

Las conferencias del Dr. Ferrara⁽¹⁾

IV

Así, pues, es necesario encontrar un límite y distinguir las invasiones legítimas de las ilegítimas, y adviértase que el problema abarca tanto las ingerencias directas como indirectas, porque también las primeras pueden ser tolerables e indiferentes. Si uno se asoma a la ventana y arroja el humo de su cigarro sobre la propiedad limítrofe, y si un niño se entretiene en lanzar pompas de jabón a la finca ajena, realizan inmisiones materiales directas, y sin embargo, no darían lugar a una acción negatoria o a un resarcimiento de daños. En su virtud, se trata de una cuestión de *límites y tolerancia*.

El ejercicio de la propiedad debe ser hecho *civiliter*. La relación de vecindad crea una obligación de coexistencia de la propiedad, y, por lo tanto, impone el deber de sufrir ciertas incomodidades, las que nacen de los usos *normales y ordinarios de la vida*, pero no de las inmisiones *extraordinarias y dañosas*. Sin embargo, nosotros damos la vuelta al principio, diciendo no que el propietario debe de hacer un *uso normal de las cosas y no producir daño*, sino viceversa, que el *vecino debe tolerar las inmisiones que tengan caracteres y medida ordinaria*, ya que si el propietario hace un uso anormal de sus cosas, pero sin invadir la esfera del vecino, no puede formularse ninguna queja, no obstante el daño que amenace por la situación de ambas propiedades. Nos parece exacta la colocación del problema en el Código civil germánico (artículo 906), a cuyo tenor, el propietario de un predio no puede impedir la inmisión de gases, vapores, calores, etc., sino en cuanto estas ingerencias dañan notablemente su propiedad o la utilización de la cosa propia.

(1) Conclusión de la del número anterior.

Se trata, en su consecuencia, de un límite *externo* puesto a las invasiones de otro, no de un límite interno al ejercicio de la propiedad.

CONDICIONES DE LAS INVASIONES ILEGÍTIMAS

1.^a Es preciso que exista una *inmisión directa o indirecta* en el predio ajeno, entendiéndose esto no sólo de substancias materiales, sino también de imponderables (emanaciones de gases, ondas acústicas, luminosas, eléctricas, energías, trepidaciones, sacudidas, infiltraciones, penetraciones de animales o insectos en explotación, caza o abejas, etc.), que provenga de un *hecho voluntario del agente*, o como consecuencia de un *establecimiento* u organización creados por el propietario.

Estas ingerencias en la esfera interna del propietario vecino invaden el campo propio de su derecho, son penetraciones en el *territorio* del derecho ajeno.

2.^a Es necesario que la inmisión (directa o indirecta) sea tan *considerable* por razón de la cantidad o de la intensidad, o por la duración, o por las circunstancias excepcionales de tiempo o de lugar, que produzca un *daño objetivo* en el predio vecino, o en su consistencia material, o por la *persona del propietario*, en el sentido de que el daño sea sensible *para cualquier persona que se coloque en el puesto del propietario*. Es decir, una perturbación grave e intolerable que deteriore la cosa o disminuya el goce del propietario.

Cuando falte una u otra condición, no se concederá ninguna acción al particular interesado.

En su virtud, no son resarcibles los daños ocasionados por la vecindad que no impliquen inmisiones. Mientras que uno permanezca en la esfera interna de su derecho y realice actos de propiedad, sea que al excavar corte las venas acuosas o agote el pozo de otra finca, o construyendo a la distancia debida un edificio, quite la perspectiva o la luz al vecino, modifica *las condiciones externas*, interceptando el aflujo de elementos o beneficios naturales al fundo ajeno, pero no realiza ninguna invasión o violación jurídica, aunque el predio vecino sufra una notable depreciación.

Además, no son resarcibles los daños que provengan de la vecindad de casas de tolerancia, salas de juego, cementerios, hospitales, etc.

Por otra parte, deben ser toleradas las perturbaciones e incomodidades causadas por el vecino, que corresponden a las *exigencias medias y normales de la vida, en relación con un determinado lugar y en un tiempo determinado* (según un criterio relativo y objetivo), sin que tenga importancia que tales disturbios por casualidad resulten intolerables, como consecuencia de las *condiciones subjetivas* del propietario vecino, por razones de salud, hiperestesia, o por una especial industria (si bien en este último caso, el principio de la *ocupación previa* de un destino económico puede poner en juego las normas relativas a la culpa y encontrar satisfacción por otro camino).

¿Cuáles son los efectos de la violación de estas obligaciones de vecindad?

Son dos: de un lado, *un derecho a la cesación del estado de hecho perjudicial*; de otro, *la obligación de resarcir los daños*.

Algunas veces no se puede alcanzar el primer resultado, en cuanto si la explotación de un establecimiento industrial ha sido autorizada administrativamente, la acción judicial, para suspender su ejercicio, tendería a revocar el acto administrativo, por lo cual en este caso tan sólo resta el resarcimiento del daño, pero tratándose de un daño continuo, el resarcimiento puede ser satisfecho de una manera *permanente*, con una cantidad periódica, mientras dure el perjuicio que representa la disminución del goce, disfrute del predio, derecho que, siendo inherente a la propiedad, no es un crédito personal, sino un crédito *propter rem*, que, en su consecuencia, pasará al nuevo propietario, en caso de transferencia de la propiedad.

OBSERVACIONES

En esta conferencia, el profesor Ferrara se ha propuesto dar una idea general de las relaciones jurídicas que la contigüidad de los predios engendra entre los propietarios (*jura vicinitatis*) y los resultados a que llega después de una investigación, siempre elegante, pero que a algunos parecerá fatigosa, son recomendables por su prudencia y moderación en la ciencia jurídica española, que, por su parte, apenas si ha profundizado la materia. La afirmación de que el vecino debe soportar las inmisiones

que tengan *caracteres ordinarios* en la medida corriente ya ha sido examinada incidentalmente en esta Revista (1), al estudiar la extensión de la propiedad y el derecho de las abejas, y encontrará un fácil camino en nuestros Tribunales al amparo del párrafo segundo del artículo sexto del Código civil, que declara fuente del derecho la costumbre del lugar. Con ello se continuará la corriente española, que solamente autorizaba al propietario para hacer de la cosa o en la cosa *lo que quisiere según Dios e segund fuero*, palabras que, conforme a una de las inteligencias aceptadas en la glosa de Gregorio López, hacen referencia a las máximas trascendentales del derecho divino, en donde encuentra la facultad de disponer una suprema limitación (*ista verba referantur ad facultatem disponendi, ut sic non devi etur á jure Divino*). Bien es verdad que en la definición legal de la propiedad, traducida del Código civil francés, y que se halla contenida en el artículo 348 de nuestro Código civil, no se consigna esta reserva y se alude únicamente a las limitaciones establecidas en las leyes, pero el criterio del Tribunal Supremo responde a los principios tradicionales.

La doctrina del abuso del derecho, sin embargo, no se contiene hoy en tan modestos límites, más bien ha sufrido una verdadera hipertrofia y amenaza demoler los fundamentos del derecho positivo. No faltan ciertamente autores que la niegan sustantividad, y para los cuales, la frase *abuso del derecho* encierra una palmaria contradicción, pues si el derecho es una norma ética que otorga facultades justas, no se comprende cómo esta facultad pueda ser objeto de un ejercicio desordenado y abusivo. Para otros, el problema existe, pero lejos de hallarse diferenciado por límites especiales y sustantivos, es un nuevo planteamiento de cuestiones discutidas en todo tiempo bajo nombres diversos: absolutismo de las leyes, arbitrio judicial, equidad, derecho justo, etc.

Sea de ello lo que quiera y admitiendo la sustantividad del tema a los fines de su exposición, hemos de advertir que su ámbito se ha ampliado prodigiosamente, pasando desde los derechos reales a los de obligación, al derecho de familia, al derecho hereditario... y del derecho privado al público.

(1) Véase el número 1.º, página 36, y el número 26, página 116

Sobre sus orígenes sigue discutiéndose: es indudable que los romanos concedieron a la buena fe un importantísimo papel en la reglamentación de instituciones tan importantes como la posesión, la contratación y la usucapión, sin llegar nunca a confundir los campos de la moral y del derecho. No todo lo permitido es honesto, decía Paulo, para señalar la línea divisoria de ambas circunscripciones, pero al frente de la Instituta coloca Justiniano el precepto «honeste vivere», como uno de los pilares de la jurisprudencia. Cualquiera que sea la opinión que se sustente sobre la distinción de la Moral y del Derecho, ya se les considere como círculos concéntricos de radios variables, ya como círculos excéntricos, ya como aspectos diversos de una misma relación ética, nunca se han negado las influencias recíprocas de ambos conceptos, la íntima fusión de las normas correspondientes y el paso de una a otra esfera con el mudar de los tiempos y el progreso de la sociedad.

La influencia de la intención en el ejercicio de los derechos subjetivos, tardó mucho en recibir la investidura de la ley. El artículo 226 del Código civil alemán, producto de una laboriosa discusión, preceptúa que el ejercicio de un derecho no está permitido cuando solamente puede tener por finalidad el causar un daño a otro. Los términos restrictivos de esta redacción dejan al juzgador un estrecho campo, porque concentran la noción del abuso en la negativa absoluta de que el titular pueda ejercitar su derecho con un fin distinto y como las acciones humanas pueden orientarse en múltiples direcciones, resultará sumamente difícil la prueba imputada al perjudicado en orden a la no existencia de otros motivos que el de causar daño.

La categórica exteriorización del Derecho, el predominante valor que los elementos externos adquieren en las relaciones jurídicas, parece imponer un criterio de mayor objetividad, y por eso se ha buscado en la surgencia de un daño y en la relación de éste con el beneficio del titular, una base más sólida para establecer la doctrina del abuso del derecho. Sólo que aquí figuran en primera línea las célebres reglas jurídicas: «No se entiende que actúa dolosamente quien usa de su derecho»; «Nadie hace daño, si no ejecuta lo que no tiene derecho a hacer»; «El que usa de su derecho a nadie daña». Estos aforismos dejan en la sombra el perjuicio económico y no le conceden el valor de elemento jurídico, más que

cuando es causado por la violación de una norma o por una culpable negligencia. Frente a este lógico criterio, poco significa el segundo de los principios fundamentales que Justiniano coloca al frente de su obra maestra y que prohíbe terminantemente dañar a otro (*Alterum non ledere*).

Estaba reservado al derecho del siglo xx el recoger los precedentes éticos y sociales que imponían a la propiedad las restricciones necesarias para impedir que por un exagerado respeto a las facultades del propietario se provocaran o fomentaran daños y peligros de extraordinaria cuantía; y así, en los códigos modernos se multiplican las normas sobre el estado de necesidad, las situaciones peligrosas y los supuestos en que con el objeto de evitar considerables perjuicios a una persona se le autoriza para aprovechar, deteriorar, o destruir la cosa ajena. Así, dice el artículo 701 del Código civil suizo: «Si alguno no puede preservarse o preservar a otra persona de un daño inmediato o de un peligro inminente más que invadiendo la propiedad de otro, éste se halla obligado a sufrir el ataque, con tal que sea de poca importancia en comparación del daño o del peligro que se trata de prevenir.»

Pero desde estos avances jurídicos hasta sentar la norma general de que el ejercicio de un derecho es abusivo cuando la ventaja que se propone obtener el titular es muy pequeña, en comparación de los perjuicios que ha de causar a otras personas, hay toda la distancia que media entre el *estado de necesidad* y el *abuso del derecho*.

La lucha, en fin, se ha remontado en estos últimos tiempos al campo de las más altas especulaciones jurídicas, y el concepto del derecho subjetivo ha sido sometido a un escrupuloso análisis para poner de relieve el germen de los actos abusivos. Si admitimos que el ordenamiento jurídico concede al titular la *facultas agendi*, tan sólo en atención a múltiples razones, entre las cuales se destacan hoy las económicas y sociales, y no está dispuesto a entregarle este señorío en cuanto su voluntad las desatiende, podemos llegar a fundar la doctrina del abuso del derecho sobre el ejercicio antisocial o antieconómico del poder otorgado. La doctrina adquiere entonces una energía extraordinaria y ocupa un campo de dilatados horizontes, porque en la inmensa mayoría de los casos los Tribunales habrán de contrastar la finalidad que el propietario, el

acreedor, el padre de familia o el titular de un derecho en general se proponen conseguir, con la *ratio legis*, y aun con las nuevas tendencias que la jurisprudencia progresiva trata de infiltrar en los viejos artículos de los Códigos fundamentales. Por esta vía se puede llegar muy lejos, demasiado lejos, y la doctrina, con su prodigiosa fecundidad, puede servir de pabellón que cubra las más atrevidas rebeldías.

En efecto, la norma legal se nos presenta bajo la forma de un supuesto, seguido de un mandato y casi siempre acompañado de una sanción ; pero no enumera las razones múltiples, variadas, históricas y utilitarias que han movido al legislador, ni alude siquiera a las poderosas corrientes doctrinales o a los oscuros sentimientos y a las intuiciones populares que han motivado la promulgación de la ley. Dejar en cada caso al juzgador la tarea de examinar si se han cumplido o no las finalidades perseguidas por el texto legal, equivale a privar a éste de su peculiar energía y a transformar el arbitrio judicial en caprichosa arbitrariedad.

Las legislaciones que han dado carta de naturaleza a la doctrina del abuso del derecho, corrigen su extraordinaria trascendencia, exigiendo, en primer lugar, la ostensibilidad, casi diríamos el escándalo del acto abusivo, y en este sentido, el artículo 2.º del Código civil suizo se refiere al abuso *manifiesto* del derecho, como para evitar que con este pretexto se abra camino a indocumentadas teorías o peligrosas tendencias. No es suficiente, al efecto de poner en juego tal norma, la dureza de un acreedor para con su deudor, ni la altiva exigencia de un propietario que se cree soberano de su casa y hacienda.

Por otra parte, tampoco se concede al damnificado acciones procesales directas para oponerse al ejercicio abusivo, o exigir la reparación inmediata, sino que se le protege por medios indirectos, ordenando a los Tribunales que no protejan el ejercicio abusivo, en forma que recuerda la antigua *exceptio doli*.

Por lo que a nuestro país toca, no necesitamos recordar que la Teología moral del siglo de oro ha puesto en primera línea los deberes del propietario y no se hallaba muy propicia a mantener el carácter absoluto e inflexible de los que hoy llamamos derechos subjetivos, pero la técnica especial examinada no ha entrado en nuestra legislación hasta que el Directorio promulgó el Real decreto

de 13 de Diciembre de 1923, en cuyo artículo 5.º se lee: «Los Tribunales y autoridades desestimarán, en todo caso, las reclamaciones que los arrendadores o inquilinos formulen con manifiesto abuso de derecho.»

Fácil sería espigar en el Código civil para reunir una gavilla de preceptos en que la buena fe es protegida, y la malicia y el dolo, desestimados, así como abundan las sentencias del Tribunal Supremo en que se parafrasea el adagio *neque malitiis indulgendum est*, mas la jurisprudencia todavía no ha salvado el abismo que existe entre estas orientaciones y la moderna teoría.

Esta ha sido objeto de varios estudios, entre los que se destacan la tesis doctoral del actual ministro de Hacienda Sr. Calvo Sotelo, que lleva por título *La doctrina del abuso del derecho* (Madrid, 1917), y el trabajo sobre *Las nuevas orientaciones del derecho*, publicado por el Sr. Escobedo y González Alberú en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (números 29 y siguientes).

Para el primero, partidario de la doctrina abusista, todo derecho subjetivo es, de un lado, una prerrogativa a la que la ley señala cuna, lugar, duración, límites y fin, mientras, de otro lado, todo derecho es una fuerza económicosocial, al mismo tiempo que una categoría moral, y de aquí la posibilidad de que un derecho subjetivo se ejercite dentro de la red estrechísima del derecho positivo, pero fuera de esa otra red más amplia de prescripciones económicasmorales.

Por el contrario, según el Sr. Escobedo: «Nos encontramos frente a un asunto acerca del cual ha tomado gran incremento la literatura jurídica, a mi entender, apartándola generalmente de su verdadero significado y alcance. Se juzga por los partidarios del abuso del derecho que dentro del orden jurídico vigente cabe abusar del derecho, de cualquier derecho legislado, y después de fijar el contenido del abuso, pretenden aducir remedios para evitarle. Bien escudriñados, sin embargo, los fundamentos de la doctrina, se manifiesta ella inexacta, deficiente y utópica. Verdad que tiende a hacer efectivas aspiraciones jurídicas de nuestro siglo, pero también lo es que por afán de novedad desencauza cuestiones ya clasificadas sistemáticamente en la ciencia del Derecho, aparentando forjar problemas que, designados mediante distinta terminología, venían latentes tradicionalmente; baste recordar las clásicas ins-

tituciones del absolutismo legal de las fuentes supletorias del Derecho, interpretación de las leyes, biología jurídica, arbitrio judicial, conflictos de derechos, relaciones entre la moral y el Derecho, individualización penal, etc., etc., para soslayar la verdad del aserto.»

Desenvuelve después el autor su idea de que tanto puede darse ejercicio abusivo por parte del titular como oposición abusiva por parte del sujeto pasivo de un derecho, y que si ambos se hallan en condiciones de aprovechar el derecho objetivo para fines inadecuados a su contenido, el abuso del derecho debiera más bien denominarse *abuso de ley*.

Como final de su meritorio estudio, estampa varias conclusiones que, no obstante su complicado tecnicismo, y precisamente por esta característica, merecen ser meditadas por cuantos quieran abarcar en su conjunto la teoría estudiada.

Son erróneas las siguientes apreciaciones:

«Primera. Sentar el absolutismo subjetivo de la facultad y el objetivismo de las restricciones, concretando a la primera el abuso subjetivo y rechazándole relativamente a las segundas.

Segunda. Fijar criterios específicos para la determinación del abuso de la facultad a que puede conducir, con aquiescencia de la ley, este absolutismo subjetivo unilateral. Máxime sostener el criterio del apartamiento de la destinación económica social del Derecho, en el momento de su actuación, puesto que él conduce a consecuencias contradictorias con el alcance que los mismos abusistas otorgan a su doctrina.

Tercera. Separar substantivamente la limitación subjetiva de la objetiva, constituyendo la primera en dote exclusiva de la facultad y asignando la segunda, también exclusivamente, a sus restricciones.

Cuarta. Considerar el arbitrio judicial como simple corolario de la doctrina del abuso.»

Ellas deben ser restituídas a los puntos de vista que a continuación se expresan:

«Primero. El absolutismo subjetivo que se presenta por los abusistas como impureza unilateral, no es otra cosa que el clásico absolutismo legal, que implica posible impureza bilateral. El abuso subjetivo, que se circunscribe por los abusistas al ejercicio de

la facultad, es extensivo al uso de la restricción ; no se trata, pues, de abuso de Derecho, sino de abuso de ley.

Segundo. Los llamados criterios específicos para determinar la impureza subjetiva no son otra cosa que simples factores de la vida jurídica, llevados por el legislador al campo de lo subjetivo, y encomendados a la acción de la jurisprudencia, en cuanto se escapa a la rigidez legal. La destinación económica social del Derecho es uno de tantos factores jurídicos, tenidos en cuenta por el legislador al formular la ley, y si en el momento de la aplicación de ésta pugnan Derecho y destinación social, se plantea un problema de biología jurídica, porque la ley deja de ser justa.

Tercero. Toda limitación es de índole objetiva, en cuanto emana de la ley, ya mediante preceptos casuísticos y detallados, como acostumbraba a hacerse en regímenes de absolutismo legal ; ya al través de fórmulas amplias y comprensivas, cuyo espíritu se encomienda hacer efectivo a los Tribunales, como se pretende proceder por las nuevas orientaciones jurídicas.

Cuarto. En el arbitrio judicial se funden doctrinal y legalmente las pretendidas innovaciones de la doctrina del abuso del Derecho.»

JERÓNIMO GONZÁLEZ