida en la Ley 17 que no admite el ejercicio de los derechos en contra de la buena fe y de las rectas costumbres⁹⁷. Como tenderemos ocasión de afirmar más adelante, el ámbito de aplicación de la ley 17 es diferente al de la norma de inmisiones del Fuero (ley 367). Esta resuelve de un determinado modo el conflicto de intereses o de derechos entre vecinos, partiendo de la base de que el ejercicio del derecho se realiza en utilidad del causante y sin intencionalidad; cuando por el contrario, el ejercicio de la propiedad o de los derechos sobre inmuebles revelan una *nocendi causa* deberá acudir a la norma genérica contenida en la ley 17⁹⁸. Otra cosa es que dada la dificultad de romper la presunción de buena fe sea más conveniente acudir a la norma sobre inmisiones.

B. Inmisiones y responsabilidad civil

a) *El abuso de derecho*

La doctrina de los actos de emulación constituyó en su evolución un precedente de la doctrina del abuso del derecho en la que fue absorbida e integrada. La intención del autor, que puede ser *nocendi causa*, aparece como una de las manifestaciones de abuso del derecho. Sin embargo, el abuso, aunque tenga como una de sus manifestaciones la intencionalidad, irá recogiendo en su evolución otros criterios de orden social que resultaron más eficientes en la práctica para justificar ciertas limitaciones en el ejercicio de los derechos y servir de parámetro de valoración en las relaciones de vecindad⁹⁹. De esta forma, el recurso al abuso del derecho constituyó durante un cierto periodo de

97. Cfr. DE PABLO, *Curso de Derecho civil navarro*, cit., p. 530.

98. Difiere en este punto la ubicación sistemática de la regulación de los actos emulativos que en el Código civil italiano (art. 833: *el propietario no puede realizar actos que no tengan otro fin que causar daño o molestia a otros*), se contempla en la regulación de la propiedad inmobiliaria, mientras que en el Fuero Nuevo la emulación se regula a propósito de la temática general del ejercicio de los derechos.

99. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, p. 104. A propósito de la relación actos de emulación-abuso del derecho, vid. RESCIGNO, P., "L'abuso del diritto", *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, pp. 230 y ss.

tiempo una solución adoptada doctrinal y jurisprudencialmente frente a los supuestos de injerencias e invasiones entre fundos. La utilización del concepto de abuso del derecho permitió la protección contra actos que, aun siendo dañosos para un determinado sujeto, no presentaban el carácter de ilícitos, consiguiéndose un ulterior instrumento de garantía de la intangibilidad de la propiedad privada. El abuso nace como freno a ciertas formas de ejercicio del derecho de propiedad que repercuten negativamente en terceros merecedores de protección no inferior¹⁰⁰, y si bien su elaboración tuvo un campo de actuación mayor que el de las relaciones de vecindad, encontró en éstas una de las aplicaciones más relevantes; de hecho, las primeras sentencias de la *Cour de cassation* que comenzaron a hablar del abuso se referían precisamente a conflictos entre propiedades inmobiliarias.

Superada la aplicación de los actos de emulación como criterio rector único de las relaciones de vecindad, la teoría del abuso del derecho fue utilizada en Francia ya en algunas sentencias de la primera mitad del siglo XIX como fundamento, todavía innominado¹⁰¹, de la solución elaborada para dichos conflictos, si bien se reconoce que la sentencia que marcó el hito del que arranca la elaboración del abuso del derecho fue la conocida sentencia de la Cour de Colmar de 2 de mayo de 1855 en un supuesto de construcción por parte de un propietario de una gran chimenea, con la única intención de perjudicar al vecino. La sentencia afirmó que si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés legítimo y serio, no justificándose los actos que no tienen utilidad personal y causan grave perjuicio a otro¹⁰².

Pero ¿qué fundamento legal permitió dar entrada a la nueva teoría del abuso? La ausencia de norma legal sobre la ilicitud de las injerencias entre in-

100. Cfr. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., pp. 170-176 y MONTES, L.V., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo (Un estudio evolutivo desde el Código civil hasta la Constitución de 1978)*, Madrid 1980, p. 255, n. 395.

101. ROTONDI señala en esta dirección las sentencias de la Cour de Colmar de 16 de mayo de 1827 y la de la Cour de cassation de 27 de noviembre de 1844 (*ob. cit.*, p. 123), sin embargo esta última, según referimos en este mismo epígrafe, tiene un significado diferente, ajeno al de la consagración del abuso del derecho.

102. *Dalloz*, 1856, II, p. 9.

muebles fue suplida con el recurso a las normas sobre responsabilidad por hecho ilícito, única vía que encontró doctrina y jurisprudencia para la solución de dichos conflictos, en el entendimiento de que los daños que sufre el sujeto pasivo de una inmisión son seguramente daños injustos, tutelables a través de la vía del art. 1382 *Code*¹⁰³. Se pensó que la salida era la de reconocer la responsabilidad en el ejercicio de un derecho; el demandado, en su cualidad de propietario, ha obrado de pleno derecho en los límites de su poder, pero el tercero merece asimismo protección, luego de un acto *iure* puede surgir la obligación de responder. Sin embargo, la aplicación del art. 1382 exigía indefectiblemente la presencia de culpa en el inmitente. Para salvar ese escollo se recurrió a la idea de ligar responsabilidad y abuso del derecho: siempre que el autor de la inmisión haya ejercitado su derecho con el deseo de causar daño (culpa delictual) o que sin intención maligna se comporte al ejercitar su derecho de modo distinto a como lo haría un sujeto prudente, con imprudencia o negligencia, sin adoptar todas las medidas oportunas para reducir los inconvenientes derivados de un determinado disfrute del fundo (culpa cuasi-delictual), el inmitente habría abusado de su derecho y quedaría sujeto a responsabilidad¹⁰⁴. Ciertamente se adopta una concepción todavía subjetivista del abuso del derecho, en el sentido de que para su apreciación ha de estar presente la existencia de culpa¹⁰⁵.

El abuso del derecho ligado a la culpa encontró en la doctrina sus defensores¹⁰⁶, pero no dejaba de resultar insuficiente. La primera razón de tal insu-

103. "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

104. Cfr. MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, vol. II, trad. esp. de la 5ª ed. por ALCALA-ZAMORA, Buenos Aires 1962, p. 293.

105. VISINTINI, "Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato. (Studio comparativo del diritto francese e italiano), I, L'esperienza francese", *Riv. Dir. Civ.* 1974, I, pp. 688-689.

106. Así DEMOGUE, para quien el abuso del derecho "es simplemente una hipótesis de acto ilícito que tiene esto de particular: haberse realizado bajo la cobertura del derecho" (*Traité des obligations en général*, I, *Sources*, IV, Paris 1925, p. 373); MAZEAUD, y TUNC siguen la tesis subjetiva del abuso al afirmar que se abusa del derecho cada vez que se incurre en culpa en su ejercicio, definida la culpa según los criterios habituales (*Tratado teórico y práctico de responsabilidad civil*, I, II, cit., p. 257); SALEILLES manifiesta que lo abusivo se distingue por el carácter antisocial del objetivo intencional que señala o indica el destino del acto ("De l'abus de droit", *Bulletin de la société d'études législatifs*, 1905, p. 330).

ficiencia se revelaba en aquellos casos en que se produce daño en el ejercicio del derecho de propiedad sobre un inmueble sin haber incurrido en culpa alguna; la segunda se demostraba en aquellos casos en que el daño se produce como consecuencia de un uso autorizado por la ley: ¿cómo declarar en ese caso el acto como culpable? Lógicamente un acto no puede ser calificado a la vez como conforme a derecho y como contrario a derecho. En otras palabras, si la culpa es por definición un acto contrario a derecho, no puede existir aquella cuando se ejercita el acto conforme a la ley. Es cierto que en ocasiones al ejercitar el derecho el titular podrá incurrir en negligencia o imprudencia, pero entonces no será ya necesario recurrir a un hipotético abuso del derecho, sino que el supuesto entraría directamente en el campo de la responsabilidad civil, no en el del ejercicio de los derechos. ¿Por qué hablar en términos de uso-abuso de un derecho si este abuso basado en la culpa no es sino la culpa misma que puede ser afrontada por la aplicación directa de los art. 1382 y ss.¹⁰⁷.

b) *Responsabilidad objetiva*

Estas críticas hicieron que la construcción doctrinal de la teoría del abuso y su aplicación jurisprudencial a las relaciones de vecindad avanzaran en un sentido objetivador¹⁰⁸. La recepción en Francia de la nueva concepción del derecho subjetivo —y en especial del derecho de propiedad— llevada a cabo por IHERING¹⁰⁹ supuso un lógico cambio de orientación en el abuso del derecho. Si el derecho de propiedad ya no es el reino de la voluntad del titular sino que se incardina en la valoración del interés económico subyacente y en la conexión de ese interés económico con las necesidades del cuerpo social, abusar de ese derecho, concluiría JOSSEAND, supondría desviarse del fin económico-social para el que el derecho subjetivo ha sido concedido. Todo derecho subjetivo es un derecho-función y debe permanecer en el plano de la

107. Cfr. YOCAS, *Les troubles de voisinage*, cit., pp. 91-94.

108. Uno de los intentos por huir del elemento intencional en el abuso aplicado a las relaciones de vecindad lo realiza CHIRONI para quien la existencia de acto abusivo requiere el apreciar un estándar de conducta; el derecho de propiedad debe ser ejercitado como lo ejercitarían la mayor parte de las personas que están o estarían en idéntico estado o posición económico-social del sujeto, cfr. *La culpa en el Derecho civil moderno, Culpa extracontractual*, T. II, trad. por BERNALDO DE QUIROS de la 2ª ed., Madrid 1928, pp. 383 y ss.

109. *Der Zweck im Recht*, trad. esp. *El fin en el Derecho*, Buenos Aires 1978.

función a la que obedece. Por ello, el acto abusivo es el acto contrario al fin de una institución, a su espíritu y a su finalidad; todo abuso del derecho implica por tanto una desviación del derecho de su función social. Esa desviación podrá tener su causa en un acto culpable, grave o leve, en un error de óptica, en una negligencia, en una culpa de orden técnico..., pero lo que importa a la hora de calificar el acto abusivo es verificar una utilización del derecho incompatible con su espíritu y su función. Lo que el juez debe investigar no es el móvil al que ha obedecido el agente sino la dirección que ha dado a su derecho, el uso que ha hecho de él; si esta dirección y este uso son incompatibles con el espíritu de la institución, el acto es abusivo y es productor de responsabilidad¹¹⁰.

Pero el propio JOSSEERAND fue consciente de que el abuso del derecho, ni siquiera desde esta configuración objetiva, podía ser aplicable a los problemas suscitados por la vecindad de la propiedad inmobiliaria. El abuso, a su juicio, y según su tesis de la desviación del fin social, no puede darse en las denominadas obligaciones de vecindad; el abuso es exterior a los problemas que la vecindad comporta porque por definición las relaciones de vecindad contemplan el problema de las injerencias entre fundos provocadas como consecuencia de un uso correcto del derecho del inmitente; el propietario que causa incomodidades excesivas al vecino no comete ninguna desviación de su derecho, sino que realiza un intenso acto de propietario, usa su derecho en

110. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2ª ed., Paris 1939, pp. 394-400, en especial, 395. La crítica a la construcción de JOSSEERAND proviene de distintos puntos de vista. DABIN se mostró especialmente crítico al manifestar que si bien es cierto que todos los derechos cumplen una función social y que están llamados a cumplir su papel en la sociedad, de ahí a concluir que porque los derechos provienen de la sociedad deben ser ejercitados en función del bien de la sociedad, y que el abuso nacería por la desviación del derecho de su fin social, hay una distancia. El peligro de tal concepción sería evidente, y daría al juez un poder arbitrario ilógico. La propia concepción de JOSSEERAND del abuso como desviación destruye no sólo la noción misma del derecho subjetivo, sino el abuso mismo: desde el momento en que en que el titular no puede realizar otro acto de ejercicio que el marcado según un fin determinado, cometería una ilegalidad (*El derecho subjetivo*, trad. esp. de OSSET, Madrid 1955, pp. 358-363).

YOCAS también insiste en la asimilación que supone una concepción objetiva del abuso con los actos ilegales: si el titular se encuentra obligado a realizar un determinado uso obligatorio (el que demanda el interés social en cada caso), todo acto contrario a ese uso no sería abusivo sino ilegal, colocando al titular al margen de la ley (*Les troubles de voisinage*, cit., pp. 78-81).

vista de su propio interés, conforme a los deseos del legislador y dentro de la esencia misma de la propiedad individual; actúa correctamente y permanece en el espíritu de la institución¹¹¹.

Los *troubles de voisinage*, los conflictos por colisión de derechos causados en el uso legítimo de la propiedad, no admiten otra solución para JOSSERAND que la aplicación de la responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad no se explica por la falsa dirección que el titular ha dado a su derecho sino por la intensidad del daño causado, por el riesgo particular que el propietario o el dueño de un establecimiento ha creado en su propio interés y sin reciprocidad posible, riesgo que ha de recaer precisamente contra quien lo ha creado y no contra quien lo sufre. Y puesto que aquél se ve beneficiado del riesgo y recoge sus provechos, es el designado para asumir las incidencias perjudiciales en aplicación del principio *ubi emolumentum ibi et onus esse debet*. Se trata de una cuestión de equilibrio de derechos y de intereses contrapuestos y debe solucionarse sin que se cuestione la moralidad ni la oportunidad del acto, sin que deban ser escrutados los móviles del agente, fuera de toda investigación psicológica. Es, en resumen, una cuestión de orden cuantitativo, no cualitativo¹¹².

La defensa del sistema de responsabilidad objetiva por riesgo como única solución posible frente a los conflictos vecinales propuesto por JOSSERAND fue continuada luego por RIPERT quien también planteó los conflictos de ve-

111. ¿A qué ámbito ha de aplicarse entonces la teoría del abuso del derecho de propiedad? Sólo procede estimar la existencia o no de abuso en aquellos casos en que la facultad o prerrogativa del titular se concede por el ordenamiento ligándolo a una determinada finalidad propia, a la satisfacción de un interés serio y legítimo del propietario. En la medida en que persigue esa satisfacción, el titular usará correctamente su derecho y aunque ocasione daños a terceros no se desencadena responsabilidad; sólo cuando materializa su derecho de propiedad en vista de un interés extraño a su interés legítimo se convierte en responsable del perjuicio causado. Así por ejemplo en el uso de la superficie, del espacio aéreo o del subterráneo, usos dejados *ex art. 522 Code* a la voluntad o discrecionalidad del propietario, si el uso discrecional de dichos elementos se orienta a cubrir un interés del titular protegible, y no a un mero móvil o intención de perjudicar a su vecino, se desencadenará la obligación de resarcimiento. El problema es a la vez de moralidad del agente y de finalidad de los derechos, cfr. *De l'esprit des droits...*, cit., pp. 22 y ss.

Es evidente la contradicción en que incurre JOSSERAND al querer huir de la concepción subjetiva del abuso del derecho. A pesar de su intento por escapar de los móviles del titular y de centrar el abuso en la apreciación del fin social del derecho subjetivo, no encuentra otra manera de estimar tal desviación cuando el agente ha actuado con el fin de perjudicar a otro.

112. Cfr. *De l'esprit des droits...*, cit., p. 21.

ciudad como una ruptura del equilibrio inicial existente entre dos fundos. Entre dos propietarios vecinos, ambos gozan de una situación jurídica idéntica; autor y víctima son dos propietarios, y si uno causa daño a otro al usar su derecho, el otro no debe sufrirlo porque él también es propietario y ambos gozan de igual poder jurídico. Es el propietario que causa el perjuicio el que destruye el equilibrio normal existente entre las dos propiedades y el que debe ser responsable del daño. A estos efectos es por tanto indiferente que el daño se haya producido “usando un derecho”, precisamente porque se usa un derecho se es responsable. La responsabilidad es así una responsabilidad que se desencadena por el riesgo que supone el ejercicio de cualquier actividad (empresarial o no) que ejercida sobre el inmueble conlleve daños y perjuicios para otro propietario, y aunque nos encontremos con un ejercicio legal que le permita usar su derecho como lo hace, puesto que si ese uso le reporta unos beneficios, es lógico que deba soportar asimismo las pérdidas. El fundamento de esta solución se encuentra no sólo en la afirmación de que quien crea el daño debe repararlo porque ha creado el riesgo, sino que hay que añadir: y porque saca provecho de la causa que lo ha creado. Las consecuencias de un acto forman un bloque, y quien toma la iniciativa del acto debe soportar todas las consecuencias, sin que sea posible escindir las afirmando que las ventajas son para el propietario y las consecuencias perjudiciales para los vecinos¹¹³.

C. La teoría de los daños que exceden de la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad

La doctrina de la responsabilidad objetiva sólo fue en cierta medida acogida por las decisiones judiciales, las cuales siguieron aferradas a las normas generales de la responsabilidad y del abuso del derecho, reorientado ahora éste hacia la objetivación marcada por JOSSERAND. La idea de derecho-función y del abuso como desviación de esa función supuso el germen de la doc-

113. Cfr. *De l'exercice du droit de propriété...*, cit., pp. 330-346. No bastaría, añade RIPERT, con resolver la cuestión acudiendo a la idea de la reciprocidad de inconvenientes. No, y justamente porque no existe reciprocidad. No bastaría con decir al dueño de un campo de trigo que si el vecino perjudica con su industria su cultivo construya él otra para perjudicar al industrial. Si no hay identidad de explotaciones nunca podrá llegarse a semejante consecuencia (pp. 340-341).

trina de la función social de la propiedad, como se verá más adelante, pero además tuvo su relevancia en lo que a las orientaciones jurisprudenciales sobre las inmisiones se refiere. Adoptada la orientación objetivista del abuso se hacía innecesario el recurso a la noción de culpa, pero sin embargo la inercia jurisprudencial francesa en la aplicación de las normas sobre responsabilidad obligó a encauzar la cuestión a esta sede. Los tribunales siguieron aplicando las normas sobre responsabilidad si bien tomando como referencia el daño sufrido afirmando que habrá abuso y por tanto responsabilidad cuando exista daño. Se consagró así una responsabilidad objetiva por riesgo al menos en aquellos *troubles de voisinage* ocasionados por actividades industriales en las que el inmitente es un profesional; por el contrario, cuando las inmisiones derivan de usos “ordinarios” (habitación o cultivo privado) los daños son siempre reconducibles a una negligencia y por tanto a las normas generales de la responsabilidad por culpa quizá, dice VINEY, porque en tales supuestos no existe un empresario que crea con su actividad un riesgo continuado que justifique la imposición de una responsabilidad objetiva, siendo difícil que en los usos de predios con fines privados puedan inflingirse daños de cierta entidad por un vecino sin que de alguna manera esté presente su falta de diligencia¹¹⁴.

Centrándonos en estas últimas inmisiones derivadas de usos cotidianos, es de observar cómo la objetivación de la responsabilidad también tuvo una concreta plasmación a través de la creación de una fórmula específica de elaboración judicial. Nos referimos a la teoría de “los inconvenientes ordinarios derivados de la vecindad” que enmarcada en las normas de responsabilidad y de resarcimiento tuvo su origen en la necesidad de delimitar la aplicación del art. 1382 *Code* con el fin de no dar cabida a cualquier daño a la propiedad ajena por mínimo que fuera, reservando la vía indemnizatoria sólo a los daños de cierta gravedad y afirmando que sólo son resarcibles “los perjuicios que exceden de la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad” (en expresión de la sentencia de la Cour de 27 de noviembre de 1844)¹¹⁵. Esta senten-

114. Cfr. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris 1965, pp. 279 y ss. y VISINTINI, “Le immissioni nel quadro...” (I), cit., p. 708.

115. *Dalloz*, 1845, I, p. 13. Se pronuncia la sentencia sobre una casa de reposo que sufre los humos y el ruido de una mina cercana. Aunque el Tribunal de instancia había reconocido el derecho al resarcimiento, la Cour de cassation arguye que la sentencia anterior, al declarar que el ruido era perjudicial para los propietarios vecinos, no estimó que lo fuera de manera continua y que conllevara un perjuicio que excediera de la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad.

cia marcó el antes y el después de las soluciones jurisprudenciales en materia de *troubles de voisinage*, al limitar la obligación de resarcir a aquellos casos en los que el perjuicio ocasionado al vecino fuera *excesivo*¹¹⁶. La relevancia de esta construcción no sólo se manifiesta en la denegación de la indemnización cuando el perjuicio del vecino es de una entidad insuficiente. Además la jurisprudencia francesa fue evolucionando hasta llegar a afirmar que la culpa en los conflictos de vecindad consiste en el hecho mismo de haber superado dicha medida de los inconvenientes ordinarios que la vecindad comporta. De esta manera se incurre en culpa en el ejercicio de la propiedad desde el momento en que existe un atentado grave y serio a los derechos del vecino¹¹⁷.

Nos encontramos así con dos regímenes de responsabilidad. El primero basado en una concepción objetiva de la responsabilidad fundada en el riesgo y en la verificación de la gravedad del perjuicio, régimen aplicable en todos aquellos casos en los que la inmisión ha sido provocada por el ejercicio de una actividad económica o de carácter profesional. Cuando el conflicto se plantea entre simples particulares que usan su inmueble con fines de habitación o de cultivo de consumo particular, la solución sigue siendo la de la aplicación de los principios de responsabilidad subjetiva por hecho ilícito. Es precisamente en estos casos donde el recurso al abuso del derecho constituye la base de la imputación de responsabilidad y en ellos el vecino afectado no viene obligado a la demostración de una negligencia, a una falta de precauciones. El inmitente deberá resarcir el daño a no ser que pruebe la ausencia de culpa, o la no superación del límite de la normal tolerabilidad¹¹⁸.

Han sido varias y de diversa índole las objeciones que la solución francesa ha suscitado en la doctrina. Dejando aparte la crítica que suscita el ligamen propiedad-responsabilidad y fijándonos en el aspecto interno de la cuestión, se ha afirmado que el principio sentado por la jurisprudencia sólo se funda sobre él mismo, sobre las decisiones de los jueces. No tiene una justificación

116. Sobre la importancia de esta sentencia, vid. BLAISE, "Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage", *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, pp. 261 y ss.; VISINTINI, "Le immissioni nel quadro..." (I), cit., pp. 702-703; SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 93, n. 91; ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 359; ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., pp. 123-124; LAURENT, *Principes de Droit Civil*, T. VI, Paris-Bruxelles 1871, p. 200, n. 1.

117. Así expresamente la sentencia de la *Cour de cassation* de 3 de diciembre de 1860 (*Dalloz, Rec. per.*, 1861, I).

118. Cfr. VISINTINI, *loc. ult. cit.*, pp. 702 y ss.

teórica o dogmática firme, aunque es de reconocer su valor como solución “creada” ante unas nuevas condiciones económicas en las que la sociedad se vio inmersa a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Si el avance de la industria con la multiplicación de sus fenómenos inmisivos era un hecho, los jueces tampoco podían desconocer sus intereses e intentaron buscar un punto de equilibrio entre propiedad industrial y propiedad inmobiliaria. Por ello, y a pesar de que la fórmula ha seguido subsistiendo hasta nuestros días, no ha dejado de manifestarse que la regla de que “son indemnizables los perjuicios que exceden de los inconvenientes ordinarios de la vecindad” es realmente una regla de equidad, al dejar la apreciación del carácter excesivo del daño sufrido en manos de los jueces, abriendo la vía para la solución de los *troubles de voisinage* al arbitrio judicial¹¹⁹.

Desde otro punto de vista, es obvio que la aplicación jurisprudencial de tales ideas a las relaciones de vecindad tuvo una relativa consecuencia de orden dogmático, pues permitió superar la rígida concepción liberal clásica dando entrada a la determinación judicial sobre la forma concreta del ejercicio del derecho de propiedad. Pero a la vez, ni la teoría del abuso ni la de los inconvenientes ordinarios de la vecindad han llegado a constituir una solución adecuada a los conflictos surgidos por un uso lícito de los predios porque no pone en discusión “la fórmula de la regulación paritaria de coexistencia”¹²⁰. Ni las fórmulas más objetivas llegaron a configurar el abuso del derecho como un límite interno al derecho de propiedad, y la prohibición de actos abusivos¹²¹ sólo tiene relevancia en relación a los supuestos concretos de conflicto entre propietarios vecinos, y ello no de forma absoluta porque el vecino afectado únicamente puede hacer valer, como tutela de su derecho de propiedad, la discrasia entre el acto de ejercicio del derecho y el fin económico-social para el que el poder ha sido atribuido.

El abuso del derecho de propiedad y la específica fórmula francesa creada para solucionar las relaciones vecindad, al moverse en el limitado campo de

119. Cfr. SALVI, *ob. cit.*, pp. 94 y ss.; BLAISE, *loc. cit.*, pp. 271 y ss.; VISINTINI, “Le immisioni...” (I), *cit.*, pp. 703 y ss.; ROTONDI, *ob. cit.*, p. 126.

120. SALVI, *ob. cit.*, pp. 86-87.

121. El abuso del derecho sería un mecanismo absurdo para solventar los conflictos interindividuales porque si se abusa, una de dos: o el propietario no se extralimita y entonces su conducta no es antijurídica, o se extralimita y entonces el abuso no es más que un *agire non iure*, cfr. BARASSI, *ob. cit.*, p. 624.

la responsabilidad civil, no acertaron a discernir entre indemnización e inhibición, no llegaron a plasmar un criterio claro acerca de qué inmisiones deben ser hechas cesar. En los supuestos de inmisiones el problema no es el de castigar un uso incorrecto del derecho de propiedad a través de la obligación de resarcimiento, sino el de establecer una armonización entre los intereses de quien ejercita correctamente la actividad de la que se deriva la inmisión y los de quien la padece. Se trata de establecer qué inmisiones producidas como consecuencia de la vecindad deben ser toleradas y cuáles sujetan al que las ocasiona al deber de costear o soportar su eliminación (y eventualmente su indemnización)¹²².

V. La separación entre tutela inhibitoria y resarcitoria.

El problema de los establecimientos industriales autorizados

A. La experiencia francesa

Hemos analizado hasta ahora cómo la ausencia de una norma codificada que contuviera un criterio de selección de intereses fue suplida por obra de la jurisprudencia o de la doctrina recurriendo a distintos mecanismos extraídos de principios generales o a soluciones creadas *ex proffesso* para los conflictos vecinales, soluciones en las que inmisión y responsabilidad aparecen unidas de forma inescindible. Las formas conflictivas de utilización de los inmuebles se resuelven a través de la disciplina misma de la responsabilidad (aun en su modalidad objetiva) a pesar de que ésta se limita a establecer que el daño jurídicamente apreciable debe ser resarcido y que ello depende de determinar previamente si el vecino tenía o no deber de soportarlo. Por eso las normas sobre responsabilidad antes que ofrecer un criterio para resolver el problema de las relaciones de vecindad presuponen la resolución de tal problema¹²³.

Para romper el binomio inmisión-responsabilidad se hacía imprescindible recoger una norma de selección o valoración de los intereses implicados en la vecindad, norma que no llegaría por vez primera hasta la promulgación del Código civil alemán. Entre tanto el nacimiento de normas sobre organización

122. Cfr. VISINTINI, "Le immissioni nel quadro..." (I), cit., pp. 690-691.

123. SALVI, *ob. cit.*, pp. 74 y ss.

del territorio y asentamiento de actividades industriales hizo que la teórica igualdad de los fundos fuera difícil de mantener, revelando asimismo la carencia de una norma que determinara cuál debiera considerarse el interés prevalente. A ello se añade que el problema de las inmisiones se hizo especialmente ostensible a partir de la aparición de los primeros establecimientos industriales, los cuales ocasionaban frecuentes colisiones con la “vieja” propiedad a pesar de que contaban con la preceptiva licencia o autorización administrativa para el desarrollo de sus actividades. ¿Cómo estimar la pretensión de un vecino afectado por inmisiones industriales si las mismas se producían con total respeto a las normas administrativas y a la autorización correspondiente? En estos casos, la tutela de los intereses dominicales enfrentados se llevó a cabo a través de un nuevo dato que ayudó a configurar el sistema y que consistió en un concreto modo de entender las relaciones Derecho Público-Derecho Privado.

Le experiencia francesa –particularmente significativa– arranca del Decreto de 15 de octubre de 1810 cuyo objeto fue el de regular la localización y el ejercicio de las industrias insalubres y peligrosas, estableciendo una preceptiva autorización para su desarrollo pero a la vez dejando a salvo las eventuales reparaciones que correspondieran a los propietarios vecinos afectados¹²⁴: “tous les établissements qui sont aujor”hui en activité continueront a être

124. Una interpretación absolutamente distinta realiza SALVI del Decreto francés de 1810 al afirmar expresamente que tal norma sujeta las actividades peligrosas y nocivas a la previa autorización, pero sin incluir la cláusula “salvo derechos de terceros”. Por ello las consecuencias del Decreto serían radicalmente distintas a las que realiza el resto de la doctrina (LAURENT, RODOTÀ o NAPPÌ). En efecto, partiendo de la ausencia del principio “sin perjuicio de los derechos de terceros”, SALVI concluye afirmando que correspondería al Derecho Público la función de tutelar las eventuales consecuencias negativas del libre ejercicio de la propiedad, ahora de la industria, de forma tal que los intereses de los vecinos a no sufrir molestias quedarían subsumidos en el interés general, amparado por el Derecho Público. Por otro lado, tal solución sería la congruente con el Derecho codificado para el que el interés de terceros, si no reviste la forma de una situación jurídica específica, una servidumbre, queda fuera de toda valoración jurídica de Derecho Privado; la tutela de tales intereses, en todo caso, correspondería a la Administración pública. Los efectos de tal planteamiento jurídico se despliegan en el orden de la responsabilidad civil: cuando una actividad, respetando la autorización administrativa, ocasiona daños al vecino, no puede dar lugar a la indemnización de los mismos; tal hecho dañoso, por no estar prohibido por una norma legal o reglamentaria, no constituye culpa para su autor. Para SALVI, la ausencia de la cláusula “sin perjuicio de terceros” fue corregida por la jurisprudencia, que la entendió implícita. Cfr. *Le immissioni industriali*, cit., pp. 127 y ss.

exploités librement, sauf les dommages dont pourront être passibles les entrepreneurs de ceux qui préjudicient aux propriétés de leurs voisins; les dommages seront arbitrés par les tribunaux”. La norma, tendente a buscar un equilibrio de intereses, atribuyó a la autorización administrativa la función de hacer legítimo el desarrollo de aquellas actividades molestas o peligrosas que contaran con la preceptiva autorización, pero sin conferir a las mismas un “estatuto privilegiado” puesto que la autorización no implicaba el rechazo *a priori* de cualquier pretensión de indemnización de los propietarios vecinos; la norma mencionada dejaba imprejuizada la responsabilidad civil. El daño que pudiera sufrir un propietario no se configuró como un límite insalvable para el desarrollo de determinadas actividades industriales autorizadas, sólo se presentaba como fuente de un eventual costo que el empresario tiene que soportar en la forma de un resarcimiento de daños¹²⁵.

En la práctica, el Decreto abrió una vía para otorgar una tutela preferencial a los intereses industriales frente a los de la propiedad inmobiliaria tradicional, puesto que el sistema diseñado por el citado Decreto, y en armonía con lo preceptuado en el art. 544 *Code*, cumplía la función de limitar la propiedad de los fundos vecinos, es decir de proteger a los industriales de las pretensiones de los vecinos. Al plantearse las consecuencias de la disciplina de Derecho Público en el tema de las inmisiones industriales o, lo que es lo mismo, de la calificación de la licitud de la actividad sobre la base del interés general, las soluciones de los jueces durante la vigencia del Decreto de 1810 partieron de la base de que la autorización administrativa siempre es concedida “sin perjuicio de los derechos de terceros”, con lo que expresamente se salva el derecho del propietario vecino a no sufrir molestias más allá de ciertos límites. La autorización preceptiva impuesta por el Decreto tenía la exclusiva función de descartar que, afirmada la existencia de un daño, se pudiese reclamar la clausura o el traslado a otra localidad del establecimiento industrial, pero no excluía la posibilidad de obtener el resarcimiento de daños sobre la base de las reglas de la responsabilidad de los arts. 1382 y ss. del *Code*¹²⁶. La legislación adminis-

125. Cfr. RODOTÀ, *El terrible derecho*, cit., pp. 145-146.

126. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 129. En igual sentido RODOTÀ, quien siguiendo a LAURENT (*Principes de Droit civil*, cit., p. 202), afirma que los industriales a través de la norma citada consiguieron obtener una seguridad necesaria para el desarrollo de una actividad cuya existencia podría verse comprometida por las reclamaciones incesantes de los propietarios vecinos, cfr. *ibidem*.

trativa posterior sobre el particular volvió a reiterar el criterio de distinción entre autorización administrativa y derechos de terceros impidiendo que pudiera prohibirse el funcionamiento de un establecimiento autorizado¹²⁷.

La justificación de esta solución de compromiso se encontró en el principio de la separación entre esferas normativas y/o de poderes. La competencia del juez no puede abarcar ni la posibilidad de decretar la clausura de establecimientos industriales autorizados, ni siquiera la adopción de cautelas porque ello supondría la modificación de los términos en los que la autorización ha sido concedida. La concesión de una autorización administrativa supondría un enjuiciamiento anticipado de los inconvenientes provocados por la industria, haciendo lícitas las injerencias que pudieran producirse y sustrayendo del conocimiento de los tribunales su juicio¹²⁸. La única función judicial en tales casos se limita al aspecto indemnizatorio, nunca se extiende al inhibitorio para hacer cesar la actividad lesiva; en este campo la tutela se niega de forma radical¹²⁹.

La tutela resarcitoria, por el contrario se otorgó de manera plena y absoluta: el propietario vecino tiene derecho al resarcimiento integral del daño conforme al art. 1382 *Code*, es decir, según las reglas generales de la responsabilidad civil¹³⁰. Ahora bien, a pesar de la referencia expresa a tal precepto del *Code* basado en la culpa del agente y no en el simple hecho dañoso, lo cierto es que las soluciones jurisprudenciales, como hemos analizado¹³¹, no subordinaron el resarcimiento ante inmisiones industriales a la existencia de

127. Así la Ley de 19 de diciembre de 1917 sobre establecimientos peligrosos, insalubres o incómodos y la Ley de 19 de julio de 1976 relativa a las instalaciones clasificadas para la protección al medio ambiente. Vid. AUBRY & RAU, *Droit civil français*, T. VI, 2, *Responsabilité délictuelle*, 8ª ed., por DEJEAN DE LA BATIE, París 1989, p. 102; VINEY, *Le déclin de la responsabilité...*, cit., pp. 284-285.

128. “La valoración preventiva de la autorización administrativa hace que se sustraiga a los jueces ordinarios la valoración de *los inconvenientes generales* de la industria, mientras que continúa atribuyéndoseles la de *los inconvenientes personales y particulares*” (RODOTA, *El terrible derecho*, cit., p. 152).

129. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 132.

130. Si bien, siguiendo con la línea de respeto a la separación de poderes, y con el fin de no inmiscuirse entre ellos, se llega a afirmar que, a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio, no puede fijarse un montante tan elevado que convierta en antieconómica la continuación de la actividad industrial y fuerce de hecho a la supresión o paralización de la actividad autorizada. Cfr. LAURENT, *Principes de Droit civil*, cit., pp. 205-206.

131. Vid. *supra*. IV, B, b) y c).

una culpa, sino antes bien a la existencia de un daño. Constatado éste, la culpa está *in re ipsa*, “en el inconveniente provocado en el asentimiento elegido”¹³², afirmación que ha de ser matizada, pues recordemos ahora cómo, siguiendo el criterio jurisprudencial francés de que son indemnizables aquellos perjuicios excesivos que superan la medida ordinaria de los inconvenientes ordinarios de la vecindad, no cualquier tipo de daño o inconveniente dará lugar al resarcimiento, sino que sólo es resarcible el perjuicio que exceda de tal parámetro. Por tanto, responsabilidad objetiva siempre que el daño producido sea de cierta entidad.

B. ¿Indemnización o compensación?

El recurso a la acción inhibitoria o negatoria quedó así definitivamente cerrado en tales casos, tanto por obra de la legislación administrativa, como por la jurisprudencia que así lo entendió, al afirmar que en las hipótesis de injerencias industriales de empresas autorizadas se produce una limitación al poder de exclusión del propietario vecino. Tal aseveración se vio contrarrestada por la idea de que a esa limitación del *ius excludendi* habría de corresponder una reintegración dineraria que restaurara de cierta manera el equilibrio perdido ya que toda limitación ulterior del derecho de propiedad que altere el régimen de Derecho Privado e impuesta en favor exclusivo de otra propiedad debe ser indemnizada y exige una atribución económica equivalente al titular¹³³.

132. RODOTÀ, *El terrible derecho*, cit., p. 152. A este respecto es significativa la sentencia de la Cour de Rouen de 18 de noviembre de 1843 (*Dalloz* 1843, II) al distinguir titularidad de un derecho con el ejercicio del mismo: “cuando se dice que los propietarios de estas industrias no incurrir en culpa puesto que no hacen sino uso de su propiedad, se confunde el derecho con el ejercicio del derecho”. Pero ambas cosas no pueden confundirse “cuando el ejercicio del derecho de propiedad tiene por efecto transmitir a los fundos vecinos cualquier objeto. Si de esta inmisión resulta un perjuicio, se debe una reparación, porque ahí no hay un simple ejercicio del derecho de propiedad, sino una ofensa a la propiedad de otro. Hay una (...) culpa real que debe imputarse a aquél que ha elegido para el ejercicio de una industria muy ruidosa el interior de una ciudad y de un suburbio, en lugar de trasladar su industria a un lugar aislado y solitario”.

133. Sistema que recuerda no sólo al que se sigue en el procedimiento expropiatorio, sino también al de la constitución de las servidumbres legales (cfr. v. gr. arts. 564, 558, 577 CC).

Así, la pretendida responsabilidad civil de las empresas autorizadas no se concibió como exigencia de reintegración económica al sujeto que ha sufrido un daño en su derecho; no se trata de dejar indemne la propiedad afectada sino de valorar su pérdida de valor, viniendo a calificarse como una compensación. La responsabilidad objetiva adoptada ante los supuestos de inmisiones industriales, en realidad no tiene su fundamento en la disciplina de la responsabilidad civil, sino en la de la propiedad. En efecto, el juez no se propone reintegrar económicamente al sujeto por las consecuencias negativas de un hecho ajeno, sino que lo que persigue es restablecer por medio de una prestación dineraria un equilibrio objetivo, quebrado desde el momento en que se permite que en uno de los fundos se desarrollen formas de utilización que comprometen o impiden otras formas de utilización del fundo vecino. En tales hipótesis el juez cumple la función de organizar los modos de utilización de los fundos sustituyendo el poder del titular para realizar determinados destinos de su bien con el derecho a conseguir una suma de dinero. El esquema funciona por tanto *simili modo* que el de la expropiación con su justiprecio. En realidad, la conciliación de los dos intereses contrapuestos se realiza dejando a uno de los propietarios el ejercicio del derecho y al otro un derecho de crédito correspondiente a la disminución patrimonial sufrida. Ello podría conducir a una valoración hedonística desde el momento en que el propietario industrial considerará si, haciendo un balance entre pérdidas y ganancias, le resulta económicamente ventajosa la continuación de su actividad autorizada¹³⁴.

¿Hasta qué punto esta técnica altera la propiedad liberal? Como expresa RODOTA, la solución descrita no se separa de la institución de la propiedad; ésta sigue siendo el punto de referencia, con su carácter absoluto, protegida ahora frente a las invasiones exteriores con los clásicos esquemas de la expropiación y de la responsabilidad civil, aunque el recurso a ésta última sea, como hemos dicho, puramente nominal. El art. 1382 del *Code* aparece así más que como un punto de equilibrio entre intereses civiles, como el instrumento a través del cual se hace penetrar en el nuevo régimen una parte al menos de la tutela de que en el pasado disfrutaban los propietarios. Desde una perspectiva histórica, la responsabilidad civil consiguió cumplir una doble función de tutela y control de la propiedad, defendiéndola contra las agresiones externas

134. Cfr. ROTONDI, *El abuso del derecho*, cit., p. 174 y SALVI, *ob. cit.*, pp. 105 y 138.

y atenuando al mismo tiempo su carga agresiva en relación con los terceros. La responsabilidad acompañó este proceso de selección de intereses, y de regla de tutela externa de la propiedad se convirtió en instrumento de gestión de la compatibilidad entre propiedades¹³⁵.

C. La cláusula “salvo derechos de terceros” en otros países

Los dos pilares básicos sobre los que la *Cour de cassation* resolvió los supuestos de inmisiones provocadas por establecimientos industriales autorizados –distinción de la tutela inhibitoria y resarcitoria por un lado, y asunción del sistema de responsabilidad objetiva, por otro– fueron en lo fundamental seguidos también por la jurisprudencia italiana anterior al *Codice* de 1942. La legislación administrativa italiana de la época no se mostró tan clara como la francesa por lo que se refiere a la salvedad de los derechos de terceros en la concesión de las autorizaciones, pero sucesivamente así fue entendido tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia. Para la primera, la acción de daños no puede negarse, y aunque el establecimiento incómodo o insalubre esté autorizado, el propietario debe resarcimiento siempre que resulte claramente demostrado un perjuicio grave a las propiedades vecinas. Opinar que el permiso de la autoridad administrativa suprime el derecho a la indemnización de perjuicios, equivaldría a admitir una expropiación por utilidad privada y sin compensación¹³⁶, siendo imposible que los actos administrativos de autorización puedan alcanzar a imponer limitaciones a la propiedad de los vecinos, constrañéndoles a soportar incomodidades que por las condiciones y destino de los lugares pueden reputarse excesivas e injustas¹³⁷. La jurisprudencia fue asimismo unánime: la autoridad judicial debe limitarse “a conocer la existencia del daño y a proveer su completo resarcimiento” sin que pueda “emanar disposición alguna que comporte revocación de los actos administrativos que hayan reconocido legítimo el ejercicio de la actividad”¹³⁸. Y el resarcimiento

135. Cfr. *El terrible derecho*, cit., pp. 17, 152 y 164.

136. Cfr. GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. V, Fuentes de las obligaciones; cuasi-contratos; hechos ilícitos; leyes, trad. de la 7ª ed. it., Madrid 1980, p. 565.

137. Cfr. CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*, II, cit., p. 392.

138. Cass. Roma, 23 agosto, 1892 (*Giur. it.*, 1892, I, 1151). Sobre el particular, vid. VINTINI, “Le immissioni nel quadro...” (II), cit., pp. 29 y ss.

de los daños provocados al vecino se debe “por el sólo hecho de la inmisión (...) independientemente de cualquier elemento subjetivo de la culpa”¹³⁹.

La regulación de la localización de las empresas industriales incómodas o peligrosas no se realizó en España con carácter general hasta la publicación del Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961. Con anterioridad a esa fecha sin embargo, una abundante normativa sectorial había recogido la necesidad de autorización administrativa para la realización de determinadas labores o actividades industriales estableciendo a la vez una regulación de las condiciones de salubridad, higiene y seguridad de las mismas¹⁴⁰. De entre esa normativa, y a los efectos que aquí interesan, es de destacar que en dos importantes ámbitos como son la minería y la explotación de recursos hidráulicos, la Ley de Minas de 1859 (art. 94) y la Ley de Aguas de 1866 (arts. 195 y 298) vinieron a establecer que, siendo las autorizaciones y concesiones cuestión administrativa, los tribunales sólo pueden conocer de los perjuicios que se causen a los particulares en sus derechos, impidiendo la primera de ellas expresamente la paralización de las labores de minería por la intervención de los Tribunales ordinarios (art. 94.2).

La jurisprudencia estimó de forma permanente la división de competencias entre el orden administrativo y el judicial, afirmando por ejemplo que “toda vez que con la construcción de las obras necesarias para disfrutar dicha concesión (de aprovechamiento de aguas) se infiere daños a un tercero, éste tiene el indisputable derecho a pedir que por el concesionario se hagan las obras necesarias para evitarle todo perjuicio” sin que quede exonerado de tal obligación por el hecho de no haberse personado el dañado en el expediente de la concesión¹⁴¹, y que “cuando los perjuicios que uno infiera no proceden de caso fortuito sino de actos voluntarios practicados en utilidad y beneficio

139. Cass. Regno, 8 de julio de 1925 (*Foro, it.*, 1926, I, p. 23).

140. Cfr. DOMPER FERRANDO, J., *El Medio Ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. II, Madrid 1992, pp. 56 y ss.

141. Cfr. STS de 26 de mayo de 1866 (*JC*, T. 14, nº 224); dirección también seguida por las de 14 de diciembre de 1887 (*JC*, T. 62, nº 161); 28 de junio de 1886 (*JC*, T. 60, nº 47); 4 de mayo de 1896 (*JC*, T. 79, nº 187); 8 de julio de 1882 (*JC*, T. 49, nº 248) Sobre obras realizadas sin la preceptiva autorización administrativa por una entidad pública, la STS de 20 de noviembre de 1883 (*JC*, T. 53, nº 336) estima que los Tribunales ordinarios son los competentes para el conocimiento de los daños y perjuicios ocasionados, por carecer la obra de la nota de utilidad pública que la autorización le infiere.

propios debe indemnizarlos”, en consonancia con lo establecido por el art. 55 de la Ley de Minas de 6 de julio de 1859 y con la ley 13, tit. 32, Part. 3^a¹⁴². En general vuelve a reiterarse que en el ordenamiento español las cuestiones sobre peligro e incomodidad de las fábricas son materia administrativa, pudiendo conocer los tribunales sólo de los perjuicios que se causan a los particulares en sus derechos civiles¹⁴³.

Mención especial merece la experiencia alemana por la influencia que tuvo en la reforma del BGB. Años antes de la aprobación del BGB, la cuestión de los establecimientos industriales nocivos o molestos fue abordada en el § 26 del Ordenamiento industrial prusiano de 1869, en el que se excluyó del conocimiento judicial la acción para la cesación de la actividad industrial, permitiendo al afectado exigir la adopción de medidas que evitaran en lo posible las molestias y dejando abierta la pretensión de indemnización¹⁴⁴. Una vez entrado en vigor el BGB y consagrada en el § 906 la regla de que no puede hacerse cesar el uso normal del derecho de propiedad, la jurisprudencia continuó aplicando el § 26 del Ordenamiento industrial, precisamente porque esta norma permitía, a diferencia del § 906 (en su redacción originaria), separar el aspecto inhibitorio del resarcitorio y, además, condicionaba el ejercicio de la industria al pago de los daños ocasionados como consecuencia de aquel ejercicio. El acomodo entre ambas normativas se produjo finalmente con la reforma del § 906 BGB por Ley de 1 de junio de 1960, dándosele al precepto una redacción en la que se acoge el principio de que las inmisiones que produzcan un perjuicio esencial y que no puedan impedirse mediante la

142. STS de 9 de abril de 1866 (*JC*, T. 13, n.º 142) en un supuesto de inmisiones producidas por una empresa minera en finca dedicada a explotación agrícola y ganadera.

143. Vid. RD 27 de marzo de 1897, *Boletín jurídico-administrativo*, fundado por MARTÍNEZ ALCUBILLA, apéndice 1897, p. 173. El TS en sentencia de 21 de marzo de 1911 (contadm) analiza un caso de nulidad de acuerdo de autorización para instalar horno de pan, cuyo ruido de funcionamiento durante la noche ocasiona molestias a los vecinos.

ESCRICHE recoge una larga de supuestos en los que se han producido conflictos de jurisdicción o competencia entre el orden administrativo y los Tribunales ordinarios (voz “Competencia”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. 2, Madrid 1874, pp. 382 y ss), resolviéndose de acuerdo con las reiteradas ideas de división absoluta de poderes: “no pueden los jueces dejar sin efecto los actos administrativos por medio de interdictos (...) pero esto no obsta a que la parte que se crea agraviada entable ante los tribunales competentes las acciones que crea le asisten en juicio plenario” (voz “Actos administrativos”, *ibidem*, T. 1, p. 252).

144. Cfr. ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, T. III, vol. 1.º, *Posesión. Derecho inmobiliario. Propiedad*, trad. PUIG BRUTAU, 3ª ed., Barcelona 1971, p. 353.

adopción de medidas económicamente exigibles, deben ser toleradas sin perjuicio de la compensación económica para el perjudicado¹⁴⁵.

El legislador alemán introdujo posteriormente una importante excepción al ejercicio de la acción de cesación de inmisiones en los supuestos en los que éstas provinieran de instalaciones autorizadas administrativamente. La Ley Federal de Protección contra Inmisiones (BimSchG) de 15 de marzo de 1974 en su §14 negó al perjudicado por tales inmisiones el ejercicio de la acción de cesación o negatoria, pudiendo exigir sólo medidas de precaución y, caso de que éstas no sean técnica o económicamente posibles, la indemnización por los daños y perjuicios causados. La privación del derecho a exigir la cesación de las actividades autorizadas se compensa mediante la participación del vecino en el procedimiento de autorización del §10 de la misma Ley en el que puede alegar sus razones y objeciones en contra del establecimiento de la instalación. Pero una vez que la autorización de la empresa es firme, ya no se puede ejercitar contra ella el derecho de defensa derivado de la regulación jurídico-privada de las incisiones, y este derecho es sustituido por los que se derivan del §14 BimSchG: el derecho a solicitar medidas de protección, y cuando éstas no sean posibles, el derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

La mutación que sufre en estos casos el derecho del vecino afectado por perturbaciones procedentes de actividades autorizadas –mayoritaria aunque no únicamente del sector industrial– y que supone en último extremo la simple pretensión de la indemnización, conlleva el total resarcimiento de los daños (y no una mera compensación) si bien sólo de aquéllos originados por las inmisiones que el perjudicado no está obligado a tolerar, y sin que sea requisito necesario la culpa del causante, del mismo modo que para el ejercicio de la acción negatoria no se requiere la culpa del perturbador, el derecho que lo sustituye tampoco tiene como condición previa el requisito de la culpa. Con ello el §14 BimSchG en el marco de las instalaciones autorizadas se convierte en un verdadero principio de responsabilidad objetiva para los daños causados por incisiones ilícitas¹⁴⁶.

145. Cfr. NAPPI, *Le regole proprietarie*, cit., p. 62; SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 117 y ss. y 135 y ss. El § 906 BGB todavía ha experimentado una nueva reforma por la Ley de modificación del Derecho de cosas (*Sachenrechtsänderungsgesetzes*) de 1 de octubre de 1994, reforma en la que se introduce como criterio para considerar inmisiones no esenciales aquéllas que no sobrepasen los valores o estándares máximos de emisión fijados por la Administración.

146. ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, pp. 434 y ss.

VI. La obra de IHERING sobre las relaciones de vecindad

A. Del uso normal al uso normalmente tolerable

El establecimiento de una línea divisoria entre inmisiones lícitas o permitidas e inmisiones ilícitas o prohibidas constituyó para la doctrina del pasado siglo una preocupación constante, más atenta a la búsqueda de una solución técnica coherente y menos pragmática y heterodoxa que la encontrada por la jurisprudencia de los diversos países. Sin duda, dentro de las diversas soluciones doctrinales, la teoría del uso normal presentó una doble importancia; por un lado su acogida generalizada por doctrina y jurisprudencia italianas; por otro, supuso el punto de partida de la reconstrucción que de la misma llevó a cabo IHERING¹⁴⁷. La teoría del uso normal, tomando como base las fuentes romanas¹⁴⁸, defendía que han de ser prohibidas, además de las inmisiones directas, las inmisiones indirectas derivadas de un uso extraordinario que exceda de las necesidades de la esfera normal de la vida, mientras que deben considerarse permitidas las derivadas de las necesidades cotidianas de la vida¹⁴⁹. El propietario podrá hacer en su fundo todo aquello que es normal en el uso de dicho fundo; no lo que es justo y útil, sino lo normal. Si por hechos que pertenecen a la vida normal se produce cualquier invasión de la esfera inter-

147. “Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn”, en *Jahrbucher für die Dogm. des Rechts*, vol. VI, 1863, pp. 81 y ss. Hemos utilizado la traducción francesa de MEULENAERE, “Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l’intérêt des voisins”, en *Oeuvres choisies*, II, Paris 1893, pp. 101 y ss.

148. GARCÍA SÁNCHEZ afirma respecto al fundamento de la teoría del uso normal en las fuentes romanas: “De algunos textos de las fuentes romanas se deduce con claridad que en ocasiones hay inmisiones que no están prohibidas, sino que son lícitas, y por lo mismo han de tolerarse. Este punto de apoyo sirvió de base a la denominada teoría del uso normal, que, por lo referente al Derecho romano, no puede interpretarse como explicación o teoría autónoma, frente al criterio general del *immittere in alienum*. Se trata de algunos fragmentos donde se admiten unas inmisiones mínimas en cuanto necesarias para el uso normal del fundo, a fin de que el derecho del propietario no se vea privado, en gran parte, de muchas facultades que en teoría le corresponden”. *Teoría de la immissio*, cit., p. 176.

149. Se reaccionaba de esta manera frente a la teoría de la pura *immissio* corporal propugnada por SPAGENBERG para quien toda inmisión inmaterial es lícita y toda inmisión material que no sea expresión de las necesidades ordinarias de la vida es ilícita y por tanto susceptible de inhibición en base al *ius excludendi* del propietario, cfr. “Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht”, en *Arch. civ. Praxis*, 1826, pp. 263 y ss. Sobre las objeciones a esta teoría “de brutal simplicidad”, vid. RIPERT, *De l’exercice du droit de propriété*, cit., pp. 136-140.

na del fundo vecino, el propietario de éste habrá de tolerarla; en cambio, no hay razón jurídica para tolerar la actividad que se sale de la esfera de la normalidad del uso¹⁵⁰.

Históricamente la teoría del uso normal fue propuesta como garantía contra la invasión industrial¹⁵¹, hasta el extremo de que se identifica con la afirmación de la licitud de las inmisiones derivadas de actividades manuales, las que procedían de necesidades normales de la vida, y la ilicitud de las que procedían de la utilización de máquinas o aparatos artificiales¹⁵². En un ámbito de actuación económico-doméstico y con una incipiente actividad industrial sometida a lo que importaba mantener, esa vida doméstica aunque fuera en su aspecto de producción, la teoría del uso normal se muestra como criterio suficiente al distinguir simplemente los usos normales (lícitos) y los extraordinarios (ilícitos) en atención a esas circunstancias o modos y maneras imperantes. Pero frente a los males de la gran industria se demostró que era insuficiente la teoría del uso normal. Anclada como estaba esta teoría en el concepto estricto de inmisión entendida como emisión de sustancias corporales o tangibles, quedaban fuera de él aquellas molestias provenientes de sacudidas, trepidaciones o hundimientos debidos a la repercusión de la actividad ejercitada en el fundo vecino, que evidentemente no podían comprenderse en aquel concepto de inmisión¹⁵³.

Tomando por referente esta doctrina, IHERING formuló una serie de correcciones a la misma, acabando por perfilar su propia teoría que tanta influencia habría de tener en los Códigos posteriores, como en el § 906 BGB, en el art. 685 del Código suizo y en el art. 844 del Código italiano de 1942. En su reelaboración de la teoría del uso normal, combinó la fijación de un criterio objetivo con los concretos intereses que concurren en la relación vecinal, haciendo prevalecer las actividades industriales sobre las posibles utilidades del predio vecino cuando las inmisiones no exceden de la tolerabilidad media de las personas perjudicadas o de la normal utilización del predio afectado¹⁵⁴.

150. Cfr. SCIALOJA, V., *Teoría della proprietà nel Diritto romano*, vol. I, Roma 1928.

151. Cfr. BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 31.

152. Cfr. EGEEA, *Acción negatoria...*, cit., p. 137.

153. Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE, *ob. cit.*, p. 163; HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, p. 108; BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 31

154. Cfr. EGEEA, *ob. cit.*, p. 138.

B. Estructura interna de la construcción iheringiana

IHERING diseña el criterio de la tolerancia normal sobre dos elementos básicos: la introducción del término influjo o injerencia (*Eingriff*) y la distinción entre influjos inmediatos y mediatos. Respecto al primero, la noción de *Eingriff*, como afirma SALVI, permite un planteamiento más riguroso que los de “lesión del derecho” o de “daño al vecino”, y al mismo tiempo permite tener en cuenta elementos histórico-sociales y no exclusivamente naturalísticos en la definición de la influencia¹⁵⁵. Con dicho término pretendió dar cabida a aquellas propagaciones o influencias inmateriales sobre fondo vecino rechazando así las distinción entre inmisiones corporales e incorpóreas¹⁵⁶ y afirmando que la influencia, aunque no debe ser necesariamente corporal, debe tener un elemento de materialidad que ha de deducirse del tipo de consecuencia negativa producida —así, los olores aun siendo sustancias inmateriales o incorpóreas han de ser considerados como verdaderos influjos a tales efectos—. Para IHERING no se puede llevar a cabo una separación entre inmisiones corpóreas e incorpóreas: la protección jurídica frente a las inmisiones tiene que venir determinada por los efectos de las mismas, por el perjuicio que causan, sin atender a sus características físicas ni al modo en que se ejecutan o producen¹⁵⁷.

La distinción entre influjos inmediatos (directos) y mediatos (indirectos) no es en puridad creación original de IHERING sino que la tomó de autores anteriores introduciendo, eso sí, un nuevo parámetro para establecer la licitud de unos y otros. Las injerencias inmediatas comienzan sus efectos en la esfera de propiedad del vecino y provocan enteramente el efecto de este acto sobre aquel fondo; así p. ej, el vertido directo de agua sobre el fondo colindante. El influjo mediato es el que comienza sus primeros efectos en el fondo en el que se desarrolla una actividad, continuando dichos efectos en el fondo del vecino; así el que vierte agua en su propio fondo pero se propaga luego en el inmueble vecino. Las primeras, las inmisiones directas, han de ser siempre calificadas de ilícitas, salvo en aquellos casos en que la ley las permita por razones de equidad, como en los supuestos de invasión de ramas o ra-

155. *Le immissioni industriali*, cit., p. 109, nota 3.

156. Vid. *supra*, nota 149.

157. Cfr. “Des restrictions imposées...”, cit., pp. 121-124.

íces. Fuera de estas salvedades las inmisiones directas o inmediatas derivan su ilicitud de la propia lógica de la propiedad y en ellas no hay lugar a plantear cuestiones de intereses.

Por el contrario, para las influencias indirectas, aquellas que, respondiendo a una actividad dirigida al propio provecho del propietario, comienzan sus efectos en el fundo del titular que ejercita su derecho y los prosiguen en el del vecino, la prohibición ha de ser relativa y subordinada al resultado: deberán ser prohibidas aquéllas que sean nocivas para la cosa o molestos para las personas cuando excedan de lo que es ordinariamente tolerable¹⁵⁸.

La noción en sí misma no deja de aparecer como indeterminada y abstracta, por ello IHERING concreta el citado criterio —medida ordinaria de lo tolerable— afirmando que para conseguir una apreciación objetiva del mismo no se debe tomar en cuenta ni la valoración de un sujeto particularmente sensible, ni aquellas utilizaciones de fundos en los que los establecimientos instalados presentan un particular interés, unas necesidades concretas. Para este autor, la noción de daño y de molestia son nociones esencialmente relativas que han de ser valoradas con relación a la forma de utilización que se lleve a cabo en el fundo que sufre la injerencia y en general en un determinado ámbito espacial. Los influjos nocivos o dañosos a las cosas deben valorarse según la regla de la tolerancia normal, del aprovechamiento usual o regular del fundo que padece el influjo¹⁵⁹. Así lo había entendido ya la jurisprudencia italiana anterior a 1942 y lo recogió más tarde el legislador italiano al establecer que para la apreciación de la normal tolerabilidad deberá atenderse a las *condizioni dei luoghi* (art. 844), a las condiciones en que la finca se ubica; el uso normal y la medida de lo tolerable habrán de valorarse con referencia a la especialidad de la industria y al lugar donde esta se ejercita, debiéndose soportar allí, dentro de ciertos límites, aquello que en otro lugar sería intolerable.

C. Influencia de la doctrina iheringniana en la dogmática de la propiedad

Observado en profundidad el criterio de la medida normal de lo que es soportable, puede decirse que tal parámetro define en el fondo el ámbito del

158. Cfr. *ibidem*, pp. 127 y ss.

159. Cfr. *ibidem*, pp. 131 y 133.

poder de exclusión del propietario. Puesto que para determinar la medida de lo ordinariamente tolerable ha de tenerse en cuenta la manera ordinaria de utilización del suelo de quien sufre la inmisión, en el fondo lo que se está definiendo es el límite a la protección de la propiedad. Ya no puede decirse que se tutela y protege cualquier uso normal del suelo, sino que, al tornar el punto de mira hacia el lado pasivo de la relación, no se está protegido frente a un uso tolerable que ha de ser soportado por el perjudicado. Este cambio de perspectiva ha hecho ver en la obra de IHERING, lejos de una protección frente a usos industriales, el inicio de la fase de protección jurídica de los intereses de la industria, afirmándose que toda su formulación responde a unas nuevas coordenadas económicas marcadas por el desarrollo industrial que experimenta Alemania en la segunda mitad del siglo XIX: sin duda la finalidad perseguida fue la de otorgar una tutela preferencial a la utilización industrial de los inmuebles¹⁶⁰.

En efecto, a primera vista pudiera parecer que la posibilidad de una consideración privilegiada de la actividad industrial no se encuentra tanto en la teoría de la normal tolerabilidad como en el acogimiento de la fórmula del uso normal del inmueble. En base a este último criterio la gravedad de una inmisión se mide no con referencia al fundo que la sufre, sino en relación a la actividad que la provoca, a la utilización del fundo de la que proviene la inmisión, condicionándose así la valoración de la entidad y licitud de la inmisión a las exigencias del agente y no a las exigencias del fundo que la padece, y pasa a primer plano la posición e interés del inmitente frente a la del inmitido¹⁶¹. Pero recordemos cómo el propio creador de la *normal tolerabilidad* es-

160. Cfr. SALVI, *ob. cit.*, pp. 112 y 192; EGEEA, *ob. cit.*, p. 138.

161. Cfr. NAPPI, *ob. cit.*, p. 60. Explica en este punto RODOTÀ que, en la medida en que el ejercicio de la industria se convierte en un hecho normal y extendido, cambia la medida objetiva del interés protegido. El desplazamiento de la atención hacia las razones e intereses de la producción conllevó una fase de decadencia, o mejor, una lenta parábola de la noción de propiedad elaborada por la ciencia oficial del siglo XIX, que corresponde al desplazamiento del interés desde los valores de la tierra a los de la empresa industrial. “Se observa así un reflujo hacia la empresa de los privilegios y de los medios de defensa, antes dispuestos para las formas de propiedad, que, colocadas más bajo en la esfera de los valores económicos, pueden a partir de ahora abandonarse sin añoranzas en la mano más pesada de los poderes públicos. Se trata por tanto del privilegio que se concede a un nuevo tipo de propiedad que se coloca en el puesto de la antigua, a algunos medios de producción en lugar de otros, pero no de la decapitación del instituto de la propiedad”, *ob. cit.*, p. 141.

pecificó la determinación de tal parámetro en relación a un ámbito espacial dado de tal forma que, entendida la tolerabilidad en este sentido objetivo, lo que ha de valorarse es el límite a la protección de un propietario concreto, dentro de unas coordenadas locales. Como manifestábamos en líneas precedentes, la terminología es bien significativa; para IHERING ya no “se protege el uso normal del suelo” sino que “no se está protegido contra un uso normal de otro”. Ahora la licitud de la inmisión viene dada por el aprovechamiento usual o regular del fundo que padece el influjo.

La teoría de la tolerancia normal no sólo ha de contemplarse como una innovación en la concreción del criterio por el que determinadas inmisiones han de considerarse ilícitas; supuso asimismo un replanteamiento de la teoría propietaria de los Códigos liberales y de la pandectística. El sistema de propiedad definido por límites legales puntuales, que presuponía una tutela paritaria de los intereses de los propietarios basada en la igualdad de los fundos y que no daba respuesta a los supuestos de usos incompatibles, se quiebra con la concepción iheringniana. Esta sitúa el problema en términos de valoración de concretos intereses y no en términos de voluntades abstractas y absolutas. La propiedad se funda en la individualización del interés tutelado del propietario y sólo en la medida en que tal interés práctico subsiste es protegido, independientemente de la valoración de otros intereses implicados. Aplicando esta idea o principio general a las relaciones entre fundos, IHERING llega a la formulación del uso tolerable, en la cual late todo el significado utilitarista o cuasifuncional de la propiedad. El propietario deberá soportar no sólo las injerencias leves que no le irroguen daño alguno, sino también las dañosas o molestas que no excedan de la medida normal de lo soportable. La valoración comparativa de los intereses siempre se traducirá de hecho en una preferencia concedida a uno de ellos. Los intereses de los propietarios son igualmente tutelados, pero al ser incompatibles ambos, se rompe el principio de igualdad formal entre las propiedades. El planteamiento de este autor alemán demuestra su racionalidad en que para él, el problema de las inmisiones no puede partir de la aplicación incondicional de la tutela de la propiedad como derecho absoluto, sino de las relaciones de hecho que se presentan en la utilización del fundo como consecuencia de la libre actividad económica de los particulares. Es decir, el ordenamiento otorga y concreta su tutela en el ámbito de las relaciones de hecho, y esa estimación relativa de dos intereses se concreta necesariamente en la preferencia dada a un tipo de interés, y en el

desarrollo histórico el interés típicamente prevalente será el conexo a la utilización industrial del fundo¹⁶².

En suma, el criterio de la normal tolerabilidad propuesto por IHERING, aunque trata de modo igual los intereses de los propietarios, éstos son iguales sólo en abstracto, pero su aplicación histórica demuestra que tales intereses devienen no sólo diversos sino heterogéneos. Este sistema de relaciones de vecindad basado en la posibilidad o no de ejercitar el *ius excludendi* del propietario afectado rompió definitivamente (desde la perspectiva de la colisión de derechos) el carácter absoluto e ilimitado de la propiedad. La concepción utilitarista del derecho de propiedad —que requiere la presencia de un interés protegible en el titular del derecho— se presenta así en íntima conexión con la cuestión de los límites y será posteriormente recogida por autores como RIPERT quien volverá a reiterar con IHERING que ese interés que constituye el límite consustancial del derecho marca las formas en las que el derecho puede ser ejercido. Sin embargo ese interés es variable, se determina según las circunstancias ideales o reales concretas. El ejercicio de la facultad de exclusión tendente a eliminar injerencias del fundo vecino podrá ser ejercitado en cuanto tutele o proteja un interés determinable caso por caso; habrá ciertos actos que aunque produzcan injerencias en fundo ajeno no dan lugar a reacción por el afectado porque no suponen atentado a ningún derecho, o mejor, porque el interés protegible no alcanza hasta el punto de excluir dichas injerencias. Esta idea, además, permite la protección del uso inocuo del inmueble no sólo por los vecinos, sino por cualquier sujeto aunque no sea titular de derecho alguno¹⁶³.

El criterio de la normalidad considerado desde el aspecto pasivo de la inmisión o de las repercusiones que un uso determinado tiene en el fundo vecino fue acogida con éxito ya en Italia bajo la vigencia del Código de 1865 y asumida en las decisiones judiciales admitiendo la licitud del uso normal y

162. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 110-113; VISINTINI, “Le immissioni nel quadro...” (I), cit., pp. 718-720 y RIPERT, *De l'exercice...*, cit., pp. 299 y ss.

163. Cfr. RIPERT, *ibidem*, pp. 297-320. La fórmula de IHERING, afirma GAMBARO, no sólo tiene la importancia de desterrar del *ius excludendi* las inmisiones tolerables, además supone que más allá del umbral de la normal tolerabilidad es necesario una contemporización entre los usos incompatibles de los fundos, prescindiendo de la lógica del poder del propietario de excluir cualquier injerencia, cfr. *Le proprietà*, en *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano 1990, pp. 394-395.

tolerable¹⁶⁴. El Código italiano de 1942 (art. 844) introdujo en la regulación de las inmisiones las enseñanzas del autor alemán centrando el foco de visión en la normalidad del *pati* y no sobre la normalidad del uso¹⁶⁵, añadiendo a ello algún elemento original como es el de tomar en consideración las razones de la productividad para compatibilizar las razones de ésta con las de la propiedad lesionada. La influencia de IHERING se dejó notar asimismo en la Codificación alemana (§ 906) y suiza (art. 684) que acogieron el parámetro de la normalidad del uso según las condiciones de los lugares para valorar si el perjuicio que deriva de la inmisión excede de la normal tolerabilidad entre los vecinos.

D. Inmisiones y tutela a la persona

A pesar de que la teoría de IHERING toma como hilo conductor una noción de propiedad basada en el ámbito de tutela que ha de serle otorgado, no debe dejarse de observar otro elemento que completa los perfiles de tal construcción. Nos referimos a la combinación entre su planteamiento de las inmisiones ligado a la institución de la propiedad y la atención al aspecto personal en la regulación de las mismas.

Para IHERING la tutela privatística en tema de inmisiones no sólo ha de tener por objeto las injerencias que inciden en la cosa, en el inmueble, sino también las que afectan a la persona, por ser molestas o nocivas a su salud. Tal tipo de inmisiones no debe quedar sólo bajo la tutela de la normativa administrativa puesto que ¿no merecen la misma protección jurídico-privada los derechos de la personalidad, de la vida y de la salud que el de la propiedad? Una determinada injerencia dañosa para la salud puede producir un daño en el fundo al imposibilitar, por ejemplo, una concreta utilización residencial del mismo: considerar lícita una inmisión de humo porque no produce “daño” a los ojos, obligaría al propietario a vender el inmueble a un precio irrisorio¹⁶⁶.

164. Cfr. DE MARTINO en *Commentario del Codice...*, cit., p. 200; VISINTINI, “Le immisioni nel quadro...” (II), cit., p. 33.

165. Cfr. GAMBARO, A., *Le proprietà*, cit., p. 388.

166. Cfr. “Des restrictions imposées...”, cit., p. 137.

Ahora bien, las inmisiones nocivas para la salud o, en general, para la persona, no han de seguir el mismo parámetro de licitud/ilicitud que las que afectan a la cosa. El criterio sigue siendo el mismo –medida ordinaria de lo soportable– pero los elementos para valorarlo difieren. Así, para las acciones dañosas contra la persona deberá tomarse la medida de la receptividad personal común, mientras que para las inmisiones que afecten a la cosa deberá tomarse como base la manera ordinaria de utilizar el suelo.

VII. La búsqueda de un criterio ajeno a los intereses particulares en conflicto

A. La necesidad social

A pesar del éxito conseguido por el uso normal en la versión dada por IHERING, a principios del siglo XX comenzó a vislumbrarse un factor hasta entonces desconocido en las relaciones de vecindad. Los intereses individuales de los vecinos no son los únicos a compatibilizar; la resolución de los conflictos vecinales ha de tomar en consideración un elemento ajeno a aquéllos que puede llegar a alterar la visión tradicional de los usos incompatibles como ejercicio de prerrogativas e intereses únicamente personales. En este marco, la postura de BONFANTE¹⁶⁷ tuvo una influencia que dejaría sus huellas en el Código italiano de 1942 a la vez que se entronca con una concepción de la propiedad funcionalizada de la que ni siquiera el propio autor parece ser consciente. Su teoría no se ciñe a la exposición de un nuevo parámetro de la licitud de las inmisiones –mostrándose crítico con las teorías anteriores especialmente con la de IHERING–, sino que supuso el arranque de una configuración diferente del derecho de propiedad inmobiliaria.

Para BONFANTE los confines del propio inmueble marcan los límites del derecho de propiedad. Dichos confines determinan la esfera interna del derecho, comenzando fuera de esos linderos la esfera externa sobre la que no se extiende mi derecho de propiedad. Así, cuando existe una lesión de la esfera

167. *Las relaciones de vecindad*, cit.; “L’azione negatoria e l’azione di danni nei rapporti di vicinanza”, *Foro it.*, 1926, I, pp. 24 y ss.; “Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza”, *Riv. Dir. Civ.*, 1911, pp. 517 y ss.

interna de mi derecho se habrá producido una lesión del derecho mismo; si por el contrario hay una lesión de mi esfera externa (p. ej. proximidad a carreteras, belleza del paraje...) sólo se habrá producido la lesión de un mero interés. Sólo hay lesión de mi derecho cuando se produce una invasión en la esfera interna, bien por un *immittere* o introducción directa de sustancias o elementos en mi fundo, bien por un *facere in suo* de forma que las operaciones hechas en el terreno ajeno se propaguen a mi propio fundo¹⁶⁸.

¿Cuándo considerar una invasión como ilícita y procederá en consecuencia la acción negatoria? Es aquí donde radica el núcleo de la tesis de BONFANTE. Según este ilustre romanista, la verdadera necesidad es el límite de todo derecho. Cuando entramos en la esfera de las necesidades sociales generales y absolutas no cabe hablar de un *immittere* o de un *facere* ilícitos. Nada de lo que es necesario puede ser prohibido. Una invasión de mi esfera jurídica producida por la necesidad no puede ofenderme, como no puede ofenderme la producida por fuerzas naturales¹⁶⁹. Frente a la corriente doctrinal favorecida por la fórmula de IHERING que pretende aplicar el criterio de la tolerancia normal al ejercicio de la industria y a todo uso de derechos sobre inmuebles, se alza BONFANTE calificándola de aberración, en cuanto supone un nuevo feudalismo: el de los señores industriales. No puede hablarse de tolerancia normal y aplicar luego esa medida normal a todos los usos; es la necesidad del uso la que impone la tolerancia y no cabe exigir ésta donde la necesidad no existe. Esa necesidad social que el uso nuevo de un fundo puede llegar a tener ha de ser una necesidad absoluta y general en un ambiente y en unas condiciones sociales dadas¹⁷⁰. Además la necesidad ha de ser cotidiana y civil (como el gas o la electricidad), no industrial¹⁷¹. Excepcionalmente, es muy

168. *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 55.

169. Cfr. *ibidem*, pp. 28 y 63.

170. ALGARRA encuentra como inconveniente en este punto la propia indeterminación de cuándo un uso adquiere carácter de necesidad social: "El autor no resuelve el problema de cuándo puede considerarse consolidado un uso como necesario, en qué momento una actividad deja de ser excepcional y se convierte en cotidiana y necesaria", *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 373. BONFANTE concibe las inmisiones como categoría social: las inmisiones o el *facere in alieno* deben considerarse prohibidas cuando la alteración dañosa de la propiedad ajena repugna a la sensibilidad de un ambiente social dado, que es lo que se quiere decir cuando se afirma que no está justificada por una general y absoluta necesidad social, cfr. BARASSI, *ob. cit.*, p. 633.

171. También en este punto ALGARRA manifiesta que la tesis de BONFANTE no está exenta de críticas: "el requisito de que se trate de necesidades generales absolutas, civiles, no

posible que en determinadas condiciones y en determinado lugar, el ejercicio de la industria responda a los intereses vitales de un centro industrial. En tal caso, nada impedirá que la sujeción a ciertas exigencias de la actividad industrial pueda asumir carácter de necesidad porque se tratará de aplicar el mismo principio limitador del uso inmobiliario: el principio social, la necesidad general del pueblo¹⁷². El propio autor se percata de que las más de las veces coincidirán en la práctica el criterio del uso normal y el pensamiento de que es lícita la inmisión cuando la coexistencia social la impone de modo necesario, pero, a su juicio, el segundo de estos criterios es más lógico, más justificado y más preciso.

La crítica a la teoría de la necesidad social se ha realizado desde diversos frentes. Por un lado se ha puesto en duda el mismo punto de partida basado en la diferenciación entre esfera interna y externa del derecho. Si en la esfera o condiciones externas está presente un interés y éste se halla en conexión con la propiedad, ¿cómo privarle de todo significado jurídico? La distinción conceptual entre la esfera interna comprendida dentro de los confines de la propia finca y la esfera externa no es una diferencia real y social justificativa de consecuencias jurídicas antitéticas. 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 las que carecería en caso contrario¹⁷³.

Por otra parte se ha puesto también de relieve que pese a que BONFANTE se mostró radicalmente contrario a dar entrada al arbitrio judicial en la apreciación de la ilicitud de las inmisiones, la apreciación judicial en su teoría no queda del todo descartada pues ¿quién puede apreciar la opinión y la necesidad social si no es el juzgador?¹⁷⁴. La oposición de BONFANTE a la teoría del uso ordinariamente tolerable en base a la discrecionalidad que tal criterio com-

industriales, convierte la fórmula en ineficaz cuando se trata precisamente de conciliar el conflicto de intereses entre los usos industriales y otros usos, que es donde con mayor intensidad se plantea el problema; si fuera simplemente así, toda industria se vería condenada a desaparecer o incluso a no nacer, porque pesaría sobre ella una condena de muerte (...)", *ibidem*, pp. 373-374.

172. Cfr. BONFANTE *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 68.

173. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pp. 112-113.

174. Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE, *ob. cit.*, p. 203.

porta no llega a solucionarse con la necesidad social, es más, se acentúa, ya que establecer dónde comienza la necesidad social parece tarea más ardua que la de la determinación de los usos normales practicados generalmente en un lugar concreto¹⁷⁵.

El entendimiento de las relaciones de vecindad y la solución ofrecida por este autor para las mismas ha llevado acertadamente a observar determinadas consecuencias desde el punto de vista de la disciplina de la propiedad. Si el único punto de referencia posible es la necesidad general de un pueblo —negándose que la inmisión pueda ser juzgada desde las necesidades de una industria determinada o desde la tolerabilidad apreciable en una zona determinada— se abandona la lógica del puro equilibrio de intereses, al buscarse fuera de ella el criterio de licitud y se rechaza la contemporalización de dos intereses privados en conflicto. El parámetro de valoración es externo a los mismos: el interés general¹⁷⁶.

B. Tutela inhibitoria y tutela resarcitoria

Junto a la exposición del innovador principio de las necesidades generales, una parte importante de los trabajos de este autor italiano sobre las relaciones entre predios se centró en el estudio de las consecuencias jurídico-procesales que se derivan de la producción de injerencias provenientes de fundo vecino, prestando especial atención a la articulación de la acción negatoria y de la acción de indemnización del daño. Ambas consecuencias, defiende, han de ser nítidamente separadas. Mediante la primera, acción negatoria, se tiende a hacer cesar la invasión ilícita (el influjo o el *facere*) y a restablecer la situación anterior de manera que la limitación produzca su efecto. Mediante la segunda, sólo se pretende la reparación del perjuicio causado. Si la invasión o actividad es de naturaleza permanente habrá lugar a ambas acciones, mientras que si el *immittere* consiste en un acto transitorio o en un sólo acto productor de un daño, no habrá lugar a la acción negatoria y sí únicamente a la acción de daños. Esta acción tendente al resarcimiento exige dos condicio-

175. Cfr. VISINTINI, G., “Le immissioni nel quadro...” (II), cit., p. 34.

176. Cfr. RODOTÀ, *El terrible derecho*, cit., pp. 159-161 y SALVI, *Le immissioni, industriali*, cit., p. 167.

nes: una objetiva, existencia de un daño (no en el sentido de daño económico o de pérdida de alguna de las ventajas exteriores, sino como lesión de la esfera interna de mi derecho) y otra subjetiva, la existencia de una culpa en el inmitente¹⁷⁷. Cualquier invasión de la esfera interna ajena con actividades que, hechas en el fundo propio, se propaguen al ajeno, no respondan a una necesidad social dará motivo a la interposición de la acción negatoria y, eventualmente, a la acción de daño siempre que para esta última quede demostrada la existencia de culpa. Pero en congruencia con su criterio a propósito de la licitud de las inmisiones –la necesidad social–, afirma que cuando la inmisión se encuadra dentro de las necesidades generales de un pueblo, el inmitente quedará no sólo fuera del ámbito de la acción negatoria sino también de la condena de resarcimiento porque las necesidades absolutas y generales, lo mismo que la acción de la Naturaleza, “entran en los contornos clásicos del caso fortuito y de la *vis maior*, que excluyen la culpa y el resarcimiento de daños”¹⁷⁸.

La exigencia de culpa en la acción personal por el daño producido, indudablemente había sido obviada, como hemos visto, por obra de la jurisprudencia. A ello responde BONFANTE que, mientras no se altere la legislación sobre responsabilidad, ésta precisará siempre un comportamiento negligente y voluntario, si bien en su opinión, “la tendencia justa estaría en (...) establecer excepciones adecuadas y extensas a la rigidez del principio de la culpa”¹⁷⁹, hacia la consagración de una responsabilidad sin culpa aplicable a las relaciones de vecindad tal como en Francia habían propuesto RIPERT y JOSSERAND¹⁸⁰.

Esta particular visión de la separación entre tutela inhibitoria y resarcitoria se vio sin embargo matizada en otros trabajos del mismo autor¹⁸¹. La consideración de que una inmisión “socialmente necesaria” excluye tanto la acción negatoria como la acción personal por los daños, se niega por BONFANTE con la aseveración de que del carácter socialmente necesario de una actividad industrial se deriva la imposibilidad de poder solicitar la cesación de la actividad lesiva, pero no una limitación en el plano resarcitorio; y para resolver el inconveniente de recurrir al expediente de la responsabilidad –que en otros

177. Cfr. *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 70-77.

178. *Ibidem*, p. 77 y cfr. p. 50.

179. *Ibidem*, p. 83.

180. Vid. *supra*, IV, B b).

181. “L’azione negatoria e l’azione dei danni nei rapporti di vicinanza”, cit.

escritos quedaba cerrado por la ausencia de culpa— recurre al expediente de la expropiación. Una inmisión lícita determina una obligación de resarcimiento, no por provocar un daño jurídico, sino porque encierra o contiene una especie de expropiación por causa de utilidad pública. El cerrar la vía a la negatoria por razón del interés general no impide que ello se haga sin una compensación por la depreciación del valor de la cosa¹⁸².

Obsérvese que la solución de la reinstauración del equilibrio perdido a través de la compensación era algo ya conocido y aplicado, si bien únicamente en los supuestos de actividades industriales autorizadas en las que el cauce inhibitorio había quedado cerrado por obra de la legislación administrativa y de la jurisprudencia. Ahora la propuesta tiene un alcance mayor porque pretende su aplicación a cualquier supuesto en el que la calificación de la inmisión sea de licitud. El carácter necesario de la inmisión provocaría en todo caso, estemos o no ante actividades autorizadas, una prestación dineraria correspondiente a la disminución del valor experimentada. Por ello —pone de manifiesto SALVI— en esta construcción las razones y la forma de tutela acor-

182. Esta última solución de BONFANTE, desdibuja la distinción entre tutela inhibitoria (acción real) y resarcitoria (acción personal), sustituyendo ésta última por una especie de reintegración patrimonial de tipo equitativo, ofreciendo así un fundamento doctrinal diferente a la jurisprudencia que otorgaba una indemnización de daños basándose en la responsabilidad civil (cfr. SALVI, *Le immissioni...*, cit., p. 142). La lectura e interpretación de los sucesivos trabajos de este autor sobre la cuestión de las inmisiones induce a encontrar diversos elementos de contradicción; de hecho la doctrina italiana ha elaborado entendimientos distintos sobre su obra. Una de tales contradicciones es precisamente la de que mientras en unos escritos se critica la solución de acudir a la depreciación del bien para conceder el *quantum* indemnizatorio (*Nota* a Trib. Perugia, 31 de diciembre de 1909 en *Foro it.*, 1910, I, p. 1428: “La disminución del valor económico es el más erróneo de los criterios a que puede acudirse para establecer la lesión de mi derecho”), en otros posteriores se defiende la técnica de la compensación para hacer frente a la depreciación, al menor valor del fundo que sufre la inmisión (cfr. “L’azione negatoria e l’azione dei danni nei rapporti di vicinanza”, cit., p. 26). Esta evidente contradicción se ha tratado de solventar por NAPPI recurriendo a una lectura integral de los escritos del autor que llevaría a la siguiente conclusión: BONFANTE se muestra crítico con la teoría de la disminución del valor en cuanto la misma sirva para “indemnizar” daños económicos pero jurídicamente irrelevantes que no dan lugar en ningún caso al otorgamiento de tutela al propietario. El propietario sí tiene derecho a reaccionar y a obtener una compensación por los daños económicos jurídicamente relevantes, es decir, los que afectan a la esfera interna de mi derecho y penetran en la esfera de mi dominio. Por el contrario, los daños que sufro por una modificación de las condiciones o elementos exteriores (tala de un bosque, desviación del curso de las aguas...), ni sustraen ni añaden nada a la esfera interna de mi derecho, cfr. *Le regole proprietarie...*, cit., pp. 69-70.

dada a la propiedad coinciden, no con el derecho a disponer materialmente de la cosa, según la concepción que inspira los Códigos liberales, sino con el derecho a obtener las ventajas económicas correspondientes al valor de cambio¹⁸³.

Cuando la inmisión es ilícita por no responder a una auténtica necesidad social y absoluta, la acción negatoria y la acción de resarcimiento quedarían expeditas si bien en tal caso la técnica utilizable en la acción personal no sería la de la compensación por la minusvaloración del inmueble sino la de la indemnización de los daños, tendiendo al sistema de responsabilidad objetiva.

Desde la perspectiva del Derecho positivo, la tesis de BONFANTE tuvo su influencia (relativa) en la reforma del Código civil italiano. Los trabajos preparatorios para la elaboración del Código italiano de 1942 muestran de hecho la inclinación de los legisladores para dar entrada en la valoración de la licitud de las inmisiones a la existencia de una utilidad pública que las justifiquen, de forma que la tutela al vecino que las padezca pasará por la calificación de la actividad inmisiva en términos de intereses generales, dejando aparte la atribución de la correspondiente compensación equitativa. Esta idea se plasmó en el segundo apartado del art. 844 del Código, el cual, tras consagrar el criterio general de la tolerabilidad del uso en el apartado 1^a, estableció que “al aplicar esta norma el juez deberá contemperizar las exigencias de la producción con las razones de la propiedad”.

Sin embargo la influencia de la doctrina de BONFANTE ha de ser valorada en un marco más general, analizándola como uno de los factores que darían génesis a la noción de función social de la propiedad.

VIII. La función social de la propiedad

A. El inicio de la función social de la propiedad

El abandono definitivo de la propiedad como goce *pro se* y el paso a la calificación explícita de la propiedad como derecho llamado a cumplir una función social marcó una línea de fractura. El nacimiento de esta nueva forma de configurar la propiedad no se puede entender sin tomar en consideración la in-

183. *Le immissioni industriali*, cit., p. 145.

fluencia de dos hitos fundamentales en la doctrina del derecho subjetivo. El entendimiento del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegible, que arranca de la obra de IHERING, y la teoría objetiva del abuso del derecho, propuesta por JOSSERAND (el abuso del derecho supone una desviación del fin social que cada derecho cumple), abrieron el camino para hacer surgir el principio de la función social e hicieron afirmar paulatinamente el control del ordenamiento jurídico sobre el ejercicio de los derechos conforme a las finalidades señaladas por el propio ordenamiento, abriéndose la perspectiva del estudio del derecho subjetivo desde el punto de vista dinámico¹⁸⁴.

Pero como toda propuesta de configuración jurídica, la de la función social de la propiedad no se desliga de unas coordenadas socio-económicas que la condicionaron. El surgimiento de esta nueva concepción de la propiedad tiene lugar en el periodo de entreguerras en el que determinadas exigencias económicas impusieron de forma urgente al legislador el dictado de una copiosa legislación especial que se desviaba de las líneas clásicas de la propiedad. La tutela de intereses de naturaleza social y pública perdió así el carácter de una particularidad aislada y episódica, adquiriendo un carácter sistemático bajo una variedad de articulaciones¹⁸⁵. Va surgiendo así la idea moderna de la función social de la propiedad desde el momento en que desde posiciones tanto tradicionales como progresistas se disponen o preparan criterios para combatir el individualismo jurídico que inspirara los Códigos liberales¹⁸⁶.

En sus inicios, la formulación de la función social del derecho de propiedad encuentra su ubicación desde una perspectiva iuspublicista, dentro de las doctrinas negativas del derecho subjetivo, siendo DUGUIT su máximo exponente. Lo único que existe –según este autor– son situaciones jurídicas, no derechos subjetivos. Lo único que puede ser captado en la realidad del Derecho es el derecho objetivo, es decir, la regla que se impone a los individuos de una sociedad

184. MONTES, V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, cit., p. 82.

185. Así toda la legislación sobre explotación de terrenos incultivados, arrendamientos urbanos, impuestos sobre la revalorización de inmuebles, leyes expropiatorias..., cfr. PUGLIATTI, S., "Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà", en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, pp. 1-5.

186. Cfr. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis...*, cit., p. 110, quien pone de relieve la diversidad de líneas ideológicas que se observa en los distintos autores que desde esa perspectiva "social" comienzan a hablar de la función social.

y que les obliga a hacer ciertas cosas y a abstenerse de otras; esa situación en que se hallan los individuos sometidos al derecho objetivo no genera derecho subjetivo alguno, sino una imposición o carga para un sujeto y una ventaja para el beneficiario del cumplimiento de esas obligaciones impuestas. En este concepto clave de *situación jurídica*, el individuo se sitúa frente a la norma activa o pasivamente. Cuando la regla es violada se abre paso a una vía de derecho en beneficio de la persona interesada o de la persona designada por el derecho objetivo. De esta forma, la propiedad está protegida por el derecho objetivo, pero únicamente en cuanto los ataques contra ella, prohibidos por la norma, abren la puerta a las vías de derecho, y no como derechos subjetivos¹⁸⁷.

En el cuadro de las situaciones jurídicas, la propiedad es una situación jurídica “objetiva” que se traduce en la posibilidad de activar las vías de derecho para poner fin a todo acto que emane de quien entorpezca o moleste la afectación de la utilidad de una cosa a un determinado fin. La propiedad no es una situación individual cuya extensión venga determinada por el titular, sino una situación de hecho que consiste en la afectación de la utilidad total de una cosa a un fin determinado. Cuando el propietario utiliza la cosa, no ejercita derecho alguno; se trata de una posibilidad de hecho que sólo se convierte en cuestión de derecho cuando una voluntad extraña interpone un obstáculo al uso de la cosa. “La propiedad está recogida por el derecho; pero no es un derecho, es una cosa, una utilidad, una riqueza. Lo que tiene el propietario no es un derecho, es una cosa. O bien usa de ella y la goza sin encontrar resistencia, y entonces no interviene la coacción social, o bien encuentra una resistencia, y entonces interviene la coacción social, a petición suya, para derribar el obstáculo”¹⁸⁸.

Esa situación legal denominada de propiedad cuya extensión y objeto son determinados por el derecho objetivo y que implica un conjunto de impera-

187. *Traité de Droit Constitutionnel*, T. I, 3ª ed., Paris 1927, pp. 213 y ss.

188. *Ibidem*, pp. 446-447; vid. también su obra *Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912, en especial pp. 161 y ss. DABIN reacciona contra esta negación a la propiedad de su eminente cualidad de derecho subjetivo: sin duda el propietario “tiene la cosa”, pero en primer lugar es él quien la tiene y no otro; además el propietario tiene la utilización privativa como “oponible a cualquier otro”. Ahí están las diferencias entre el propietario y el usurpador, quien tiene también la utilización de la cosa y no se le denomina propietario, no es titular de ningún derecho. Sólo el titular de ese derecho respetable por todos es el propietario. Y por tener ese derecho es por lo que la ley le ha atribuido en caso de usurpación o intromisión unas vías de derecho. Tales vías no son más que la consecuencia del derecho propio y personal del derecho subjetivo reconocido al propietario, cfr. *El derecho subjetivo*, cit., p. 31.

tivos positivos y negativos, es la que se derivaría no sólo de una correcta lectura del *Code* sino que es para DUGUIT especialmente patente a partir de la Primera Guerra Mundial: el detentador de capital aparece como un productor social investido de una *función social* al que la ley le impone directamente cargas y a los demás prohibiciones, precisamente para que el capitalista cumpla su función social de productor¹⁸⁹. Por eso el propietario (*rectius* el poseedor de una riqueza) tiene, por el hecho de poseer esa riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esa función sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino¹⁹⁰.

¿Qué valor jurídico cabe asignar entonces a aquellos usos inmobiliarios del propietario que responden a una utilidad propia pero que interfieren en la propiedad de otro? ¿Qué lugar ocupan la libertad y las necesidades propias del titular? Las necesidades y libertades individuales, según esta noción de propiedad como mera situación jurídica, resultan protegidas siempre que no infrinjan las necesidades colectivas. Realmente DUGUIT no alcanzó a formular de forma inequívoca cuál es la frontera en el ejercicio del derecho de propiedad; aunque quizá no hiciera falta, todo depende de las determinaciones legales: si puedo legalmente, ejemplifica, construir un edificio de cinco pisos en mi terreno aunque cause un grave perjuicio a mi vecino, es que empleo la cosa en mi interés y a la vez en atención al fin social que corresponde a la cosa, y el perjuicio que esta construcción ocasione al vecino no debe ser indemnizado puesto que el daño no lleva aparejado reparación más que cuando es el resultado de la culpa y la culpa no es sino la violación de la ley¹⁹¹. Idea —continúa el autor— que ya había intuido la jurisprudencia al aplicar la teoría del abuso del derecho o la distinción entre uso normal y anormal en la solución de las relaciones de vecindad, criterios que estarían en contradicción con la propiedad como derecho absoluto. La lógica explicación de tales soluciones jurisprudenciales se encontraría en la imposibilidad del propietario de hacer en la cosa que detenta un acto que no responde a una utilidad social ni

189. *Traité de Droit constitutionnel*, I, cit., p. 448.

190. *Les transformations générales du Droit Privé*, cit., p. 167.

191. *Ibidem* y *Traité de Droit constitutionnel*, T. III, 3ª ed., París 1930, p. 672.

a una utilidad individual; es decir, el propio juzgador reconoce que el derecho de propiedad no es el reino de la voluntad individual y recurre por vía indirecta a la negación de su absolutividad.

La diferencia entre la teoría de propiedad-situación jurídica con los criterios del abuso o del uso anormal radica en que mientras éstos sólo pueden ser conocidos *a posteriori*, cualificando no la propiedad misma sino la actuación del propietario, el carácter de función social objetiviza el propio contenido de la propiedad de una manera ontológica; su propuesta es inherente a la propiedad. Ahora bien, no bastaría con afirmar que la propiedad ha de satisfacer primariamente un interés individual y al mismo tiempo otro social, y que cuando uno u otro dejan de estar presentes, la propiedad queda sin protección dando lugar a su represión o reparación, porque ¿tiene idénticas consecuencias el ejercitar el derecho sin utilidad propia que con olvido de su función social?, ¿dónde se encuentra la orilla de la utilidad individual y de la social?, ¿podrá ser equiparado el uso normal de la propiedad con aquél que satisface al mismo tiempo necesidades individuales y colectivas?¹⁹².

Lo más llamativo de las consecuencias que se derivan de la negación del derecho subjetivo de propiedad en el campo de las relaciones de vecindad, de las relaciones entre fundos, es que tales consecuencias vienen a ser las mismas que se deducían de una lectura absoluta de la propiedad codificada, que era precisamente la que se intentaba destruir. Y es que si, siguiendo la afirmación de GAYO (llevada al extremo por los exégetas) *qui iure suo utitur neminem laedit*¹⁹³, ahora quien usa su derecho (o quien ejercita su situación jurídica) conforme a la ley y siguiendo los dictados que impone la función social tampoco está sujeto a indemnización o a acción represiva alguna. En ambos casos porque la actuación del titular se encuadraría en el marco legal que la sustenta.

B. De la función social externa a la función social interna

La revolucionaria construcción del constitucionalista francés y la utilización del concepto de función social para negar a la propiedad su naturaleza de de-

192. LASARTE, "Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad", en *Estudios de Deusto*, XXV, 1, 1977, pp. 111-112.

193. D. 50, 17, 55; cfr. BAUDRY-LACANTINIÈRE, *Droit civil*, I, 10ª ed., Paris 1908, p. 726.

recho subjetivo no fue seguida por los civilistas, que lógicamente intentaron resolver la influencia del Derecho Público en el Derecho Privado a partir de la revisión de sus propios principios. La observación de las transformaciones del derecho de propiedad, así como la “convulsión” que el interés público produce en la propiedad, llevó a otros a conclusiones no tan radicales, tendiéndose en general hacia la afirmación de que la función social de la propiedad expresa la subordinación del momento individual al momento social¹⁹⁴.

Sin negar en absoluto la propiedad como derecho subjetivo, se configura ahora más bien como derecho que puede servir de instrumento para la tutela del interés público. La propiedad ha dejado de ser ese derecho tradicional, típicamente individualístico, porque aunque sigue sirviendo de forma fundamental para garantizar y actuar el interés del propietario, constituye además uno de los medios para la consecución de otros intereses que trascienden la esfera individual. Ahora, junto al interés del propietario se coloca el interés público, de la sociedad, y es a través del Derecho privado como se puede y debe garantizar el mismo. La propiedad sería así un *instituto bifronte*¹⁹⁵ conformado por dos elementos, uno individual y otro social.

Esta reconocida innovación sin embargo presenta variantes en su concreta articulación. Para algunos, como PUGLIATTI, la estructura de la propiedad no quedaría alterada, bastando con mantener la característica de la elasticidad para permitir el juego de los instrumentos destinados a la realización del interés público. La estructura se conservaría intacta y sólo cambiaría la naturaleza de la institución desde el momento en que su núcleo interno queda abierto a las posibles influencias de transformación del legislador. Si hasta ahora el límite –exterior, excepcional y específico– era el expediente técnico que permitía mantener en vida el concepto individualístico de la propiedad en su “contenido normal”, y que permitía ser utilizado de forma atomística cada vez que era necesario insertar el interés colectivo en el ámbito de la propiedad, actualmente la enorme mole de limitaciones ha acabado por sofocar el núcleo originario de la propiedad, impidiendo seguir sosteniendo su fisonomía tradicional¹⁹⁶. El límite ha pasado a transformar cualitativamente la

194. Cfr. BARASSI, L., *Proprietà e comproprietà*, cit., pp. 268 y 486 y ss.

195. *Ibidem*, p. 289.

196. Cfr. PUGLIATTI, “La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)”, en *La proprietà...*, cit., pp. 281, 286 y 289.

propiedad, convirtiéndola de instrumento que tutela exclusivamente un interés individual en instrumento de tutela social. Junto a los límites a las facultades de goce o de disposición aparecen además cargas y obligaciones a cargo del titular, las cuales expresan especialmente ese íntimo contacto entre interés público y privado porque representan un estímulo capaz de constreñir al propietario a usar su derecho de forma que consiga determinados fines públicos que trascienden –sin negarlos– a los fines particulares. Tales elementos obligacionales influyen en la propiedad porque a la relación real se lig, en un determinado punto, una relación personal que tiene el fin de estimular el disfrute activo de la cosa que suponga un beneficio para la colectividad¹⁹⁷.

Pero no cabe atribuir a la propiedad una función social *in genere*¹⁹⁸; lo que hay son particulares funciones sociales que desempeñan las cosas singulares que son objeto de propiedad¹⁹⁹. La función social no será nunca un límite ge-

197. Cfr. PUGLIATTI, “Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà”, cit., pp. 1-53. La explicación de que la propiedad se ha convertido en una situación jurídica compleja en la que se encuentran un componente real (el derecho de propiedad) y otro personal (obligaciones *propter rem*) deja algunos puntos en la sombra porque entre otras razones, menciona MONTES, no es claro que el ejercicio de un derecho pueda desligarse de la titularidad; en segundo lugar porque no explica qué diferencia puede haber entre carecer de una facultad o tener que soportar la actuación de la Administración Pública contraria a esa misma facultad y, en tercer lugar porque no consigue determinar el contenido de ese “núcleo esencial”, que además sería diverso en cada uno de los tipos del dominio, cfr. *La propiedad privada en el sistema...*, cit., p. 94.

198. La definición habría de hacerse huyendo de una definición al estilo de “la propiedad es el derecho a gozar y disponer *de conformidad con la función social de tal derecho*”. Prescripciones de este tipo abrirían el campo al arbitrio, remitiendo al juez una labor de concreción que no le corresponde; además tal fórmula es excesiva porque podría reducir el derecho de propiedad a un simple interés protegido. Toda definición de la propiedad ha de ser genérica y omnicomprensiva en el único sentido de que debe referirse al diseño de un esquema lo más amplio posible que permita *a posteriori* cualquier especificación de su contenido, remitiendo expresamente a la legislación especial la labor de concreción del interés público en cada caso. Por eso la única definición posible de la propiedad es la de ser el derecho real fundamental que tiene por contenido la facultad de goce pleno y exclusivo de la cosa por parte del propietario con los límites, cargas y obligaciones específicas establecidas por el ordenamiento jurídico, cfr. PUGLIATTI, “Definizione della proprietà nel nuovo Codice Civile”, pp. 126 y 140 y “Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell’interesse pubblico nella proprietà”, pp. 107 y ss. ambas en *La proprietà nel nuovo diritto*, cit.; en igual sentido cfr. VASALLI, F., “Per una definizione del diritto di proprietà”, en *Studi Giuridici*, vol. II, Roma 1939, pp. 365 y ss.

199. Ello llevó a la discutida afirmación de que ya no existe una propiedad sino distintas propiedades, cfr. “La proprietà e le proprietà”, cit., p. 148. El surgimiento de diversos estatutos jurídicos de propiedad fue defendido también por JOSSERAND, para quien las distintas propiedades nacen por el diverso significado que respecto de ellos toma la función social de la propiedad, cfr. *Cours de Droit civil positif français*, I, Paris 1938, pp. 755-756.

nérico que logre conciliar el interés del particular con el de la colectividad social porque eso es predicable de todos los derechos. Cuando se dice que la propiedad cumple o tiene una función social no se hace referencia a todo el complejo de actitudes específicas –límites, cargas y obligaciones– que el legislador adopta con el fin de conseguir un concreto interés público, sino a la razón que determina esos límites. La función es el motivo que inspira al legislador; pero una vez concretada su existencia en el ordenamiento jurídico a través de normas particulares que imponen algo específico es ya –y sólo entonces– un elemento que se incardina en el derecho de propiedad.

Esta postura en el fondo no resulta tan innovadora. Lo es sólo en un cierto sentido: en cuanto introduce el interés público como interés tutelable por una figura típica del Derecho privado, y hace de los límites, cargas y obligaciones el eje sobre el que se construyen las “diferentes propiedades”. Pero para nada altera la estructura de la propiedad, sólo su naturaleza. Ello se debe a que su análisis sobre la mutación de la propiedad parte de la actitud del legislador ante las propiedades existentes, acentuando el dualismo entre lo público y lo privado, asignando al Derecho público todo lo que no puede comprenderse en el esquema histórico²⁰⁰.

De ello se dieron cuenta otros autores quienes tomaron conciencia, desde distintos puntos de vista, de que la función social de la propiedad tiene más trascendencia que la de un simple elemento externo del que derivan límites, deberes, cargas, es decir, elementos de Derecho público que se infiltran desde el exterior en una estructura o en un esquema que les es ajeno. La función social no puede identificarse con la banda externa de la propiedad reservada a la colectividad, ni referir la función a los bienes que constituyen su objeto, sino que debe considerarse como componente de la estructura de la propiedad. Las transformaciones legislativas no han dejado indiferente la estructura de la propiedad, por el contrario, se han incardinado en ella. La función social ha de concebirse modificando alguno de los elementos de la situación del titular de la propiedad. El elemento subjetivo ha de adecuarse al hecho de que el derecho de propiedad se coloca como un instrumento positivo en relación al proceso económico, abandonando el estado de mero garantismo que se le atribuía al sistema liberal. Ha de superarse la concepción del límite como algo

200. Cfr. RODOTÀ, *El terrible derecho*, cit., p. 188.

externo, y la reducción de la función a las singulares disposiciones que representan su concreta realización. La función social es un elemento caracterizador y típico de la situación de propiedad, que forma parte de ella con independencia de la existencia actual de datos normativos en los que se concrete; la operatividad de la función se manifestará entonces precisamente en que a ella se le debe la posibilidad de dictar en el futuro una especial disciplina funcional²⁰¹.

Este aspecto de la función social –como elemento operativo *per se*– vendría a ser denominado por BARASSI “función social impulsiva”. La función social no sólo es el motivo o razón que justifica la imposición negativa al titular de determinadas mortificaciones (función social-límite), sino que supone un elemento positivo tendente a conseguir que la gestión de la propiedad sea más productiva y a ser el impulso hacia una gestión socialmente útil. Esta faceta de la función social no tiene necesariamente indicios exteriores que la revelen en forma de obligaciones y límites porque el impulso para mejorar la gestión de la propiedad, para incrementar la producción, se dirige fundamentalmente a la iniciativa espontáneamente ejercitada por el propietario en su propio interés. Pero a pesar de ello permanece en la esencia y configuración de la propiedad penetrando o empapando todo derecho de propiedad que recae sobre bienes productivos. Esta penetración en la propiedad de la función social impulsiva no excluye en general un impulso obligatorio; una norma excepcionalmente podrá imponer al propietario de bienes económicos una determinada dirección al ejercicio de su derecho, una forma de gestión, y ello no será sino el efecto de esa particular penetración de la función social en la propiedad²⁰².

En suma, la propiedad adquiere un carácter instrumental porque el Estado considera la iniciativa privada en el campo de la producción como el medio más eficaz y útil para el interés de la nación. La propiedad es hoy un señorío de carácter instrumental en relación al interés público, y la realización de tal interés superior mediante el ejercicio activo es un modo de ser de la propiedad, una cualidad o elemento constitutivo. A diferencia de la función social compulsiva –la impositora de límites a través de un imperativo categórico– que no deja la consecución de los intereses colectivos a la iniciativa del

201. Cfr. *ibidem*, pp. 187 y ss., 221, 239-241, 248, 253 y ss. y 267.

202. Cfr. *Proprietà e comproprietà*, cit., pp. 270-272 y 323-324.

propietario, la función social impulsiva confía en la gestión buena y fecunda del titular; el ordenamiento jurídico no olvida que la buena gestión es una necesidad vital para la nación y por ello sólo vigila, fiándose, remitiéndose al titular y dejando actuar al estímulo del provecho personal. El Estado no está inerte frente a una gestión antisocial del dueño aunque los Códigos y las leyes silencien la cuestión de cómo ha de comportarse el propietario al ejercitar su derecho, salvo cuando están en juego derechos particulares de terceros²⁰³.

El contenido de la propiedad ya no podría definirse por medio de una determinación negativa, acudiendo a los límites impuestos y extrayendo por deducción los actos que puede realizar el titular. Porque más allá de los límites e imposiciones está la determinación positiva. Ello demandaría la inclusión del concepto de función social en la definición misma de la propiedad. Es cierto que ello plantearía el problema de concretar un concepto de por sí indeterminado y elástico, pero —se pregunta BARASSI— si es posible determinar *a priori* el modelo abstracto de comportamiento del buen propietario en cuanto a las relaciones con los demás propietarios o el de buena fe, ¿por qué no respecto al interés colectivo?²⁰⁴.

Sin duda, la constitucionalización de la función social de la propiedad influyó en las propuestas de los autores que venían ahora forzados a reconducir el examen de la propiedad desde las imposiciones de las cartas magnas que afirmaban que la propiedad cumple una función social. Este nuevo elemento impregnó las propuestas de la doctrina en el sentido de que a ese principio general reconocido constitucionalmente se le atribuyó un alcance mayor: la función tiene ahora una operatividad inmediata porque constituye la idea unificadora de la propiedad y es un principio sistemático de organización, que colma las lagunas de aquellas normas en las cuales se puede observar una concreta y específica actuación de exigencias de carácter social por medio del derecho de propiedad. Consecuentemente habrá de reconocerse la posibilidad de “extensión en vía analógica de todas las normas de carácter excepcional cuyo contenido representa una realización del principio de la función social, desde el momento en que precisamente la aparición de un prin-

203. *Ibidem*, pp. 288 y ss. y 303. Sobre las formas en que el Estado canaliza la función social impulsiva, vid. pp. 420 y ss.

204. *Ibidem*, pp. 303-307.

cipio de carácter general ha hecho caer la interdicción de la analogía²⁰⁵. La función social como principio inspirador y unificador de la propiedad inherente a su estructura adquiere así contornos más precisos pudiendo determinarse su operatividad incluso en las situaciones más especiales. Desde esta perspectiva la actividad del juez tiene un singular relieve al estar llamado a determinar cuál sea en concreto el ámbito de aplicabilidad de la función social. La función social sirve como criterio de valoración de la juridicidad del comportamiento del propietario y viene a sustituir el criterio deducible de las normas definitorias de la propiedad de los Códigos, convirtiéndose el poder del propietario en un poder funcional sometido al control del juez con independencia de específicas normas legales²⁰⁶.

C. Valoración del aspecto dinámico del derecho de propiedad

Como se deduce de la exposición precedente, la cuestión de la función social de la propiedad se centra sobre todo en determinar si en la atribución de esa esfera de poder del propietario puede encontrarse o no un condicionamiento del que dependa que el sujeto actúe en un sentido determinado, y si un ejercicio del derecho contrario a esa función puede ser reprimido por el ordenamiento. En otras palabras, si la titularidad de un derecho subjetivo puede depender de que se ejercite el derecho conforme a una valoración que proviene de una voluntad externa. Sin duda a esta cuestión se ha llegado por la común consideración de las investigaciones doctrinales planteadas en torno a la presencia y tutela de intereses no individuales, extraños al titular, que limitan la libertad individual y exigen la conciliación de la libertad del individuo con

205. RODOTÀ, *ob cit.*, p. 267.

206. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 164.

La posibilidad de aplicar analógicamente las leyes que sean concreción de la función social se muestra como algo discutible. COLINA GAREA expone a propósito los argumentos a favor y en contra de tal postura, poniendo de relieve que la aplicación por analogía conculcaría el principio de reserva de ley consagrado en el art. 33 C.E. y el fin garantista de tal precepto constitucional, a la vez que supondría poner en peligro el esquema de división de poderes, otorgando al poder judicial ciertas funciones que sólo corresponden al legislador. A su juicio la solución idónea sería la de conciliar armónicamente la función que en materia dominical deben cumplir la analogía y la reserva de ley. Cfr. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona 1997, pp. 310 y ss.

sus deberes sociales; planteamientos todos ellos que parten de la contemplación de una proliferación normativa encaminada a restringir la libre actuación, a cumplir condicionantes previos al ejercicio de dicha actuación o a imponer conductas positivas²⁰⁷.

El nuevo Código italiano de 1942 adoptó una fórmula definitoria de la propiedad (art. 832) muy diferente a la adoptada por su precedente, optando por tomar como término de referencia “el propietario”. (*El propietario tiene derecho a gozar y disponer de la cosa de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico*). Pasa del aspecto objetivo al subjetivo y así el propietario “tiene derecho”, mientras que el art. 436 del Código de 1865 decía la propiedad “es” un derecho. Salvo en la forma verbal, las dos fórmulas al menos en apariencia son iguales, pero ahora se determina el contenido de la propiedad haciendo referencia a las facultades que corresponden al sujeto propietario por remisión a las disposiciones legales²⁰⁸. Técnica que se repite en el Código civil portugués de 1966²⁰⁹.

Hasta el momento, las construcciones dadas al derecho de propiedad heredadas de la elaboración pandectística, habían configurado lo que se vino en llamar un “contenido normal” de la propiedad formado a través de una determinación apriorística, a la que se unían como un *posterius* determinaciones particulares del ordenamiento. La unión de tales elementos —propiedad como institución y límites— imponían una consideración objetiva que dejaba en la sombra la posición del sujeto propietario sin preocuparse excesivamente del sujeto o sujetos a los que beneficiaba el límite. Esta perspectiva no podía durar y se mostró insuficiente desde el momento en que el Derecho positivo introduce cargas instrumentales y verdaderas obligaciones que, en definitiva, afectan a la libertad del propietario. Lo cual, a decir de PUGLIATTI, introduce una relación personal conexas a la real, convirtiéndose el propietario en el centro de las dos situaciones subjetivas y por tanto en el centro de interés del legislador y del intérprete²¹⁰.

207. Cfr. MONTES, *La propiedad privada*, cit., pp. 83 y 87 y BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 301.

208. PUGLIATTI, “Definizione della proprietà nel nuovo Codice Civile”, cit., pp. 125, 127-128 y 131.

209. Art. 1305: “*El propietario goza de modo pleno y exclusivo de los derechos de uso, disfrute y disposición de las cosas que le pertenecen, dentro de los límites de la ley y con observancia de las restricciones por ella impuestas*”.

210. Cfr. PUGLIATTI, “La proprietà...”, cit., pp. 279-281.

El traspaso del perfil estático al dinámico se encuentra de un modo particular en relación a la propiedad de la tierra. Es aquí donde los intereses públicos adquieren más importancia, y donde, siguiendo la técnica de imposición de determinadas obligaciones y cargas al titular, aparece una auténtica propiedad vinculada dirigida a la productividad. El fenómeno productivo va adquiriendo netamente valor jurídico porque al Derecho ya no le es indiferente ese fenómeno en cuanto que ahora vincula y absorbe la propiedad y la actividad del propietario, cuya esfera de libertad se ve de esta forma comprimida. Si en el sistema codificado la propiedad comprendía la actividad económica como una modalidad del ejercicio de tal derecho, ahora ha pasado a ser considerada como uno de los medios de que se sirve el titular de la actividad económica para la consecución de sus fines; ha pasado de continente a contenido²¹¹.

Esta diferente perspectiva del derecho de propiedad hace girar la atención del legislador y de los demás poderes públicos hacia aspectos de la propiedad antes irrelevantes. En su concepción clásica, era vital para el legislador el establecimiento de la disciplina de los modos y regímenes de adquirir y transmitir la propiedad. Si lo importante era “tener” el derecho de propiedad con independencia del modo en el que el propietario actúa, prima el dato jurídico formal de la atribución del derecho. En la “nueva” propiedad prevalece el dato jurídico material, prima el “actuar” sobre el “tener”, y en tal sentido la función social viene a marcar el contenido de su ejercicio. La propiedad ya no se asienta en la individualidad sino en “la virtualidad orgánica del mundo de los objetos orientado finalísticamente por su destino económico”²¹². Todo ello hace que la propiedad no sólo sea un derecho delimitado y conformado interna y positivamente sino también un derecho vinculado donde el propietario es sujeto de cargas y obligaciones y todo ejercicio de su derecho ha de medirse en su orientación finalística²¹³.

211. Cfr. *ibidem*, pp. 262-275 y MONTES, *La propiedad privada*, cit., p. 88.

212. HERNÁNDEZ GIL y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, “La propiedad en el ordenamiento constitucional”, cit., p. 18.

213. *Ibidem*, pp. 22-23. Todo ello no hace sino reproducir en cierto sentido aquel dualismo medieval entre propiedad formal y derecho de goce. Alejándose la forma (titularidad) del contenido, se va advirtiendo una evolución del instituto hacia el reconocimiento más decisivo del derecho de goce como verdadera propiedad con un progresivo vaciado de la propiedad formal, cfr. PUGLIATTI, “La proprietà...”, cit., p. 270. A ello ha contribuido también el juego

Una de las consecuencias del tránsito al nuevo concepto del derecho de propiedad, de su actual consideración atendiendo a su contenido según la función social, es la aproximación de la propiedad a la posesión. Por ser la posesión una institución más próxima a la perspectiva del ejercicio, la propiedad va tomando de aquélla su punto de vista material y no formal. En realidad, en la nueva propiedad dinámica, ocupa un primer plano el disfrute actuante, es decir, la posesión. La función social afecta a la gestión económica, a la explotación, y, consiguientemente se extiende a cuantas personas y situaciones resulten comprendidas en esos conceptos, o sea, no sólo al propietario. Así, las propias relaciones de vecindad se independizan de la propiedad para aproximarse a la utilización de las cosas²¹⁴.

En íntima conexión con la prioridad que se otorga al momento dinámico de la propiedad, puede decirse que ésta se desliga del principio de libertad con el que los juristas decimonónicos la concibieron. La idea de poder absoluto o de goce arbitrario —siempre que no vulnere los límites y no perjudique al vecino— no tiene ya sentido. La propiedad se concibe como un poder subordinado a las exigencias de la colectividad y ya no es indiferente para el ordenamiento jurídico el tipo de goce o disfrute que escoja el titular, que, por tanto, ya no se presenta como libre, ni carece de relevancia que un determinado bien se haya o no incorporado a un determinada actividad económica organizada. Así puede llegarse incluso a que la misma atribución se mantenga en tanto en cuanto se desarrolle sobre dicho bien la actividad que el ordenamiento jurídico considere adecuada, y no otra que, en principio pudiera convenir más al propietario²¹⁵.

Es aquí donde la función social aparece estrechamente ligada a la doctrina del abuso del derecho y que RODOTÀ resume con las siguientes palabras: “Con la función social se ha repetido en una amplia medida un fenómeno que no es difícil de encontrar en el abuso del derecho: el recurso a este últi-

de fuerzas externas (mercado, relaciones internacionales...) que condicionan el valor de los bienes y la acción del titular, haciendo que deba replantearse el concepto de “goce” o “disfrute”. La nueva forma de riqueza no permite en muchos casos el uso directo que era típico de la sociedad agraria. El nuevo concepto de goce pasaría por el mercado rozando incluso o invadiendo el concepto “disposición”, cfr. MONTES, *La propiedad privada*, cit., pp. 89-90.

214. HERNÁNDEZ GIL, A., *La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)*, Madrid 1969, pp. 173-174.

215. MONTES, *ob. cit.*, pp. 95-99.

mo concepto ha permitido la protección contra actos que aun siendo dañosos para un determinado sujeto, no presentaban el carácter de ilícitos, consiguiéndose un ulterior instrumento de garantía de la intangibilidad de la propiedad privada. Mas al desplazarse la atención del sujeto protegido a la interdicción que se proponía al propietario actuante, se ha colocado el acento sobre la necesidad de impedir comportamientos legítimos, que podían resultar opuestos al interés general²¹⁶.

La conexión entre la función social de la propiedad y el abuso del derecho se plantea asimismo con claridad por NATOLI, para quien la función social actúa objetivamente y produce la abusividad sin necesidad de constatar una particular actitud psicológica del autor, que sea distinta de la pura y simple voluntariedad del acto. La función social hace que la legitimidad del comportamiento del *dominus* se agote en el límite de la antisocialidad, más allá de la cual hay abuso del derecho. La propiedad sigue siendo hoy un derecho subjetivo limitado especialmente por las demandas que impone la instancia social, en general de signo negativo, y que tiene como consecuencia que la posibilidad del comportamiento del propietario se detenga en el límite de la antisocialidad²¹⁷. Esa estrecha relación entre el ejercicio antisocial –como una de las manifestaciones del abuso (*ex* art. 7.2 CC)– y la función social hace que queden excluidas y se consideren ilegítimas todas las manifestaciones del ejercicio del derecho que se presenten claramente antisociales. La legitimidad del propietario se agota en el límite de la antisocialidad, más allá de la cual se realiza el supuesto de hecho de una particular forma de ilegitimidad, la del abuso del derecho²¹⁸.

La indudable relación entre función social y abuso, no ha de ocultar el mayor alcance y mayor virtualidad del primero de los conceptos, el cual no se limita a llevar aparejada la producción de un posible abuso, instaurándose como concepto que abarca y al que se reconducen todos los posibles límites a la propiedad. El abuso del derecho constituyó ya en sus inicios una señal de preocupación por el modo de ejercitar los derechos, pero no alcanza a confi-

216. *El terrible derecho*, cit., p. 190.

217. Cfr. “Note preliminar ad una teoria dell’abuso del diritto nel ordinamento giuridico italiano”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 y ss.

218. Cfr. MONTES, *La propiedad privada en el sistema...*, cit., p. 255; vid. ROCA JUAN, J., en el comentario al art. 7,2 CC en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid 1977, pp. 371 y ss., en especial pp. 384-388.

gurar una concepción dinámica *stricto sensu* de la propiedad privada porque, entre otras razones, los límites dominicales que se derivan de la prohibición del abuso del derecho tienen su origen en la protección de los intereses privados de otros propietarios particulares o titulares de distintos derechos subjetivos, y no la realización del interés social de la propiedad. El abuso del derecho sólo limita negativamente la actuación del titular, en el sentido de que, incluso en la concepción objetiva plasmada en nuestro Código civil mediante la prohibición del ejercicio antisocial del derecho, le obliga a abstenerse de realizar conductas que dañen el derecho de los demás o causen un perjuicio a la colectividad, pero no obliga al propietario a actuar en sentido social. La propia fase dinámica sólo es completamente perceptible cuando se imponen al propietario deberes que le obliguen jurídicamente a actuar en un sentido y a no permanecer en una situación pasiva y absentista²¹⁹.

D. Función social y límites en interés particular

Cuando se parte de una concepción de la función social de la propiedad que la entiende como elemento interno de su estructura, dicha función se convierte en un criterio de valoración de situaciones subjetivas que expresa que el ejercicio de ese poder conferido a un individuo ha de ser coordinado con las razones de intereses de la comunidad, ajenos en principio al propietario. El reconocimiento de la propiedad tiene como presupuesto su posible correlación a un fin no individualista, y esa correlación llega a ser el fundamento de la protección: se tutela el derecho del propietario hasta donde empiece la esfera de utilidad social y dicha protección estará subordinada a su satisfacción. Desde esta consideración la función social para nada interferiría en los principios o normas establecidos para regular las colisiones interindividuales²²⁰. Sin embargo, esta conclusión exige algunas matizaciones.

La tutela de intereses públicos a través de la institución de la propiedad presenta de hecho determinadas incidencias en el ámbito de los límites dirigidos a la tutela de intereses meramente individuales, aunque sólo sea porque tanto unos intereses como otros se integran en la estructura propietaria. En-

219. Cfr. COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada...*, cit., p. 149.

220. Cfr. MONTES, *ibidem*, p. 93.

tonces ¿cómo encajan ambos entre sí en esta nueva configuración? ¿Los criterios de valoración para la apreciación de la licitud/ilicitud de las inmisiones han de variar por efecto de la entrada de la función social, o la misma no influye en tal apreciación?

Habría de ponerse de relieve en primer lugar que la doctrina manifiesta de una u otra manera que los límites establecidos a la propiedad en razón del derecho de los demás particulares no se contradicen con el presupuesto de que toda imposición de límites deriva del interés público porque las exigencias públicas representan el objeto *mediato* o *final*, mientras que la distinción entre límites públicos y privados se basa en el objeto *inmediato* de la tutela. De ahí que para la definición y regulación de las relaciones de vecindad (paradigma de los límites en interés privado) debe tenerse en cuenta la fisonomía actual que presenta el derecho de propiedad, el cual refleja las exigencias sociales, económicas y políticas del momento. Los conflictos vecinales no pueden regularse ya en relación exclusiva a los intereses inmediatos de los propietarios privados, sino teniendo en cuenta también el clima político-social en el que tales intereses se desenvuelven²²¹.

Los límites legales de la propiedad establecidos para proteger los intereses de los demás propietarios corresponderían entonces a la faceta compulsiva o imperativa de la función social y, como tal, actuarían conformando negativamente el contenido de la propiedad. Sin embargo, puesto que con ellos no se pretende atender directamente a exigencias o intereses colectivos —en cuyo caso la tutela de los mismos se consigue subordinando los intereses particulares a ellos—, sino para conseguir una regulación de la concurrencia de los intereses privados, la función social-límite funcionaría primariamente bajo la idea de coordinación y secundariamente bajo la de subordinación. Coordinación de los intereses particulares y subordinación de los mismos al interés público²²².

Esta difícil composición de intereses en juego tuvo una plasmación concreta en el ordenamiento italiano al entenderse exclusivamente como interés público la productividad, dándole preeminencia sobre los intereses privados. Si hasta ese momento, y por lo que a tal ordenamiento se refiere, el criterio

221. Cfr. PUGLIATTI, “Strumenti tecnico-giuridici...”, cit., p. 117; GAMBARO, *Le proprietà*, cit., p. 389.

222. Cfr. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 494.

de licitud de las inmisiones era el de la normal tolerabilidad como elemento que coordina los intereses privados en juego, la aparición de la función social en el interior de la institución llevó a decir que aquel criterio habría de sufrir un agravamiento. Las mayores exigencias actuales de la solidaridad social y los deseados progresos de la industria demandarían una mayor tolerancia recíproca: la necesidad de favorecer en todo el desarrollo de la industria y del interés público en general, impondría a los propietarios particulares de los inmuebles, eventualmente, la obligación de observar, según las circunstancias, una tolerancia mayor que la ordinaria. El sacrificio de la propiedad que obliga a tolerar determinadas inmisiones del vecino no sólo habrá de imponerse según las condiciones de los lugares y los usos de la zona; en ocasiones el deber de tolerancia podrá establecerse frente a las exigencias de la gran industria que superen tales pautas. Así, en efecto, fue entendido por el *Codice* italiano de 1942 en el art. 844 al otorgar al juez no ya la facultad, sino la obligación de conciliar “las exigencias de la producción con las razones de la propiedad” cuando aquellas lo soliciten. El uso normal o tolerable sigue en pie en el primer párrafo del mismo precepto, pero el juez debe tomar en cuenta también la necesidad de tutelar las gestiones productivas cuando respondan a criterios de necesidad social; la labor judicial seguirá inspirada en la sensibilidad ambiental pero no puede olvidar en la valoración de la normalidad del uso el tener en cuenta también las exigencias y la necesidad de la industria²²³.

El ángulo de visión para la valoración de la licitud de las inmisiones ha variado notablemente. Entra en juego un nuevo elemento hasta ahora considerado como extraño en las relaciones entre fundos: el interés público. El propietario afectado por una inmisión del fundo vecino no podrá reaccionar ante la misma alegando sólo que ejercita su facultad de exclusión porque el inmitente ha usado su derecho de forma anormal, o abusiva, que la inmisión es del todo intolerable... Tales razonamientos olvidarían que las relaciones de vecindad son límites que aunque primariamente o de forma inmediata buscan la tutela de un interés privado, de forma mediata tutelan también el interés público, verdadera causa de toda limitación. Con algunas matizaciones, la idea se acerca a la que con mucha mayor concreción –y con otra finalidad– propusiera BONFANTE años antes (la necesidad social es el verdadero motor de las restric-

223. Cfr. *ibidem*, pp. 636 y 639.

ciones a la propiedad) y que ahora se traduce en su introducción a través de una cláusula que, sin modificar las relaciones obligacionales entre fundos, advierte de una eventual denegación de la acción inhibitoria, aunque no de la adopción de las medidas precisas para atenuar el daño o de la concesión de una compensación económica. Mientras el criterio de la necesidad social se alzó en su día como criterio rector exclusivo del enjuiciamiento de las inmisiones, ahora las razones de la producción (que no dejan de ser necesidades sociales) podrían prevalecer, idea que recogida ya expresamente en un precepto legal supone asimismo una negación explícita de la igualdad de las propiedades²²⁴.

A pesar de la diversa relevancia que los autores y la jurisprudencia han dado al segundo inciso del art. 844 *Codice*²²⁵, no puede dejar de observarse que la contraposición entre propiedad inmobiliaria y propiedad industrial se manifestaría ahora, y en ciertos casos, como una preferencia de la segunda, es decir, de las “exigencias de la producción” frente a las “razones de la propiedad”. La función social así expresada asume de esta forma un significado plenamente operativo y pasa a ser una técnica de intervención que tutela preferentemente la utilización productiva de los inmuebles, reduciendo el poder de los propietarios no industriales y, a la vez, ampliando los poderes de aquellos propietarios cuyas actividades sean consideradas coincidentes con el interés general, con el interés de la producción²²⁶.

Todas estas ideas pueden extraerse sin duda de un ordenamiento como el italiano que expresamente toma en cuenta las razones de la producción (en-

224. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 171. Sobre la relación entre la propuesta de BONFANTE y la solución acogida en el art. 844,2 *Codice*, cfr. *ibidem*, pp. 168-169 y BARRASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., pp. 635 y ss.

225. El segundo inciso del art. 844 del *Codice* ha dado lugar a una extensa discusión sobre si establece un nuevo parámetro de licitud que como *lex specialis* deroga el criterio de la normal tolerabilidad del primer párrafo del mismo artículo. Para algunos el art. 844 debe leerse de forma unitaria en atención a los intereses implicados; es decir, el juicio de tolerabilidad habrá de integrar las razones de la producción (así MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e rapporto proprietario*, Napoli 1984, pp. 249 y ss.). Pero doctrina y jurisprudencia en general mantienen una lectura en clave de dicotomía del art. 844 que atribuye a la contemporización contenida en el segundo inciso del artículo una eficacia independiente o derogatoria respecto al juicio de tolerabilidad. La contemporización sería por tanto sucesiva a la determinación de la intolerabilidad de la inmisión (en este sentido, SALVI, *ob. cit.*, pp. 364-370; GAMBARO, *Le proprietà*, cit., pp. 392-393; DE MARTINO en *Commentario del Codice civile, Della proprietà*, cit., p. 209.).

226. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 194-195.

tendidas como intereses generales prioritarios) en el enjuiciamiento de las inmisiones, pero no es menos cierto que en otros ordenamientos la solución, si bien no se deriva expresamente del texto legal, es muy cercana. En aquellos ordenamientos en que las actividades productivas e industriales han merecido un tratamiento jurídico-civil específico (v. gr. § 906 BGB y art. 3 Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad), la denegación de la acción inhibitoria es compensada por un cálculo económico: cuando se trate de inmisiones sustanciales producidas por una utilización que cuenta con autorización administrativa y no puedan impedirse mediante la adopción de medidas económicamente razonables, quien sufre la inmisión estará obligado a soportarla, quedando a salvo el derecho a una compensación económica. Ello exige una valoración pecuniaria de los costes que un cese de la actividad pueda suponer y la búsqueda de un equilibrio entre intereses enfrentados²²⁷.

A pesar de todo ello, la cuestión ahora planteada –interés colectivo y licitud de las inmisiones– adquiere hoy tintes muy diversos desde el momento en que el interés público no se asimila con la producción industrial o económica en general sino con la conservación del medio ambiente. Entonces el problema se invierte y lo que antes podía entenderse como interés preminentemente tutelable –la producción– ahora debe ceder ante otro interés también colectivo: la preservación del medio ambiente. Se asimila así la idea de que la tutela al medio ambiente supone una determinación concreta de la función social delimitadora del derecho de propiedad, de libertad de empresa y de cualquier forma de riqueza, cualquiera que sea el titular.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha reflejado en alguna de sus sentencias la inevitable tensión que late bajo la noción de soportabilidad o tolerabilidad de actividades industriales. Se trata de una tensión triangular en cuyos vértices se sitúan en primer lugar el reconocimiento del derecho de propiedad (art. 33 CE), en segundo lugar la protección al medio ambiente (art. 45 CE) y, por último, el necesario impulso y desarrollo de la actividad económica en virtud de lo cual se subordina toda la riqueza del país al interés general (arts. 128 y 131 CE) Del juego de fuerzas entre tales elementos, el Tribunal ha establecido que no puede considerarse el aumento de produc-

227. Cfr. MORO ALMARAZ, M.J., “Medio ambiente y función social de la propiedad”, *RCDI*, 1993, 617, pp. 977 y 981-984.

ción como objetivo excluyente y primordial a toda costa, sino que debe armonizarse con la protección al medio ambiente y a la persona; igualmente, tampoco puede sustraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considera de interés general aduciendo la protección ambiental. La solución pasa por la necesidad de compaginar caso por caso la protección de ambas facetas, correspondiendo al legislador la búsqueda de tal equilibrio (STC 64/1982 de 4 de noviembre, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 12/1981 de 24 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de interés nacional natural afectados por actividades extractivas)²²⁸.

Si bien es cierto que la sentencia se dirige a orientar la labor del legislador en la regulación de la protección ambiental y de la actividad económica, su espíritu se encuentra también en sentencias de nuestro Tribunal Supremo cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre supuestos de inmisiones en los que es alegada por una de las partes la prioridad de la productividad como expresión de la función social. El hecho de que determinadas propiedades inmobiliarias cumplan una específica función social y estén llamadas a la consecución de intereses colectivos no debe llevar a la afirmación de que las inmisiones que sus actividades causen hayan de ser soportadas. Así, la función social de “una propiedad” no produciría consecuencias negativas en propiedades que por sí mismas no lleven involucrados intereses colectivos; no debería provocar limitaciones a su *ius excludendi*. Dicho en otras palabras, la facultad de exclusión ejercitable ante un *uso anormal, intolerable o no razonable* no debería alterarse por la confluencia de la función social de las actividades inmitentes²²⁹.

228. El equilibrio entre la tutela al medio ambiente y el progreso económico se funda sí en lo que se ha venido en llamar el “crecimiento sostenido” que hace referencia al desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, cfr. DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2ª ed., Madrid 1997, p. 137 y MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona 1991, pp. 168 y ss.

229. En realidad los efectos de esta solución ya se habían producido años antes en los diferentes ordenamientos, si bien no como consecuencia de un acogimiento de la función social de la propiedad. Recordemos ahora cómo desde el momento en que la actividad inmisiva está amparada por una autorización, la jurisprudencia y también la propia regulación legal deniegan la acción inhibitoria y optan por resolver la cuestión a través de un sistema de responsabilidad objetiva. En este marco son especialmente significativas la experiencia francesa

Afirmar lo contrario supondría, como ha afirmado nuestro Tribunal Supremo (S. 12 de diciembre de 1980, R. 4747), contemplar la función social del derecho de propiedad únicamente como una situación de privilegio de determinados propietarios olvidando el aspecto de imposición de obligaciones que la propia función social conlleva. “Es manifiesto que el ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse en su funcionamiento guardando el debido respeto a la propiedad ajena ya que (...) el Ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario, el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos (...)”.

Como pone de relieve DE MIGUEL, en el fondo de lo que se trata es de equilibrar el ejercicio de dos derechos legítimos. Es obvio que la actividad empresarial e industrial es beneficiosa para el conjunto social e igualmente que el derecho de propiedad ya no es el derecho absoluto que antes se consideraba. Pero es obvio también que el interés público de la industria no elimina la obligación de instalar los equipos necesarios y adoptar las medidas suficientes para evitar el daño. De hecho el interés público que justifica la tolerabilidad no permite que el daño se realice sin indemnización²³⁰.

y la reforma del § 906 BGB por Ley de 1 de junio de 1960 y posteriormente la promulgación de la Ley federal de Protección de Inmisiones de 15 de marzo de 1974 que consagró la idea de que aquellas inmisiones perjudiciales producidas por establecimientos que cuentan con autorización judicial o que no pueden ser hechas cesar sin adoptar medidas económicas cuantiosas, sólo darán lugar a la indemnización de daños o a una compensación económica (vid. *supra* V) a la que ha seguido el ordenamiento catalán.

230. Cfr. *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, cit., p. 141.

Capítulo II

Las inmisiones en el Fuero Nuevo

I. CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL EN EL FUERO. A. El concepto de propiedad en el Fuero Nuevo: ausencia de definición. B. El desarrollo postconstitucional de la propiedad en Navarra. El Derecho Público navarro. La lectura funcional de las inmisiones. II. ASPECTOS GENERALES DE LA NORMA DE INMISIONES. A. Inmisiones y normas legales de vecindad. B. Las relaciones entre el ordenamiento navarro y el Código Civil en materia de inmisiones. C. Inmisiones y *ius excludendi*. D. Su modificabilidad convencional. E. El paso del tiempo en las inmisiones. F. Relación con la regulación administrativa y con los actos dimanantes de la Administración. G. La acción de la ley 367 a y otras acciones de cesación. III. PERFILES FUNCIONALES DE LA LEY 367 A) DEL FUERO NUEVO. A. En general. B. El uso no razonable y el uso ilícito. a) El dolo y la culpa. b) El uso ilegal y el abusivo. IV. PRESUPUESTO OBJETIVO DEL PRECEPTO: LOS RIESGOS Y LAS INCOMODIDADES. A. Los riesgos o peligros de inmisión. B. La perturbación en el goce del inmueble. C. La exigencia de un perjuicio. D. Inmisión y posesión. V. EL CRITERIO DE LICITUD DE LAS INMISIONES: EL USO RAZONABLE. A. En general. B. Las necesidades de las fincas. a) *La valoración conjunta*. b) *El presuso o la pre-ocupación*. C. El uso del lugar. D. La equidad. a) *La equidad como factor de determinación de lo razonable*. b) *La equidad como factor integrador de la condena. Equidad y función social*. VI. LA TUTELA JURÍDICA FRENTE A LAS INMISIONES EN EL FUERO NUEVO. A. Ilícitud de inmisiones y acción de cesación. B. La pretensión deducible de la ley 367 a) FN. C. Cesación e indemnización. D. Condena compensatoria

I. Concepto y estructura de la propiedad individual en el Fuero

El Fuero Nuevo acomete su labor reguladora del Derecho civil navarro un siglo y medio más tarde que el primer Código europeo. Llega en un momento dado de la evolución conceptual y dogmática de la propiedad en el que ésta ha abandonado los simples intereses egoístas de los titulares y ha recogido la idea de derecho tutelado en la medida en que sirve a los intereses económi-

cos, no se enfrenta a los intereses individuales ajenos y sirve para la consecución de los colectivos. A ello ha de añadirse la voluntad del legislador navarro de responder a la tradición jurídica navarra y respetarla en cuanto fuera mantenible y acomodada a la realidad del momento. Ambos elementos, modernidad y tradición, se superponen pretendiendo encontrar un equilibrio en el tratamiento de la propiedad inmobiliaria.

Por otro lado, la perspectiva del legislador en la regulación de la propiedad no podía ser la misma de la que partieron los codificadores europeos del siglo XIX puesto que el FN ve la luz en una economía industrial y desarrollada de la segunda mitad del siglo XX, en la que la multiplicación de fenómenos contaminantes, de inmisiones industriales, de propagación de ruidos... no era una simple conjetura sino un dato consolidado. Asimismo, contaba con los antecedentes de aquellos Códigos europeos tardíos (alemán, suizo, italiano de 1942, portugués de 1966) que habían afrontado la regulación de las inmisiones como límite al ejercicio de los derechos sobre inmuebles, y que habían partido de un marco económico preindustrial o industrial de finales del siglo XIX y mitad del siglo XX.

A. El concepto de propiedad en el Fuero Nuevo: ausencia de definición

El Fuero Nuevo carece de una norma que defina, a semejanza al menos del art. 348 CC, en qué consiste el derecho de propiedad ni por qué facultades está integrado, si bien algunos de los trabajos prelegislativos que antecedieron de forma inmediata al texto definitivo sí contenían intentos de definición del derecho de propiedad.

En un primer momento, y desde la tarea emprendida para la elaboración de Apéndices al Código civil, los intentos para la consecución de los mismos no preveían la necesidad de contener una definición del derecho de propiedad. Así, manifestaba MORALES que la ausencia de norma definitoria de la propiedad en el Derecho histórico navarro (y de normativa general sobre la misma) justificaba la aplicación de las normas del Proyecto de Código civil sobre la propiedad puesto que “ni innovan ni modifican, y vienen a llenar un vacío”¹.

1. *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código general y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Imprenta Provincial, Pamplona 1884, pp. 55-56. Vid. del mismo autor *Leyes especiales de Navarra*, Imprenta Provincial, reimp., Pamplona 1904.

En esta primera fase de reelaboración y puesta al día del Derecho navarro, se observa una falta de estructuración y conceptualización del derecho de propiedad desde su aspecto interno, desde la función que los límites y las servidumbres han de cumplir en el funcionamiento de la institución; además se manifiesta una carencia de orden en la exposición de los límites puntuales a la propiedad, sin claridad respecto a los que seguían vigentes. Asimismo, y por lo que aquí más interesa, en tales trabajos ni siquiera se hace mención a la forma en que la propiedad ha de ser ejercida. En este punto, el silencio de los trabajos es patente, tanto por la ausencia de referencias al Derecho histórico, como a la existencia de un Derecho particular propio mantenido en la práctica.

Abandonado el camino de los Apéndices como Derecho excepcional al Código, los trabajos posteriores bajo la forma ahora de Compilación –Anteproyecto y Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra– introdujeron una sistematización algo más completa de la propiedad aunque no alcanzaron a regular de forma adecuada los límites impuestos al propietario ni los distinguieron adecuadamente de las servidumbres.

En el Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra de 1959², que puede considerarse como la primera obra de sistematización del Derecho de Navarra,

Por su parte, CASTEJÓN en su *Legislación foral de España. Derecho vigente en Navarra* (Madrid 1888) únicamente se refiere a la aplicación en Navarra de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública que se conocía ya en el Reino y que en cierta manera fue recogida ya en el Fuero General como institución con finalidad conciliatoria entre el sagrado derecho de propiedad y el interés general (cfr. T. I, pp. 231-234). Por lo que toca a límites y servidumbres, CASTEJÓN ni sistematiza los límites a la propiedad vigentes, ni los ubica adecuadamente, ni los diferencia de las servidumbres. Así, mientras la prohibición de no colocar enjambres y vasos de ventura sino a determinada distancia la trata el autor a propósito de la ocupación (cfr. *ibidem*, p. 245), la limitación de luces y vistas es analizada, siguiendo por tanto el erróneo tratamiento del Código civil al hablar de la servidumbres (cfr. *ibidem*, T. II, p. 37).

Otros trabajos encaminados a la elaboración de Apéndices ni siquiera mencionaban disposiciones privativas en el régimen de la propiedad (OCHOA, GARCÍA Y ECHARRI, ISABA, IÑARRA Y ECHENIQUE, CAMPION Y ECHAIDE, *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil con inclusión de las disposiciones del mismo cuerpo legal que han de obligar a esta Provincia*, Imprenta Provincial, Pamplona, reimp. 1904; ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE PAMPLONA, *Apéndice de Derecho navarro al Código Civil*, Imprenta García Enciso, Pamplona 1930), si bien alguno hacía alguna salvedad en lo referente a algunas servidumbres como la de luces y vistas (AIZPÚN SANTAFÉ Y ARVIZU, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial, 1930).

2. Cuyo fin era el de “recoger las normas de orden civil actualmente vigentes en este territorio en cuanto difieren de la legislación común o no se hallan en ella contenidas”, cfr. Proemio al Anteproyecto o Fuero Recopilado de Navarra, Pamplona 1959, p. 7.

se encuentra consagrada una noción de propiedad, acorde con una visión más realista que la del Código español y en consonancia con los principios que pretendieron inspirar la actualización y modernización del Derecho navarro³: “El derecho de propiedad atribuye a su titular todas las facultades posibles de la cosa, en cuanto lo consiente la razón del Derecho” (art. 41) Debe observarse la influencia de la idea de plenitud de la propiedad, huyendo de la enumeración de facultades, y la consideración de la misma desde la perspectiva del titular. El derecho de propiedad no “es” un derecho que lleve inexorablemente consigo una serie de prerrogativas; ahora, el propietario tiene atribuidas en virtud de su derecho todas las facultades en la medida en que lo permite “la razón del Derecho”⁴. La misma redacción del art. 41 se conservó en el Proyecto de Fuero Recopilado⁵.

Posteriormente la Recopilación Privada⁶ alteró en parte la redacción del precepto dedicado a la regulación del contenido del dominio: “La propiedad atribuye a su titular las más plenas facultades sobre la cosa, en función del fin de ésta y dentro de los límites que impone la Ley” (ley 356) Se respetaba el sentido inicial de la definición del Anteproyecto y del Proyecto de Fuero Recopilado en cuanto a la plenitud de las facultades se refiere, pero como novedad se incluye expresamente la configuración del derecho de propiedad en cuanto derecho funcional, destinado a satisfacer aquellas finalidades determinadas por la propia naturaleza de los objetos sobre los que recae. La plenitud del poder del titular se concretaría en atención a la finalidad económica y social de los bienes, reconociendo que los objetos llevan ínsito un interés social. Para cerrar el concepto, la plenitud de las facultades se circunscribe al círculo marcado por las leyes, incorporando así al contenido de la propiedad los límites legales conformadores ahora del propio derecho⁷. La innovación y el

3. Art. 3 del Anteproyecto: “Los preceptos en que se inspira el Derecho y a que han de acomodarse todos los actos del hombre y toda interpretación de las normas que los rigen, son éstos: vivir honestamente, no causar daño a otro y dar a cada uno lo suyo”.

4. Inciso en el que se ha visto la prohibición del abuso del derecho en el ejercicio de la propiedad (cfr. SALINAS, *Derecho civil de Navarra*, II, *Derecho de las personas. Derecho de cosas*, Pamplona 1972, p. 352) aunque a mi juicio su sentido parece ir más orientado hacia la concreción del contenido que al modo abusivo en el ejercicio.

5. Pamplona, Edit. Gómez 1959.

6. *Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*, Biblioteca de Derecho Foral, XV, Pamplona, 1971, p. 111.

7. Debió parecer a los juristas elaboradores de la Recopilación excesivamente ambigua la referencia a los límites provenientes de “la razón del Derecho” del art. 41 del Anteproyecto y del Proyecto de Fuero Recopilado. Sin duda el precepto ganó en concreción y modernidad.

mérito fundamentales de este precepto de la Recopilación fueron el circunscribir las plenas facultades del propietario a la finalidad de las cosas, sustrayendo implícitamente del ámbito de poder aquéllas facultades extravagantes respecto a las cuales el titular carece de derecho⁸.

La definición contenida en la Recopilación Privada se completaba con la regulación de las limitaciones de la propiedad (Cap. II, Tit. I, Lib. III) en la que se recogían una serie de límites establecidos para la propiedad inmobiliaria por razón de la contigüidad o proximidad de predios, bien al ejercicio, bien al contenido mismo del derecho, cuidando de afirmar que los límites por razón de vecindad no son servidumbres. Esa estructura se respetó (diferenciación entre límites y servidumbres, entre límites al ejercicio y límites al contenido), pasando prácticamente sin variación al Fuero Nuevo, sin embargo éste renunció a la inclusión de la definición de la propiedad, o del contenido del dominio. Lo cierto es que tanto la Comisión General de Codificación como la Comisión Compiladora de Navarra estimaron la mencionada ley 356 de la Recopilación definitiva de la propiedad como “innecesaria”⁹.

Por otro lado, la propiedad concebida sobre la base de su función social no era en el decenio de los 70 un elemento extraño al propio ordenamiento. La dependencia de la propiedad privada respecto del interés social se deducía de los arts. 30 y 31 del Fuero de los Españoles¹⁰, de la Declaración XII del Fuero del Trabajo¹¹ y del Principio X de la Ley de Principios del Movimiento

8. Y ello en concordancia con lo previsto en la ley 17 de la propia Recopilación que (si bien a propósito del ejercicio de los derechos y no del contenido de los mismos) establecía que los derechos han de ejercitarse conforme al uso inocuo de otras personas.

9. Cfr. NAGORE YÁRNOZ, J.J., *Historia del Fuero Nuevo de Navarra*, Pamplona 1994, pp. 101 y 107.

10. Art. 30: “*La propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado.*”

Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien común.

La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos.

Art. 31: *El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: hogar familiar, heredad, útiles de trabajo y bienes de uso cotidiano.*”

11. “1. *El Estado reconoce y ampara la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales. Todas las formas de propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la Nación, cuyo intérprete es el Estado.*”

Nacional¹². Como pone de relieve MONTES tales normas no tuvieron un sentido operativo más allá de la simple retórica. Su sentido no fue el de hacer ilegítimo el comportamiento del propietario que incumple los deberes que derivan de la función social, sino que aparece ligado al efecto económico de la productividad de los bienes que, prácticamente, agotaba ahí todo su contenido, haciendo entrar en tal caso ante la inercia del titular la intervención del Estado que, por regla general, actuará a través de la expropiación forzosa¹³. Junto a tales preceptos programáticos, la función social en su versión más avanzada fue encontrando operatividad material en algunas leyes especiales como la Ley de comarcas y fincas mejorables de 1971 en la que encontramos a través de la imposición de concretas obligaciones –cultivar, mejorar y transformar el suelo...– la vertiente colectiva de la propiedad (en este caso rústica) con el fin de conseguir determinados intereses económicos y sociales¹⁴.

A pesar de que el precepto de la Recopilación privada sobre el contenido del dominio no pasó al Fuero Nuevo, en éste se siguió conservando implícitamente un concepto de la propiedad acorde con el concepto de propiedad limitada (delimitada) por la ley o por la voluntad: “las limitaciones de la propiedad son impuestas por la Ley o de carácter voluntario, como las servidumbres u otros derechos reales constituidos sobre cosa ajena” (Ley 365 FN). En la actual regulación sistemática de la propiedad inmobiliaria late la finalidad de buscar soluciones a problemas concretos suscitados por la contigüidad predial, algunos de los cuales ya habían sido ya regulados en el Derecho histórico. Ello se articuló a través del establecimiento –sin un orden sistemático

12. “Se reconoce al trabajo como origen de jerarquía, deber y honor de los españoles, y a la propiedad privada, en todas sus formas, como derecho condicionado a su función social. La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado”.

13. Cfr. *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, cit., p. 131 y n. 200.

14. Sobre las innovaciones que introdujo esta Ley en la concepción de la propiedad agraria, vid. BALLARIN MARCIAL, A., “Nueva función social de la propiedad rústica”, en *Riv. Dir. Agr.*, 1972, vol. LI, p. 45 y ss.

El sentido de la ley 365 de la Recopilación, al ensayar un concepto sobre el contenido del derecho de propiedad, además de excluir de dicho contenido concretas facultades tenía virtualidad u operatividad inmediata para legitimar determinados actos del propietario, El precepto pues hubiera sido innovador no respecto a la configuración dogmática –que ya se compartía– del derecho de propiedad sino respecto a las formulaciones legales del mismo.

muy preciso¹⁵— bien de determinadas prohibiciones (ley 351 sobre alteración del curso de las aguas en perjuicio del vecino, ley 369 sobre distancias para determinadas instalaciones), bien de la autorización de actuaciones específicas para el titular que sufre una invasión de su finca (ley 367,b sobre introducción de ramas y raíces; ley 367,c sobre la posibilidad de impedir edificaciones en la finca del colindante) o del otorgamiento de la facultad de realizar actos concretos con puntuales especificaciones (ley 368 sobre cerramientos y ley 404 respecto a la apertura de huecos para luces).

Lo que sí debe afirmarse en este momento es que —frente a la sistematización que presenta en la materia el Código civil— el ordenamiento civil navarro concibe y regula las relaciones de vecindad de manera diferenciada a las servidumbres, lo cual se observa tanto en la colocación de los preceptos sobre la materia (fuera del Lib. III, Tit. III, De las servidumbres), como en la afirmación contenida en la Ley 394: “no son servidumbres las limitaciones legales por razón de vecindad”¹⁶. Aun con la carencia de una regulación unitaria de las relaciones de vecindad, el Fuero no es ajeno por completo al término, que lo utiliza expresamente en el último precepto citado y en la Ley 48¹⁷.

Pero sin duda la mayor innovación del Fuero Nuevo, siguiendo a la Recopilación Privada, fue la incorporación del precepto regulador del ejercicio de derechos sobre inmuebles de la ley 367,a: “*los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de las fincas, del uso del lugar y de la equidad*”. A través de esta regla de compatibilidad de usos, y en consonancia con los Códigos modernos, desaparece

15. La ubicación de alguno de esos límites “no parece estar en consonancia con la claridad conceptual de la que hace gala” este cuerpo legal, cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *loc. cit.*, p. 124.

16. Dicha Ley 394 fue tomada directamente de la Ley 398 de la Recopilación Privada. Para SALINAS (*Derecho Civil de Navarra*, II, cit., p. 374) los redactores de ésta última tuvieron muy en cuenta la posición mantenida por SANCHO REBULLIDA acerca de la incorrecta sistematización que el Código civil realiza de las relaciones de vecindad y que fue publicada en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, nº 26, de 1 de julio de 1967, p. 200 y posteriormente en *Derecho de bienes, Relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones del derecho de Abolorio o de la Saca*, en *Estudios de Derecho Civil*, vol. II, Pamplona 1978.

17. Ley 48 FN: “*La Casa, sin constituir persona jurídica, tiene su propio nombre y es sujeto de derechos y obligaciones respecto a las relaciones de vecindad, prestaciones de servicios, aprovechamientos comunales, identificación y deslinde de fincas, y otras relaciones establecidas por la costumbre y usos locales*”.

cualquier residuo de ejercicio dominical arbitrario excluido de control jurisdiccional. Así, a pesar de que el precepto sobre el contenido del derecho de propiedad con su orientación finalística no pasó a recogerse en el Fuero, puede decirse que tal ausencia se solventa en la práctica de manera casuística: respetados los límites puntuales del contenido, cada propietario podrá hacer en cada momento lo que resulte de la confrontación entre los intereses propios y los del vecino. Y aunque expresamente no se diga que el titular tiene atribuidas las facultades que demande la finalidad de la cosa en el marco fijado por las leyes, se deduce que el titular no puede ejercitar su derecho en la manera en que lo manifiesta cuando las necesidades del inmueble no lo demanden y se produzca colisión con los derechos del vecino.

B. El desarrollo postconstitucional de la propiedad en Navarra. El Derecho Público navarro. La lectura funcional de las inmisiones

Sólo cinco años más tarde de la promulgación del Fuero Nuevo, la Constitución española (art. 33) vino a reconocer en el derecho de propiedad un modo idóneo para alcanzar la satisfacción de intereses generales a través de una gestión beneficiosa para la colectividad y de la imposición de un comportamiento consecuente con aquéllos. La lectura constitucional de la ley 365 FN exige reconocer que en la propiedad las limitaciones legales a las que este precepto se refiere no deben entenderse como prohibición o detracción de facultades, sino como expresión de la necesidad de integrar las necesidades e intereses del titular con los de la sociedad. Al legislador compete circunscribir el poder dominical dentro de las líneas que solicita el cumplimiento de intereses públicos. El Derecho civil navarro recoge el nuevo concepto de la propiedad en el que frente a un derecho previo tendencialmente absoluto y negativamente limitado por la Ley que se asienta en la individualidad del sujeto y en el que el propietario puede todo menos lo que excepcionalmente las leyes le prohíben, nos encontramos ante un derecho delimitado en el que todas las facultades del propietario vienen conformadas por la propia norma: el derecho de propiedad existe para el titular en la manera en que el Derecho positivo así lo habilita¹⁸. Apare-

18. Cfr. HERNÁNDEZ GIL y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “La propiedad en el ordenamiento constitucional”, cit., pp. 18 y ss.

ce un derecho de propiedad conformado por el ordenamiento jurídico, fundamentalmente por los valores y principios de la Constitución, así como por las limitaciones impuestas por la Ley (Ley 365), abandonándose definitivamente la propiedad como derecho subjetivo pleno y sustituyendo la nota de plenitud por la de la “función social”.

Esa delimitación dominical encuentra su manifestación no sólo en las propias normas jurídico-privadas sino también, y en mayor medida, en aquellas otras normas de carácter eminentemente público cuyos fines primordiales son la consecución de una regulación protectora de determinados bienes o intereses colectivos como son el medioambiente y la armonización en la utilización del suelo. Al establecer la CE en su art. 33.2 que han de ser las leyes las que delimiten el derecho de propiedad de acuerdo con la función social que cumple, dichas leyes se nos muestran como los instrumentos técnico-formales previstos por el constituyente para concretar el proyecto consitucional. Esas leyes que regulen concreciones de la propiedad no innovan el ámbito de la misma, sino que actúan y desarrollan, según las previsiones constitucionales, el derecho de propiedad recogido en nuestra Constitución. De esta manera, mientras que la ley 365 FN indica los instrumentos técnicos que pueden dar origen a los límites de la propiedad (la ley o la voluntad), lo que hacen las leyes especiales es perfilar las concretas facultades del titular, las formas de goce y disposición, fijándolas cualitativamente y en sus límites. Las leyes especiales existentes o que se promulguen en el futuro se sujetan al mandato constitucional de que la “función social” delimite el contenido del derecho de propiedad, o sea el “goce” y “disposición” de su titular¹⁹.

La Comunidad Foral de Navarra, en virtud de los arts. 57 c) y 58 h) de la Ley Orgánica 13/1982 de 10 de agosto de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que atribuyen a Navarra el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de medio ambiente y ecología y la ejecución de la legislación del Estado en materia de vertidos industriales y contaminantes respectivamente, desarrolló ambas materias en las Leyes Forales 16/1989 de 5 de diciembre de 1989 de Control de Actividades Clasificadas para la protección del Medio Ambiente²⁰ y en la Ley Foral 13/1994 de 20 de septiembre,

19. Cfr. COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia 1988, pp. 268 y ss.

20. Esta Ley ha sido objeto de desarrollo por el Decreto Foral 32/1990 de 15 de febrero.

de Gestión de Residuos Especiales. La primera de ellas tiene por objeto regular el régimen de autorización y funcionamiento de cualquier actividad o instalación pública o privada, susceptible de ocasionar molestias, alterar las condiciones de salubridad, causar daños al medio ambiente o producir riesgos para las personas o los bienes (art. 1).

Otro aspecto relevante de la concreción de las facultades dominicales viene motivado por la protección de los espacios naturales y de las especies naturales. Además de la Ley 4/1989 de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, de carácter básico y de aplicación general en todo el Estado, existe en Navarra una regulación específica sobre la materia, integrada en primer lugar por la Ley Foral 2/1993 de 5 de marzo, de Protección y Gestión de la Fauna Silvestre y sus Hábitats (modificada parcialmente por las Leyes 8/1994 de 21 de junio y 18/2002 de 13 de junio) y los Decretos que la desarrollan²¹. Acorde con su objetivo, la citada Ley establece una ordenación del aprovechamiento cinegético e ictícola de la fauna susceptible de utilización racional por el hombre a través de un régimen de limitaciones y prohibiciones a ciertas actividades humanas (Título II) y de un régimen de ordenación de los aprovechamientos de la fauna, especialmente en lo que se refiere al ejercicio deportivo de la caza y de la pesca, estableciendo la necesidad de licencia previa para materializar dicho aprovechamiento (Título III). Por otro lado, respecto a los espacios naturales, la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio, de Normas Reguladoras de los Espacios Naturales de Navarra diseña un régimen de usos permitidos, autorizables y prohibidos en aquellas partes del territorio de la Comunidad Foral que hayan sido declarados Espacios Naturales por contener ecosistemas de especial interés o valores naturales sobresalientes.

Por lo que se refiere a la ordenación del territorio y del urbanismo, desde que asumiera competencias exclusivas en estas materias en virtud del art. 44.1

21. Así Decreto Foral 390/1993 de 27 de diciembre por el que se regulan diversos aspectos relacionados con la caza; Decreto Foral 162/1993 de 24 de mayo por el que se regula el Registro de la Fauna Silvestre de Vertebrados de Navarra; Decreto Foral 229/1993 de 19 de julio por el que se regulan los planes y proyectos de obras a realizar en el medio ambiente; Decreto Foral 226/1993 de 19 de julio por el que se regulan las condiciones medioambientales de la acampada libre; Decreto Foral 36/1994 de 14 de febrero por el que se regula la práctica de actividades organizadas y motorizadas y la circulación libre de vehículos a motor en suelo no urbanizable, etc.

LORAFNA, la Comunidad Foral de Navarra ha venido desarrollando una considerable labor normativa dirigida a establecer un conjunto de criterios, normas y planes que regulan las actuaciones y asentamientos sobre el territorio, en función del objetivo de conseguir una adecuada relación entre el territorio, población, actividades, servicios e infraestructuras. La Ley Foral 35/2002 de 20 de diciembre de Ordenación del Territorio y Urbanismo constituye el marco de intervención y de control administrativo en la ejecución de actividades sobre suelo urbano y urbanizable y no urbanizable. En cuanto al primero, es de destacar que el Título V de la Ley contempla los actos sujetos a licencia administrativa previa (obras de construcción de nueva planta, de ampliación, obras de subsuelo, reformas que afecten a la estructura o al aspecto exterior de los edificios, movimientos de tierra, demoliciones, corte de arbolado y vegetación, colocación de carteles en vía pública, etc.) Por lo que respecta al suelo no urbanizable, el Título III, Cap. IV establece su régimen de utilización delimitando las actividades permitidas, autorizables y prohibidas.

A ello debe añadirse la específica normativa prevista para la implantación territorial de los polígonos y actividades industriales recogida en el Decreto Foral 84/1990 de 5 de abril, que contiene entre otras materias un abanico de limitaciones respecto a distancias, accesos, abastecimientos de agua, saneamiento, vertido de líquidos, cierres, condiciones estéticas, alturas, etc.

La influencia de la función social en el interior de la estructura propietaria no sólo se manifiesta en el profuso desarrollo legal que el contenido de la institución ha experimentado, sino que se plasma también en una reinterpretación de las normas vecinales, como ya observábamos en el anterior capítulo. Ello hace que la ley 367 a) FN haya de ser vista bajo el prisma del art. 33 C.E., lo que plantea una nueva percepción de la misma no ya únicamente como norma conciliadora de dos intereses privados desconectados de toda trascendencia social. Ahora junto con los intereses individuales en conflicto deberán examinarse las exigencias del interés general que los bienes, por su función social, están llamados a cumplir y la consideración que aquellos intereses merecen en el orden de valores socialmente considerados más dignos de tutela²². Si hasta el momento la ley 367 a) FN podía ofrecer una indudable posibilidad para solventar la conciliación de ejercicios o intereses privados contradic-

22. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, "Las relaciones de vecindad entre fundos...", cit., p. 121.

torios entre titulares (conciliación en la que estaba latente una relativa funcionalización de la propiedad en la medida en que debían ponderarse las necesidades demandadas por el bien), tras la previsión constitucional del art. 33 su campo de acción se amplía debiendo compaginar las exigencias de la industria como fuente de progreso y trabajo con la tutela de otros valores fundamentales reconocidos constitucionalmente: salud, intimidad, medio ambiente... Y es que en efecto, el Derecho de vecindad actual no es un conjunto de normas que deba conciliar intereses meramente privados, sino que adquiere una dimensión colectiva al tener que hacer frente a la defensa de valores emergentes reconocidos constitucionalmente, debiendo valorar no sólo la nocividad de la esfera ajena producida tanto por el vecino individual como por el vecino industrial²³, sino también la tutela del medio ambiente²⁴.

Recordemos sin embargo que la función social de la propiedad como factor nuevo que incide en las relaciones de vecindad no altera el posible criterio de licitud de inmisiones recogido en el ordenamiento que se trate, puesto que la función social de determinadas actividades que representen un interés social, en especial las industriales, no lleva implícito de por sí un régimen de ejercicio más beneficioso que el de otros tipos de actividades que no llevan aparejado un beneficio general²⁵. A nuestro juicio, la inclusión de la función social en la valoración de las relaciones de vecindad influye exclusivamente ampliando el marco de tolerabilidad fijado por la norma sobre inmisiones, permitiendo dar entrada en el enjuiciamiento de lo razonable/no razonable no sólo a la pérdida de beneficio para el vecino perjudicado en su derecho, sino también a los valores fundamentalmente ambientales, científicos o de salubridad que a todos interesan.

Desde esta perspectiva una abundante normativa que impone limitaciones a la propiedad manifiesta la subordinación de la propiedad privada a las necesidades generales. Así por ejemplo, la reciente Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones establece en su art. 32.1. que “podrán establecerse limitaciones a la propiedad y a la intensidad del campo eléc-

23. Cfr. ZENATI, F. “Le droit des biens dans l’oeuvre du doyen Savatier”, en *L’évolution contemporaine du droit des biens*, cit., p. 22; SCOTTI, U., *I rapporti di vicinato e le cause condominiali*, Milano 1994, pp. 17-21.

24. ALONSO, *loc. cit.* y “La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas”, *AC*, 1994, nº 22, pp. 388-389.

25. Cfr. *supra*, Cap. I, VIII, D.

trico y las servidumbres que resulten necesarias para la protección radioeléctrica de determinadas instalaciones o para asegurar el adecuado funcionamiento de estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios públicos, por motivos de seguridad pública o cuando así sea necesario en virtud de acuerdos internacionales (...)”²⁶. Aunque el instrumento utilizado para la subordinación de la propiedad al interés general se presenta aquí en su modalidad más estricta –la servidumbre–, ello no quiere decir que en otras ocasiones esa subordinación o dependencia no se pueda materializar mediante la simple confrontación de los intereses confrontados que se dilucidará a través de la norma vecinal de inmisiones interpretada a la luz de la función social.

II. Aspectos generales de la norma de inmisiones

A. Inmisiones y normas legales de vecindad

En el contexto de la vecindad el Derecho civil persigue, además de hacer cesar las injerencias consideradas ilícitas, una finalidad eminentemente preventiva evitando en lo posible el surgimiento de colisiones entre el acto de un titular en el ejercicio de su derecho y el derecho de su vecino. Este cúmulo de finalidades se plasma y articula fundamentalmente a través de dos vías distintas. Por un lado, el Fuero acude al establecimiento de una regla o principio general que desde el aspecto activo supone implícitamente una prohibición a los usuarios de inmuebles de ejercitar su derecho en la manera en que lo hace cuando ello suponga un entorpecimiento para el ejercicio del derecho por el vecino; desde el lado pasivo, tal regla determina el derecho a solicitar

26. Similar previsión normativa se encontraba en la anterior Ley de Telecomunicaciones (11/1998) que prevía en su art. 48 la posibilidad de establecer limitaciones a la propiedad y a la intensidad de campo eléctrico, así como las servidumbres que resulten necesarias para la protección radioeléctrica de, entre otras, las estaciones de investigación espacial, de exploración de la Tierra por satélite, de radioastronomía y de astrofísica, y las instalaciones oficiales de investigación o ensayo de radiocomunicaciones u otras en las que se lleven a cabo funciones análogas. En aplicación de esta previsión legal, se efectuaron concreciones normativas, como la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 22 de mayo de 2003 (BOE 4 junio 2003) por la que se establece limitaciones a la propiedad y limitaciones para la protección radioeléctrica del Centro Astronómico de Yebes.

la inhibición de esos usos (o de sus efectos) y paralelamente el deber de tolerar aquellas utilizaciones o formas de uso del derecho sobre la finca vecina que, aun causando esas injerencias en el derecho propio, no son calificables de ilícitas. Por otro lado, el legislador contempla y regula situaciones vecinales concretas o típicas anticipándose a eventuales conflictos, y, a tal efecto, acentuando su labor preventiva y cautelar, limita el derecho de propiedad configurándolo con contornos de eficacia jurídico real, por medio de particulares limitaciones legales definitorias de situaciones permanentes²⁷.

Pero aun contemplando ese mismo hecho –la vecindad–, una y otra vía de reglamentación parten de presupuestos diversos, dando lugar a dos tipos de relaciones: las relaciones de vecindad con contenido obligacional (o límites al ejercicio de los derechos por razón de vecindad), y las relaciones de vecindad con significado real, que en puridad se tratan de limitaciones legales del dominio por razón de vecindad²⁸. De ahí que su régimen sea esencialmente diverso.

Los dos tipos de relaciones de vecindad –obligacionales y reales– se encuentran recogidos en el FN, si bien éste ni sigue esta terminología (recogiéndolas y regulándolas ambas bajo las limitaciones de la propiedad), ni emplea tampoco la más utilizada de “inmisiones” para las relaciones obligacionales y “relaciones de vecindad” para las reales como hace la Ley catalana 13/1990 de 9 de julio de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad. A pesar de ello, respeta la diversa configuración y las notas diferenciadoras que en ambas se presentan. Por un lado contiene una formulación genérica o regla general de limitación del ejercicio de los derechos sobre inmuebles (Ley 367 a), que aunque se contiene en el Libro III, Cap. II (De las limitaciones de la propiedad), la propia dicción literal del precepto hace que sea de aplicación al ejercicio de cualquier derecho sobre inmuebles: *Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que 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*. La redacción en sentido negativo plasmada en dicha Ley acentúa su sentido de límite a las actividades ejercidas sobre inmuebles, a la vez que fija el criterio según el cual se considera traspasado tal límite.

27. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *loc. cit.*, pp. 117-118.

28. *Ibidem*, p. 118.

Por otro lado, las relaciones de vecindad con eficacia real, siguiendo la regulación casuística de la materia acogida en otros ordenamientos y en el Derecho histórico navarro, aparecen tipificadas bajo la forma de limitaciones específicas de la propiedad. Así, respecto a ramas y raíces de árboles (Ley 367.2), edificaciones que perjudiquen las eras (Ley 367.3), cerramiento de fincas (Ley 368), instalación de colmenas (Ley 369), aguas y otros perjuicios provenientes de finca vecina (Ley 351.1) Fuera de esta ubicación todavía se encuentra otra limitación de la propiedad por razón de vecindad a propósito de la regulación de las servidumbres, como es la apertura de huecos para luces de mera tolerancia (Ley 404)

a) En las relaciones de vecindad con efectos o significado obligacional la norma atiende al abstracto dato de la vecindad como desencadenante de intereses contrapuestos cuando se pone en práctica el derecho de uso y disfrute de un inmueble y ese ejercicio interfiere en el derecho del vecino. Surgen así relaciones de carácter únicamente personal, cuyos sujetos estarán vinculados por derechos y obligaciones mutuas. Para nada contará por tanto la cualidad o no de propietario del inmueble en que las actividades se desarrollan. Por imponer derechos y obligaciones meramente personales se entablan o pueden entablarse entre quienes por cualquier título, o incluso por la posesión de los inmuebles cercanos, sufren interacciones entre sus respectivos derechos y esa misma correspondencia mutua de derechos y obligaciones hace que entre los vecinos exista una recíproca dependencia²⁹.

Junto a la intrascendencia de la titularidad dominical de los sujetos vinculados por relaciones de vecindad personales u obligacionales, se ha puesto de relieve que en dichas situaciones queda desdibujado realmente el factor vecinal, o, por lo menos, dicha vecindad debiera entenderse en el sentido más amplio de simple proximidad. Y es que, en efecto, en ellas no se produce una relación entre fincas limitativa de los respectivos derechos de propiedad; son relaciones que no tienen reflejo alguno en el contenido de la propiedad, y los derechos y obligaciones que de ellas surgen no se incorporan al contenido del derecho. Por tratarse de límites coyunturales y afectar al modo de ejercicio no queda afectado el núcleo del derecho mismo. Sin embargo, la cercanía de una

29. Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE, *ob. cit.*, pp. 12-13.

finca a otra y de los titulares que realizan algún tipo de actividad sobre ellas propician situaciones de conflicto y en esa medida se entabla una cierta relación³⁰.

Ello explica que terminológicamente no sea frecuente el empleo del término “relaciones de vecindad obligacionales o personales” sino el de “inmisiones” o “regla sobre inmisiones”, atendiendo no a la relación que surge entre vecinos por efecto de una injerencia, sino al hecho mismo que las produce: la propia inmisión o perturbación que se ocasiona por medio de actividades que se desarrollan en la propia finca, pero cuyos efectos traspasan su delimitación espacial³¹. Cuando se habla de inmisiones, se hace referencia a aquellas injerencias apreciables físicamente, que se propagan de un fundo a otro como consecuencia del disfrute de un derecho o del ejercicio de la posesión sobre un bien inmueble y que provocan una interferencia en el disfrute pacífico y útil del derecho sobre otro bien inmueble³².

Aunque el grado de posibilidad de inmisiones es sin duda mayor cuando existe proximidad entre inmuebles que cuando ésta no se aprecia, sólo impropiamente puedan denominarse relaciones de vecindad a estos límites del ejercicio de los derechos. La vecindad (en sentido amplio) sigue contando como factor de limitación, pero no llega a entablar relaciones permanentes como lo son las relaciones de vecindad con eficacia o contenido real. La proximidad de las personas posiblemente afectadas por una inmisión deriva normalmente del emplazamiento de los bienes y de la actividad que en ellos se realice o del destino que se les dé. No obstante se considera que, si bien con otro alcance, sigue habiendo unas relaciones (llamadas así en sentido lato) que viene determinadas por la vecindad³³. La referencia a la vecindad en las actividades inmisivas no debe ser identificada estrictamente con el concepto

30. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, p. 166.

31. EGEA, *Acción negatoria, inmisiones...*, cit., p. 73.

32. AMAT LLARI, E., “La regulación de las inmisiones en el Código Civil”, cit., p. 75. A pesar del tratamiento diferenciado o autónomo que en la actualidad recibe la materia de las inmisiones, pone de relieve PUIG BRUTAU que éstas están íntimamente relacionadas con el problema más general de la regulación jurídica de las relaciones de vecindad, pues se refieren a un sólo aspecto de las mismas y constituyen una base o fundamento de las restricciones que la vecindad impone, cfr. voz “Inmisiones” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XII, Barcelona 1987, p. 713.

33. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, pp. 167-168.

de colindancia de fincas, sino más concretamente con lo que equivale al ámbito o zona de influencia de los efectos de la actividad que se desarrolla. La referencia pues a la vecindad en este tipo de relaciones obligacionales lo es en sentido vulgar, de mayor o menor proximidad, por lo que deviene un concepto superfluo, ya que lo verdaderamente importante es la inmisión procedente de otra finca. En las inmisiones, afirma EGEA, la colindancia es sustituida por el requisito de la utilidad, bastará por ello que dos fincas se encuentren en una relación espacial tal que pueda explicarse la influencia de una sobre la otra³⁴. Así lo ha plasmado la Ley catalana 13/1990, al regular en Capítulos diferentes las inmisiones (Cap. I) y las relaciones de vecindad (Cap. IV)

La caracterización de la norma por la que se rige el problema de las inmisiones hace que su violación acarree unos efectos propios. Si la inmisión resulta ilícita por aplicación del principio establecido en ella el vecino afectado, por no estar obligado a tolerarla, podrá solicitar su cesación y, eventualmente junto a ella, la indemnización de los perjuicios que se le hayan irrogado. La propia configuración de las relaciones obligacionales de vecindad hace que la consecuencia primaria, sea inhibitoria o de cesación, y eventual o secundariamente la indemnizatoria³⁵.

El modo de funcionamiento de la norma sobre inmisiones viene marcado por la peculiar naturaleza de la misma, ya que la puntual relación que puede establecerse *in actu* ante una concreta forma de ejercicio del uso de un inmueble exige una concreción caso por caso de la obligación o no de cesación. Mientras en los límites reales, el legislador compone los intereses de forma predeterminada estableciendo una solución específica para el concreto conflicto vecinal en cuestión, la norma de inmisiones deja a la apreciación judicial el enjuiciamiento de la licitud del uso según la regla que la propia norma recoge. La norma de inmisiones, como límite obligacional, no operará de forma automática como los límites reales, sino a través de la comparación de intereses enfrentados que, por definición, son diferentes en cada caso.

b) Las relaciones de vecindad con eficacia o significado real constituyen auténticos límites legales de la propiedad, y en tal medida se incorporan al derecho mismo, fijando sus contornos de manera específica; en otras pala-

34. Cfr. EGEA, *ob. cit.*, p. 96.

35. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, p. 126.

bras, de ellas se desprende una determinada configuración jurídico real del dominio y de las facultades concretas del mismo. Con ellas se trata de reglamentar las propias facultades del dominio, haciéndolas compatibles con la buena vecindad entre propietarios para que el derecho de propiedad se ejercite de modo que no impida al propietario del predio vecino el ejercicio de un derecho de igual contenido³⁶. Aunque formalmente aparecen formulados a modo de atenuación o detracción de la propiedad, su finalidad es la de garantizar la efectividad práctica del poder atribuido a cada propietario en un plano de igualdad o equivalencia con el del vecino.

Tradicionalmente las relaciones de vecindad reales han sido objeto de reglamentación partiendo de supuestos manifestados en la práctica como típicamente generadores de conflictos; de ahí que el legislador se anticipe a la producción de dichos conflictos previsibles limitando recíprocamente los derechos de los propietarios colindantes en materias tales como plantaciones, luces y vistas, aguas, distancias para edificaciones, etc. Estos límites al dominio pueden recibir el nombre de límites reales, no por constituir autónomos derechos reales sobre la finca, sino por suponer una conformación real del derecho y tener eficacia real.

En estas relaciones vecinales o límites del derecho de propiedad la vecindad adquiere –como regla– significado estricto de colindancia, ya que de ordinario derivan de la concurrencia de derechos sobre fincas contiguas y su aplicación precisa el efectivo contacto entre fincas de tal naturaleza. El establecimiento de tales relaciones no es posible sin una localización concreta de los bienes, sin la expresión máxima de la vecindad que es la colindancia³⁷.

Cuando tales límites se transgreden, el efecto primario es el de poder restablecer la situación a la que se encontraba el bien afectado antes de dicha transgresión o, mejor, al estado en que legalmente debe encontrarse³⁸. A di-

36. Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE, *loc. cit.*, pp. 13-14 y 20.

37. HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, p. 92.

38. Al tratarse de cautelas para prevenir daños probables derivados de la contigüidad, las singulares normas limitadoras de la propiedad se aplican incluso cuando se demuestre la improbabilidad actual de un daño futuro. Su aplicación no está subordinada a la existencia de un cierto peligro de violación de la vecindad y resulta inútil la demostración de que aun faltando la concreta limitación o cautela (p. ej. una determinada distancia prescrita por la ley) ningún daño se le va a irrogar al vecino.

Una cuestión diferente es la de determinar si el propietario, a pesar del escrupuloso respeto a las normas legales delimitadoras del contenido de la propiedad, debe resarcir el daño

ferencia de las relaciones de vecindad obligacionales en las que la ley se limita a determinar, para el caso de que un sujeto produzca una injerencia en el fundo vecino, la regla por la cual se rige su tolerabilidad, en las relaciones reales la ley establece prohibiciones concretas (sentido negativo) para los propietarios —p. ej. no edificar a una determinada distancia, no alterar el cauce de las aguas, etc.— y consecuentemente concede al colindante la posibilidad de reclamar la vuelta del inmueble a su estado inicial cuando el otro transgrede la prohibición (sentido positivo). En otros casos, ante el conflicto ya producido, la norma establecedora del límite real diseña la concreta solución al caso a través del otorgamiento de derechos y obligaciones recíprocas, como ocurre en el caso de introducción de ramas y raíces en el fundo contiguo.

Interesa por último destacar la diferente naturaleza de las relaciones de vecindad respecto de la de las servidumbres. La divergencia esencial entre ambas figuras es de orden interno y viene dada por la reciprocidad que se puede predicar de las primeras y no de las segundas. Toda relación de vecindad se manifiesta en una recíproca dependencia entre los titulares vecinos: si un fundo sufre una determinada limitación de la que se beneficia el fundo vecino, también éste experimenta una limitación de contenido idéntico³⁹. Por ello, el titular de un derecho sobre una finca encuentra en la limitación del derecho de su vecino la contrapartida a su propia limitación; cada titular compensa el sacrificio de su propio derecho con la ventaja que deriva del sacrificio correlativo del derecho del vecino⁴⁰. En las servidumbres no existe reciprocidad sino subordinación, colocan a una de las fincas en posición de predio dominante y a otra en la de predio sirviente: lo que para una es derecho real para la otra es gravamen.

ocasionado al vecino. La misma base de mera probabilidad de daño en la que se basan dichas normas, hace que en ocasiones resulten insuficientes y que sea necesario entonces acudir a precauciones añadidas que de no cumplirse harían incurrir en responsabilidad. Ello, claro está, salvo en los casos en los que haya mediado una estipulación de *cautio damni infecti* (ley 351,2 FN), en cuyo caso la obligación de indemnizar surge por la mera producción del daño y sin precisar la existencia de culpa. En contra sin embargo, BARASSI, *ob. cit.*, pp. 641-643.

39. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. II, vol. 1º, 13ª ed., Madrid 1987, p. 247.

40. Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE, *ob. cit.*, p. 72. A ello añade este autor: “si cada fundo pierde valor en relación a las limitaciones que sufre, al mismo tiempo adquiere valor en relación a las limitaciones a que queda sujeto el fundo vecino”.

De esta diferente estructura y funcionamiento derivan todavía importantes consecuencias que acaban por diseñar el régimen jurídico de las relaciones de vecindad, o de los límites por razón de vecindad: a) la fuente de tales limitaciones es sólo la ley, y su existencia no deriva de un especial acto constitutivo (aunque cabe pacto constitutivo, del que nos ocuparemos más tarde); b) constituyendo las limitaciones el contenido normal de la propiedad y traduciéndose en recíprocos beneficios y sacrificios, queda excluida toda indemnización por razón de las obligaciones que imponen; c) las obligaciones derivadas de las normas legales de vecindad no se extinguen por su no uso: si un propietario no construye junto al lindero durante 20 ó 30 años, no por ello decae el deber de observar la distancia prescrita cuando quiera construir. La razón de ello es que de las normas legales de vecindad nacen deberes hipotéticos conexos a alguna facultad contenida en el derecho de propiedad, actos pues facultativos que no están sujetos a prescripción y d) no precisan para su oponibilidad a terceros ser inscritas en el Registro de la Propiedad puesto que su existencia es independiente de la voluntad de los titulares afectados⁴¹.

B. Las relaciones entre el ordenamiento navarro y el Código civil en materia de inmisiones

El sistema de relaciones de vecindad que recoge el Fuero Nuevo se presenta como un sistema cerrado que permite hacer frente a cualquier conflicto suscitado entre vecinos sin tener que recurrir a las normas supletorias. Tratándose de un conflicto “típico” deberá aplicarse la consecuencia o solución específica que el ordenamiento navarro prevé, es decir, deberá recurrirse a la norma que establezca para ese caso concreto la limitación legal al dominio. El resto de conflictos en el ejercicio se reconducen a la norma de inmisiones que aparece entonces como norma de cierre de las relaciones de vecindad. Por ello los límites puntuales al dominio del Código civil –si bien bajo la denominación de servidumbres– que no tienen norma paralela en el Fuero Nue-

41. Sobre estas diferencias vid. entre otros FERNÁNDEZ URZAINQUI, *loc. cit.*, pp. 133-139 y en REBOLLEDO (coord.), *Tratado de servidumbres*, Pamplona 2002, pp. 1335 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, en “Las relaciones de vecindad”, *loc. cit.*, pp. 98-101; BARASSI, L., *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, trad. García de Haro, Barcelona 1955, pp. 29-31 y TERZAGO, G. y P., *I rapporti di buon vicinato*, cit., p. 163.

vo no son de aplicación en Navarra porque la norma de inmisiones recogida en la ley 367 a) tiene una fuerza atractiva que hace que deba recurrirse a ella e impide la aplicación supletoria del Código civil español.

El supuesto más evidente –aunque no único– y que ha dado lugar a más pronunciamientos jurisprudenciales es el de plantación de árboles junto a predio vecino. Para hacer frente a esta fuente de conflictos intrepediales el art. 591 CC prohíbe “plantar árboles cerca de una heredad ajena a distancia inferior a la autorizada por las ordenanzas o la costumbre del lugar, y, en su defecto, a la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos y a la de 50 cms si la plantación es de arbustos o árboles bajos”. Ni la hipótesis ni la sanción del Código se contemplan a través de una regla vecinal específica en el Derecho navarro. Su inaplicabilidad en Navarra ha sido afirmada en varias sentencias de la Audiencia Provincial y Territorial de Navarra en las que se afirma que el Código como Derecho supletorio tan solo resulta de aplicación en Navarra cuando ni la Compilación ni los principios informadores del ordenamiento navarro o los resultantes de sus disposiciones proporcionan o suministran una norma jurídica que convenga a la resolución del caso. La Compilación establece y regula determinadas limitaciones por razón de vecindad y para la regulación de los demás posibles conflictos vecinales contiene una norma genérica que engloba los casos no expresamente previstos, a la que hay que recurrir para solucionarlos⁴². De igual manera, la jurisprudencia ha afirmado que el art. 569 CC regulador del paso temporal de materiales, no es de aplicación en Navarra, sino la regla genérica de la ley 367 a) la cual “agota la materia” de relaciones de vecindad (STSJ Navarra 18 de octubre de 2001)⁴³.

Por el contrario, en Derecho aragonés la solución jurisprudencial al respecto no ha sido unánime, decretándose en ocasiones la aplicación supletoria

42. La SAP de Pamplona de 16 de junio de 1987 (*RJN*, nº 4, julio-diciembre de 1987, p. 229) afirma que es al principio general que en este precepto (ley 367 a) se contiene y no a la más inflexible y casuística preceptiva del Código civil reguladora de las distancias de ciertas plantaciones al predio contiguo al que ha de acudir para la resolución de la presente litis (...). En idéntico sentido las SSAP de Navarra de 3 de marzo de 1989 (*RJN*, nº 8, julio-diciembre de 1989, p. 313), 27 de enero de 1995 (AC 1995/73), 2 de octubre de 2001 (AC 2202/491) y 20 de septiembre de 2002 (*RJN*, enero-junio 2003, nº 35, p. 364) y 3 de octubre de 2002 (*RJN*, enero-junio 2003, nº 35, p. 365) entre otras.

43. *RJ* 2002/1077.

del Código civil e integrando el ordenamiento aragonés mediante las limitaciones puntuales no expresamente previstas en la Compilación aragonesa⁴⁴. Este recurso a la aplicación supletoria en este Derecho civil autonómico viene dado por la ausencia de una norma “de cierre” de las relaciones de vecindad como la 367 a) FN.

La ley 367 a) FN opera frente a injerencias que no hayan sido objeto de atención específica por el legislador a través de límites puntuales y esa cualidad de absorción de conflictos vecinales para los que no hay prevista una solución específica es la que permite afirmar la complitud del sistema de relaciones de vecindad navarro. Obsérvese que el especial modo de funcionamiento de la norma de inmisiones, como regla de comparación de usos, intereses y necesidades, provoca que los problemas de la vecindad en los que resulte de aplicación la misma no hayan de ser resueltos siempre de igual manera. Así, tratándose de plantación de árboles o arbustos en la que el Fuego Nuevo no diseña una limitación puntual referida a la distancia que la misma haya de respetar, el juzgador deberá enjuiciar la cuestión a través del criterio que recoge la ley 367 a); en unos casos la plantación en cuestión será apreciada como uso no razonable, en otros casos el juez llegará al entendimiento de que la plantación responde a un uso razonable del derecho sobre el inmueble⁴⁵.

44. Sobre el particular, vid. ARGUDO PÉREZ, J.L., en *Tratado de servidumbres* (coord. REBOLLEDO VARELA), Pamplona 2002, pp. 1168-1170.

45. La SAP de Pamplona de 16 de junio de 1987 (*RJN*, nº 4, julio-diciembre de 1987, p. 229) expresa que la solución en los problemas de las plantaciones pasa por examinar “si con la plantación cuyo arrancamiento se demanda han sobrepasado los propietarios demandados los límites ordinariamente admisibles en el goce de su derecho, según los usos locales, los dictados de la buena fe y la equidad o causan a los dueños del predio contiguo molestias o incomodidades superiores a las normalmente tolerables, atendidas la naturaleza y destino de las fincas” para concluir que en el caso enjuiciado “habida cuenta de la naturaleza y destino de ambas fincas, la función, emplazamiento y características de la plantación, la elocuencia de las podas a que viene sometiendo a sus propietarios, los usos y prácticas del lugar (...) no hay molestia o incomodidad superior a lo tolerable”. La SAP de Navarra de 2 de octubre de 2001 (*AC* 2002/491) afirma que la cuestión se centra no tanto en determinar si los árboles han sido plantados a una distancia u otra, sino en examinar si tal actuación vulnera el principio del uso razonable. En idéntico sentido la SAP de Navarra de 20 de septiembre de 2003 (*RJN*, enero-junio 2003, nº 35, p. 364) y la de 3 de octubre de 2002 (*RJN*, enero-junio 2003, nº 35, p. 365).

C. Inmisiones y *ius excludendi*

Aunque los Códigos más o menos recientes (alemán, italiano, portugués, holandés...) recojan sistemáticamente la norma sobre inmisiones entre predios a propósito de la regulación del derecho de propiedad, su aplicación no se ciñe exclusivamente a las colisiones entre titulares dominicales. No debe perderse de vista que estamos ante una norma dirigida a regular actos de ejercicio de derechos, o mejor, a regular sus efectos; por ello este tipo de normas no tiene en cuenta la cualidad de propietario del causante de una inmisión ni del perjudicado por la misma, sino que atiende más bien a los efectos que el ejercicio de actividades sobre inmuebles puede ocasionar a cualquier vecino y a concretar las condiciones en que tales efectos pueden ser cesados.

Esta concepción encuentra perfecto encaje en el Derecho civil navarro y se manifiesta en la propia redacción que se dispensa a la ley 367 a) FN, la cual permite inhibir la causación de cualquier riesgo o incomodidad provocada a los vecinos, sean o no titulares dominicales quien las padezcan o quienes las provoquen. Otras normas evidencian asimismo que determinados conflictos que surgen por la proximidad no son reconducibles sólo al derecho de propiedad, a pesar de que tales normas se encuentran principalmente contempladas en el Libro Tercero (De los bienes), Título I (De la propiedad y posesión de las cosas), Cap. II (De las limitaciones de la propiedad). Así, p. ej. la ley 351.1, al limitar las facultades sobre uso de aguas, impone la limitación no al propietario, sino al poseedor del inmueble, y la misma ley en su parr. 2 otorga al propietario de una finca el derecho a exigir del poseedor de la otra finca una garantía de indemnidad cuando pueda temerse la producción de un daño proveniente de la finca poseída.

A pesar de su aplicación indistinta a todo usuario de inmuebles, resulta correcta la ubicación de la ley 367 a) en el estatuto de la propiedad inmobiliaria, tanto desde el punto de vista sistemático como desde el punto de vista estructural, quedando separada de las normas generales sobre el ejercicio de los derechos (leyes 17-25 FN) En efecto, analizada la estructura de este precepto, se observa cómo el mismo forma parte de un conjunto de reglas que tienen por finalidad el diseño o concreción del *ius excludendi* del propietario con relación a específicas injerencias activadas positivamente desde fondos diversos. El instrumento técnico que utiliza esta norma es la conformación de la facultad de exclusión del propietario inmobiliario y define restrictiva-

mente el ámbito en el que tal interés recibe tutela, según los elementos objetivos recogidos en el propio precepto.

El bien atribuido al propietario queda tutelado institucionalmente como objeto de su goce exclusivo en los términos que la propia norma recoge, por ello, la ley 367 a) es sobre todo una norma de atribución y no de comportamiento, aunque su apariencia literal haga pensar lo contrario. El sujeto que ejercita la actividad inmisiva es destinatario de la norma sólo de forma mediata, en la medida en que resulte tutelable el goce exclusivo de quien sufre la inmisión y en esa misma medida se derivan una serie de consecuencias que, a través de la tutela dada al titular, inciden en modo variado en su actividad. Desde esta perspectiva, se manifiesta una nueva idea y es la de que el encuadramiento de la norma de inmisiones dentro de los límites al derecho de propiedad debe entenderse no ya porque los titulares estén limitados en su actividad, sino porque la norma sobre inmisiones contiene una disciplina restrictiva del poder de excluir respecto a la que se tiene en otros aspectos⁴⁶.

Esta construcción es la que confirma la validez de la colocación sistemática de la norma dentro del estatuto de la propiedad y evidencia que el objeto directo de la norma no es la actividad inmisiva misma, sino el poder jurídico de inhibirla. Siendo así, y teniendo la norma por finalidad el diseño de la tutela dispensada a la exclusividad del goce, resulta que no sólo la situación subjetiva del propietario es la que queda afectada sino también la de todo sujeto que sobre la base de las normas legales de atribución y de reparto de poderes sobre los bienes, esté en condiciones de ejercitar el específico poder en el cual se sustancia el *ius excludendi*, y en general de disfrutar de las formas de tutela conexas a la atribución de un derecho de goce. La concurrencia sobre el mismo fundo de varios derechos de goce no incide sobre la autonomía de la tutela expectante que dispensa la ley 367 a) a cada uno de los titulares directamente, y no por vía derivada respecto a la situación de propiedad. En este sentido, la referencia sistemática a la situación del propietario se adopta simplemente por comodidad expositiva⁴⁷.

46. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 206 y ss.

47. *Ibidem*, p. 208. DÍAZ BRITO considera que la ubicación sistemática de la ley 367 a) es enteramente correcta y resalta que el bien jurídico que se protege es el goce pacífico de sus fundos por los vecinos y se evita toda tentación de remitir los problemas derivados de las inmisiones a otras sedes como la de responsabilidad civil extracontractual. Cfr. *El límite de la tolerancia en las inmisiones y relaciones de vecindad*, cit., p. 45.

Por otro lado, la norma opera sólo frente a injerencias derivadas del tipo de utilización fáctica en los fundos vecinos, y no frente a las injerencias de otro género que hayan sido objeto de atención específica por el legislador a través de límites puntuales. La norma sobre inmisiones no presenta el elemento de la reciprocidad propio de los límites reales, como lo son p. ej. las normas sobre distancias, en las cuales, además, la inhibición de actividades no tiene restricción alguna, pudiendo activarse aunque el fundo vecino no haya sufrido un daño efectivo. En las hipótesis de inmisiones el poder de excluir se dirige no a las formas de utilización del fundo ajeno sino a los efectos que se producen en el fundo propio. No se discute en ella la licitud de la utilización en cuanto tal sino la licitud de las consecuencias que se derivan.

D. Su modificabilidad convencional

Los elementos estructurales y funcionales de la ley 367 a) permiten llegar al entendimiento de que la disciplina que tal precepto impone tiene un carácter eminentemente dispositivo. Los particulares pueden regular convencionalmente la materia estableciendo contornos más amplios o más reducidos de la licitud de las inmisiones. Es posible que el titular de una finca convenga con el vecino el derecho a producir inmisiones que superen el criterio de admisibilidad establecido *ex lege* o que se pacten unos límites más estrictos a los legales. Si la función que cumple esta norma es la de tutelar el interés de goce inmobiliario, la solución a la derogabilidad ha de ser afirmativa al menos cuando no exista conexión o contradicción con una regulación de carácter público acerca de la utilización inmobiliaria.

La disponibilidad del mandato de esta norma, y de las relaciones de vecindad en general, se basa en el presupuesto de que el interés directamente tutelado por las normas que les conciernen es en principio sólo un interés privado de los propietarios vecinos. Como regla, la normativa privada sobre inmisiones no es de orden público, siendo su objetivo prioritario la tutela del interés privado. Ahora bien, algunos límites normales establecidos por las leyes y reglamentos a las propiedades se imponen por razones supraindividuales que afectan no sólo a los propietarios interesados sino a la colectividad, y ello hace que en tales casos deba mantenerse su carácter categórico, dado que la tutela de intereses públicos o sociales responde a una exigencia inderogable.

Las perturbaciones que, aunque consentidas por el vecino, atenten contra límites impuestos por razones sanitarias o de incolumidad personal, por protección del medio ambiente, de la flora o la fauna..., en los que está presente el elemento de orden público, resultarán ilícitas por violación de la ley 17 FN⁴⁸.

En otro orden de cosas, el pacto de fijación de licitud de una determinada inmisión podría poner en juego la salud personal del vecino afectado por ella. La implícita renuncia de un bien indisponible que tal pacto supone, acarrearía la nulidad de esa convención (ley 19 FN) y no porque se lesione lo previsto en la ley 367 a), sino porque la ilicitud de las inmisiones industriales nocivas a la salud atentan a lo previsto en los preceptos constitucionales que la protegen (art. 15 CE) Para establecer la validez de un acuerdo entre propietarios que tenga por objeto la modificación de los límites legales de la licitud de una inmisión deberá considerarse su contenido en concreto para determinar si mediante la misma el propietario del fondo dispone (además de su facultad de exclusión) de su derecho a la salud⁴⁹.

La regulación legal de la vecindad cede pues ante la convencional, salvo prohibición legal expresa, perjuicio de tercero (ley 22 FN), o salvo que, determinadas limitaciones legales lo sean no sólo en atención a la tutela de intereses privados sino también en consideraciones de interés público⁵⁰.

La creación por pacto de limitaciones de la propiedad se admite expresamente por la Ley 365 FN: “*Las limitaciones de la propiedad son impuestas por la Ley o de carácter voluntario (...)*”. Nada impide que los propietarios vecinos prevean autolimitaciones de sus respectivos derechos agravando el régimen legal, así como que sean ellos quienes derogando las limitaciones de origen legal puedan autoreglamentar sus propios derechos, alterando en ambos casos el contenido normal del derecho tal como viene configurado en la ley para dar paso a derechos conformados por la propia voluntad de sus titulares⁵¹. Estaríamos

48. Cfr. EGEEA, *ob. cit.*, p. 126 y BARASSI, *Proprietà...*, cit., pp. 483-486.

49. Cfr. SALVI, *ob. cit.*, p. 335. Por el contrario, añade SALVI, debe mantenerse como lícita por ejemplo la convención que permita inmisiones que serían en potencia extremadamente nocivas, pero que se dirigen a un fondo destinado a usos para los que tal potencial nocividad no se traduzca concretamente en una lesión de la salud de alguien.

50. Cfr. PUIG I FERRIOL, L., “Las inmisiones en la ley catalana 143/1990, de 9 de julio sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad”, *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, vol. 2, p. 707.

51. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *loc. cit.*, pp. 129 y ss.

ante el establecimiento privado del régimen de ejercicio de derechos sobre inmuebles diferente al legal, conclusión avalada por las Leyes 7 y 8 FN. Como afirma la sentencia TSJN de 22 de enero de 1993 (RA 347), “la ley 367 FN es de aplicación a las relaciones de vecindad que no han sido objeto de una específica regulación convencional por los vecinos afectados, pero cede ante cualquier otro régimen establecido por ellos en recto acatamiento al principio *paramiento fuero vienze* que resultaría infringido si las limitaciones del dominio que de este régimen voluntario se derivan vinieran a aplicarse únicamente en la medida de su correspondencia con la normativa legal en cuestión y con los principios que la inspiran”.

Toda limitación de derechos de origen voluntario determinará la obligación de soportar la perturbación establecida mediante negocio jurídico. El nacimiento de dicha obligación de soportar o deber de tolerar podrá producirse por negocios jurídicos de diverso contenido. Así, será posible porque el titular del derecho que tenga facultad de exclusión renuncie expresamente a ejercitar una acción negatoria, renuncia que no podrá tener carácter general frente a todo tipo de intromisión que se pueda producir, sino que tendrá que concretarse para un específico tipo de perturbación. Por negocio jurídico podrá asimismo establecerse una simple relación obligacional entre el perturbador y el propietario o vecino en virtud de la cual surja para el segundo la obligación de soportar los efectos de determinada actividad; pacto que en el fondo puede entenderse también como un supuesto de renuncia a la acción. Puede pensarse incluso en una limitación de vecindad establecida mediante una situación tolerada en el tiempo, con anuencia del propietario afectado, cuestión sobre la que tratamos más adelante⁵². El establecimiento de una relación jurídico-obligacional afectará únicamente a las personas que en aquel momento ostenten los derechos sobre los inmuebles afectados y sólo con carácter excepcional a su sucesor (art. 1257 CC)⁵³.

La obligación de soportar la perturbación podrá derivar por último de la constitución de un derecho real de servidumbre a favor del perturbador o inmitente. La regulación voluntaria de la vecindad en cuanto rectifica la posi-

52. En tal sentido puede verse la SAP Pamplona de 15 de octubre de 1987 (*Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, dirig. Sancho Rebullida, T. III, Pamplona 1997, nº 1198, p. 500) sobre utilización de la pared del vecino como pared de cerramiento para el fundo propio.

53. Cfr. EGEA, *ob. cit.*, p. 126.

ción normal que el dominio de las cosas ha de tener según la ordenación dada por el ordenamiento, si no se le da contenido recíproco dará lugar a una ampliación de las facultades dominicales de un vecino con respecto al otro, y le vendrá a representar una restricción de aquella primitiva recíproca posición en la que estaba. Si esto se produce en relación con el fundo propio y en perjuicio de su vecino, es claro que supondrá un *iura in re aliena*, una servidumbre⁵⁴. Esta vía tiene evidentemente distintas consecuencias a las anteriores, en cuanto tendrá eficacia frente a quien en cada momento sea titular de la propiedad perjudicada excediendo del ámbito meramente obligacional. Para que esta limitación productora de una servidumbre de origen convencional afecte a los adquirentes ulteriores, tendría que constituirse como una auténtica servidumbre e inscribirse en el Registro de la Propiedad⁵⁵ pues su incierto contenido y alcance y su variable incidencia en la extensión natural u ordinaria de las limitaciones legales hacen precisa la inscripción del título constitutivo o modificativo del régimen de vecindad para que sea oponible a terceros⁵⁶.

Se observa pues cómo el convenio entre vecinos puede dar lugar a una nueva ordenación de sus relaciones vecinales o al nacimiento de una servidumbre: en el primer caso las limitaciones convenidas sustituyen a las legales, pero se mantienen en el ámbito de la “normal” ordenación de la propiedad inmobiliaria; en el segundo se deroga este régimen normal introduciendo un “anormal” modo de relación interpredial, quebrando la reciprocidad y estableciéndose una relación de dependencia o subordinación propia de la servidumbre⁵⁷.

54. Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE, *ob. cit.*, pp. 79-80.

55. La constancia registral se hará en finca diferente según el contenido del acuerdo sea un aumento o una limitación del nivel de inmisión: en el folio de la finca que sufre la inmisión si lo que ha habido es un acuerdo de aumentar los niveles, o en la finca causante del perjuicio si se ha pactado una disminución, cfr. EGEA, *ob. cit.*, p. 126 y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. III, vol. 1º, *Derecho de cosas*, 3ª ed., Barcelona 1971, p. 355. Sobre una limitación de vecindad de origen legal con constancia registral puede verse la citada antes en el texto del TSJ de Navarra de 23 de enero de 1993.

56. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *loc. cit.*, p. 138, a lo que añade: “Ello, naturalmente sin perjuicio de la publicidad que pudiera derivarse de la sola apariencia exterior de las limitaciones voluntaria o convencionalmente establecidas, pues, siguiendo una jurisprudencia reiterada, bien que referida a las servidumbres, cuando los signos de su existencia sean ostensibles e indubitados, su sola manifestación les proporciona una publicidad equivalente a la inscripción, surtiendo efecto contra el adquirente del inmueble a quien perjudiquen aunque del Registro de la Propiedad no resulte su existencia”.

57. Cfr. *ibidem*, p. 134.

La posibilidad de alterar el modo de ser normal de la propiedad a través de la constitución de una servidumbre predial cuyo contenido sea el de soportar inmisiones que de otra manera serían ilícitas, encuentra un límite intrínseco derivado de la propia naturaleza y regulación de los derechos reales. La constitución de un derecho real de origen voluntario no puede alterar el contenido esencial o la estructura típica del derecho real objeto del negocio; la propiedad no puede someterse a una servidumbre de contenido tal que convierta en ilusorio su contenido esencial. Por ello debería considerarse ilícita la convención de una servidumbre que tenga por objeto la producción de inmisiones que alcancen una entidad lo suficientemente relevante como para convertir en insignificante el contenido de la propiedad del fundo vecino⁵⁸.

E. El paso del tiempo en las inmisiones

Una cuestión relacionada con la planteada en el epígrafe anterior es la del transcurso del tiempo y las consecuencias de orden jurídico-sustancial que tal circunstancia produce. Se trataría de contestar a la pregunta de si el paso del tiempo puede llegar a consolidar un poder o derecho a efectuar inmisiones intolerables y, consecuentemente, si queda extinguido el derecho del vecino perjudicado para hacerlas cesar mediante la correspondiente acción.

No es este el lugar idóneo para evidenciar la indudable desazón que el tema de la usucapión de servidumbres ocasiona en la doctrina, en la jurisprudencia y en las leyes. Las distintas opciones que los ordenamientos históricos o en vigor han acogido respecto a esta cuestión son dispares entre sí, permitiendo unos la adquisición por este cauce de todo tipo de servidumbres (ley 397 FN), o sólo las continuas y aparentes (art. 537 CC), o incluso cerrando la vía a que las servidumbres puedan adquirirse por usucapión (art. 7.4 La Ley Catalana 22/2001 de 31 de diciembre reguladora de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente)⁵⁹. Debiendo ceñirse la

58. SALVI, *Le immissioni...*, cit., pp. 283-284.

59. En los trabajos preparatorios del Libro V del Código civil de Cataluña, se mantiene también la negativa a que las servidumbres puedan adquirirse por usucapión, basándose no sólo en el principio de libertad de dominio, sino también en la ausencia de unión con la tradición jurídica catalana (sólo interrumpida por la Ley 13 /90 LANISRV), en el Derecho histórico

cuestión a los términos que el ordenamiento navarro establece, su análisis se abordará desde dos perspectivas: en primer lugar, la acomodación del supuesto a examinar en el instituto mismo de la usucapión en general, y en segundo lugar, la relación entre la acción de cesación de inmisiones y la usucapión.

El examen de la cuestión ha de comenzar partiendo de los preceptos del ordenamiento navarro que pudieran sustentar una respuesta afirmativa a la usucapibilidad de servidumbres de inmisión. La ley 397 FN permite la adquisición por usucapión de las servidumbres tanto positivas como negativas (aparentes y no aparentes), a la vez que articula las relaciones entre prescripción de la acción negatoria y usucapión partiendo del no establecimiento de plazo de prescripción de la acción negatoria, y decretando su prescripción sólo a consecuencia de la usucapión con la que resulte incompatible (ley 39, b FN)⁶⁰. Así que, aparentemente, los actos de inmisión podrían tener el efecto de adquisición de un derecho a inmitir sólo cuando esos actos se prolongaran durante los plazos precisos de posesión, perdiendo entonces el perjudicado la acción de cesación. Semejante planteamiento precisa un análisis detenido.

La posesión continuada, pública, pacífica y en concepto de titular de un bien por quien no es su auténtico titular (en la usucapión de la propiedad) o la posesión en las mismas condiciones de una de las facultades sobre un bien por quien no es su titular (en la usucapión de *iura in re aliena*) sólo provoca la adquisición del derecho poseído cuando el poseedor usucapiente reúne determinados requisitos. En primer lugar un elemento anímico que la ley expresa con el término “poseer como propietario” (ley 357 FN) y que evidencia la necesidad de que el poseedor usucapiente se comporte manifestando su voluntad de actuar como titular del derecho que usucape, mediante actos positivos y suficientes. La apreciación de este requisito en la usucapión de una servidumbre de inmisión es en la práctica imposible. Quien inmite y causa riesgo o perjuicios en finca vecina se comporta en realidad como titular de *su pro-*

comparado y en el Derecho comparado vigente. Vid. *Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. “Els Drets reals”*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior. Observatori de dret privat de Catalunya. Secció de Dret patrimonial, junio 2003, pp. 212 y ss.

60. Vid. los comentarios a la leyes citadas en el texto en los *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, Pamplona 2002. Vid. también los comentarios de ARREGUI GIL a la ley 39 FN en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXXV, vol. 2, Madrid 1993.

pio derecho y no como titular de una facultad sobre bien ajeno. Por definición, la realización de actividades en su finca –por mucho que cause efectos en finca vecina– no nos muestra a ese poseedor como poseedor de derecho sobre la finca del vecino; no se está comportando como titular de algo ajeno, sino como poseedor de su propio derecho, del que es titular. Y los efectos perjudiciales que produce en la finca ajena no son sino eso: efectos, que podrán ser hechos cesar (o no, si tales efectos no traspasan lo razonable), pero nada ajeno posee y nada ajeno puede llegar a adquirir.

Es cierto que en determinadas circunstancias el ordenamiento establece la usucapión de derechos sobre finca ajena partiendo de un uso propio del inmueble; así en la servidumbre de luces y vistas en las que el titular del predio dominante usa su propio derecho construyendo ventanas que impiden al predio sirviente construir a menos de tres metros de la pared o voladizo (ley 403 FN) con el fin de no verse privado de intimidad o de entrada de luz. Pero la diferencia de este caso con el que planteamos –derecho a causar inmisiones en fundo vecino– es notable, pues en el caso de luces es el propio ordenamiento jurídico el que permite o posibilita una alteración de las normales relaciones de vecindad “ordinarias” o normales a través de la constitución de una servidumbre para ese caso; es decir, es la propia norma la que prevé de antemano que una puntual y normal regulación de la propiedad pueda ser alterada por el transcurso del tiempo, mientras que en el caso del derecho a inmitir lo que hay es una causación de efectos perjudiciales o impeditivos del propio derecho que precisa el enjuiciamiento de su licitud según el parámetro de lo “razonable”.

Piénsese por ejemplo en temblores o trepidaciones que un poseedor origina en su propio fundo pero que ocasiona grietas en los cimientos del inmueble vecino ¿Qué ha poseído el eventual usucapiente? ¿Qué facultad ajena ha estado poseyendo? Lo mismo podría decirse en los frecuentes supuestos de inmisión de ruidos u olores. En esos casos, el inmitente se ha limitado a poner en práctica su propio derecho, sin poseer nada que no le pertenezca y sin ejercitar una facultad ajena.

El segundo requisito para la usucapión de la servidumbre de la que tratamos es la existencia de una justa causa, al menos en la usucapión ordinaria. Para usucapir una servidumbre que dé derecho a inmitir se haría precisa la existencia de un título, de un acto o negocio existente y válido que justificara la actuación del inmitente y que ostentara la virtualidad suficiente para dar lu-

gar a la adquisición de tal derecho, aunque evidentemente adolezca de algún defecto o irregularidad que provoque su ineptitud para la efectiva transmisión del derecho. En realidad, el examen de este requisito en la hipótesis que planteamos está de más, puesto que partimos de la inexistencia de título alguno, de la inexistencia de convenio alguno entre vecinos cuya finalidad sea la creación de una servidumbre de inmisión. En suma, el supuesto se traslada a la usucapación extraordinaria en la que, según la ley 357 FN, no logra probarse la existencia de justa causa y en la que el plazo de posesión necesaria se alarga hasta 40 años, quedando excluido además el caso de que el propietario desposeído se encontrara ausente de Navarra.

Tanto en la usucapación ordinaria como en la extraordinaria regulada en el FN, y a diferencia del régimen del CC, se precisa que el usucapiente posea de buena fe, es decir, en la creencia de que puede poseer como titular del derecho, o en la ignorancia de que la posesión de un bien en ese concepto no se encuentra amparada por una titularidad efectiva. La presunción de buena fe eximirá al posible usucapiente de su prueba. En el caso que nos ocupa sería el vecino afectado el que debiera demostrar la falta de buena fe del inmitente, o sea, habrá de probar que el usucapiente conocía que su “posesión” (¿?) no se basaba en causa justificativa. Aunque el inmitente ignorara la existencia de riesgos o incomodidades en el inmueble vecino, la buena fe en la usucapación no se refiere a este tipo de ignorancia, sino a la que versa sobre la causa de la posesión de lo ajeno. A los efectos de la usucapación, la buena fe del inmitente consistiría en la creencia de que podía inmitir, y esta creencia no se puede alcanzar hasta que no recaea un juicio de razonabilidad sobre el uso de la finca. Hasta entonces lo único que existe es una mera tolerancia del vecino⁶¹. A mi juicio, quien inmite en fundo vecino durante 40 años traspasan-

61. Ante la pregunta de si es posible una usucapación de un derecho a inmitir, EGEA (*ob. cit.*, p. 133) alega que debe comenzarse por afirmar que en los supuestos en que haya tolerancia del perjudicado no puede hablarse de usucapación, puesto que “no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño” (arts. 444 y 1942 CC). Lo mismo afirma BARBER quien pone en evidencia que para la usucapación en general de una servidumbre que altere el régimen normal de las relaciones de vecindad, resultará de capital importancia dilucidar si el uso en cuya virtud pretende afirmarse la existencia de servidumbre se posibilitó por la mera tolerancia del dueño, haciéndose por tanto imposible la prescripción o si cumple con los requisitos exigidos por la posesión en concepto de titular, con el resultado contrario (cfr. ley 394 FN en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, Pamplona 2002, p. 1264).

do la razonabilidad en el ejercicio de su propio derecho, además de hacerlo sin título lo hará siempre de mala fe ya que inmite sabiendo que no tiene derecho a ello o, mejor, sin que se haya emitido el juicio sobre la mencionada razonabilidad. Es ciertamente dudoso que quien traspasa los límites legales definitorios de su propio derecho actúe de buena fe porque nunca cree que su posesión venga sustentada en causa justificativa, más bien al contrario, conoce que puede estar actuando más allá de lo que la ley le permite⁶².

Esta última consideración da pie a abordar la cuestión desde el segundo punto de vista anunciado: las relaciones entre la naturaleza de la acción de cesación de inmisiones y el instituto de la usucapión.

Cuando la ley diseña un modo de ser del goce de los bienes inmuebles mediante una norma general de equilibrio de usos, como lo es la ley 367 a) FN, se le otorga al vecino afectado una acción de cesación de efectos que las actividades del vecino provocan. Esta acción frente a inmisiones no sustenta, para

En la doctrina en general se observa la opinión dominante de que las relaciones de vecindad pueden verse alteradas por la usucapión de una servidumbre de contenido precisamente contrario a la relación de vecindad y excluyente de ésta. Sin embargo, HERNÁNDEZ GIL cuestiona esta postura mayoritaria con la siguiente argumentación: “si el no uso no determina la prescripción extintiva, el uso invocable a los efectos de la usucapión sólo es el efecto reflejo de no uso, y si el no uso no produce la extinción, parece contradictorio que el uso (indebido) produzca la adquisición por usucapión de una servidumbre excluyente de la relación de vecindad”, cfr. “Las relaciones de vecindad en el Código civil”, cit., p. 100.

62. En efecto, la exigencia de buena fe en la usucapión extraordinaria resultará ser en Derecho navarro el elemento que permite negar la posibilidad de usucapir servidumbres derivadas de la transgresión de los límites legales.

La jurisprudencia italiana ha rechazado que se pueda adquirir por usucapión una servidumbre de inmisión bajo la argumentación de que no es posible adquirir por usucapión el ejercicio de facultades que la ley no permite. Para SALVI, tal argumento no resulta del todo convincente puesto que eso podría afirmarse para cualquier servidumbre que consista en el poder de ejercitar facultad que, contrariamente, la ley no permitiría, cuando además el propio ordenamiento italiano prevé que las servidumbres aparentes puedan adquirirse por usucapión (*ob. cit.*, p. 283).

Por lo que se refiere al Derecho catalán, la solución actual a la usucapión de servidumbres de inmisión ha de considerar la tajante solución a la que ha llegado la Ley 22/2001 de 31 de diciembre, la cual zanja la cuestión negando la usucapión de servidumbres. Por ello la postura mantenida al respecto por EGEA (*ob. cit.*, pp. 61 y ss. y 133 y ss.) con respecto al régimen anterior a esa Ley no puede entenderse válida para el régimen actual. Según este autor “la pretensión de cesación dura mientras dura la perturbación, salvo, cuando ello es posible, que el perturbador haya ganado por usucapión el derecho que se atribuía” (p. 63) Entiendo que hoy tal afirmación no admite salvedades dado el tenor del art. 7 de la Ley 22/2001.

quien la ejercita, la misma pretensión que la acción negatoria de servidumbres o de violación de límites puntuales por razón de vecindad. En la negatoria de inmisiones, se solicita del juez un pronunciamiento sobre la razonabilidad del uso de quien inmite, habida cuenta de determinados factores contingentes recogidos en la propia norma. Al ser la ley 367 a) una norma de contemporización de usos, no cabe afirmar que uno de los vecinos haya podido llegar a usucapir un determinado uso propio y que por tanto ha de denegarse el *ius excludendi* del perjudicado ante los efectos perversos al haber prescrito su acción. Los usos de las fincas son cambiantes y lo que para el titular afectado hoy puede resultar inocuo, para su *accipiens* puede resultar perjudicial si le impide poner en práctica su derecho de goce. Como norma de equilibrio de intereses que se activa en el momento en que uno de ellos se ve afectado negativamente, no hay posibilidad de apreciar su prescripción (la de la acción que ampara) por el hecho de que un determinado uso no se haya hecho cesar en el plazo de 40 años, ni que ello pueda haber dado lugar al surgimiento de un derecho transmisible a los sucesivos adquirentes e inscribible en el Registro⁶³.

En suma, la especial naturaleza de la acción negatoria de inmisiones cuyo objeto no es el de la apreciación de una pretendida facultad sobre cosa ajena, sino que exige para su estimación una comparación de usos, hace que no pueda plantearse su prescripción por una usucapición contraria⁶⁴. Si la acción

63. A ello debe añadirse algo que se expuso a propósito de la alteración convencional de la normal vecindad y que puede servir como argumento adicional: en ningún caso podría admitirse la constitución de una servidumbre que hiciera del todo ridículo e insignificante el contenido de la propiedad gravada. Este límite a la autonomía privada habría de operar igualmente en la constitución de servidumbres por usucapición. NAVARRO MENDIZÁBAL estima que en ningún caso podrá constituirse servidumbres que supongan violación de la integridad física y moral de una persona (art. 15 CE) ni de lo dispuesto en el art. 45 CE en relación con el medio ambiente; por ello deduce la imposibilidad de usucapir servidumbres de vertidos tóxicos, de contaminación radioactiva, de propagación de humos peligrosos, etc. *Las inmisiones y molestias medioambientales*, Madrid 1997, p. 388.

64. EGEA afirma al respecto: "Si la base de la acción negatoria es la existencia de una perturbación y una de las características de la perturbación es su persistencia, mientras persista en cualquier momento puede demandarse la cesación" (*ob. cit.*, p. 63). Para EVANGELIO sólo cabe admitir la usucapición de un derecho real como causa de prescripción de la acción negatoria cuando esta acción se ejercite ante la pretendida titularidad de un derecho real sobre el bien inmueble del demandante, pero no cuando se trate de interrumpir la producción de inmisiones, ya que no cabe usucapir el derecho a producirlas por encima del límite permitido legalmente, sencillamente porque no existe tal derecho, cfr. *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad*, cit., p. 340.

negatoria basada en la ley 367 a) tiene como efecto principal la condena a cesar en un determinado uso por “no razonable”, tal acción no podría prescribir por la consolidación de una situación que, aun mantenida en el tiempo, impide un adecuado goce del derecho del vecino. Esta solución no afecta a la prescripción de la acción de resarcimiento de los daños causados por la inmisión, acción a la que habrán de ser aplicadas las normas generales sobre prescripción.

La jurisprudencia se ha pronunciado en alguna ocasión afirmando expresamente que en los casos de inmisión que “no es de aplicación en Navarra la normativa relativa a la usucapión de servidumbres” (SAP Navarra de 2 de octubre de 2002⁶⁵, y en igual sentido la de 21 de julio de 1981⁶⁶).

F. Relación con la regulación administrativa y con los actos dimamantes de la Administración

Como se ha observado en epígrafes anteriores, en el ámbito del ejercicio de actividades en inmuebles el Derecho Público se presenta con un carácter disciplinante y regulador que cubre un amplio campo de materias: normativa sobre vertidos de residuos, emisión de gases, niveles de producción de ruidos, distancias observadas, reducción de materiales contaminantes, protección de especies, toxicidad de sustancias lanzadas a la atmósfera, etc. En esa regulación aparece como finalidad relevante, pero no única, la tutela medioambiental⁶⁷.

A la vista de todo ese vasto conjunto normativo deben considerarse las relaciones entre la disciplina civilista de las inmisiones (dirigida a contemporizar los intereses de carácter privado de los propietarios de fundos vecinos) y la disciplina administrativa (orientada a tutelar intereses colectivos de diversa naturaleza) Tales relaciones se plantean sobre todo en aquellas hipótesis en las que la legislación administrativa regula de forma específica la cuestión de ciertos tipos de propagación determinando el umbral máximo permitido. Res-

65. AC 2002/491

66. *Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, cit., T. II, marg. 841.

67. Cfr. ALONSO, M., *loc. cit.*, pp. 389 y ss. y “La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas”, *AC*, 1994, nº 22, pp. 403-408.

pecto a esta cuestión SCOTTI⁶⁸ pone de relieve la total independencia entre ambas regulaciones atendiendo sobre todo a los diversos intereses protegidos por una y otra. La legislación pública contempla y regula determinados comportamientos prescindiendo de cualquier relación con la propiedad inmobiliaria, adoptando soluciones en consideración al interés colectivo de salvaguardar la salud u otros valores generales; por el contrario, el legislador civil tiende a establecer los límites de equilibrio en la utilización de la propiedad inmobiliaria velando precisamente por los intereses de los titulares. Por ello, en principio, la cesación de una concreta inmisión no debería partir de la exclusiva contemplación del incumplimiento de las normas públicas; no debe perderse de vista que las mismas parten en su mandato de la abstracta potencialidad contaminante de una actividad, y que determinadas circunstancias (situación de los lugares, el limitado volumen de la actividad que se ejerza...) pueden hacer que lo que en potencia pudiera resultar perjudicial no lo sea *in concreto*. Y es que como manifiesta EVANGELIO, una cosa es la emisión y otra la inmisión, y es posible que aun superando los niveles máximos fijados por la Administración, la inmisión sea trivial⁶⁹.

Esa sería en suma la razón para afirmar que el incumplimiento de las normas administrativas no conlleva necesariamente la calificación de ilicitud de la inmisión a efectos civiles, si bien como afirma EGEA, dicha violación pueda constituir un elemento de hecho a tomar en consideración en el momento de apreciar el carácter sustancial de una inmisión⁷⁰. Lo mismo puede aplicarse a la inversa para llegar a la conclusión de que una emisión considerada no nociva (lícita) a efectos administrativos puede ocasionar efectos intolerables en un ámbito espacial concreto y frente a un usuario de inmueble en particular; es decir, cuando una inmisión exceda en concreto del criterio establecido por las normas civiles para su cesación, aun cuando no sea antijurídica con relación a lo dispuesto por las concretas normas de carácter público y no supere el nivel máximo de emisión por ellas establecido, ello no supondrá para el propietario la pérdida de su posibilidad de hacer cesar la actividad, así como de la correspondiente reclamación de los eventuales daños.

68. *I rapporti di vicinato e le cause condominiali*, cit., pp. 49-51.

69. *La acción negatoria...*, p. 87 y DÍAZ BRITO, *ob. cit.*, p. 39.

70. *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, cit., p. 85; SCOTTI, *ob. cit.*, p. 50.

Este planteamiento no es sin embargo unánime. Para algunos, la unidad del ordenamiento exigiría considerar como lícitas las inmisiones producidas con acatamiento de las normas administrativas. Esta es la razón que ha llevado al legislador alemán (Ley de modificación del Derecho de cosas, *Sachenrechtsänderungsgesetzes*, en vigor desde el 1 de enero de 1994) a modificar la norma civil de inmisiones (§ 906 BGB) estableciendo que no son esenciales aquellas inmisiones que no sobrepasen los valores o estándares máximos de emisión fijados por la Administración, con lo que queda cerrado el examen de la pretensión de cesación de las mismas. Siguiendo esta reforma, los trabajos preparatorios del Libro Cinco del Código civil de Cataluña (Derechos reales) proponen una nueva redacción del actual art. 3. 2 LANISRV en el que se añade que “en general, se consideran sustanciales (las inmisiones) si superan los valores límite o indicativos establecidos en las leyes o en los reglamentos”⁷¹.

La influencia de las normas administrativas en la calificación de licitud de las inmisiones pudiera ser especialmente discutible cuando nos encontramos ante una tipología concreta de normas administrativas que establecen, no ya el umbral máximo de emisión de una actividad, sino el umbral máximo de exposición a las fuentes de contaminación que puede ser soportado por los terceros. En estos casos queda desdibujada la inicial finalidad de preservar en abstracto el interés general para tomar en consideración la tutela de intereses privados. En tal tipo de normas el legislador manifiesta no sólo la defensa de una colectividad indiferenciada de personas, sino también la de los intereses

71. En los comentarios a dicha propuesta los elaboradores de los citados trabajos afirman que hasta ahora la distinción entre perjuicios sustanciales y no sustanciales ha quedado al arbitrio judicial, que unánimemente ha optado por acudir a parámetros administrativos. Es decir, desde esta perspectiva, el Derecho Público ha adquirido *de facto* un protagonismo muy relevante con relación a la protección civil de las inmisiones, ya que a la hora de determinar judicialmente si una inmisión es civilmente tolerable existe un entendimiento tácito según el cual el punto de referencia se sitúa en los parámetros fijados por las reglamentaciones administrativas. Los Tribunales bareman el carácter sustancial de los perjuicios según si las perturbaciones se ajustan o no a los límites de emisión establecidos en aquellas normas públicas sectoriales. Tras afirmar que esa es por otro lado la solución que han adoptado los Tribunales en algunos conflictos inmisivos, el Comentario acaba afirmando que al igual que la redacción dada al § 906 BGB en 1994, la reforma que se propone para la legislación catalana no excluye que se puedan apreciar daños sustanciales por debajo de esos niveles, ofreciéndosele simplemente un patrón al juez. (*Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. “Els Drets reals”*, cit., pp. 112-114).

de singulares sujetos expuestos; así v. gr. las disposiciones que gradúan el umbral de aceptabilidad de exposición a campos electromagnéticos y que para la Comunidad Foral de Navarra viene regulado en la Ley Foral 10/2002 de 6 de mayo⁷². Lo mismo cabe decir para aquéllas normas de carácter en principio administrativo en las que se regulan los niveles de recepción acústica. En estos supuestos en los que se involucra fundamentalmente la salud de las personas, parece razonable pensar que las inmisiones que se produzcan excediendo de tales límites deban ser consideradas ilícitas quedando así afectado el juicio de razonabilidad de los usos sobre las fincas, pues en tales normas ya no se contempla la emisión que realiza el inmitente sino la inmisión del que la sufre.

Recientemente algunas Comunidades Autónomas han regulado legislativamente la contaminación acústica, si bien no todas parten de la diferencia entre emisión e inmisión de ruido⁷³. Especialmente significativa a los efectos de la conexión entre regulación administrativa y relaciones de vecindad es la

72. Vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, A., “Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es”, *AC*, 2001, nº 40. La SAP Sevilla de 8 de mayo de 2002 (AC 1122/2003) pone de manifiesto la diferencia de tolerabilidad que se observa entre el RD 1066/2001 de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas y la Ley Foral navarra 10/2002 de 6 de mayo que establece niveles de referencia que reduce a la mitad los contenidos en la Recomendación Europea de Consejo de Ministros de Sanidad de la UE de 12 de julio de 1999.

73. La Ley 7/1997 de 11 de agosto del Parlamento de Galicia, de Protección contra la contaminación acústica parte en su regulación de la emisión de ruidos según el tipo de actividad que las produce (vehículos a motor, edificación y otras actividades). La Ley 7/2002 de 3 de diciembre de las Cortes Valencianas de Protección contra la contaminación acústica, por su parte y partiendo de los denominados “mapas acústicos”, ordena la admisibilidad de los niveles sonoros de recepción externos y de vibración según el tipo de uso dominante (sanitario, residencial, terciario e industrial), distinguiendo igualmente el nivel sonoro de día o de noche. Aunque establece una regulación de los niveles de emisión de ruido según tipo de actividad, la Ley valenciana cuida de precisar que “con independencia de esa regulación específica, los niveles de emisión vienen limitados por los niveles de recepción fijados en el Anexo de la Ley” (art. 14). La misma línea es la que guía la Ley 16/2002 de 28 de junio del Parlamento de Cataluña, de Protección contra la contaminación acústica que aborda la contaminación acústica desde el punto de vista de las inmisiones y delimita el territorio en zonas de sensibilidad acústica (alta, moderada y baja) que vendrán fijados en los mapas de capacidad acústica. Al igual que la Ley valenciana la determinación del nivel de emisión de ruido de los emisores acústicos deben tenerse en cuenta los valores límite de inmisión.

Ley 16/2002 de 28 de junio del Parlamento de Cataluña, de Protección contra la Contaminación Acústica, que extiende expresamente su ámbito de aplicación a las relaciones de vecindad, y a tal fin en el Anexo 3 de la Ley se impone los límites máximos de inmisión de los ruidos producidos por el vecindario que provenga de actividades domésticas y del funcionamiento de los electrodomésticos, aparatos, instrumentos musicales o acústicos, animales domésticos, voces, cantos, gritos u otros orígenes asimilables. La Ley de Jefatura del Estado de 17 de noviembre de 2003 –Ley del Ruido– ha venido a sumarse a las normas dictadas por las CC.AA. con el fin de trasponer al Derecho español la Directiva 2002/49/CE de 25 de junio de 2002 sobre evaluación y gestión del ruido ambiental. La propia Exposición de Motivos de la Ley española de 2003 manifiesta que el fin prioritario no es tanto limitar la emisión de ruido como controlar la exposición al ruido y para ello prevé la elaboración de mapas de ruidos según las zonas. Frente a la Ley catalana, la Ley estatal excluye expresamente de su ámbito la contaminación acústica originada en la práctica de actividades domésticas o las relaciones de vecindad, siempre y cuando no exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales. Según explica la E. de M. “en la tradición jurídica española y de otros países de nuestro entorno más próximo, las relaciones de vecindad han venido aplicando a todo tipo de inmisiones, incluidas las sonoras, un criterio de razonabilidad que se vincula a las prácticas consuetudinarias del lugar. Parece ajeno al propósito de esta Ley alterar este régimen de relaciones vecinales, consolidado a lo largo de siglos de aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que el contenido de esta Ley en nada modifica la plena vigencia de los tradicionales principios de convivencia vecinal”. Con tal justificación el art. 2.2 de la Ley declara excluidos de su ámbito de aplicación a) *las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos, cuando la contaminación acústica producida por aquéllos se mantenga dentro de los límites tolerables de conformidad con las ordenanzas municipales y los usos locales*. No resulta del todo clara la mencionada exclusión que al parecer va a venir condicionada por el respeto a los niveles de tolerancia locales o comarcales: si no se superan tales límites será de aplicación la normativa civil vecinal, si los límites impuestos por las normas municipales o por lo usual en la zona se superan quedará el supuesto sujeto a la norma administrativa con lo que al parecer quedará afectado el juicio de tolerabilidad civil por los niveles fijados por la norma administrativa.

La relación entre la disciplina civil y la administrativa en materia de inmisiones presenta además otra vertiente. En efecto, el Derecho Administrativo, además de su labor organizativa general, decide por medio de la concesión de las oportunas autorizaciones o licencias sobre las garantías necesarias para la instalación de cualquier actividad económica, especialmente la industrial, con el fin de velar por el interés público y la seguridad. Sin embargo la licencia, en su función preventiva, no supone seguridad absoluta de la no producción de inmisiones; habrá actividades que, aunque cuenten con la preceptiva licencia y los particulares no hayan hecho alegaciones en el procedimiento de su concesión, produzcan de hecho molestias, perturbaciones o incluso daños materiales⁷⁴. Se produce así otra nueva desconexión: una actividad que para el Derecho Administrativo no tiene la consideración de actividad ilícita por contar con la oportuna autorización y cumplir los reglamentos propios de la actividad, puede dar lugar de hecho a la producción de una inmisión que sea considerada no razonable y por tanto ilícita para el Derecho civil.

En el capítulo anterior examinábamos ya la solución a la que se llegó en los ordenamientos jurídicos europeos más significativos para solventar la colisión entre establecimientos autorizados y acción de cesación de inmisiones, y que consistía en negar la posibilidad de proceder a la cesación de la actividad autorizada por parte de la autoridad judicial, aunque abriendo al puerta al resarcimiento de los daños —más bien a una compensación económica por la merma ocasionada—. Esta línea surgió de una concreta interpretación de la cláusula “salvo perjuicio de terceros” implícita en la concesión de las autorizaciones y que conllevó un tratamiento específico para las inmisiones producidas bajo la cobertura de la autorización. Esta línea sin embargo no ha sido posteriormente seguida por la Jurisprudencia, al menos de la Sala 1ª del TS, que en el momento presente y como pasaremos a examinar, mantiene precisamente la postura contraria a tal interpretación.

La doctrina viene afirmando que la existencia de autorización o licencia concedida al inmitente no impide el ejercicio de acciones civiles por el perjudicado. A pesar de ello pueden observarse posturas contrarias respecto a las

74. El otorgamiento de licencias y autorizaciones tiene también una relativa finalidad de tutela de intereses particulares, pues los afectados por una eventual inmisión pueden no sólo denunciar la falta de licencias sino oponerse a su otorgamiento en el procedimiento de concesión, cfr. AMAT, *loc. cit.*, p. 78.

consecuencias que se pueden derivar del éxito de la acción civil ejercitada. Para algunos la existencia de una autorización administrativa requerida por ley para el ejercicio de una actividad o de una industria no tiene en el fondo ninguna relevancia en el juicio civil promovido por el propietario para reaccionar frente a inmisiones en su inmueble. La concesión de la correspondiente autorización supone a estos efectos la remoción de un obstáculo impuesto por la ley para el ejercicio de una actividad, pero por naturaleza no influye en los derechos subjetivos de terceros⁷⁵. En conclusión, las inmisiones pueden ser inhibidas en cuanto superen el umbral de tolerabilidad establecido por la norma de Derecho privado incluso en las hipótesis en que las mismas deriven del desenvolvimiento en el propio fundo de una actividad autorizada regularmente por la Administración Pública⁷⁶, llegando incluso a “desautorizar” lo que la Administración autorizó, ordenando el cese de la actividad.

Para otros por el contrario, la salvedad de derechos de terceros se limita a la exigencia de responsabilidades y de medidas correctoras a quien, al amparo de una licencia, causa con su actividad daño a otro, agotándose ahí sus efectos. Los tribunales civiles con tales medidas se ceñirían a corregir las disfunciones en el funcionamiento de la actividad con el fin de proteger los derechos de terceros sin cuestionar la competencia de la Administración ni el acto que aprobó. Esta sería la solución a adoptar en aras de la seguridad jurídica y que conllevaría la imposibilidad de suspender las actividades autorizadas⁷⁷.

Esta divergencia de opiniones no es trasladable al ordenamiento catalán que, siguiendo al alemán, preceptúa la tolerancia de las inmisiones que tengan su origen en instalaciones que gozan de autorización administrativa, si bien faculta al perjudicado para solicitar la adopción de medidas posibles según la técnica y económicamente razonables y, lógicamente, para reclamar la indemnización por los daños producidos (art. 3.5 Ley 13/90 –LANIRV–) Dejando aparte la valoración que esta opción del legislador merezca, lo cierto es que la misma no es aplicable en aquellos ordenamientos que no la ha-

75. AMAT, *loc. cit.*, p. 80, DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid 1993, p. 578, DÍAZ BRITO, *El límite de tolerancia en las inmisiones y relaciones de vecindad*, cit., p. 44, EVANGELIO, *La acción negatoria...*, p. 257, NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones y molestias medioambientales*, cit., pp. 280-2291.

76. Cfr. SCOTTI, *ob. cit.*, pp. 48-49.

77. ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, p. 440.

yan acogido expresamente, como ocurre en el Fuero Nuevo de Navarra o en el ordenamiento común.

La ley 367 a) FN, a diferencia del Derecho catalán, no cierra la puerta a la posible cesación de usos “no razonables” productores de inmisiones en fundo ajeno y al amparo de una autorización o licencia. En otras palabras, la mera existencia de autorización no convierte la actividad inmisiva en “razonable”, si bien en el juicio de razonabilidad que esta norma impone al juzgador o en la condena a adoptar pueda influir la existencia de la autorización concedida al inmitente⁷⁸. Esta es, creo, la solución acorde con el ordenamiento jurídico navarro en su conjunto. Así lo demuestra por un lado y con carácter general el art. 181 de la Ley Foral 6/1990 de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra (“Las licencias y demás actos de control producirán efectos entre la entidad local y el sujeto a cuya actividad se refieran, y se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero. No podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad en que incurran los beneficiarios en el ejercicio de la actividad”) y, con carácter particular, la Ley Foral 16/1989 de 5 de diciembre de Control de las Actividades Clasificadas para la Protección al Medio Ambiente, que en su art. 6.2 establece que “las licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero, por lo que no exonerarán de las responsabilidades civiles o penales en que incurran los titulares de las licencias en el ejercicio de sus actividades”⁷⁹.

A mi juicio, estas prescripciones dimanantes de la propia legislación pública manifiestan que el otorgamiento de la licencia no altera el régimen de la propiedad ni afecta al régimen de su ejercicio ni a su contenido; por tanto dicho otorgamiento no impide la aplicación de las normas reguladoras de la colisión entre propiedades ni modifica el régimen “normal” de la propiedad inmobiliaria. La salvedad del derecho de propiedad que debe entenderse en

78. Sobre un caso de inmisión mediando licencia administrativa, vid. la SAP Navarra de 31 de julio de 2001 (*RJN*, nº 33, enero-junio 2002, p. 254).

79. Similar idea es la que se acoge en el régimen de concesión de las aguas regulado en el art. 61 del Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio que aprueba el Texto refundido de la Ley de Aguas: “toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio de tercero”. En igual sentido el art. 15.2 Decreto Foral 32/1990 de 15 de febrero. El precepto de la Ley Foral mencionada en el texto es prácticamente igual al que recogía el art. 12. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

toda licencia viene además a confirmar que el concesionario no ve ampliado por la misma el contenido de su propiedad en detrimento de las propiedades ajenas; tal acto administrativo no impone una limitación adicional a la propiedad ajena ni le impone al titular afectado una obligación de soportar lo que de otra manera resultaría anormal o “no razonable” como si de una especie de servidumbre se tratara. El acto administrativo no se superpone en todo caso a los intereses de los particulares, y por ello los Tribunales civiles pueden, cuando esa sea la única medida subsanadora de las perturbaciones, ordenar la cesación de las actividades. La adecuación de esta medida a las circunstancias del caso deberá ser ponderada de forma especial ya que así lo demanda no sólo la gravedad de la condena y sus consecuencias económicas, sino también el empleo de la equidad que la propia ley 367 a) exige.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clara en este sentido al afirmar que frente a una actividad que cuente con la licencia de actividad, el particular no está abocado a impugnar dicha licencia por la vía administrativa cuando se vea perjudicado en sus derechos, sino que la licencia tiene un carácter neutral respecto de los derechos privados de los terceros. Las autorizaciones o licencias sólo producen efectos entre la Corporación que las concede y el sujeto a cuya actividad se refieren, sin que constituyan por tanto patente de corso frente a los derechos privados de terceros, ni le imponen al perjudicado la carga de litigar contra la Administración que la concede; su conflicto no es con la Administración, sino con el particular causante del daño o de la perturbación. De ahí que cuando la jurisdicción civil actúa en defensa de los derechos de particulares deberá adoptar aquellas medidas adecuadas al principio de tutela judicial efectiva, las cuales en ocasiones deberán consistir en ordenar el cese de la actividad, siendo indiferente la existencia o no de licencia. Tal pronunciamiento no supondría invasión del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sino actuación dentro de su ámbito de competencia⁸⁰.

La SAP Baleares 15 febrero 2002 (AC 2002/530) ha resumido esta doctrina del TS sobre la relación entre la autorización o licencias administrativas y las relaciones de vecindad afirmando que “es cierto e indiscutido que la pre-

80. La STS de 29 de abril de 2003 (RJ 2003/3041) afirma que la autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados (F^o 10^o).

vención y represión de supuestas infracciones urbanísticas es competencia de la Administración, cuyas actuaciones serán revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa y no por los órganos jurisdiccionales del orden civil, ahora bien, (...) ello no impide examinar si en un supuesto concreto, (...) y con independencia de la posible infracción urbanística, la parte demandada ha realizado obras que ocasionan una perturbación o lesión a la titularidad de la parte actora”. Con cita de la jurisprudencia del TS al respecto –SSTS de 16 enero de 1989 (RJ 1989/101), 18 de julio de 1997 (RJ 1997/6019), 3 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9176)⁸¹, 16 de julio de 1993 (RJ 1993/6155)– recuerda que “debe evitarse el equívoco de creer que porque a la Administración corresponde ordenar y controlar la adopción de medidas protectoras, se trata en todos sus aspectos de materia propia del Derecho administrativo; por el contrario, cuando afecta a derechos subjetivos privados pierde aquel carácter para entrar de plano en el campo propio del Derecho civil. La existencia de licencia de obras no impide conocer a los tribunales del orden civil las controversias que se susciten entre particulares en el marco de las relaciones de vecindad, pues dicha licencia se otorga siempre a salvo del derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, de forma que su obtención no puede proporcionar cobertura a las actuaciones que supongan lesión del Derecho privado de un vecino o alteración en su perjuicio del régimen de propiedad inmobiliaria derivado de la vecindad. Las obras ejecutadas de acuerdo con la licencia obtenida al amparo de la legislación administrativa pueden ser impedidas por los Tribunales del orden civil a instancia de los titulares de derechos, como el de propiedad, a los que eventualmente tales obras pueden afectar”.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo han ido más allá en la argumentación señalada, indicando el papel que en la cesación de actividades inmisivas debe juzgar la consideración de los intereses generales implicados en ocasiones en el desenvolvimiento de algunas industrias. Como acertadamente señala NAVARRO MENDIZÁBAL esta cuestión se desliga en realidad de la existencia o no de autorización en la actividad inmisiva, pues las licencias no se exigen sólo a las actividades trascendentales para la sociedad, sino a todas aquellas que por razones de política legislativa se entienda que deban estar

81. Dicha sentencia ha sido comentada por ALONSO PÉREZ en *CCJC*, 1987, sept-dic. pp. 5255 y ss., y por SALVADOR, P. y SANTIDIUMENGE, J., “La acción negatoria”, *PJ*, 1988, vol. 19, pp. 117-124.

controladas por la Administración, sean o no fundamentales para la economía nacional⁸². Pues bien, es realmente dudoso que a pesar de estimarse la necesidad de paralización de una actividad, el tribunal haya de considerar que por la importancia vital para la sociedad y para los intereses colectivos, éstos hayan de primar sobre el interés particular de un ciudadano y que éste por tal razón pierda su derecho a que la actividad sea paralizada, contentándose con el derecho a ser indemnizado⁸³.

Como hemos afirmado anteriormente⁸⁴ la consideración de la función social en la aplicación concreta de la norma de inmisiones exige su interpretación como norma conciliadora no sólo de intereses privados, sino también de las exigencias de interés general que los bienes están llamados a cumplir. Y esa coordinación de intereses no necesariamente se producirá supeditando la tutela del *privato* a la del *publico* y afirmando que el interés de una industria resulta prevalente. Deberán compaginarse las exigencias de la industria como fuente de progreso y trabajo con la tutela de otros valores fundamentales reconocidos constitucionalmente: salud, intimidad, medio ambiente... debiendo valorar no sólo la nocividad de la esfera ajena producida tanto por el vecino individual u ordinario como por el vecino industrial, sino también la tutela del medio ambiente. Y es que los intereses sociales se encontrarán tanto a favor (p. ej. tutela del medio ambiente) como en contra (como empleo, industria, progreso...) de una eventual paralización⁸⁵.

G. La acción de la ley 367 a) FN y otras acciones de cesacion

La pretensión de hacer desaparecer las perturbaciones que se provocan en el goce de un inmueble y que provienen del ejercicio del derecho sobre otro inmueble vecino puede encauzarse a través de diversas vías recogidas y reguladas en diferentes normas legales. Las mismas difieren en orden a los presupuestos para ejercitarse y en las consecuencias que se derivan de ellas.

82. Cfr. *Las inmisiones*, p. 288, nota 123.

83. Así lo defendía AMAT LLARI, *La regulación...*, p. 82.

84. *Supra*, Cap. II, I, B.

85. NAVARRO MENDIZÁBAL, *ob. cit.*, p. 288; ALONSO PÉREZ, *Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989*, cit., p. 5262.

La LPH de 21 de julio de 1960, ya antes de su modificación por la ley del 1999, evidenciaba la necesidad de regular en el contexto de la propiedad por pisos la colisión en el ejercicio del uso de la misma con el fin de “dejar establecidas las bases de convivencia normal y pacífica” (Exposición de Motivos) Durante la vigencia de la LPH en su redacción originaria, sus arts. 7.2 y 19 contribuyeron a remediar las perturbaciones ocasionadas en el ámbito propio de esa norma que, por otro lado, se manifiestan con una especial intensidad y frecuencia, dadas las condiciones en que se encuentran en tal caso los inmuebles, y que determinan en ocasiones una vecindad en su expresión más acabada: la colindancia⁸⁶.

La modificación efectuada en este punto por la Ley 8/1999 de 6 de abril ha venido a retocar la regulación anterior, introduciendo nuevos elementos, abandonando el carácter sancionador implícito en la LPH de 1960 y acabando por configurar una propia acción de cesación de determinados usos llevados a cabo por un propietario u ocupante del piso o local en régimen de propiedad horizontal:

Art. 7.2: “Al propietario y al ocupante del piso o local no les 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 Presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por esta apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales oportunas.

Si el infractor persistiese en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo se sustanciará a través del juicio ordinario.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de

86. “No hace falta, dice DÍAZ BRITO, demasiada imaginación para comprender el innumerable conjunto de situaciones conflictivas que pueden presentarse en el seno de una convivencia tan estrecha, como la que existe entre personas cuya vida diaria e intimidad está separada de la ajena únicamente por sonoros patios interiores o por unos pocos metros de hormigón”. *El límite de la tolerancia...*, p. 47.

la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento.

La vigencia y aplicabilidad en Navarra de este precepto de la LPH y de la ley 367 a) FN da pie a plantear la relación entre ambas en términos de oportunidad, haciendo ver la ventaja o inconveniente de una u otra a la vista de la distinta configuración que de la acción de cesación y de sus condicionantes realizan ambas normas.

No cabe duda que la ley 367 a) FN por su amplitud y generalidad permite hacer frente a todo tipo de ejercicio de derechos sobre inmuebles que ocasione molestias o riesgo de que se produzcan. Por el contrario, la acción de cesación de la LPH está condicionada –además de por su ámbito espacial (inmuebles por pisos)– a una serie de presupuestos que en la práctica pueden impedir o dificultar su ejercicio. No debe olvidarse que, fundamentalmente, la LPH concibe la actividad perturbadora como ejercicio del uso del inmueble en contra de los intereses de la Comunidad⁸⁷, pues no otro puede ser el sentido que debe dársele al hecho de que sea el Presidente de la Comunidad el legitimado para la acción. Esa legitimación del representante de la comunidad es entendible cuando la actividad desarrollada resulte dañosa para la finca (para los elementos comunes) o para los propietarios en general (piénsese en las molestias producidas por el local de negocio) pero resulta entorpecedora cuando la actividad sea molesta sólo para el vecino contiguo al perturbador. En ese caso quien sufre la perturbación se limitará a tomar la iniciativa

87. DÍAZ BRITO afirma que no estamos propiamente ante una norma específicamente dirigida a rechazar inmisiones ilícitas, ya que la finalidad principal del precepto es conseguir una convivencia armónica permitiendo obtener el cese de ciertas actividades. *El límite de tolerancia...*, p. 49.

para poner en conocimiento del Presidente la situación de perturbación, pudiéndose encontrar con el inconveniente de que el Presidente no requiera la cesación de las molestias, o que posteriormente no exista acuerdo de la Junta para autorizar el ejercicio de la acción de cesación. No le queda entonces al vecino perjudicado otra vía que la de plantear la cesación de forma individual y a través de la Ley 367 a) FN.

Pero la coexistencia de ambas normas en el ordenamiento navarro permite al propietario, u ocupante que vea perturbado su goce ordinario optar, como decíamos, por el ejercicio de la acción de cesación, bien planteando la demanda individualmente (ley 367 a) FN) o a través de la acción de la comunidad (art. 7.2 LPH), siempre que se den los presupuestos formales más arriba mencionados, y en el buen entendimiento de que no se trata de una acción individual que se le conceda a cualquier titular de propiedad horizontal y por su calidad de tal, sino de una acción “corporativa”. Con todo, la confrontación de ambas normas evidencia un diseño más ventajoso para el actor de la acción recogida en el FN frente a la de la LPH, pues aquélla no precisa la prueba de que la actividad resulta prohibida en los estatutos⁸⁸, o de que resulta dañosa para la finca o de que infringe las disposiciones administrativas sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Bastará con que en la demanda se demuestre que el uso del propietario u ocupante perturbador resulta un uso no razonable y que ocasiona molestias o riesgo de que se produzcan en el futuro. Por el contrario la acción de cesación de la LPH es una acción que exige para su estimación, aparte de un daño para la finca, la contravención de las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, o de los estatutos en cuanto prohiban determinadas actividades. De esta forma, el cumplimiento de la normativa administrativa o de las normas estatutarias se convierte –según el tenor literal del precepto– en obstáculo para el ejercicio de esta acción civil.

88. La SAP de Navarra de 26 de junio de 2000 (AC 200/1676) evidencia esta dificultad en un caso de alegación conjunta de la ley 367 a) FN y del art. 9.6 LPH que en su redacción originaria imponía una obligación de diligencia en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y de responder frente a estos de las infracciones cometidas. La Sala desestima el recurso al considerar, entre otras cuestiones, que ni siquiera se han aportado los estatutos que hubieran demostrado que la actividad efectuada –elevación del muro divisorio entre dos chalets– estuviera prohibida por los mismos.

Aunque la interpretación que de este punto del precepto ha realizado la doctrina y alguna jurisprudencia que aboga por la consideración de que las “disposiciones generales” no establecen una sumisión de los efectos civiles a las normas administrativas, ni que la Comunidad de propietarios quede privada de la posibilidad de accionar contra el “vecino molesto”⁸⁹, lo cierto es que la acción de la ley 367 a) FN no precisa la demostración de tal elemento ni condiciona a ello su éxito, sin poner al actor en peligro de que el demandado

89. MARTÍN BERNAL explica esa conclusión afirmando que si bien las actividades insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas pueden ser objeto de una mejor tipificación legal, no sucede lo mismo con las actividades molestas que se resisten a ser tipificables. No parece que ninguna ordenanza municipal o disposición de similar rango pueda descender a usar la infinidad de supuestos que pueden caer bajo la órbita de “actividades molestas”, como por ejemplo que un propietario u ocupante se dedique a tirar sus desperdicios a los pisos de sus vecinos, que insulte sistemáticamente a unos u otros, que incumpla reiteradamente los acuerdos sobre elementos comunes... o que su comportamiento, en suma, sea contrario a cualquier sentido vecinal. En tales casos la Junta de la comunidad tiene y tendría acción y los Tribunales podrían aceptar la sanción ante tales comportamientos, aplicando con todo rigor el art. 7.2 LPH. El argumento del que MARTÍN BERNAL parte es la propia definición que de las “actividades molestas” realiza el art. 3 del Reglamento: aquéllas que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen. La determinación objetiva de lo que resulta molesto más allá de lo tolerable no deberá hacerse apriorísticamente y sólo por las características de la actividad, sino atendiendo al modo de realizarla y a la conducta que su titular adopte frente a las advertencias que se le hagan. Deberán tratarse de actividades que no se hallen prohibidas por los estatutos, pero que sin embargo perturben la vida normal de los habitantes del inmueble. Cfr. *El vecino molesto y el vecino moroso*, Madrid 2000, pp. 55-60. En igual sentido se expresa EVANGELIO, para quien lo más sensato sería descartar una interpretación literal de la norma y entender que aunque la actividad no está contemplada en ninguna disposición, la Comunidad podrá acudir a la previsión del art. 7.2 LPH, *La acción negatoria...*, p. 29, vid. también MORENO MARTÍNEZ, J.A., *Conflictos de vecindad por el uso de la vivienda y locales de negocio (De acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Propiedad Horizontal)*, Pamplona, 1999, pp. 125 y ss.

Por otro lado, SANTIDIUMENGE se muestra partidario de interpretar las prohibiciones impuestas en el título constitutivo o en los estatutos con sentido restrictivo, entendiendo que las actividades prohibidas por este tipo de prescripciones sólo tendrán validez cuando contravenzan una disposición normativa de carácter general que permita calificarla de actividad molesta, insalubre, nociva, peligrosa o ilícita, o cuando de la actividad prohibida en los estatutos se derive un daño para finca. Y ello, arguye este autor, porque de ordinario los estatutos son un mero documento otorgado por el promotor en el que no interviene la voluntad colectiva de los propietarios, “Notes sobre l’acció de cessació i la privació temporal de l’ús de la vivienda o local previstes a l’article 7,2 de la Llei de Propietat Horizontal”, *RJC*, 2000, 99 (1), p. 97 y n. 16.

alegue el cumplimiento estricto de la normativa administrativa o de los estatutos⁹⁰.

Otra posibilidad de reacción ante determinadas intromisiones producidas en un inmueble es la que se contempla en el art. 305 de la Ley del Suelo (RDL 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana), que recoge una acción de demolición de determinadas obras y construcciones, cuyos especiales caracteres obligan a establecer y clarificar las relaciones entre esta acción y la de la ley 367 a) FN.

Art. 305 LS: Los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior y en el art. 266, podrán exigir ante los Tribunales or-

90. En algunas sentencias se observa que la parte interesada alega conjuntamente la aplicación de la ley 367 a) FN y de determinadas normas de la LPH, en especial de su art. 9. Así por ejemplo en la SAP Navarra de 31 de julio de 2001 (*RJN* nº 33, enero-junio 2002, p. 208) el recurrente en apelación alegaba que la instalación de la chimenea para la que contaba con licencia municipal no respondía a simple capricho, sino a la necesidad y que aunque causara ciertos riesgos a los vecinos, los mismos debían ser soportados por tratarse de un uso razonable. A ello añadía que la LPH en su art. 9.1 impone a los propietarios la obligación de permitir la entrada a los pisos para mantener y reparar las instalaciones comunes o privativas.

En la SAP de 11 de febrero de 1993 (*RJN*, 1993, nº 16, jul.-dic., p. 322) el recurrente en apelación aducía que la instalación de tuberías para la conducción del gas que había efectuado la Comunidad sobre el voladizo superior del local de negocio que era propiedad del recurrente habían creado una servidumbre de interés general sobre su inmueble que según el art. 9.3 LPH en su redacción originaria hubiera exigido el acuerdo de las 4/5 partes de los propietarios. La Sala, tras estimar que no se trata de una servidumbre en la medida en que las tuberías se instalan sobre la fachada común y no sobre elementos privativos del local de negocio, aborda la cuestión en base a la ley 367 a) FN, decretando el uso razonable por parte de la Comunidad de Propietarios.

En otras ocasiones se ha planteado la contraposición entre la anterior normativa sobre la Propiedad Horizontal –en concreto del anterior art. 7– y la ley 367 a). En la SAP Navarra de 31 de julio de 1996 (*RJN* 1997, nº 23, ene.-jun., p. 295) la demanda se planteó por una Comunidad de Propietarios en base al mencionado art. 7 LPH en su anterior redacción por las obras acometidas por un vecino en su propia vivienda y en contra de los intereses de la Comunidad. La sentencia de apelación confirma la de instancia si bien afirmando que “hubiera sido más correcto decidir el asunto de acuerdo con las normas que dirimen los conflictos de vecindad, en cuanto establecen limitaciones en el uso de los inmuebles por esas razones (leyes 551,2 y 367.1 del Fuero Nuevo) de acuerdo con las cuales, al realizarse la obra de demolición y reconstrucción del murete de cierre (...) es exigible al dueño del chalet en que se efectuó la obra no producir con ella a los vecinos riesgo ni mayor incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable (...)”.

dinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a las distancias entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminados a tutelar el uso de las demás fincas.

Esta acción de demolición no precisa para su ejercicio la existencia de una inmisión o perturbación efectiva procedente de la finca en que se ha construido la instalación u obra ilegal, pues la perturbación consiste en la mera existencia de esas construcciones⁹¹. Se trata de una acción civil que defiende los intereses de los propietarios y titulares de derechos reales y que no pierde tal carácter por el hecho de que la obra o instalación ilegal haya sido autorizada administrativamente, pues sería anormal que el perjudicado tuviera que acudir primero a la jurisdicción contenciosa para que declare la ilegalidad del acto de licencia y después intentar ante los tribunales ordinarios la demolición. No otra cosa se deriva de que el propio art. 305 contemple la acción civil como remedio añadido a la acción pública recogida en el precepto anterior para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas⁹². La obtención de una licencia no puede proporcionar cobertura a las actuaciones que supongan una alteración del régimen de la propiedad inmobiliaria⁹³.

Delimitado el ámbito objetivo de ejercicio de la acción del art. 305 LS en las obras que vulneren la normativa que se señala, queda excluida la posibilidad de demolición de las obras o instalaciones que no tengan una regulación específica en esa legislación administrativa, pues no ha de perderse de vista que la finalidad de la propia Ley del Suelo es la de “establecer el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y regular la actividad administrativa en materia de urbanismo” (Exposición de Motivos) y en esa línea el art. 305 sólo puede referirse a un estatuto de la propiedad previamente diseñado que se protege y defiende a través de varias vías, entre las que se encuentra esta acción privada.

Este cauce de protección de la propiedad o de los derechos reales sobre fincas ajenas a aquélla en la que se ha acometido la obra vulneradora de la le-

91. NAVARRO MENDIZÁBAL, *ob. cit.*, pp. 427-428.

92. *Ibidem*, p. 431

93. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Las relaciones de vecindad...*, p. 167.

galidad se presenta con unos perfiles similares, no tanto a la acción de cesación de inmisiones del Fuero, sino más especialmente respecto a la denuncia de obra nueva recogido en la ley 350 FN. Si bien es cierto que la denuncia de obra nueva presenta un primer y primordial carácter suspensivo de la obra acometida por el denunciado, no deja de aparecer secundariamente el elemento demolitorio cuando, a pesar de la prestación de caución, la obra finalmente resulte declarada como contraria al derecho del denunciado. Pero este punto de conexión en el elemento demolitorio con respecto al art. 305 LS no es más que aparente. Con la prestación de la caución, el denunciado puede proseguir la obra iniciada, si bien esa caución se hará efectiva y servirá al denunciante como aseguramiento cuando recaiga sentencia condenatoria en la que se ordene la reposición de las cosas al estado preexistente. Así pues la demolición es un factor coyuntural en la denuncia de obra nueva, si bien es precisamente el factor causal que (junto con la condena indemnizatoria, o además de ella) mueve a la presentación de la denuncia.

Por otro lado, la obra denunciante es la obra del vecino que contraría el derecho del denunciante. Esta ilicitud no es la administrativa o urbanística del art. 305 LS, sino la ilicitud civil, es decir, la que supone una violación del derecho de propiedad o de los derechos reales ajenos. Si la ilicitud de normas de Derecho Público no conlleva además un perjuicio a quien se oponga a su ejecución, no procedería por ese solo dato la denuncia de obra nueva. Se requerirá por tanto que se limite de alguna manera el ejercicio del derecho de propiedad, que suponga un impedimento al mismo o una lesión⁹⁴.

La contraposición expuesta entre la denuncia de obra nueva y la acción de demolición de la Ley del Suelo permite evidenciar las diferencias que se presentan entre esta última acción y la de cesación de inmisiones procedentes de fundo vecino de la ley 367 a) FN. Se ha puesto ya de manifiesto que el objetivo del precepto de la LS no es el de permitir al propietario rechazar o repe-

94. Además, la procedencia de la denuncia de obra nueva exige la presencia de una obra iniciada y no terminada pues en otro caso no podría producirse el efecto suspensivo propio de esta figura. Frente a semejante condicionante, la aplicación del art. 305 LS parece demandar la existencia de una obra finalizada. Este punto no es sin embargo admitido unánimemente pues mientras para unos el art. 305 LS autoriza a los Tribunales para acordar además de la demolición la paralización de las obras, siendo en realidad la paralización un medio para evitar una posterior demolición, para otros, la única consecuencia de la aplicación del 305 es la demolitoria. Sobre este tema y las consecuencias que se derivan de él, vid. EVANGELIO, *La acción negatoria de inmisiones...*, cit., pp. 210 y ss.

ler inmisiones ilícitas, sino oponerse a las obras o instalaciones que infrinjan la normativa de distancias o las disposiciones relativas a actividades incómodas, insalubres o peligrosas. El art. 305 LS permite accionar contra tales obras con independencia de si las mismas causan efectivamente inmisiones o no, o de si resultan excesivas, pues es el simple hecho de incumplir la normativa mencionada el que permite solicitar la demolición⁹⁵. Esa concreta configuración del precepto de la LS hace ver en la misma la finalidad de conseguir el respeto al diseño mismo de la propiedad, de sus límites objetivos ya sean impuestos por normas de naturaleza civil o administrativa. La acción que concede se funda en la violación de los confines de las facultades de los propietarios, en la extralimitación en el contenido de su derecho. No se enjuicia la manera en que el titular pone en práctica las facultades de las que está investido, sino de poner fin a las extralimitaciones o a los actos ilegales que se encuentran fuera del contenido de su propio derecho.

III. Perfiles funcionales de la ley 367 a) del Fuero Nuevo

A. En general

La ley 367 a) adopta como criterio o parámetro de licitud de las inmisiones el uso razonable de los derechos sobre los inmuebles. Se aparta así de la terminología utilizada por otros ordenamientos que se refieren al *uso tolerable* (italiano o suizo), al *uso normal* (portugués, catalán), o a la *utilización ilícita* (holandés) La diferencia no sólo es de orden semántico. La norma, al limitar el ejercicio de los derechos por razón de vecindad lo hace desde el aspecto activo de la relación, atendiendo no tanto a quien sufre la perturbación, el riesgo o la molestia, sino a quien la produce⁹⁶. La perspectiva utilizada se centra pues en el ejercicio de los derechos, y la ilicitud de la inmisión se medirá tanto por los efectos de ésta como por la actuación del inmitente en el uso de sus

95. DÍAZ BRITO, *El límite de tolerancia...*, pp. 50-51 y PARRA LUCAN, M.A., “La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del Código civil y 305 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana”, *Aranzadi civil*, mayo-junio, 1993, pp. 9 y ss.

96. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Las relaciones de vecindad...*, p. 152.

facultades sobre el inmueble. El uso razonable deberá tomar en consideración la medida del uso del propio derecho por el propietario, independientemente (aunque no de forma absoluta) de su incidencia en el predio vecino, mientras que el criterio de la tolerabilidad del art. 844 Codice italiano pone énfasis en las consecuencias que provoca la utilización de un determinado predio. En este sentido, el *uso razonable* es más próximo al *uso normal*, pero el legislador navarro, quizá huyendo de las críticas que a la teoría del uso normal fueron hechas en cuanto tal doctrina tiene de apreciación subjetiva, utilizó un concepto más neutro y objetivo: el uso que determine la razón, no la normalidad del mismo⁹⁷.

Sin embargo, aunque el criterio empleado por el FN sea el del ejercicio razonable del derecho, las consecuencias no difieren tan radicalmente de la utilización de un parámetro similar como es el de la tolerabilidad del uso. El uso razonable coincidirá en muchos casos con el uso tolerable, pues una utilización razonable de los derechos sobre inmuebles acarreará el deber de tolerarlo, y todo uso no razonable del derecho resultará intolerable. Por otro lado, el uso razonable no es un concepto subjetivo. La razonabilidad del uso ha de entenderse y establecerse en virtud de los factores objetivos que el propio precepto se encarga de precisar: las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad. Precisamente entre tales elementos valorativos de la razonabilidad se encuentra la necesidad de la finca afectada; en esa medida, cobra importancia —aunque no definitiva— el lado pasivo de la inmisión al tener que valorar las concretas utilidades que la finca reporta al propietario o vecino y que la inmisión viene a suprimir o disminuir.

La estrecha conexión del concepto uso razonable con los conceptos de uso normal y uso tolerable ha sido puesta de manifiesto claramente en algunas sentencias, así en la STS de 12 de diciembre de 1980 (R. 4747), las de la AP de Pamplona de 16 de junio de 1987 y de Navarra de 3 de marzo de 1989⁹⁸, así como en la del TSJ de Navarra de 22 de enero de 1993 (RJ 1993/347). En

97. Una posible explicación de la adopción del término *razonable* de la ley 367 a) FN es que tras desaparecer del texto del Anteproyecto de Fuero Recopilado su art. 41 (*El derecho de propiedad atribuye a su titular todas las facultades posibles de la cosa, en cuanto lo consiente la razón del Derecho*), la razonabilidad se convirtiera no ya en contenido del derecho sino en la medida de su ejercicio legítimo. Vid. *supra* I, A).

98. *Jurisprudencia civil foral de Navarra*, cit., T. III, marg. 1184 y 1271 respectivamente.

las mismas se afirma de una u otra manera que la ley 367 a) se funda en los principios de normalidad en el uso, y de tolerabilidad de las molestias, atendidas las condiciones del lugar, y la naturaleza de los inmuebles, debiéndose examinar si con las determinadas actuaciones de los usuarios de inmuebles se han sobrepasado los límites ordinariamente admisibles según los usos locales, la buena fe y la equidad, o si se causan a los vecinos molestias o incomodidades superiores a las normalmente admisibles atendidas la naturaleza y destino de las fincas. Para ALONSO la Ley 367 a) “sigue los criterios tradicionales del uso razonable formulado por IHERING y de la necesidad de cada finca de Bonfante, a la vez que sigue la línea marcada por los Códigos europeos más evolucionados al hacer referencia al criterio del uso del lugar del § 906 BGB o del § 684 del Código suizo. Enlaza con el principio de la tolerancia normal que se remonta a la mejor jurisprudencia romana”⁹⁹.

El uso razonable es una fórmula abstracta, un concepto jurídico indeterminado, que se puede llenar de contenido diverso al tener que determinarse caso por caso acudiendo a los elementos de apoyo que ofrece la propia Ley 367 a) FN y que son por definición variables. Tales elementos no se recogen a título ejemplificativo sino taxativo y suponen para el juzgador los instrumentos necesarios en los que basar su decisión. El uso razonable no tiene por tanto un carácter absoluto en el sentido de que la razonabilidad del uso será distinta según se trate de fincas destinadas a usos industriales, agrícolas, comerciales o de vivienda, según los diferentes usos locales y por último teniendo en cuenta las exigencias de la equidad del caso concreto.

B. El uso no razonable y el uso ilícito

a) *El dolo y la culpa*

Hasta aquí hemos venido empleando el término “inmisiones ilícitas” o “criterio de licitud” para expresar aquellas injerencias que en aplicación del concreto criterio legal adoptado, el ordenamiento estima inadmisibles para el vecino pudiendo éste excluirlas. Sin embargo, puede considerarse que lo que

99. “La protección jurídica frente a inmisiones...”, cit., p. 408.

hasta ahora hemos denominado inmisiones lícitas en realidad debieran recibir el calificativo de legítimas, para distinguirlas de aquéllas otras en las que interviene un elemento subjetivo en el inmitente, como es el dolo o la culpa y que, en realidad, serían las auténticamente ilícitas. Adoptando a estos solos efectos tal diferencia terminológica, puede decirse que, en realidad, la ley 367 a) sienta el criterio de ilegitimidad de las inmisiones prescindiendo de la averiguación de cuál sea la intención o el comportamiento de quien produce la injerencia¹⁰⁰. Es el hecho de que la inmisión exceda de lo que sea consecuencia del uso razonable lo que de por sí comporta que la inmisión pueda ser calificada de ilegítima. Ahora bien, ello no significa que no tenga relevancia jurídica alguna la actitud o comportamiento del inmitente. La posible existencia de dolo o culpa del perturbador incidirá en la consideración de la perturbación como ilícita y, consiguientemente, será también ilegítima sin atender a ninguna otra circunstancia. Dicho en otras palabras, siempre que concurra dolo o culpa se eliminará toda posible consideración de legitimidad de la inmisión. El carácter doloso o intencionado así como el carácter culpable de la conducta de quien provoca la inmisión determinará la ilicitud y, consiguientemente la ilegitimidad. Entonces no resultará de aplicación la ley 367 a) FN, cuyo mandato sólo es aplicable cuando nos encontramos ante usos lícitos de los derechos sobre inmuebles.

La Ley catalana sobre Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad contiene al respecto una específica previsión en su art. 3.1: “las inmisiones producidas por actos ilegítimos del vecino que causen daños al inmueble, quedarán prohibidas y generarán responsabilidad por el daño causado. El propietario de un 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”. Con la inclusión de esta regla parece deducirse, tal como afirma EGEA¹⁰¹, la formulación de un principio general según el cual no existen límites al derecho de propiedad en

100. Aunque la SAP Pamplona 16 de marzo de 1982 (*Jurisprudencia civil foral...*, cit., T. III, marg. 965) afirma que la Ley 367 es una norma de indudable alcance moralizador en las relaciones de vecindad, en realidad queda fuera del precepto toda valoración de moralidad y de juicio de intenciones; su fin primordial es el establecimiento de una regla que haga posible la convivencia vecinal haciendo compatibles los diversos usos lícitos de los derechos sobre inmuebles vecinos.

101. Cfr. *ob. cit.*, p. 109.

el marco de las relaciones de vecindad si los actos del vecino son de carácter doloso o culposo. Cuando se trate de inmisiones causadas por hechos o situaciones atribuibles a culpa o dolo, el vecino podrá demandar la cesación de las inmisiones y el resarcimiento del daño. Si por el contrario faltan los presupuestos subjetivos del hecho ilícito, podrán tratarse de inmisiones ilegítimas dependiendo de las condiciones objetivas fijadas por la norma, debiéndose determinar entonces (con referencia al ordenamiento navarro) si superan o no el uso razonable de acuerdo con las necesidades de las fincas, el uso del lugar y la equidad.

Aunque el Furo Nuevo carece de un precepto similar al de la Ley catalana, lo previsto en ésta respecto a las inmisiones ocasionadas con intencionalidad puede deducirse de una interpretación conjunta de la ley 367 a) y de la ley 17. La ley 367 supone una especificación de los límites genéricos e intrínsecos que la ley 17 establece para todo derecho, concreción que viene demandada por la vecindad de los predios y que, aunque toma en consideración elementos extraños al derecho mismo (así la necesidad de la finca afectada o el uso del lugar), no pierde la perspectiva activa del ejercicio de los derechos determinada por el uso razonable de los mismos. Pues bien, la ley 17 al señalar los límites al ejercicio de cualquier derecho subjetivo menciona entre ellos la buena fe, con lo cual afirma implícitamente la antijuridicidad de los actos que supongan una extralimitación intencionada en el ejercicio de los derechos. Al considerar como abusivo el ejercicio de los derechos en contra de la buena fe, toda perturbación en el goce del inmueble vecino –sea con producción de daño o sin ella– con intención de producir esa injerencia, habrá de ser considerada ilícita, no por un uso irracional (no razonable) del inmueble, sino por estar ante un uso claramente abusivo. La intencionalidad y los actos de emulación –aquellos actos realizados en aparente ejercicio de un derecho con la sola intención de perjudicar a un tercero¹⁰²– eliminan la licitud de los actos y pueden ser hechos cesar sin más consideraciones¹⁰³.

102. Sobre los actos de emulación en las relaciones de vecindad reguladas por el FN, vid. la sentencia del Juzgado de 1º Instancia nº 4 de Pamplona de 6 de febrero de 1990 (*RJN*, 1990 nº 10, julio-diciembre, p. 225).

103. Incluso sin una intención manifiesta de perjudicar, en ocasiones las exigencias de la buena fe pueden llevar a la conclusión de estar ante un uso abusivo. Así, la SAP Pamplona de 15 de octubre de 1987 (*Jurisprudencia civil foral...*, T. III, marg. 1198) se pronunció sobre un supuesto en el que la propietaria de una finca en la que existía una pared que servía de cerramiento

Similar conclusión ha de afirmarse en cuanto a los actos culpables. Quien por actos negligentes, sin adoptar las medidas de cautela a las que estuviera obligado, provoca en el ejercicio de su derecho sobre el inmueble una perturbación sufrirá el ejercicio del *ius excludendi* del vecino y la acción de resarcimiento si hay daños materiales o personales indemnizables. No se trata entonces de analizar la razonabilidad del uso perturbador porque tal análisis cede ante la existencia de un ilícito civil derivado de la negligencia.

No lo ha entendido así la STSJ de Navarra de 25 de abril de 2002 (AC 2002/8782) que se pronunció sobre un supuesto en el que los demandados y recurrentes en casación ocasionaron como consecuencia de la quema de rastrojos daños en la plantación de lechugas de la demandada y recurrida, daños de tal intensidad que las hizo inservibles al quedar impregnadas por las cenizas provenientes de la referida quema. Tras condenarse a los demandados en primera instancia y apelación a indemnizar determinada cantidad, en el recurso de casación, los recurrentes adujeron la ausencia de doctrina en la interpretación y aplicación de la ley 367 a) en su conexión con la ley 488,2 FN (sobre responsabilidad aquiliana) Frente a la denunciada vulneración de la ley 488 estimada por la sentencia impugnada por estimar que la conducta de los demandados constituye supuesto de culpa o negligencia en la quema de rastrojos, dichos demandados y recurrentes en casación alegaron que tal actividad tuvo lugar en el contexto del ejercicio del propio derecho, usado de forma razonable, conforme a lo prevenido en la ley 367 a) FN y que ha de ser tolerado por los colindantes ya que los límites de ese precepto no han sido desbordados por los demandantes, y porque tales daños fueron consecuencia de la negligencia de la propia perjudicada que, conociendo la realización en aquellas fechas de quemas de rastrojos, no cerró el invernadero que cubría el cultivo, lo que hubiera evitado que las cenizas se posasen en él.

El TJSJ de Navarra, tras rechazar que la alegación de la ley 367 a) haya sido traída al recurso como cuestión nueva, aborda la cuestión analizando si la que-

con la finca del vecino acomete el derribo de la citada pared dejando sin cerramiento la finca del vecino. La Audiencia declara que mediante aquella utilización (la de pared de cerramiento) se había creado una situación tolerada por la demandada y amparada por el ordenamiento jurídico, conclusión a la que llega por la aplicación conjunta de las Leyes 17 y 367 a) FN, “dado que el derribo controvertido que dejó sin uno de sus cerramientos a dos viviendas, mal puede verse tutelado por la naturaleza y buena fe de que habla aquella Ley, o por la racionalidad, ausencia de riesgos, o de incomodidad que dice ésta”.

ma de rastrojos fue realizada en el ámbito de la ley 367 a) FN y si dicho uso, por razonable, debió ser tolerado por los vecinos. A su entender, el exceso en el “uso razonable” determinará convertirse en supuesto de actividad negligente o culpable que si ocasiona daños deberán ser indemnizados en el contexto de la ley 488 FN. Tras analizar las circunstancias que rodearon el caso –inexistencia de autorización municipal para la quema, existencia de viento, violación de normas administrativas, etc.– la Sala llega a la conclusión que el uso que los recurrentes hicieron de su derecho no fue un uso razonable sin que pueda achacársele a la demandada una obligación de prever las consecuencias dañinas de la actividad ajena. Quedando establecido que la quema de rastrojos fue realizada “extra muros” del ámbito del uso razonable del propio derecho, tal actividad tiene para la Sala el carácter de negligente y en consecuencia constituye un supuesto de responsabilidad civil en el contexto de la ley 488,2 FN.

Varias son las apreciaciones que pueden hacerse respecto de esta sentencia. Dejando aparte el hecho de que en realidad la hipótesis enjuiciada no era una hipótesis de inmisión ni de relación de vecindad, es criticable que el Tribunal utilice la no razonabilidad de un uso como criterio de imputación de responsabilidad, cuando en realidad sólo es parámetro para hacer cesar una actividad, o mejor, los efectos perniciosos derivados de ella y que revistan carácter duradero en el fundo vecino. El análisis y la aplicación al caso de una norma que no trata de responsabilidad civil sino de ejercicio de derechos no es, a mi juicio, pertinente ni puede servir para determinar la obligación de indemnizar, pues la norma de inmisiones no es una norma de responsabilidad civil sino de compatibilidad de usos. La obligación de indemnizar surgirá cuando tales efectos deriven “además” de una actividad que por aplicación de los parámetros de imputación objetiva o subjetiva conlleven el resarcimiento.

A mi juicio la ley 367 a) no tiene la función de determinar si los daños que eventualmente se causen en finca vecina son indemnizables; tal labor corresponde a la ley 488,2, la cual determina la cuestión del surgimiento de la obligación de resarcir. La ley 367 a) se limita a determinar cuándo un uso puede sufrir el *ius excludendi*, lo cual no quiere decir que no pueda enjuiciarse la indemnización por los daños que tal uso ha provocado, pero en el bien entendido sentido que la indemnización no será por la no razonabilidad sino por la existencia de culpa, o, en su caso por criterio objetivos.

La importancia de la determinación de que una acción ha sido dolosa o culposa, a los efectos de las inmisiones –afirma EGEA con referencia al Dere-

cho catalán pero trasladable al ordenamiento navarro— será que, si lo es, podrá ser hecha cesar sin ningún tipo de duda exigiendo además la correspondiente indemnización, mientras que si la inmisión no puede catalogarse de dolosa o culposa su cesación dependerá de la determinación de si el vecino estaba obligado a tolerarla¹⁰⁴.

b) *El uso ilegal y el abusivo*

El alcance de la ley 17 en la delimitación de la normativa aplicable a las relaciones de vecindad es aun mayor. Además de provocar la ilicitud del ejercicio de cualquier derecho con mala fe, por la aplicación de los otros límites establecidos en este precepto, cualquier vulneración de los mismos provocará la calificación de los actos concretos como actos abusivos. Y es que —como afirma DE PABLO— el abuso del derecho no es en Derecho navarro una figura autónoma, sino la calificación que corresponde a cualquier clase de vulneración de los límites señalados por la ley 17; todo ejercicio en contra de las rectas costumbres, del uso inocuo de otras personas o en contra de la naturaleza del propio derecho y de ley, habrá de calificarse de abusivo. Las soluciones de justicia material que en el régimen del Código civil encuentran acomodo en la figura autónoma del abuso del derecho han de encontrarlo en el Derecho navarro en alguno de los límites del ejercicio de los derechos que, con carácter exhaustivo y no meramente ejemplificativo, enuncia la ley 17. Para la determinación de las sanciones que correspondan a tal tipo de actuaciones, habrá de acudir a lo que a tal efecto prevé el art. 7.2 CC como norma de aplicación supletoria¹⁰⁵.

En conclusión, el uso razonable del derecho sobre el inmueble concreto vendrá dado por la apreciación conjunta de los factores variables contenidos en la regla del la ley 367 a). Pero la apreciación de estar o no ante un uso razonable cederá cuando se hayan infringido los límites intrínsecos a todo derecho de la ley 17. Estos últimos habrán de observarse no de manera subsidiaria, cuando el juzgador no pueda llegar a un convencimiento de estar ante un uso razonable o no en el caso concreto, sino de manera prioritaria: ante un

104. *Acción negatoria...*, cit., p. 106.

105. DE PABLO, *ob. cit.*, pp. 529-530.

uso en contra de la ley, de la buena fe, de las rectas costumbres, del uso inocuo o de la naturaleza del derecho para nada contarán otros factores como la necesidad de la finca productora de la inmisión o el uso del lugar. Infringidos los límites genéricos de cualquier de derecho estaremos no ante un uso irracional sino ante un ejercicio abusivo. Ello hace que el problema se traslade fuera de las fronteras de las relaciones de vecindad para situarse más bien en la problemática general del ejercicio de los derechos¹⁰⁶.

IV. Presupuesto objetivo: los riesgos y las incomodidades

Para instar con éxito la cesación de los efectos perjudiciales que la ley 367 a) implícitamente recoge, debe existir un *riesgo* o una *incomodidad*. La aparente laxitud con la que el precepto se expresa en este punto no refleja la auténtica finalidad de la norma, ni logra plasmar las características que ha de reunir el efecto que la actividad del usuario del inmueble provoque en el fundo vecino para que el usuario de éste pueda solicitar, siempre que se supere el criterio de licitud de la propia norma, la cesación de aquéllos.

A. Los riesgos o peligros de inmisión

El legislador foral fue consciente de la finalidad preventiva que podía dársele a la norma, y posibilitó en consecuencia el ejercicio de la acción antes de la efectiva producción de una inmisión o de la perturbación real del goce del inmueble, pudiendo el vecino afectado instar la prevención de los efectos futuros. El riesgo ha de ser razonable, atendiendo a criterios objetivos y no a la representación mental que el actor tenga de la perturbación¹⁰⁷, teniendo en cuenta los factores temporales, técnicos y los derivados de la índole e inten-

106. Cfr. GONZÁLEZ-ALEGRE, *ob. cit.*, pp. 210-211 y 215. La idea expresada en el texto es la que de alguna manera viene a recoger la STSJ Navarra de 18 de octubre de 2001 (*RJN*, nº 33, vol. I, enero-junio 2002, p. 208) al afirmar (Fund. 4º) que la mera enunciación en términos generales de la ley 17 FN “servirá únicamente de refuerzo a una interpretación de otras instituciones y no se aplicará si existen otras normas concretas que establezcan limitaciones similares o más adecuadas a la propia normativa”.

107. AMAT LLARI, “La regulación de las inmisiones...”, p. 94.

sidad de la actividad que, se presume, en el futuro pueda ocasionar incidencias en el fundo del actor¹⁰⁸. El propio tenor literal de la ley 367 a) FN rechaza la postura doctrinal que, con referencia al Derecho común, exige inexorablemente la presencia de una inmisión actual para el ejercicio de la acción negatoria¹⁰⁹. En el ordenamiento navarro la norma de inmisiones evidencia el interés del legislador por adelantarse al conflicto vecinal, bastando a estos efectos con la inminencia de la inmisión sin exigir inexorablemente la actualidad de la misma¹¹⁰.

La apreciación de la concurrencia de este requisito objetivo –peligro de inmisión– exige distinguirlo conceptualmente de la inmisión de peligro, tal como manifiesta EGEA para el Derecho catalán. El peligro de inmisión –la exposición al peligro por las futuras injerencias– quedaría cubierto por la acción negatoria puesto que la misma puede ejercitarse para prevenir perturbaciones que aún deben producirse. Por el contrario, las inmisiones de peligro, es decir las perturbaciones que consisten simplemente en la exposición de la finca a un peligro de daño (explosión, incendio), en las que la inmisión consistiría precisamente en la exposición al daño, siendo el peligro mismo el que constituye la perturbación, no quedaría amparado por esta acción. Sólo cuando supusiera la exposición a la finca vecina a injerencias que ocasionaran daños sustanciales y próximos sería procedente el ejercicio de la acción¹¹¹.

108. “Ha de ser razonablemente probable, dice EVANGELIO, que de las inmisiones se derivará un daño; para llegar a tal conclusión, el juez podrá valerse de las reglas extraíbles de la común experiencia, de reglas estadísticas o de cualquier otro método lógico”, *La acción negatoria...*, p. 298.

109. Para ALGARRA, es imprescindible la actualidad de la inmisión, sin que sea suficiente el simple peligro de que se produzca en el futuro una inmisión. La construcción del régimen jurídico-privado de las inmisiones ha de actuar necesariamente sobre la base de una situación actual, porque sólo entonces podrá determinarse si el fenómeno inmisivo supera el límite de la tolerancia que toda convivencia impone, determinando entonces la protección correspondiente al perjudicado, que puede abarcar el cese de la perturbación, la adopción de medidas correctoras que atenúen los efectos de la inmisión o la mera tutela resarcitoria por los daños sufridos y los que han de seguir tolerándose por la concreta ponderación de intereses del caso, medidas todas ellas que han de actuar sobre la base de una situación real y no meramente probable o posible. *La defensa jurídico-civil...*, pp. 285-286.

110. Cfr. EVANGELIO, *La acción negatoria de inmisiones...*, p. 307.

111. En apoyo de ello argumenta sobre la base de los arts. 590 y 1908 CC en los que el legislador tiene a evitar la producción de daño y frena las inmisiones de peligro prohibiendo

Lo mismo, estimo, es predicable para el ordenamiento civil navarro. Hay actividades que conllevan en sí mismas un riesgo potencial (la caldera del gas instalada en la terraza del vecino, la colocación de un depósito de combustible en el fondo contiguo...) pero no se trata de un riesgo valorable a estos efectos, pues el peligro potencial y abstracto en sí mismo no coloca al vecino en situación de riesgo inminente que le legitime para hacerlo cesar, ya que lo único que se produce es un temor a un daño, pero no se observa en ellas un riesgo de perturbación continua en el goce, sino un temor a un futuro daño puntual¹¹². Por el contrario, el peligro de inmisión sí queda amparado por la ley que examinamos pues en ella hay inminencia, y datos que permiten deducir la casi inexorable existencia futura de una limitación al goce del inmueble. En las denominadas inmisiones de peligro sólo hay un potencial y eventual riesgo. Únicamente cuando la finca quede expuesta a injerencias que pudieran ocasionar inmisiones sustanciales y próximas sería procedente el ejercicio de la acción.

Precisamente el ordenamiento navarro contiene un especial mecanismo para remediar las inmisiones de peligro, la *cautio damni infectii*, que más adelante se analiza¹¹³ y que, definida a grandes rasgos, hace frente al temor de un daño futuro mediante la exigencia de una garantía de indemnidad a favor del eventual damnificado. No funciona como mecanismo inhibitorio directo, sino como medida coercitiva para que quien ocasiona el peligro extreme sus precauciones con el fin de evitar la obligación de resarcir.

B. La perturbación en el goce del inmueble

Para referirse a las perturbaciones efectivas que afectan de forma actual a un fundo el Fuero emplea el término “incomodidades”. La expresión parece alu-

la construcción cerca de una pared ajena de fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas en los reglamentos y usos del lugar. El art. 590 CC, continúa, supone un límite al ejercicio de la propiedad, cuya finalidad es evitar el riesgo, *Acción negatoria...*, pp. 114-115. En similar sentido, ALGARRA, *ob. cit.*, pp. 286-287.

112. Para SALVI, sin embargo, las situaciones de peligro son auténticas inmisiones puesto que exponen al peligro bienes ajenos ocasionando además una disminución del valor de la finca, provocada por el hecho de estar sometida a un peligro, *Le immissioni...*, p. 238, nota 94.

113. Vid. Cap. III.

dir a cualquier tipo de molestia ocasionada al vecino con independencia de la intensidad de la perturbación, pudiéndose pensar según el tenor literal de la norma que se legitima al vecino para hacer cesar sin distinción hasta la más nimia alteración en el disfrute de su fundo. No creo que esa sea la finalidad de la norma, como a continuación expondremos. Interesa antes de abordar esa cuestión aclarar la idea de que las incomodidades que pueden ser hechas cesar no han de tratarse de hechos puntuales, pasados y sin continuación, sino de algo que permanece, que se hace continuar y que por eso mismo puede hacerse cesar. Los actos aislados que den lugar a una perturbación instantánea o a un daño puntual en finca vecina quedan fuera de la regulación de las inmisiones y encuentran su cauce adecuado de solución a través de los mecanismos de la responsabilidad civil. En tales actos no cabe plantear el enjuiciamiento de la razonabilidad de un uso esporádico, sino sólo la obligación de indemnizar los daños causados¹¹⁴.

Sin embargo, la STSJ de Navarra de 25 de abril de 2002 (AC 2002/8782) —anteriormente analizada— aplicó la norma de inmisiones en una hipótesis de daños en finca contigua producidos por un hecho puntual y pasajero como fue una quema de rastrojos acometida por el vecino y que ocasionó la pérdida de las lechugas cultivadas en el invernadero contiguo al quedar impregnadas por las cenizas provenientes de la referida quema. En primera instancia y en apelación, los causantes del daño fueron condenados a la indemnización en virtud de la ley 488,2 FN que regula la responsabilidad aquiliana. En casación los recurrentes alegaron que la actividad por la que fueron condenados se desarrolló dentro de los parámetros del ejercicio razonable de su propio derecho, conforme a lo establecido en la ley 367 a) FN y que tal uso había de ser tolerado por los colindantes, a lo que se añadía que fue la recurrida la que no tomó cautelas para evitar el daño. El TSJ de Navarra aplicando la ley 367 a) llega a la misma conclusión que la sentencia recurrida, si bien utilizando la

114. “Desde luego, afirma ALGARRA, siempre será posible exigir por la vía de responsabilidad civil extracontractual (concurriendo los requisitos de la misma) la indemnización de los daños y perjuicios causados por la producción de un solo fenómeno que en sí mismo considerado integraría, en principio, un supuesto de inmisión (por ejemplo, una explosión que provoca una nube de polvo o una sacudida), pero tratándose de un único evento, difícilmente podrá determinarse su tolerancia o no y ejercitarse frente a él la acción negatoria o exigirse la adopción de medidas para la disminución de sus efectos perjudiciales”, *La defensa jurídico-civil...*, p. 284.

base jurídica argumental traída a juicio por los recurrentes. A su entender, los recurrentes se excedieron del “uso razonable” y ello provoca que tal actividad haya de ser calificada como de negligente o culpable y por tanto acarrea la obligación de indemnización en virtud de la ley 488,2 FN.

Además de las observaciones que ya se han realizado anteriormente a esta sentencia, debe destacarse ahora lo llamativo que resulta que a partir de un hecho puntual de carácter dañino se traiga a colación la ley 367 a) FN. Sin tratarse de un uso que provoque perturbaciones duraderas en fundo ajeno no hay lugar a hablar de relaciones de vecindad, sino de un acto dañoso en el que podrá discutirse si surge o no para el agente obligación de resarcir. En el caso enjuiciado no hay conflicto vecinal alguno que justifique la aplicación del precepto que comentamos; el supuesto de hecho no encaja en la hipótesis de la norma que se aplica. La aplicación a este caso de una norma que trata el ejercicio de derechos no es, a mi juicio, pertinente ni puede servir para determinar la obligación de indemnizar.

La continuidad es por tanto uno de los caracteres que han de concurrir en la perturbación de un uso, pero tal continuidad no está reñida con la intermitencia. Deberán entenderse permanentes las incomodidades que se presenten de hecho de forma discontinua, pero continuadamente a efectos jurídicos. Así por ejemplo, determinadas obras que se hayan realizado en el inmueble podrán ocasionar avenidas o entradas de agua sólo en los días o épocas de lluvia¹¹⁵, o en el caso de los ruidos que sólo se produzcan a determinadas horas o en determinados días; en tales supuestos nos encontraremos ante verdaderas perturbaciones o incomodidades que pueden ser hechas cesar mediante el freno o la modificación de la actividad que las originó *ab initio* y que las sigue originando. Considero que lo fundamental no es la continuidad en la actividad que causa la perturbación sino la continuidad en los efectos, pues de lo que se trata es de ejercitar el *ius excludendi* ante efectos de actividades humanas, las cuales pueden ser puntuales o reiteradas siendo lo importante la permanencia de los efectos¹¹⁶.

Diseñada la norma para hacer frente a las *incomodidades* permanentes, ha de precisarse el verdadero sentido de esas incomodidades en lo que se refiere

115. SAT de Pamplona de 4 de junio de 1988 (R/JN, nº 6, vol. I, julio-diciembre 1988, p. 202).

116. Sobre los criterios para distinguir las inmisiones continuas y discontinuas, vid. NAVARRO, *Las inmisiones y molestias...*, p. 40.

a la intensidad de las mismas. No parece razonable admitir cualquier tipo de molestias para que prospere la acción ex ley 367 a). A nuestro juicio, sólo han de ser admisibles aquéllas que impiden u obstaculicen de alguna manera una determinada utilización para el predio que las sufre.

Los Derechos alemán, portugués y catalán utilizan como criterio básico de distinción a la hora de establecer la licitud o ilicitud de las inmisiones el de la esencialidad o sustancialidad de la inmisión. En estos ordenamientos, tratándose de inmisiones no sustanciales el perjudicado deberá soportarlas o tolerarlas, y sólo serán susceptibles de cesación aquéllas que ocasionen un perjuicio de carácter sustancial o que afecten a un aprovechamiento esencial de la finca y que además no se acomoden al criterio legal de licitud (el uso normal, el tolerable...)¹¹⁷. El FN desconoce la citada diferenciación como criterio que *prima facie* determine la posible cesación de la inmisión. Sin embargo, creemos que la misma no es en absoluto ajena para la norma foral. En efecto, como se deduce de la dicción de la ley 367 a), la licitud viene dada por el uso razonable del predio del que proviene la inmisión, pero ese uso razonable ha de apreciarse teniendo en cuenta varios elementos que proporcionan al juzgador su convencimiento de estar o no ante una razonabilidad en el uso. Y uno de dichos elementos es el de las necesidades de cada finca (inmitente y afectada).

117. Así, el art. 3 de la Ley catalana 13/90 reguladora de las inmisiones establece: “(...) 2. Todo propietario ha de tolerar las inmisiones provenientes de una finca vecina, si las mismas son inocuas o si causan perjuicios no sustanciales. 3. Igualmente ha de tolerar las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto desproporcionado económicamente. Asimismo podrá adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo del propietario vecino”.

También el Derecho alemán parte de la inicial distinción entre inmisiones sustanciales y no sustanciales. El § 906 BGB establece que “1. El propietario de una finca no está facultado a prohibir la penetración de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e interferencias similares que emanen de otra finca en tanto que la interferencia no perjudique, o perjudique de forma no esencial al uso de la finca. 2. Lo mismo se aplica en tanto que se cause un perjuicio sustancial por el uso de otra finca en conformidad con las costumbres locales y no pueda evitarse con medidas, cuya financiación pueda esperarse de forma razonable de quien la usan de este modo (...)”.

El Código civil portugués en su art. 1346 prevé que “el propietario de un inmueble puede oponerse a la emisión de humo, hollín, vapores, calor o ruidos, así como a la producción de trepidaciones y a cualesquiera hechos semejantes, provenientes de predio vecino, siempre que tales hechos supongan un perjuicio sustancial para el uso del inmueble o no resulten de la utilización normal del predio del que emanan”.

La necesidad de la finca afectada por la inmisión no es un concepto tan lejano al de perjuicio sustancial que la misma sufra. El elemento de enlace entre ambos viene dado por el destino de la finca. Como pone de relieve EGEA, el concepto de perjuicio sustancial responde a criterios económicos pues objetivamente un perjuicio sustancial es aquél que provoca una disminución en el valor de la finca. La sustancialidad no tiene en cuenta las características del predio que produce la inmisión, sino las del que la sufre y en tal medida no ha de tenerse en cuenta un criterio subjetivo (sensibilidad de una persona individual más o menos susceptible), sino un elemento objetivo. Esa sustancialidad objetiva viene marcada por la clase, medida y duración de la inmisión así como por el momento en que la misma se produce, pero sobre todo habrá de tomarse en consideración la naturaleza y el destino de la finca afectada. En definitiva, la destinación de la finca determinará –junto con otros elementos asimismo objetivos– si ha habido o no inmisión sustancial o perturbación efectiva y valorable jurídicamente. Lo determinante de la sustancialidad es la utilización que se haga de la finca perjudicada en su estado concreto. Por otro lado, puesto que en la actualidad el destino de los inmuebles es fijado normalmente por el Derecho público por medio de las normas sobre planificación del territorio, el juez deberá individualizar los límites de sustancialidad en relación a la citada planificación sobre el destino de las fincas¹¹⁸.

Las normas de carácter público sobre ordenación del territorio, al fijar el destino al que cada inmueble está llamado, determinan tanto las necesidades de cada finca en atención a su concreta calificación, como también la sustancialidad de un determinado perjuicio en atención al destino o función que el inmueble cumple. De esta manera se observa que la relación entre ambos conceptos –necesidad de la finca y sustancialidad del perjuicio– partiendo del aspecto pasivo de la inmisión reconducen la cuestión al mismo parámetro objetivo: el destino de la finca, que al marcar las necesidades de la finca, establece asimismo la sustancialidad de las posibles injerencias.

Como norma de compatibilidad de usos, la ley 367 a) FN exige examinar en qué medida y de qué modo se ve mermado o perjudicado el goce pacífico de la finca que sufre la perturbación. Respecto al ordenamiento catalán, se

118. Cfr. *Acción negatoria...*, pp. 121 y ss.

afirma que este análisis no puede desvincularse del criterio que la norma acoge (en concreto del *uso normal* según la costumbre local que enuncia el art. 3.3 de la LANIRV), de tal forma que incluso las inmisiones sustanciales que se acomoden a lo que resulte de dicho criterio deberán tolerarse, y, así, no es difícil concluir que la sustancialidad misma de la inmisión se apreciará o determinará en virtud del uso normal. Cuando los perjuicios que experimenta el propietario que padece la inmisión no son sustanciales porque no impiden seguir dando a la finca el destino económico que tenía antes de sufrir la inmisión, y siempre que aquel destino económico estuviera de acuerdo con las condiciones que imperen en el lugar de situación de la finca que la padece, estaremos ante una inmisión no valorable a los efectos de hacerla cesar¹¹⁹.

Trasladando tales ideas al ordenamiento navarro debe mantenerse que el criterio del *uso razonable* que la norma acoge se propaga al concepto mismo de incomodidad –de inmisión–, y que una inmisión que, adecuándose al *uso del lugar*, no altera las necesidades que requiere la finca afectada carecerá de virtualidad para que el afectado haga valer su *ius excludendi*. La tolerabilidad genérica plasmada en el Fuero Nuevo por medio del parámetro del uso razonable viene referida a aquellos menoscabos en el disfrute de tal entidad que, teniendo presente los gravámenes que se impondrían sobre el derecho del otro particular para que tales menoscabos desaparecieran, no merecen ser protegidos por el ordenamiento jurídico¹²⁰.

Así parece entenderlo la jurisprudencia cuando se han planteado supuestos en los que es dudosa la existencia de una auténtica perturbación en la utilización del fondo presuntamente afectado. Las sentencias de la Audiencia de Pamplona de 16 de junio de 1987¹²¹ y 3 de marzo de 1989¹²² estiman que con determinadas plantaciones realizadas cerca de los confines del fundo vecino no se causan incomodidades superiores a las tolerables o admisibles, habida cuenta de la naturaleza y destino de ambas fincas, el emplazamiento y características de la plantación, la elocuencia de las podas a las que vienen sometiénndola los propietarios (la de 1987), o por tratarse de árboles plantados

119. Cfr. NAVARRO, *ob. cit.*, p. 329 y PUIG I FERRIOL y ROCA TRIAS, *Institucions de Dret civil de Catalunya*, vol. I, Part Genral. Obligacions i contrats. Drets reals, Valencia 1993, p. 299.

120. Vid. DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, cit., p. 141.

121. *Jurisprudencia civil foral de Navarra*, T. III, cit., marginal 1184, p. 467.

122. *Ibidem*, marginal 1277, p. 699.

junto a finca sin cultivar que en la actualidad está inutilizada (la de 1989). Por el contrario, la de 16 de marzo de 1982¹²³ considera que con el tendido de los cables de antena sobre la terraza de los vecinos de modo suelto, desordenado y antiestético se causa evidente incomodidad a los actores, impidiéndoles el normal uso de las terrazas, sin que para lograr el fin del tal tendido sea en absoluto preciso tal forma de hacerlo.

El análisis sobre las características que ha de presentar la perturbación en el goce del inmueble que contempla la ley 367 a) FN, exige también destacar que tal perturbación podrá provenir no sólo de una actividad positiva, sino también de una omisión pues también con abstenciones pueden causarse incomodidades. En este último caso el perturbador deja de obrar sobre la cosa influencias que estaría obligado a impedir¹²⁴, no actuando para detener o contrarrestar situaciones o influencias que debe impedir directamente, así p. ej. cuando tolera la acción de causas naturales que tendría obligación de eliminar como la proliferación de parásitos, animales roedores o simplemente malas hierbas, causando perturbaciones al propietario vecino en su huerto¹²⁵.

Sobre este particular ya expusimos en el capítulo precedente la precisión que BONFANTE introdujo a propósito de la delimitación del concepto de inmisión, excluyendo de la misma los efectos perniciosos causados por fuerzas naturales en los que juega exclusivamente el caso fortuito o la fuerza mayor. Pero pueden resultar dudosos algunos casos en los que la actividad humana aparece en el origen de una inmisión y los efectos se manifiestan por la concurrencia de un factor natural imponderable. En otras palabras, se trataría de supuestos en los que sin la presencia de esos hechos naturales no se hubiera producido inmisión, si bien tales hechos operan sobre una previa actividad añadiéndole esos efectos. Pensemos por ejemplo en las obras acometidas en inmuebles que en si mismas en nada impiden el goce pacífico del inmueble vecino, sin embargo, tales obras propician que el agua procedente de las lluvias penetre en el fundo cercano alterando la situación anterior y ocasionando las injerencias. ¿Procede entonces la apreciación de estar ante un *uso razonable*? ¿Puede el vecino afectado instar la demolición o la cesación de la actividad que *a posteriori* ha venido a causar inmisiones?

No creo que haya que operar en esta cuestión con los esquemas y soluciones acuñadas para resolver la cuestión de la relación de causalidad en el tema

123. *Ibidem*, marginal 965, p. 46.

124. Cfr. WOLFF, M., en *Tratado de Derecho civil*, T. III, vol. 1º, cit., p. 103.

125. MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Madrid 1993, p. 143.

de responsabilidad civil¹²⁶, pues a la hora de aplicar la ley 367 a) FN no se trata de establecer la obligación o no de indemnizar unos daños causados por una actividad humana, ni de concretar hasta que punto la actividad desencadenó el daño, sino que la cuestión es determinar si la actividad ejercitada en el inmueble resulta razonable a la vista de las incomodidades que ocasiona en la finca vecina. Mientras que la labor judicial en la condena de responsabilidad civil se podría describir como una operación de lógica (encadenar un daño a una actividad), en la regla de inmisiones la operación será la de determinar si los hechos se encuadran en la norma de inmisiones. Siendo una regla de compatibilidad de usos lícitos en los que no hay culpa o negligencia no procede hablar en términos de nexo causal ni de imputación subjetiva. En los supuestos de inmisión producida por factores concurrentes (unos voluntarios y otros posteriores naturales) la tarea del juzgador deberá consistir en determinar sólo si los efectos inmisivos provienen *en su origen* de una determinada utilización del inmueble por el demandado. El añadido de factores involuntarios en la producción de las incomodidades no deberá incidir en la consideración de un análisis sobre la causalidad de los mismos, sino que integrará precisamente el elemento objetivo del supuesto de hecho, es decir, la inmisión misma. En estos casos se trata de cesar o frenar los efectos perturbadores que se producen bajo determinadas circunstancias naturales a raíz de un uso del inmueble vecino y sólo bajo tales circunstancias. Así en el ejemplo más arriba mencionado, la inmisión a enjuiciar vendrá dada por la entrada (aun intermitente) de aguas que ocasiona las obras del vecino. Este tipo de conflictos se ha suscitado en ocasiones en la jurisprudencia y han sido resueltos huyendo de cualquier disquisición sobre nexo de causalidad y concurrencia de causas¹²⁷.

126. Por el contrario, EVANGELIO parece asimilar ambos supuestos aplicando las diversas doctrinas sobre nexo causal a la relación entre la actividad humana y la inmisión. Cfr. *La acción negatoria...*, pp. 229 y ss.

127. En la SAT de Pamplona de 4 de junio de 1988 (*RJN*, nº 6, vol. I, julio-diciembre 1988, p. 202) los demandados efectuaron obras en el suelo de una plazoleta contigua a su vivienda y ante el riesgo de que por el desnivel ocasionado las aguas de lluvia entraran en su finca, los demandantes instaron la demolición de las citadas obras. Aunque la Sala desestimó el recurso en base a la inexistencia de riesgo (“habiéndose realizado la obra hace varios años no se alega siquiera que tal evento –entrada de aguas en el domicilio– se haya producido”. F.D. 3º) no debe dejarse de observar que de haberse materializado la perturbación, la inmisión hubiera estado constituida por los efectos perturbadores de una actividad humana lícita.

C. La exigencia de un perjuicio

Cuando la acción *ex* ley 367 a) se interpone ante riesgos de futuras inmisiones es evidente que no será preciso la acreditación de un daño efectivo y actual sino simplemente la previsibilidad de inmisiones futuras. Pero dicho precepto tampoco exige ante inmisiones de presente la existencia de un daño material en el inmueble, de disminuciones patrimoniales efectivas o de un perjuicio real en el inmueble. FERNÁNDEZ URZAINQUI evidencia un dato de gran importancia para la aplicación e interpretación de la ley 367 a) afirmando que “el explícito reconocimiento de la tutela vecinal frente a una situación de mero riego o peligro contrasta con la generalizada vinculación de la tutela vecinal a la responsabilidad civil por daños, constatable en la jurisprudencia elaborada a partir del Código civil”¹²⁸.

En efecto, se ha visto en el capítulo anterior que la carencia de normas que abordaran de manera específica y directa el problema de las inmisiones es lo que determinó (y sigue determinando) que en países como Francia o España, la doctrina y la jurisprudencia hayan recurrido a las normas sobre responsabilidad civil extracontractual como remedio frente a los conflictos generados por las inmisiones. Y no es esta la solución legal adoptada por el Fuero, el cual coloca la regla de inmisiones encuadrada dentro de la propiedad y sus límites, desvinculándola del expediente de la responsabilidad aquiliana y otorgando un mecanismo propio caracterizado por el juego exclusivo de los intereses propietarios. Cuestión distinta es que, en el seno de la acción derivada de la ley 367 a) FN, encaminada a la defensa del derecho de propiedad, una de las preten-

En la SAP de Navarra de 23 de septiembre de 1991 (*RJN*, nº 13, enero-junio 1992, p. 259) el usuario de un terreno público realiza obras en el mismo elevando el camino existente en él. El demandante alega que con tales obras y elevación se le ocasiona un riesgo de inmisión de avenida de aguas y de inundación de su finca. La Sala condena al demandado a efectuar los trabajos adecuados para evitar los riesgos que pueda producir la avenida de aguas, sin entrar siquiera a la cuestión de la concurrencia de causas en la producción del riesgo.

128. *Las relaciones de vecindad entre fundos...*, cit., p. 151. Esa desvinculación, añade este autor, responde al propio Derecho Histórico navarro: “Particularmente expresivos resultan en este sentido los párrafos 125 y 126 del Fuero de Tudela, de que más tarde se hizo eco el Fuero Reducido al regular, separada pero sucesivamente, en el Título VI del Libro VI ‘que experiencia se requiere para aquél que se teme que por el ruido de la forja se pierde el vino’ (cap. 33) y ‘como si alguno hace daño al vino de su vezino o sirganos por el ruido que hace, debe emmendar el daño’ (cap. 34)”.

siones del perjudicado sea la de ser resarcido de los daños que se hubieran causado, en cuyo caso el causante de la inmisión deberá indemnizar aplicando a tales efectos las correspondientes normas sobre responsabilidad civil.

Las anteriores consideraciones permiten extraer importantes consecuencias en orden a responder si la ley 367 a) exige para ejercitar la acción por el vecino afectado la existencia de un daño efectivo o material en la finca, o en su persona. La finalidad del precepto es acotar y definir el ámbito del *ius excludendi* del titular ante las perturbaciones que padece y que de alguna manera inquietan el uso o el goce pacífico del inmueble. Lo que resulta imprescindible por tanto es esa perturbación, que no puede confundirse con un perjuicio efectivo en las cosas. Muchas inmisiones perturban el goce sin alterar la sustancia ni la materia de la finca del vecino (olores, ruidos); otras se muestran además con el añadido de un daño efectivo o de una disminución patrimonial (humedades, inundaciones, pérdida de cosechas o imposibilidad de llevar a cabo actividades de cultivo...) Pues bien, tanto unas como otras quedan amparadas en el Fuero Nuevo, si el uso del que provienen no es razonable, ya que el elemento necesario –la perturbación en el uso– es el que desencadena la pretensión de cesación. La diferencia entre ambas es que en las segundas se podrá pretender de manera acumulativa el resarcimiento de los daños causados y ello procederá cuando por aplicación de las normas y principios de la responsabilidad hubiera surgido la obligación de indemnizar. Lleva por tanto a equívoco la expresión de que para la cesación de una inmisión es imprescindible un perjuicio, a no ser que se entienda por perjuicio la perturbación misma. Como expresa NAVARRO MENDIZÁBAL no es exigible ningún perjuicio ulterior a la perturbación, pero sí, en cambio, que ésta sea perjudicial¹²⁹.

El Derecho navarro expresa la amplitud de la protección frente a inmisiones, estableciendo la suficiencia de que causen “incomodidades al vecino”, lo que significa la cobertura tanto de los intereses patrimoniales y de la persona; lo contrario supondría negar que el goce de la finca implica de hecho la relación de la persona con aquélla y la noción de propiedad no puede prescindir de dicho goce¹³⁰. No es infrecuente que los efectos que un determina-

129. *Las inmisiones y molestias...*, p. 295.

130. Cfr. EGEA, *La acción negatoria...*, p. 116. Añade además este autor que, por otro lado, la producción de daños no patrimoniales comportará además de forma indirecta normalmente la disminución del valor de la finca que se encuentra en poder del sujeto afectado por la inmisión.

do uso o utilización inmobiliaria produzcan en el vecino recaigan en la propia persona, en su integridad física, o produzcan sufrimientos, falta de sueño, incomodidades en la vista, afectación del sentido olfativo... El hecho de que la norma esté pensada para regular primordialmente la convivencia vecinal pacífica en lo que tiene de colisión de usos, y encuentre su ubicación en la estructura legal de la propiedad, no es obstáculo para admitir que si una determinada utilización, aun sin impedir o mermar el uso de su finca por el vecino, produce a éste molestias o incomodidades en su persona o en la de las personas que conviven con él, dicho uso si no resulta razonable podrá ser hecho cesar.

La ventaja de la norma foral que analizamos es la de que, al no configurarse como una acción negatoria estricta y vinculada inescindiblemente a la defensa de la propiedad o de la titularidad de derechos reales sobre las fincas, permite dar cabida a la tutela de bienes afectados por la inmisión diferentes a la propiedad misma aunque en íntima relación con ella. No otra cosa defiende la doctrina en el ámbito del Derecho común, respecto al cual se afirma que en la disciplina de las inmisiones la persona queda protegida en cuanto situada en la esfera interna de la propiedad o de cualquier derecho fructivo por el que un sujeto utiliza el inmueble: cuando la persona, situada en el ámbito de su derecho de propiedad, sufre un daño en su salud, o la imposibilidad del adecuado uso de su derecho, actúan en su favor todos los principios rectores y los mecanismos de protección de la disciplina jurídico-privada de las inmisiones. La distinción entre intereses patrimoniales e intereses de la persona para excluir estos últimos de la acción negatoria resulta arbitraria, ya que tutelando al vecino sólo en relación a las injerencias que afectan a la finca y no a las que afectan a la persona se está negando que el goce de la finca implica de hecho la relación de la persona con aquélla, y la noción de propiedad no puede prescindir de dicho goce¹³¹.

A los efectos de concretar cuál es el elemento objetivo al que la norma quiere hacer frente —la inmisión— es importante excluir de la misma aquellas

131. Cfr. ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, p. 239 y EVANGELIO, *La acción negatoria...*, pp. 296-297. En el mismo sentido afirma EGEA que el goce pacífico de la finca implica de hecho la relación de la persona con aquélla. Por ello, estima, no puede ser diferente la tutela otorgada a la persona en relación a las injerencias que afectan a la finca y la otorgada a la persona misma (*ob. cit.*, p. 116).

injerencias que se manifiestan en la forma de desventajas que un fundo puede sufrir por efecto de la actividad desenvuelta en el fundo vecino. La actividad que lícitamente desarrolla un usuario de inmueble priva de determinados “privilegios”, normalmente determinados por la ubicación geográfica de la finca. La supresión de estas ventajas por efecto del ejercicio por el vecino de su derecho plantea la duda de si nos encontramos ante perturbaciones en el goce que puedan ser repelidas a través del cauce de la ley 367 a). La cuestión ya fue puesta de manifiesto por BONFANTE, quien delimitó el concepto de inmisión a la afrenta a la esfera interna del derecho: el propietario puede repeler las consecuencias de actos del vecino que influyan según el parámetro legal en su esfera interna, pero no puede hacerlo si influyen en su esfera puramente externa, aunque las consecuencias económicas sean gravísimas. Nada se puede pretender ante la pérdida de amenidad del paisaje, del valor del suelo por la instalación de una fábrica o de un cementerio pues todo ello no son sino formas de influencia puramente externas y jurídicamente irrelevantes por cuanto se trata de un daño sólo económico pero no jurídico¹³².

Es cierto que las cualidades o atributos que tenía el inmueble se pierden y que dicha pérdida puede acarrear una depreciación del valor económico del inmueble. Sin embargo tal privación no supone un supuesto de colisión jurídica de usos incompatibles, siendo simplemente una consecuencia indirecta derivada de la situación del inmueble y que sólo afecta a circunstancias externas del derecho, circunstancias que por su propia naturaleza están sujetas a los cambios derivados de la libertad en utilización de los fundos. Las actividades que provocan pérdida de ventajas, por sí solas y sin más circunstancias añadidas, no tienen cabida en la acción de la ley 367 a) por la razón expuesta¹³³. La SAP de Navarra de 26 de junio de 2000 (AC 2000/1676) calificó como pri-

132. Cfr. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., p. 621. En contra de esta postura, vid. NAVARRO, *Las inmisiones...*, cit., pp. 127 y ss., vid. también las críticas a la tesis de BONFANTE en el Cap. I, VII, A.

133. La misma ley 367 FN en su letra c) parece proteger en apariencia la privación de ventajas del titular de una era que, por la construcción en inmueble vecino, ve impedida la entrada y salida del viento. Sin embargo, debe observarse que la demolición de la construcción perturbadora sólo prosperará cuando la misma entorpezca las labores efectivas de la era. Por tanto no es una tutela frente a la mera privación de ventajas sino una tutela frente a perturbaciones efectivas de uso. Vid. HUALDE MANSO, T., en el comentario a la ley 367 FN en *Comentarios al Furo Nuevo. Compilación de Derecho civil foral de Navarra*, Pamplona 2002, p. 1170.

vacación de ventajas, y no como inmisión, la pérdida de vistas al Moncayo como consecuencia de la sobreelevación de un muro por el vecino. El solicitado derribo del muro sobre la base de la ley 367 a) no puede admitirse, afirma la Sala, “pues el tener vistas sobre el Moncayo de suerte y manera que la finca bajo ningún concepto pueda ser privada de las mismas, depende única y exclusivamente de la ubicación de la finca en relación con el Moncayo y que ninguna otra persona en el terreno pueda construir de forma tan alta que quite las mismas” (F.D. 4º).

Creo que son trasladables al Derecho navarro y al ámbito objetivo de la ley 367 a) FN las ideas que para el Derecho común defiende ALGARRA, cuando considera que en la privación de las ventajas de las que goza un fundo (injerencias negativas) el deseo del propietario de querer conservar esas condiciones beneficiosas no forma parte del contenido normal de su derecho dominical; es por ello por lo que la disciplina de las inmisiones no puede extenderse a una problemática que es ajena a la finalidad de los preceptos que las regulan. Además, el contenido del derecho de propiedad no puede formarse a base de usurpar sin ningún título el contenido de propiedad ajeno. El Derecho no puede prohibir al vecino que realice determinadas actividades o actuaciones que sí forman parte de su derecho de propiedad como normales facultades del mismo; así p. ej. edificar conforme a las disposiciones urbanísticas. Defender lo contrario, afirma esta autora, implicaría aceptar rigurosamente el principio de pre-ocupación, el sentido de que quien primero se establece en el uso inmobiliario adquiriría un derecho preferente a mantener la situación que se encontró, en detrimento del respectivo ejercicio de su derecho de propiedad por parte de los demás vecinos. Por otro lado, el Derecho prevé mecanismos para que el propietario se asegure la continuación en el disfrute de las condiciones beneficiosas que rodean su propiedad mediante la constitución de servidumbres que graven las fincas vecinas, en cuyo caso lo que antes era una mera ventaja de la que disfrutaba circunstancialmente pasa a formar parte del contenido de su derecho de propiedad y le permite actuar contra el propietario que actúa violando la servidumbre existente¹³⁴.

134. *La defensa jurídico-civil frente a humos...*, pp. 315 y ss.

Junto a la exclusión de la privación de ventajas (llamadas inmisiones o injerencias negativas) del ámbito objetivo de la norma sobre inmisiones se aborda de ordinario también la cuestión de las inmisiones denominadas *ideales*, como un tipo de injerencias que no resultan

D. Inmisión y posesión

La causación de un riesgo o una incomodidad en el uso de un inmueble es el presupuesto básico para el otorgamiento de la tutela que confiere la ley 367 a) FN al vecino que los sufre. Tal elemento fáctico coincide con el bien tute-

protegidas dicha norma al no poder ser consideradas como tal. Son ideales aquellas injerencias que provienen de actividades llevadas a cabo en finca próxima y que perturban los sentimientos morales o estéticos del vecino, ejerciendo sobre él una influencia inmaterial o psíquica, y que actúa en función de su disposición anímica en cuanto al sentido del pudor, de la moral o de la estética. La vecindad de una casa de prostitución, la proximidad con un cementerio o de un depósito de cadáveres, de un hospital, la construcción de un edificio antiestético, el almacenamiento de chatarra cuya visión resulta desagradable, etc. son ejemplos reiterados de inmisiones ideales.

También en este punto el análisis que realiza la prof. ALGARRA resulta enormemente clarificador. Tras examinar las diferentes posturas que han mantenido los autores del nuestro y de otros países, concluye afirmando que no hay razón para que tal tipo de influencias ideales entren en el ámbito de la protección frente a inmisiones ni pueden ser consideradas como tales. “¿Con qué fundamento jurídico se puede impedir a un propietario que instale una casa de pompas fúnebres o un tanatorio, cuando el único argumento contra ello es que se conturba nuestro espíritu por la cercana presencia de la muerte o que se desvaloriza nuestra propiedad por la modificación de condiciones externas sobre las que no ostentamos ningún derecho? ¿*Quid*, en el mismo sentido, con las actividades inmorales, si frente a ellas sólo puede esgrimirse una repulsa moral por parte de quien se siente atacado en su sentido del decoro? ¿En base a qué criterio se puede hacer primar la estética de un vecino frente a la de otro para prohibirle realizar un determinado tipo de construcción? De otra parte, si se admite un derecho a no tener en la cercanía vecindades desagradables, que se instalan con posterioridad, también estaríamos manteniendo aquí el criterio de la pre-ocupación que carece de suficiente consistencia, en estas circunstancias, para impedir tales vecindades”. Concluye esta autora afirmando que la solución al problema de las injerencias ideales ha de buscarse en el Derecho español acudiendo al principio general de prohibición del abuso del derecho, cuando la conducta perturbadora de sentimiento morales o estéticos se presente con notas de abusiva y, dado el caso, en la contravención de normas administrativas. A todo ello habría de añadirse la posible aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal que puede hacer frente a este tipo de problemas. *La defensa jurídico-civil...*, pp. 325-326.

A mi juicio las mismas conclusiones son aplicables al Derecho civil navarro. Las influencias que en el espíritu pueden ocasionar las actividades de un vecino no tienen cabida en la ley 367 a) FN. No puede dársele al término *incomodidad* de dicho precepto una amplitud tal que se posibilite la cesación de actividades por el sólo hecho de molestar un determinado sentido estético o moral del vecino y sin que se produzca una efectiva colisión en los usos de los inmuebles. La mera repulsa que puede suponer para una persona que otra ejercite determinadas actividades no puede dar pie a su inhibición pues no hay causa para el ejercicio del derecho de exclusión, ya que, ¿qué es lo que se pretende excluir?, ¿en qué medida y en base a qué derecho puedo impedir efectos que en nada impiden seguir ejerciendo mi derecho sobre el inmueble? No hay una alteración en mi derecho a usar sino disgusto hacia la actividad del otro.

lado a través de la protección judicial posesoria, ya que el riesgo o la incomodidad que al poseedor de un inmueble se le ocasiona implica o viene a constituir una perturbación o inquietación posesoria para la que el ordenamiento tiene previsto una especial forma de protección. Las inmisiones de la ley 367 a) son “molestias” posesorias en la medida en que limitan, modifican, alteran o perturban la esfera de la posesión de otro. La actividad de goce del poseedor se ve así modificada de hecho y restringido el ejercicio de esa posesión, abriéndose entonces las puertas a otra forma de protección prevista en el propio ordenamiento, cual es el del juicio posesorio sumario¹³⁵ que se tramitará a través del juicio verbal recogido en el art. 250.1.4º LEC (“Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía las demandas siguientes: (...) Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”).

A partir de esa coincidencia objetiva debe sin embargo ponerse de relieve que el juicio posesorio ante perturbaciones posesorias no tiene por objeto o finalidad la decisión sobre la legitimidad de la inmisión o, lo que es lo mismo, sobre la razonabilidad del uso que las produce. El efecto del juicio sumario se limita a restaurar la situación posesoria al estado en el que se encontraba antes de producirse la perturbación; no se analizará si la perturbación que se causa al vecino tiene una *causa iuris* que la legitime ni si en consecuencia tiene el vecino deber de tolerarla o no. El “petitum”, la condena y la ejecución a que puede dar lugar se restringen al mantenimiento de una situación posesoria, y la sentencia que lo acoja se limita a requerir al perturbador para que se abstenga en el futuro de realizar tales actos¹³⁶. La sentencia que se dicte en el juicio sumario no tendrá carácter de cosa juzgada (art. 447.2 LEC),

135. Es evidente que la coincidencia y concurrencia de esas dos vías judiciales (la acción negatoria de la ley 367 a) FN y la protección posesoria por perturbación) se produce sólo cuando nos encontramos ante alteraciones posesorias que no supongan una privación total de la posesión, una desposesión o despojo. NAVARRO expresa esta idea al afirmar que si bien es cierto que toda privación de la posesión supone una molestia en el goce pacífico de la cosa, no lo es a la inversa, pues no toda molestia implica desposesión. La diferencia entre desposesión y perturbación en el goce no es meramente cuantitativa (de intensidad de molestia) sino cualitativa (diferente tipo de molestia), *Las inmisiones y molestias medioambientales...*, p. 333.

136. VALLS GOMBAU, J.F., Comentario al art. 250 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coords. FERNÁNDEZ, RIFÁ y VALLS, T. I, Barcelona 2000, p. 1089. Aunque con referencia a la Ley de Enjuiciamiento anterior, vid. EVANGELIO LLORCA, R., “La protección interdictal contra las inmisiones excesivas”, *AC*, 2000, nº 15, pp. 544-576.

pudiéndose deducir posteriormente el declarativo correspondiente, en el que podrá conseguirse un pronunciamiento sobre la legitimidad de la inmisión y en el que deberá examinarse, en base a la ley 367 a) FN, si la perturbación que se sufre es fruto de un uso razonable o no, y el derecho o no a excluirla.

Esta duplicidad de vías plantea algunas cuestiones derivadas de la propia naturaleza de ambos procesos, cuestiones íntimamente ligadas entre sí. Nos referimos principalmente al eventual ejercicio abusivo de los juicios posesorios ante inmisiones, y a la posible discrepancia de pronunciamientos entre ambos juicios (posesorio y declarativo) Por lo que se refiere a la primera cuestión, la abusividad se manifestará especialmente cuando quien disfruta un inmueble sufre una nimia perturbación posesoria, o quien a sabiendas de la inocuidad de determinado ejercicio posesorio plantee la demanda con el efecto de la paralización de esa insignificante actividad perturbadora ocasionada por el vecino. Parece lógico pensar que en la estimación de la demanda del juicio posesorio el juez habrá de partir de la existencia evidente de una perturbación valorable, de entidad suficiente como para proceder a su paralización, esto es, una perturbación verdadera en el disfrute por la que el demandante ve impedida de alguna manera el ejercicio de la posesión pacífica, y deberá rechazar la demanda si se está ante una mera consecuencia de las actividades vecinales que no producen una verdadera inquietación o perturbación posesoria. No otra cosa manifestaba HERNÁNDEZ GIL al afirmar que en las relaciones de vecindad habrá supuestos en los que habrá inmisiones no transformables en inquietación posesoria y no susceptibles por tanto de acción posesoria. Ello ocurrirá siempre que exista obligación de soportar o tolerar dichas molestias. Por el contrario, habrá supuestos en los que estemos ante una inmisión que produzca una verdadera inquietación posesoria, en cuyo caso cabrá el recurso al interdicto¹³⁷.

137. *La posesión*, Madrid 1980, p. 714. Como ejemplo de molestias que no se traducen en inquietación posesoria, este autor situaba las inmisiones naturales. Así, si en el jardín antes destinado a pradera donde sólo había rosales, el poseedor planta árboles a la distancia preceptiva, que con el tiempo proyectan su sombra en la finca vecina y producen ruido al ser azotadas por el viento, que además lleva más allá del propio predio hojas caídas, no por eso hay una inquietación posesoria. Por el contrario, si el sistema de calefacción utilizado genera unos humos excesivos y nocivos, que invaden la finca contigua, podría afrontarse como una inquietación en la posesión.

Se observa por tanto que incluso en los juicios sumarios por perturbación posesoria está presente en alguna medida un cierto grado de análisis de la sustancialidad de la perturbación. Pero tal examen queda restringido a la simple apariencia. Lo único que se requiere es “que se demuestren unos hechos objetivos de la vida real que merezcan una protección del órgano jurisdiccional; esta protección sólo puede estar fundada en la apariencia de que tales fenómenos, observables en la realidad social, muestran su conformidad con el acontecer pacífico de la vida jurídica”¹³⁸.

En cuanto a la divergencia de pronunciamientos de ambos procesos, y en relación directa con la idea anterior, ha sido planteado por algún sector doctrinal, el problema que supone la posibilidad de que los pronunciamientos de los dos jueces —el que resuelva el posesorio y el del declarativo— sean antitéticos y lo que para uno no sea una perturbación posesoria valorable y acogible por excesiva no lo sea para el otro. A ello se une la consideración de que resultará difícil para el juez del posesorio pronunciarse sobre la restauración del *status* posesorio previo a la producción de una inmisión cuando la licitud de la misma va a depender en definitiva del pronunciamiento que sobre la misma se realice en el juicio petitorio. Estas dificultades han llevado a la solución de entender que la solución es mantener que la tutela posesoria ante inmisiones sólo ha de ser acogida cuando nos encontremos ante inmisiones que superen el criterio legal de tolerabilidad, y que la posesión sólo puede recibir protección dentro de los límites en los que sería tutelado el correspondiente derecho. Cuando falten los requisitos para la acción negatoria de inmisiones (p. ej. cuando la inmisión no sea sustancial) el demandante no podría conseguir el resultado que se le niega en el juicio declarativo a través de la otra forma de tutela que supone el juicio posesorio¹³⁹.

La STS de 14 de marzo de 2003 supone uno de los posibles ejemplos de ejercicio abusivo de la vía interdictal. Se trata en la sentencia de un interdicto interpuesto con el fin de paralizar unas obras en la finca colindante cuya ejecución entrañaba que se introdujeran en el subsuelo de la finca del interdictante una serie de cables que no causaban ningún daño. A ello se añadía el conocimiento por el interdictante de la inocuidad del método constructivo. La sentencia, tras reconocer que existió una inmisión, afirma que se trataba sin embargo de un uso inocuo del fondo ajeno. Tras decretar la “evidente inutilidad del interdicto” (F^o 2^a), condena al actor en el interdicto a indemnizar al demandado por la paralización de las obras.

138. DE DIEGO LORA, C., *La posesión y los procesos posesorios*, vol. I, Madrid 1962, p. 104.

139. SACCO, *Il possesso*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. VII, dirig. CICU y MESSINEO, Milano 1988, p. 232 y SALVI, *Le inmissioni industriali*, cit., pp. 235-236 y nota 86.

A semejante dificultad y solución, no puede sino alegarse que la diferente naturaleza de ambos procesos aboca indefectiblemente a una posible divergencia de pronunciamientos. La apreciación que los diferentes jueces hagan de la inmisión puede efectivamente variar, pero eso ocurre con cualquier otro supuesto en el que se pueda ejercitar el juicio posesorio de retener, y no por ello se niega su protección. La ilicitud de la inmisión es una *quaestio iuris*, sobre si hay derecho o no a realizarla; la *quaestio facti* sólo alcanza a la demostración de que la inmisión efectivamente se está produciendo¹⁴⁰.

V. El criterio de licitud de las inmisiones. El uso razonable

A. En general

A propósito del examen funcional de la ley 367 a) hemos analizamos los rasgos característicos del criterio del uso razonable del uso de los inmuebles. Entonces poníamos de manifiesto que tal fórmula utilizada por el precepto se caracteriza por su abstracción, y que precisa una concreción casuística en cada caso en el que se produzca una colisión de usos de inmuebles provocada por una utilización lícita del inmueble del que proviene la inmisión. Que sea un ejercicio razonable y no proceda su inhibición dependerá de la apreciación conjunta de tres factores que la propia norma se encarga de precisar.

A diferencia de otros ordenamientos, esta norma del Fuero Nuevo exige del juzgador una labor compleja, en la medida en que para llegar a la razonabilidad/no razonabilidad de un modo de disfrute ha de atender necesariamente a diversas circunstancias o elementos concurrentes en el conflicto. Más sencilla resulta la labor en los Derechos catalán y alemán en los que el uso normal del se concreta exclusivamente en atención a lo usual en la localidad, una vez excluida la inocuidad la inmisión (art. 3 de la Ley catalana 13/90 y § 906 BGB), así como en otros ordenamientos en los que no se ofrece parámetro alguno de determinación de la utilización normal del predio inmitente (art. 1346 Código civil portugués)

Frente a esta tendencia, la ley 367 a) FN se coloca más cerca de otros ordenamientos europeos, especialmente del Código suizo, que en su art. 684

140. NAVARRO, *Las inmisiones*, cit., p. 461

permite la cesación de las inmisiones que excedan la tolerancia, la cual se determinará en atención al uso local, a la situación y a la naturaleza de los inmuebles. En un lugar intermedio cabe situar al Código italiano que junto al criterio de la normal tolerabilidad, determinado a través de la condición de los lugares, permite tener en cuenta la prioridad de un determinado uso (art. 833).

B. Las necesidades de las fincas

a) *La valoración conjunta*

En este primer elemento de valoración del uso razonable, el legislador foral ha empleado un término plural imponiendo una valoración conjunta no sólo de las necesidades de la finca que produzca la inmisión, sino también de las necesidades que solicita la finca afectada. De ahí que, como decíamos en páginas anteriores¹⁴¹, es en este primer factor de enjuiciamiento en el que cobran importancia los efectos de la inmisión (o mejor, su valoración cuantitativa), pues el juzgador deberá analizar en primer lugar aquellas utilidades que se hayan visto mermadas para el inmueble vecino. El factor “necesidad de la finca afectada” sirve *a priori* para efectuar el examen de en qué medida las utilidades de la finca del demandante se ven alteradas o por el contrario se ven inalteradas, es decir, para establecer la sustancialidad de la inmisión.

Una vez estimada una alteración valorable de las utilidades de la finca afectada, el juez habrá de examinar si el ejercicio del derecho sobre la finca vecina inmitente es razonable habida cuenta de sus propias necesidades y si dicho ejercicio se acomoda a ellas. Cuando la actividad desarrollada en la finca productora de riesgos o incomodidades responda al destino y fin a la que está llamada y se acomode a las licencias y a los reglamentos administrativos, no por ello habrá que concluir necesariamente que estamos ante un uso razonable. Precisamente la importancia de la valoración conjunta de las necesidades de ambas fincas hace que un supuesto como el descrito pueda ser calificado de uso no razonable si la finca afectada ve imposibilitadas o disminuidas alguna de sus utilidades.

141. Vid. *supra* IV, B.

Cuando por el contrario, de un primer análisis del supuesto se deduzca que el uso del inmueble del que provienen los efectos perjudiciales no responde a las actividades a las que está llamado, o se trata de un uso innecesario o extravagante, causando además con ello un riesgo o una incomodidad al vecino, ello provocará por sí mismo la calificación de uso no razonable (siempre que por la aplicación de los usos sociales y de la equidad no se llegue a un resultado diferente) Si el inmitente no obra según el destino que su inmueble cumple, la calificación de uso no razonable se producirá de forma cuasiautomática, siempre que el vecino sufra una inmisión que afecte a un aprovechamiento esencial. Así ocurrirá cuando el usuario de una vivienda en régimen de Propiedad Horizontal instale en su casa determinada maquinaria para usos ajenos a los propiamente residenciales (profesionales o industriales) alejándose de la finalidad propia del inmueble, ocasionando con ello vibraciones constantes.

¿Qué ha de entenderse por necesidad de una finca? En realidad más que de necesidades de una finca habría que hablar de las necesidades que cubre la finca para quien la utiliza. Estas necesidades tienen algunos elementos pre-determinados o impuestos, pero otros son establecidos por el propio usuario en su interés¹⁴².

En efecto, el qué sea necesario para una finca vendrá indicado primero por la calificación que las leyes urbanísticas y de ordenación del territorio hayan realizado del inmueble, en concreto por la Ley Foral 35/2002 de 20 de diciembre y por sus normas de desarrollo. En atención a dichas normas po-

142. Aunque las palabras de BALLARIN se refieran a un tema –función social de las fincas rústicas– diverso y alejado del que tratamos en este epígrafe, me parecen expresivas de la idea que subyace en el concepto de *necesidades de las fincas*: “Cada tierra, cada finca tiene lo que los franceses suelen llamar su *vocación*. Hay fincas que son de caza, otras de bosque, ganadera, agrícolas, hortofrutícolas, etc. Es la naturaleza propia –composición que muestra el análisis de la tierra– unida, a veces, a su situación –clima, disponibilidad de agua de riego, proximidad a ciudades, etc.– lo que determina esa vocación fácilmente reconocible en el medio rural, quizá revelada por el nombre ancestral de finca, pero que técnicamente hablando, puede hoy medirse por dos coordenadas: la agronómica-ecológica y la de rentabilidad. Vivimos en una época en que al hombre le es dado alterar profundamente la naturaleza de las cosas, pero cuando esa alteración implique un costo económico no recuperable y no rentable, entonces tendremos que admitir que la vocación natural del suelo ha de ser respetada y es que, una vez más, Naturaleza y Cultura se condicionan tanto que se complementan y se entrecruzan”, en “Nueva función social de la propiedad rústica”, cit., p. 66.

drá determinarse la adecuación de específicas actividades a lo que prevén las normas urbanísticas y a los planes de ordenación. Toda finca pertenece a una determinada zona urbanística caracterizada por un tipo de injerencias o molestias inherentes a la misma, y tales injerencias en principio aparecen como “necesarias” o, al menos, como propias de la calificación de la finca. La calificación urbanística de las fincas sólo sirve para deducir los aprovechamientos típicos de las mismas y sus efectos, pudiéndose llegar a través de ella a una inicial aproximación o determinación de lo razonable. P. ej. quien en un polígono industrial sufre los inconvenientes de los ruidos de la fábrica vecina poco o nada puede alegar (a no ser que concurran otros elementos valorables acerca de la licitud de la inmisión) ya que precisamente la calificación y ubicación de ese terreno marca una utilización determinada de las fincas.

No se oculta que la disciplina urbanística y la zonificación funcional adquieren una importancia relativa y no decisiva, y sólo sirven como punto de partida para fijar el tipo de uso de la zona. En muchos casos resultará intrascendente, ya que la delimitación de una zona mediante líneas geométricas fijadas por una norma de nada sirve cuando se trata de inmisiones de polvo, ruido o de otras propagaciones que desconocen cualquier limitación funcional. Además, aunque la ordenación del territorio suponga el punto de arranque para fijar el tipo de actividades que se realizan en la zona, la utilización efectiva de la zona puede resultar diferente a la planeada, debiéndose tomar entonces como base de referencia la situación de hecho del territorio¹⁴³.

La relatividad que caracteriza la reglamentación y ordenación urbanística a la hora de evaluar las necesidades de las fincas y la razonabilidad de un determinado ejercicio del derecho sobre el inmueble se manifiesta en otro aspecto fundamental, y que EGEA y ALGARRA ponen de manifiesto al afirmar que la planificación urbanística sólo debe servir como apoyo general para averiguar la utilización de las fincas de acuerdo con sus necesidades, y se re-

143. EVANGELIO, *La acción negatoria...*, cit., pp. 90-91. Esta autora pone como ejemplo el fenómeno de la absorción de las zonas industriales por las ciudades. Ha sido causado por una deficiencia de la planificación urbanística, que prohíbe a las industrias fabriles que tengan la consideración de insalubres, nocivas y peligrosas, instalarse a menos de 2000 metros del núcleo más cercano de población agrupada; pero no prevé una prohibición semejante para las viviendas respecto de las zonas industriales. De modo que el desarrollo urbanístico ha provocado que las industrias instaladas lejos de las ciudades, acaben incorporándose en ellas, vid. p. 91 n. 179.

ferirá en exclusiva al tipo de uso del inmueble pero no al específico modo de ese uso. Los planes urbanísticos pueden servir de guía o indicativo en la determinación del carácter de la zona, pero la disciplina civil de las inmisiones debe atender a la situación de hecho, a la fuerza de lo fáctico, porque los tribunales civiles no están realizando un juicio valorativo sobre la adecuación del emitente a la normativa administrativa, sino un juicio sobre la adecuación del emitente a las condiciones de la zona, que deben ser las reales y no las teóricas¹⁴⁴. Las normas urbanísticas, a nuestros efectos, sólo sirven para integrar el criterio de las necesidades de las fincas, y su incumplimiento no determina, de por sí, la ilicitud de la inmisión.

En segundo lugar, la necesidad de cada finca vendrá también predeterminada por la específica actividad que se desarrolle en ella, así p. ej. si el inmueble, respetando la calificación urbanística, se destina a una industria papelera tendrá unas necesidades en orden al vertido de aguas diferentes que si se destina a fábrica textil. En unos casos la actividad llevará aparejadas unas consecuencias inexorables, que se revelan con especial intensidad en determinados ámbitos industriales. La reglamentación y el control administrativo de tales consecuencias no alcanza a su contención ni a la producción de inmisiones. Como quedó dicho, que una industria respete estrictamente las normas sobre vertido de aguas o sobre emisión de ruidos no implica necesariamente que el perjudicado haya de soportar la inmisión, pues la reglamentación administrativa sobre las diversas actividades no supone una calificación civil idéntica. Por eso las necesidades que fijan las específicas actividades deben ser contrapuestas a las necesidades también específicas de la finca vecina con el fin de equilibrar ambos usos. Así se evidencia en los numerosos supuestos en los que los propietarios de un inmueble acometen obras a las que vienen obligados legalmente por diversas razones: los cambios estructurales de los accesos para personas con minusvalía, la colocación de una escalera de incendios, la instalación de salidas de humos... Este tipo de circunstancias, indican por un lado lo necesario de un determinado ejercicio de la propiedad o de lo que resulta necesario para una finca, pero ello no supone que la puesta en práctica concreta de tal actividad sea siempre y sin más consideraciones la razonable a la vista de las necesidades de la finca que sufre la perturbación.

144. EGEA, *Acción negatoria...*, cit., p. 150 y ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 400.

Junto a estos factores prefijados por el propio ordenamiento o por la actividad específica, existen todavía otros elementos que podrán marcar de manera previa las necesidades de las fincas; se trata de componentes de índole física como puede ser su localización geográfica o topográfica. Este elemento de localización puede llevar a que las necesidades y utilidades de una determinada finca dependan en cierta medida de la configuración del inmueble del vecino. La SAP Pamplona de 14 de enero de 1985¹⁴⁵ se pronunció sobre un supuesto en el que el propietario a raíz de un *facere in suo* suprimiendo una sima en su propiedad provoca para el vecino un peligro de inundaciones en su finca. La sentencia considera que mediante las obras realizadas por el demandado en aquella finca de su propiedad, se ha alterado la finalidad a la que venía estando destinada la mencionada sima, como sumidero de la finca vecina, ocasionándose con ello inundaciones en la finca colindante que le han impedido incluso la siembra en parte del terreno, y, basándose fundamentalmente en la necesidad de mantener aquella sima condena al demandado a realizar las obras de reparación necesarias¹⁴⁶.

El propio usuario del inmueble puede que fije en atención a sus intereses otras necesidades. Pensemos en el arrendatario de finca rústica que, para hacer frente a las necesidades de riego de su finca, instala determinada conducción de agua ocasionando inundaciones o encharcamientos constantes en finca vecina; o en la comunidad de vecinos que para hacer llegar al edificio una conducción de gas hace colocar las tuberías cerca de los locales comer-

145. *Jurisprudencia civil foral de Navarra*, T. III, cit., marginal 1071, p. 218.

146. Un caso similar en Derecho español es el recogido en la de la STS de 14 de noviembre de 1996 (RJ 7922) Se trataba de dos inmuebles en los que se ejercían actividades mineras mediante concesión. La empresa titular de una de ellas venía vertiendo de forma continuada e ininterrumpida los materiales de deshecho de su explotación en el perímetro de la concesión y propiedad de los actores, ocupando una superficie que no era suya y en detrimento de los derechos de los actores. Los recurrentes sostenían que ni la orografía del terreno ni los términos en que fueron otorgadas las concesiones en ambas fincas, situada una a superior altura que la otra, permitían considerar que el vertido de escombros de la recurrida sea una consecuencia natural que los recurrentes tuvieran que soportar. El Tribunal acepta la argumentación, afirmando que la especial situación geográfica de los terrenos obligaba a los titulares de la concesión causante de los perjuicios a tomar las medidas necesarias para que sus vertidos no fueran a parar a los terrenos en los que se explotaba la otra concesión, sin que la orografía del terreno sirva como excusa de su proceder, pues una cosa son los deslizamientos esporádicos e involuntarios de escombros por la orografía de la zona, y otra distinta su vertido continuo y sistemático sin haber adquirido ningún derecho sobre la finca colindante.

ciales existentes en el edificio (SAP Pamplona de 11 de febrero de 1993)¹⁴⁷. En todos estos casos las actividades sobre los inmuebles responden a una necesidad (de riego, de abastecimiento de energía...) que ha de ser valorada por el juzgador para fijar la razonabilidad del uso. Pero dado que la norma exige una valoración conjunta o simultánea de necesidades de las fincas implicadas, no deberán perderse de vista las necesidades del usuario de inmueble vecino perjudicado, que al igual que el productor de inmisiones tiene fijadas sus propias necesidades. La valoración conjunta de ambos lados de la relación vecinal que impone la Ley 367 a) FN conlleva la posibilidad de que a pesar de que una concreta actividad inmisiva se adecue a las necesidades del inmitente, pueda calificarse como actividad no razonable si con ella el vecino no puede satisfacer de manera grave sus necesidades respecto a su propio inmueble. Esta valoración simultánea de las necesidades es la que se revela en la mencionada SAP Pamplona de 11 de febrero de 1993 en la que se trataba de examinar si con la instalación por una Comunidad de propietarios de las tuberías de gas por el voladizo superior de una fachada se ocasionaba a los propietarios del local de negocio situado bajo el citado voladizo alguna clase de molestia o incomodidad. La Audiencia declara que “la conducta de la Comunidad demandada no puede sino tener su encuadre en un uso razonable de un derecho comunitario, que ampara la ley 367 a) FN, y ello porque habiéndose acreditado (informe pericial) que la obra de conducción de gas natural para el inmueble era necesaria por no disponer de otro sistema de calefacción y agua central y que desde todas las instituciones intervinientes (instaladora y Ayuntamiento) era considerado el voladizo como el mejor sitio de conducción de las tuberías la conclusión no puede ser otra que el amparo de un uso razonable del derecho por parte de la Comunidad; máxime cuando como reconoce el perito con la instalación no se causa ninguna dificultad en la construcción de una nueva fachada por los actores”.

b) *El preuso o la pre-ocupación*

El enjuiciamiento y la valoración de lo que necesita cada finca ha de referirse a la situación presente en la cual se produce la inmisión. Las necesidades de las

147. *RJN*, 1993, nº 16, julio-diciembre, p. 322.

fincas son un concepto actual, *de facto*. El conflicto que provoca la inmisión y que la ley 367 a) solventa, parte de la consideración presente del estado de las fincas y la colisión de derechos a la que se intenta poner fin precisa un examen actual de los derechos. Por ello la facultad de excluir las injerencias que impiden poner en práctica mi derecho no puede condicionarse al momento en que inicié su puesta en práctica o que entré en la posesión de la finca. La tutela no puede verse condicionada por la presencia del elemento de la antigüedad en el ejercicio de los derechos. Admitirlo supondría la quiebra del sistema mismo de la conciliación de usos de la ley 367 a) pues todo el sistema se limitaría a dar prevalencia a quien primero entró en el ejercicio de su propio derecho.

A la hora de determinar qué es lo que necesitan las fincas, inmitente y perjudicada, no deberá tomarse en consideración la prioridad temporal en el uso de las mismas. Si el usuario de un inmueble perjudica con sus actividades al vecino no podrá aquél alegar que el perjudicado está obligado a soportar las inmisiones por razón de que éste se encuentra en posesión del inmueble con posterioridad al inmitente. De igual manera, de nada servirá que el usuario del inmueble perjudicado, con el fin de excluir las inmisiones del vecino, alegue que se encontraba usando de su inmueble con anterioridad al inmitente y que por esa sola razón el uso de éste no es razonable. El ejercicio anterior en el tiempo de un determinado tipo de aprovechamiento no confiere una posición jurídica privilegiada que permita excluir la realización de posteriores aprovechamientos diferentes.

El ordenamiento italiano permite al juez de manera facultativa y subsidiaria tener en consideración la prioridad de un determinado uso (art. 844, parr. 2 *in fine* Codice italiano)¹⁴⁸. La justificación a esa indicación legal podría en-

148. El art. 844, parr. 2º Codice establece: "En la aplicación de esta norma la aplicación judicial debe atemperar las exigencias de la producción con los derechos de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso". La jurisprudencia sobre este aspecto del art. 844 Codice ha sentado y consolidado una interpretación restrictiva del criterio del preuso. En ese sentido las sentencias contraponen al criterio del preuso los otros dos criterios contemplados por la norma (que sí son obligatorios) es decir, el de la normal tolerabilidad y el de la contemporización con las exigencias productivas. El juez no tiene la obligación de tomarlo en consideración cuando estime aplicables los otros elementos para su decisión. Es también pacífico que la prioridad del uso ha de valorarse en sentido objetivo y en relación al momento en el que se pone en práctica la actual destinación del fundo, independientemente de los cambios de titularidad del inmueble los cuales se consideran irrelevantes, debiéndose unificar, a los fines de la valoración del preuso, la posesión de los poseedores actuales y no a la de los poseedores de los que se trae causa. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, pp. 274 y ss. y SCOTTI, *I rapporti di vicinato...*, cit., pp. 51-52.

contrarse, según SCOTTI, en que con la observancia o respeto del preuso quedarían protegidas las legítimas expectativas del propietario de un fundo, que ha conferido al mismo una específica y concreta destinación de uso y en su mantenimiento, en definitiva en la tutela de su confianza. Desde el otro lado de la relación, la tutela del propietario del fundo que sufre la inmisión quedaría atenuada por la circunstancia de que debería haber tomado un conocimiento preventivo del estado de cosas por efecto propio de la situación de los inmuebles consecuente a la destinación operada por el vecino¹⁴⁹.

A mi juicio tal explicación no es lo suficientemente convincente como para dar cabida a la prioridad en el uso en los ordenamientos que no la acogen expresamente. Todo propietario puede dar a su derecho la orientación que estime oportuna y destinar económicamente el inmueble al fin que le interese, pero esa libertad se encuentra condicionada al respeto al derecho de los demás, que ostentan la misma libertad de utilización. El usuario de inmuebles es consciente de que su ejercicio puede colisionar con el de otros propietarios o titulares de goce, por eso no se crea confianza alguna respecto a una situación jurídica sujeta por naturaleza a cambios –los que provienen del ejercicio de otros derechos en las cercanías del fundo–. Esa misma mutabilidad hace que el ordenamiento no tutele todo tipo de ejercicio sino sólo en la medida en que no produce injerencias ilícitas. Por otro lado, la tutela que el ordenamiento concede a los usuarios de inmuebles para que no vean impedido el ejercicio de su derecho no puede quedar condicionada al conocimiento del estado de perturbación en el goce en el que podía encontrarse el inmueble que adquiere, ya que como manifiesta AMAT aquel que compra lo hace condicionado por las características del bien pero también con todas las acciones que posea el propietario anterior para reclamar¹⁵⁰. La adquisición

149. Cfr. SCOTTI, *ob. cit.*, pp. 51-52.

150. “La regulación de las inmisiones”..., *cit.*, p. 90. Añade esta autora que “sería posible defender que aquella persona que compra un terreno en un lugar contaminado no puede después reclamar contra el inmisor, ya que, de hecho, ha comprado más barato porque existía la inmisión. El anterior argumento se puede rebatir: en primer lugar excluyendo los daños a la salud que son irrenunciables; en segundo lugar excluyendo los daños posteriores que agravan la situación inicial; en tercer lugar considerando las consecuencias más dañinas de inmisión en caso de cambio en el uso de la finca (...) Se compra más barato si existe una inmisión pero el precio sería aún inferior si no existiera ninguna posibilidad legal de evitarla”, *vid.* pp. 89-90. A ello añade ALGARRA que no puede justificarse que quien se instala en una zona donde existen inmisiones ha pagado menos por la depreciación de la propiedad, pues con independencia de

comprende todos los derechos y acciones que tenía el anterior propietario como tal; así, si la inmisión era ilícita, el adquirente del fundo adquiere de su causante la acción contra el vecino para hacerla cesar y si era lícita pero dañosa, la acción de indemnización¹⁵¹.

Otros argumentos avalan igualmente el rechazo al criterio de la pre-ocupación como regulador de las inmisiones. En primer lugar la admisión de que quien primero entra a ejercitar su derecho imponga la razonabilidad de su propio ejercicio, o que por su sola antigüedad pueda excluir todo tipo de injerencias equivaldría a la creación de una servidumbre en su propio beneficio, y a una especie de expropiación privada sin indemnización. Facultaría al vecino más antiguo a apropiarse de la esfera del dominio ajeno e impondría a los demás el sacrificio del disfrute futuro de la cosa propia. En segundo lugar, y como crítica de orden técnico fundamental, debe decirse que el principio de prioridad temporal en el uso puede encontrar aplicación como criterio de solución cuando se trata de un conflicto de intereses sobre un mismo objeto o derecho; en tal caso el ordenamiento jurídico protege a aquel que se ha adelantado en el ejercicio del derecho o aquel cuya titularidad es anterior. En las relaciones vecinales sin embargo no existe un conflicto de derechos sobre un mismo objeto, sino un conflicto entre dos derechos diferentes que deben ser considerados en pie de igualdad en la búsqueda de una solución, atemperando los intereses de ambos sujetos¹⁵².

En suma, la consideración del pre-uso no puede entenderse implícita en el factor “necesidades de las fincas” del Fuero Nuevo. Más bien al contrario, mientras que la regla del pre-uso toma en consideración los dos fundos sólo desde el punto de vista cronológico de la anterioridad de la destinación dada por los respectivos propietarios, el criterio de la necesidad de las fincas prescinde del elemento temporal y examina el territorio en el que los inmuebles se encuentran, considerándolo unitariamente y analizando sus factores geográficos y sociales.

que ello signifique desconocer los principios más elementales que deben regir en la materia, desde un punto de vista social significaría favorecer a los económicamente más fuertes, que pueden alejarse de los focos de inmisión pagando un precio más alto. Con el mismo criterio, debería denegarse la protección a un consumidor que compró un producto más barato y de peor calidad, *La defensa jurídico-civil...*, p. 385.

151. EVANGELIO, *La acción negatoria...*, p. 273.

152. ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, p. 384 y BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., pp. 637-638.

Si la prioridad de un determinado uso no tiene encaje en un elemento objetivo atemporal como es el de las necesidades de las fincas, puede todavía plantearse si por medio de la llamada a la equidad que la ley 367 a) realiza y por razón de las especiales circunstancias del caso, el juez deba tomar en consideración la prioridad temporal de una determinada utilización cuando de no ser así se llegara a una solución injusta del problema. El sentido que ha de dársele a la equidad va orientado fundamentalmente, como veremos, hacia los efectos de la cesación de las inmisiones, no hacía la concreción de la ilicitud de las mismas. Por ello la anterioridad de un determinado aprovechamiento no formará parte del enjuiciamiento de la licitud, sino quizá de las medidas a adoptar en concreto por parte del inmitente con el fin de que desaparezcan las perturbaciones¹⁵³.

153. Por último cabría cuestionar cuál ha de ser el posible papel del preuso en el caso de que el vecino que sufre la perturbación plantee no sólo la cesación de los efectos perturbadores en su fundo sino también la acción por resarcimiento de los daños producidos. En la acción de indemnización, se afirma, podría considerarse que en determinados casos el vecino perjudicado o dañado ha comprado el inmueble a un precio inferior de adquisición, luego el perjuicio es menor (EVANGELIO, *La acción negatoria...*, pp. 281-282 y AMAT, “La regulación de las inmisiones...”, cit., p. 90). Esta última autora se cuestiona la ponderación de esta circunstancia cuando quien sufre la inmisión es el adquirente de un fundo sujeto a inmisión, y aunque defiende que este adquirente tiene acción para hacer cesar la indemnización, estima que puede procederse a la moderación de la cuantía resarcitoria justificándolo en que si se ha comprado más barato el inmueble por razón de las actividades del vecino, el perjuicio es menor.

Estimo que la cuestión puede tener más importancia en los supuestos que la doctrina italiana plantea y que se refieren a los cambios que el vecino perjudicado opera respecto a los destinos o aprovechamientos anteriores. Cuando la inmisión es intolerable desde el primer momento, el perjudicado puede exigir del anterior emitente el cese de la actividad y el resarcimiento aunque se haya instalado posteriormente. Por el contrario, cuando la inmisión es inicialmente tolerable y deviene intolerable por la variación del destino realizada por el perjudicado, deberán atemperarse los intereses en conflicto. Todo propietario o ejerciente de un derecho sobre un inmueble ha de atenerse a las normas preventivas y actuar conforme a parámetros de diligencia propia, de manera que debe prever los posibles daños que un vecino le puede irrogar. De esta forma, habría que valorar a la hora de fijar la cuantía resarcitoria el comportamiento del propietario dañado en cada caso. Tal valoración debería partir de los dos comportamientos o hipótesis extremas; en primer lugar, la del propietario que cambia o altera el aprovechamiento de su fundo adoptando uno que contrasta considerablemente con los destinos de los inmuebles de la zona –de la que forma parte p. ej. una industria inmitente–; en segundo lugar y al otro extremo, la del propietario que imprime al destino que ya tiene su fundo una orientación diversa, tratándose entonces de una consecuencia razonable del propio destino (p. ej. introducción de nuevas técnicas de riego por efecto de la evolución técnica en un tipo de cultivo). En cada caso la conducta de quien se expone a un daño eventual tendrá

C. El uso del lugar

El segundo factor valorable para la determinación de estar ante un ejercicio razonable es el uso del lugar, factor que se encuentra recogido con diverso cariz en otras legislaciones; así el § 684 CC suizo menciona el uso local, el § 904 BGB se refiere a los usos locales, el art. 3. de la Ley catalana 13/90 hace alusión a la costumbre local y el art. 844 CC italiano a las condiciones de los lugares (entendidas en relación al carácter derivado de la actividad desenvuelta, y en general al sistema y a las costumbres de vida de la población local) De igual manera que en estos ordenamientos, el concepto de “lo usual en la localidad” no hace referencia al derecho consuetudinario local¹⁵⁴, sino a usos de hecho, a los que se les dota de cierta virtualidad reguladora. Con los usos del lugar no se remite el precepto a usos normativos, sino a datos de hecho concretos, adecuados para determinar la inclusión del supuesto dentro del uso razonable. La función que presentan aquí los usos del lugar es la de dotar de contenido a un determinado precepto (Ley 367 a FN), siendo la propia norma la que remite a los usos la labor de precisar –en mayor o menor medida– su mandato¹⁵⁵.

Concretar lo usual en el lugar no puede significar lo que sea corriente sólo en una finca singular sino que exige un examen comparativo y geográficamente limitado de utilizaciones similares. La utilización de la finca que cau-

una consecuencia diversa, pues mientras en el primer caso la exposición al daño es asumida sin prevención o con consciencia de los posibles perjuicios, en el segundo, la conducta no manifiesta una falta de previsión valorable. En el primer caso la indemnización se determinaría tomando en consideración sólo la disminución de rendimiento del fundo con referencia al destino del fundo al tiempo del inicio de las inmisiones (y no cuando las empezó a sufrir) En el segundo caso, también habría que indemnizar la ulterior disminución consiguiente al cambio de destino del inmueble. En las hipótesis intermedias, la indemnización vendría determinada dentro de las dos hipótesis extremas, sobre la base de la valoración de la conducta del perjudicado. Cfr. SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., pp. 280-282 y críticamente BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, pp. 637-642.

154. Ni siquiera en el Derecho catalán en el que a pesar de la mención expresa a la “costumbre local” en el art. 3.3 Ley 13/90, en realidad se refiere a los meros hechos, vid. EGEA, *ob. cit.*, p. 144; en similar sentido PUIG I FERRIOL, “Las inmisiones en la Ley catalana 13/1990...”, cit., p. 709.

155. Los “usos del lugar” de la ley 367 a FN, tienen así una función normativa, como fuentes secundarias derivadas de la ley que les confiere precisamente ese valor. Cfr. DE PABLO, *ob. cit.*, pp. 155-156.

sa la inmisión deberá ser comparada con la de otras fincas de la zona que tengan el mismo tipo de aprovechamiento. Dentro de ese mismo tipo, la concreta modalidad de uso habrá de determinarse por lo usual en la zona. Si mediante las normas de planificación urbanística el juez conoce el tipo de uso fijado para el inmueble, mediante el uso del lugar puede conocer el modo de utilización que el inmueble tenga. El tipo de uso viene dado por la destinación de la finca y el modo de uso (o la medida de utilización) por el uso del lugar. Dentro de un tipo de utilización, los usos pueden señalar diversas modalidades de utilización según las zonas.

La adecuación de una actividad al uso local se determina realizando una comparación entre el aprovechamiento de la finca de la que proceden las inmisiones y el aprovechamiento de otras fincas del lugar. De esa labor resultará determinado el carácter de la zona, el cual vendrá dado por los aprovechamientos similares de la mayoría de las propiedades ubicadas en ese determinado ámbito espacial. El aprovechamiento de una finca (y sus consecuencias) es adecuado al uso local si se parece o es esencialmente similar al aprovechamiento de otras fincas en la vecindad, es decir, si la mayoría de las fincas son explotadas de un modo igual o similar, con inmisiones esencialmente semejantes. La búsqueda deberá ir dirigida a averiguar, dentro de actividades e inmisiones similares, la habitualidad de las mismas en la zona. ALGARRA ejemplifica esta idea afirmando que si en una determinada zona se explotan una serie de aprovechamientos provocadores de ruido y sus efectos son aproximadamente iguales en todas las actividades, aunque no se trate de actividades idénticas, podríamos decir que el uso generador de ruido es adecuado al uso local ya proceda de una instalación industrial o de una instalación deportiva; sin embargo, en esa misma zona no sería comparable un tipo de aprovechamiento del que se derivasen olores desagradables, porque el ruido y el olor no son inmisiones esencialmente semejantes¹⁵⁶.

Por otro lado lo usual en la zona hace referencia no sólo a la habitualidad en cuanto al tipo de utilizaciones y de sus efectos. La habitualidad también exige una análisis cuantitativo y cualitativo de la inmisión en concreto. Habrá actividades que por su especial nocividad no resultarán acomodadas al uso local si, a pesar de que en la misma zona la mayoría de las fincas se reali-

156. *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 395-396.

ce una actividad similar, la inmisión adquiere una dimensión sustancialmente mayor que las que provienen del resto de fundos. Adecuado al uso local será aquél aprovechamiento de la finca que, en la zona afectada, no provoca inmisiones más intensas que las que allí se producen. Esta precisión hace que no resulten razonables por no acomodarse al uso local las actividades que aun siendo usuales según las características de la zona se ejerciten de forma tal que las inmisiones resultantes diverjan respecto a las que de ordinario se producen en ese ámbito. La adecuación a lo usual se deberá apreciar pues no sólo respecto a la actividad misma y a los efectos *in genere*, sino también en cuanto a la proporción o dimensión de tales efectos¹⁵⁷.

Merece alguna atención explicitar cuál ha de ser la delimitación espacial que ha de emplearse en la comparación de aprovechamientos. En principio, el círculo de fincas incluidas deberá comprender aquel sector delimitado por el mismo tipo de utilización de las fincas situadas en el mismo lugar, dado que la utilización real es fijada a través de la común actividad y el común parecer de la población¹⁵⁸. Pero el ámbito geográfico a cotejar deberá ajustarse a las circunstancias del caso, siendo más amplio o más estrecho según los supuestos. Por eso resulta inadecuado establecer *a priori* un círculo marcado por delimitaciones administrativas, como lo es la municipalidad de las fincas. En ocasiones ese marco deberá reducirse a ampliarse acomodándolo al tipo de conflicto vecinal de que se trate. Cuando la inmisión provenga de una utilización que no tiene paralelo o similitud alguna con el resto de las utilizaciones de la zona (p. ej. instalación de una industria con alto nivel de emisiones de humo en un municipio turístico, con actividades de ocio y residenciales) la zona queda delimitada por las efectivas condiciones locales de tal municipio; cuando por el contrario el municipio esté integrado por aprovechamientos diversos como ocurre en municipios en que coexisten zonas residenciales con zonas de servicios e industriales debería limitarse el área geográfica de comparación hasta trazar un perímetro que abarcara el sector apropiado al caso¹⁵⁹.

157. *Ibidem*, p. 396.

158. EGEA, *ob. cit.*, pp. 148-150.

159. Cuando se trata de una única actividad o instalación que carece de marco de comparación en la zona atendiendo incluso a todo el término municipal, resulta inútil el recurso a los usos del lugar en el sentido explicado. De nuevo ALGARRA expone como ejemplo el de los aeropuertos, como actividad generadora especialmente de ruidos y explica cómo la jurisprudencia alemana ha reconocido en estos casos que el tipo de aprovechamiento de una sola

Por otro lado, como usual en la localidad podría considerarse lo que sea usual en las localidades vecinas respecto a fincas similares, debiéndose entonces comparar la utilización de la finca que causa la inmisión con la de otras fincas de la zona¹⁶⁰. La consideración de los usos del lugar en este último sentido, se observa en la SAP Pamplona de 16 de junio de 1987¹⁶¹ sobre inmisión de ramas de seto de una finca a otra. La Sala, tras dar por sentado que se trata de un seto con mera finalidad ornamental que no causa en su actual estado perjuicio ni molestia, afirma que se trata por lo demás de setos vivos que son un modo común de cerramiento de fincas en el Valle de Bertiazarana en que radican los predios en cuestión.

De lo dicho hasta aquí se evidencia que el “uso del lugar” como elemento determinante del ejercicio razonable de los derechos sobre inmuebles es un concepto esencialmente variable. La clase de las molestias o incomodidades permitidas o consentidas variarán en el núcleo urbano de la ciudad, en una zona residencial, en una zona industrial... Por otra parte, inmisiones o molestias que son usuales respecto a la especie, por tratarse p. ej. de un distrito industrial, pueden sin embargo hacerse inadmisibles si su intensidad supera lo que había sido hasta entonces usual, por una importante ampliación de las industrias o por un gran aumento del número de éstas, adaptándose el criterio de licitud de las inmisiones al compás del desarrollo de la zona¹⁶².

La variabilidad y contingencia de los usos de la zona se ve favorecida además con el rechazo de la prioridad en las utilidades inmobiliarias. Efectivamente, tal como expusimos, la antigüedad en el ejercicio del derecho sobre el propio inmueble no concede prerrogativa alguna a la hora de valorar la licitud de la inmisión. La pre-ocupación individual —aquella que tiene en cuenta la prioridad temporal de la instalación o del uso de una de las fincas en

finca es suficiente para determinar el carácter de la zona, confiriendo su carácter específico al lugar donde se ubica. Dado que no se puede realizar una comparación con otras empresas o instalaciones similares en la misma zona, se amplían los límites del marco geográfico de la zona de comparación, y no se centra la atención únicamente en la efectiva ubicación de estas empresas o instalaciones singulares, sino que se supera el marco local y se verifica una comparación con empresas que, en otras zonas, son explotadas del mismo modo. La comparación debe efectuarse entre aeropuertos de similares proporciones, con parecido volumen de actividad, teniendo en cuenta las características de la zona en la que prestan sus servicios. *La defensa jurídico-civil...*, pp. 397-398.

160. EGEA, *ob. cit.*, p. 148.

161. *Jurisprudencia civil foral de Navarra*, T. III, cit., marginal 1184, p. 467.

162. Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, cit., p. 352.

conflicto— no constituye elemento valorable; sin embargo la pre-ocupación en un sentido colectivo, como uso dado por la mayoría de los vecinos de la zona, ha sido entendida en Derecho francés como factor cuyo reflejo se deja sentir en la regulación de las inmisiones. En realidad, esta pre-ocupación colectiva vendría a coincidir con la mayoría de usos o actividades existentes en la zona con anterioridad a la instalación del vecino perjudicado; sería el uso que la mayoría de vecinos existentes en la zona han dado a la misma, imprimiéndole así un carácter determinado. Por ello, la pre-ocupación colectiva coincidiría en líneas generales con las condiciones de la zona, con los usos habituales en la misma y, en consecuencia, afirma la doctrina, cuando en un área se instala determinada actividad como ordinaria, los vecinos posteriores saben a qué se exponen al establecerse allí y por lo tanto o han sido imprudentes o han aceptado al menos tácitamente las molestias¹⁶³. No debe perderse de vista que el Derecho francés se mueve dentro de los parámetros de la responsabilidad civil a la hora de solventar los problemas de las injerencias entre vecinos, de ahí que se exprese en términos de culpa/no culpa.

En los ordenamientos que recogen los usos locales como elemento de concreción de la licitud de las inmisiones, tal es el caso del Fuero Nuevo de Navarra, ha de ponerse de relieve que tal elemento, sin negar su relativa relación con la pre-ocupación colectiva, no es del todo coincidente con la misma. En la observancia de los usos sólo se tiene en cuenta o se valora cuál es actualmente el “hábito inmisivo” de una parcela geográfica, las circunstancias o características presentes de la zona, obviando el momento temporal en que ese hábito y circunstancias se instauraron. Por el contrario, en el criterio de la pre-ocupación se analizan y tienen en cuenta las circunstancias y características dadas a una zona por los primeros ejercientes y se fija exclusivamente en

163. Para ROBERT (*Les relations de voisinage*, Paris 1991, p. 115) en la jurisprudencia francesa el primer pronunciamiento en la línea de aceptación del criterio de la pre-ocupación colectiva es el que resolvió el problema de las inmisiones de ruido ocasionadas por el aeropuerto de Niza (Cass. Civ. 2ª, 8 de mayo de 1968, Dalloz 1968, 609). La Sala vino a entender que los que han construido o comprado un inmueble cerca del aeródromo, sin tomar las precauciones necesarias para sustraerse de los inconvenientes conocidos de la vecindad, habrían incurrido en culpa y aceptado un riesgo al exponerse voluntariamente a sufrir todo o parte del perjuicio del que se quejan. Es dudoso que tal sentencia viniera a aceptar la pre-ocupación en su sentido colectivo, siendo más admisible que lo hiciera en su sentido individual —como prioridad del uso del aeropuerto—. Sobre otras sentencias anteriores y posteriores de la jurisprudencia francesa acerca de la pre-ocupación, vid. EVANGELIO, *La acción negatoria...*, p. 92, nota 182.

ellas desde el prisma temporal. No cabe duda que podrá ocurrir que ambos conceptos coincidan¹⁶⁴, es decir, que el uso del lugar venga dado por el uso de los primeros ejercientes, pero no son dos conceptos unidos necesariamente. En el uso del lugar queda desechado el factor del tiempo y por ello los cambios de aprovechamiento de una zona van modificando el criterio mismo y puede que sean precisamente los últimos ejercientes los que marquen el carácter de la zona. Pensemos por ejemplo en una zona portuaria de carácter industrial y empresarial que progresivamente va alterando su carácter y adquiriendo un carácter residencial-turístico, aun cuando subsisten algunas instalaciones de las iniciales que ocasionan a las viviendas problemas de ruido. Por aplicación de la pre-ocupación colectiva resultaría la licitud de las molestias, mientras que por aplicación de los usos del lugar la zona quedaría caracterizada seguramente de manera diversa ya que las condiciones del lugar actualmente son otras. El carácter de usual en la zona del aprovechamiento de una finca no se deriva de las condiciones anteriores, es decir del modo de aprovechamiento más antiguo, sino de las condiciones y situación presentes.

D. La equidad

a) *La equidad como factor de determinación de lo razonable*

Para solucionar la pugna de los intereses implicados en el conflicto vecinal ocasionado por una inmisión el Fuero acude a un elemento –original respecto a otros ordenamientos¹⁶⁵– cuyo encaje no es fácil de precisar, en la medida

164. Así, ALGARRA, *ob. cit.*, p. 379 y EVANGELIO, *ob. cit.*, pp. 274 y ss.

165. Si bien el reenvío a la equidad no se encuentra en otros ordenamientos europeos sobre inmisiones, lo cierto es que no se trata de un elemento absolutamente desconocido por la doctrina extranjera. Ante la ausencia de una norma codificada sobre el problema de las inmisiones, y con el fin de buscar un criterio de regulación de la disciplina, algunos autores italianos posteriores al Codice de 1864, consideraron que la solución debía confiarse a los poderes equitativos del juez. Así, BRUGI (“Immissione di fumo da batelli a vapore negli edifizii adiacenti”, *Riv. Dir. Comm.*, 1910, II, pp. 875 y ss.) ante la incompatibilidad de los principios iuspositivos en materia de propiedad –quien usa de su derecho a nadie perjudica y el de la ilicitud de toda violación del derecho del vecino– mantuvo que el contenido concreto de la propiedad ha de venir determinado o fijado por el juez. El reenvío al juez no debía ser de todas formas un reenvío “en blanco”, sino que debía ir acompañado por la indicación de criterios más o menos precisos, entre ellos el de la necesidad de una mayor tolerancia por parte de quien sufre la inmisión.

en que parece poner en entredicho los otros elementos valorativos incluidos en el propio precepto, a saber, las necesidades de cada finca y el uso del lugar. Al ordenar al juez que determine la razonabilidad del ejercicio de un derecho según un criterio equitativo, que atienda a las circunstancias de cada caso y que atempere su decisión a la vista de las mismas en la apreciación de lo razonable, parece rehusar la adopción de una solución uniforme, y puede llevar a la conclusión de que implícitamente para el Derecho civil navarro la licitud de una inmisión dependerá a la postre de contingencias de diversa índole concurrentes en cada una de las hipótesis, obviando la aplicación de los otros factores de determinación de dicha licitud que recoge la ley 367 a).

A mi juicio, sin embargo la mención de la equidad entre los enclaves precisos para concretar la licitud de una inmisión no adquiere un papel desintegrador. Es un factor más de integración del propio criterio de licitud. La llamada a la equidad de la ley 367 a) no tiene una función supletoria ni correctora de la ley, sino que viene a ser un elemento al que el propio Derecho positivo llama, cumpliendo así una función constitutiva¹⁶⁶. La propia norma legal ordena al juez tener en cuenta en su decisión las circunstancias de hecho que ha de valorar con criterio humano, introduciendo en su fallo factores de conveniencia que si no se diera esa llamada de la ley acaso quedarían ajenos a ella¹⁶⁷. La equidad funciona así dando flexibilidad —y no arbitrariedad— a la norma porque el propio legislador se remite a ella para matizar el precepto general en vista de las particulares circunstancias de cada caso¹⁶⁸.

El FN en la ley 367 a) da entrada a la equidad de modo directo. Obliga al juez a encontrar el punto de equilibrio entre los intereses y pretensiones en litigio según la apreciación del hombre medio; a establecer una proporcionalidad en atención a las circunstancias del problema y a las de las partes.

El establecimiento del uso razonable a través de la aplicación estricta de las *necesidades de cada finca* y del *uso del lugar*, pudiera llevar a la consecuencia de tener que tolerar p. ej. inmisiones industriales altamente nocivas para la

166. Para CASTÁN la equidad cumple tres posibles funciones: como elemento de interpretación y corrección de la ley (*ius corrigendi*), como elemento de integración (*ius supplendi*) y como elemento constitutivo de la norma (*ius adiuvandi*). Cfr. *Derecho civil español común y foral*, T. 1, vol. I, 12ª ed., Madrid 1988, pp. 508 y ss. Sobre dichas funciones, vid. DE LOS MOZOS, “La equidad en el Derecho civil español”, *RCDI*, 1972, pp. 30 y ss.

167. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 1º, Barcelona 1988, p. 207.

168. CASTÁN, *ob. cit.*, p. 508.

salud o el bienestar de las personas porque dichas inmisiones responden y se acomodan a los mencionados factores recogidos en la ley 367 a). Siendo ambos factores objetivos en su apreciación, la equidad viene a dulcificar el rigorismo o formalismo legal dando entrada a este elemento de cierre, original respecto a otros preceptos similares de Códigos europeos. Como afirma CASTÁN, la especialidad del criterio de la equidad radica en que se toman en consideración, más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el Derecho positivo, y más que los esquemas generales de la norma jurídica, la adecuación y adaptación de éstos. La equidad implica una justicia individualizada y constituye una justicia no rígida ni formalista¹⁶⁹.

No cabe duda que desde esta perspectiva, adquirirán una especial consideración los efectos de la inmisión. En la búsqueda del equilibrio entre usos de las fincas, al intentar descubrir si una inmisión es lícita o no, los efectos de la molestia han de tener una especial atención, prevaleciendo quizá sobre los intereses del perturbador. Pero ello no quiere decir que el juez tenga que desatender el mandato legal, lo único que se quiere manifestar es que en *lo razonable*, además de lo que necesitan las fincas y de lo que marca el uso de la zona, deberán tenerse en cuenta circunstancias presentes en el conflicto, lo cual está en plena congruencia con la idea de que el objetivo último en materia de inmisiones es el de equilibrar la libertad de actuación de un vecino y la facultad de exclusión de otro con el fin de conseguir la coexistencia pacífica de ambos¹⁷⁰.

Si un uso es razonable en relación a lo que cada finca precisa y a lo que es usual en la zona, existe ya una aproximación o un primer criterio de lo que definitivamente puede resultar razonable y para que las inmisiones que de tal actividad se derivan tengan que padecerse. Ahora bien, tal apreciación deberá completarse con la atención a las demás circunstancias y en especial, a los efectos de la molestia, pues resultaría contrario al propio precepto obviar la situación jurídica en que quedaría el vecino perjudicado cuando la inmisión, en principio razonable según esa primera aproximación, le coloca p. ej. en una imposibilidad total de poder disfrutar su finca por la especial nocividad de la injerencia, por la agresividad de la perturbación, por atentar contra bienes de la persona, etc. En este análisis de los resultados perniciosos de la mo-

169. *Ibidem*, p. 507.

170. EVANGELIO, *La acción negatoria...*, p. 78.

lestia el juzgador resolverá en atención a lo que exige la equidad, teniendo presente el diverso tratamiento que, a estos efectos, solicitan las inmisiones que afectan a las cosas y las que afectan a las personas¹⁷¹.

Tratándose de daños a las cosas, la razonabilidad de una actividad inmisiva y la tolerancia de sus efectos difícilmente quedarán afectadas cuando tal juicio ya se ha determinado por lo usual en el lugar. Es decir, la atención a los especiales efectos de la inmisión perderán peso jurídico cuando la propia finca afectada, atendiendo también al uso del lugar se destina a una actividad inhabitual en la zona. Así ocurrirá con frecuencia en zonas industriales en las que se haya instalado una empresa que precisa unas específicas cualidades de silencio y quietud (como una bodega) o de limpieza ambiental (cultivo de especies florales)¹⁷². Dado que la finca afectada se dedica a una actividad completamente inusual en la zona, deberán tolerarse los efectos nocivos de las inmisiones, puesto que éstas son normales en la zona y ninguna de las demás fincas se ven afectadas por las mismas. Por el contrario, cuando tanto la finca inmitente como la perjudicada tienen un similar destino marcado por el uso de la zona y el uso entonces resulta razonable, el empleo de la equidad irá dirigido al examen de las especiales circunstancias de la intensidad del perjuicio con el fin de evitar que una inmisión de una sustancialidad extrema conlleve un contenido irrisorio de la propiedad perjudicada. Pensemos en un conflicto surgido en una zona rústica de cultivo a raíz de la plantación en una finca de una especie arbórea con finalidad ornamental que atrae, por su aroma o por sus frutos, pájaros, los cuales ante la cercanía en el fundo vecino de un cultivo de cereales, causan daños de entidad relevante en la cosecha. La imposibilidad de seguir cosechando que para el vecino afectado supone esta injerencia deberá contar como elemento de juicio, alterando o “corrigiendo” la inicial razonabilidad que las necesidades de la finca y el uso del lugar habían fijado.

Cuando nos encontramos ante inmisiones perjudiciales para las personas la *equitas* adquiere especial relevancia. En tales casos la actividad inmisiva

171. ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, pp. 392 y ss.

172. ALGARRA pone como ejemplo precisamente el supuesto en el que en un polígono industrial el propietario de una parcela decide dedicarla al cultivo de delicadas especies florales que se ven gravemente afectadas por humos, gases, vapores u hollín, que sin embargo no causan perjuicio al resto de propiedades que son las que determinan el carácter del lugar, *La defensa jurídico-civil...*, pp. 393-394.

puede haber superado el examen de licitud atendiendo a los dos primeros factores y el juez ha podido llegar a la conclusión de que se trata de un uso razonable en atención a las características que marcan la zona y a las necesidades que solicitan las fincas. Pero si queda afectada la salud de la persona, su intimidad o cualquier bien jurídico de la persona, la razonabilidad habrá de completarse con un juicio que pondere tal afectación de la integridad personal y la protección que merece. Tal juicio encuentra el inconveniente de carecer de una fórmula abstracta que consagre cuál es el criterio a seguir en tales supuestos: si la sensibilidad media de una persona normal¹⁷³ o la de tener en cuenta las circunstancias particulares del afectado: su edad, profesión, estado de salud, necesidades especiales por incapacidad... Creo que precisamente la particularidad de la ley 367 a) FN es la de dar entrada a esta segunda solución, por muy particularista que parezca. El enjuiciamiento de razonabilidad a través de la equidad postula una apreciación *in concreto* y no *in abstracto*. La común sensibilidad de un hombre medio, prescindiendo de las condiciones singulares de las personas afectadas no garantiza los intereses de la persona en cuanto tal y, además, supone una valoración economicista del problema en cuanto da relevancia exclusiva a los efectos nocivos sobre la persona según el destino del inmueble y, por tanto, sobre el valor de cambio del mismo¹⁷⁴. El Fuero parece más bien huir de la consideración de que la tole-

173. Así lo defienden ALGARRA y EVANGELIO para el Derecho común. Para la primera autora, una vez determinado que el uso del vecino inmitente es normal según las condiciones de la zona no se le permitirán inmisiones nocivas a las personas que superen la normal tolerancia. Si un uso es anormal (no razonable) con las condiciones del lugar (el uso del lugar), no se permitirán las inmisiones que de él deriven, si causan daño a las cosas o a las personas, partiendo de la base de que el destino de la propiedad afectada es normal en la zona y que las inmisiones producidas superan la normal tolerancia, *ibidem*, p. 393. Para EVANGELIO la sensibilidad personal del afectado no ha de tenerse en cuenta para estimar como excesiva una inmisión si de acuerdo con la considerada media no lo es. Ahora bien, estima que esto no debería cerrar el paso a la búsqueda de una posible solución para disminuir la molestia. En el supuesto de que el demandante padeciera terribles y frecuentes jaquecas, que se ven agravadas por los ruidos que derivan de la vivienda vecina, cuyo ocupante es pianista y practica a menudo no cree que quepa estimar que dichos ruidos son excesivos si atendidas las demás circunstancias (intensidad del ruido, necesidades de las fincas, duración...) no molestarían a la hipotética persona de sensibilidad media. Sin embargo, concluye, tampoco parece sensato que por haberse llegado a la conclusión de que la injerencia no es excesiva, se dejen ahí las cosas y no se trate de averiguar si cabe disminuir los males del perjudicado, siempre que ello no suponga un esfuerzo apreciable para el demandado, *ob. cit.*, p. 101.

174. SALVI, *Le immissioni industriali...*, p. 310.

rabilidad o sensibilidad de un hombre medio varía según nos encontremos ante zonas residenciales, zonas urbanas, zonas rústicas o zonas industriales. La afectación de la salud no admite graduación por áreas o comarcas sino sólo la constatación de su existencia y tanto ese bien como el de la integridad psíquica o el de la intimidad no permiten distinguir la licitud según sea una u otra zona.

A través de esta vía equitativa podrán tomarse en consideración otras circunstancias añadidas, como las prescripciones que las normas administrativas establecen, según el estado actual de la ciencia, sobre la exposición de las personas a niveles concretos de emisión. Aunque tales normas carecen de una eficacia directa en el juicio de licitud de las inmisiones suponen un parámetro orientativo de la labor judicial puesto que contienen un elemento objetivo de lo que una persona puede soportar y que podrá ser agravado o disminuido según las especiales características de la persona¹⁷⁵.

b) *La equidad como elemento integrador de la condena.*

Equidad y función social de la propiedad

La ley 367 a) FN es un precepto genérico que no confiere un tratamiento diferenciado para las inmisiones procedentes de actividades industriales autorizadas ni para las actividades que llevan ínsitas un determinado valor productivo. Ello no supone que esa regulación especial que se encuentra recogida en otros ordenamientos resulte completamente ajena al Furo Nuevo, si bien con matizaciones importantes derivadas del flexible planteamiento que la norma navarra ofrece y de la interpretación integradora que ha de hacerse de la misma. A mi juicio, el planteamiento de la cuestión ha de partir de dos consideraciones importantes: la primera de ellas es que resulta intrascendente la existencia de una autorización administrativa para el desarrollo de una determinada actividad pues tal como expusimos en nada incide tal elemento en la determinación de lo razonable¹⁷⁶; y en segundo lugar que la exposición correcta de la incidencia de actividades beneficiosas para la sociedad en el tema de las inmisiones ha de contemplar la posibilidad de que dichas activi-

175. Vid. *supra*, II, F.

176. Vid. *supra ibidem*.

dades puedan encontrarse tanto en el aspecto activo como en el pasivo de la relación inmisiva, es decir, que sean tales actividades las que produzcan la inmisión como las que las padezcan.

El análisis de la cuestión debe partir de la institución misma de la propiedad de la que la ley 367 a) FN sólo es una parte. Una lectura integrada del precepto con las previsiones constitucionales (arts. 33, 45, 128, 131 CE) ha de llevar a la conclusión de que en la tarea de compatibilizar los usos entre fundos puede tener relevancia –no absoluta preeminencia– la valoración de la función social de una determinada actividad. A través de la llamada a la equidad –y también de las necesidades de las fincas– que la propia norma realiza han de entenderse invocados los intereses supraindividuales, aquellos fines colectivos que la actividad satisface. Esas actividades, por llevar involucrado en muchas ocasiones un interés general para la colectividad (suministro de energías, puestos de trabajo, telecomunicaciones, interés científico, seguridad nacional...) parecen demandar una atención a sus fines cuando provoquen incomodidades o riesgos a los vecinos (lado activo de la inmisión) o cuando tales actividades se vean de alguna manera perturbadas (lado pasivo).

A una solución como ésta ha de llegarse incorporando en la estructura propietaria el elemento funcional de la propiedad, presente como vimos en el espíritu de la institución dominical en el Fuero, y que encuentra cabida o expresión a través de los conceptos que la propia ley 367 a) exige al juzgador tener presentes en el examen y análisis de los intereses enfrentados. La consagración constitucional de la función social no llegaría a alterar el criterio del uso razonable recogido en el Derecho civil de Navarra pero serviría, eso sí, de firme apoyatura para justificar aquellas soluciones en las que el juzgador opte por conceder trascendencia a las actividades en las que se observe la consecución de fines necesarios para la sociedad. En otras palabras, la dicción del precepto foral permite, por su flexibilidad, dar entrada a la función social de la propiedad sin que sea preciso forzar el texto, en la medida en que una lectura acorde con el mandato constitucional conlleva la valoración de los intereses generales por estar éstos incardinados en la institución dominical.

La materialización de esta consecuencia no implica una alteración del criterio acogido en la norma de inmisiones sino que supondría simplemente la adecuación de la condena al caso. El enjuiciamiento de una inmisión a través

de su consideración equitativa confiere al juez la posibilidad de componer los intereses en juego, y le permite recurrir a una coordinación que se traduciría p. ej. en la atribución a uno de los implicados de la facultad de inmitir y a al otro la atribución de una compensación en lugar de una cesación de efectos perniciosos. La conciliación equitativa de los intereses de los titulares podría por tanto realizarse como un sacrificio a cargo de uno de los propietarios, y esta solución encuentra su apoyo en la propia norma, que expresamente atribuye al juez el poder de solución en atención a las circunstancias. Por tratarse de un poder “excepcional” —obsérvese que el resultado puede ser la atribución a título compensativo de un resarcimiento por las ventajas que obtiene el otro implicado, concepto en el que ha de incluirse la sociedad en general— sólo puede admitirse porque la norma lo atribuye implícitamente y por la necesidad de satisfacer el interés colectivo coordinándolo a los intereses privados. Cuando la norma alude a la “equidad” no se limita a ordenar el ajuste de la justicia al caso concreto; va más allá al atribuir una posibilidad de conciliación de las pretensiones según una prudente valoración que de las circunstancias haga el juez. De esta forma cobra sentido la función social-límite que exige en materia de colisión entre propietarios que el poder de la autoridad judicial deba entenderse a la luz de aquella función¹⁷⁷.

Esta solución creo que es la acertada incluso en los casos en los que una inmisión perjudica los intereses generales insertos en las actividades que se desarrollan en inmueble vecino. Así, en los casos en que un propietario individual u “ordinario” altera con su construcción la red de telecomunicaciones o la actividad de un observatorio, ¿las razones de interés supraindividual han de prevalecer sobre la actividad del inmitente en cualquier caso y aunque no se rebase el parámetro legal (uso razonable)? ¿Quedaría en cierta manera predeterminada la condena de hacer cesar la inmisión sólo porque las circunstancias de interés general de la propiedad perjudicada inclinan por sí solas la balanza hacia la actividad socialmente relevante? Creo que la función social de propiedad bajo este prisma tampoco tiene la fuerza ni el alcance para llegar a modificar o derogar el concreto criterio de licitud recogido en el Fuero; que la propiedad cumpla una función social para nada influye en el criterio de licitud de las relaciones de vecindad desde el momento en que los intere-

177. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., pp. 516-520.

ses colectivos posiblemente perjudicados por una inmisión quedarían suficientemente protegidos a través de la propia lógica propietaria que puede resolver la cuestión a través de la de comparación de costes de eliminación y de la vía de la compensación económica¹⁷⁸.

En conclusión, creo que la ley 367 a) FN permite ser entendida como una norma ecléctica entre la rigidez normativa y los poderes concedidos al juez. El precepto da unos criterios objetivos de valoración y lo completa con un recurso a la autoridad judicial para que en equidad (y teniendo en cuenta por tanto la función social de la propiedad) resuelva. Este entendimiento de la llamada a la equidad que realiza la ley 367 a) no ya como factor de determinación de *lo razonable* sino como factor de acomodación de la sanción al caso concreto, permite que, una vez decretada la ilicitud de la inmisión, las circunstancias del caso lleven a decretar en ocasiones el cese de la actividad, en otras la adopción de medidas correctoras o preventivas, en otras el otorgamiento de una cantidad compensatoria por los perjuicios que se sufren o, en fin, una composición diferente de las actividades de los vecinos¹⁷⁹.

178. Cabe incluso plantear que los dos inmuebles afectados –inmitente y perjudicado– realicen actividades de relevancia colectiva, es decir, que en ambos se observe una vocación a la consecución de un interés general. Imaginemos el caso de dos inmuebles dedicados a una actividad productiva situados en un enclave industrial. Uno de ellos produce determinadas emanaciones que perjudican de forma ostensible la actividad industrial desarrollada en el otro inmueble. Pero ambas actividades son socialmente necesarias. ¿Quedaría entonces derogado el criterio ordinario de licitud de la inmisión? ¿Debería procederse a un análisis conjunto y comparativo de los distintos intereses implicados dándose preferencia al más útil o debería seguir aplicándose el concreto criterio de coordinación entre intereses recogido en las leyes civiles? A nuestro juicio la solución ha de ser idéntica a la expuesta. La colisión de intereses individuales/generales ha de resolverse de acuerdo a las normas privadas y al concreto criterio de solución acogido en ellas. A estos efectos, la concurrencia de intereses sociales o colectivos merecerá un tratamiento adecuado que deberá articularse p. ej por la vía de la equiparación de los costes de la eliminación de actividades o por un reparto de dichos costes.

179. La equidad como factor a tener en cuenta a la hora de imponer una u otra condena se encuentra presente en algún pronunciamiento jurisprudencial en el que ante la posibilidad de remediar determinadas inmisiones de hollín mediante dos tipos de medidas, el juzgador estima que ha de adoptarse en concreto una de ellas –cambio del combustible utilizado– por estimar que es la que resulta más idónea y no comportar un gasto desproporcionado para el causante (SAP Navarra de 31 de julio de 2001, *RJN*, nº 33, vol. I, enero-junio 2002, p. 254).

V. La tutela jurídica frente a las inmisiones en el Fuero Nuevo

A. Ilícitud de inmisiones y acción de cesación

La regla de la ley 367 a) es fundamentalmente una norma de carácter sustantivo cuya finalidad es la determinar qué efectos perniciosos procedentes del inmueble vecino pueden ser repelidos por quien los sufre y merecen la consideración de ilícitos. Concreta y delimita la facultad de exclusión integrada en el derecho de goce de una finca, a la vez que señala implícitamente al titular el punto hasta el cual debe soportar las perturbaciones a dicho goce. Este precepto no especifica la pretensión que el perjudicado por una inmisión puede hacer valer en juicio¹⁸⁰, ni se acompaña de otra norma que conceda a quien sufre una inmisión ilícita una acción nominada para articular procesalmente la defensa de su interés.

Este panorama normativo difiere respecto al que se encuentran otros ordenamientos. La Ley catalana 13/ 90 (LACNISRV) además de establecer en su art. 3 qué inmisiones han de considerarse ilícitas, prevé y establece la acción negatoria como el remedio para la protección del propietario del inmueble frente a perturbaciones ilegítimas que no consistan en la privación o retención de la posesión, a la vez que la concibe genéricamente como la acción de defensa de la libertad del dominio y como acción frente a perturbaciones jurídicas o materiales. La propia Ley se encarga de enumerar las posibles pretensiones que el perjudicado puede hacer valer frente a las inmisiones ilegítimas: la cesación de las mismas, la indemnización de los perjuicios y, ante riesgo de perturbaciones, la abstención (arts. 1 y 2) Similar estructura es la que siguen los Derechos italianos y alemán. El primero de ellos recoge por un lado en el art. 844 *Codice* el criterio de licitud de las inmisiones y, por otro, la acción negatoria en su art. 949 que, encuadrada dentro de las acciones en defensa de la propiedad, permite solicitar tanto la declaración de inexistencia

180. Esa carencia es la que lleva a EVANGELIO a afirmar: “en cuanto a la ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra, está redactada en forma tan vaga, sin hacer referencia a la sanción aplicable en caso de vulneración de lo dispuesto en ella que cabe entender que autoriza no sólo a impedir la persistencia de las perturbaciones iniciadas y a reclamar una indemnización por los perjuicios padecidos, sino también a anticiparse a ellas; es decir, se puede exigir la eliminación del riesgo de su producción, la prevención de sus consecuencias y la indemnización de los daños y perjuicios”, *La acción negatoria...*, cit., p. 227, n. 7.

de pretendidos derechos de un tercero sobre su objeto, como la cesación de molestias y el eventual resarcimiento que las mismas hayan causado. Por lo que respecta al Derecho alemán, mientras que el § 906 BGB regula qué inmisiones han de considerarse intolerables, el § 1004 prevé el cauce procesal para hacerlas cesar: la acción negatoria como remedio ante las formas de entorpecimiento en el uso de inmuebles para exigir el cese del mismo o la omisión ante el peligro de que se produzca.

Sin embargo han de tenerse en cuenta las matizaciones que a esta acción negatoria y a las pretensiones deducibles introducen algunos de estos ordenamientos respecto a las inmisiones provocadas por actividades autorizadas. Tanto el Derecho alemán (§ 14 BimSchG) como el catalán (art. 3.5 LANISRV) constriñen la pretensión de cesación cuando las inmisiones provienen de instalaciones autorizadas administrativamente facultando al perjudicado en tal caso a solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar la inmisión. Cuando tales medidas no sean posibles sólo cabe la indemnización por los daños causados¹⁸¹.

Por lo que respecta al Derecho común español, y dejando aparte la acción de cesación del art. 7.2 LPH, la carencia tanto de un parámetro para la determinación de las inmisiones ilícitas como de una acción para frenarlas y ponerles fin (negatoria o cualquier otra acción de cesación) se debe –tal como se ha expuesto en la primera parte de la obra– al entendimiento de que la regulación en defensa de la propiedad debía girar alrededor de la resolución de conflictos posesorios o de lindes, como problemas de tenencia y de posesión pero no para regular los usos incompatibles. *De facto* la ausencia de acción negatoria ha venido siendo suplida a través del recurso al mecanismo de la responsabilidad civil, y ha sido la jurisprudencia la que ha elaborado la acogida de la pretensión de cesación considerando una exigencia más de la acción civil de daños la necesidad de poner término a las inmisiones ilícitas, o como modalidad del resarcimiento en forma específica la condena a su cesa-

181. La jurisprudencia alemana ha ampliado la limitación o exclusión de los derechos jurídico-vecinales privados impuesta por el § 14 BimSchG a los supuestos de inmisiones procedentes de instalaciones del poder público o actividades desarrolladas en el ejercicio de funciones soberanas y de empresas o instalaciones privadas cuyas actividades son de interés general o sirven en primer término al bienestar común, vid. ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, pp. 436 y ss.

ción¹⁸². La doctrina española ha dedicado desde hace algunos años una especial atención a la configuración de una acción negatoria que permita abarcar tanto la posibilidad de negarse a pretendidos derechos o cargas sobre la propiedad como la oposición a perturbaciones fácticas¹⁸³.

La carencia de acción negatoria específica en el Fuero Nuevo que tenga como objeto poner fin a las inmisiones o perturbaciones materiales no entorpece sin embargo la defensa que el perjudicado puede realizar procesalmente en base a la propia ley 367 a), pues como afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, dicho texto autoriza no sólo a impedir la persistencia de las perturbaciones, molestias o incomodidades, sino que permite anticiparse a ellas, exigiendo la eliminación del riesgo de su acaecimiento o la prevención de sus consecuencias¹⁸⁴. La jurisprudencia del TSJ de Navarra y de la Audiencia Provincial de Pamplona demuestra cómo la sola alegación de la ley 367 a) es suficiente para condenar al demandado al cese de la actividad y a la realización, en su caso, de las obras de reparación necesarias; sería por otro lado ilógico que los usos no razonables sobre inmuebles resultaran prohibidos y que dicha prohibición no encontrara modo alguno de hacerse efectiva.

La ley 367 a) FN, al establecer que nadie puede causar riesgos o molestias a sus vecinos más allá de lo razonable, coloca al perjudicado en una situación de poder reaccionar frente a las inmisiones que superen ese nivel admitido por la norma permitiendo al usuario del inmueble perjudicado articular una

182. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil frente al ruido*, Madrid 2003, p. 126, DÍAZ BRITO, *El límite de la tolerancia...*, cit., pp. 62 y ss.; ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 421 y ss.

183. Hasta la más reciente monografía de DÍAZ ROMERO (*La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones. Especial referencia a la acción negatoria*, Madrid 2003) han sido muchos los trabajos dedicados a la configuración de la acción negatoria como vía de defensa frente a las perturbaciones fácticas derivadas de la vecindad: NIETO ALONSO, A., "La acción negatoria como posible cauce civil para la protección al medio ambiente", *Actualidad civil*, 2001, pp. 1594 y ss.; ÁLVAREZ LATA, N., "Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones", *Actualidad civil*, 2002, nº 37, pp. 1197 y ss.; CONDE-PUMPIDO, C., "Derecho de propiedad y protección del medio ambiente. La acción negatoria", *Cuadernos de Derecho judicial. Protección del derecho de propiedad*, IX, Madrid 1994; SALVADOR CODERCH, P. y SANTIDIUMENGE, J., "La acción negatoria", *Poder Judicial*, 1988, pp. 117 y ss.; ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos...*, cit.; NAVARRO MENDIZÁBAL, I., *Las inmisiones y molestias medioambientales...*, cit.; EVANGELIO LLORCA, R., *La acción negatoria de inmisiones...*, cit.; MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Madrid 1993.

184. Cfr. "Las relaciones de vecindad entre fundos...", cit., p. 150.

pretensión de reacción ante las mismas. Resulta útil a estos efectos la distinción conceptual entre acción y pretensión. La acción no es sino el poder de provocar la actividad de los tribunales, la cual se iniciará mediante un acto específico: la demanda, que tendrá por objeto una pretensión. La pretensión es la declaración de voluntad en la que se solicita una actuación concreta del órgano jurisdiccional frente a persona determinada. Por eso resulta incorrecto hablar en términos de “derecho de acción” y más correcto hablar en términos de pretensión jurídica. La posibilidad de hacer valer en juicio una pretensión es la consecuencia de estar la misma reconocida por el Derecho. La pretensión jurídica supone por tanto la concreción de la acción (entendida en ese sentido de activación de la labor jurisdiccional) al caso concreto, posibilitándose de esta manera la realización de una situación normativa reconocida por la norma al sujeto frente a quien la perturba en el caso concreto¹⁸⁵. El hecho de que nominalmente no se acoja la acción negatoria no significa que a través del reconocimiento normativo de las pretensiones de cesación no se esté aceptando en realidad el juego de la misma¹⁸⁶.

185. La concepción de la acción como el derecho a la tutela jurisdiccional abstracta y la distinción entre acción y pretensión iniciada por GUASP ha ido evolucionando en la doctrina procesalista, en la que hoy se admite que la noción actual de acción es unitaria; no existen clases de acciones sino una única acción entendida como derecho a la jurisdicción, a la actividad jurisdiccional del Estado. La pretensión, como acto jurídico del actor que conduce a una serie de efectos ha evolucionado igualmente hasta asumir su trascendencia sobre todo con relación al objeto del proceso. Siendo uno el concepto de acción, y admitido que este derecho no puede ejercitarse si no es para pretender, lo que adquiere singular importancia es el sistema de clasificación de las pretensiones con relación a la clase de tutela jurisdiccional pedida, MONTERO AROCA, V., “Acción y tutela judicial”, en *Derecho jurisdiccional*, I, Parte General, 10ª ed., Valencia 2000, p. 248. Otros autores introducen reparos a esta construcción, al advertir que existen situaciones en las que la acción se presenta como un derecho a una tutela jurisdiccional concreta porque el Estado a través de los órganos jurisdiccionales debe realizar una prestación o tutela concreta con la que ese derecho se satisface; así ocurriría por ejemplo en las llamadas acciones constitutivas en las que el juez crea modifica o extingue una relación o situación jurídica (v. gr. acción de divorcio). Por otro lado, existen derechos subjetivos sin acción (obligaciones naturales) y supuestos en que un mismo derecho subjetivo privado puede servir de fundamento a varias acciones diversas (p. ej. la propiedad sirve de base tanto para la acción reivindicatoria como para la declarativa del dominio). Todo ello demostraría la ausencia de identidad ente la acción –como derecho frente al Estado– y los derechos subjetivos privados. Vid. DE LA OLIVA, A., en *Derecho Procesal, Introducción*, Madrid 1999, pp. 81 y ss.

186. ÁLVAREZ LATA, N., “Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de operatividad”, *AC*, 2002, nº 37 p. 1197.

Vistas así las cosas, el Derecho navarro no precisa elaborar una especial construcción acerca de la acción pertinente para la eliminación de las inmisiones ni que individualice las pretensiones deducibles en la demanda. Es la propia ley 367 a) la que como definidora de la situación jurídica del sujeto perjudicado abre las puertas a la pretensión de reaccionar cuando esa situación se verifica. La ausencia de una acción negatoria tipificada, así como el silencio sobre las posibles pretensiones que el demandante puede deducir en juicio no es óbice para que al amparo de la propia norma que analizamos el perjudicado por una inmisión pueda ejercitar procesalmente su derecho a excluirla. En este sentido no deja de ser significativo que la escasa doctrina que se ha fijado en este precepto haya afirmado que la ley 367 a) FN recoge una acción negatoria¹⁸⁷, lo que evidencia el reconocimiento de la innecesariedad de una acción típica y nominada para el ejercicio de las pretensiones posibles. Como afirmó la SAP Pamplona de 16 de marzo de 1982¹⁸⁸, la ley 367 a) FN impone, aunque expresamente no lo diga, una obligación de no hacer susceptible de convertirse, en caso de violación, en la obligación correlativa de poner fin a lo mal hecho.

B. La pretensión deducible de la ley 367 a) FN

Planteadas las cosas desde el punto de vista de las pretensiones deducibles en la demanda sobre la base de la ley 367 FN, puede decirse que la pretensión primordial que se deriva de la misma es cesatoria, ya que el fin del precepto es la eliminación de los riesgos o de las incomodidades que la actividad del vecino ocasiona con el ejercicio de su derecho y que sobrepasen el límite de razonabilidad. La cesación que se persigue es precisamente la de dichos efectos perjudiciales presentes o hipotéticos y no necesariamente de la actividad que da origen a las mismas: si la acción de cesación se dirige a eliminar la perturbación ilícita, dicha cesación agotará el contenido del derecho.

El cese de una inmisión ilícita admite diversas modalidades para hacerse efectivo. En unas ocasiones dicho freno se conseguirá simplemente adoptando medidas específicas y adecuadas que supriman los efectos inmisivos de la

187. AMAT LLARI, E., "La regulación de las inmisiones en el Código Civil", cit., p. 85.

188. *Jurisprudencia civil foral de Navarra*, T. III, cit., marginal 965, p. 46.

actividad; otros supuestos exigirán la realización de una obligación de tracto sucesivo para el inmitente¹⁸⁹; en otras ocasiones no será necesaria la completa cesación siendo suficiente la reducción de las inmisiones a límites que no perjudiquen el interés del propietario, que no causen incomodidades sustanciales o que se acomoden al criterio de razonabilidad¹⁹⁰; otras veces el fin de una inmisión se conseguirá exclusivamente mediante la paralización de la actividad misma que la causa; en otras, en fin, mediante la clausura del establecimiento, etc.¹⁹¹.

Cabría incluso que la eliminación de las inmisiones se consiguiera mediante la adopción de medidas correctoras en la finca del propio vecino afectado. Tal modalidad exigiría el consentimiento de quien sufre la inmisión —o adoptarse a su solicitud— y resultaría conveniente cuando la inmisión no pudiera hacerse cesar o reducirse mediante medidas activas de corrección en la finca inmitente. La legislación catalana contempla expresamente esta posibilidad (art. 3.3 LANISRV) que la prevé como vía de solución exclusivamente en aquellos casos en que la cesación de una inmisión sustancial pero adecuada al uso del lugar resulta imposible hacerse cesar por suponer unos costes desorbitados: el propietario que las sufre pueda adoptar las medidas necesarias en su propia finca para atenuar o evitar las molestias que sufre, añadiendo que de tales medidas correrán a cargo del inmitente. Como pone de relieve EGEA se trata en-

189. La imposición al inmitente de una obligación continua o de tracto sucesivo con el fin de que el uso de su fundo no perjudique el goce del inmueble vecino es sin duda una medida de dudosa efectividad pues como afirma la SAP Navarra de 27 de enero de 1995 (AC 1995/73) —en un litigio en el que el demandado solicitaba como alternativa la condena de podar y regar adecuadamente las plantaciones objeto del pleito—, la imposición de dicha obligación *abriría una ejecutoria interminable, de previsible y múltiples incidencias, siempre achacables a quien ha creado un riesgo superfluo y perjudicial* y, en consecuencia, la Sala condena a arrancar las plantaciones.

190. NAVARRO expresa esta posibilidad afirmando que la perturbación deberá reducirse hasta el punto en el cual una acción de cesación carecería de sentido, *Las inmisiones...*, cit., p. 278. Vid. también EGEA, *Acción negatoria...*, p. 55.

191. En algunas ocasiones no cabrá otra solución que la más radical de suprimir instalaciones que causan inmisiones a los vecinos y que no admiten medida alguna de protección o reducción. Así se puede observar en la STSJN de 3 de junio de 1997 (RJ 4/1997) en la que se discutía sobre la razonabilidad de la colocación por parte de una empresa hotelera de unas escaleras de emergencia en un patio interior. Al considerar el Tribunal que la instalación litigiosa no constituye un uso razonable y resultando claro que las perturbaciones, incomodidades y molestias que genera superan las normales, confirma la sentencia de la Audiencia que había condenado a la retirada de la escalera.

tonces de un problema de costes y es que, en efecto, no es que el perjudicado no tenga acción negatoria sino que ante la imposibilidad de hacer cesar la inmisión sustancial por razón de la desproporción de costes que para el inmitente supondría la cesación, se abre la puerta a la autotutela por parte del perjudicado y que económicamente deberá soportar el inmitente¹⁹².

Esta previsión tan explícita del art. 3.3 LACNISRVR no se encuentra en Derecho navarro –acorde con la técnica de amplitud y de generalidad en que se enmarca el precepto sobre inmisiones del Fuero Nuevo– pero puede acogerse en algunos casos como posible vía de solución. Sin embargo, a mi juicio, la adopción de esta medida no vendría condicionada sólo cuando exista una desproporción entre los costes de eliminación de la inmisión y la capacidad económica del emitente, tal como lo hace el Derecho catalán. Esta medida podría adoptarse bien por acuerdo entre ambas partes implicadas en el conflicto, como cuando se revele como la mejor vía de protección frente a los efectos perniciosos de una actividad¹⁹³. En cualquier caso, estimo que el emitente no puede elegir esta vía de solución sin la aquiescencia del perjudicado. Faltando

192. *Acción negatoria...*, pp. 155-156 y FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil...*, p. 136. No nos referimos desde luego a que el perjudicado pretenda eliminar él mismo la fuente de la perturbación, para lo que necesitaría el consentimiento del titular de la finca en que se encuentra dicha fuente.

193. Resulta en este punto desconcertante el pronunciamiento que realiza la SAP de Navarra de 24 de febrero de 2000 (AC 2000/495) El supuesto a dilucidar contenía entre otros el problema de si una acequia que discurría por el lindero de dos fincas y que los demandados habían inutilizado o eliminado era o no un uso razonable al ocasionar entradas de agua en la finca del actor. La sentencia, tras afirmar que la acequia suponía un alivio para los vecinos al recoger el agua sobrante de lluvia, estima que tales perjuicios puede evitarlos el actor haciendo la acequia en la finca de su propiedad y que por tanto no cabe atribuir a la conducta de los interpelados el carácter perturbador que se alega. A ello añade que para la aplicación de la ley 367 a) FN debe estarse ante conductas cuyas consecuencias dañinas sólo pueden ser evitadas mediante su cese; es decir, que quien las sufre no tiene a su alcance ninguna forma de paliarlas.

A mi juicio la ley 367 a) no es una norma que limite la obligación de cesación de efectos perjudiciales a los casos en que el vecino que los sufre no puede paliarlos por sí mismo. La norma de inmisiones precisamente hace pesar sobre el inmitente siempre la cesación o su coste, en este último caso cuando la cesación ha de hacerse mediante reparaciones o protecciones en la finca perjudicada. Pero no constriñe el *ius excludendi* a los casos en que sea imposible la autotutela. Por otro lado, y en un supuesto casi idéntico al planteado por la SAP de Navarra de 24 de febrero de 2000, la solución adoptada fue precisamente la contraria –condena a los demandados a reponer la sima o sumidero a su estado primitivo– (SAP Navarra de 14 de enero de 1985, *Jurisprudencia civil foral*, T. III, cit., marginal 1062, p. 196).

su consentimiento, la condena genérica a cesar la inmisión no podrá obligar al perjudicado a sufrir en su propio fundo las medidas de evitación.

La elección de una de las eventuales soluciones para hacer cesar una inmisión deberá adecuarse a la intensidad de la inmisión, al tipo material de perturbación de que se trate, a la proporcionalidad de la medida teniendo en cuenta el estado de la técnica para proporcionar medidas de protección, etc. El demandante afectado por una inmisión tan sólo puede pretender o exigir la cesación pero no que se adopte una u otra medida de las varias posibles para evitarla. Decretada la no razonabilidad de un uso inmisivo, la elección de la forma de obtener su eliminación corresponderá al que la produce, quien podrá optar por la fórmula que más convenga a sus intereses, siempre que garantice la supresión de la perturbación¹⁹⁴. Si la sentencia se limita a ordenar sin más la cesación, el inmitente gozará de libertad en la elección de los medios para evitar dicha perturbación ilícita siempre que logre el resultado exigible, pero nada impide que el juez pueda decidir la adopción de medidas determinadas para cuya concreción será necesario —aunque no vinculante— el informe pericial que atenderá a lo que sea posible y razonable según el estado de la técnica y al tipo de perturbación. En principio la solución deberá procurar la evitación de inmisiones con el menor sacrificio posible para las partes implicadas permitiendo cuando sea posible la coexistencia de los derechos en conflicto, de ahí que la disposición a adoptar —cuando sea eficaz— será la de imponer las medidas técnicas adecuadas para eliminar las molestias o, al menos, reducirlas hasta el límite tolerable¹⁹⁵.

194. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil...*, p. 131 y EGEA, *Acción negatoria...*, cit., p. 60, ALGARRA, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 430.

195. EVANGELIO, *La acción negatoria...*, pp. 230-231. Para ALGARRA, cuando el juez ordene la adopción de medidas de atenuación o cesación concretas estaríamos ante una acción negatoria de contenido positivo en la medida en que aunque se tiende a eliminar la inmisión, se imponen las medidas concretas al efecto. *La defensa jurídico-civil...*, p. 431. La SAP Navarra de 31 de julio de 1996 (*RJN*, nº 23, enero-junio, 1997, p. 295) evidencia la necesidad de compatibilizar los usos entre inmuebles a través de remedios menos gravosos para ambas partes. En esta resolución, ante la petición de demolición de un murete construido por los demandados y la reconstrucción del antiguo en idénticas medidas, la Sala considera que no procede la reconstrucción del murete antiguo sino la reparación del nuevo en aquello en que perjudica el uso del patio común, lo que se consigue simplemente mediante las obras necesarias de retranqueo.

Igualmente la SAP Navarra de 14 de enero de 1985 (*Jurisprudencia civil foral*, T. III, cit., p. 196, nº 1062). Habiendo sido condenado el demandado en Instancia de forma genérica a

En algunos casos la jurisprudencia va más allá al determinar, de entre las medidas técnicamente posibles y que el demandado podría en principio escoger, cuál de ellas ha de adoptarse por resultar más idónea, tomando en consideración la más ventajosa para los perjudicados y los costes de la misma. La SAP de Navarra de 31 de julio de 2001¹⁹⁶ se pronunció sobre un supuesto en el que el titular de un local de negocio había instalado una chimenea en el patio interior de un edificio causando constantes emisiones de hollín y restos azufrosos en las viviendas de los vecinos. Habiendo mediado una inspección del Ayuntamiento de Pamplona en la que se determinaba que la solución a dichas inmisiones podría conseguirse bien mediante la elevación de la chimenea o mediante la sustitución del combustible empleado –gasóleo por gas natural–, y añadiendo que las molestias no se originarían o quedarían enormemente reducidas con la segunda de las opciones, la Audiencia consideró que aunque la primera de las opciones resulta más económica para el inmitente (siendo precisamente la que éste solicitaba que se acogiese en sentencia), visto que aparecía como más idónea la segunda de ellas y que el importe de la obra a realizar aun siendo importante no resultaba desorbitada en relación al negocio de que se trata, optó por denegar la solución solicitada de elevación de la chimenea.

Junto al primordial efecto cesatorio, la acción producirá un implícito efecto de abstención. Si la cesación significa que una molestia que se estaba realizando se detiene o reduce y que no se repetirá, la pretensión de cesación incluirá *per se* la abstención desplegándose la cesación o los efectos cesatorios hacia el porvenir, debiendo el demandado evitar las perturbaciones con vocación de perpetuidad¹⁹⁷, consiguiéndose de esta manera una finalidad preventiva.

realizar los trabajos necesarios para dejar la sima en el estado de capacidad en que se hallaba antes de realizarse por el demandado el cubrimiento parcial de la misma, y pudiéndose entender con ello que se le condenaba a reponerla al mismo estado anterior, la Sala considera que sólo debe condenársele al demandado a no sobrepasar los términos de lo que resulte estrictamente preciso para la finca de la actora. Puesto que el informe pericial entendía que no es necesario reponer dicha sima a su tamaño anterior, siempre que en ella se realicen determinados trabajos, habrá que concluir, afirma la sentencia, que “la condena del demandado sobre el particular (...) debe quedar limitada a la realización de aquellas obras que impidan que las aguas sobrantes de los riegos inunden la repetida finca de la actora, aunque el tamaño o extensión de la repetida sima quede reducido con relación al que mantenía anteriormente”.

196. *RJN* nº 33, enero-junio 2002, p. 254.

197. NAVARRO, *Las inmisiones...*, p. 274; FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil...*, p. 136; AMAT, “La regulación de las inmisiones...”, p. 93; y SALVADOR y SANTIDIUMENGE, “La acción negatoria”, *PJ*, 1988, v. 10, nº 6, p. 124.

Ello no es óbice para reconocer que la abstención puede constituir también una pretensión autónoma y única cuando la inmisión no se ha iniciado pero existe peligro inminente y cierto de que así sea. Tal idea encuentra expresamente su materialización en el Derecho navarro ya que la ley 367 a) FN permite anticiparse a perturbaciones ilícitas, exigiendo la eliminación del riesgo de su acaecimiento o la prevención de sus consecuencias¹⁹⁸, al igual que el Derecho catalán (art. 1.1 LANISRV) y el alemán (§ 1004 BGB) La pretensión deducible en estos casos en el juicio será la de poner fin al peligro o al temor de producción futura de efectos perniciosos. En su momento aludimos a las características esenciales que ha de reunir el riesgo como posible elemento objetivo que la ley toma en consideración para otorgar protección a todo usuario de inmuebles¹⁹⁹; sólo debe añadirse ahora que lógicamente la demanda no podrá ir dirigida a la cesación de una molestia que todavía no se ha revelado sino a la abstención de que se produzca en el futuro. En realidad dicha pretensión no condiciona el contenido de la condena. Si se admite la adopción de medidas dirigidas a impedir que el daño ya manifestado siga produciéndose, nada debe impedir su adopción con el fin de evitar que llegue a producirse ante el temor fundado del peligro Y es que como afirma EVANGELIO el efecto preventivo puede conseguirse con la orden genérica de abstención de producir inmisiones (un no hacer) que el condenado cumplirá mediante medidas adecuadas, o bien que sea el juez quien ordene la adopción de específicas medidas, o que comprobada la inutilidad de cualquier mecanismo inhibitorio, decrete la no realización o continuación de la actividad²⁰⁰.

Así se viene a recoger en la SAP Navarra de 23 de septiembre de 1991²⁰¹ en el que se resolvía un supuesto en el que el demandante solicitaba la demolición de determinadas obras realizadas en el inmueble del que era usuario por considerar que la elevación del camino efectuada, y que colocaba al inmueble del demandante en situación de inferioridad, podía ocasionarle muchos perjuicios en caso de avenida de aguas que cayeran del plano elevado y solicitaba en consecuencia la reposición del camino a su cota primitiva previa demolición de los trabajos efectuados en la misma. Por su parte el demandado alegaba en primer lugar la razonabilidad y viabilidad de las obras efectua-

198. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, "Las relaciones de vecindad entre fundos...", cit., p. 150.

199. Vid. *supra*, IV, A.

200. *La acción negatoria...*, p. 286.

201. *RJN*, nº 13, enero-junio 1992, p. 259.

das y subsidiariamente se avenía a realizar las obras necesarias de corrección. El pronunciamiento, acogiendo parcialmente la tesis del demandado afirma que: “los trabajos del demandado han producido una limitación en el fundo de la parte actora, por los consiguientes riesgos por la elevación (...) y siendo ciertos esos peligros (...) resulta evidente la estimación parcial de la demanda y condenar al interpelado, *no a demoler lo efectuado en el camino o torrentera y devolver a su cota primitiva, sino a efectuar los trabajos adecuados para evitar los riesgos que pueda producir la avenida de aguas*”.

C. Cesación e indemnización

La acción de cesación encierra una pretensión inhibitoria diferente a la de indemnización de los daños y perjuicios producidos, no constituyendo esta última pretensión el contenido propio de la acción de cesación o negatoria de inmisiones. Ello no es óbice para admitir o reconocer que ambas pretensiones son acumulables en una misma demanda, si bien teniendo presente que, como FERNÁNDEZ URZAINQUI resalta, el resarcimiento deducible juntamente con la cesación constituirá una pretensión accesoria en la medida en que complementa la principal de cesación, eventual porque su inserción en la demanda no resulta necesaria sino meramente posible, y subordinada porque sólo las inmisiones cuya intolerabilidad viabiliza la pretensión de cesación pueden dar lugar a la de resarcimiento²⁰². Tales características se observan incluso en aquellos ordenamientos en los que la indemnización se contempla como posible contenido propio de la acción negatoria tal como ocurre en el art. 2 de la Ley catalana 13/90²⁰³ o en la acción que contempla el art. 7 de la LPH.

202. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil frente al ruido*, cit., pp. 147-147. Es importante asimismo puntualizar que la tutela inhibitoria que se consigue a través de la acción de cesación no debe indentificarse con el resarcimiento en forma específica. Presupuesto del resarcimiento, ya sea en forma específica o por equivalente es el daño, que no tiene por qué existir cuando se ejercita la acción negatoria. La acción negatoria tiene una distinta eficacia pues se dirige a suprimir la molestia, mientras que la acción de resarcimiento persigue la compensación económica por las consecuencias dañosas de la actividad, EVANGELIO, *La acción negatoria...*, pp. 287-288.

203. No resulta sin embargo claro que en el ordenamiento catalán pueda mantenerse siempre la subordinación de la pretensión indemnizatoria a la de cesación, ya que se prevén supuestos de inmisiones tolerables que deben padecerse en los que la cesación queda cerrada y, sin embargo, sí se impone una obligación de indemnizar (art. 3. 3 y 4 LANISRV).

El Derecho catalán determina como objeto de la acción negatoria frente a inmisiones no sólo la cesación de las mismas sino que el art. 2.2 LANISRV establece: “*En el ejercicio de la acción negatoria, además del cese de la perturbación, podrá reclamarse la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios*”. Tal previsión no significa una mera posibilidad de acumulación de acciones con remisión a las normas sobre responsabilidad civil, sino que viene a establecer que será suficiente que se hayan dado los requisitos de la acción negatoria, para que pueda reclamarse la indemnización sin necesidad de que concurra dolo o culpa. La Ley catalana permite la reclamación de los daños y perjuicios al margen de las normas específicas de la responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y ss. CC, con lo que causado el perjuicio como consecuencia de una perturbación ilegítima, además de la cesación podrá corresponder la indemnización con independencia de que exista culpa o negligencia por parte del perturbador²⁰⁴.

Frente a este sistema, el Derecho alemán desvincula la tutela inhibitoria de la tutela resarcitoria, ya que el § 1004 BGB prevé que mediante el ejercicio de la acción negatoria, el propietario no puede reclamar una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y sólo concede al propietario de la finca perjudicada un derecho a la cesación de la perturbación. La indemnización de los resultados dañosos derivados de tal perturbación podrá acumularse con la pretensión de cesación pero la fundamentación del resarcimiento no será la exclusiva ilicitud de la perturbación sino que se regirá por la existencia de culpa en el inmitente (§§ 823 y ss. y 249 BGB), a diferencia del § 1004 que no requiere la culpa del perturbador para calificar de ilícita la inmisión por él provocada. La acción negatoria podrá pues concurrir con la reclamación de daños y perjuicios pero para esto último en consideración a la culpa del perturbador, no como tal en el sentido de la acción negatoria, sino como causante del daño, y por ello sujeto pasivo de la pretensión indemnizatoria²⁰⁵.

204. EGEA, *Acción negatoria...*, cit., pp. 57-58 y PUIG I FERRIOL, “Las inmisiones en la Ley catalana...”, cit., p. 710.

205. ALGARRA, *La defensa...*, cit., p. 431, n. 38. Sin embargo, la acción negatoria no es compatible con el ejercicio del derecho a compensación derivado del § 906, parr. 2º puesto que este derecho presupone, precisamente, una obligación de tolerancia del perjudicado que excluye el ejercicio de aquella acción; del mismo modo, no puede concurrir con la indemnización derivada del 14 BimSchG: aquí se concede la indemnización en la medida que el perjudicado, por especiales razones, se ve privado de la acción negatoria por inmisiones que exceden de los límites de la tolerancia fijados en el 906 BGB.

Por su parte el Derecho italiano aunque menos nítidamente confiere a la tutela resarcitoria un tratamiento autónomo²⁰⁶.

A mi juicio el Derecho navarro adopta un sistema similar al alemán en lo que se refiere a la relación entre la tutela cesatoria y la indemnizatoria frente a inmisiones ilícitas. La proclamación por la ley 367 a) FN de la sancionabilidad de las inmisiones que superen el parámetro de lo razonable tan sólo implica la posibilidad de frenarlas y ponerles fin para el que las sufre. Y ese mismo parámetro no permite fundamentar por sí solo la obligación del inmitente de resarcir daños y perjuicios. El resarcimiento se deberá si mediante la utilización de los criterios subjetivos o de imputación objetiva, además, el dañante queda sujeto a tal obligación (cfr. ley 488,2 FN) El simple hecho de encontrarnos ante un uso no razonable no supondrá en todos los casos el desencadenamiento de la obligación de indemnizar, si bien sólo las inmisiones que provengan de un uso no razonable abrirán la puerta a la pretensión añadida de indemnización. La neta separación entre ambas facetas sin embargo, no es la que ha seguido la STSJ de Navarra de 25 de abril de 2002 (AC 2002/8782) examinada a propósito del dolo y la culpa en las inmisiones²⁰⁷. Como examinábamos, esta sentencia consideró que el exceso en el “uso razonable” determina la conversión del supuesto de la inmisión en actividad negligente o culpable que si ocasiona daños deberán ser indemnizados en el contexto de la ley 488 FN. El Tribunal utiliza la no razonabilidad de un uso como criterio de imputación de responsabilidad, cuando su única finalidad es la de consti-

206. SALVI manifiesta que la tutela inhibitoria frente a inmisiones se concede según el art. 844 *Codice* sobre la única base de la existencia de inmisiones que excedan los límites impuestos por la propia norma, mientras que el resarcimiento de los daños constituye una forma autónoma y eventualmente concurrente de la tutela frente a inmisiones por la cual, el art. 844 se limita a ofrecer los criterios de valoración de la injusticia del daño, debiéndose aplicar para el resto la disciplina general de los arts. 2043 y ss. *Codice* (reglas sobre responsabilidad civil), con la consecuencia, por otro lado, de que sólo serán resarcibles los daños que excedan de la normal tolerabilidad. El criterio de imputación de la inmisión no es necesariamente el mismo para la tutela inhibitoria y para la resarcitoria, cfr. *Le immissioni industriali*, cit., pp. 228-229 y ss.

207. *Vid. supra*, III, B, a.

El TSJ de Navarra en la citada sentencia, abordó las relaciones entre cesación de uso no razonable y pretensión indemnizatoria considerando que al haberse realizado la actividad provocadora de los daños (quema de rastrojos) “extra muros” del ámbito del uso razonable del propio derecho, tal actividad merece la calificación de negligente y en consecuencia constituye un supuesto de responsabilidad civil en el contexto de la ley 488,2 FN.

tuir el criterio conforme al cual deben hacerse cesar los efectos de una actividad que provoque efectos perniciosos duraderos en el inmueble del vecino. La aplicación al caso de una norma, como la ley 367 a), que no trata de responsabilidad civil sino de ejercicio de derechos y de compatibilidad de los mismos no es, creo, pertinente ni puede servir para determinar la obligación de indemnizar. Esta surgirá cuando tales efectos deriven *además* de una actividad que por aplicación de los parámetros de imputación objetiva o subjetiva conlleven el resarcimiento.

Partiendo por tanto del diferente prisma valorativo que han de tener las dos posibles consecuencias que se desencadenan con una inmisión –cesación e indemnización– resulta necesario la búsqueda del criterio imputativo para que surja a cargo del inmitente el deber de indemnizar, es decir, la determinación de la naturaleza de tal responsabilidad. En el ámbito del Derecho común, las soluciones jurisprudenciales han ubicado tal responsabilidad, bien en el art. 1902 CC aunque con matices objetivadores fundados en el riesgo creado y en los distintos mecanismos paliativos de la responsabilidad por culpa, o bien más correctamente en la responsabilidad objetiva del art. 1908,2º CC. El Fuero Nuevo tan sólo contiene una norma de responsabilidad civil extracontractual (ley 488.2, inciso 1º): “*Quien por su negligencia cause daño en patrimonio ajeno deberá indemnizarlo según las circunstancias de cada caso*”. A pesar de la estricta referencia al criterio de la culpa o negligencia, el TSJ de Navarra para los supuestos en los que la jurisprudencia española ha aceptado la atemperación de este requisito, ha declarado asumidos los criterios que el Tribunal Supremo ha venido acogiendo sobre la evolución experimentada en cuanto a aquél, aceptando que si bien el Derecho navarro (ley 488,2 FN) se fundamenta en la negligencia, la doctrina y la jurisprudencia del TS ha evolucionado de modo que, sin prescindir del concepto de culpa como fundamento de dicha responsabilidad, tiende hacia soluciones próximas a su objetivación a medio de las tesis de responsabilidad por el riesgo creado o de la inversión de la carga de la prueba²⁰⁸. Junto a esta idea ha de decirse que los supuestos de responsabilidad objetiva expresamente recogidos en el Código civil (y en particular en el 1908,2º), pueden encontrar cabida en el ordenamiento navarro a través del recurso a su aplicación por vía supletoria, o bien mediante una

208. SSTSJ Navarra de 10 de junio de 1997 (RJ 1997/4901) y 31 de diciembre de 1999 (RJ 2000/1291), entre otras.

concreta interpretación de la ley 488,2 en el sentido de entender que tal precepto permite incluir entre los daños por los que debe responder un sujeto los de las cosas que se encuentren bajo su guarda²⁰⁹.

El carácter objetivo de la responsabilidad por inmisiones de humos del art. 1908,2º CC y del que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha realizado una aplicación extensiva a todos los supuestos de inmisión y no sólo a las ocasionadas por humos excesivos, encuentra su justificación doctrinal además de en la mayor garantía que supone para el sujeto perjudicado, en el hecho de que los daños no suelen producirse por una actuación culposa o negligente del inmitente, sino simplemente por el mero ejercicio de la actividad o por el mero hecho de la convivencia en los supuestos de inmisiones domésticas²¹⁰. La defensa de un sistema objetivo de responsabilidad por actividades inmisivas se viene manteniendo desde que RIPERT y JOSSERAND adujeran la teoría del equilibrio de los inmuebles. La base para su mantenimiento radicaría en la quiebra del equilibrio inicial entre los fundos. Los dos usuarios de los fundos implicados gozan de idéntica posición y protección jurídica, de forma que si uno de ellos al usar su derecho causa un daño a otro destruye ese equilibrio. Precisamente porque el daño se ocasiona al usar lícitamente un derecho debe defenderse que el perjuicio ha de formar un bloque con las consecuencias beneficiosas que ese uso reporta al ejerciente²¹¹. Bajo esta perspectiva será indiferente que las inmisiones que hayan provocado perjuicios en la finca tengan su origen en la explotación empresarial/industrial de un fundo o en el uso doméstico/familiar ya que en los dos tipos se produce la imposibilidad de desgajar los efectos beneficiosos del ejercicio de un derecho de las consecuencias perniciosas. Siguiendo esta idea los Derechos italiano y francés mantienen un marcado carácter objetivo para la responsabilidad por inmisiones, no así en Derecho alemán.

La doctrina española que defiende un único sistema objetivo de responsabilidad por los daños ocasionados por perturbaciones vecinales²¹², lo hace

209. EGÚSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Comentario a la ley 488 FN”, en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona 2002, pp. 1644-1645.

210. Así ALGARRA, *ob. cit.*, pp. 452-453.

211. Vid. Cap. I, IV, B, b.

212. ALGARRA, *ob. cit.*, pp. 541 y ss.; AMAT LLARI, “La regulación de las inmisiones...”, pp. 94 y ss.; NAVARRO, *Las inmisiones y molestias...*, p. 295; este último autor entiende, siguiendo a BARASSI que no podemos decir que el fundamento de la indemnización radique en

partiendo de la aplicación extensiva del art. 1908,2º CC entendiendo que sólo ese número y no los restantes del mismo artículo es el aplicable a las inmisiones. Efectivamente los nº. 1 y 3 del art. 1908 contemplan eventos en los que el perjuicio viene provocado por un acto puntual –la explosión de una máquina, la inflamación de sustancias o la caída de árboles–; y no por actividades que ocasionen perturbaciones prolongadas en el tiempo. Por el contrario, los nº 2 y 4 sí reflejan la contemplación de un tipo de perjuicio muy distinto en su origen y en los que se observa el desenvolvimiento de perjuicios continuados en los que el causante mantiene un estado de hecho duradero en el tiempo y susceptible de seguir produciendo perjuicios en el futuro: la emanación de humos (nº. 2) y la emanación de cloacas o depósitos (nº 4) La aplicación jurisprudencial del nº. 2 permite basar la condena indemnizatoria en la mera constatación de una inmisión excesiva sin necesidad de requerir la exigencia de culpa en el emitente, puesto que omite toda referencia a la exigencia de diligencia en la producción del daño. Constatada la inmisión excesiva surgirá la obligación de indemnizar. El CC sin embargo, ante otros tipos de perturbaciones en el goce de un inmueble como las contempladas en el nº. 4 requiere un elemento culpabilístico ya que la responsabilidad del propietario no se desencadenará cuando las cloacas o depósitos hubieran sido construidos con las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen; todo ello sin perjuicio de los mecanismos que relativizan la exigencia de la culpa como es la demostración de haber adoptado todas las medidas posibles para evitar el daño o la inversión de la carga de la prueba.

El Código civil español no diseña un sistema de responsabilidad completo para el caso de inmisiones sino puramente fragmentario y casuístico y no concede igual tratamiento a todo tipo de inmisión (o al menos a los dos tipos de inmisiones que recoge), sin acertar a distinguir la razón del distinto trato que merece la diligencia del perturbador en unos casos o en otros.

La generalidad con la que la ley 488,2 FN concibe la responsabilidad aquiliana y la interpretación que el TSJ Navarra viene realizando del mismo

la negligencia del actuar del demandado sino más bien en el propio actuar ilegítimo que ha tenido. En el mismo acto de perturbar sin tener derecho a ello se basa la obligación ulterior de satisfacer la pretensión de indemnidad del actor en la acción negatoria. Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, pues el deber de indemnizar se basa exclusivamente en la relación de causalidad entre la acción y el daño.

permite la acomodación del surgimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios surgidos eventualmente por una inmisión a la coyuntura en que tal daño se produce. El surgimiento de la obligación de dejar indemne al vecino perjudicado por una inmisión habrá de tener presente el diferente contexto, circunstancias y características de la actividad humana que ocasiona el daño. En las actividades inmisivas que proceden de actividades o explotaciones industriales el sistema más idóneo resultará el sistema objetivo ya que la responsabilidad irá ligada al riesgo o peligro de la propia forma de explotación, la cual obliga a su agente a emplear todos los medios necesarios para prevenir y evitar daños, sin que sea causa de exoneración la adopción de las medidas que reglamentaria o administrativamente fueran de aplicación y hubieran sido adoptadas. En las actividades inmisivas de carácter ordinario, las cuales constituyen por otro lado casi con carácter exclusivo los supuestos que plantean litigiosidad en la jurisprudencia de la AP y del TSJ de Navarra (el cultivo de plantaciones para uso ornamental o consumo propio, la realización de obras de acondicionamiento que ocasionan entradas de agua, la instalación de conducciones que impiden de alguna manera el ejercicio de su derecho para el colindante...) la adopción de un criterio objetivo fundado exclusivamente en el daño y no en la omisión de diligencia no parece ser el más apropiado. La simple vecindad no puede erigirse en criterio justificativo de la responsabilidad objetiva por mucho que ese dato físico condicione el ejercicio de los derechos. La puesta en práctica de actividades que no puedan ser calificadas como razonables y que además ocasionan daños no siempre tendrán que dar lugar al perjudicado el derecho a ser indemnizado, pues en algunos supuestos el inmitente habrá extremado las cautelas y los perjuicios aun así se producen. Tratándose de actividades ordinarias que se desenvuelven en un ámbito puramente doméstico en las que la perturbación se ocasiona por un modo de ejercicio que simplemente colisiona con las posibilidades de utilización o disfrute del vecino y en las que el inmitente ni siquiera ha podido prever las eventuales consecuencias de su proceder, considero que el sistema culpabilístico encuentra un mejor acomodo ya que no hay un riesgo o peligro inherente a la actividad ni puede establecerse un contrapeso entre beneficios y perjuicios.

A todo ello ha de añadirse que el sistema subjetivo de responsabilidad parece ser el más acorde con la interpretación conjunta de las leyes 367 a) y 351,2 FN. Esta última recoge la institución de la *cautio damini infecti* como

estipulación de una obligación de indemnizar los futuros y posibles perjuicios en finca vecina. Habiéndose pactado la caución y producido el daño previsto, surgirá para el causante la obligación de indemnizar en razón a la estipulación realizada, de lo que cabe deducir que si tal caución no ha sido pactada, la obligación de indemnizar se deberá en razón a los criterios subjetivos de responsabilidad.

En suma, el sistema del Fuero Nuevo permite defender la plena independencia de la protección cesatoria y de la indemnizatoria en orden a los distintos presupuestos para aceptar una y otra: en el primer caso la superación de la razonabilidad del uso y en el segundo caso la existencia del criterio imputativo adecuado. Esa independencia no es óbice para que entre ambas pretensiones exista un nexo de unión consistente en que sólo las inmisiones que superen el umbral de licitud para ser hechas cesar sean las que abran la puerta al eventual derecho a la indemnidad.

D. Condena compensatoria

La licitud del uso en concreto que se realice en un inmueble y que haya sido determinada judicialmente según el criterio legal adoptado en las reglas civiles vecinales acarrea por definición la obligación de tolerarlo. El perjudicado carecerá del *ius excludendi* y a estos efectos nada podrá pretender. De ahí que no resulte intrascendente la acogida de uno u otro criterio legal para regular las inmisiones ni el modo interno de determinación de la licitud, pues el parámetro para medir la tolerabilidad colocará a los posibles afectados en una u otra situación en orden al goce de su inmueble. Más concretamente, cuando el criterio de licitud adoptado tenga en cuenta un único factor de determinación, el juzgador vendrá obligado a la observación del mismo y a la vista de ese único factor valorable acordará una u otra decisión.

Así, en el Derecho catalán el uso normal de un inmueble (criterio de licitud) se determina exclusivamente en atención a lo usual en la zona (parámetro interno de determinación). Ciertamente antes de tal determinación el juzgador habrá de valorar la sustancialidad de la inmisión, es decir, la esencialidad de la perturbación que sufre el disfrute del demandante. Apreciada tal sustancialidad, el juez deberá pronunciarse sobre la normalidad del uso que la provoca según los usos de la zona. Pero la esencialidad de la perturba-

ción no entra en el enjuiciamiento de la normalidad, de tal forma que podrán producirse inmisiones sustanciales que no sean objeto de cesación al resultar acordes con lo usual en la zona y por tanto responder a un uso normal. Tal problema es abordado de forma específica en el art. 3.3 y 4 LANISRV: “3. *Igualmente (el propietario) ha de tolerar las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto desproporcionado económicamente. También puede adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo del propietario vecino. 4. En este caso, el propietario afectado tiene 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 puedan producir en el futuro so esas inmisiones afectan exageradamente al producto del predio a al uso normal de este, según la costumbre local*”.

Junto a esta hipótesis, el mismo ordenamiento (art. 3.5 LANISRV) establece una excepción a la acción negatoria cuando la inmisión proviene de instalaciones autorizadas administrativamente, en cuyo caso el afectado sólo tiene derecho a solicitar la adopción de aquellas medidas para evitar las perturbaciones que sean técnicamente posibles y económicamente razonables. Siendo esto último inútil para cesar las perturbaciones, tan sólo le asistirá el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos. Aunque este precepto no concede, como lo hace el art. 3.4, una compensación por los daños que deben ser tolerados en el futuro y sólo una indemnización por los ya causados, EGEA pone de relieve que tal compensación también resultaría procedente cuando la actividad autorizada cause daños sustanciales y los mismos sean consecuencia del uso normal²¹³.

En ambas previsiones normativas, recogidas ya con anterioridad en el Derecho alemán, se establece una privación del genérico derecho a la cesación de efectos perjudiciales para el vecino afectado por ellos, limitando su eventual pretensión exclusivamente a la exigencia de medidas que no resulten desproporcionadas económicamente y, en contrapartida, se le concede el de-

213. *Ob. cit.*, p. 150. Los Trabajos preparatorios del Libro V del Código civil de Cataluña proponen la unificación en este punto de los números 3 y 5 del actual art. 3 de la LANISRV de manera que el perjudicado por una inmisión sustancial que proceda de actividad usual en la zona –con o sin autorización administrativa– tenga derecho a una compensación económica por los daños que como consecuencia de tener que soportar una inmisión se produzcan en el futuro, vid. *Treballs preparatoris...*, cit., p. 114.

recho –además de a ser indemnizado por los perjuicios ya causados– a recibir una compensación económica con el fin de contrarrestar el deber de soportar en el porvenir las inmisiones que son “lícitas” por acomodarse a lo que es usual en la zona.

La filosofía que late en estas soluciones viene marcada por la idea –de la que ni siquiera el legislador fuera quizá consciente– de la zonificación de las molestias. Aquello que se adecua a la zona es lo que debe sufrirse y frente a una actividad normal en la zona no puede reaccionarse de forma total, es decir, llevando la cesación hasta las últimas consecuencias; sólo hay lugar a procurar la cesación mediante la colocación de cautelas o de mecanismos de corrección que eviten las molestias –o que mengüen su sustancialidad– y con las que el inmitente pueda cargar económicamente²¹⁴. Resulta pues evidente que es la propia norma la que prevé unas determinadas consecuencias jurídicas –diferentes a la meramente indemnizatoria– cuando nos encontramos ante un tipo de concreto de inmisiones lícitas: las que son conforme al uso local y de carácter sustancial. En tal caso, el perjudicado podrá pretender no una cesación (cualquiera que sea su modo de hacerla efectiva) sino una corrección económicamente asumible para el obligado a adoptarla. Debe tenerse presente que la adecuación de una actividad a la costumbre del lugar, por sí sola, no justifica la exclusión de la acción negatoria. Sólo habrá obligación de soportar cuando, además de que la inmisión resulte acorde con el uso normal según la costumbre local, se determine un elevado coste de las medidas; ambos elementos –uso normal y cesación con costes desproporcionados– han de operar conjuntamente para negar la cesación²¹⁵.

214. Según la legislación catalana la proporcionalidad del gasto se enjuiciará en la relación de equivalencia entre el valor de los gastos que ocasionan las medidas y la posición económica del inmitente. Para EGEA (*ob. cit.*, p. 152) la proporcionalidad tendría que ir referida a la soportabilidad del gasto en relación a una persona media del sector. Ello significa que se debe considerar si la carga que originan las posibles medidas a adoptar puede ser soportada por una empresa de tipo medio. Una medida será económicamente desproporcionada cuando los costes tengan tal alcance que un usuario medio no pueda obtener beneficios adecuados de forma duradera. Podrán por tanto adoptarse una medidas que tengan un coste superior a los daños que ocasionan la actividad en el predio vecino. Cuando por ejemplo se baraja la posibilidad de un cambio de ubicación o cesación de la actividad debe considerarse la valoración de la posible pérdida de puestos de trabajo.

215. La articulación de una solución como la que adopta la legislación catalana ha merecido la crítica de la doctrina, que considera que no deben permitirse en modo alguno las

En el Derecho navarro es difícil el planteamiento de una eventual inmisión sustancial que sea acorde al *uso razonable* de la ley 367 a) FN. A la razonabilidad de una actividad se llega por la apreciación conjunta de tres factores –necesidades de las fincas, uso del lugar y equidad– y resulta dudoso que una inmisión que altere o comprometa gravemente el goce de una finca pudiera resultar razonable²¹⁶; seguramente a través del factor “necesidad de la finca afectada” la razonabilidad quedará descartada y por tanto también la obligación de soportarla. Ello es evidente cuando los intereses afectados son de carácter personal (salud, medio ambiente, integridad física o psíquica...) y en los que la razonabilidad quedará rechazada *prima facie*. Centrando por tanto la cuestión en las inmisiones que sólo perjudiquen intereses patrimoniales ha de ponerse de relieve que aun resultando difícil admitir que lo que impide al perjudicado gozar de forma esencial de su derecho no pueda hacerse cesar, pudiera pensarse en perturbaciones que efectivamente causan perjuicios esenciales pero se adecuan al uso local, es decir, hipótesis en las que la razonabilidad no se aprecia respecto a los dos primeros elementos de determinación de la licitud de la ley 367 a) de forma idéntica. La equidad, entonces, abre la puerta a la utilización apreciativa de otras circunstancias entre las que puede encontrarse el coste económico de la cesación, o lo que es lo mismo, la comparación en términos económicos del sacrificio que sufriría cada una de las partes: el afectado si no se hace cesar la inmisión y el del inmitente si se le

inmisiones que originen perjuicios sustanciales y mucho menos que el criterio de legitimación de tales inmisiones sea una pauta de eficiencia económica. Así, DÍAZ ROMERO pone de manifiesto que el legislador catalán contrapone en la balanza los gastos de prevención con los beneficios o la viabilidad económica de la actividad inmitente (*La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones. Especial referencia a la acción negatoria*, Madrid 2003, p. 152). Por su parte EGEA concluye a la vista de la regulación de las inmisiones en la Ley catalana 13/90 que cuando estamos en presencia de usos incompatibles de la propiedad, se privilegia en este caso la alternativa que permite disminuir la suma de costes de prevención, que incluye también el cambio de ubicación de la instalación y de los efectos dañosos (*Acción negatoria...*, cit., p. 152). De igual forma DÍAZ BRITO afirma que el criterio seguido por el legislador catalán no es propio de la actual coyuntura económica y social y que el interés general lo que reclama es el control de la actividad productiva y no el afán productivista (*El límite de la tolerancia...*, cit., p. 44).

216. La propia hipótesis básica de la que parte el legislador catalán en el art. 3.3 resulta cuando menos llamativa pues ¿cómo es posible que una inmisión sustancial resulte adecuada al uso normal del predio?, ALONSO PÉREZ, M., “La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: especial consideración de los medios jurídico-civiles”, *loc. cit.*, pp. 1458 y ss.

condena a hacerla cesar. Lo mismo cabe decir en cuanto a la imposibilidad de hacer cesar las perturbaciones por medio de la adecuación de las instalaciones o de medios de protección que técnicamente garanticen el fin de la inmisión.

Pensemos por ejemplo en una zona o área industrial en la que una explotación impide el disfrute pacífico de la explotación que lleva a cabo el vecino industrial al que se le ocasionan p. ej. vibraciones en los locales en los que se almacenan productos sensibles, emanaciones inocuas para la salud pero perjudiciales para la materia que se utiliza en la instalación vecina... Tales actividades aun afectando gravemente a un aprovechamiento sustancial, comprometiendo las necesidades de la finca afectada, pudieran resultar adecuadas al uso local de la zona en que tales actividades se desenvuelven. En esa tesitura, el juzgador deberá solucionar la contradicción por medio de la equidad para llegar a afirmar la razonabilidad o la no razonabilidad de la actividad inmitente, sopesando para ello las variables económicas, el estado técnico de las posibles medidas que permitirían poner fin a la inmisión, las medidas de prevención a las que viene obligado por la reglamentación administrativa del ramo ya instaladas por el inmitente y que han resultado ineficaces... etc., y todo ello con el fin de posibilitar la pervivencia de ambas actividades. La razonabilidad de un uso inmobiliario concreto se derivará de la observación de todas esas condiciones fácticas o hipotéticas en que tal uso se ejecuta o pudiera ejecutarse.

Pues bien, si con la apreciación de tales variables el juez llega a la conclusión de que el uso resulta razonable a la vista de que no hay viabilidad económica o técnica en cuanto a las medidas que harían cesar las perturbaciones, quedaría cerrada la vía inhibitoria de los efectos perniciosos —a salvo desde luego el eventual derecho a la indemnización—. Pero denegada la cesación de inmisiones ¿cabría acoger en supuestos como los descritos una solución compensatoria al estilo de la legislación catalana?²¹⁷. Debemos insistir de nuevo

217. El Derecho italiano aunque carece de una norma que dé cobertura legal al problema planteado, ha generalizado por vía jurisprudencial la posible adopción de la técnica de la compensación. A tal efecto se atiende a las circunstancias del caso concreto y frente a la solución preferible de eliminar o reducir la inmisión mediante medidas técnicas, considera que si tales medidas resultan excesivamente costosas en relación al importe al que ascendería la compensación del daño futuro, debe adoptarse esta segunda solución, porque si se impusiera la de adoptar las medidas técnicas con independencia de su coste, se estaría en oposición al fin de atemperación que la ley persigue, vid. ALGARRA, *ob. cit.*, p. 446.

en la excepcionalidad de la hipótesis que planteamos habida cuenta de que la existencia de una alteración sustancial hará casi imposible que la misma resulte razonable, pero aun así ha de decirse que como ya argüimos en su momento, la equidad de la ley 367 a) puede actuar, además de cómo instrumento de determinación de la licitud, como elemento integrante de la condena.

Ante actividades que responden a un uso razonable el Fiero Nuevo se limita a declarar su tolerancia sin matices, pero cabría admitir como vía de conciliación de intereses el otorgamiento de un derecho a ser compensado pecuniariamente por la imposición de la tolerancia frente a inmisiones cuya razonabilidad ha quedado establecida a través de la equidad. En el ámbito del Derecho navarro la concesión en tales casos de una prestación dineraria a título de compensación sólo podría darse excepcionalmente en aquellos casos en que la denegación haya venido motivada bien por el análisis económico o técnico de las consecuencias de la condena, o por la presencia de intereses generales en la actividad inmitente. En el primer caso (falta de viabilidad económica o técnica de la cesación) el juzgador ha de guiarse por el objetivo último que ha de inspirar el ejercicio de la propiedad desde el punto de vista de la conflictividad entre actividades vecinas, que no es otro que el de conseguir la coexistencia de ambos derechos con el menor sacrificio para ambas partes; desde esa perspectiva, decretada la razonabilidad, la concesión para el perjudicado de una cantidad compensatoria podría satisfacer los intereses de ambas partes permitiendo la continuación del ejercicio de los respectivos derechos mediante una solución conciliadora que implicaría sacrificios y beneficios para ambos. El segundo caso (existencia de intereses generales en el fundo inmitente) también podría merecer un tratamiento compensatorio, habida cuenta de que tales intereses pueden encontrar su garantía de satisfacción a través de la obligación de equilibrar la situación producida por la minusvaloración provocada para el perjudicado por la denegación de cesación.

Esta solución vendría en gran medida facilitada por la integración de la equidad que realiza el precepto y es el elemento que permite optar por una solución de compromiso que bien puede congeniar y satisfacer todos los intereses en juego en los supuestos descritos. La compensación que como corresponsivo pecuniario se concedería al perjudicado a cambio de su obligación de soportar la inmisión habría de tener en cuenta en su fijación cuantitativa la minusvaloración de su actividad y los gastos que pudieran acarreararse por razón de un traslado, de un cambio de actividad, de una alteración estructu-

ral en su finca o explotación. Por otra parte el inmitente continuaría con su explotación a cambio de la prestación pecuniaria por esa suerte de “expropiación parcial o servidumbre forzosa” impuesta al vecino y finalmente los intereses generales a los que sirve la explotación se mantendrían merced a la continuidad de la actividad que los satisface.

Al tratarse de una “anormal” composición de los intereses en conflicto resultará de gran importancia la justa ponderación de todas las circunstancias que concurren en el caso que irán desde la correcta valoración del estado de la técnica aplicable para disminuir los efectos perjudiciales hasta la valoración económica de los costes para una y otra parte, pasando por el examen de las medidas ya adoptadas, de los posibles cambios estructurales en la explotación de ambas fincas, de la reubicación de las mismas, etc.

Capítulo III

La *cautio damni infecti*

I. INTRODUCCIÓN. II. LA *CAUTIO DAMNI INFECTI* EN EL DERECHO ROMANO. A. Bases de la institución. B. Elementos objetivos, subjetivos y formales. C. La negativa al otorgamiento de la *cautio*. III. LA CAUCIÓN POR EL DAÑO TEMIDO EN LOS CÓDIGOS EUROPEOS. A. Derecho italiano. B. Derecho alemán. IV. LA DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO EN EL FUERO NUEVO. A. En general. B. Caracteres y presupuestos de la institución. a) Remedio subsidiario. b) Ámbito de aplicación. c) Naturaleza judicial o extrajudicial. d) Finalidad de la norma. V. *CAUTIO DAMNI INFECTI* Y VÍAS JUDICIALES ANTE RIESGOS VECINALES. A. La denuncia de daño temido y el juicio verbal de demolición o derribo. B. Acción de cesación de efectos perjudiciales y caución por daño temido. VI. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD. A. Garantía y responsabilidad. B. Garantía y medidas materiales de aseguramiento. Formas de garantía y efectos. VI. ELEMENTOS PERSONALES.

I. Introducción

El Derecho Romano estableció una serie de instituciones destinadas a otorgar tutela preventiva a las relaciones de vecindad; así, la *cautio damni infecti*, la *operis novi nuntiatio* el *interdictum quod vi aut clam* o la *actio aquae pluviae arcendae*. Tales figuras ilustran el carácter del ordenamiento inmobiliario romano y su paso desde un régimen de libertad y de rígida tutela de la misma a un régimen de limitaciones y de solidaridad inmobiliaria. La *cautio damni infecti* –quizá la más compleja e importante de tales figuras– no es sino la regulación peculiar del daño resarcible en las relaciones entre fundos, independiente de la culpa. Supuso una de las derogaciones fundamentales al principio culpabilístico y la más importante en el campo de las relaciones de vecindad,

pudiéndose decir que el Derecho Romano resolvió del mejor modo y dentro de sus propios condicionantes el problema de la responsabilidad en ese ámbito, reconociéndola sin tener en cuenta la culpa en la producción de cualquier daño ocasionado al vecino y previniéndola de un modo liberal e ingenioso¹. Esta *cautio* fue desconocida de modo general en la casi totalidad de los Derechos codificados.

Si se observa hoy la *stipulatio* o *cautio damni infecti* de forma aislada sin considerar la necesidad jurídica que la hizo surgir podría concluirse que la misma no es sino un elemento anquilosado en el sistema del ejercicio de los derechos sobre los fundos, que no resulta acomodada a los principios actuales de la responsabilidad por daños en el ejercicio de un derecho –materia por otro lado cuyos parámetros y líneas de solución están ya plenamente diseñados– ni presenta la utilidad que tuvo en Roma, donde la intervención de la autoridad pública en materia de amenaza de ruina o de otro tipo de peligro de daños provocado por actividades del vecino no se concebía como función primordial de los poderes públicos².

El Fuero Nuevo, siguiendo las pautas del Derecho romano y a partir de una perspectiva diferente a la marcada por el Derecho codificado, recogió en la ley 351,2 la institución de la que tratamos aunque desfigurada por las nuevas coordenadas jurídicas de la responsabilidad civil y de la función de los poderes públicos, pudiéndose decir que su interpretación actual, alejada ya de los condicionantes y presupuestos que marcaron su nacimiento, no resulta una labor fácil, que se ve además dificultada por el entronque con las estipulaciones promisorias, figuras a su vez recogidas en el Fuero y que no ayudan a desvelar el sentido y función práctica que hoy puede desenvolver la figura de la caución por daño temido.

La ley 351,2 FN está ubicada en el Capítulo relativo a los principios generales relativos a la propiedad y la posesión de las cosas (Libro III, Tit. I, Cap. I), con lo que al igual que, en los ordenamientos actuales que recogen la caución, el punto de vista del que parte este remedio es el de los problemas efectivos que acarrea la posesión efectiva de los inmuebles en lo que se refiere a la vecindad de los mismos.

1. BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, parte I, Milano 1966, pp. 382-383.

2. *Ibidem*, p. 26.

II. La *cautio damni infecti* en Derecho Romano

A. Bases de la institución

Explica BETANCOURT como el Derecho romano no tiende a crear obligaciones *ex lege*, pues se considera que la obligación sólo puede surgir de un acto voluntario, lícito o ilícito. En consecuencia, cuando el pretor cree oportuno hacer surgir una obligación a favor de una persona contra otra acude al recurso indirecto de coaccionar a éste última para que responda con su promesa a la estipulación de aquélla, que se hace así acreedora. Naturalmente, esto requiere la voluntad del promitente y el pretor arbitra otros recursos coactivos para conseguir, siempre indirectamente, esta voluntad. Sin embargo, se dan casos en los que esta coacción se hace imposible y entonces debe acudir también al recurso de considerar, por algún concepto, pasivamente legitimado para una nueva acción a aquella persona que no pudo ser coaccionada a obligarse estipulatoriamente. De este modo, se insinúa, ya en la jurisdicción pretoria de la época clásica, un régimen de obligaciones que no nacen de la voluntad, sino del imperativo pretorio, es decir, algo que anuncia el régimen posterior de la obligación nacida de la ley³.

El mismo autor añade una idea que resulta fundamental para entender el surgimiento y modo de funcionar de la *cautio o stipulatio damni infecti*, y es la de que en Derecho clásico el daño causado por cosa inanimada no era fuente de obligación y sólo se tutelaba mediante la *cautio damni infecti* (aparte de la de *damno praeterito*), la cual implica una tutela preventiva *a priori* y nunca *a posteriori*, como ocurre en los daños causados por personas, sancionados por la ley Aquilia y sus acciones complementarias para aquellos supuestos nuevos no contemplados por ella; o en los daños causados espontáneamente por animales sancionados por *actio de pauperie*, la cual sigue el régimen de noxalidad⁴.

Según los principios generales de la responsabilidad cuando la ruina del edificio vecino coloca a mi fundo o a mi propio edificio en peligro, o cuando por la actividad ejercitada por el vecino en el ejercicio de su derecho pueda

3. "Recursos supletorios de la *cautio damni infecti* en el Derecho romano clásico", *AHDE*, T. XLV, Madrid 1975, pp. 8 y ss.

4. *Ibidem*, p. 10.

padecer un daño, debería sufrir el mismo puesto que se habría producido por una cosa inanimada o por la actividad legítima y no culposa del vecino. Se producía entonces la paradoja de que se podía accionar con la acción negatoria para reprimir la inmisión pero no podría el dañado querrellarse con la *actio legis Aquiliae* por el daño. Hasta que el propietario no realiza una *immissio* en lo ajeno es libre de hacer o no hacer, o de hacer en el modo que más le plazca y el pretor no podía imponerle una limitación, lo que por otra parte hubiera resultado contrario a su modo de proceder con los parámetros del *ius civile*. Debe tenerse en cuenta por otra parte el carácter negativo de las relaciones de vecindad en el antiguo Derecho romano caracterizado por la total ausencia de cualquier prescripción sobre distancias, excavaciones, plantaciones, etc., así como el rechazo a violar la libertad del dominio. Pues bien, la *cautio* que examinamos supuso un trasvase de ideas novedosas en el tema de las limitaciones el dominio⁵.

La premisa ideológica que subyace en la institución responde al interrogante que BONFANTE se plantea y al que el Derecho romano respondió de manera clara: las restricciones, cautelas y prevenciones que puedan imponer las leyes al ejercicio de una actividad y las amplias facultades que a tal efecto pueden serle otorgadas a la autoridad judicial ¿puede decirse que serán en todo tiempo, lugar y caso concreto las mejores? El particular es siempre el mejor juez de su propio interés y el Derecho romano confía a la libertad del *privato* y a su actuación espontánea dicha tutela. El pretor obliga entonces a aquél de quien se tema pueda provenir el daño a prometer, cuando el vecino lo pretenda, que le resarcirá si el daño temido sobreviene; verificándose el daño, quien lo sufre tiene la *actio ex stipulato* en la cual no está obligado a probar la culpa⁶.

Dejando aparte el estudio de los problemas que la *cautio damni infecti* presenta para la doctrina romanística –desde su discutido origen debido a la *legis actio damni infecti* mencionada por Gayo, hasta las cuestiones internas de la figura remodelada por el pretor– importa a los efectos del posterior estudio de la ley 351,2 FN la descripción de la *cautio* partiendo del pasaje del Digesto (39,2) que la recogió y que la Recopilación Privada asumió como an-

5. BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cit., p. 383.

6. *Ibidem*.

tedeciente del precepto. Se trata de un texto de Ulpiano cuyo fragmento principal (39,2,2,1) afirmaba: “*Hoc edictum prospicit damno nondum factum, cum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione et aliis. De damno vero facto nihil edicto cavetur, cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent aedes autm, si ruina sua damnum dederint, desierint*”

La *stipulatio damni infecti* o *cautio damni infecti*, regulación peculiar del daño y del resarcimiento en las relaciones inmobiliarias e independiente de la culpa, no estaba prevista en el *ius civile*, el cual consentía a cualquier propietario el más amplio ejercicio de su derecho y no atendía a los daños que del ejercicio de una actividad legítima pudiera derivarse para los vecinos. La preocupación por tales posibles consecuencias fue obra del pretor, quien con sentido humano tendía a conciliar el *strictum ius* con las exigencias de la equidad⁷. En Derecho romano la *cautio damni infecti* pertenece al elenco de aquellas estipulaciones impuestas por las partes por el pretor en virtud de su *imperium* y no ya como función jurisdiccional, con el fin de establecer una obligación que el derecho civil no sancionaba. Solo por el trámite de la *stipulatio cautionalis* se tenía acción por los daños, pues de las cosas inanimadas no surgía más que un derecho de retención sobre las ruinas o escombros⁸.

El modo de funcionamiento de la *cautio* partía de la facultad concedida al propietario o poseedor de un inmueble que temiera daños futuros por la ruina o las obras en el fundo vecino para acudir al pretor con el fin de que ordenara al dueño del edificio o de las actividades amenazantes el otorgamiento de una promesa mediante una *stipulatio* con el fin de indemnizarle todo posible daño futuro por su causa. Esta caución, sabemos, era necesaria porque de otro modo el dueño de la finca de la que se teme provendrá el daño, no

7. RADAELLI, U., *Il problema dei danni derivanti da immissioni. In tema di rapporti di vicinato fondiario*, Milano 1941, p. 16.

8. BUTERA, A., *Il Codice italiano, Libro della proprietà, Parte seconda*, Torino 1941, p. 626. El mismo autor añade que entre nosotros (con referencia al Derecho italiano) siempre que la ruina del edificio hubiera provenido de la falta de reparaciones o por un vicio en la construcción surge por obra de la propia ley sin necesidad de una preventiva estipulación entre las partes la obligación de resarcir los daños ocasionados por la ruina.

responderá si tal daño se produce sin su culpa o dolo⁹. Si el daño llegaba a verificarse el perjudicado podía ejercitar la *actio ex stipulato* en la cual no era preciso probar la culpa.

Cuando el pretor consideraba que era procedente el otorgamiento de la promesa y el afectado se negara a hacerlo, se le confería al peticionario una *missio in possessionem* que le autorizaba para entrar en la finca, poseerla e inspeccionarla, coaccionando psicológicamente al dueño, pudiendo además realizar el eventual perjudicado las reparaciones necesarias en el edificio u obra ruinosa. El *missus in possessionem ex primo decreto* permanecerá en posesión de la cosa en tanto el demandado no preste la caución, de modo que si persiste en esta actitud, transcurrido un año y si todavía se negara a prestar la caución, el pretor podía otorgar una *missio in possessionem ex secundo decreto*, es decir, una autorización para poseer (*iussum possidendi*) por el cual el interesado podía tener la cosa en dominio bonitario y posesión civil que le habilitaba para usucapir. Tal situación hace imposible la concurrencia del *missus* con el propietario del inmueble o con quien lo estuviera ocupando en su nombre en virtud de un derecho sobre el bien, quienes podrán ser expulsados legítimamente por el *missus*¹⁰.

9. AMBROSIONI califica esta estipulación pretoriana, junto con el resto de las mismas, como remedios extraordinarios a las que los textos consideran equivalentes a las acciones. En el deseo de no dejar desamparado ningún interés digno de protección, el pretor recurrió a su *imperium* para compeler a estipular en los casos en que no había posibilidad de proteger una situación por otra vía. De esta forma el dueño que podía causar daño cuando un edificio amenazare ruina venía obligado, a instancias del eventual perjudicado, a prometer el resarcimiento, y si se negara a hacerlo, la sanción era la de conceder mediante la *missio in possessionem* el poder del vecino sobre el edificio en cuestión, pudiendo si el propietario no lo rescata, adquirirlo por usucapión. Vid. *El proceso romano*, Anales del Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, T. XXII, 1963.

10. JIMÉNEZ SALCEDO, M.C., *El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho Romano*, Córdoba 1999, pp. 223 y ss. Para hacer efectivo su derecho a entrar a poseer el bien amenazante, tanto el *missus ex primo decreto* como el *missus ex secundo decreto* disponían del interdicto *ne vis ei qui damni infecti missus erit*. El primero de ellos puede ejercitarlo contra el propietario del fundo y, en general, contra cualquier persona que se oponga a la *missio* decretada por el pretor. El segundo sin embargo sólo recurrirá al mismo para poder entrar a poseer, ya que como propietario bonitario tiene a su favor la acción Publiciana y los demás interdictos posesorios para defender su posesión. Por otro lado, cuando se hubiese producido el daño antes de que el *missus* hubiese podido entrar en posesión por habérselo impedido quien estaba obligado a prestar caución, aquél dispondrá de una *actio in factum* para conseguir la indemnización del daño, equiparando su cuantía a la que realmente se debería haber pagado si hubiese mediado la estipulación. Vid. también GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, I, Santiago de Chile 1996, p. 475.

Obligado el estipulante a resarcir a través de la forma solemne de la estipulación, si el daño se verificaba dentro del periodo que el pretor había establecido, el dañado podía accionar en base a la propia promesa realizada. Si por el contrario la caución no se prestaba el pretor otorgaba a quien tenía razón para temer el daño la detentación y custodia del inmueble del que provenía la amenaza y si aun así esto no era de utilidad, le concedía la posesión en los términos que hemos mencionado. Contra quien no prestaba la caución ni toleraba las otras medidas el pretor acordaba una acción como si hubiera prestado la caución.

La estipulación debe contener un plazo (*dies cautionis*) dentro del cual el estipulante queda obligado al resarcimiento en caso de producirse el daño, pues no cabe quedar obligado a perpetuidad por dicha estipulación. El pretor fija dicho término habida cuenta de las circunstancias y del daño que se teme pueda producirse. Vencido el plazo establecido en la caución, y perdurando todavía el riesgo, deberá darse otra de nuevo conforme al arbitrio del pretor. Ahora bien, si las partes no señalan de común acuerdo un término en la estipulación, podrá ejercitarse la correspondiente *actio ex stipulatu* en cualquier momento en que se incurra en ella, pero si el plazo no fue establecido por mero error, entonces al terminar el plazo ordinario que suele darse (*cave-ri solere*), el promitente debe solicitar al pretor su liberación¹¹.

Así descrita la figura, su funcionamiento y razón de ser quedaron alterados en los Códigos civiles que la acogieron —así el Código alemán, el italiano o el Fuero Nuevo de Navarra—. Mientras que en el Derecho Romano el pretor, respecto a los daños temidos de finca vecina, y en virtud de su *imperium*, sólo estaba revestido para poder prescribir la *stipulatio cautionalis* pero no podía pronunciarse sobre la adopción de medidas materiales (como por ejemplo establecer que la cosa peligrosa se reparara con el fin de prevenir daños futuros), constituyendo la *cautio praetoria* el título de resarcibilidad, los Códigos que recogieron la institución mutaron este carácter meramente caucional ampliando los poderes del juez pudiendo el denunciante en determinadas circunstancias obtener un pronunciamiento por el que se ordene la adopción de medidas protectoras¹².

11. BETANCOURT, “Recursos supletorios...”, pp. 30-31.

12. BUTERA, *ob. cit.*, p. 627.

B. Elementos objetivos, subjetivos y formales

Dos hipótesis fundamentales abrieron el recurso en el Derecho romano a la *cautio damni infecti*: el daño temido proveniente de edificios o de otros objetos inanimados y el daño temido por una actividad del vecino. En efecto, aunque las fuentes hablaban de *vitium aedium*, *vitium loci* y de *vitium operis*, en realidad, quedando excluida la *cautio* por daños temidos por eventos o condiciones naturales de los terrenos, el *vitium loci* no se contemplaba por sí solo como factor para la estipulación, sino siempre junto al *vitium operis*. *Opus* por tanto, en la expresión *vitium operis* significa tanto la construcción o instalación ejecutada en el fundo, como el *facere* (*in suo, in alieno, in publico*). Aunque las fuentes no contemplaron específicamente el caso del *vitium operis* los ejemplos de caución por daño temido se encuentran en todo el Digesto¹³.

La condición objetiva que se requiere para que proceda la solicitud de caución es la existencia de un daño futuro, pero en el sentido no de una efectiva amenaza, bastando el simple temor de quien la solicita. Debe existir por tanto una situación de emergencia que exige prontitud en las medidas y ausencia de retrasos. Ante la posibilidad de que la petición de caución se instara de mala fe o por pura litigiosidad, el solicitante debe otorgar un juramento de calumnia (*iusiurandum calumniae*), es decir, el juramento de que no se solicita la caución más que por el temor serio de peligro y sin ánimo de vejar al vecino¹⁴. El daño temido debe ser naturalmente un verdadero daño es decir, la lesión de un derecho patrimonial o disminución patrimonial. Sufrir la sustracción de una mera ventaja de hecho no puede dar lugar a la pretensión de caución. Además, el daño debe amenazar *vitio aedium loci operis*. La expresión *vitium* designa en general un estado de hecho objetivo y tiende a excluir la culpa subjetiva, no pudiéndose entender, como hemos dicho, en el sentido de vicio o defecto¹⁵.

Especial interés presenta la concreción del temor de daño cuando la caución se pretende frente a una de las hipótesis que daba lugar a la caución: la realización de actividades por el vecino de las que se temiera por ellas mismas o por las consecuencias que de ella se derivaran que se podían producir daños en

13. RADAELLI, *Il problema dei danni...*, pp. 16 y 17.

14. JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 221 y BETANCOURT, "Recursos supletorios...", p. 30.

15. BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cit., p. 398.

la finca contigua. Se trata por tanto de un temor que surge por el *facere* del vecino bien sea *in suo*, *in alieno* o *facere in publico*. Los casos de caución por un *facere in suo*, esto es, por la actividad ejercitada en el propio fundo, son los más importantes para la teoría de las relaciones de vecindad y en los que resultan más difícil apreciar el requisito del daño temido. En efecto, cuando la casa del vecino amenaza ruina sobre mi fundo (*vitium aedium*) o cuando el vecino me daña operando sobre mi propio fundo (*facere in alieno*) aunque sea legítimamente, la lesión de mi derecho es evidente. Pero cuando el vecino se atiene a los límites de su fundo y ejercita una actividad en el campo que a él le está jurídicamente reservado parece que no debería desencadenarse ninguna responsabilidad ni aun la eventual derivada de la caución –salvo en el caso de violación de limitaciones especiales–. Ante la falta de un criterio claro deducible de las fuentes, BONFANTE recurre a la conocida diferencia entre lesión de derecho y lesión de mero interés. Si la actividad ejercitada por el vecino en su propio fundo influye sobre el mío de tal forma que influye en su integridad y penetra en mi esfera jurídica entonces estaremos ante la lesión de un derecho; si por el contrario la actividad del vecino me priva de ventajas externas (vistas, agua que fluía y ya no fluye) entonces para el Derecho romano estamos ante la lesión de un mero interés. El campo de la *cautio damni infecti* en este aspecto *facere in suo* es el de la lesión temida de un derecho¹⁶.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos, la persona legitimada para exigir la caución en origen era el propietario de la cosa amenazada. Sin embargo, posteriormente la postulación de la caución se admitió no sólo a favor de los titulares de derechos reales sobre la cosa, sino también a favor de los que gozan del inmueble amenazado en virtud de un derecho personal, experimentándose una gran ampliación en orden a esta legitimación en el Derecho justinianeo. Por otro lado, el solicitante de caución no estaba sujeto a justificar el temor del daño que lo amenaza ni tampoco a dar en el acto de solicitud la prueba de su derecho; sólo debe probar la relación jurídica en base a la cual hace petición de caución y a proporcionar el juramento de calumnia¹⁷.

16. *Ibidem*, pp. 402-403.

17. JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, pp. 220-221. La ampliación del círculo de legitimados para postular la *cautio* se debió al parecer a la obra de los compiladores, de forma que ya en el Derecho justinianeo es cuando la misma adquiere una legitimación extensa, vid. BONFANTE, *Corso...*, p. 404.

En cuanto a las personas obligadas a dar caución debe distinguirse el daño temido por un *facere* (*vitium operis* en el sentido de actividad) y el daño temido por *vitium aedium* (*operis* en el sentido de construcción). En la primera hipótesis está sujeto a dar caución el contratista o en general el que ejecuta la obra o la actividad ya que como veremos la sanción ante la negativa en esta hipótesis es pura y simplemente la prohibición de realizar la obra con lo que, p. ej. el inquilino que ejercita una industria peligrosa pueda estar obligado a la caución. El propietario estará sujeto a la caución cuando la actividad se pueda reconducir a su voluntad, así cuando es este sujeto el que encomienda u ordena la actividad o cuando la permite expresamente o no la ha impedido pudiendo impedirla¹⁸.

En los supuestos de *cautio vitium aedium* quien viene obligado a la caución es el propietario aunque sea un nudo propietario gravado con usufructo o superficie. De la fuentes parece que resultan obligados a prestar la caución los titulares de *iura in re aliena* o por lo menos de derechos similares a la propiedad, como el poseedor de buena fe, el superficiario, el usufructuario, el acreedor pignoraticio..., no así lógicamente el titular de una servidumbre. Sin embargo, aquellos que prestan caución en lugar del propietario no son propiamente obligados de cara a quien la exige. Sólo indirectamente están obligados a prestarla en cuanto no obedeciendo el propietario a la orden o al mandato, ni ofreciéndose ellos a la sustitución del propietario, el procedimiento de las *missiones* frente al propietario les va a repercutir a ellos privándoles del ejercicio de su derecho. Son por tanto personas interesadas en dar la caución. Pero aunque de cara a quien exige la caución el obligado principal sea sólo el propietario, pudiendo las otras personas mencionadas proceder a su prestación en sustitución del mismo, las cosas se configuran de forma diversa en las relaciones entre el propietario y los titulares de derechos reales. Aquí la obligación a la caución se regula según la regla de distribución de la obligación de reparación. Si el edificio amenaza ruina por un defecto de reparación ordinaria, el propietario puede impedir al usufructuario el ejercicio de su derecho si no presta la caución al tercero; si no presta la caución el propietario por un defecto que deriva del defecto de reparaciones extraordinarias, el derecho del propietario se transfiere al usufructuario. Lógicamente

18. BONFANTE, *Corso...*, pp. 405 y ss.

el propietario o el usufructuario podrán resarcirse el uno del otro si han debido resarcir el daño como consecuencia de la *cautio* efectuada o han sufrido otro perjuicio, y siempre en la medida en el que a cada uno compete la obligación de reparación¹⁹.

En principio las estipulaciones pretorias pueden consistir, o bien en una promesa verbal llevada a cabo por aquél a quien se le ha exigido la caución, llamada *reprommissio*, o bien en una promesa con garantía llamada *satisdatio*. En el fragmento de Ulpiano en el que se recogen ambas formas (D. 39,2,7) se expone asimismo que la *reprommissio* viene exigida exclusivamente al que actúa en nombre propio, mientras que quien promete *nomine alieno* debe además dar garantía, es decir, realizar la *satisdatio*²⁰.

C. La negativa al otorgamiento de la *cautio*

Al describir el modo de funcionar de la *cautio* hemos visto cómo la actitud renuente del vecino a obligarse mediante la *stipulatio* a resarcir los eventuales daños que se temen, es remediada por el pretor recurriendo en último extremo al expediente de las *missiones*.

Sin embargo, es fácil deducir que en los supuestos de *vitium operis* es imposible recurrir a la *missio in possessionem* por la sencilla razón de que cuando alguien realiza una actividad para la que se requiere necesariamente la estipulación de daño temido, no hay nada que poner en posesión del demandante. En estos casos en concreto en los que está presente un *facere* o un *immittere in alieno* que son los que afectan mayormente a las relaciones de vecindad, la op-

19. *Ibidem*, p. 409.

20. JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 222. Más ampliamente BETANCOURT, “Recursos supletorios...”, pp. 23 y ss. Por su parte, ARNDTS explica cómo la eventualidad de una ofensa daba lugar a especiales medidas jurídicas para asegurar el modo de hacer valer en el futuro los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que pudieran corresponder. Tales medidas –cauciones en sentido lato– podían adoptarse mediante actos jurídicos privados –cauciones en sentido estricto–, las cuales proporcionan una mayor seguridad en relación al fundamento jurídico y abren así la vía a hacer valer el derecho en juicio cuando fuera necesario (cauciones verbales) o bien se presentan junto a un medio que asegure el cumplimiento, una caución real. Las cauciones verbales tomaban vida o por medio de un contrato (*reprommissio* con la forma de una estipulación de donde surgía la *actio ex stipulatu*) o mediante una promesa reforzada por juramento que obligaba más fuertemente al promitente al menos en su conciencia, denominada caución *juratoria*, cfr. *Trattato delle Pandette*, T. I, versión italiana, cit., p. 178.

ción que tiene el que teme verse perjudicado por la realización de la actividad es ejercer el *ius prohibendi*, es decir, impedir que aquélla se lleve a cabo²¹.

En efecto, BETANCOURT explica cómo cuando el motivo por el cual se exige la caución no es el estado defectuoso de la cosa (*vitium aedium* o *operis iam factum*) sino una actividad inacabada, sin un resultado material (*facere*), no es posible proceder al procedimiento cuasiexpropiatorio de la *missio*. En unos casos, esa actividad peligrosa se desplegará en un fundo ajeno y el propietario del mismo podrá oponerse a tal iniciativa si no se le da caución por tal actividad lícita. En el Digesto se encuentran diversos pasajes en los que se tal proceder se observa, así por ejemplo en los interdictos ejercitados con el fin de prohibir que se impida hacer reparaciones en el camino, cloaca, o acueducto, o aquel que impide se prohíba recoger los frutos que caen en el fundo vecino o para recuperar las cosas que la corriente trasladó a fundo ajeno. Pues bien, todos estos interdictos no pueden prosperar si el demandante no ofrece la *cautio damni infecti* al demandado. La *cautio* funciona aquí como presupuesto para realizar el *facere in alieno* y no como recurso supletorio; si la *cautio* no se da se obstaculiza que quien quiera realizar el *facere in alieno* pueda realizarlo, impidiéndolo simplemente por el *ius prohibendi* que tiene el propietario del inmueble en el que el vecino pretende actuar.

En otros casos, por el contrario, la actividad (*operis*) de la que se prevén daños futuros será una actividad que se despliega en el propio fundo del vecino (*facere in suo*). En tal caso el vecino eventualmente afectado no podrá ejercitar directamente el *ius prohibendi* y negándose quien despliega la actividad dentro de su confines a prestar caución, no queda otra vía de salida a quien la solicita infructuosamente que recurrir a otros medios pretorios supletorios de la caución, como son la *novi operis nuntiatio* y en su caso el interdicto demolitorio²². En estos supuestos la *cautio damni infecti* que puede otorgar quien con la actividad ejercitada en su propio inmueble ocasiona un riesgo funciona de manera sustitutiva, evitando que el perjudicado recurra a otros medios o mecanismos jurídicos más drásticos cuyo efecto será el de la paralización de la actividad peligrosa. A quien actúa *in suo* con previsible daño para el vecino se le da así la posibilidad de evitar la paralización de su actuación que se conseguiría con los interdictos si se aviene a otorgar la *stipulatio* de que indem-

21. JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 224.

22. "Recursos supletorios...", *cit.*, pp. 91 y ss.

nizará en caso de que el daño finalmente se materialice. Se observa en estos supuestos el especial influjo coercitivo o persuasor de la *cautio* en este tipo de relaciones de vecindad pues ante la “amenaza” de que el perjudicado pueda lograr la paralización de las actividades, el interpelado preferirá continuar con las mismas aviniéndose al otorgamiento de la misma.

III. La caución por el daño temido en los Códigos europeos

La *cautio damni infecti* no tuvo un feliz destino en el Derecho codificado. Por lo que se refiere a la ruina de los edificios –la parte vital o nuclear de la *cautio* que fue trasladada a los Códigos en términos distintos a los del Derecho romano– la tutela administrativa y la intervención directa de la autoridad judicial para imponer la reparación provocaron en parte la inutilidad del recurso a la misma; en cuanto a la *cautio* por un *facere* la misma no prosperó, y cuando las necesidades acuciantes para hacerles frente empezaron a despuntar con el surgir de la gran industria era demasiado tarde para resucitar el instituto romano con el mismo sentido que tenía²³.

Sólo los Códigos italiano y alemán resucitaron la *cautio* olvidada durante siglos aunque con una estructura y función que en nada responde a la institución romana. Ello se debió por una parte a que los Derechos codificados vinieron a establecer una obligación legal de resarcimiento por los daños causados por la ruina de un edificio cuando se hubiera producido por la falta de reparación o por un vicio de la construcción, de manera que la caución no podía servir ahora más que como remedio subsidiario. Por otro lado, el papel del poder jurisdiccional se concibe alejado de aquél antiguo *imperium* del pretor y alejado también de la concepción dominical romana en la que no cabía una prohibición *a priori* de actividades concretas. A la labor del juez se le adjudica la posible imposición de adoptar medidas específicas a quien perturba el ejercicio de los derechos del vecino, a lo que se suma el establecimiento de una serie de límites legales concretos al ejercicio de los derechos sobre in-

23. BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cit., p. 426, RADAELLI encuentra una explicación a la desaparición de la caución por *vitium operis* en el hecho de que en el Digesto la misma carecía de una *sedes materiae*, siendo menos explícita y aparente para los intérpretes medievales, *Il problema dei danni...*, p. 17.

muebles. Por último, debe tenerse en cuenta el reconocimiento a favor de la Administración del poder de intervención ante determinados hechos (ruina de edificios) y actividades de los usuarios de inmuebles que perjudican el interés general así como la posibilidad de reaccionar ante ellos. La suma de todos esos factores produjo una nueva caracterización de la caución por el daño temido, que bajo la terminología de los Códigos se conoce como “denuncia de daño temido”²⁴.

A. Derecho italiano

El Código italiano de 1865 en su art. 699 disponía que “quien tenga razonablemente motivo para temer que de cualquier edificio, árbol, o de otro objeto amenace un peligro de un daño grave y próximo a un fundo que él posee, tiene derecho a denunciar el hecho al juez, y a obtener, según las circunstancias que se provea para obviar el peligro o se ordene al vecino a dar caución por los daños posibles”.

Es en lo que se refiere a los efectos de la “nueva” caución en lo que se observa la sustancial diferencia con la figura que recogió Ulpiano (D. 39,2) Propiamente en lo que ahora recibe el nombre de denuncia de daño temido, la parte no se dirige al juez para obtener la caución, sino que, como el precepto expresa, denuncia el hecho al juez, esto es advierte del peligro y solicita un remedio. Es una facultad del juez, según las circunstancias, el proveer la medida que estime oportuna para obviar el peligro o de obligar al vecino a una caución. En el primer caso estamos absolutamente fuera de la clásica *cautio damni infecti* ya que ahora el juez puede obligar a que se restaure de alguna manera el edificio o se asegure el objeto evitando la ruina o el peligro²⁵. Pero también en el segundo caso –imposición de la caución– el Derecho italiano deja de aplicar los conceptos de la *repromissio* o de la *satisdatio* y no establece una distinción legal entre los que prestan caución *suo nomine* o *alieno nomi-*

24. El término “denuncia” para referirse a las figuras contempladas en el Código italiano denuncia de obra nueva y denuncia por daño temido arts. 1171 y 1172) se debe a que el acto que introduce la demanda ante el juez recibe el nombre de denuncia y de tal acto procesal se traslada el sustantivo a la institución de Derecho sustantivo que la justifica, vid. SACCO y CATERINA, *Il possesso*, Milano 2000, p. 431.

25. RADAELLI, *ibidem*, p. 627.

ne. Será el juez el que determina la naturaleza y la entidad de la caución, pudiéndose llegar incluso a decretar la constitución de una hipoteca sobre el inmueble, dependiendo de la valoración del peligro y de los eventuales daños, de su naturaleza, etc. y decidirá de forma distinta según el objeto amenazado sea de poco o mucho valor. También las consecuencias de la negativa a prestar la caución son diversas pues no cabe ya la *missio in possessionem*, sanción inspirada en las ideas romanas sobre ejecución y absolutamente ajenas a las del Derecho codificado, sino que el juez podrá ordenar directamente la ejecución de los trabajos necesarios, la demolición del edificio amenazante de ruina o la prestación de la caución.

La *cautio vitio aedium* del Derecho italiano no fue –ni en el Código de 1865 ni en el de 1942– la *cautio* romana en cuanto que en ésta era la promesa de resarcir la que hacía surgir la obligación (faltando toda referencia legal a ello), mientras que en el Derecho italiano es siempre una garantía que refuerza la obligación legal. Pero sobre todo el elemento más llamativo es que la institución originaria aparece mutilada en una de sus partes esenciales: *vitium operis*, es decir, la caución ante un *facere in suo, o in alieno*²⁶.

El Código italiano de 1942 introdujo alguna matización en la dicción literal del art. 699 del *Codice* de 1865. El art. 1172 del actual Código establece que “*el propietario, el titular de otro derecho real de goce o el poseedor que tenga razón para temer que de cualquier edificio, árbol o de otra cosa se produzca un peligro de daño grave y próximo a la cosa que constituye el objeto de su derecho o de su posesión, puede denunciar el hecho a la autoridad judicial y obtener, según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro. La autoridad judicial, cuando sea el caso, ordenará garantías idóneas para los daños eventuales*”.

La nueva redacción amplió la legitimación activa para interponer la denuncia por daño temido haciéndola extensible a quienes por cualquier título explotan o disfruten el inmueble del que proviene la amenaza, pues así se deduce de la mención a los poseedores del inmueble; dicha ampliación sin embargo había sido ya realizada por obra de la doctrina y de la jurisprudencia recaída bajo la vigencia del Código anterior²⁷. Junto a ello la novedad más importante a nuestros efectos es que la obligación de prestar caución no se plantea como alterna-

26. BONFANTE, *Corso...*, cit., pp. 427-429.

27. Vid. SEGRÉ, G. y MONTEL, A., *Il possesso*, Torino 1956, pp. 409 y ss., RADAELLI, *ob. cit.*, pp. 16 y ss. y BUTERA, A., *Il Codice civile italiano...*, cit., pp. 622 y ss.

tiva a la de adoptar medidas que remedien la amenaza sino como medida que el juez puede acordar junto a la de la adopción de tales medidas; se trata por tanto de un refuerzo a la principal consecuencia que el precepto prevé²⁸.

B. Derecho alemán

En el Derecho alemán se recoge asimismo una figura prácticamente igual a la del Derecho italiano en el § 908 BGB. “*Si una finca se ve amenazada por el peligro de ser dañada por el derrumbamiento de un edificio o de otra instalación que está unida a la finca adyacente o por el desprendimiento de partes del edificio o de la obra, el propietario puede exigir de la persona, que en virtud del § 836, 1 o de los §§ 837 y 838 sería responsable de los daños causados, que realice las previsiones necesarias para evitar el riesgo*”.

Este precepto concede al propietario que pueda sufrir un daño una protección preventiva que poco recuerda ya a la *cautio damni infecti* del Derecho común. Si aun no ha ocurrido ningún daño pero amenaza derrumbarse una casa o desprenderse una parte de la misma, el propietario de la finca amenazada puede exigir que se tomen medidas dirigidas a finalizar el estado de riesgo. Esta pretensión (a la cual es semejante el § 907 BGB)²⁹ no ampara en exclusiva, y a pesar del tenor literal del precepto, al titular dominical de la finca amenazada. Explica WOLFF que si bien tal pretensión es contenido de la propiedad, en realidad el objeto de la posesión es en cuanto a su extensión perfectamente idéntico al objeto de la propiedad, y cabe también atribuir al mero poseedor desde el punto de vista de la protección de la posesión el derecho a exigir que se ordenen aquellas las medidas de previsión de la norma³⁰.

28. Ha de tenerse en cuenta que el propio *Codice* en su art. 1179 deja al obligado a garantizar los daños temidos en libertad para elegir la forma que puede adoptar la misma: “quien esté obligado a dar una garantía sin que sea hayan determinado el modo y la forma, puede prestar a su elección una garantía idónea real o personal, o cualquier otra cautela suficiente”.

29. § 907: “1. El propietario de una finca puede exigir que en un terreno adyacente no se establezcan ni mantengan instalaciones de las cuales ha de preverse con seguridad que su existencia o uso dará como resultado una interferencia prohibida en su finca. Si una instalación satisface las disposiciones de las leyes territoriales, que prescriben una distancia determinada desde el lindero o de otras medidas de protección, la eliminación de la instalación no puede exiirse hasta que aparezca la interferencia prohibida. 2. Los árboles y arbustos no entran dentro de la categoría de instalaciones en estas disposiciones”.

30. WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, T. III, vol. 1º, cit., p. 357.

En el lado pasivo de la exigencia de prevención se encuentra el obligado a la indemnización, no necesariamente el propietario de la finca vecina. Por lo tanto, el deber de tomar las medidas materiales no es contenido de la propiedad sobre la finca que amenaza el daño (si bien pertenecen al contenido de esta propiedad el deber de tolerar que se tomen estas medidas) Si sin varios los obligados (por ejemplo el poseedor y aquel que haya tomado a su cargo las reparaciones, el nudo propietario y el usufructuario, o bien son varios los poseedores) responderán todos como deudores solidarios.

La pretensión del § 908 no coloca al usuario amenazado por la ruina o derrumbe en posición de elegir cuál de las medidas posibles de prevención ha de adoptarse en concreto, de forma que entre las varias medidas eventuales que sean igualmente adecuadas, elegirá aquel a quien corresponde ejecutarlas. La solicitud dirigida a hacer cesa la amenaza, como facultad que es, no está sujeta a plazo de prescripción³¹.

Es interesante observar cómo en el Derecho alemán existe una estrecha ligazón entre la responsabilidad civil que se desencadena por la caída o derrumbamiento de edificios (§§ 836-838) y la exigencia de prevenciones (§§ 907 y 908). En efecto, si un edificio u otra construcción se derrumba a consecuencia de un vicio de construcción o por falta de conservación, o si se desprenden partes de una obra y se causan daños en una cosa surge para las personas señaladas en los §§ 836-838 BGB (poseedor de la finca, titulares de derecho de aprovechamiento..., etc., según sea el caso) la obligación de indemnizar. Esta obligación de indemnizar exige la presencia de factores concretos en cuanto a su origen (vicio de construcción o falta de conservación) faltando los cuales si el edificio o construcción se derrumbare no existiría obligación de indemnizar en virtud de estos parágrafos. Pues bien la misma idea de que de alguna manera el elemento humano de la falta de diligencia es el desencadenante de la responsabilidad, inspira también la institución del § 908, institución que cobra aquí un eminente significado preventivo, pues la exigencia de prevenciones necesarias para evitar el daño no es independiente de las causas que han llevado a que el edificio se encuentre en estado de ruina o deterioro. No puede decirse por tanto que estemos ante una fuente autónoma de responsabilidad sino más bien ante un modo de evitar que surja

31. *Ibidem*.

precisamente la responsabilidad civil, sin embargo dicha norma no se enmarca dentro de unos parámetros propios y diferentes a los de los § 836-838 BGB en la medida en que no puede solicitarse la adopción de medidas preventivas más que frente al obligado a la eventual indemnización, siendo además preciso para solicitar la adopción de tales medidas la demostración de los hechos constitutivos de la responsabilidad futura.

A diferencia del precepto paralelo del Derecho italiano para nada alude el BGB a la posibilidad de exigir un aseguramiento o garantía de los daños futuros. El Derecho alemán se limita en este sentido a la exigencia de medidas materiales. Junto a ello, la medida ante amenazas provenientes de finca vecina del Derecho alemán se liga expresa y exclusivamente al derrumbamiento de casas u otros edificios anejos o al desprendimiento de alguna de sus partes, es decir, se conecta en exclusiva al *vitium aedium*, en similar sentido que el § 907, de forma que este ordenamiento dejó sin regulación preventiva los riesgos de daño por actividades del vecino, es decir, los provenientes de un *facere*.

IV. La denuncia de daño temido en el Fuero Nuevo

A. En general

El ordenamiento civil navarro contiene una específica norma que viene a sumarse a la regulación de las inmisiones de la ley 367 a) FN a la que en cierto sentido complementa, a la vez que introduce un instrumento peculiar de protección frente a los riesgos por derrumbamiento de edificios y caídas de árboles. Se trata del párrafo 2º de la ley 351 FN: “*Cuando de algún modo pueda temerse en una finca cualquier daño proveniente de otra vecina y no se imponga por la Administración la reparación del posible perjuicio, el propietario que tema aquél daño puede exigir del poseedor de la otra finca una garantía de indemnidad*”. Con relativa fidelidad retoma la institución de la *cautio damni infecti* romana si bien con peculiaridades propias.

Aunque esta norma se coloca en el mismo precepto que establece la prohibición de alterar el curso de las aguas (ley 351, parr. 1º), el legislador no quiso dar a ambos preceptos una unidad en el sentido de legitimar exclusivamente al amenazado por un daño proveniente de finca vecina cuando tal daño proviniera de una alteración de cauces. Es significativo el ladillo que acom-

paña a todo el precepto –incluyendo ambos párrafos–: *Perjuicios provenientes de finca vecina*. Ello lleva a pensar que la exigencia de garantía del 2º parr. tiene una autonomía y generalidad respecto al primero –el cual no deja de ser una mera prohibición o límite a las facultades del poseedor de inmuebles– y que cobra relevancia ante cualquier tipo de peligro que se anuncie y cuyo origen sea el inmueble de un vecino. Puede decirse que bajo la denominación genérica dada al precepto no hubo sino intención de unir un tipo de perjuicio posible por actuaciones del poseedor de finca, dándole un sentido negativo de prohibición, y una institución aplicable a cualquier tipo de situación amenazante que pueda surgir en las relaciones de vecindad. No otra cosa demuestran las notas a la ley 352 de la Recopilación Privada: “se deja constancia en este ley de la vigencia de la *actio aquae pluviae arcendae* romana, Dig. 39,3 (...) y de la *cautio damni infecti*, D. 39,2”. Dos figuras diferentes por tanto recogidas en un mismo precepto.

Frente a la ubicación que hubiera parecido más correcta, sobre todo en lo que se refiere a la prohibición de modificación de los cauces del parr. 1º, el Fuero no coloca el precepto a examen dentro de las “Limitaciones de la propiedad” (Cap. II, Tit. I, Lib. III) sino en el Cap. I (“Principios generales”) del mismo Título (“De la propiedad y posesión de las cosas”). Esta colocación sistemática de la *cautio damni infecti* en el Fuero evidencia que la figura se relaciona con la protección abstracta que merece quien en el uso de una finca se ve amenazado por un peligro derivado del inmueble vecino (no necesariamente colindante). De esta forma la facultad para “exigir una garantía de indemnidad” sobre la que gira la norma tiende a articular con carácter subsidiario un sistema preventivo de conflictos en las relaciones vecinales, las cuales como se expuso³², no tiene porqué ceñirse a la propiedad de las fincas sino que pueden producirse entre por quienes por cualquier título disfruten o usen un inmueble.

Por otro lado, la denuncia o caución por daño temido viene a colocarse detrás de la regulación de la denuncia de obra nueva (ley 350). Se sigue así la misma idea sistemática que se refleja en el Código italiano en el que ambas denuncias reciben su tratamiento legal y simultáneo tras el que recibe la posesión en general.

32. Vid. *supra*. Cap. II, II, C.

B. Caracteres y presupuestos de la institución

Son varias las notas estructurales sobre las que el legislador navarro ha construido la *cautio* que examinamos. De algunas de ellas se derivan además los requisitos objetivos que deben concurrir para que proceda la obligación de prestar una garantía de indemnidad en las relaciones entre fundos.

a) *Remedio subsidiario*

En primer lugar, estamos ante un remedio subsidiario: la garantía de indemnidad sólo podrá ser exigida cuando la Administración no haya impuesto la reparación de la causa del posible perjuicio. Si en el ejercicio de su poder de control, la Administración local ordena determinadas medidas de prevención de posibles daños, el propietario que teme (o temía) el riesgo en su finca perderá su derecho a exigir la caución en la medida en que el riesgo de producción de aquéllos ha desaparecido merced a tal actividad administrativa. Ello, claro está, siempre que el obligado a adoptar las medidas las hubiera cumplido. Si aun habiéndose adoptado las medidas impuestas administrativamente el propietario las estima insuficientes y alberga un temor fundado de producirse daños previsibles en su finca, conservará su derecho a solicitar la garantía de la eventual indemnización.

Parece lógico sostener que ante la petición de caución, el que la pretenda deberá acreditar haber intentado por vía administrativa la solución del origen del riesgo de daños, o bien acreditar que ante la actuación de oficio de la propia Administración, el resultado ha sido la persistencia de la causa que previsiblemente originará daños, ya sea por la actitud renuente del denunciado o porque la Administración haya considerado que no procede imponer medidas a éste.

La Ley Foral 35/ 2002 de 20 de diciembre de Ordenación del Territorio y Urbanismo en sus arts. 195 y 196 contemplan la competencia de la Administración local para la adopción de medidas a adoptar por los administrados en el uso de los inmuebles, preceptos que deberán tenerse en cuenta a la hora de intentar la pretensión que acoge la ley 351,2 FN.

Art. 195: Ordenes de ejecución “1. *El Ayuntamiento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, podrá dictar órdenes de ejecución que obligarán a los propietarios de bienes inmuebles a realizar las obras necesarias para el cumplimiento de los deberes*

de uso, conservación y rehabilitación y del deber de adaptación al ambiente establecidos en los artículos 87 y 88 de esta Ley Foral. 2. La órdenes de ejecución deberán detallar con precisión las obras a ejecutar y el plazo para realizarlas; durante dicho plazo, los propietarios podrán proponer alternativas técnicas, instar razonadamente una prórroga, así como solicitar las ayudas económicas a las que tenga derecho. 3. El incumplimiento de una orden de ejecución faculta al Ayuntamiento para proceder a su ejecución subsidiaria, o para imponer multas coercitivas hasta doce sucesivas por periodos de un mes y en cuantía de 600 a 6000 euros, hasta el límite del deber legal de conservación. En todo caso, transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario derivado de la última multa coercitiva impuesta, la Administración actuante estará obligada a ejecutar subsidiariamente las obras ordenadas con cargo al obligado”.

Art. 196 Declaración de ruina “1. Cuando alguna construcción o parte de ella estuviere en estado ruinoso, el Ayuntamiento de oficio o a instancia de cualquier interesado, declarará esta situación y adoptará, previa audiencia del propietario y de los moradores y, en su caso, de conformidad con las previsiones del planeamiento, las medidas necesarias para asegurar la integridad física de los ocupantes y de terceras personas. 2. Se declarará el estado ruinoso en los siguientes supuestos: a) Cuando el coste de las obras necesarias sea superior al 50 por 100 del valor actual del edificio o plantas afectadas, excluido el valor del terreno. B) Cuando el edificio presente un agotamiento generalizado de sus elementos estructurales o fundamentales. C) Cuando se requiera la realización de obras que no pudieran ser autorizadas por encontrarse el edificio en situación de fuera de ordenación. 3. Si el propietario no cumpliere lo acordado por el Ayuntamiento lo ejecutará éste a costa del obligado. 4. Si existiere urgencia y peligro en la demora, el Alcalde, bajo su responsabilidad, por motivos de seguridad, dispondrá lo necesario para asegurar la integridad física de los ocupantes y de terceras personas. 5. Las edificaciones declaradas en ruina deberán ser sustituidas o rehabilitadas conforme a las previsiones del planeamiento en el plazo establecido por éste. Agotados dichos plazos sin que el particular solicite licencia para la actuación correspondiente, la Administración sancionará el retraso con arreglo a esta Ley Foral”.

El condicionamiento de la vía civil prevista en la ley 351,2 FN a la previa actuación de los poderes de la Administración puede colocar al peticionario de la *cautio* en una situación de desequilibrio, pues siendo la base fáctica de la norma civil la existencia de una amenaza de daño, ha de intentar previamente que en virtud de acto administrativo sea obligado el causante del riesgo a cesar ese estado de cosas, de forma que en tanto se tramita dicha actuación queda cerrada la vía civil de este precepto, y en ese lapso de tiempo el daño anunciado puede haberse ya manifestado. Quizá pudiera entenderse que la ley 351,2 FN sólo condiciona la admisión de la *cautio* a una actuación de oficio de la Admi-

nistración y que el afectado por el riesgo no tiene que instar previamente una determinada actuación de la Administración competente. Esta lectura del precepto obviaría los retrasos y disminuiría los casos en que pudiera producirse la efectividad del daño anunciado. Sin embargo, no parece que sea el espíritu de la norma el que permita sostener tal interpretación. Al declarar la ley 351,2 que el propietario “*puede exigir una garantía de indemnidad*” cuando “*no se imponga por la Administración la reparación de la causa del posible perjuicio*” manifiesta que la subsidiariedad de la medida civil se produce siempre, exigiendo por tanto también al afectado que excite previamente dicha actuación, máxime cuando en muchos casos la Administración sólo tendrá medios de conocer la situación a través de la petición del interesado.

La configuración de este mecanismo como una vía secundaria de prevención en relación a los poderes ejecutivos de la Administración es novedosa. Ni el Derecho italiano ni el Derecho alemán condicionan la exigencia de medidas de prevención a una previa actuación administrativa, sino que, al contrario, lo conciben como medio directo para exigir que el juez acuerde contra quien ocasiona el riesgo la orden material de prevención. Salvadas las evidentes diferencias, la ley 351,2 se acerca más a la estructura de la *cautio damni infecti* del Derecho Romano en el sentido de que la obligación de garantizar a quien está expuesto al peligro sólo se adoptaba cuando las medidas de *missio in possessionem* no daban el resultado coercitivo esperado. En el Fuero la obligación de dar garantía de indemnidad sólo procede cuando fracasan –por insuficiencia, desobediencia...– las medidas impuestas por la Administración competente, que actuaría en tal sentido *simili modo* a las medidas impuestas por el pretor, o cuando se produzca una inactividad administrativa.

La exigencia que la ley 351,2 FN contiene respecto a la intervención previa de los poderes de la Administración puede tener su explicación en los arts. 389 y 390 CC que, ante el incumplimiento por el demandado de la obligación que tales preceptos imponen de proceder al derribo de las edificaciones que amenacen ruina o de los árboles que amenacen caída, establecen la obligación de la Autoridad de proceder a tales actuaciones a costa del demandado. Frente a la actuación *a posteriori* de la Administración prevista en el Código, la normativa del Fuero diseña tal intervención en un momento anterior; es la Administración local la que ha de ordenar la eliminación del riesgo y sólo cuando ésta no actúa o sus medidas son insatisfactorias es cuando el vecino que teme el daño puede pretender la caución.

b) *Ámbito de aplicación*

En clara diferencia con los ordenamientos que recogen una institución similar, la solicitud de que el vecino que coloca al inmueble del peticionario en riesgo de daños garantice la eventual reparación procede no sólo cuando un edificio o construcción, instalación o plantación amenace ruina, derrumbamientos o caídas, sino también frente a toda actividad del vecino en el ejercicio de su derecho, ya la realice sobre su fundo (*facere in suo*) como sobre el del vecino (*facere in alieno*) o sobre el suelo público. Se acoge así la amplitud que el Digesto dio a la figura en examen y que abarcaba tanto el *vitium aedium* como el *vitium operis*.

El Fuero no se aparta de esa amplitud, la cual queda recogida en la expresión “cuando de algún modo pueda temerse en una finca cualquier daño proveniente de otra vecina...”. La dicción transcrita suscita varios aspectos interesantes. El primero de ellos se refiere a la causa última que da origen al temor de daño. De muchas maneras puede surgir la posibilidad de un daño futuro, no sólo en lo que se refiere al objeto que la causa (edificio en riesgo de derrumbamiento por su estado, peligro de desprendimiento de tejado, árbol cuya rama quebrada caerá en la finca contigua, instalaciones eléctricas o depósitos de combustible en mal estado que generan una posibilidad de incendio...) o a la actividad que ocasiona dicha posibilidad (actividades que provocan vibraciones y riesgo para las estructuras de la vivienda contigua, labores de riego que por su carácter incontrolado o por la situación de los terrenos puedan producir embalsamientos en el inmueble del vecino...), sino también en cuanto al comportamiento humano que ha hecho que el riesgo esté presente. Es indiferente a los efectos de la ley 351,2 FN la valoración de la conducta del poseedor de la finca de la que proviene el riesgo, pues no se trata de una medida que se imponga a quien con su culpa o negligencia ha llevado a que el objeto, por carecer de la conservación propia, amenace con su destrucción, o a quien pone en práctica un determinado uso en su finca arriesgando la finca vecina. Frente al § 908 BGB que no es sino un modo de obligar a quien civilmente respondería de los daños por los derrumbamientos a que los evite antes de que se produzcan, la *cautio damni infecti* de la ley 351,2 FN puede exigirse en cualquier caso de temor de daño sin necesidad de demostrar la ilicitud de la conducta, la culpabilidad o la falta de adopción de las medidas adecuadas al caso, la superación del criterio de licitud impuesto por la

regla de inmisiones, la intencionalidad en la creación del estado de riesgo... Es suficiente el temor de daño sin tener que demostrar la fuente –en el sentido de conducta humana originadora– del mismo. Basta con que “*de algún modo*”, de cualquier modo, exista un peligro de daño. A ello atiende la norma y así se concibió en el Derecho Romano en el que la *cautio* surgió precisamente para hacer surgir una obligación de resarcir por el mero hecho de la *stipulatio* realizada y con independencia de la conducta de quien originó el peligro.

Además, la determinación del ámbito material al que la pretensión de la ley 351,2 FN da cobertura exige la presencia, tal como se afirma en la norma, de un temor de daño, elemento que junto con la apreciación del estado amenazante y la inactividad administrativa son los pilares fácticos de la norma. Para exigir al poseedor de la finca que garantice la posible indemnización deberá existir además de un peligro constatado, un temor de perjuicios en la finca del solicitante. El miedo a que sean irrogados daños precisamente en el inmueble de quien insta la caución no deja de ser un factor subjetivo, variable según las personas y cuya valoración exigiría una ponderación de las circunstancias personales de quien lo alegue. Sin embargo, creo que este elemento ha de ser entendido en un significado objetivo y ello por dos razones. Por un lado por la propia dicción literal del precepto, el cual no predica el miedo del solicitante de la caución sino que se expresa en términos impersonales (*pueda temerse*) con lo que se refiere a un concepto de miedo o temor objetivizado, a una situación en la que para cualquiera se suscitaría una previsión de lesividad en la finca vecina o contigua. Por otro lado, entender el miedo en un sentido puramente subjetivo o personal acarrearía consecuencias injustas, dando entrada a abusos y a la existencia de otorgamientos de cauciones arbitrarias. El temor ha de derivarse de una valoración objetiva y quizá el precepto ha omitido el calificativo de “justificado” o de “fundado” para definir cuál ha de ser la hipótesis fáctica de la norma. Así se previó ya en el Derecho romano en el que si bien es cierto que el solicitante no estaba sujeto a demostrar el temor ni la prueba de su derecho sobre la finca, se le exigía el *iusiurandum calumniae* o juramento de no proceder de mala fe o con simple espíritu de litigiosidad. En el Derecho navarro no cabe la exigencia de dicho juramento, pero debe interpretarse la exigencia de temor de tal forma que queden cerradas las puertas a cauciones exigidas sin justificación, aventuradas o caprichosas.

No bastaría la simple alegación del solicitante de la caución de encontrarse en situación de temor de daños para que el poseedor de la finca contigua venga obligado a la prestación de la misma. El temor de daño futuro deberá deducirse de la propia situación objetiva en la que los objetos y los inmuebles se encuentran. Si p. ej. ante la lejanía del objeto amenazante o del que surge la amenaza respecto a los linderos de los inmuebles puede deducirse que el derrumbamiento no afectaría a la finca contigua, quedaría demostrada la falta de un temor fundado; lo mismo puede decirse respecto a la inocuidad de determinadas actividades que objetivamente no permitan sostener un temor³³, o cuando la ubicación de los terrenos permite deducir que, de producirse una caída del árbol o de la rama o un derrumbamiento, nunca quedaría afectado el inmueble vecino. La posibilidad objetiva de daño en finca vecina supone estimar que según un juicio de previsibilidad compartido, el daño tiene altas probabilidades de que se produzca.

c) *Naturaleza judicial o extrajudicial*

Una ulterior nota del mecanismo previsto en la ley 351,2 FN se refiere a que la medida que contempla no es necesariamente una medida judicial. Quien temiendo un daño en su finca pretenda que el vecino le conceda una garantía de quedar indemne si el daño se produce, podrá compelerle a que extrajudicialmente proceda a constituir dicha garantía. Se observa aquí la preponderancia que el Fuero concede a la voluntad de las partes, quienes a través de su propia negociación pueden llegar a componer los intereses en conflicto sin necesidad de acudir al poder jurisdiccional para darles solución. Es pues un remedio entre particulares, una medida de autotutela o defensa de los derechos que eventualmente pueden resultar lesionados en el futuro y cuyo fin es protegerse frente a instalaciones o actividades de las que se va a acarrear un daño. Lógicamente cuando el poseedor que amenaza se aviene a la petición de la caución y el peticionario la acepta por considerarla suficiente, éste pierde la posibilidad de instar la misma pretensión a través del cauce judicial.

33. La SAT Pamplona de 7 de mayo de 1985 (*Jurisprudencia Civil Foral*, III, cit. marg. 1074) desestimó la petición de garantía de indemnidad basándose en que no se aprecia (...) que el acopio de materiales junto a la pared medianera constituya motivo de humedades, incomodidad o perjuicio para la finca reconviniente, pues nada de eso está probado.

La relación entre la caución privada y la que se pretenda por vía judicial no queda en el precepto del Fuero lo suficientemente clara, si bien de la propia naturaleza de la norma puede deducirse tal conexión. La ley anterior –350 FN– al regular la denuncia de obra nueva contempla también la doble vía por la que puede instarse la garantía de la demolición de las obras acometidas por el vecino, pero esta norma a diferencia de la ley 351,2 precisa que, cuando el vecino que está efectuando las obras se negare a prestar tal garantía se estará a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo por tanto que cuando el denunciado por una obra nueva continúe sin dar caución o aseguramiento, es decir fracasada la denuncia privada, queda abierta la procedencia del juicio verbal de suspensión de obra nueva (250, 1, 5º LEC) en el que el demandado podrá exonerarse de la suspensión que acarrea el éxito de dicho juicio si garantiza la eventual demolición o indemnización. Lo mismo, estimo, puede decirse respecto a la garantía de daño temido del Fuero, la cual cuando se presta privadamente tiene un carácter sustitutivo respecto al proceso o juicio verbal de ruina de la ley 250,1,6º LEC.

La ley 351,2 FN no exige la intervención judicial en la caución por daño temido y precisamente es la caución extrajudicial la que directamente contempla esta norma del Fuero. Sin embargo nada impide que el eventualmente perjudicado pueda solicitar, una vez iniciado el procedimiento judicial de demolición, que se otorgue la caución, en este caso por vía judicial, de forma que los efectos demolitorios quedarían paralizados precisamente porque el demandado se aviene en vía judicial a evitar tal efecto prestando la caución por el daño temido.

Por eso y al igual que en la denuncia de obra nueva de la ley 350 FN, puede hablarse de dos tipos de cauciones: una privada o extrajudicial y otra judicial³⁴. En ambas el inicial efecto que se produce es idéntico: el vecino que otorga la garantía de indemnidad pretendida quedará sometido a la posible ejecución de dicho aseguramiento si es que el daño efectivamente se produce. Además, si el supuesto ante el que nos encontramos es el de ruina de edificio o peligro de caída de árboles, el otorgamiento privado o judicial de la caución acarrea un segundo efecto, cual es el de provocar la suspensión de la demolición o del arranque de los elementos peligrosos. En este caso, el veci-

34. FERNÁNDEZ URZAINQUI, “La denuncia de obra nueva en el Derecho Civil Navarro”, *RJN*, 1998, nº 25, pp. 19 y ss.

no al que se le solicita la caución tiene la posibilidad de continuar con la actividad generadora de peligro o de continuar manteniendo el estado de cosas que lo genera con la oportuna caución. Tratándose de supuestos distintos en los que el riesgo no procede de objetos ruinosos o que amenacen caída, la estipulación de la caución –ya sea privada o judicial– presenta unos efectos peculiares que se examinarán a propósito de las relaciones entre *cautio damni infecti* y acción negatoria.

d) *Finalidad de la norma*

La *cautio* puede calificarse como una medida civil de tutela cautelar del derecho, que sustituye en determinadas hipótesis a la defensa judicial que el eventualmente perjudicado en el futuro tendría en sus manos para conseguir eliminar de forma contundente la fuente del daño futuro. De esta forma el vecino que mantiene la fuente del peligro puede eludir los efectos que se pueden desencadenar del éxito de una acción civil dirigida a proceder a la inmediata demolición o desaparición de la instalación u objeto que instalado en su inmueble provocará un daño probable. Se revela así la utilidad de esta institución en la medida en que coloca al “denunciado” en la tesitura de avenirse a la prestación del aseguramiento si no quiere sufrir las consecuencias de una acción demolitoria. A ello se une la indudable finalidad preventiva de la figura en cuanto conmina a adoptar de forma rápida aquellas medidas de prevención o cautela que pongan fin al riesgo que proviene de su inmueble.

En otros casos la caución no presenta siempre ese carácter sustitutivo de la defensa judicial; así en los casos de daños temidos procedentes de actividades (*operis*) que desenvuelve el vecino en su inmueble. En estos supuestos la norma no pierde su carácter preventivo pero carece de la nota de suspensividad respecto a la defensa judicial del derecho del eventualmente lesionado.

En cualquier caso, la peculiaridad del mecanismo de la *cautio* consiste en que si el daño previsto o temido llega a producirse, el perjudicado ostentará el derecho a ser indemnizado de los daños por la mera garantía pactada voluntariamente o instada judicialmente y sin que sea procedente la investigación de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad aquiliana. La institución prescinde de la eventual culpa del inmitente, surgiendo para el mismo la obligación de indemnizar por el solo hecho de la garantía otorga-

da. Así pensada, la prestación de una garantía de indemnidad tiene una indudable consecuencia coercitiva y preventiva dado que quien la presta tendrá especial interés en que los daños no se produzcan, puesto que la mera existencia de daños derivados del riesgo por él creado le obligará a la indemnización. El usuario de inmueble que haya prestado la caución ante el peligro manifestado por el propietario vecino, adoptará con presteza todas las medidas posibles con el fin de evitar la indemnización.

V. *Cautio damni infecti* y vías judiciales ante riesgos vecinales

Ante la existencia de un daño previsible en las situaciones de vecindad el Fuero adopta la solución romana de la *cautio damni infecti* aunque con unos caracteres propios y diferentes a los que la figura tuvo en su origen. La parca regulación de esta institución en el ordenamiento navarro hace que su manera de funcionar y sus consecuencias deban ser entresacadas y construidas a partir de las fuentes y además del completo sistema de las relaciones de vecindad en el que la *cautio* actual se inserta.

Los pilares o requisitos objetivos que la norma exige para que quien tema un daño pueda reaccionar a través de la *cautio* en lo fundamental son idénticos a los que hicieron surgir la figura en Roma, es decir, la presencia de una construcción o instalación que amenace ruina (*vitium aedium*) o una actividad ejercida por el vecino que ocasiona igualmente un miedo a daños futuros (*vitium operis*). Pero siendo el mismo punto de partida el que toma la ley 351,2 FN, queda por diseñar el concreto modo en que la *cautio* se materializa en nuestro ordenamiento y que difiere de aquél que el Derecho romano estableció. El ordenamiento actual nada establece sobre las medidas coercitivas diseñadas en el Derecho romano para lograr la obtención de que el demandado otorgara la promesa de indemnizar y que el Derecho Romano son embargo se encargó de construir de acuerdo con sus propios principios e instituciones. En este punto, el recurso a la integración de la norma con los antecedentes romanos resulta inviable puesto que nuestro ordenamiento no admite esa suerte de “expropiación” que suponían la *missio in possessionem* y el *iussum possidendi* y que permitían al eventual perjudicado tomar las medidas oportunas para poner fin al estado de cosas en que la amenaza consiste. Esta medida se sustituye en cierta medida en el Fuero Nuevo mediante el recurso

previo a la actividad de la Administración, de forma que la *cautio* actual sólo es la última medida cuando el causante de la amenaza no remedia –aunque tal remedio sea impuesto por la Administración– la fuente del hipotético daño.

El correcto entendimiento del modo de operar de esta figura precisa su puesta en relación con el sistema legal de relaciones de vecindad y, en concreto, con las figuras que en tal sistema se prevén y que tienen similar finalidad e idéntico punto de partida: el riesgo proveniente de finca vecina.

A. La denuncia de daño temido y el juicio verbal de demolición o derribo

Una de las fuentes de la amenaza de daño a la que da cobertura la ley 351,2 es el estado ruinoso de un edificio, árbol, o de cualquier instalación de la finca vecina, siendo así una de las hipótesis ante las que el propietario del fondo amenazado puede reaccionar a través de la caución por daño temido. Junto a esta posibilidad de defensa aparece la acción para instar la demolición o derribo y que sigue los cauces del juicio verbal, tal como establece el art. 250.1.6º LEC, acción que permite encauzar la pretensión de que “*el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande*”. Esta acción tiene su fundamento en los arts. 389 y 390 CC, preceptos que establecen la obligación del propietario de proceder a la demolición de los objetos mencionados o, en el caso de edificios, de sus paredes, columnas o cualquier construcción ruinosas, a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída.

A la vista de esa duplicidad de vías de reacción se hace necesaria la armonización de ambas pretensiones. Cuando el futuro perjudicado opte por acudir a la defensa extrajudicial o privada de su pretensión instando el otorgamiento de una garantía y la misma prospera, quedará cerrada la vía del juicio verbal demolitorio de la LEC. Sin embargo, fracasada la vía extrajudicial o privada y planteado el juicio verbal de demolición, el demandado, a instancia del demandante, podrá avenirse a conceder la caución por daño temido evitando de esta forma la obligación automática de derribo que se derivaría del éxito del juicio verbal. Es decir, el demandado conserva la posibilidad de conceder garantía de indemnidad incluso iniciado el juicio verbal de demolición

o derribo. La misma solución se plantea y en similares términos para la denuncia de obra nueva (ley 350 FN) y el juicio verbal de suspensión de obra nueva (art. 250.1.5º LEC), si bien en este caso es la propia Ley la que prevé que el demandado en el juicio verbal de obra nueva pueda ofrecer caución para continuarla y soslayar de esta forma la paralización de las obras en curso (art. 441.2 LEC).

Puede decirse por tanto que la *cautio damni infecti* tiene en el ordenamiento civil navarro un carácter sustitutivo respecto a la pretensión demolitoria prevista en la LEC. En este punto se manifiesta el diferente régimen que ante un *vitium aedium* establecen el Código civil y el Fuero Nuevo. Los arts. 389 y 390 CC imponen en la hipótesis que contemplamos un estricto límite al dominio por razón de vecindad, obligando al propietario del edificio, instalación o árbol a proceder a su inmediata demolición o a realizar medidas materiales de prevención (en el caso de edificios o instalaciones) o a proceder al arranque y retirada (en el caso de árboles). Por el contrario, el Fuero no recoge una previsión semejante; no contempla ni diseña como limitación de la propiedad el deber inexorable de actuar en los términos que prevé el Código. Ante tal tipo de amenazas el Fuero no impone la obligación inmediata a la que se refieren los mencionados preceptos del Código, sino que como explica D'ORS la ley 351,2 conserva el sistema caucional romano y a diferencia del art. 389 CC que impone en referencia al daño temido por construcción vecina (*vitium aedium*) exclusivamente la inmediata demolición o reparación, en Navarra tales medidas sólo procederán cuando deje de darse la caución exigida³⁵. Lo mismo ha de mantenerse frente a los riesgos por caída de árboles (art. 390 CC), supuesto en el que el Derecho común obliga a su dueño a arrancarlo y retirarlo y no así el Derecho navarro, el cual recurre previamente a la vía del aseguramiento de los daños, vía que si no prospera extrajudicialmente abrirá la puerta al juicio sumario de derribo, el cual es procedente frente a este tipo de amenazas.

La petición de caución es una facultad o prerrogativa del propietario amenazado, quien puede determinar con qué tipo de mecanismo quedan satisfechos sus intereses. La caución puede exigirla privadamente si con ello consigue una mejor o más satisfactoria protección de su derecho, pero puede acudir directamente al juicio demolitorio sin necesidad de haber intentado siquiera la

35. Comentario a la ley 351 del Fuero Nuevo. en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirig. Albaladejo, T. XXXVIII, vol. 1º, Madrid 2002, p. 17.

anterior vía. El carácter subsidiario de la demolición o derribo sólo se puede predicar cuando iniciado el proceso demolitorio el demandante opta por conceder al demandado la posibilidad de sustituir la demolición prestando garantía de indemnidad. En ese juicio el demandante no está obligado a solicitar la caución con dicho efecto suspensivo, pues puede que lo que precise o satisfaga sea la erradicación inmediata de la fuente del peligro. El no haber exigido caución por daño temido ni cierra las puertas al juicio demolitorio ni obliga a exigirla en el juicio verbal.

La propia ley 351,2 se expresa en términos de posibilidad al conceder al propietario la exigencia de caución (*...el propietario que aquel daño podrá exigir del poseedor de la otra finca una garantía de indemnidad*) Se manifiesta así que queda en manos del propietario amenazado la elección de los efectos que finalmente va a tener el juicio demolitorio. En este punto existe una importante diferencia con la denuncia de obra nueva de la ley anterior, en la que la prestación de garantía es una prerrogativa que se le concede al demandado en el juicio verbal de obra nueva, quien tiene en sus manos el exonerarse del efecto suspensivo de la obra nueva concediendo la garantía.

La función sustitutiva de la demolición que cumple la caución de la ley 351,2 no implica que el derribo del edificio, árbol o instalación haya de ser siempre y en todo caso sustituida a iniciativa del demandante por la prestación de la garantía de indemnidad ofrecida. De igual manera que en el Derecho romano, en el que el solicitante de la *cautio* debía prestar juramento de calumnia (*iusiurandum calumniae*) con el fin de evitar que se instaran cauciones con mero ánimo de vejar o con fines abusivos sin que existiera un verdadero y auténtico temor de daño, en el Derecho vigente no puede concedérsele a la petición o postulación de caución un carácter automático, sino que corresponde al poder jurisdiccional velar por mantener el efecto demolitorio cuando el peligro que se observe sea evidente o cuando se vean involucrados los intereses de terceras personas, como cuando la ruina anuncie la inminente producción de daños para personas ajenas a la titularidad o a los derechos sobre el fundo amenazado o dicha ruina resulte peligrosa para los intereses generales.

B. Acción de cesación de efectos perjudiciales y caución por daño temido

Los Derechos italiano y alemán ciñen el ámbito de aplicación de la denuncia por daño temido a las hipótesis de ruinas y peligros por derrumbamiento y

caída. El Derecho navarro por el contrario, más fiel a la tradición romana, no presenta unas líneas delimitadoras de su ámbito de aplicación tan estrictas o definidas. La ley 351,2 se limita a decir que “*cuando de algún modo pueda temerse en una finca cualquier daño proveniente de finca vecina...*”. La amplitud con la que se expresa la norma (*de algún modo*) manifiesta la intención del legislador de dar cobertura con esta figura a la producción de un eventual y futuro daño con independencia del origen causal del mismo, exigiendo únicamente que provenga materialmente de finca vecina³⁶. Ello hace que a través de la *cautio damni infecti* puedan hacerse frente a los riesgos de daños que tengan su fuente en las actividades (*operis*) positivas u omisivas que el vecino despliega en su inmueble y que pueden llegar a provocar el temor de producción de daños en un inmueble ajeno. Cuando la amenaza proviene no ya de una construcción o elemento ruinoso, sino de una simple puesta en práctica por el vecino de determinada modalidad de uso en su inmueble cabe también la solicitud de caución contemplada en la ley 351, 2.

Ante un peligro o riesgo de inmisión por un *facere in suo*, el vecino tendría dos vías diferentes de reacción. Por un lado la de la ley 367, a) FN que, como acción de cesación de efectos perjudiciales, cabe tanto ante inmisiones efectivas como ante peligros de inmisión (“*Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho...*”); por otro, la exigencia de garantía de indemnidad de la ley 351,2. Ante esa concurrencia de medidas frente a inmisiones de futuro ha de plantearse su posible simultaneidad o, mejor, la relación que ha de establecerse entre ambas vías. Si tal como establece la ley 367 a), ante peligro de inmisiones, el titular o usuario del inmueble puede solicitar judicialmente el cese de la situación amenazante, ¿podrá además exigir la garantía de indemnización de los daños futuros? En otras palabras, ¿la acción de la ley 367 a) excluye la pretensión amparada en la ley 351,2 o pueden ser concurrentes? Y a la inversa: el haber obtenido una garantía de indemnidad ¿excluye el planteamiento de la acción de cesación?

No puede perderse de vista que la acción negatoria de inmisiones tiende a evitar y a hacer cesar los usos no razonables sobre inmuebles, y que el juez sólo ordenará la cesación de perturbaciones o de riesgo de perturbaciones en

36. Sobre la intrascendencia de las posibles conductas que han ocasionado el estado amenazante, vid. *supra* epígrafe IV, B, b.

el uso de un inmueble cuando las actividades que las generan no respondan al criterio de la razonabilidad. Es una vía que no tiene una finalidad directamente reparadora; se limita a ordenar el cese de determinados efectos presentes o futuros. Por el contrario, la ley 351,2 busca que el poseedor que arriesga el fundo vecino se obligue a responder por los daños que pueden serle irrogados a éste si el peligro deviene finalmente en daño, garantizando tal obligación; su finalidad sí puede calificarse como de resarcitoria y no de directamente cesatoria del peligro. Además, es un remedio utilizable con independencia de la razonabilidad del uso en cuestión, bastando con acreditar la previsibilidad o el temor de un daño procedente de finca vecina para exigir de su poseedor la caución; ésta es viable incluso ante usos razonables de los inmuebles³⁷.

Como prerrogativa o facultad concebida por la ley en beneficio exclusivo del eventual perjudicado, la caución ha de ser solicitada en el proceso por el propio demandante, solicitud que es viable incluso cuando hubiera fracasado el intento extrajudicial o privado para su otorgamiento. El juez no puede obligar a la constitución de una garantía por los daños futuros más que cuando el demandante lo postule, sin que quepa entender que la demanda de cesación de riesgos lleve implícita una petición en tal sentido³⁸.

37. En este sentido, BONFANTE explica que la *cautio damni infecti* tiene un carácter complementario de la defensa que se obtiene con la acción negatoria y no tiene carácter alternativo. El carácter real de la acción negatoria hace que la misma esté dirigida exclusivamente a impedir el estado antijurídico, no a proveer el resarcimiento del daño una vez verificado, vid. *Corso di Diritto romano*, cit., pp. 416-417.

38. Así viene a afirmarlo implícitamente la SAP Navarra de 31 de julio de 1996 (*RJN* 1997, enero-junio, nº 23, p. 295) en el que ante un supuesto en el que un vecino realizó unas determinadas obras de modificación de un muro en contra de los intereses y derechos de la Comunidad de propietarios, y encauzada la acción a través del art. 7.1 de la LPH, entiende la Sala que aunque las partes no han pedido su aplicación, hubiera sido más correcto decidir el asunto de acuerdo con las normas que dirimen los conflictos de vecindad, en cuanto establecen limitaciones en el uso de los inmuebles por esas razones: (leyes 351, 2º y 367 a) del Fuero Nuevo de Navarra, de acuerdo con las cuales, al realizarse la obra de demolición y reconstrucción del murete de cierre, pudo exigirse por la Comunidad del dueño de la finca, una “garantía de indemnidad”, de temerse el daño luego producido; pero no hecho esto, es exigible al dueño del chalet en que se efectuó la obra no producir con ella a los vecinos riesgo no mayor incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho “habida cuenta de las necesidades de las fincas, el uso del lugar y la equidad”... Por tanto no procede la reconstrucción del murete antiguo sino la reparación del nuevo en aquello en que perjudica el uso razonable del patio común a los demás

Para solucionar la concurrencia o exclusión de las dos medidas jurídicas ante riesgos de inmisiones, puede partirse del planteamiento de dos supuestos básicos distintos de los que pueden deducirse las oportunas consecuencias a la vista de la diferente finalidad de las dos vías o cauces que analizamos.

1. Cuando el propietario del inmueble opta por la exigencia de una garantía de indemnidad al poseedor que provoca el temor y éste se aviene a la solicitud garantizando la futura indemnidad, no por ello el postulante perdería el derecho a ejercitar la acción de cesación. Con la caución lo único que se pretende y consigue es asegurar el resarcimiento de posibles daños en la finca vecina; bien es cierto que indirectamente se consigue además una función preventiva ya que el otorgante de la caución tomará todas las medidas oportunas para que el daño no se produzca puesto que de irrogarse los daños responderá en virtud de la estipulación realizada. Sin embargo, el haber procedido a garantizar una posible indemnización no provoca la pérdida del derecho a enjuiciar la licitud/ilicitud del uso peligroso.

Además se evidencia en este caso una utilidad añadida de la *cautio* y es la de que si otorgada la caución y ejercitada posteriormente la acción negatoria, los daños se produjeran pendiente el proceso, la garantía indemnizatoria operará permitiendo el resarcimiento de los mismos con independencia del pronunciamiento final de la sentencia.

Pensemos en la instalación de un sistema de riego que, por las características técnicas con las que se implanta, su ubicación, los materiales empleados o las características orográficas provoca en el propietario del inmueble vecino un miedo o temor a sufrir inundaciones en su terreno. La petición y aceptación de la caución de indemnidad de daños futuros a lo único que hará frente es a la obligación de indemnizar si efectivamente se producen los perjuicios anunciados, pero esa misma caución no puede servir para que el otorgante de la caución venga obligado a que desaparezcan los efectos perniciosos futuros (al menos como hemos manifestado no directamente). La caución sólo mira a las consecuencias resarcitorias de una inmisión futura pero no a las consecuencias inhibitorias de la misma. Es ésta la razón por la que ha de afirmarse que en este tipo de hipótesis la *cautio damni infecti* no presenta el carácter sustitutivo que sí mantiene respecto al juicio verbal de

demolición de elementos ruinosos, y la diferencia estriba en su diferente causa y en la distinción conceptual y de régimen que el ordenamiento navarro confiere a la tutela cesatoria de inmisiones y a la tutela indemnizatoria frente a las mismas. El que las partes hayan autorregulado las consecuencias dañinas de una situación a través de la estipulación de una garantía que asegure la indemnización no provoca más que la predeterminación jurídica de este puntual conflicto, pero dicha caución no prejuzga ni la licitud del uso peligroso ni la obligación o no del causante del riesgo de proceder a la adopción de las medidas adecuadas para hacer desaparecer el riesgo. Por sí misma la caución no interfiere en el enjuiciamiento de la licitud de las inmisiones o del peligro de las mismas.

2. Si el propietario amenazado no procede privadamente a la exigencia de caución o, instada ésta, el vecino no la otorga, pero a la vez aquél estima que con el *facere* del vecino se pueden producir molestias o incomodidades en la utilización de su finca podrá proponer la demanda de cesación o negación de los riesgos y, a la vez, acumular en el mismo procedimiento la constitución de la garantía por daño temido por los eventuales daños. Trátándose de pretensiones independientes con presupuestos de operatividad distintos pero con idéntica base fáctica –existencia de riesgos–, el pronunciamiento judicial podrá tener contenidos diversos.

En primer lugar podría estimarse la demanda de cesación de peligro de inmisiones por considerar que dicho peligro proviene de un uso no razonable y, ordenándose en consecuencia la desaparición de la eventualidad de riesgo desaparecerá el factor de hecho que sustentaría la pretensión de caución. Si el juez pone fin a las actividades inmisivas de futuro o de riesgo por considerarlas contrarias a un uso razonable y desaparecido así el peligro de inmisión, la petición de indemnidad al inmitente no encuentra ya sentido.

Se puede observar en alguna sentencia que ante la acumulación de las dos peticiones –cesatoria e indemnizatoria–, o la argumentación en la demanda de la petición de cesación de los riesgos vecinales en base a la aplicación conjunta de las leyes 367 a) y 351,2º, el juzgador tiende a considerar que la primera absorbe la segunda, interpretando que la garantía de indemnidad se consigue condenando al demandado a realizar obras materia-

les de prevención. Se trata de supuestos en los que se estima la no razonabilidad del uso por el peligro que acarrea y a la vista de los factores concurrentes, pero la condena de cesación lleva al juzgador a considerar que con la inhibición del peligro queda para el futuro indemne el vecino demandante³⁹.

En segundo lugar, podrá ocurrir que el juzgador estime que el peligro de producción de efectos perniciosos en el fundo vecino responde a un uso razonable y que no procede la condena a hacer cesar ese peligro, debiendo en consecuencia ser soportado por el demandante. Ello no obstaría a que, sin embargo, se accediera a la petición judicial de caución con el fin de que el vecino sea obligado a resarcir los futuros daños si éstos llegaran a producirse. Así parece entenderlo implícitamente la SAT Pamplona de 4 de junio de 1988⁴⁰ que, tras afirmar que habiéndose realizado la obra litigiosa en cuestión hace varios años no se alega siquiera que las aguas hayan entrado en la finca vecina, declara la improcedencia de la realización de obras modificatorias en la obra y la procedencia de la petición de garantía de indemnidad de la ley 351,2 postulada por la parte demandante. Esta solución viene avalada por la independencia que ambas pretensiones tienen en el Derecho navarro y que permite que la tutela inhibitoria quede cerrada y no así la indemnizatoria.

39. En la SAP Navara de 22 de febrero de 1994 (*RJN*, julio-diciembre, 1994, nº 18, p. 362) el propietario de un inmueble demandó a un Centro Escolar por los daños que pudieran causarse a su terreno y a sus cultivos por los escolares y personas que accedían a jugar al polideportivo del Centro dada la proximidad de las pistas de balonmano y baloncesto. Alegó para ello la ley 376 a) en relación con la 351,2º. El Centro escolar se opuso alegando que el sobrealzado de la tapia que impediría el paso de balones a la finca vecina debía ser hecho por el propio demandante a su costa, añadiendo además que a pesar de que el riesgo de daños no existía, estaba dispuesto a indemnizar en tanto los daños por la intromisión se probaran. Desestimada la demanda en primera Instancia, la Sala contrariamente condena al Centro a realizar el recrecimiento de la valla de separación de ambas fincas, afirmando que con ello se conjugan y concilian ambos preceptos (las leyes 367 y la 351,2º FN).

Lo mismo se aprecia aunque más veladamente en la SAP Navarra de 23 de septiembre de 1991 (*RJN*, 1992, enero-junio, nº 13, p. 259) en la que se condena al demandado a reponer la torrentera o sima a su estado primitivo englobando así la petición de caución.

40. *Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, cit., T. III, marginal 1242.

VI. La garantía de indemnidad

A. Garantía y responsabilidad

La justificación que la *cautio damni infecti* tuvo en el Derecho Romano era propiamente la de hacer surgir una obligación de indemnizar que legalmente no existía y dicha obligación surgía por la estipulación realizada, la cual podía consistir en una simple promesa verbal realizada por aquél a quien se le ha exigido la caución (*repromissio*) o bien mediante una promesa con garantía (*satisdatio*). La primera modalidad venía exigida al vecino que actuaba en nombre propio, mientras que quien actuaba en nombre ajeno debía además conceder garantía, es decir recurrir a la *satisdatio*.

La ley 351,2 coloca al propietario del inmueble en situación de riesgo de daños en su inmueble en posición de ejercitar una pretensión frente a su vecino para que éste le conceda una “*garantía de indemnidad*”. La expresión literal utilizada en esta norma provoca varios interrogantes, uno de los cuales es precisamente el de determinar si con la caución surge una obligación antes inexistente o si se limita a reforzar una obligación a la que ya estaba sujeto el poseedor de la finca amenazante. Según una lectura primera, podría llegarse a la conclusión de que la caución propiamente no provoca el surgimiento de la obligación de indemnizar, sino el aseguramiento de una obligación de indemnizar ya existente o que existirá, la cual a través de la caución quedaría asegurada o garantizada. Esta lectura encontraría su fundamento en la responsabilidad del propietario establecida en los arts. 1907 y 1908 CC. Y es que si tales preceptos vienen a consagrar una responsabilidad legal por la ruina de un edificio o parte de él (art. 1907), así como por los daños ocasionados por determinadas actividades desenvueltas en el fundo vecino (art. 1908), sería inútil que las partes hicieran surgir una obligación por la que ya están vinculados y que la propia ley se encarga de establecer. Cuando dándose los presupuestos que dichos preceptos recogen para cada uno de los supuestos se produjeran daños, el propietario a quien se le dio garantía podría proceder a la ejecución de la misma con el fin de poder cobrar su derecho a ser indemnizado en los términos que el Código prevé.

Sin embargo han de tenerse en cuenta algunos datos que ponen en entredicho semejante conclusión. La responsabilidad que recoge el Código en los artículos mencionados es una responsabilidad que sólo se hace recaer sobre el propietario del inmueble, mientras que la caución de la ley 351,2 FN se exi-

ge del poseedor de la finca de la que proviene el riesgo, el cual no tiene por qué ser el causante último del estado de peligro creado. Es el poseedor el obligado a la caución sin perjuicio de la repetición o reembolso que puede ejercitar frente a quien en última instancia ocasionó el peligro y finalmente los daños. La figura de la caución por el daño temido tiende a la pronta solución de las situaciones inmobiliarias arriesgadas y a la prontitud del resarcimiento a favor del propietario perjudicado por la mera garantía concedida. Prescinde del elemento de la culpa y su modo de funcionar gira sobre un acto voluntario de resarcimiento. Si es el propietario de la finca de la que proviene el peligro el que otorga la caución, éste deberá indemnizar aunque no se den los presupuestos de responsabilidad del Código; siendo poseedor de la misma por otro título quien la concedió a su vecino, deberá igualmente responder por la pura estipulación efectuada.

Lo que consigue así el ordenamiento es un mecanismo de protección inmediata para quien teme el daño en su finca, quien a través de la *cautio* consigue una seguridad de la que de otra manera carece. Pero la caución no hace inaplicable ni deroga la responsabilidad exigible a quien por falta de reparaciones necesarias a las que estaba obligado, por el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento, o por la falta de adopción de cautelas adecuadas ha causado daños (sea por la ruina de un edificio, la caída del árbol, la inmisión perjudicial...) Quien sin haber dado origen al estado ruinoso o amenazante concedió el aseguramiento de los daños que el propietario de la finca vecina le requirió y, producidos los daños que se preveían, tal garantía ha sido ejecutada, podrá repetir lo abonado de quien por su negligencia ha provocado los daños en su origen.

La expresión *garantía de indemnidad* no es ciertamente muy afortunada pues no logra plasmar el verdadero alcance y sentido que conlleva. Y esa oscuridad se manifiesta en los pocos pronunciamientos jurisprudenciales que se han ocupado de la figura y además de forma secundaria; en alguno de ellos se intuye la configuración de la caución de la ley 351,2 como vía de surgimiento de la obligación de indemnizar independiente de la culpa aunque sin llegar más allá, afirmando que tal precepto “consagra un sistema de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados en las relaciones de vecindad”, con cita expresa de las leyes 351,2 y 367 a) FN⁴¹ Por su parte la SAT Pamplona de 4 de

41. SAT Pamplona de 9 de diciembre de 1987 (*Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, T. III, marg. 1214).

junio de 1988⁴² avanza un poco más para manifestar la independencia de la responsabilidad aquiliana con la garantía de indemnidad, aunque concibiendo ésta como una especie de refuerzo de la anterior, reconociendo el derecho de los demandantes a reclamar la indemnización procedente si los daños llegaran a producirse, indemnización que se refuerza a través de la garantía de indemnidad postulada, mediante la promesa y compromiso de reparar.

Considero que el sentido que ha de dársele a la expresión *garantía de indemnidad* es el explicado más arriba, es decir, el del surgimiento de una obligación reforzada de indemnizar para el estipulante de la *cautio*, tal como se articuló en el Derecho romano⁴³. La lectura conjunta de las leyes 351,2 y 515 lleva a la conclusión de que la *stipulatio damni infecti* es un tipo especial de estipulación que no limita su efecto al de la simple creación de una obligación unilateral de resarcimiento, sino que en su contenido el estipulante ha de ofrecer al acreedor una garantía de cumplimiento de la misma.

B. Garantía y medidas materiales de aseguramiento.

Formas de garantía y efectos

Si atendemos al modo en que en el Digesto se recoge la manera en la que se hizo surgir la obligación de indemnizar (otorgamiento de una estipulación por la que el promitente se obligaba a resarcir por el mismo hecho de la estipulación dada) ha de tenerse presente que tal obligación se conseguía, si el vecino no se avenía voluntariamente a estipular, mediante medios coercitivos concedidos por el pretor (las *missiones*) a través de los cuales el amenazado podía entrar en la finca con el fin de remediar el estado ruinoso o amenazante de la finca contigua. Con tales medios, que concedían a quien instaba la caución la posesión de la finca amenazante, se conseguía que pudieran remediarse de forma material los desperfectos o *vitiums* mediante actuaciones materiales de arreglo.

42. *Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, cit., T. III, marg. 1242.

43. Ha de tenerse además presente la manifiesta voluntad del legislador navarro de trasladar al Derecho Navarro la propia estructura de la institución tal como se concibió en Roma. La Recopilación Privada de la que se tomó la ley 351,2 FN afirmaba que “se deja constancia en esta ley de la vigencia (...) de la *cautio damni infecti*: Dig. 39,2”. Es así la propia norma que establece que cuando de algún modo pueda temerse daño, pueda hacerse surgir una obligación de indemnizar para quien prolonga el estado arriesgado de cosas y siempre que finalmente tal perjuicio se materialice, asegurando de esta manera que lo indemnizará.

Desaparecidos esos medios coercitivos en el Derecho actual, cabe sin embargo preguntarse si la garantía de indemnidad a la que se refiere la norma puede consistir no tanto en garantizar el pago de una indemnización contingente sino en un aseguramiento material de que el daño no se vaya a producir, obligándose el vecino a la ejecución de obras materiales en la finca. Y es que, efectivamente, la amenaza de la que habla la norma podría ser cubierta obligando al vecino a una prestación de hacer, prestación encaminada a hacer desaparecer el riesgo de daño: apuntalamiento de paredes, aseguramiento de estructuras, sujeción de ramas, adopción de medidas de precaución o de amortiguación de efectos perniciosos...

A mi juicio la caución de la ley 351,2 FN no permite que el postulante de la misma pueda exigir del vecino la asunción de una obligación de hacer determinadas obras materiales; sólo da derecho a garantizar una indemnización futura mediante la concesión de cualquier medida de reforzamiento de los créditos. No debe perderse de vista que la caución reviste una nota de subsidiariedad respecto a la actuación de la Administración y que, por tanto, si ésta no ha obligado a quien mantiene su finca o los elementos de la misma en situación de riesgo para el vecino a ejecutar medidas concretas para eliminar dicho riesgo, el amenazado sólo puede pretender quedar cubierto frente a la producción del daño posible. Tal conclusión, desde luego, no impide que las partes implicadas puedan hacer surgir entre ellas un vínculo obligacional en virtud del cual una de las partes se obligue a favor de la otra y sin contraprestación a hacer en su finca ésta o aquélla actividad, pero tal estipulación no será una *cautio damini infecti* sino una mera estipulación (ley 515 FN)⁴⁴. Igualmente, quien teme un riesgo en su finca podrá recurrir a la vía de cesación de efectos inmisivos futuros a través de la ley 367 a), cauce en el que enjuiciada la razonabilidad del ejercicio del que se provoca un peligro podría ser obligado el inmitente a la adopción de medidas preventivas de carácter material.

Contrariamente alguna sentencia ha interpretado la garantía de indemnidad de la ley 351,2 entendiendo que la misma acarrea para el demandado una obligación de hacer, concretada en realizar las obras que garanticen la indemnidad al actor, *sin perjuicio de las acciones de indemnización que en su día, si a pe-*

44. Ley 515 FN: "Son estipulaciones los actos por los que una persona, mediante su promesa, se hace deudora de otra sin que ésta quede contractualmente obligada a cumplir una contraprestación".

*sar de esa garantía, le pueden corresponder por daños que se le causen al demandante, obras exclusivamente mínimas necesarias a determinar en ejecución de sentencia*⁴⁵.

A mi juicio no es ese el sentido que debe darse a la pretensión de “garantía de indemnidad” que se persigue a través de la *cautio damni infecti*. Al amparo de este mecanismo sólo tienen cabida los medios de aseguramiento personal o real dirigidos a que el posible dañado obtenga una prestación pecuniaria equivalente al valor de los daños.

En cualquier caso la caución, como toda garantía de origen convencional o legal, refuerza la responsabilidad patrimonial y universal (art. 1911 CC) del poseedor del objeto que causa riesgo y pone al solicitante de la misma a salvo de la eventual insolvencia del otorgante/deudor. La ley no establece la naturaleza de la garantía y no existe pues en principio inconveniente para el aseguramiento del coste o del importe de la eventual indemnización mediante cualquier forma adecuada de garantía personal o real siendo quizá los que más agilidad en la práctica presenten el depósito en garantía, la fianza o el aval bancario. También puede considerarse adecuada a la finalidad de la norma la contratación de un seguro de daños que cubra el hipotético siniestro que se teme pueda producirse.

Puesto que la caución puede plantearse por vía extrajudicial, su constitución tampoco precisa de la intervención judicial y puede ser ofrecida y concedida sin esperar a la presentación de la demanda de juicio verbal demolitorio o del juicio declarativo de acción negatoria. Sin embargo, si el eventualmente perjudicado emprende la vía judicial sin haber exigido previamente de forma privada la caución o tras haberse negado el poseedor del la finca originadora del peligro la garantía que extrajudicialmente se le exigió, podrá solicitar en el procedimiento la constitución de la misma, dándose pie a la constitución de una garantía judicial.

La prestación de la garantía produce consecuencias tanto para el postulante de la misma como para quien la concede. Si nos encontramos ante riesgo de derrumbamientos o caídas, con la prestación de caución cesaría el efecto demolitorio inmediato y el poseedor del objeto que provoca el temor de daño puede dejar las cosas en el mismo estado en que se encuentran dado que ha prestado la garantía de la obligación de indemnización en caso de que el

45. SAT Pamplona de 25 de enero de 1985, *Jurisprudencia Civil Foral de Navarra*, T. III, marginal 1063; la cursiva del texto es nuestra.

daño se manifieste. Por otro lado la prestación de garantía impide a quien la solicitó el promover el juicio verbal demolitorio y, en su caso, pondría fin al juicio ya iniciado. Otorgada la garantía, el demandante no puede oponerse a que continúe el estado de cosas, ni instar a través del juicio verbal pertinente su demolición. Una vez producido el daño como consecuencia del derrumbamiento o de la caída, el propietario a quien se le otorgó la caución podrá ejecutar la garantía concedida según corresponda al tipo de la misma. Tal ejecución procederá, según corresponde a la naturaleza de la figura, por la misma garantía concedida, sin necesidad de demostrar la negligencia del causante ni la ilicitud de los daños, pues es el propio otorgante el que, al conceder la caución, quedó sujeto a indemnizar los daños otorgando un aseguramiento de la deuda obteniendo a cambio, en caso de amenaza de derrumbamiento o caída la suspensión de la demolición o del arranque.

Parecido efecto se produciría cuando la caución se concedió ante los riesgos de daños producidos por inmisiones futuras. Producida finalmente la inmisión con efectos perjudiciales, surgirá la obligación de indemnizarlos por efecto de la propia obligación asumida por el poseedor de la finca que produjo la inmisión con independencia del pronunciamiento judicial sobre la razonabilidad del uso que la provocó.

A diferencia de la denuncia de obra nueva en la que la realización de la garantía presupone y exige la condena del dueño de la obra a la demolición o indemnización cuya efectividad asegura, y en la que la garantía se constituye en función de la eventual sentencia condenatoria en el juicio declarativo posterior, en la caución de la ley 351,1, FN la realización de la garantía sólo exige la producción efectiva de los daños pues ese es el objeto de la misma. Sin embargo, la ejecución de la garantía requiere además una labor de liquidación, es decir, la determinación de la cuantía de los daños. El daño indemnizable debe ser precisamente aquél por el que se prestó la caución, es decir el producido en la finca para la que se prestó y debe haberse verificado dentro del plazo o término fijado. La indemnización abarcará tanto el daño emergente como el lucro cesante⁴⁶.

46. A la hora de la determinación de los daños, el Derecho Romano (Digesto 39,2 40) excluía los gastos de excesivo lujo que no se consideraban como resarcibles y que o bien se estimaban moderadamente o bien no daban lugar a indemnización alguna, JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen jurídico de las inmisiones...*, cit., p. 222 y BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cit., 415.

Resulta de gran importancia la cuestión del plazo de vigencia (*dies cautio-nis*) de la garantía constituida, la cual no puede otorgarse indefinidamente. Habrá de estarse en primer lugar al plazo convenido de común acuerdo por ambas partes. No existiendo acuerdo sobre el *dies* y a falta de plazo legal el juez deberá fijar el periodo de vigencia en función de los elementos fácticos que concurren en el caso. El vencimiento del plazo marcará no sólo la finalización de la obligación de indemnizar surgida por la propia estipulación realizada y de la ejecución de la garantía concedida, sino también el término final del estado de suspensión en que quedó la pretensión demolitoria. Una vez perdida por vencimiento la vigencia de la caución, el postulante podrá o bien prorrogarla de acuerdo con el vecino, o dar una nueva garantía conforme a las nuevas circunstancias, o bien proceder a la interposición del juicio demolitorio si los elementos objetivos o fácticos en los que se encuentran las fincas lo sigue posibilitando.

VII. Elementos personales

El Derecho civil navarro concibe expresamente la postulación de la *cautio* como facultad exclusiva del propietario. Sin embargo en el círculo de legitimados para exigir la medida aseguratoria a la que se refiere la ley 351,2 FN han de quedar incluidos además los titulares de derechos reales o personales de goce sobre el inmueble e incluso los meros poseedores, puesto que la pretensión que ampara no sólo forma contenido de la propiedad sino también del contenido de la posesión y así fue admitido en el Derecho Romano⁴⁷.

Junto al usufructuario, el superficiario, el enfiteuta, o el titular de una servidumbre (en tanto esté sujeto a sufrir el *periculum*) o los arrendatarios, las fuentes romanas admitieron la posibilidad de que el comprador de la finca, antes de haberse realizado la tradición y por tanto antes de la adquisición del

47. Respecto al poseedor de buena fe que en principio, debía tener una consideración similar al propietario, ha existido una gran polémica en torno a su legitimación para exigir la *cautio damni infecti*. Dos textos parecen negársela (D. 39, 2, 11 y D. 39, 2, 13, 9, Ulpiano, Lib. III ad. Ed). Ambos recogen la opinión de Marcello que según la doctrina mayoritaria fue superada por la evolución misma del Derecho Romano, siendo el *responsum* de Paulo en D. 39,2, 18, pr la opinión prevalente. Vid. JIMÉNEZ SALCEDO, *ob. cit.*, p. 221. Vid. también BONFANTE, *Corso*, cit., p. 404, n. 5 y SEGRÉ y MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 409-410 y n. 4.

dominio y no encontrándose en posesión de la misma, pudiera postular del vecino ante el riesgo de daños la *cautio*, lo mismo que el donatario en las mismas circunstancias. Ello es acorde con el hecho de que en el momento de la postulación el peticionario no estaba obligado a demostrar su derecho sobre la finca amenazada y sólo cuando el daño se hubiera producido y con el fin de hacer efectiva la indemnización, debía aportar la demostración de su relación jurídica con la finca⁴⁸. En el sistema navarro es dudoso que quienes no tienen un goce efectivo sobre la finca o sobre alguna de sus utilidades puedan postular del vecino la garantía de indemnidad, si bien a ello puede oponerse que siendo un mecanismo que mira hacia el futuro, hacia la indemnidad eventual que podría producirse, resulta ilógico que quede fuera de la protección que este mecanismo ofrece quien en el fondo sufrirá, cuando llegue a detentar efectivamente el inmueble, los daños en su patrimonio. Por otro lado, si se tiene en cuenta que al comprador con pacto de reserva de dominio así como al vendedor con pacto de retro como garantía, en quienes salvo pacto en contrario su posesión y disfrute se presumen (leyes 483, 475 y 476 FN), aún ostentando una posesión claudicante sujeta al cumplimiento de una deuda que la venta garantiza, les ha sido reconocida la legitimación para promover la denuncia de obra nueva⁴⁹, no tendría que haber inconveniente para reconocérsela respecto a la *cautio damni infecti* al comprador al que todavía no se le ha hecho entrega del bien en la medida en que va a protegerse su posesión futura.

La legitimación activa, siguiendo las pautas que marcó el Derecho Romano, ha de entenderse extendida a todos los sujetos que en virtud de su derecho sobre la finca puedan verse sometidos en el futuro a sufrir un perjuicio en su derecho. Y junto a los ya mencionados sujetos a quienes ese ordenamiento reconocía legitimación, habrá que incluir también a los titulares de helechales (ley 388 FN), a los de los diversos aprovechamientos del suelo, como las corralizas (ley 379 FN) o a los titulares de un derecho de habitación, de uso o de derechos similares de aprovechamiento parcial de cosa ajena (leyes 423 y ss. FN) así como a los titulares de derecho de plantación en suelo ajeno (ley 423)⁵⁰.

48. BONFANTE, *Corso...*, cit., pp. 403-405.

49. FERNÁNDEZ URZAINQUI, "La denuncia de obra nueva en el Derecho civil navarro", cit., p. 37.

50. *Ibidem*.

Por lo que respecta al simple poseedor, éste quedaría igualmente legitimado para instar una caución por daño temido. Alguna objeción sin embargo se ha aducido respecto a la legitimación de los poseedores naturales, simples detentadores que poseen *nomine alieno*, a quienes un eventual daño en el inmueble que poseen ningún daño les acarrearía en su patrimonio. No ostentando ningún derecho sobre la finca ni estando ésta en su patrimonio no sufrirían ninguna disminución patrimonial si la cosa que posee resulta dañada y faltando el peligro de daño, faltaría la base para proponer la caución. Sin embargo a ello se ha opuesto que salvo en el caso del mero detentador que carece de todo interés en el goce de la finca y que posee para otro, en cualquier otra hipótesis, también el simple poseedor puede sufrir un daño, no ya en su patrimonio sino en el goce mismo del inmueble⁵¹.

Los titulares de derechos de garantía, como los acreedores hipotecarios, quedan excluidos de la legitimación⁵² puesto que la *cautio* es un instrumento de tutela posesoria y no de protección de garantías. Aunque el acreedor que ostenta derecho de garantía sobre la finca amenazada podría ver disminuida la misma por efecto de los daños que la ruina o las actividades del vecino pueden provocar en la finca del hipotecante, lo cierto es que difícilmente va a poder exigir garantía de indemnidad cuando tampoco está legitimado para interponer el interdicto demolitorio o la acción negatoria. La *cautio* surgió para remediar el peligro exclusivo que al vecino le supone la situación de riesgo en el propio inmueble, y el acreedor hipotecario no es un vecino sino un sujeto que podrá hacer efectivo su crédito con prioridad sobre la finca; cuando tal garantía disminuye por efecto de la actuación de una persona ajena a su derecho y no del propio hipotecante deberá recurrir a otros mecanismos jurídicos, pero no a este especial modo de garantizar las relaciones de vecindad.

La facultad de exigir caución se ejercerá frente al *poseedor* de la finca de la que proviene el riesgo; él es el legitimado pasivo de la pretensión de pres-

51. BUTERA, *Il Codice italiano, Libro della proprietà*, cit., p. 623.

52. Así fue reconocido sin ambages en el Derecho Romano (BUTERA, *ob. cit.*, p. 622). Es significativa en este sentido la dirección tomada en el art. 1172 Codice italiano en el que la legitimación activa para interponer la denuncia por daño temido queda ceñida al propietario, al poseedor y al titular de derechos de goce sobre la finca amenazada. Para una interpretación crítica de la exclusión de la legitimación de los acreedores hipotecarios, vid. la aislada opinión de SACCO y CATERINA, *Il possesso*, cit., pp. 441-442.

tar la garantía de indemnidad. En este punto la ley 351,2 FN utiliza expresamente un criterio separado de la titularidad de los derechos, haciéndose de esta forma patente de nuevo la idea de que frente al peligro en la utilización inmobiliaria, debe adoptarse un pronto medio resarcitorio que, a la vez, de forma indirecta fuerce al poseedor agilizar o poner en práctica las medidas para que el daño no se produzca. En ese sentido, el obligado a la caución es quien en ese momento esté en el uso efectivo de la finca, con independencia del título del que deriva su posesión.

El Derecho Romano distinguió la legitimación pasiva según se estuviera ante un *vitium aedium* o ante un *vitium operis*. En el primer supuesto venían obligados a prestar la caución el propietario —o los condóminos según su respectiva cuota— y los titulares de *iura in re aliena*, quedando sin embargo excluidos los titulares de servidumbres prediales habida cuenta del carácter limitado de su posesión sobre la finca de la que proviene el riesgo⁵³. Estaban también sujetos al otorgamiento de la *cautio* los poseedores de buena fe. Sin embargo, debe recordarse que quienes otorgaban la *cautio* en lugar del propietario en realidad no estaban propiamente sujetos a otorgarla cuando el vecino se la reclamaba, sino que al estar simplemente interesados en concederla con el fin de evitar los mecanismos de las *missiones in possessionem*, procedían a la estipulación por el daño temido pero podrían recuperar la indemnización finalmente abonada de quien hubiera incumplido las obligaciones de reparación o mantenimiento. En las relaciones entre el propietario y los titulares de derechos reales o poseedores que prestan la caución *nomine alieno* se acudía a las normas de distribución de los daños según sobre quien pesaran dichas obligaciones. El propietario o el usufructuario p. ej. se resarcirían el uno del otro si han debido resarcir el daño como consecuencia de la *cautio* estipulada o han sufrido otro perjuicio, y siempre en la medida en el que a cada uno compete la obligación de reparación.

En el caso de *vitium operis* estaba en general sujeto al otorgamiento de la caución quien ejecutara la actividad o la obra, que podría ser o no el propietario.

Lo cierto es que en el ordenamiento navarro, una vez perdida a estos efectos la distinción entre *vitium aedium* y *vitium operis*, la legitimación pasiva de

53. BONFANTE, *Corso...*, cit., p. 408.

la caución ha de reconducirse simplemente al poseedor de la finca, es decir a quien está en el disfrute efectivo del inmueble pues es ese mismo goce el que provoca el riesgo. La relación que se establece en la *cautio damni infecti* es una relación de cosa a cosa y no de persona a cosa⁵⁴ resultando por tanto intrascendente la causa jurídica por la que se posee. La norma sólo requiere que el daño previsible provenga de la finca vecina, sin requerir que los daños los origine una actuación (o falta de actuación) del poseedor, del titular dominical o del *tradens* y por ello la exigencia de caución deberá dirigirse contra quien en ese momento esté en el uso de su finca. El sujeto pasivamente obligado debe individualizarse por su relación posesoria con la finca que amenaza daño⁵⁵.

Si finalmente el daño se produce y el postulante de la *cautio* ejecuta la garantía, el otorgante podrá repercutir el desembolso efectuado del auténticamente obligado al resarcimiento, es decir, de quien estando obligado a determinados labores de mantenimiento no los realizó.

54. GIUSTI, A., *Le azioni possessorie e di nunciazione*, en *Il Codice civile. Commentario*, arts. 1168.1172, Milano 1990, p. 267; MARGHERITA, M., en el comentario al art. 1172 Codice en *Il Codice civile. Commentato con la giurisprudenza*, Bologna 1999, p. 747.

55. SACCO y CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 444.

Bibliografía

- ALGARRA Prats, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid 1995.
- ALLARA, M., voz “Atti emulativi” (dir. civ.), en *Enc. Dir.*, IV, Varese 1959.
- ALONSO MARTÍNEZ, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código general y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1884.
- *Leyes especiales de Navarra*, Imprenta Provincial, reimp., Pamplona 1904.
- ALONSO PÉREZ, M., “Las relaciones de vecindad”, *ADC*, 1993.
- “La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas”, *AC*, 1994, nº 22.
- ÁLVAREZ LATA, N., “Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones”, *Actualidad civil*, 2002, nº 37, pp. 1197 y ss.
- AMAT LLARI, M.E., “La regulación de las inmisiones en el Código civil”, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid 1990.
- AMBROSIONI, R., *El proceso romano*. Anales del Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, T. XXII, 1963.
- ARGUDO PÉREZ, J.L., en *Tratado de servidumbres* (coord. Rebolledo Varela), Pamplona 2002.
- ARNDT, L., *Trattato delle Pandette*. Prima versione italiana sulla edizione tedesca, *Con note, appendici e confronti di Filippo Serafini*, I, 3ª ed., Bologna 1877, rist. 1981.
- AUBRY & RAU, *Droit civil français*, T. VI, 2, *Responsabilité délictuelle*, 8ª ed., por Dejean de la Batie, Paris 1989.
- BALLARIN MARCIAL, A., “Nueva función social de la propiedad rústica”, en *Riv. Dir. Agr.*, 1972, vol. LI.
- BARASSI, L., *Proprietà e comproprietà*, Milano 1951.
- *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, trad. García de Haro, Barcelona 1955.
- BARBER CÁRCAMO, R., ley 394 en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, Pamplona 2002.

- BAUDRY-LACANTINIERE, *Droit civil*, I, 10ª ed., Paris 1908.
- BETANCOURT, F., “Recursos supletorios de la *cautio damni infecti* en el Derecho romano clásico”, *AHDE*, T. XLV, Madrid 1975.
- BLAISE, J.B., “Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1965.
- BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad*, Trad., prolog., concord. y apéndices de García Valdecasas, 1ª ed., Madrid 1932.
- “L'azione negatoria e l'azione di danni nei rapporti di vicinanza”, *Foro it.*, 1926, I.
- “Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza”, *Riv. Dir. Civ.*, 1911.
- *Corso di Diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, Parte I, Milano 1966.
- BRUGI, B., “Immissione di fumo da batelli a vapore negli edifizii adiacenti”, *Riv. Dir. Comm.*, 1910, II.
- BUTERA, A., *Il Codice italiano, Libro della proprietà, Parte seconda*, Torino 1941.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.M., *Derecho civil español común y foral*, T. 1, vol. I, 12ª ed., Madrid 1988.
- CASTEJON, F.J. DE, *Legislación foral de España. Derecho vigente en Navarra*, T. I y II, Madrid 1888.
- COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia 1988.
- COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona 1997.
- CONDE-PUMPIDO, C., “Derecho de propiedad y protección del medio ambiente. La acción negatoria”, *Cuadernos de Derecho judicial. Protección del derecho de propiedad*, IX, Madrid 1994.
- CHIRONI, G.P., *La culpa en el Derecho civil moderno, Culpa extracontractual*, T. II, trad. por Bernaldo de Quiros de la 2ª ed., Madrid 1928.
- DABIN, J., *El derecho subjetivo*, trad. esp. de OSSET, Madrid 1955.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, A., “Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es”, *AC*, 2001, nº 40.
- DE DIEGO LORA, C. *La posesión y los procesos posesorios*, vol. I, Madrid 1962.
- DE LOS MOZOS, J.L., *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid 1993.
- “La equidad en el Derecho civil español”, *RCDI*, 1972.
- DE MARTINO, F., en *Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Della Proprietà*, arts. 810-956, 4ª ed., Bologna-Roma 1976.
- DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2ª ed., Madrid 1997.
- DE PABLO, P., *Curso de Derecho civil navarro*, T. I, *Introducción. Parte general*, Pamplona 1990.
- DE VITA, H., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano 1969
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources*, IV, Paris 1925.
- DERNBURG, H., *Pandette*, trad. italiana, I, 2, Torino 1907.
- DÍAZ BRITO, F.J., *El límite de tolerancia en las relaciones de vecindad*, Pamplona 1999.

- DÍAZ ROMERO, M.R., *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones, Especial referencia a la acción negatoria*, Madrid 2003.
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario Registral*, 5ª ed., Madrid 1990, reimp. 1993
- D'ORS, A., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXV, vol. 2, Barcelona 1993.
- Comentario a la ley 351 del Fuero Nuevo. en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirig. Albaladejo, T. XXXVIII, vol. 1º, Madrid 2002.
- DOMAT, *Le leggi civili esposte nel loro ordine naturale*, 1689, 1694, trad. it., por Costantini, II, Pavía 1825.
- DOMPER FERRANDO, J., *El Medio Ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. II, Madrid 1992
- DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, T. I, 3ª ed., Paris 1927.
- *Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid 1994.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., ley 488 FN en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona 2002.
- EVANGELIO LLORCA, R., *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad*, Granada 2000.
- “El límite entre las inmisiones permitidas y las prohibidas: criterios históricos de fijación”, *ADC*, 2000, 53 (3).
- “La protección interdictal contra las inmisiones excesivas”, *AC*, 2000, nº 15.
- FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, T. II, 5ª ed., Barcelona 1897.
- FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T. I, Osnabrück 1968, reimp. de la ed. de 1827
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., “Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral”, en *CDJ*, 1994, vol. IX, *Protección del derecho de propiedad*.
- *Tratado de servidumbres*, coord por Rebolledo Varela, Pamplona 2002.
- *La tutela civil frente al ruido*, Madrid 2003.
- “La denuncia de obra nueva en el Derecho Civil Navarro”, *RJN*, 1998, nº 25.
- GAMBARO, A., *Le proprietà*, en *Trattato di diritto privato a cura di Iudica e Zatti*, Milano 1990.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Teoría de la immissio (Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma)*, Madrid 1975.
- GIORGI, J., *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. V, Fuentes de las obligaciones; cuasi-contratos; hechos ilícitos; leyes, trad. de la 7ª ed. it., Madrid 1980.
- GIUSTI, A., *Le azioni possessorie e di nunciazione*, en *Il Codice civile. Commentario*, arts. 1168.1172, Milano 1990.
- GONZÁLEZ-ALEGRE, M., *Las relaciones de vecindad*, Barcelona 1967.
- GROSSI, P., *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Prol. y trad. de Lopez y Lopez, Madrid 1992.
- GUERIN, J.M. (coord.), *Relations de voisinage*, Paris 2000.

- GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, I, Santiago de Chile 1996.
- HERNÁNDEZ GIL, A., “Las relaciones de vecindad en el Código civil”, en *Obras Completas*, T. IV, *Derechos reales. Derecho de sucesiones*, Madrid 1989.
- *La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)*, Madrid 1969.
- *La posesión*, Madrid 1980.
- HERNÁNDEZ-GIL Y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “La propiedad en el ordenamiento constitucional”, *CDJ*, 1994, vol. IX, *Protección del derecho de propiedad*.
- HUALDE MANSO, T., ley 367 FN en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil foral de Navarra*, Pamplona 2002.
- IHERING, *Der Zweck im Recht*, trad. esp. *El fin en el Derecho*, Buenos Aires 1978.
- “Zur Lehre von den Beschänkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn”, en *Jahrbucher für die Dogm. des Rechts*, vol. VI, 1863, pp. 81 y ss. La traducción francesa utilizada es la de Meulenaere, “Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l’intérêt des voisins”, en *Oeuvres choisies*, II, Paris 1893.
- ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE PAMPLONA, *Apéndice de Derecho navarro al Código Civil*, Imprenta García Enciso, Pamplona 1930.
- JIMÉNEZ SALCEDO, M.C., *Régimen jurídico de las relaciones de vecindad en derecho romano*, Córdoba 1999.
- JOSSERAND, L., *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’Abus des Droits*, 2ª ed., Paris 1939.
- *Cours de Droit civil positif français*, I, Paris 1938.
- LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1º, *Posesión y propiedad*, 3ª ed., Barcelona 1990, reimp. revisada 1991.
- LASARTE, C., “Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”, en *Estudios de Deusto*, XXV, 1, 1977.
- LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, T. VI, Paris-Bruxelles 1871
- LOJACONO, V., *Gli atti di immissione. Considerazioni di Diritto privato*, Milano 1972.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia 1994.
- MANRESA, J.M., *Comentarios al Código civil español*, T. III, 8ª ed. a cargo de Rico Perez, Madrid 1976.
- MARGHERITA, M., comentario al art. 1172 Codice en *Il Codice civile. Commentato con la giurisprudeza*, Bolonia, 1999.
- MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Madrid 1993.
- MARTÍN BERNAL, J.M., *El vecino molesto y el vecino moroso*, Madrid 2000.
- MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, vol. II, trad. esp. de la 5ª ed. por Alcalá-Zamora, Buenos Aires 1962.
- MONTÉS, L.V., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo (Un estudio evolutivo desde el Código civil hasta la Constitución de 1978)*, Madrid 1980.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A., *Conflictos de vecindad por el uso de la vivienda y locales de negocio (De acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Propiedad Horizontal)*, Pamplona 1999.
- MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona 1991.

- MORO ALMARAZ, M.J., “Medio ambiente y función social de la propiedad”, *RCDI*, 1993.
- NAGORE YARNOZ, J.J., *Historia del Fuero Nuevo de Navarra*, Pamplona 1994.
- NAPPI, F., *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Nápoli-Roma 1985.
- NATOLI, U., “Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nel ordinamento giuridico italiano”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A., *Las inmisiones y molestias medioambientales*, Madrid 1997.
- NIETO ALONSO, A., “La acción negatoria como posible cauce civil para la protección al medio ambiente”, *Actualidad civil*, 2001, pp. 1594 y ss.
- PARRA LUCAN, M.A., “La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del Código civil y 305 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana”, *Aranzadi civil*, mayo-junio, 1993.
- PATALUT, A.M. “Regard historique sur l’évolution du droit des biens”, en *L’évolution contemporaine du droit des biens*, Troisièmes Journées Renée Savatier, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, n° 19.
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, T. I, 2ª ed., Paris 1901.
- PESET, M., “Propiedad y legislación. Los derechos de propiedad desde el antiguo régimen a la revolución liberal”, en *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, 2ª ed. Madrid 1988.
- POTHIER, R.J., *Traité du domaine de propriété en Oeuvres*, IX, Paris 1841.
– *Traité du contrat de société en Oeuvres*, IV, Paris 1841.
- PUGLIATTI, S., “Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà”, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964.
– “La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)”, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964.
– “Definizione della proprietà nel nuovo Codice Civile”, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964.
– “Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell’interesse pubblico nella proprietà”, en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964.
- PUIG BRUTAU, voz “Inmisiones” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. XII, Barcelona 1987.
- PUIG I FERRIOL, L., “Las inmisiones en la ley catalana 143/1990, de 9 de julio sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad”, en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, vol. 2.
- PUIG I FERRIOL, L. y ROCA TRIAS, E., *Institucions de Dret civil de Catalunya*, vol. I, Part General. Obligacions i contrats. Drets reals, Valencia 1993.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., *Immissioni e rapporto proprietario*, Napoli 1984.
- RADAELLI, U., *Il problema dei danni derivanti da immissioni. In tema di rapporti di vicinato fondiario*, Milano 1941.
- RESCIGNO, P., “L’abuso del diritto”, *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I.
- RIPERT, G., *De l’exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris 1902.
- ROBERT, A., *Les relations de voisinage*, Paris 1991.

- ROCA JUAN, J., comentario al art. 7,2 CC en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid 1977.
- RODOTÁ, S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Prol. y trad. de Diez Picazo, Madrid 1986.
- ROTONDI, M., *L'abuso di diritto. "Aemulatio"*, Padova 1979.
- RUGGIERO, R. DE, *Instituciones de Derecho civil*, T. I, trad. de la 4ª ed. por Serrano y Santa-Cruz, Madrid 1954.
- SACCO, R., "Il possesso", en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. VII, dirig. Cicu y Messineo, Milano 1988.
- SACCO, R., y CATERINA, R., *Il possesso*, Milano 2000.
- SALEILLES, R., "De l'abus de droit", *Bulletin de la société d'études législatifs*, 1905.
- SALVADOR, P. y SANTIDIUMENGE J., "La acción negatoria", *PJ*, 1988, vol. 19.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho civil español, común y foral*, T. III-1º, *Derechos reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, Madrid 1900.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Derecho de bienes, Relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones del derecho de Abolorio o de la Saca*, en *Estudios de Derecho Civil*, vol. II, Pamplona 1978.
- SANTIDIUMENGE FARRÉ, J., "Notes sobre l'acció de cessació i la privació temporal de l'us de la vivienda o local previstes a l'article 7,2 de la Llei de Propietat Horizontal", *RJC*, 2000, 99 (1).
- SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra*, II, *Derecho de las personas. Derecho de cosas*, Pamplona 1972.
- SALVI, C., *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano 1979.
- SCIALOJA, V., voz "Aemulatio", en *Encicl. giur. it.*, vol. I, parte 2ª, Milano 1912.
 – *Studi giuridici*, III, Roma 1932.
 – *Teoría della proprietà nel Diritto romano*, vol. I, Roma 1928.
- SCOTTI, U., *I rapporti di vicinato e le cause condominiali*, Milano 1994.
- SEGRÉ, G. y MONTEL, A., *Il possesso*, Torino 1956.
- TERZAGO, G. y P., *I rapporti di buon vicinato*, Milano 2000.
- Treballs preparatoris del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. "Els Drets reals"*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior. Observatori de dret privat de Catalunya. Secció de Dret patrimonial, junio 2003.
- VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, T. II, *Parte especial, Derechos reales*, 2ª ed., Valladolid 1920.
- VALLS GOMBAU, J.F., comentario al art. 250 LEC en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coords. Fernández, Rifá y Valls, T. I, Barcelona 2000.
- VARIOS (OCHOA, GARCIA Y ECHARRI, ISABA, IÑARRA Y ECHENIQUE, CAMPION Y ECHAIDE), *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil con inclusión de las disposiciones del mismo cuerpo legal que han de obligar a esta Provincia*, Imprenta Provincial, Pamplona, reimp. 1904.
- VARIOS (AIZPUN SANTAFÉ Y ARVIZU), *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona 1930.

- VASALLI, F., "Per una definizione del diritto di proprietà", en *Studi Giuridici*, vol. II, Roma 1939.
- VINEY, M., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris 1965.
- VISINTINI, "Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato. (Studio comparativo del diritto francese e italiano), II, L'esperienza italiana", *Riv. Dir. Civ.*, 1975, I.
- "Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato. (Studio comparativo del diritto francese e italiano), I, L'esperienza francese", *Riv. Dir. Civ.* 1974, I.
- YOCAS, C. P., *Les troubles de voisinage*, Paris 1966.
- WINSCHIED, B., *Diritto delle Pandette*, trad. it. por Fadda y Bensa, vol. I, Torino 1925.
- WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, T. III, vol. 1º, *Posesión. Derecho inmobiliario. Propiedad*, trad. Puig Brutau, 3ª ed., Barcelona 1971.
- ZENATI, F., "Le droit des biens dans l'oeuvre du doyen Savatier", en *L'évolution contemporaine du droit des biens. Troisièmes Journées René Savatier*, Poitiers 1990

