

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Inmisiones sonoras, legislación urbanística y conceptos integrantes del daño moral indemnizable. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-1-2011)*

LUÍS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Hechos.*—II. *Itinerario procesal y motivos del recurso de casación.*—III. *Fundamentos jurídicos relevantes.*—IV. *Tendencia expansiva del daño moral resarcible:* 1. Consideraciones generales. 2. Orientación jurisprudencial y especial alusión a las inmisiones sonoras en viviendas.—V. *La acumulación de preceptos heterogéneos en las pretensiones de las partes y en las resoluciones judiciales sobre inmisiones.*—VI. *La reducción del valor de la vivienda y su relación con el daño moral:* 1. La calidad del entorno como elemento de valor de los inmuebles y la existencia de cierta discrepancia jurisprudencial. 2. El origen del problema: el mantenimiento de inmisiones que se consideran lícitas y, sin embargo, causantes de daños que se estiman resarcibles. 3. Consideraciones conclusivas sobre la superposición parcial entre el daño moral futuro y la disminución del valor de los inmuebles afectados. 4. Breve referencia a los titulares de esa indemnización futura.—VII. *La incidencia del cumplimiento de normas reglamentarias y licencias administrativas: ¿inicio de un giro jurisprudencial?*

* Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados». (DER 2008-00968/JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Dirección General de Programas y Transferencia del Conocimiento), que se ejecuta en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y cuyo investigador principal es el profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno.

I. HECHOS

Una asociación de vecinos, integrada por propietarios de viviendas unifamiliares, demandó a tres mercantiles, titulares de explotaciones industriales situadas en las inmediaciones y consistentes en la manipulación, cortado y preparación de mármol. La demanda se fundaba en los perjuicios derivados de las inmisiones producidas por las sociedades demandadas, consistentes principalmente en ruidos que superaban notablemente los niveles permitidos por la ordenanza municipal, y en ella se pedía la condena conjunta y solidaria de las mencionadas demandadas a que indemnizaran a la asociación demandante en la suma de 125.280.000 pesetas, por los daños causados desde el año 1991 hasta la fecha de la demanda, más los intereses legales desde la interposición de la demanda y esos mismos intereses, incrementados en dos puntos, a partir de la sentencia (aunque, al parecer, no se razonaban debidamente los motivos de esa precisión temporal y alguno de los asociados ni siquiera tenían su parcela edificada en 1991); también se instaba la cesación de las inmisiones en un plazo máximo de tres meses a partir de la sentencia y, de no hacerlo así las demandadas, que se las condenara a indemnizar a la demandante en la cantidad de 13.680.000 pesetas anuales durante el tiempo que se prolongaran esas inmisiones (con los incrementos sucesivos resultantes de aplicar a dicha suma el IPC); además se solicitaba la condena a adquirir las viviendas de los miembros de la asociación que así lo desearan y al precio resultante de tasación pericial referida a la fecha de la sentencia, procediéndose en tal caso a la reducción proporcional de la indemnización por los daños y perjuicios futuros. Resulta importante destacar que las industrias de las demandadas y sus ampliaciones posteriores estaban autorizadas, se desarrollaban en suelos calificados por el planeamiento urbanístico como zona urbana-industrial y eran anteriores a la construcción de todas las viviendas; en cuanto a estas últimas se estimó probado que estaban situadas en terrenos clasificados por el planeamiento urbanístico de aplicación como suelo no urbanizable-común rústico, e incluso una de ellas en suelo industrial, y también que no todos los propietarios de viviendas tenían en ellas su residencia habitual y permanente.

Las mercantiles demandadas contestaron a la demanda, proponiendo diversas excepciones (falta de jurisdicción, ausencia de legitimación activa, prescripción y falta de litisconsorcio pasivo necesario) y oponiéndose también en cuanto a la cuestión de fondo, para solicitar en base a ello la apreciación de las excepciones o la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la demandante en ambos casos.

II. ITINERARIO PROCESAL Y MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, con imposición de las costas causadas a la demandante; sin embargo la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación planteado por la actora y condenó a las demandadas a abonar a aquella la suma de 70.000 euros, con los intereses legales desde la firmeza de su resolución por los daños sufridos, más la cantidad que pericialmente se determinara en ejecución de sentencia por la pér-

dida de valor de las viviendas propiedad de los asociados, sin hacer declaración sobre las costas de ambas instancias.

Frente a la citada resolución de la audiencia, las mercantiles demandadas plantearon recurso extraordinario de revisión por infracción procesal y recurso de casación; el primero se sistematizaba en seis motivos, en los cuales se denunciaron aspectos como la incongruencia de la sentencia, que condenó a indemnizar una pérdida de valor de las viviendas no solicitada en la demanda, y su carencia de exhaustividad y motivación, en cuanto se obviaba cualquier referencia a la condición urbanística del suelo en que se ubicaban las viviendas e instalaciones, así como al hecho de que los recurrentes disponían de todas las autorizaciones pertinentes para el ejercicio de su actividad. Se alegaban también cuestiones como la ausencia de determinación de la indemnización por pérdida de valor de las viviendas y la existencia de una serie de errores en la valoración de la prueba, que a su vez se concretaban en considerar acreditado el que los miembros de la asociación tuvieran su domicilio en las viviendas próximas a las canteras (ya que se discutía que todos tuvieran propiedades en la zona afectada por las inmisiones y que todos los propietarios hubieran edificado), la existencia misma de los daños morales y patrimoniales alegados, o la relación de causalidad entre dichos daños y la actividad desarrollada por las demandadas (en este último caso, por estimar que el dictamen de la demandante no había considerado el ruido ambiental provocado por el tráfico y otras industrias).

El recurso de casación, por su parte, se desarrollaba a través de tres motivos: el primero alegaba la infracción de los artículos 18 de la Constitución y 40 del Código Civil, en relación con los artículos 590 y 1902 del citado Código, insistiendo en el argumento de que los miembros de la asociación demandante no tenían su domicilio en la zona próxima a las instalaciones de las demandadas-recurrentes; el segundo motivo alegaba la infracción de los artículos 7, 590, 1902 y 1908 del Código Civil, negándose la existencia de acción u omisión negligente por parte de la demandada-recurrente (que realizaba su actividad en terreno clasificado como suelo industrial y disponía de todas las licencias necesarias), al tiempo que se afirmaba que las inmisiones eran lícitas de acuerdo con el criterio de la normal tolerancia y atendida la actividad industrial desarrollada en la zona desde antes de que los dueños de viviendas adquirieran sus propiedades, volviéndose a plantear también, aunque ahora como cuestiones de fondo, las relativas a ausencia de relación de causalidad entre las inmisiones y el daño, así como la ausencia de daños morales y patrimoniales resarcibles: en cuanto a los daños morales, por la existencia del deber de los dueños de viviendas de soportar las inmisiones, y en cuanto al daño patrimonial consistente en la pérdida de valor de las viviendas, porque cuando éstas se construyeron ya existían las industrias emisoras. El tercer motivo, por último, se dedicaba a impugnar la cuantía indemnizatoria concedida por la Audiencia.

El Tribunal Supremo, tras desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el primer motivo del recurso de casación, estimó el segundo, confirmando el fallo íntegramente desestimatorio de la demanda recaído en primera instancia y declarando la consiguiente improcedencia de examinar el tercer motivo alegado por las recurrentes.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES

Los de mayor importancia, que a nuestro juicio constituyen la auténtica *ratio decidendi* de la sentencia, parecen ser los dos siguientes:

– «*Si absolutamente todas estas viviendas se construyeron años después de que las demandadas-recurrentes ejercieran y ampliaran su actividad industrial en la zona, claro está que ninguna depreciación pudieron sufrir por el ejercicio de tal actividad, por más que el tribunal sentenciador la dé por sentada pero sin razonamiento alguno sobre la relación de causalidad*» (fundamento de Derecho noveno, en cuanto rechaza la indemnización por pérdida de valor de las viviendas, ante la ausencia de relación de causalidad alguna con las inmisiones producidas por las demandantes y recurrentes).

– «*La decisión libre de vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial del municipio obliga a quien adopta esa decisión a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial. De no ser así, se daría el contrasentido de poder convertir en fuente de indemnización la propia ilegalidad urbanística de quien decide construirse una vivienda en zona industrial; o también el de que la mera licencia municipal para poder edificar una vivienda en zona rústica se traduzca automáticamente en un coste, carente de apoyo legal, para los titulares de industrias legítimamente instaladas en la zona industrial contigua*» (fundamento de Derecho noveno, en cuanto rechaza la indemnización por daño moral derivada de los ruidos padecidos por los propietarios de viviendas integrantes de la asociación demandante por apreciar la concurrencia del deber jurídico de soportarlos).

Habida cuenta de que antes de hacer las declaraciones referidas en los párrafos anteriores había sido rechazada la incongruencia que imputaban las recurrentes a la resolución de la Audiencia, alegando que se las había condenado a indemnizar por la merma en el valor de las viviendas cuando lo pedido por la demandante era una indemnización anual por el tiempo que transcurriera hasta la eliminación de las inmisiones y la compra forzosa de las viviendas a los propietarios que así lo desearan, también parece destacable la afirmación hecha en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de casación en torno a este problema, según la cual: «*la condena de que se trata (a resarcir el menor valor de las viviendas) podría considerarse implícitamente comprendida en las peticiones segunda y tercera de la demanda [...] ya que la compra forzosa y la indemnización anual cabía interpretarlas, según el fundamento de derecho de la demanda relativo a la reparación del daño, como una consecuencia de la pérdida de valor de las viviendas*». El tribunal cita, en apoyo de su tesis, la jurisprudencia sobre inexigibilidad de una correspondencia absolutamente literal entre la petición y el fallo, manifestada en sus sentencias de 8-3-2010, 18-6-2009, 6-4-2005 y 27-5-03, entre otras, e insistimos en que el interés de este argumento consiste en evidenciar la proximidad existente entre conceptos integrantes de la deuda indemnizatoria que, a primera vista, podrían parecernos muy distintos. Con todo ha de reiterarse que, habiéndose rechazado por otros motivos la existencia de la obligación de indemnizar, la importancia de esta declaración del Tribunal Supremo queda notablemente disminuida.

Por último, y como declaraciones hechas en la sentencia comentada que consideramos de menor interés, por suponer reiteración de líneas jurisprudenciales anteriores y no haber determinado el sentido del fallo, podemos destacar las siguientes:

– «*Si bien el Código Civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho Cuerdo legal y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908*». Por otro lado, a partir especialmente de la ya citada sentencia de 29 de abril de 2003, la jurisprudencia de esta Sala incorpora la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el Derecho a la intimidad y, por tanto, que para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales [...] En la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima y familiar del vecino no se inquieta (SSTS 17-2-68 y 12-12-80) [...] a partir especialmente de la ya citada sentencia de 29-4-2003, la jurisprudencia de esta Sala incorpora la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar a la intimidad y, por tanto, que para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales, así STS de 31-5-2007, también citada anteriormente» (fundamento de Derecho noveno de la sentencia comentada).

– «*Los daños y perjuicios causados por inmisiones no dejan de existir y ser indemnizables por el hecho de que las personas que se digan perjudicadas no tengan su domicilio, entendido como residencia permanente, en las viviendas afectadas, siendo perfectamente admisible que existan daños y perjuicios indemnizables por inmisiones en lo que comúnmente se denomina segunda residencia*» (fundamento de Derecho quinto de la sentencia comentada).

– «*Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el acatamiento y la observancia de las normas administrativas no exoneran de responsabilidad al causante de las inmisiones, y los reglamentos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplen, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en realidad para evitar eventos lesivos, citándose como exponentes de la conocida tesis las SSTS de 3-12-1987 y 29-4-2003*» (fundamento de Derecho primero de la sentencia comentada).

– «*En la actualidad no se discute que las molestias generales (¿debe decir «generadas»?) por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen un daño moral extrapatrimonial indemnizable (fundamento de Derecho primero) [...] su prueba no viene determinada tanto por una presunción del tribunal sentenciador como por los informes [...] que acreditaron la intensidad de las inmisiones, especialmente del ruido, en relación con la consideración jurídica doctrinal y jurisprudencial de que las inmisiones acústicas generan un daño patrimonial indemnizable*» (fundamento de Derecho cuarto).

IV. TENDENCIA EXPANSIVA DEL DAÑO MORAL RESARCIBLE

1. Consideraciones generales

Como expusimos en otro lugar¹ la doctrina suele acudir a criterios muy diversos para definir el daño moral objeto de indemnización: unas veces se utiliza un criterio meramente negativo (daño moral es el que no es patrimonial), otras se pone el término en relación con los daños producidos mediante la lesión de derechos de la personalidad o de bienes e intereses sin entidad material (según la menor o mayor amplitud que se pretenda dar al ámbito de los daños morales resarcibles), y no faltan tampoco los autores que refieren el daño moral al tradicional precio del dolor, más o menos ampliado para incluir el sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito anímico de la persona. Los autores que ponen el acento en la lesión de derechos de la personalidad persiguen la encomiable finalidad de contener la proliferación de las indemnizaciones debidas en concepto de daño moral, oponiéndose a la postura doctrinal que considera el daño moral como resultante de la lesión de bienes o intereses inmateriales (o quizá con mayor exactitud no patrimoniales)², pero ni existe en nuestro ordenamiento un sistema de indemnización basado en la lesión de derechos subjetivos³, ni el alcance de los derechos de la personalidad está suficientemente definido como para servir de eficaz muro de contención frente a una patológica multiplicación de las indemnizaciones por daño moral. Esta indefinición se manifiesta palmariamente si consideramos la profunda relación existente entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales proclamados por la Constitución⁴, para fijarnos luego en la «fuerza expansiva» de estos últimos derechos; la conclusión de todo ello es que poner el acento en la lesión de derechos de la personalidad probablemente no va a contribuir a la reducción de las indemnizaciones concedidas en concepto de daño moral, sino más bien a contribuir en la progresiva degradación del concepto de derecho de la personalidad, ya que a fin de cuentas todos los padecimientos, aflicciones o preocupaciones sufridos por una persona, pueden ser eficazmente traducidos como lesión de su Dere-

¹ En LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», *Libro Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, pp. 1.715-1.738.

² Como hace, por poner un ejemplo destacado, DIEZ-PICAZO, en *Derecho de daños*, Madrid, 1999, p. 328, afirmando que el daño moral «debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona» y entendiendo por sufrimiento psicofísico, con cita de SCOGNAMIGLIO, «aquel que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad».

³ Tampoco existe precepto alguno en nuestro ordenamiento jurídico que limite la indemnización del daño moral a los supuestos expresamente previstos en la Ley, como señala RODRÍGUEZ GUTIÁN, en «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, fascículo II, pp. 829-848.

⁴ Según destacan Díez-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, Madrid, 2001, pp. 322-323, la distinción entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales constitucionalmente declarados sólo es posible según la consideración clásica de estos últimos como derechos exclusivamente alegables frente al estado. La eficacia directa y la aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en las relaciones interindividuales ha venido a borrar la citada diferencia, de manera que sólo podrá hablarse de un derecho de la personalidad autónomo cuando el legislador no lo haya consagrado como derecho fundamental.

cho a la integridad física y moral, honor, intimidación personal, libertad ideológica o dignidad, en sus más variadas manifestaciones.

Por estas consideraciones creímos preferible relacionar el daño moral con la lesión de derechos de la personalidad, o de bienes e intereses no susceptibles de traducción económica directa que incidan en los sentimientos, afectos o ánimos de la persona, pese a considerar que tal concepto de daño moral puede parecer excesivamente amplio y especialmente si estimamos que tampoco tenemos muy clara la existencia de justificación alguna para limitar la indemnización del daño moral a la lesión de los sentimientos o afectos «más importantes y elevados» o a las «perturbaciones más graves», en lugar de dejar que esa importancia cualitativa del interés lesionado o de la lesión misma operen como elementos moduladores de la cuantía indemnizatoria, no como requisitos de su exigibilidad⁵; pero, como también dijimos en el trabajo citado, tampoco han de exagerarse estos problemas puesto que, en la práctica, las molestias, inconvenientes e incertidumbres, derivados de los procedimientos necesarios para exigir indemnización, actuarán como poderosos elementos disuasorios cuando se trate de reclamar daños morales de escasa cuantía y tampoco exista un elevado número de perjudicados; sin olvidar que la limitación del daño moral resarcible puede lograrse con mejores argumentos utilizando los criterios de imputación objetiva del daño, especialmente la teoría de la adecuación⁶, el riesgo general de la vida⁷, y, tratándose

⁵ En el fondo lo que sucede es que el daño moral se prueba normalmente por presunciones y a partir del impacto que causará en el ánimo del hombre medio la actuación del demandado. Si se entiende que ese impacto es idóneo para generar sufrimiento o alteración en el hombre medio, el siguiente paso consiste en localizar el interés moral afectado, que necesariamente tendrá la consideración de relevante porque de otro modo no se habría considerado probada la efectiva producción de daño moral. En tal sentido es tremendamente significativa la afirmación de GÓMEZ CALLE, en *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998, p. 250, en el sentido de que el daño moral procedente de la frustración del interés del acreedor en tal contrato sólo es indemnizable en caso de incumplimiento o cumplimiento gravemente defectuoso, entre otras cosas, «porque difícilmente será acreditable un daño moral derivado de un defecto leve». Vista así la cuestión parece perfectamente admisible la definición clásica de ÁLVAREZ VIGARAY, en *ob. cit.*, p. 85, cuando incluye en el concepto de daños morales «todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados».

⁶ Siguiendo la definición dada por MIR PUIG, en *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1984, p. 188, podemos afirmar que según esta teoría, formulada por Von Kries a fines del siglo pasado y con reflejo en alguna Jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, sólo han de tomarse en consideración las condiciones de un resultado dañoso que «para el espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (ex ante), con todos los conocimientos de la situación de que disponía el autor al actuar, además de aquellos que hubiera tenido el observador, (pronóstico posterior-objetivo) apareciesen como adecuadas para producir el resultado. No lo serán cuando apareciese como muy improbable que produjesen el resultado y no pudiese contarse con su causación». Permite descartar daños morales producidos en el curso de cadenas causales anómalas, como el caso del Hotel Corona de Aragón, abordado por la STS de 11-3-1988 y en el cual un pequeño incendio en la cocina del hotel originó un incendio pavoroso al combinarse con la introducción de un artefacto explosivo por terceras personas, afirmándose inexistencia de relación de causalidad entre el comportamiento negligente de los empleados del hotel y unas consecuencias tan catastróficas.

⁷ Este criterio permite negar la imputación objetiva de daños que son realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado, y por tanto excepcionar del daño moral resarcible padecimientos de ánimo como los que se derivan de insultos cuya frecuencia, desgraciadamente, se va incrementando en la actualidad de forma escandalosa, o de la contemplación de espectáculos que producen un determinado grado de

de responsabilidad por «daño moral contractual», el fundamental criterio del fin de protección de la norma contractual, aplicando también al daño moral el concepto real-histórico sobre el daño resarcible.

2. Orientación jurisprudencial y especial alusión a las inmisiones sonoras en viviendas

La tendencia a expandir el ámbito del daño moral resarcible ha marcado una dirección predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llegándose a relacionar la situación básica para que exista daño moral resarcible con cualquier impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, e incluyéndose destacadamente los sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad o angustia⁸. Por otro lado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha contribuido destacadamente a esa expansión, al ampliar el ámbito de aplicación de los derechos que están bajo su tutela y multiplicar, consiguientemente, los comportamientos lesivos que pueden dar lugar a indemnización por daño moral; así, en relación con el tema que nos ocupa y centrándonos ya en la problemática planteada por las inmisiones sonoras, es preciso destacar sus sentencias de 9-12-1994 y 16-11-2004, que estimaron tales inmisiones como lesivas de los derechos a la vida privada y familiar y al domicilio, garantizados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta línea interpretativa del TEDH ha repercutido directamente, como no podía ser de otro modo atendido el tenor del artículo 10.2 de la Constitución Española, en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que en su sentencia 2001/119, de 24 de mayo, dejó terminantemente claro que los derechos a la intimidad familiar y a la *inviolabilidad* del domicilio han de entenderse vulnerados, junto con la dignidad de la persona y su integridad física y moral, por los ruidos molestos procedentes de fábricas vecinas a las edificaciones en que los perjudicados tengan su residencia. Cerrando este círculo que se retroalimenta las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29-4-2003 y 31-5-2007, citadas en la que ahora comentamos, acabaron asumiendo también que las inmisiones ruidosas puedan suponer lesión de los mencionados derechos fundamentales.

V. LA ACUMULACIÓN DE PRECEPTOS HETEROGÉNEOS EN LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE INMISIONES

La vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, a que aludimos en el epígrafe

impacto psicológico. La tensión entre la especial predisposición al daño de la víctima y el del resto de los ciudadanos a no cargar con las consecuencias de esa debilidad puede resolverse acudiendo al criterio apuntado por PANTALEÓN PRIETO En «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil* (1889-1989), Tomo II, p. 1.568, Madrid, 1990, y consistente en no negar la imputación objetiva «a no ser que el suceso imputable al demandado que actualizó la predisposición dañosa, no sea sustancialmente distinto de otros que resulten muy frecuentes en la vida cotidiana».

⁸ Así, por mencionar solamente algún ejemplo, la STS de 31-5-2000, que condenó a indemnizar el daño moral resultante de un retraso importante e injustificable en un vuelo, y las SSTs de 22-5-1995, 19-10-1996, 23-7-1990, 22-5-1995, 27-1-1998, o 12-7-1999, citadas en la primera.

anterior y que puede producirse cuando las inmisiones se produzcan en la primera o sucesivas residencias, es otro fundamento más que añadir a los tradicionalmente utilizados cuando se trata de abordar estas cuestiones. Pero esa pluralidad de preceptos no suele utilizarse de una manera racional y coordinada, sino que tanto en la sentencia comentada como en otras muchas resoluciones judiciales sobre esta materia, y quizá como consecuencia de la manera en que las partes plantean sus pretensiones, resulta harto frecuente la acumulación de argumentos en que se alude tanto a la vulneración del artículo 18 de la Constitución Española como a una genérica prohibición de inmisiones perjudiciales o nocivas, que a su vez, y sirva como ejemplo el fundamento de Derecho noveno de la sentencia comentada, puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual, impuesta por el artículo 1902 del Código Civil, y de la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento, según los dictados de la buena fe, que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908 del propio Código; todo ello sin olvidar que la sentencia de la Audiencia tuvo también en cuenta el artículo 7.2 del Código Civil, que sitúa la cuestión en el marco del ejercicio normal o anormal del derecho de propiedad.

Esta mezcla siempre nos ha parecido poco satisfactoria puesto que, para comenzar, el artículo 590 del Código Civil viene a establecer una limitación legal del dominio⁹, cuya aplicación extensiva o analógica merecería alguna discusión desde la perspectiva de la presunción de libertad de la propiedad¹⁰ y que probablemente podría hacerse efectiva mediante una acción real negatoria de servidumbre¹¹, que no parece exigir la concurrencia de un daño efectivo y cuyo régimen jurídico en aspectos como los relativos a la prescripción, legislación aplicable o tribunales competentes, es muy distinto del que se aplicaría en el caso de recurrir a la responsabilidad civil extracontractual (por mucho que la posibilidad de aplicar la doctrina del daño continuado y la normal coincidencia entre la situación del fundo que padece las inmisiones y el lugar de producción del daño, puedan convertir tan importantes aspectos en cuestiones irrelevantes, al menos en la mayoría de los casos)¹². Tampoco

⁹ En este sentido HERNÁNDEZ GIL ha sistematizado perfectamente las diferencias apreciables entre la genuina servidumbre predial y las relaciones de vecindad en su clásico trabajo *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Madrid, 1985.

¹⁰ Principio que estimamos plenamente vigente cuando se trata de la interpretación sobre la existencia o alcance de derechos reales limitados establecidos a favor de terceros, aunque no cuando se trata de interpretar restricciones derivadas de normas que delimitan el contenido normal del derecho de propiedad para procurar la satisfacción de intereses generales, como hemos afirmado en otros lugares y, por ejemplo, en *Manual de Derecho Civil, derechos reales*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, Madrid, 2005, p. 138.

¹¹ Como puede deducirse de la definición clásica de esta acción que, según ha destacado entre otros muchos autores LACRUZ, en *Derecho Civil*, tomo III, vol. 1.º, p. 372, Barcelona, 1994, «tiende a que se declare que la cosa no está realmente sometida al derecho que otro ejerce sobre aquélla, y a que se haga cesar tal ejercicio». Por su parte DÍAZ ROMERO, en su trabajo *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones (especial referencia a la acción negatoria)*, Madrid, 2003, ha hecho especial hincapié en este remedio, con amplia cita de doctrina y jurisprudencia.

¹² DÍEZ GARCÍA, en *Comentarios al Código Civil*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, pp. 727-728, Navarra, 2001, al comentar el artículo 590 del Código Civil y con cita de la doctrina sobre el particular, apunta el diverso ámbito de los artículos 590 y 1908 del Código Civil, aún refiriéndose a la estrecha relación entre ambos preceptos y a la posibilidad de construir en torno a ellos un principio general de prohibición de las inmisiones que sobrepasen el uso normal de las fincas. También DÍAZ ROMERO, en *ob. cit.*, pp. 134-135, se hace eco del debate doctrinal y jurisprudencial, optando acertadamente por no entrar de lleno en una cuestión tan imposible de racionalizar pero refiriéndose a la inexistencia de

parece muy correcto mezclar el artículo 1902 con el 1908, ambos del Código Civil, cuando el primero recoge una responsabilidad basada en la culpa y el segundo parece contemplar un supuesto de responsabilidad objetiva, por mucho que la Jurisprudencia haya ido actuando sobre el artículo 1902 hasta dejarlo, dicho sea con mero ánimo de crítica, absolutamente irreconocible. Y en cuanto al recurso a la doctrina del abuso del derecho, contemplado en el artículo 7.2 del propio Código Civil, nos parece rechazable su consideración como una especie de mecanismo alternativo a los anteriores porque bajo nuestro punto de vista constituye el verdadero centro de la cuestión y el presupuesto imprescindible para aplicar tanto la acción de responsabilidad civil extracontractual como la negatoria de servidumbre, puesto que, siendo el límite genérico a las facultades que integran el derecho de propiedad de la finca causante de las inmisiones, será también el factor que impedirá amparar los daños eventualmente causados en la causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo de un Derecho, según el tradicional adagio de que «quien usa de su derecho a nadie daña»; y si nos situamos en el ámbito de la acción negatoria de servidumbre, ese límite genérico será el elemento determinante para fundamentar que al causante de las inmisiones no le baste con las facultades que integran su derecho de propiedad sobre la finca emisora para influir en la de su vecino como lo viene haciendo, y por tanto que se esté comportando respecto a esa finca vecina como si fuera titular de una servidumbre cuya existencia es, precisamente, lo que su propietario rechaza en ejercicio de la mencionada negatoria¹³.

Para terminar de complicar este confuso panorama en que se mezclan acciones reales y de responsabilidad civil extracontractual¹⁴, sólo faltaba la

coincidencia alguna entre los ámbitos de la acción aquiliana y las relaciones de vecindad. Por otro lado la Ley catalana 13/90, y posteriormente el Código Civil catalán, aprobado por la Ley autonómica 5/2006, sitúan claramente la cuestión general de las inmisiones en el ámbito de la acción real negatoria de servidumbre, como veremos un poco más adelante.

¹³ Precisamente porque el artículo 7.2 contiene los criterios normativos para rastrear los límites de los derechos subjetivos, a falta de norma jurídica y costumbre, creemos que, explícita o implícitamente, será el criterio básico para decidir estas cuestiones, como destacan Díez-PICAZO Y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil, Volumen III*, Madrid, 2001, p. 146. Con profusa cita de autores, a favor y en contra, destaca también este interés principal y genérico del artículo 7.2, en relación con el problema que nos ocupa, DÍAZ ROMERO, en *ob. cit.*, pp. 86-87.

¹⁴ A nuestro juicio la confusión de acciones es también un resultado inevitable de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, que incide ahora en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución Española; dicho principio, unido al tiempo necesario para obtener una sentencia firme, ha ido provocando entre los órganos judiciales una creciente inclinación a no rechazar las pretensiones planteadas por la simple duda que les pueda merecer la invocación de unos determinados fundamentos jurídicos, especialmente cuando la contraparte ha tenido la oportunidad de discutir su aplicación y no lo ha hecho; si a estas consideraciones añadimos la lógica precaución de no sustituir de oficio los fundamentos aceptados por las partes por aquellos otros que el tribunal considere procedentes, para no traspasar la estrecha línea que separa la legítima aplicación del principio *iura novit curia* de la incongruencia de la sentencia por cambio de la *causa petendi*, ya tenemos todos los elementos para que se acepten fundamentos jurídicos distintos e inarmónicamente acumulados para conceder pretensiones que, a fin de cuentas, se consideran dignas de tutela; a partir de aquí, la precaución de los abogados hará que acumulen cuantos preceptos consideren aplicables a la satisfacción de los intereses de sus clientes, mientras que la aparente sencillez de los artículos 1902 y concordantes del Código Civil hará que esos preceptos siempre estén presentes entre los alegados. El proceso relatado, cuando pueden concurrir las acciones de responsabilidad extracontractual y la negatoria de servidumbre porque han existido daños cuya indemnización se reclama junto con la cesación de la actividad, es muy similar al que se ha seguido cuando

ya aludida irrupción de la intimidad personal o familiar y la inviolabilidad del domicilio como derechos eventualmente afectados por las inmisiones; y la cuestión no es baladí, porque como consecuencias jurídicas derivadas de esta perspectiva podríamos citar la coherente necesidad de aplicar las garantías jurisdiccionales impuestas por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, así como las prescripciones contempladas por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en cuanto resulten adaptables al supuesto de las inmisiones; además, el artículo 53.2 de la Constitución Española otorga a los afectados la posibilidad de acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, garantía inaplicable cuando se estiman vulnerados preceptos que tutelan la vertiente exclusivamente patrimonial del derecho de propiedad, la mera indemnidad del patrimonio, o el ejercicio de la libertad de empresa. Y todas estas cuestiones también habrán de ser tenidas en cuenta en la delicada tarea que supone la aplicación de las normas jurídicas, que siempre exige una cuidadosa atención a los intereses en conflicto¹⁵: precisamente por ello, en casos como el planteado cobra un interés relevante la cuestión relativa a si los inmuebles que padecen las inmisiones tienen o no la condición de residencia, así como el concepto de residencia que es objeto de protección cualificada frente a las inmisiones¹⁶.

VI. LA REDUCCIÓN DEL VALOR DE LA VIVIENDA Y SU RELACIÓN CON EL DAÑO MORAL

1. La calidad del entorno como elemento de valor de los inmuebles y la existencia de cierta discrepancia jurisprudencial

Como destacamos al resumir el itinerario procesal y los fundamentos jurídicos relevantes de la sentencia que nos ocupa, la asociación demandante había pedido la cesación de las inmisiones en un plazo máximo de tres meses y, de no ser así, la condena a indemnizar una cantidad anual determinada por

parece coincidir el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, y que en estos últimos supuestos ha dado lugar a la doctrina jurisprudencial de la unidad de la culpa civil, o bien del concurso de acciones con facultad de opción para el perjudicado, en un proceso excelentemente sintetizado por Díez-PICAZO en *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 264-268.

¹⁵ De hecho, las resoluciones del TEDH aluden de forma continuada a la «*búsqueda de un justo equilibrio entre el interés del individuo y de la comunidad*» cuando abordan el problema de determinar si la injerencia de la actividad causante de las inmisiones en el derecho a la inviolabilidad del domicilio está o no justificada. Baste, como simple ejemplo de esta línea argumental reiteradísima, la cita de las Sentencias del TEDH de 16-11-1994 y 22-10-1996.

¹⁶ En este sentido la Sentencia del TEDH de 16-11-2004, relativa a inmisiones ruidosas, afirma que el hogar objeto de protección por el derecho a la inviolabilidad del domicilio «*incluye no solamente un espacio físico, sino también el disfrute tranquilo de esa zona*». A título de mera curiosidad, y tratándose de la protección penal del domicilio actuada mediante la tipificación del delito de allanamiento de morada, hay que decir que la Jurisprudencia de la Sala 2.^a de nuestro Tribunal Supremo mantiene un concepto mucho más restrictivo, no considerándose como morada, por ejemplo, el espacio exterior o patio (Sentencias de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 7-2-1987 y 18-3-1992).

el tiempo que permaneciera la actividad hasta su total cesación (13.680.000 pesetas anuales actualizadas por aplicación del IPC), y a comprar las viviendas a los vecinos miembros de la asociación demandante que lo desearan, al precio de mercado resultante de tasación pericial; como también se pedía la indemnización del daño moral por las inmisiones ya padecidas, parece que esa indemnización anual correspondería a los daños morales futuros producidos por las inmisiones ruidosas, y que la opción por la compra forzosa a los propietarios que así lo decidieran era una medida alternativa a esa indemnización por los daños futuros. Sin embargo, la Audiencia condenó a las demandadas a indemnizar a los miembros de la asociación demandante por la reducción del valor de sus viviendas, rechazándose por el Tribunal Supremo la alegación de incongruencia hecha por la asociación demandada y recurrente, con el importante argumento de que *«la condena de que se trata (a resarcir el menor valor de las viviendas) podría considerarse implícitamente comprendida en las peticiones segunda y tercera de la demanda [...] ya que la compra forzosa y la indemnización anual cabía interpretarlas, según el fundamento de Derecho de la demanda relativo a la reparación del daño, como una consecuencia de la pérdida de valor de las viviendas»* (fundamento de Derecho segundo de la sentencia comentada)¹⁷.

Se afirma así la existencia de una relación estrecha entre la pérdida de valor de las viviendas y los perjuicios derivados del mantenimiento de las inmisiones, ya sea por incumplimiento de la sentencia que condenara a su cesación, o ya tras la que, atendiendo al interés general de la economía, sustituyera esa cesación por una indemnización de incierta naturaleza¹⁸.

Esta manifiesta relación entre lo que podríamos llamar «daños morales futuros» derivados de unas inmisiones y la pérdida de valor de las viviendas alcanzadas por su influencia parece chocar, en cierta medida, con la línea argumental seguida en la STS de 31-5-2007, cuyo fundamento de Derecho quinto rechazó la alegación planteada por la demandada, que denunció la duplicidad provocada por la resolución de la audiencia provincial en tanto la condenó a indemnizar, simultáneamente, el daño moral y la pérdida de valor de la vivienda de la demandante; para fundamentar ese rechazo se afirmó por el alto tribunal que *«tampoco es cierto lo que se alega en el motivo sobre la duplicidad de indemnizaciones por el mismo concepto de contaminación sonora, pues una cosa es la depreciación de las fincas por su cercanía a una fuente de ruidos [...] y otra muy distinta el daño moral de quien directamente los soporta por, además, habitar en una de las fincas, aspectos ambos correc-*

¹⁷ Aunque luego, y como ya dijimos anteriormente, se va a rechazar la indemnización concedida por la audiencia al afirmarse, en el fundamento de Derecho noveno de la sentencia comentada, que falta relación de causalidad entre ese daño y las inmisiones, dado que las viviendas se construyeron cuando ya existían aquellas. Aunque creemos que en tal caso más que de ausencia de relación de causalidad habría de aludirse a la ausencia del propio daño, porque las viviendas nunca podrían haber tenido el mismo valor que otras situadas en un entorno más paradisíaco, y también pensamos que podría seguirse planteando alguna cuestión sobre la pérdida de valor del terreno preexistente a las viviendas y a las inmisiones.

¹⁸ La opción para los propietarios por la compra forzosa se relacionaría con la pérdida de valor siempre que consideremos que el precio resultante de la tasación pericial habría de fijarse sin atender al deterioro del entorno derivado de las inmisiones futuras, puesto que entonces el comprador pagaría el valor que tengan considerando ese deterioro y además la reducción que sea imputable al mismo; además no existe duda de que en tal caso quedaría eliminado el daño moral derivado de soportar las inmisiones futuras, ya que el vendedor puede acudir al mercado para adquirir una vivienda análoga en todo a la que tenía, pero situada en un entorno que no se viera afectado por las reiteradas inmisiones.

tamente diferenciados por la sentencia recurrida». No obstante, convendría matizar la afirmación de esta última resolución, que bien pudiera referirse a los daños morales producidos hasta el momento en que tanto los mencionados daños como la diferencia de valor sean efectivamente liquidados en ejecución de sentencia, pues tratándose de partidas indemnizatorias parece que ese sería el momento determinante¹⁹.

2. El origen del problema: el mantenimiento de inmisiones que se consideran lícitas y, sin embargo, causantes de daños que se estiman resarcibles

Las dudas e interrelaciones entre el daño moral derivado de una inmisión y la pérdida de valor de las edificaciones no surgiría si nos encontráramos ante un sistema jurídico que no dudaríamos en calificar como coherente y racional, es decir, ante un sistema en el cual las inmisiones lícitas o legítimas están permitidas y las ilícitas o ilegítimas prohibidas; las primeras serían las que se incluyen en el ámbito de facultades del propietario, según la situación y características de su finca, de manera que los eventuales daños que pueda causar a otros propietarios vendrían amparados por la causa de justificación que los penalistas conocen como ejercicio legítimo de un derecho (en el caso, el de propiedad); y, por supuesto, la otra cara de la misma moneda sería la inexistencia de abuso de derecho alguno por parte del emisor, según la relación que establecimos anteriormente entre ambos conceptos; en estos casos, la eventual reducción del valor de mercado que pudiera derivarse del menor confort que los inmuebles son capaces de suministrar a sus propietarios o usuarios, frente a otros de análogas características pero que no estén afectados por inmisiones análogas a la considerada, sería un acontecimiento que quedaría a riesgo del propietario o usuario afectado, porque todos han de soportar las inmisiones lícitas y nadie tiene derecho a bloquear el progreso o al mantenimiento invariado de su entorno. Por el contrario, las inmisiones ilícitas estarían sobrepasando los límites normales del ejercicio legítimo de su derecho por el emisor, constituyendo abuso del mismo y no pudiendo ampararse los daños causados en la correspondiente causa de justificación.

Vistas así las cosas, es decir desde la perspectiva de la lógica más elemental que no siempre coincide con la lógica jurídica, la acción de cesación, o bien la orientada a que se impusiera al demandado la adopción de medidas que recondujeran las inmisiones al nivel de las que se estimen lícitas, resultaría la medida procedente de cara al futuro (tanto si se ejercitaran usando el molde de la acción negatoria de servidumbre como si lo fueran a través de la responsabilidad civil extracontractual); además, y por hipótesis, al desaparecer la inmisión ilícita no se produciría incidencia alguna de la misma en el valor de mercado de las fincas afectadas, de manera que los únicos daños a

¹⁹ Así, según destaca Díez-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*, Madrid, 1996, p. 265, «el acuerdo o la sentencia judicial de liquidación transforman la obligación de valor en obligación de dinero y el riesgo posterior de devaluación queda a cargo del acreedor». Sobre la consideración de la indemnización de daños y perjuicios como deuda de valor cuya cuantía «ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a aquella en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, o en su caso a la fecha en que se liquide su importe en ejecución de sentencia, según reiterada jurisprudencia», estimamos suficiente la cita de DE ANGEL YAGÜEZ, en *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 320.

indemnizar mediante compensación económica serían los derivados de las inmisiones ilícitas que se hubieran prolongado hasta el momento en que el emisor fuera condenado a cesar en las mismas o bien hasta que, en cumplimiento de la sentencia que contuviera dicha condena, cesara en ellas efectivamente (y como estamos hablando del cese de las inmisiones ilícitas, lo dicho sirve tanto para la adopción de medidas que reduzcan las inmisiones al ámbito de lo lícito como para el cese de la propia actividad, si tales medidas no resultaran efectivas o fueran antieconómicas). Pero es que, además de lógico, el sistema que hemos esquematizado parece coincidir con el que se derivaría de la estricta aplicación de los preceptos utilizados por la Jurisprudencia para abordar el problema de las inmisiones, ya que el artículo 590 del Código Civil, que constituye una de las bases para fundamentar el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, establece una norma claramente prohibitiva; mientras que el artículo 1908 del Código Civil, por su parte, está directamente emparentado con el 1902 y con la obligación general de indemnizar el daño que dicho precepto impone, habiendo destacado nuestra mejor doctrina en la materia que la reparación en forma específica y consistente en eliminar la causa del daño constituye la forma «natural y primera de indemnización»²⁰.

Pero la cuestión se complica, en primer lugar, por la cuestión que analizaremos posteriormente acerca de la jurisprudencia que impone la necesidad de admitir que actividades productoras de inmisiones, sometidas a una intensa regulación administrativa y que cumplen con todas las exigencias previstas en la misma, puedan dar lugar a la obligación de indemnizar los daños que inexorablemente causan²¹, y no solamente los que puede causar como

²⁰ Como destaca DE ÁNGEL YÁGÜEZ, en *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 321.

²¹ Como señala DÍEZ-PICAZO, en *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 294-298, la antijuridicidad propia del Derecho de daños entraña un juicio de desvalor del resultado que parta de la lesión de intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, lo cual no excluye la posibilidad de que la actividad lesiva sea lícita, sobre todo si consideramos que esa licitud de la actividad tampoco excluye la posibilidad de culpa o negligencia, como demuestran las frecuentes afirmaciones jurisprudenciales sobre la posibilidad de que surja el deber de indemnizar aunque el comportamiento dañoso cumpliera con todos los requisitos reglamentarios, y que a su vez prueban la imposibilidad de hablar de un concepto totalmente normativo de culpa civil. Sirva este breve desvío para justificar sucintamente nuestra diferenciación entre la ilicitud o antijuridicidad del daño y de la propia inmisión. En cuanto a la muy frecuente asimilación hecha por la jurisprudencia entre el daño y la inmisión misma, que podría dar al traste con la diferencia señalada, nos parece que se trata de una asimilación cuya base reside en la prueba de presunciones: porque, de acuerdo con las reglas derivadas del criterio humano y ante un nivel de ruido o humo determinado, se deduce que sin duda alguna ha de producirse daño (como ocurre cuando veo la tapa de un piano sobre las manos del pianista y considero que «eso tiene que doler»); pero la Jurisprudencia ha ido más allá, llegando incluso a obviar ese evidente paso por la prueba de presunciones y afirmando, reiteradamente, que «el propio ruido es el daño» cuando tiene determinada intensidad, como se hace en el fundamento jurídico cuarto de la propia sentencia comentada para rechazar la alegación de error de hecho en cuanto a la prueba del daño moral, alegada por las recurrentes. Si la propia inmisión es el daño no habrá lugar a que una sea lícita y el otro no, por lo cual habría de diferenciarse entre la actividad causante de la inmisión y la propia inmisión, para afirmar que la primera puede ser lícita y la segunda no, pero es que la terminología es la primera víctima de un sistema irracional que permite actividades no arriesgadas sino directamente causante de daños, al tiempo que permite seguir causándolos si se pagan.

consecuencia del riesgo estadístico de la actividad en cuestión²². A partir de aquí la cuestión se complica con la irrupción de lo que podríamos denominar como «terceras vías», que intentan compatibilizar la existencia de la obligación de indemnizar los daños derivados necesariamente de la realización de determinadas actividades o inmisiones, con la consideración de dichas actividades como lícitas o legítimas, defendiendo su mantenimiento para satisfacer diversas finalidades entre las que destacan las consideraciones económicas y la evitación de los conflictos de jurisdicción que pudieran derivarse de la clausura civil de actividades que cumplen todos los requisitos impuestos por la legislación «administrativa» que las regula (muy en especial cuando están amparadas por una licencia orientada a verificar dicho cumplimiento)²³. Esas «terceras vías» han buscado apoyo doctrinal en la limitación de la reparación en forma específica prevista en el Derecho Civil italiano y relacionada con la excesiva onerosidad que la misma pudiera suponer para el responsable, que posibilita su sustitución por una indemnización pecuniaria; pero al convertir en dinero la indemnización por los daños futuros derivados de la continuación de las inmisiones, sin perfilar qué partidas pueden integrar esos daños e insertando además este remedio en un ámbito donde el derecho a ser indemnizado se deriva de la propiedad o los derechos al uso de bienes inmuebles, en el más puro estilo de los derechos o titularidades *ob rem*, se corre el riesgo de originar nuevos problemas de aplicación: en concreto, y para lo que ahora nos interesa, va a suponer la superposición parcial de los daños morales futuros, derivados de tener que soportar las inmisiones, y de la reducción del valor de mercado debida a las mismas; pero también se planteará el problema, profundamente interrelacionado con el anterior, relativo a la distribución de esa indemnización por daños morales futuros entre el propietario actual del inmueble y los que le sucedan en ese derecho de propiedad, así como también entre propietarios y titulares de derechos de uso sobre los inmuebles que padecen la inmisión²⁴.

²² La diferencia que hemos destacado nos parece imprescindible porque existen supuestos en que determinadas actividades se consideran lícitas por el beneficio que producen, aunque conlleven el mero riesgo, no la certidumbre absoluta, de generar determinados daños. Son los supuestos integrantes de la denominada «responsabilidad por riesgo» u objetiva, normalmente regulada en leyes especiales (Navegación Aérea, Uso y Circulación de Vehículos a Motor, Energía Nuclear, o Caza, por poner algunos ejemplos) que pretenden mantener los niveles de peligro dentro de los límites del riesgo permitido. Si aun así se produce un daño, surgirá el deber de indemnizarlo, pero la cuestión es distinta cuando la regulación que ha de cumplirse para calificar de lícita o legítima la actividad se orienta a evitar la producción de daños que superen el límite admisible y que no son eventual actualización del riesgo inherente a la actividad en cuestión, sino inexorable consecuencia de la misma.

²³ Ver, en este sentido, el epígrafe VII de este comentario.

²⁴ Como solución moderna orientada al mantenimiento de inmisiones aunque produzcan perjuicios sustanciales, cuando la cesación suponga un gasto desproporcionado o provenga de instalaciones autorizadas administrativamente, y que prevén la sustitución de la condena civil al cese de la actividad por una indemnización de los daños futuros en determinados casos, podemos citar el artículo 546 del Código Civil de Cataluña, relativo a inmisiones resarcibles que el propio texto califica como legítimas y según el cual:

1. *Los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones provenientes de una finca vecina que son inocuas o que causan perjuicios no sustanciales. En general, se consideran perjuicios sustanciales los que superan los valores límite o indicativos establecidos por las leyes o los reglamentos.*

2. *Los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal de la finca vecina, según la normativa, y si poner fin a las mismas comporta un gasto económicamente desproporcionado.*

3. Consideraciones conclusivas sobre la superposición parcial entre el daño moral futuro y la disminución del valor de los inmuebles afectados

Podríamos decir, en fin, que no puede hablarse de absoluta coincidencia entre ambas partidas pero sí de una evidente superposición parcial, hasta el punto de que la apreciación íntegra de ambas generaría, sin lugar a dudas, un enriquecimiento injusto para el perjudicado; el razonamiento que nos lleva a tal conclusión pasa por considerar que si el valor de mercado de las fincas afectadas por unas determinadas inmisiones se reduce, es por las molestias que de ellas van a derivarse y que también reducirán el confort que esas fincas son capaces de proporcionar a sus usuarios cuando se comparan con otros inmuebles de análogas características pero que no estén afectados por la inmisión; esa reducción va a reflejarse, lógicamente, en el valor de cambio del inmueble, es decir en el precio que estarían dispuestos a pagar los potenciales adquirentes de la propiedad o de otros derechos sobre las fincas afectadas por las inmisiones, ya sea porque esos adquirentes van a instalar allí su

3. *En el supuesto a que se refiere el apartado 2, los propietarios afectados tienen derecho a recibir una indemnización por los daños producidos en el pasado y una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que puedan producirse en el futuro si estas inmisiones afectan exageradamente al producto de la finca o al uso normal de ésta, según la costumbre local.*

4. *Según la naturaleza de la inmisión a que se refiere el apartado 2, los propietarios afectados pueden exigir, además de lo establecido por el apartado 3, que esta se haga en el día y el momento menos perjudiciales y pueden adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo de los propietarios vecinos.*

5. *Las inmisiones sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas administrativamente facultan a los propietarios vecinos afectados para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas y para solicitar la indemnización por los daños producidos. Si las consecuencias no pueden evitarse de esta forma, los propietarios tienen derecho a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los daños que puedan producirse en el futuro.*

6. *Ningún propietario o propietaria está obligado a tolerar inmisiones dirigidas especial o artificialmente hacia su propiedad.*

7. *La pretensión para reclamar la indemnización por daños y perjuicios o la compensación económica a la que se refieren los apartados 3 y 5 prescribe a los tres años, contados a partir del momento en que los propietarios tengan conocimiento de las inmisiones.*

La citada disposición persigue, entre otras, la encomiable finalidad de terminar con la posibilidad de hacer cesar actividades que cuentan con todas las autorizaciones administrativas (o que producen un beneficio económico para la comunidad mucho mayor que el daño causado a algunos vecinos), sustituyendo la cesación por la indemnización de los daños futuros. El problema consiste en concretar la forma que ha de revestir esa indemnización y su tratamiento en caso de transmisión de la propiedad o constitución de derechos de uso de las fincas cuyos titulares anteriores fueron indemnizados, según el esquema que desarrollaremos en el apartado VI.4 de este comentario. DÍAZ ROMERO, en *ob. cit.*, especialmente en las páginas 106-107 y con amplia cita de la doctrina existente sobre esa normativa, critica la amplitud con que se permite el mantenimiento de actividades que causan inmisiones generadoras de perjuicios sustanciales, opinión que compartimos en líneas generales y salvando algún exceso bastante generalizado entre los civilistas, normalmente propensos a minusvalorar la incidencia macroeconómica de una solución jurídica. Por nuestra parte creemos que la norma autonómica tiene la virtud de considerar que la destrucción de un sistema económico se produce poco a poco, instalación a instalación, y termina por causar los tremendos daños morales derivados del paro y la subsiguiente marginación social, como estamos comprobando muy a nuestro pesar.

residencia, ya porque van a alquilar las edificaciones estimando que los potenciales arrendatarios estarán dispuestos a pagar una renta menor, o ya porque van a instalar una empresa y los trabajadores se enfrentarán a unas peores condiciones de trabajo, que a su vez determinarán un menor rendimiento o la exigencia de un mayor salario. Precisamente por ello, y como indicamos en otro lugar, una de las maneras de cuantificar el daño moral derivado del incumplimiento de contratos orientados a satisfacer directa o indirectamente intereses morales, consiste en atender a la manera en que el mercado diversifica los bienes y servicios en atención a sus distintas cualidades, entre las que se incluyen las orientadas a ofrecer un determinado grado de confort o satisfacción moral²⁵. Otra cosa es que la reducción del precio de mercado absorba todos los daños futuros (porque admitir esto sería tanto como imponer al perjudicado la venta y desalojo como única alternativa, en el caso de que no le sea posible soportar esas inmisiones futuras, ignorando el valor de uso que para él pudiera tener el inmueble afectado); pero parece evidente que si se condenara simultáneamente a indemnizar todo el daño moral futuro y, además, la reducción del valor de mercado del inmueble, se estaría incurriendo en una evidente duplicidad, porque sería tanto como compensar la diferencia entre el precio de un predio sin la inmisión dañosa y el que se deriva de que el mercado la identifique como una molestia *que hay que soportar*, pero indemnizando al mismo tiempo por soportarla.

En cuanto a los supuestos en que el derecho de propiedad concorra con otros derechos de uso sobre el inmueble afectado por la inmisión²⁶, creemos que en tales casos la relación entre las dos partidas sigue existiendo. Si el derecho de uso en cuestión es transmisible, porque la reducción del valor derivada de la inmisión se repartirá entre la que afecta a la transmisión de la propiedad gravada y a la del propio derecho de uso, ya que ambos derechos se verán afectados, en alguna medida, por la incomodidad derivada de la inmisión (el propietario habrá de vender a menor precio, pero el arrendatario con derecho de traspaso también se vería afectado en caso de ejercitar esa facultad); pero además ha de considerarse que, tanto si el derecho de uso es transmisible como si no, y estando dicho derecho constituido a título oneroso, una parte de la reducción de valor de la propiedad quedará compensada por el tiempo durante el cual el usuario esté abonando la contraprestación o renta que se había pactado cuando no existía la inmisión y sin prever su incidencia (la parte correspondiente a la diferencia entre el precio de la cesión de uso del inmueble con y sin inmisión): de ello se deduce que ni siquiera en estos casos puede hablarse de rotunda independencia entre el daño moral futuro derivado de una inmisión y la diferencia de valor de mercado de los inmuebles afectados.

4. Breve referencia a los titulares de esa indemnización futura

La peculiar manera de abordar las inmisiones que estamos analizando, consistente en el eventual mantenimiento de las mismas combinado con la

²⁵ En nuestro trabajo «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual [...]», *ob. cit.*, en especial pp. 1.732-1.735.

²⁶ Recordemos que éste es uno de los argumentos citados en el fundamento de Derecho quinto de la Sentencia del TS de 31-5-2007, para diferenciar el daño moral y la diferencia de valor del inmueble afectado por una inmisión, en tanto relaciona el primero con el uso del inmueble y la segunda con la propiedad del mismo.

obligación de indemnizar los daños futuros, origina también, como dijimos con anterioridad, el problema relativo a la configuración jurídica de la indemnización y la suerte que haya de correr, en caso de transmisión de las fincas cuya titularidad otorga el derecho a percibirla o de la constitución de derechos sobre dichas fincas. La solución a este problema también depende del modo en que se pide y concede la indemnización por esos daños: si se hubiera solicitado una cantidad a pagar periódicamente y mientras se prolongue la actividad, como se hizo en la demanda que originó la sentencia comentada, parece que, de haberse concedido finalmente la misma, estaríamos ante un crédito cuyo titular se determina *ob rem*, y que la transmisión de la propiedad del inmueble habría de suponer, lógicamente, el cambio de acreedor, debiendo contenerse en la sentencia las oportunas determinaciones en tal sentido. Ahora bien, si se hubiera abonado de una sola vez al propietario demandante, bien sea mediante la capitalización de la cantidad periódica que se determine por el tiempo estimado de mantenimiento de la actividad, o bien mediante el pago de una cantidad en concepto de diferencia de valor de la vivienda (cuya parcial coincidencia con el daño futuro argumentamos con anterioridad), surge el problema grave de determinar si el comprador podrá volver a pedir indemnización por daño moral, y así sucesivamente cuantas veces se transmita la propiedad de las fincas afectadas (y lo mismo podríamos plantearnos en caso de constitución o cesión de otros derechos sobre las mismas), o bien si se aplicaría la excepción de cosa juzgada a pesar de las dificultades existentes para apreciar la existencia de identidad entre los demandantes. Nótese que, según la resolución que estamos comentando, en esos casos no habría derecho a indemnización alguna por reducción de valor porque al comprar ya existía la actividad causante de la inmisión, de manera que, o bien la reducción de valor no existe, o bien no puede ser imputada a dicha inmisión; pero si la demanda solicita simplemente la indemnización de esos daños y perjuicios futuros, ¿qué sucedería? Por nuestra parte entendemos que, en cualquier caso, el menor precio que pudo pagar el demandante debido a la influencia producida en su finca por la inmisión podría ser considerada como *compensatio lucri cum damno*, a los efectos de reducir esa partida de la indemnización²⁷. Aunque también pensamos que la mejor solución consistiría en que, cuando se abonase la indemnización por daños futuros de una sola vez, esa medida se complementara con la constitución de una servidumbre predial, que gravaría las fincas de los litigantes indemnizados y consistiría en el deber de tolerar la inmisión indemnizada.

Afortunadamente la sentencia que comentamos no tuvo que abordar estas cuestiones, ni otras muchas que podrían afectar a la distribución de las partidas indemnizatorias entre propietarios y arrendatarios o titulares de derechos de uso sobre las fincas afectadas y cuya sistematización ni siquiera nos atrevemos a esbozar en estas breves líneas, porque el recurso de casación rechazó la existencia de derecho a indemnización alguna por las razones que trataremos a continuación; pero todas esas cuestiones penden como una verdadera espada de Damocles sobre casos ulteriores, y no nos cansaremos de repetir que todo ello viene determinado por forzar el sistema resarcitorio para

²⁷ Tanto si se parte de la teoría de la diferencia como si acudimos a la llamada concepción real concreta del daño, limitadora esta última de la *compensatio lucri cum damno*, la estimación resultaría procedente, a nuestro juicio, porque tanto el menor precio de mercado pagado por el comprador como las molestias que le ocasiona el daño resarcible derivan del mismo hecho dañoso: las propias inmisiones. Sobre estos aspectos, ver Díez-PICAZO: *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 319-322.

compatibilizar el mantenimiento de la actividad generadora de inmisiones con la obligación de indemnizar los daños futuros que de ella se deriven.

VII. LA INCIDENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE NORMAS REGLAMENTARIAS Y LICENCIAS ADMINISTRATIVAS: ¿INICIO DE UN GIRO JURISPRUDENCIAL?

La sentencia comentada resulta especialmente elogiada por iniciar una línea que parece orientarse a reconocer la relevancia que merecen las normas sobre zonificación establecidas por el planeamiento urbanístico, matizando una tendencia anterior que dejaba traslucir cierto menosprecio, dicho sea con el debido respeto, hacia leyes y normas reglamentarias calificadas con alguna ligereza como «administrativas» y que son las llamadas a regular, incluso demasiado exhaustivamente y con independencia de su verdadera efectividad, el ejercicio de las actividades empresariales susceptibles de causar inmisiones y la utilización, para esas actividades, de terrenos y edificaciones.

Así, en cuanto al ejercicio de actividades susceptibles de causar emisiones dañosas, la licencia precisa para su inicio viene orientada a que las administraciones competentes verifiquen el cumplimiento de la compleja normativa estatal, autonómica y municipal, sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, entre la que se encuentra destacadamente el reglamento aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre; además esas actividades han de emplazarse en terrenos aptos para su desarrollo, según la zonificación que ha de contenerse en los instrumentos de ordenación urbanística, tradicionalmente denominados planes de urbanismo, cuya aprobación requiere una serie de trámites que incluyen un estudio detallado sobre el impacto que esa zonificación tendrá sobre el medio ambiente y la sumisión a un procedimiento previo de información pública, durante el cual no sólo los propietarios de las fincas afectadas, sino todos los ciudadanos, pueden efectuar cuantas alegaciones convengan a su derecho.

Ahora bien, con independencia de todos esos trámites y cautelas, así como del coste que los mismos suponen para los adquirentes de terrenos susceptibles de albergar actividades empresariales, es sobradamente conocida la línea jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en el sentido de afirmar, cuando se trata del modo en que se desarrolla una actividad empresarial potencialmente generadora de inmisiones, que no basta con el cumplimiento de los reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, porque de hecho el daño se ha producido, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia²⁸; ni siquiera la existencia de licencia administrativa para el ejercicio de la actividad ha alterado sustancialmente la solución dispensada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo a estos problemas, pese a la presunción de validez de los actos administrativos proclamada por la legislación de

²⁸ Como expone DE ANGEL YAGÜEZ en *La Responsabilidad Civil*, Bilbao, 1988, pp. 62-63, citando, como precursoras de esta continuada línea jurisprudencial, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13-2-1928 y 29-6-1932, y como exponentes posteriores las de 25-3-1954, 30-6-1959, 5-4-1963, 2-2-1976, 8-10-1984 y 2-4 y 22-12-1986, a las que, sin intención de ser exhaustivos, podríamos unir las de 16-1-1989, 24-5-1993, 7-4-1997 y 16-1-2002, citadas a su vez por la de 31-5-2007.

tal carácter²⁹; y no deja de resultar curioso constatar cómo esta tendencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo puede encontrar cabal apoyo en un precepto que ha formado parte de nuestro Derecho Urbanístico desde la promulgación de la primera Ley del Suelo y cuya versión actual se contiene en el artículo 49 del RD-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, según el cual «*los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior, podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia 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 encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas*»³⁰.

Esta irrelevancia civil del cumplimiento o incumplimiento de normas que se consideran extrañas bajo su genérica calificación como «administrativas», presenta, sin embargo, unas características peculiares cuando la acción civil no se plantea directamente contra el ejercicio de una actividad causante de inmisiones, sino frente a la realización de una obra nueva amparada por licencia municipal; en estos últimos supuestos, las resoluciones de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo han ido asentando una línea jurisprudencial según la cual «*cuando la discrepancia surge entre particulares y el hipotético infractor se halla legitimado por un acuerdo de la Administración, no podrá pretenderse sin más el derribo acudiendo a la Jurisdicción común, desprovista de facultades para anular el acto legitimador emanado del órgano competente*»³¹. Podría decirse que esta última línea citada contradice la

²⁹ Desde los albores del Derecho Administrativo: ayer en el artículo 45.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958, y hoy en el 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁰ El artículo 224 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12-5-1956 establecía ya que «*los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior y en el 213, podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo estatuido respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos, que estuviesen directamente encaminadas a tutelar el de las demás fincas*». La previsión ha ido pasando de unas leyes de suelo a otras hasta llegar, como legislación básica estatal, al vigente artículo 49 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo, sin que durante todo ese proceso sufriera más alteraciones que la sustitución de los términos «estatuido» por «dispuesto» y «estuviesen» por «estuvieren».

³¹ Sentencia de la Sala 1.ª del TS de 20-1-1983, comentada por CARRASCO PERERA, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1, resolución número 20. Esta Sentencia ha sido citada por GONZÁLEZ PÉREZ en sus *Comentarios a la Ley del Suelo*, tomo III, Madrid, 1993, pp. 2405-2411, deduciendo de ella este último autor que «en el supuesto de que una obra ilegal se realice por el particular sin estar amparada por un acto administrativo, los interesados podrán acudir a los tribunales ordinarios, a tenor de lo dispuesto en este artículo, y ante la Administración pública con competencia para actuar ante la obra ilegal, pudiendo deducir en su caso el oportuno recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad administrativa». En concreto, en el trascendental Fundamento de Derecho Tercero de la citada resolución se afirma lo siguiente: «*que aun admitiendo como realidad legal innegable la vinculación de la propiedad privada por los planes y actos administrativos, principalmente en el campo urbanístico, con la modificación consiguiente del tradicional concepto y contenido del dominio, así como la índole instrumental de las limitaciones establecidas por el ordenamiento, según proclaman diversos preceptos de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (entre otros, artículos noveno y setenta y seis del*

expuesta con anterioridad, en tanto otorga relevancia al acto administrativo autorizante en plena coherencia con la presunción de validez derivada del Derecho Administrativo y, además, parece olvidar el precepto contenido hoy en el anteriormente citado artículo 49 el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008³²; no obstante, si profundizamos algo más en esas dos líneas jurisprudenciales y reparamos en que en este último grupo de casos la acción civil dirigida contra la construcción se fundaba en la delimitación del derecho de propiedad establecida por el planeamiento urbanístico, y más concretamente en sus prescripciones sobre el retranqueo que las edificaciones han de respetar respecto a los linderos de la finca, inmediatamente nos daremos cuenta de que la aparente contradicción no existe, y que ambos conjuntos de resoluciones responden a un insatisfactorio denominador común: lo que el Tribunal Supremo nos venía diciendo es que las normas de vecindad establecidas por lo que el alto tribunal llama «legislación administrativa» son prácticamente indiferentes a efectos civiles; y la citada indiferencia se proclamaba tanto en el caso de que se alegara el cumplimiento de tales normas para evitar la condena a cesar en el ejercicio de una actividad, con el fundamento de que dicho cumplimiento no exime al responsable del deber de indemnizar, como si lo

Texto Refundido de nueve de abril de mil novecientos setenta y seis) las restricciones al «ius aedificandi» por obra del planeamiento, repetidamente recordadas por la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias de diez de junio y siete de noviembre de mil novecientos setenta y siete, diecinueve de junio de mil novecientos setenta y nueve, veinticuatro de marzo, diecinueve de abril, veintiséis de septiembre y siete de octubre de mil novecientos ochenta, etc., cobran su verdadera significación ante los Tribunales de ese orden, quienes habrán de discernir los términos del concreto plan de ordenación y las restricciones que lleva aparejadas en el uso y aprovechamiento del suelo en el paraje de que se trata, por lo mismo que la concesión de las licencias para edificar (artículos ciento setenta y ocho y siguientes de dicha Ley) y las conductas determinantes de infracciones urbanísticas (artículos doscientos veinticinco y siguientes) atañen a materia sustraída al conocimiento de la jurisdicción ordinaria por su naturaleza jurídico-administrativa (artículo doscientos treinta y cuatro) fuera del supuesto excepcional contemplado en el artículo doscientos treinta y seis de la misma Ley, alusivo a la posibilidad de ejercitar la acción de demolición ante los jueces civiles, norma que según entiende la doctrina ha de ser interpretada restrictivamente, y en consecuencia cuando la discrepancia surge entre particulares y el hipotético infractor se halla legitimado por un acuerdo de la Administración, no podrá pretenderse sin más el derribo acudiendo a la jurisdicción común, desprovista de facultades para anular el acto legitimador emanado del órgano administrativo competente».

Personalmente nos permitimos dudar de que la resolución de la Sala 1.^a hubiera sido distinta en el caso de que la edificación no contara con licencia de obras; en primer lugar porque la normativa aplicable es la citada en la nota a pie de página número 29, que no establece diferencia alguna relacionada con la existencia o inexistencia de dicho acto administrativo; y en segundo lugar, porque si de lo que se tratara es de evitar la colisión de la Sentencia de la Sala 1.^a con otra resolución de la Sala de lo Contencioso-administrativo que declarase la licencia conforme a Derecho (por entender esta última que la edificación es conforme con la normativa urbanística), esa colisión también podría darse en caso de seguirse un posterior procedimiento de legalización de la construcción realizada sin licencia, o bien si se estimara el recurso Contencioso-administrativo planteado por el propietario contra la denegación de la licencia (si esta última fuera la causa de su inexistencia). Lo cierto es que la doctrina sentada por la citada sentencia de la Sala 1.^a del TS, de 20-1-1983, fue reiterada, entre otras, en la de 5-6-86.

³² Como agudamente destaca CARRASCO PERERA, en *Relaciones Jurídicas con Contenido Urbanístico*, Navarra, 1999, p. 79, haciendo referencia al artículo 305 del Texto Refundido de la Ley Sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, prácticamente idéntico al artículo 49 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo: «es curioso que el Tribunal Supremo sólo suele acordarse del art. 305 del TRLS cuando se trata de reclamar su propia competencia frente a los tribunales contencioso-administrativos; competencia civil que el precepto en cuestión viene a reconocer expresamente».

alegado fuera su rotundo y manifiesto incumplimiento para impedir o eliminar una obra nueva, porque en tales casos se nos dice que las restricciones al derecho a edificar impuestas por el planeamiento urbanístico cobran su verdadera significación ante la jurisdicción contencioso-administrativa³³.

Y es aquí, en medio de la complejidad que revisten lo supuestos que un destacado sector doctrinal ha calificado acertadamente como «relaciones civiles con contenido urbanístico»³⁴, donde la resolución comentada hace una matización fundamental, al otorgar relevancia a las «normas administrativas» relacionadas con los usos del suelo y de las edificaciones, que actúan a su vez a través de la zonificación llevada a cabo por los instrumentos de ordenación urbanística; se da así un pequeño paso hacia esa relevancia de los reglamentos administrativos a los que siempre remitió el legislador desde el propio Código Civil, pese a la infundada y permanente alusión al carácter absoluto del derecho de propiedad contemplado en el mismo; relevancia iniciada en el mismo artículo 348 del citado Código, que prescinde de la literal alusión al carácter absoluto de la propiedad característica del Código francés, perfilada con mayor claridad en su artículo 350, que limita la actuación del propietario de un terreno no sólo en atención a lo dispuesto por las leyes especiales vigentes en el momento de su promulgación, sino también a los *reglamentos de policía*, y que se reitera con total coherencia en el artículo 590 del reiterado Código, tan frecuentemente aludido en sede de inmisiones y que impone a determinadas edificaciones, potencialmente dañosas para los vecinos, el respeto de las distancias prescritas por *los reglamentos* y usos del lugar, así como la adopción de las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que *los mismos reglamentos* prescriban³⁵; esta continuada invocación de las normas reglamentarias como complemento de la

³³ Cuando se trata de interdictos, pese a la clásica resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de 12-11-1974, que admitió el interdicto de obra nueva frente a una construcción amparada por licencia municipal, comentada por SAINZ MORENO en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, pp. 268 y siguientes, puede compartirse la afirmación hecha por CARRASCO PERERA, en *Relaciones Jurídicas con Contenido Urbanístico*, Navarra, 1999, pp. 79-80, según el cual «Por lo que se refiere a la defensa interdictal, y a pesar de que existe jurisprudencia de instancia en sentido contrario, la doctrina que puede considerarse consolidada en el Tribunal Supremo es la que niega la procedencia de interdictos de obra nueva cuyo objeto sea la defensa de intereses reflejos derivados de la observancia o inobservancia de normas urbanísticas». Pero además ha de destacarse que los interdictos no afectan tan directamente a la cuestión que estamos planteando, centrada en la configuración del derecho de propiedad llevada a cabo por la normativa administrativa, porque tienen un fundamento predominantemente fáctico y porque la sentencia obtenida en ellos carece de la eficacia de cosa juzgada en relación con el derecho a edificar, como se deduce hoy de los artículos 447.2 y 250.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁴ Se trata, obviamente, de CARRASCO PERERA, cuya obra ya citada *Relaciones Jurídicas con Contenido Urbanístico*, Navarra, 1999, estimamos fundamental para obtener una visión panorámica y ordenada de la enorme cantidad de problemas que proliferan en esa frontera un tanto artificial que pretende dividir el Ordenamiento Jurídico en las cada vez más artificiosas categorías de Derecho Público y Derecho Privado.

³⁵ No en vano afirmaba el profesor DE CASTRO en *Derecho Civil de España*, T. I., p. 228, que el derecho de propiedad se caracteriza en nuestro Código por «un liberalismo templado». En cuanto a la ausencia de referencia expresa al reglamento como fuente de limitaciones al derecho de propiedad en el principal artículo 348 del Código Civil, basta acudir a la equiparación latente que existe en el Código Civil entre la ley y la norma estatal en sentido amplio: sobre todas estas cuestiones y para una amplia panorámica de los caracteres que reviste el derecho de propiedad en nuestro Código Civil, se recomienda consultar el trabajo de LOBATO GÓMEZ: *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989, principalmente pp. 244-266.

regulación codificada sería suficiente para no precisar tan siquiera el recurso al artículo 33.2 de la Constitución Española y a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando se trata de defender la tesis de que la delimitación del derecho de propiedad, según su función social y «de acuerdo con la ley», se puede llevar a cabo, y efectivamente se lleva, a través de los reglamentos administrativos para la aplicación y el desarrollo de disposiciones de rango legal, entre las que se cuenta, destacadamente, el propio Código Civil (se trataría de los reglamentos denominados *intra* y *secundum legem*), excluyéndose solamente los reglamentos *extra legem* o totalmente independientes.

El acierto de esta Sentencia, en cuanto toma en cuenta las normas sobre zonificación y distribución de usos y tipologías edificatorias contenidos en los instrumentos de ordenación urbanística como apoyo fundamental de su decisión, se pone también de manifiesto si pensamos en el blindaje que esas normas podrían proporcionar en el caso de eventuales recursos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que si bien ha reiterado la posibilidad de alegar el derecho a la inviolabilidad del domicilio también en las llamadas «relaciones horizontales» (reaccionando frente a la inactividad de la administración cuando la injerencia proviene de un particular)³⁶, también ha considerado que las prescripciones del planeamiento sobre zonificación pueden ser alegadas para que la injerencia se estime como justificada³⁷.

Sin embargo, la sentencia comentada presenta un flanco débil, porque, si bien alguna vivienda estaba localizada en suelo destinado a uso industrial, otras se ubicaban en suelo no urbanizable común, y además, como parece deducirse de las afirmaciones hechas por alto tribunal (en el fundamento de Derecho noveno de la sentencia comentada, por ejemplo), fueron edificadas de acuerdo con la oportuna licencia municipal; en este sentido, y una vez que la sentencia no prescinde de la legalidad urbanística de las respectivas actividades desarrolladas por ambas partes litigantes, sino que se apoya básicamente en ellas para fundamentar el fallo, no parece del todo coherente la equiparación que viene a hacerse entre «la propia ilegalidad urbanística de quien decide construirse una vivienda en zona industrial», con la situación jurídica de quien obtuvo lo que el alto tribunal considera como una «mera licencia municipal para construir en zona rústica», decidiendo finalmente que ambas situaciones son iguales, mediante la consideración de ambos casos como instalación de vivienda en suelo «no residencial» y para rechazar la obligación de indemnizar de quienes provocan las inmisiones desde «la zona urbana industrial del municipio». Lo inadecuado de la equiparación destacará especialmente si la licencia para vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable común se concedió con arreglo a las prescripciones legales vigentes, sin que en modo alguno pueda considerarse como un acto administrativo radicalmente nulo y perfectamente asimilable al inexistente³⁸; por

³⁶ Sentencias del TEDH de 22-10-1996 y 16-11-2004, entre otras muchas.

³⁷ Sentencias del TEDH de 25-9-1996 y 18-1-2001, entre otras. Y como no existe motivo para entender que esa justificación se limite a las injerencias llevadas a cabo por las administraciones públicas, como sucedía en los casos analizados por dichas sentencias, la invocación de la legalidad urbanística parecería una buena vía para cubrir eventuales condenas al Estado Español, que luego y como siempre acabará pagando el contribuyente.

³⁸ En este sentido, desde la primera Ley del Suelo de 1956 ya estaba prevista la posibilidad de que en suelo rústico se edificaran viviendas unifamiliares (artículo 69.2.^a b de dicho texto legal). Esta posibilidad va a mantenerse de forma expresa en el artículo 85.2.^a *in fine* del Texto Refundido de 1976 y en el artículo 16.2.^a *in fine* del Texto Refundido de 1992. Paralelamente se iba profundizando en la diferenciación de dos tipos de suelo rústico, rural o no urbanizable: el de especial protección por sus valores intrínsecos, en

estas consideraciones nos parece que la solución adoptada por el Tribunal Supremo, tal como ha sido enunciada, sólo resultaría plenamente compartible en los casos de conflicto entre una actividad emisora que cumple con todos los requisitos legales, incluido su emplazamiento en una zona apta para su desarrollo, con la existencia de viviendas o edificaciones rotunda y claramente ilegales, situadas en ámbitos inadecuados para el uso correspondiente; y aún quedaría pendiente el problema relativo a si esa legalidad e ilegalidad pueden ser estimadas por los tribunales civiles como cuestión prejudicial, y si podría extenderse también a los supuestos en que exista licencia municipal de obras, partiendo de la redacción dada al reiterado artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 para superar el obstáculo representa-

relación con el cual se aplica el máximo rigor en cuanto a las actuaciones permitidas, y el común, que es simplemente el suelo rústico, rural o no urbanizable que el planeamiento considera inapropiado para su inmediata urbanización, en el cual las actuaciones posibles, incluidas las edificatorias, son mucho más variadas. La legislación autonómica va incidiendo progresivamente en la materia, y en la Comunidad valenciana en concreto se promulgó, primero, la Ley 4/1992, de 5 de junio, del suelo no urbanizable, sustituida hoy por la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, también del suelo no urbanizable, resultando especialmente relevantes los siguientes preceptos:

Artículo 16. Normas: Respecto del suelo no urbanizable protegido, los planes generales y, en su caso, los planes especiales, en el ejercicio de sus funciones, y en coordinación con la legislación o planeamiento sectorial determinantes de su protección específica, establecerán las normas de utilización, conservación y aprovechamiento que garanticen la consecución de los fines determinantes de dicha protección. En particular, incluirán, cuando proceda, la prohibición absoluta de construir, así como las medidas a adoptar a efectos de conservación, protección o mejora.

Artículo 17. Obras, usos y aprovechamientos: en el suelo no urbanizable protegido, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de su legislación o planeamiento sectorial determinante de su protección, sólo se podrán realizar instalaciones, construcciones u obras que tenga previstas el planeamiento por ser necesarias y compatibles con el mejor aprovechamiento, conservación, cuidado y restauración de los recursos naturales o para su disfrute público y aprovechamiento colectivo. Igualmente, se podrán llevar a cabo las obras e instalaciones necesarias para la gestión de los bienes de dominio público o de los servicios públicos o actividades de utilidad pública o interés general y para la minoración de los riesgos que motivaron su especial protección.

Artículo 18. Zonificación: 1. Los planes urbanísticos o territoriales con capacidad para ordenar usos en suelo no urbanizable común, en virtud de su respectiva legislación, delimitarán zonas, al menos, en función de los siguientes usos y aprovechamientos característicos:

- a) Zonas cuyos terrenos sean idóneos para aprovechamientos agropecuarios, forestales o cinegéticos.
- b) Zonas en que sea posible la explotación de canteras, extracciones de áridos o de tierras, o con recursos geológicos o hidrológicos.
- c) Zonas en que sea posible el uso de vivienda, diferenciando las áreas en las que sea posible la vivienda aislada y familiar, aquellas en las que sea posible la vivienda rural vinculada a explotación agrícola y aquellas en las que se delimiten los asentamientos rurales tradicionales e históricos existentes.
- d) Zonas en las que, excepcionalmente y en las condiciones establecidas en esta Ley, pudieran implantarse actividades industriales, productivas, terciarias o de servicios, de necesario emplazamiento en el medio rural o que requieran una posición aislada en el territorio.
- e) Zonas en las que se excluya todo tipo de edificación o se sujete a limitaciones específicas, de acuerdo con la estrategia de ocupación del territorio definida en el planeamiento.

2. Justificadamente se podrán establecer zonas mixtas, susceptibles de usos y aprovechamientos característicos de varias zonas.

do por una presunción de validez del acto administrativo que, en el ámbito urbanístico, quizá convendría ir transformando en presunción de ilegalidad.

Cuestión distinta sería entender que no basta la mera existencia de viviendas, aunque hayan sido construidas de acuerdo con las prescripciones de la legislación y el planeamiento urbanísticos, para que automáticamente nos encontremos ante una zona o núcleo residencial a efectos de que le sean aplicadas las correspondientes magnitudes sobre niveles máximos de inmisiones sonoras, pudiendo contribuir a este entendimiento las normas que prevén la posibilidad de autorizar la construcción de viviendas en suelo no urbanizable con los límites de que no originen núcleos de población, sean aisladas, o similares. Pero ir decididamente por esta vía probablemente habría supuesto una ruptura demasiado brusca con la jurisprudencia anterior de la Sala I.^a del Tribunal Supremo, cuyas líneas básicas hemos trazado con anterioridad, ya que implicaría la necesidad de interpretar y aplicar las normas urbanísticas sobre construcción de vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable, haciendo también lo propio con las ordenanzas y disposiciones relativas a las inmisiones sonoras, con especial hincapié en la problemática relacionada con su ámbito espacial de aplicación; y, lógicamente, no se podría soslayar la implicación de esas perturbadoras cuestiones que venimos refiriendo sobre la interpretación civil de la legalidad «administrativa» y su eventual colisión con la que pudiera derivarse de la jurisprudencia contencioso-administrativa. Creemos que este será el camino a seguir para detener esas «acciones en busca de dinero» que se irán haciendo cada vez más frecuentes, al menos si no se quiere optar por la remisión de todas estas cuestiones a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, regida por unas normas procesales pensadas para dirimir litigios planteados frente a las administraciones públicas, no entre particulares, pero por el momento debemos conformarnos con elogiar la inspiración y el resultado de la resolución objeto de estas líneas.

Para terminar este ya demasiado extenso comentario, podríamos apuntar que la Sentencia quizá pudo apuntalar un poco más su fallo otorgando alguna relevancia a la existencia de un trámite legal de información pública, en relación con la tramitación de los instrumentos de ordenación urbanística que hubieron de preceder el desarrollo del polígono industrial, y a la consiguiente posibilidad que tuvieron los demandantes, o las personas de quienes estos traen causa, para comparecer en ese expediente haciendo las alegaciones oportunas³⁹; sin olvidar tampoco el derecho que les incumbía respecto a la impugnación del acto administrativo aprobatorio de esos instrumentos de ordenación ante los tribunales integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁰. La citada línea argumental podría haberse utilizado para fundamentar que, al guardar silencio en ese momento para pretender después la cesación de las lógicas molestias derivadas de la implantación del polígono industrial, acudiendo para ello a las acciones civiles, los integrantes de la asociación actora estarían yendo contra los postulados impuestos por al buena fe que ha de regir el ejercicio de los derechos, dándose lugar a un uso abusivo del mismo con la consiguiente reconducción del problema al

³⁹ En este sentido todas las legislaciones autonómicas prevén esa intervención para satisfacer el derecho básico de todos los ciudadanos a la participación en la ordenación y gestión urbanísticas, contemplado desde nuestra primera Ley del Suelo y proclamado también hoy, como garantía básica, en el artículo 3. c) *in fine* del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

⁴⁰ Artículo 50.2 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

artículo 7.2 del Código Civil (el problema es si toda la sentencia podría descansar exclusivamente en este razonamiento, cosa que es un tanto difícil de afirmar)⁴¹; claro que también podría otorgarse relevancia al uso implantado primero frente al posterior, aunque matizando que ha de tratarse de un uso anterior que resultara conforme con la legislación administrativa que delimita el contenido del derecho de propiedad. Pero todas estas consideraciones desbordan ya la finalidad de un simple comentario de sentencia para adentrarse en la sustitución de la resolución comentada por la que habría producido este modesto comentarista, invocando además algunas instituciones y preceptos que no fueron siquiera alegados por las partes.

⁴¹ Porque la mejor solución de estos casos es la que podría haberse conseguido a partir del procedimiento de delimitación del polígono industrial por el planeamiento y su posterior ejecución, pudiendo consistir en el establecimiento de una servidumbre forzosa que afectara a la franja de terrenos que limitara con las industrias a instalar; para ello podrían haberse incluido los terrenos afectados total o parcialmente por esa franja en la unidad de actuación urbanística delimitada, si bien a los exclusivos efectos de que sus propietarios fueran indemnizados en metálico por la imposición de esa servidumbre, con cargo a los gastos de urbanización asumidos por los propietarios de las fincas de uso industrial resultantes de la actuación. El acto firme de aprobación del proyecto de distribución de beneficios y cargas parece suficiente para la modificación de entidades hipotecarias en general y también para la constitución de la servidumbre a que hacemos referencia, o al menos así parece derivarse de la redacción dada hoy a los artículos 51.1 en relación con el 54.5, ambos del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, cuyo desarrollo se encuentra en los artículos 1.1 y concordantes del RD 1093/1997.