

# La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad

Se habla de subarriendo y de cesión del arrendamiento, y esos dos vocablos, confundidos corrientemente en el lenguaje vulgar y hasta en el jurídico, han hecho que al tomarlos extensivamente por aquello de que la palabra hace a la cosa, nos han dado dos categorías de conceptos aceptados como axiomáticos por la mayoría de los juristas, y ante los que se impone una revisión histórica y técnica de los mismos.

Rindiendo un tributo a Troplong, a quien Colin y Capitant califican de paradójico, creemos, como aquél, que en el estudio y análisis del arrendamiento ha imperado siempre la rutina, y que asombra cómo se ha resistido siempre por la técnica jurídica la aceptación de consecuencias inexcusables de premisas que son verdaderos postulados de la locación. Y si en el terreno dogmático la investigación ha dado tan pobres resultados, no digamos nada de la exégesis producida frente a los textos positivos, donde la interpretación que algún escritor (1) ha llamado microscópica, con un espíritu escolástico, ha impedido la predisposición del ánimo a estudios de más alta envergadura que, cuando menos, no dejen al descubierto, al lograr sus conclusiones, la contradicción más evidente con la naturaleza jurídica de las instituciones que trata de explicar y aclarar.

Se habría adoptado un sentimiento antihistórico (terminología de Heusler) si el Código civil español no hubiera traído, por lo menos, la posibilidad de subarrendar por parte del arrendatario.

En Derecho Romano se aceptaba, desde luego, el subarrien-

(1) Nicolás Alcallá, *Revista Der. Privado.* 1915, núm. 18, pág. 96. Nota bibliográfica.

do (1). «No está prohibido, dice Windscheid (2), al arrendatario arrendar ulteriormente la cosa en cuanto con ello no choque contra una expresa disposición del contrato o contra el espíritu del mismo, espíritu que lo avalora como la justa interpretación del contrato hecha de buena fe y sin que, por vía de ese arrendamiento ulterior, se altere cosa alguna de la relación jurídica primitiva—entre arrendador y arrendatario—, ni se establezca vínculo alguno de derecho entre arrendador y subarrendatario.»

El subarriendo se aplicó en el primitivo Derecho Romano sólo a los arrendamientos de casas; más tarde, se generaliza. La cesión encontraba obstáculos en los modos conocidos entonces para transferir las obligaciones, incompatibles para concebirla como hoy, o sea como una venta de crédito; Pothier, después de decir que el derecho del arrendatario es un derecho de crédito (?), afirma que pasa a su heredero como todos los demás créditos, y saca una consecuencia: este derecho se puede ceder a un tercero, lo mismo que hemos visto que por una venta los créditos se ceden a los terceros; la doctrina francesa, en este punto representada por Pothier, se rectifica a sí mismo, ya que antes había dicho que, según la sutileza del derecho, éste no puede ser cedido; Brodeau y Domat le siguen, e igual Bourjon, y el paradójico (?) Troplong resulta más lógico y consecuente que Pothier, pues que si le acompaña en la incesibilidad de los derechos, no se contradice a renglón seguido, sin que necesite configurar la cesión del arrendamiento como venta de crédito, ya que para él es notoria la realidad de este instituto jurídico.

La ley 27, tít. XXXII de la Partida tercera, permitió al que tenía el derecho de morada, arrendar la habitación de que podía disfrutar; una facultad parecida establece el Auto 6.º, cap. III, título XXI, lib. IV de la Recopilación; pero Carlos IV, en 1792 (3), la ley de 8 de Junio de 1813 y el Real decreto de 6 de Septiembre de 1836, declararon que el arrendamiento no podía, sin consentimien-

(1) L. 6 C. h. t., 1,30, 1,58, pr. 1,60 pr. D. h. t., cfr. 1,13, § últ. D. de usufr., 7. 1.

(2) *Il Diritto delle Pandette*, trad. italiana con notas de Fadda y Bensa, y continuada por el Prof. Bonfante y el Abog. Maroi, 1925, Torino, vol. II, página 547.

(3) Ley 8.º, tít. X, lib. X de la Nov. Recopilación.

to (1) del dueño, subarrendar en todo o en parte las cosas arrendadas, y nuestro Código civil restablece el principio jurídico del Derecho Romano en el artículo 1.550, pero no llega como su antecesor obligado, el Código Napoleónico, a permitir (tampoco la prohíbe) y distinguir la cesión y el subarriendo en lo que vamos a detenernos.

El artículo 10 del Proyecto de Código civil francés aceptaba y y separaba claramente la cesión del subarriendo, pero la Corte de Casación a la que fué sometido su estudio se opuso por considerar el arrendamiento un contrato personal, una estipulación *intuito personae*; aceptar solución opuesta sería contrariar la voluntad del arrendador que sólo quiso contratar con determinada persona; sin embargo el artículo 1.717 del Código civil francés acepta y sanciona la distinción notada permitiendo expresamente la cesión y el subarriendo.

Veamos como se ha formado esta teoría: Emile L'Hommée (2) realiza una disertación sobre el particular, que no deja de ser interesante. Sobre la base del artículo 1.717 se ha dicho: puesto que el texto prevé dos operaciones, es que en realidad así se darán con caracteres diferentes, de lo contrario no tendría explicación el por qué el Código emplea dos expresiones distintas; la cesión es más grave que el subarriendo a los ojos del legislador y no hay más remedio que darles naturaleza diferente..

Esto no sólo tiene importancia teórica, sino práctica, pues a la cesión habrá que aplicar las reglas de la venta y de la cesión de créditos, en tanto que las reglas del contrato de arrendamiento deben ser aplicables al subarriendo. La doctrina moderna así ha establecido las diferencias entre las dos categorías jurídicas; la cesión es una venta; el subarriendo es un arrendamiento; Guillouard dice: la cesión constituye la venta de un crédito, la enajenación en provecho del cesionario del derecho personal que había nacido para el cedente del contrato de arriendo primitivo; las relaciones que esta operación hará nacer entre el arrendatario y el que le sustituye quieren ser las relaciones ordinarias de un cedente y un cesio-

(1) Según S. 10 Oct. 1865, el consentimiento podía darse con aprobación tácita.

(2) *De la cession de bail.*

nario, de un vendedor a un comprador ; igual tesis mantienen Colin y Capitant, Marcadé y Baudry-Lacantinerie.

Los antiguos jurisconsultos emplean las palabras, pero no vieron más que una sola operación que se llama cesión cuando se refiere a la totalidad de los bienes arrendados, y subarriendo, cuando a una parte ; así Pothier y Ferrier y Bourjon.

Así, pues, ¿el Código civil francés realizó una verdadera revolución introduciendo un principio nuevo? ; para esto, parece que hubiera hecho falta una discusión ardiente, o cuando menos, afirmaciones precisas y formales, pero no ; el solo orador que tomó la palabra sobre el artículo 1.717, Galli, se limita en la exposición de motivos a repetir la tradición, la ley romana ; en ningún momento señala que la palabra ceder haya cambiado de sentido. El Código ha seguido la tradición del principio de la transmisibilidad del derecho de goce por la vía del subarriendo total o parcial ; si se objeta que el Código francés hace una graduación y que por tanto es necesario admitir una diferencia de naturaleza entre las dos operaciones, se puede contestar que esa graduación se explica mejor con la teoría tradicional ; pues que ¿no es más grave el subarriendo total que el subarriendo en parte y así se ve más patente con dichas expresiones?

Además, la gravedad debe mirarse del lado del arrendador ; tanto en la cesión como en el subarriendo, el arrendatario cesa de gozar por el mismo, e idéntica es su postura, y las diferencias a quien afectan especialmente, es a las relaciones del arrendatario con el cesionario. Sólo, en un punto, la situación del arrendador es distinta en la cesión y en el subarriendo ; el cesionario tiene una acción contra él, pero tratándose de tercero no hace más que ejercer la acción del cedente ; de otra parte el arrendador adquiere una acción contra el cesionario que viene a añadirse a la que ya tenía contra el cedente.

Así, pues, esa teoría reposa sobre una falsa interpretación del artículo 1.717 y sobre un error histórico ; nació con Merlin, pero hoy resulta inútil, pues siendo como es el arrendamiento un derecho de crédito—dice L'Hommée—y éste enajenable, no hacía falta un artículo especial que consagrara la posibilidad de su cesión.

El Código Civil francés no se preocupa ya más de regular la cesión y no se habrían olvidado los redactores del mismo si hu-

bieran querido crear un nuevo género de transmisión ; así Laurent, que es opuesto a esa teoría, dice que, el artículo 1.717 después de haber enunciado el principio de la libertad de subarrendar y ceder, indica a título de excepción, que esta facultad puede ser prohibida en todo o en parte y hay que admitir que debe haber una cierta correspondencia entre la excepción y la regla para llegar a considerar que el primer párrafo se refiere a la misma operación, sea sobre una parte, sea sobre el todo. En verdad que no sabemos por qué se ha dudado sobre la inclusión de la cesión en las facultades del arrendatario, y el silencio del artículo 1.550 de nuestro Código sobre este punto no es una laguna difícil de llenar con cualquiera calificación que de la naturaleza jurídica del arrendamiento se haga.

Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiere pactado lo contrario (artículo 1.112), y si en el desmoronamiento general, que de la institución de la novación ha consagrado el Código Civil alemán—como dice nuestro Clemente de Diego—pueden distinguirse varias etapas ; para nuestro respecto de ahora nos basta con que el Código Civil español represente de ellas la de confundir la subrogación de acreedor con la cesión de crédito y aceptar ésta en el capítulo VII, título IV, libro IV del mismo, llegando a decir sinníamamente, venta o cesión de un crédito (artículo 1.528), y a usar de las palabras vendedor y comprador en otros artículos del mismo capítulo.

El argumento básico y tradicional puede partir de la imposibilidad de liberarse el cedente, arrendatario, de las obligaciones (deudas), que le imponen el contrato primitivo ; no hay sucesión o transmisión de deudas a título singular en el sistema del Código Civil español ; sin embargo, preguntémonos también como el maestro Clemente de Diego (1) : el articulado del Código Civil, su sistema, sus declaraciones, ¿ofrecerán para esta institución—sucesión en las deudas a título singular—la propia resistencia y los propios inconvenientes que sus similares el francés y el italiano? ; creemos también, como el citado maestro, que no ; si nuestro sistema representa aquella etapa, señalada antes en el desmorona-

(1) *Transmisión de obligaciones, etc.* Madrid, 1912.

miento de la novación, ¿ por qué no aproximar también la novación de deudor a la sucesión o cesión de deuda ?

Pero prescindamos de esta consideración optimista y dejemos el argumento en su pristina condición, que aunque a primera vista representaría un alegato de cierta fuerza contra los autores que le han dado categoría de derecho personal, no puede alarmar, por manera alguna, a los propugnadores de la tesis de la realidad del arrendamiento y vemos así que el usufructuario, por ejemplo, con todo el peso del artículo 498 y sus complicaciones, que no vamos a tratar ahora, puede perfectamente enajenar su derecho de usufructo (artículo 480).

Ligado por la doctrina el concepto del derecho real a la noción en revisión actual del derecho subjetivo, resultaría un alarde inconsistente el pretender dar una conceptuación clara y precisa de aquella categoría, y como dice Bonfante (1), cuando en un determinado sistema y en un determinado momento prevalece una construcción jurídica, nosotros no podemos dejar de tenerla en cuenta y arbitrariamente separarnos de ella para la investigación propuesta, y así nosotros nos limitaremos a destacar los dos matices que la doctrina ha considerado prevalentes en el estudio del derecho real para practicar una confrontación de los mismos en el instituto jurídico que nos ocupa y que permita sostener la realidad del mismo.

La inmediatividad y lo absoluto : he aquí las piedras de toque.

La idea de potestad inmediata sobre la cosa es antiquísima ; así Feltmann.(2) escribe que, en el derecho real, *ea res ipsi homini obnoxia et subdita* ; Sohm, en sus *Instituciones* (3), dice que derecho sobre la cosa o derecho real es aquel derecho privado que atribuye un derecho de inmediata señoría sobre una cosa de frente a cada uno. Pacifici-Mazzoni (4) define el derecho real como aquel que confiere sobre una cosa una potestad directa e inmediata sin ningún intermediario, y de ser el derecho real un poder inmediato, dicho escritor hace derivar el carácter absoluto del mismo, esto es, su

(1) Notas de Pietro Bonfante y de Fulvio Maroi, al libro II de las *Pandectas* de Windscheid, pág. 89. Torino, 1926.

(2) *Tractatus de jure in re ad rem*, 1666, pág. 121.

(3) *Inst.* 47, pág. 217, cuarta edic. 1889.

(4) *Inst.* I, págs. 514, 515.

existencia de frente a todos y no sólo a alguna determinada persona; igual sentido en Chironi, Cogliolo, Ronga, Dalloz, Demolombe, Laurent, etc.

Pues este carácter de la inmediatividad se ha negado que concorra en el arrendamiento; así, Scialoja, Polacco, Viti, nuestro mismo Castan, etc.

Polacco (1) hace notar que falta la característica esencial del derecho real, el ejercicio inmediato sobre la cosa sin intermediarios; en el arrendamiento es continua la intervención del arrendador, tenido de hacer gozar la cosa en una cadena no interrumpida de prestaciones de goce de persona a persona, renovándose de momento a momento.

Viti apunta más aún y escribe (2) que en el arrendamiento todo se limita a hacer gozar una determinada cosa sin que nada se conceda de aquello que entra en la disponibilidad de la cosa—pensamiento que se halla recogido por nuestra Jurisprudencia (3)—; el derecho por su naturaleza permanece personal porque no se determina por la cosa, sino por sus frutos, y la cosa entra sólo como un medio; he aquí que ella no entra en el poder inmediato y directo como en la propiedad.

Sin duda alguna, que todos estos juristas no se han adentrado mucho en el análisis del derecho real y seguramente se habrán visto constreñidos por aquellos dos obstáculos que representan de una parte el efecto cómico que experimenten esos escritores al solo pensamiento de una resurrección feudal y medieval, y de otro lado, la idea para ellos axiomática, según la cual, se ejerce siempre necesariamente por modo directo y sin ningún intermediario (4), que les ha llevado a la imposibilidad dogmática de concebir los derechos reales *in faciendo* idea a la cual vamos a referirnos.

El concepto típico del derecho real lleva un simple deber general en todos de respetar aquel derecho; pero con la elaboración de los derechos reales fraccionarios que van limitando la propiedad—dice Wendt—se infiltra al menos de hecho una relatividad y una relación personal más estricta en la teoría del derecho de cosas; y

(1) *Riv. Ital.*, IV, 417, cit. por Bonfante, ob. cit., pág. 119.

(2) *Comm. sistem.* I, p. 407.

(3) S. 13 Junio 1915.

(4) Ver *Le Droit reel*. Rigaud, *tesse*.

esta relatividad asume una forma bien clara ; el titular en puridad, puede volver contra la cosa para hacer valer su derecho, pero el contenido de todo ello es algo positivo, una prestación que evidentemente la cosa no puede realizar, sino sólo la persona que está en relación con ella.

El derecho real fraccionario lleva en sí un concepto de relatividad que quita mucha parte de verdad a la afirmación de que el intermedio de una persona no es necesario en el derecho real ; el derecho fraccionario se concibe como una disminución del complejo de facultades constitutivas del dominio ; la propiedad nos da el estado natural de la cosa ligada, como decía Dernburg (1), por un vínculo invisible al sujeto del derecho, destinada a llenar sus necesidades, pero sin que ello implique idea alguna de servicio ; es el estado natural de la cosa y más aún, según la frase de Hölder : la cosa es la ampliación de la persona del propietario.

El derecho fraccionario, el estado de servicio en la cosa, empieza cuando, destacando alguna de las facultades del *dominus*—*uti* en el arrendamiento—se sujeta la cosa a la voluntad de otro que no sea el propietario, el cual, por su relación con la cosa, se encuentra, respecto a ese tercero, en posición absolutamente distinta de la que ocupan los terceros extraños a quienes incumbe el deber de abstención, la obligación pasiva universal de los autores personalistas, tan combatida, y a la que Michas pretendía dar un contenido positivo ; quien en definitiva sufre esta restricción de libertad, no es la cosa, sino el poseedor de la misma, por lo cual, la idea de esa persona es indispensable.

Como dice Rigaud, la idea de que el derecho real no tiene necesidad para ejercerse de ningún intermediario, es falsa para la mayoría de los derechos reales, y esta quiebra de la inmediatividad hace pensar si será posible que el derecho real imponga también indirectamente alguna vez a la persona que se encuentra en relación de derecho o de hecho con la cosa una prestación positiva, y la justificación histórica y dogmática de los derechos reales, *in faciendo*, se halla perfectamente establecida (2). En Derecho romano, aparte la conocida excepción de la *oneris ferendi*, un texto de Pomponio resulta del más alto valor : Si *arbores vento deiectas*

(1) *Pandectas*, I, § 192, pág. 435.

(2) Ver Rigaud, ob. cit.

*dominus non tollat, per quod incommodior sit is usufructus vel iter suis actionibus usufructuario cum eo experiendum* (1); se permite al usufructuario que tiene un derecho de paso, el accionar por la acción confesoria al propietario, para obligarle a quitar los árboles derribados por el viento; de aquí a ser la misma ley, como el artículo 1.554 del Código civil, la que imponga al propietario una serie de prestaciones positivas que le interfieren en la realidad del vínculo del arrendatario, no hay más que un paso fácil y hacedero.

No creemos que el derecho real, *in faciendo*, sea una panacea, pero tampoco afirmaremos, como Gayo, que sea una imposibilidad civil, o una monstruosidad jurídica, como Ihering, o un absurdo, como pretende Vangerow, y antes bien, puede conducir a explicar la íntima substancia jurídica de instituciones que muchos escritores se ven confusos para calificar. El derecho del arrendatario tiene un contenido *in faciendo* (2); en tanto que no se puede decir que el propietario goce de su derecho por el intermedio del público obligado a respetarle, puesto que la mayor parte de este público no supone siquiera su existencia, se concibe por el contrario, como dice Rigaud, que pueda decirse que el titular del derecho real, desmembrado de la propiedad, goza, gracias a la observancia de un *pati*—o de un *facere*, añadiríamos—por el propietario, por el nudo-propietario o el poseedor de la cosa, pues aquél no se encuentra en presencia de un público, sino de un individuo determinado al que se puede requerir; Vangerow, refutando una opinión de Zachariae, dice que, para construir el concepto de una servidumbre *in patiendo*, es preciso recurrir al propietario del fundo que sirve, puesto que evidentemente el fundo en sí mismo no puede *pati*, en el sentido jurídico de la palabra *non facere*; y añade, que, si al propietario del fundo, como representante del mismo, se le endosan las obligaciones, se podría concebir incluso, que habría sido posible constituir una servidumbre *predial quae in faciendo consistit*; como dice Fadda y Bensa, en este mismo orden de consideraciones, ¿por qué declarar imposible un derecho real, que, cabalgando sobre un fundo, impusiera indirectamente al propietario o al po-

(1) Fr. 19, § 1 de usuf. 7. 1 (1,5 ad Sabinum).

(2) La hipoteca moderna se construye también como derecho real *in faciendo*: así, Gierke, Fadda y Bensa, Rigaud.

seedor del mismo, en razón a la relación en que se encuentra con el inmueble, no solamente un *pati*, sino un *facere*? ; ¿qué razón hay para distinguir entre el *pati* y el *facere*?

Y este *facere* que el artículo 1.554 impone al arrendador, nada quita a la autonomía, independencia y realidad del derecho del arrendatario contra lo que cree Castan ; como afirma Rigaud, la idea equivocada de la inmediatividad del derecho real debe cambiarse por esta otra ; no es necesario para ejercer el derecho real, de ningún intermediario *personalmente obligado* ; se tiene un *jus in re*, dice Cogliolo (1), porque el derecho se ejercita independientemente de un vínculo con otra persona.

La persona que está en relación con la cosa, no es tenida de un *pati* o de un *facere*, independientemente de su enlace con la misma, sino precisamente en gracia de este vínculo ; en un caso como en otro, aparece como representante de la cosa, y su individualidad es indiferente ; la cosa aparece siempre en primer plano, precisamente en razón de esta indiferencia de la persona, y porque en definitiva es la cosa la que proporciona a la persona esa situación de *pati* o de *facere*.

La importancia práctica de esta construcción para el arrendamiento se muestra sin vacilación ; la posición precaria del arrendatario y la justa tendencia moderna a fortalecer su derecho, encuentran una reparación debida y una solución al alcance de la mano para los fines propuestos ; el arrendatario puede ser ajeno a la solvencia o insolvencia del propietario o poseedor de la cosa en el sentido de ejecución o inejecución del *facere* que le impone su relación con la cosa (2) y su derecho permanece incólume en todo momento ante cualquier representante de la cosa, que es la portadora de su esencialidad jurídica.

De otro lado, la falta de vínculo personal que constriña al *pati* o al *facere*, determina la facultad de liberarse el que se halla en contacto con la cosa *rem derelinquendo* ; y aquí podemos explicarnos el efecto extraño y demagógico del artículo 1.571 del Código civil, reproducción de la famosa ley *Emptorem* (3). Nadie podía explicarse cómo tan fácilmente el arrendador podía desligarse y

(1) *Annuario di Giurisprudenza*, pág. 61.

(2 y 3) También se reprodujo en las *Partidas* y hasta en el art. 282, Código Federal obligaciones suizo.

romper por su propio arbitrio una relación jurídica bilateralmente concebida ; aquí, decía Covián, se trata de un problema de buena fe y hay que impedir que el arrendador haga, de manera indirecta, lo que por su sola voluntad no puede ; esto es : infringir lo pactado, burlar el derecho del arrendatario.

Pero aquí no hay más que la consecuencia del contenido *in faciendo* del arrendatario ; se desprende de la cosa el arrendador en uso de una legítima facultad, y al obrar así, queda liberado, ya que sólo por la cosa y en tanto esté vinculado a la misma, está obligado singularmente y con mayor energía que los extraños, la masa anónima, a garantir y servir el pleno e íntegro ejercicio del derecho del arrendatario ; lo exorbitante es el saneamiento que la cosa experimenta al recibirla el adquirente asumiendo su representación indispensable para el comercio jurídico, sin compromiso alguno de respetar el arrendamiento constituido.

Tras la inmediatividad viene su consecuencia ; el carácter absoluto del derecho real que tampoco se ha querido ver a vista primera en el arrendamiento.

Claro es, que la endeble naturaleza que los Códigos le han dado, no ha dejado apreciar su profunda realidad, y cuando se ha querido fuera oponible, *adversus omnes*, se le ha hecho objeto de inscripción, haciendo del Registro Inmobiliario un taumaturgo que da mucho más de la substantividad que se demanda a sus asientos.

Si, como se ha dicho, nadie puede añadir a su estatura una pulgada, tampoco un derecho adquiere carácter real sólo porque sea inscrito ; la personalidad o realidad de su naturaleza intrínseca, escapa a la impostura de que es objeto ; como dice Bonfante, se tendrá un derecho con eficacia absoluta, pero nada más, y la inscripción no es un sumando para el arrendamiento, cuya realidad le da, por añadidura, su eficacia, *erga omnes* ; como ha escrito Franken (1), en realidad se puede decir que la expresión *derecho sobre la cosa*, es sólo una breve fórmula tradicional del concepto, *derecho subjetivo del individuo contra todos*.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS.

Notario.

(1) *Trattato del Diritto privato tedesco*, I, pág. 117, 1889.

# Las conferencias del Dr. Ferrara

## IV

### LAS RELACIONES DE VECINDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN

Uno de los problemas más interesantes del Derecho inmobiliario es la reglamentación de las relaciones de vecindad. Los predios no existen aislados, sino que están materialmente unidos los unos a los otros, se encuentran en estado de conjunción, de adherencia, de proximidad ; de este contacto de la propiedad nacen interferencias y repercusiones en el ejercicio del derecho, acciones y reacciones mutuas y posibilidad de conflictos. Las relaciones entre fincas unidas y contiguas se llaman relaciones de vecindad. El problema legislativo consiste en la reglamentación recíproca de los derechos de los varios propietarios, en la determinación de los límites del ejercicio del derecho, de manera que las distintas heredades puedan coexistir en armónica dependencia en vez de entrechocarse, haciendo imposible su aprovechamiento.

Estas repercusiones y conflictos entre las propiedades dependen, naturalmente, de las condiciones económicas y sociales de un pueblo determinado, y cambian a través de las épocas históricas, por lo cual el sistema de las relaciones de vecindad asume un contenido y una intensidad variables con relación a los diversos países y a los diversos tiempos. En una economía primitiva, con un desarrollo embrionario de la industria, con vastas extensiones de propiedad, con un ordenamiento feudal o señorial, los conflictos son raros o no apreciables, o, más bien, asumen, por las particulares condiciones de vida, un aspecto singularísimo. Así, un fruto de las

condiciones de la vida jurídica y política de la Edad Media fué la prohibición *de los actos de emulación*.

Mientras no se provocaban verdaderos y propios conflictos entre los dominios en el sentido objetivo, porque los principales disturbios de vecindad eran eliminados por la circunstancia de que las personas pertenecientes a determinados oficios reunidos en corporaciones vivían en barrios separados, nacían, en cambio, causas de disputa y conflictos entre vecinos por razones subjetivas. En tiempo de turbulencias civiles, de odios entre familia y familia, de partidismos políticos, de luchas entre el Estado y la Iglesia, de envidias y de venganzas, la vecindad fomentaba las disputas entre los vecinos, por lo cual el propietario ejercitaba su derecho, no tanto por utilidad propia como por causar daño y despecho al vecino. Y la jurisprudencia, que reflejaba estas condiciones de vida y quería reaccionar contra este uso, éticamente reprobable, del derecho de propiedad, especialmente en una época en la cual la moral cristiana saturaba el ordenamiento jurídico e imponía los preceptos religiosos, acogió el principio de la ilicitud de los actos de emulación.

Por actos de emulación se entiende el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad del dueño y sólo con la intención de dañar a otro. Los escritores de la Edad Media ponen el caso de un propietario que levanta su casa para poder fisgonear en el patio del Monasterio o más bien para poder admirar la bella mujer del vecino, o también levanta una construcción para quitar el viento a la era del vecino. Cino de Pistoia, por primera vez sostiene, argumentando falsamente sobre un fragmento de las fuentes romanas, que todo el mundo puede hacer en lo suyo aquello que quiera, con tal que no lo haga con ánimo de causar daño al vecino : *dummodo facias «non animo nocendi alteri»*, y su opinión, aceptada por Bartolo y Baldo, llegó a ser dominante hasta nuestros días. Los recientes estudios romanistas han demostrado que tal doctrina es extraña a las fuentes y que no se puede indagar la intención de quien ejerce un derecho si no se quieren mezclar elementos morales a elementos jurídicos. La licitud no puede depender de consideraciones puramente subjetivas. Si uno ejercita el propio derecho (aun si produce una desventaja a otro, por ejemplo : le quita el aire o la luz), no comete una violación, y por esta razón no puede serle vedado su uso. La prohibición de los actos de emulación, así, pues, no está.

.jurídicamente justificada, y si ha tenido una función histórica en la época en que se ha desenvuelto, debe ser abandonada en el Derecho moderno.

Pero el problema de las relaciones de vecindad ha adoptado un aspecto nuevo, grandioso y formidable en la vida moderna, en la cual la gran industria, con el empleo de las máquinas, del vapor, de la electricidad, si ha traído un impulso inmenso a la producción, han engendrado, multiplicado e intensificado las invasiones en la propiedad ajena, las perturbaciones y las incomodidades, con frecuencia graves e intolerables. Un establecimiento químico se levanta en un lugar y difunde a su alrededor exhalaciones mortíferas que marchitan los cultivos circunvecinos. Una forja propaga un humo denso, acre e ingente que constituye una cortina que vuelve irrespirable el aire de la propiedad vecina. Una fábrica, con sus máquinas produce un estruendo ensordecedor. El paso de los trenes en una estación ferroviaria provoca día y noche sacudidas y temblores de las construcciones vecinas, o con las chispas de las chimeneas incendia con frecuencia las mieses maduras de los campos atravesados. Así, pues, inmisiones de humo, polvo, vapores, gases mefíticos, rumores excesivos, molestas irradiaciones caloríficas o lumínicas, infiltraciones de humedad, sacudidas, vibraciones, en medida extraordinaria e intolerable, que causan daños en la propiedad vecina y vienen a hacer gravemente incómoda la condición de los propietarios circunstantes. Pero frecuentemente se complica el problema porque una incomodidad que por sí misma no es grave, resulta así en relación con las *circunstancias peculiares* del vecino. Así, si al lado de una fábrica que produce humos moderados se ha establecido un taller de lavado a vapor, esta última industria se hace de imposible explotación en cuanto el humo ennegrece la ropa blanca. O también una máquina que normalmente produce un rumor no excesivo, perturba gravemente al propietario vecino que padece un agotamiento nervioso, o a los pensionistas de una casa de salud que por su misma enfermedad son hiper-sensibles. Existen también otros daños de que se quejan con frecuencia los propietarios vecinos, como los derivados de una casa de tolerancia o de un dispensario especial o de un cementerio, etc. Además, una misma fábrica puede resultar ruidosa e intolerable en un barrio aristocrático y tranquilo y no dar lugar a disturbios en un cuartel industrial

poblado de fábricas y talleres. ¿Cómo deben regularse estas relaciones de vecindad? Aquí están en conflicto las exigencias de la industria con las de la intangibilidad de la propiedad privada, y no puede sacrificarse unas a otras. Advirtamos, por de pronto, cómo la jurisprudencia de varios países admite, en ciertas condiciones, la responsabilidad por daños, si bien no justifica adecuadamente la obligación de resarcirlos.

Para resolver la cuestión, debemos comenzar por *plantear exactamente el problema*. Y, ante todo, procede aclarar dos equívocos: 1.º El de entender que se trata de un asunto puramente *administrativo o de policía*, en cuanto la remoción de estas desmedidas perturbaciones puede dar tan sólo lugar a una intervención de la autoridad administrativa. No, la administración puede intervenir o no; más aún: un industrial, debidamente autorizado, no puede adquirir el derecho de causar daño a la propiedad ajena. Se trata, pues, de una cuestión de puro derecho civil, de la reglamentación de los confines ideales de las varias propiedades. Esto se encuentra expresamente dicho en el Código civil argentino (artículo 2.619). «Aunque las obras o los establecimientos que ocasionan perjuicios al vecino hayan sido autorizadas por la autoridad administrativa, los jueces pueden conceder una indemnización a los vecinos por el tiempo que lleven de existencia tales establecimientos.»

2.º Otro error que debe evitarse es el de que para tutelar la propiedad, baste recurrir a los principios de la culpa Aquiliana. Puesto que para la existencia del acto ilícito no es suficiente el elemento del daño, si no se demuestra la culpa de su autor; la responsabilidad Aquiliana es una responsabilidad por hecho ilícito, mientras que los industriales arguyen que no es culpa de ellos que las máquinas metan ruido, o que las fábricas produzcan humaredas, porque tales inconvenientes son inevitables, aun con las medidas más cuidadosas y diligentes.

Y por esto, cuando el Código civil español, en el artículo 1.908, regula la responsabilidad por los daños derivados de explosión de máquinas, emanación de cloacas o humos excesivos que sean nocivos para las personas o para las propiedades, exige expresamente o sobrentiende que los mismos derivan de una falta de diligencia o de la inobservancia de las precauciones debidas, como se desprende de los números 1, 3 y 4 del mismo artículo. Del ori-

lo 1.590, que prohíbe construir pozos, cloacas, depósitos de materias corrosivas, o máquinas de vapor o fábricas que resulten incómodas o nocivas, sin las precauciones necesarias, con el objeto de evitar un daño a los predios y edificios vecinos. Se percibe aquí la preocupación legislativa de evitar un daño a la vecindad.

Mas no se puede construir de un modo absoluto una *obligación de no causar daño al vecino*. Es necesario partir de otro concepto: la propiedad es un *poder exclusivo sobre la propia finca*, porque cada uno es soberano en la *esfera interna* de su dominio, y, por lo tanto, tiene derecho a rechazar toda invasión o penetración. Esto se halla admitido por la doctrina cuando se trata de *ingerencias directas*; no se puede verter agua en el fondo ajeno, lanzar piedras, inmundicias o cosas semejantes, porque sería una penetración ilegítima en la esfera interna del propietario. Pero la cuestión surge cuando se trata de *ingerencias indirectas*, como en el caso de humo, ruidos, vibraciones, etc., en cuanto estos fenómenos nacen en un predio y después *se propagan, se comunican, se difunden y repercuten en el fondo ajeno*. Ciento es que cada uno es dueño de hacer lo que le parece en su finca, pero a condición de no invadir la ajena, porque el principio de *exclusividad* del segundo propietario limita el *poder de libertad del primero*.

En rigor, todas las inmisiones, no sólo de cosas *corporales*, sino también de *imponderables*, constituyen una penetración en la esfera interna de la propiedad vecina, y, por lo tanto, infringen el principio de exclusividad del dominio. Pero el admitir con inflexible lógica tal principio, nos llevaría a una paralización absoluta de la propiedad, porque es imposible casi hacer uso del dominio sin provocar estas repercusiones en la propiedad contigua.

(*Se continuará.*)

JERÓNIMO GONZÁLEZ.