

Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial.

Tesis Doctoral: David AVIÑÓ BELENGUER.

Dirigida por el Dr. Javier PLAZA PENADÉS, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia.

Denominación de los estudios de doctorado cursados: Programa: 050 F. “Aspectos civiles y fiscales de la adquisición y disfrute de bienes inmuebles”.

Departament de Dret Civil.
Facultat de Dret.
Universitat de València.
Valencia, a 14 de Julio de 2014.

SUMARIO

ÍNDICE.....	3
ABREVIATURAS	11
TABLAS	15
INTRODUCCIÓN.....	16
METODOLOGÍA.....	23
DESARROLLO	25
CONCLUSIONES.	469
JURISPRUDENCIA.....	484
BIBLIOGRAFÍA.	492

ÍNDICE.

PARTE I. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO CONTINENTAL Y EN EL COMMON LAW. 25

Capítulo 1. Medio Ambiente, contaminación y reparación del daño..... 25

- I) Medio Ambiente y contaminación industrial..... 25
 - 1) El medio ambiente como objeto de tutela jurídica. 25
 - A) Concepto de Medio ambiente y principios aplicables. 25
 - B) Dimensión constitucional del medio ambiente. El art. 45 CE. 28
 - 2) La contaminación industrial y su prevención..... 30
 - A) Concepto y tipos de contaminación industrial. 30
 - B) Prevención de la contaminación en el derecho público. 33
 - 3) Tipos de daños ocasionados por la contaminación industrial. El daño ecológico y el daño tradicional. Efectos de la Ley de Responsabilidad Medioambiental..... 36
- II) Régimen jurídico aplicable a los daños civiles por contaminación. 41
 - 1) Clasificación de los daños civiles por contaminación..... 41
 - A) Desde la perspectiva de los intereses afectados: inmisiones y otros daños. 41
 - B) Según el grado de conocimiento de la contaminación por parte del operador industrial causante: emisiones conocidas y escapes desconocidos. 42
 - C) Por la peligrosidad de la actividad: peligrosas o anormalmente peligrosas..... 45
 - D) Por el fundamento del ilícito civil por contaminación..... 45
 - 2) Problemática en la búsqueda del fundamento de la responsabilidad..... 47
 - A) Relación entre “private nuisance”, “strict liability” y “negligence”..... 47
 - B) Subsunción de la responsabilidad por riesgo en el resto de fundamentos. 50
 - C) Necesidad de construir un sistema estructurado y coherente..... 51

Capítulo 2. Tutela del particular frente a los daños civiles por contaminación. Mención especial a la regulación de las inmisiones y a la acción de responsabilidad civil..... 54

- I) Tutela jurídica frente a los daños civiles por contaminación..... 54
 - 1) Responsabilidad patrimonial de la Administración..... 54
 - 2) Tutela jurídico-privada del particular..... 57
 - A) En el Derecho civil común: inmisiones en las relaciones de vecindad, acción de responsabilidad civil y prohibición del abuso del derecho. 57
 - B) El derecho a la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. 61
 - C) La Ley Orgánica 1/1982 en materia de intromisiones ilegítimas. 64
 - D) Inmisiones en materia de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos..... 66
- II) Regulación de los daños tradicionales en el Derecho comparado. 68
 - 1) Inmisiones en las relaciones de vecindad, según regulación específica..... 68
 - 2) Fundamentos de la acción de responsabilidad civil extracontractual por contaminación según los códigos civiles y el desarrollo jurisprudencial. 72
 - A) Responsabilidad por hecho excesivo: inmisiones del art. 1908.2 C.c. 72
 - B) Responsabilidad por culpa o negligencia..... 75
 - C) Responsabilidad por culpa cuasi objetiva. 76
 - D) Responsabilidad objetiva por riesgo..... 77
 - 3) Legislación especial de responsabilidad civil por contaminación..... 80
 - A) Responsabilidad civil por daño y deterioro ambiental..... 80
 - B) Previsiones en la legislación administrativa ambiental sectorial. 84

PARTE II. ESPECIALIDADES DEL DERECHO DE INMISIONES INDUSTRIALES VECINALES DENTRO DE LOS DAÑOS CIVILES POR CONTAMINACIÓN..... 88

Capítulo 1. Construcción doctrinal y jurisprudencial de la teoría de las inmisiones en las relaciones de vecindad industrial..... 88

I)	Las inmisiones en las relaciones de vecindad industrial.....	88
1)	Inmisiones y relaciones de vecindad.....	88
A)	Concepto y evolución de las relaciones de vecindad.....	88
a)	Concepto y caracteres de las relaciones de vecindad.....	88
b)	Evolución de las relaciones de vecindad hacia una industrial y urbana.....	90
c)	Relación entre contaminación, inmisiones y relaciones de vecindad.....	93
B)	Naturaleza jurídica de las relaciones de vecindad.....	94
a)	Basado en límites o limitaciones al derecho real de propiedad.....	94
b)	Inmisiones vecinales y responsabilidad civil.....	97
c)	Naturaleza mixta jurídico-real ex art. 590 y obligacional ex art. 1908.2 C.c.....	99
C)	Principales teorías para resolver los conflictos vecinales.....	101
a)	Los actos de emulación y el abuso del derecho.....	101
b)	La teoría de la immissio y su reelaboración por la pandectística.....	103
c)	La teorías del uso normal y de la normal tolerancia.....	105
d)	La teoría de la necesidad social de BONFANTE.....	107
e)	La teoría francesa de los troubles de voisinage.....	109
f)	Responsabilidad objetiva en las relaciones de vecindad.....	113
g)	El arbitrio judicial y la teoría de la equidad italiana.....	113
2)	Concepto, caracteres y dominio de la inmisión.....	115
A)	Concepto de inmisión.....	115
B)	Caracteres de la inmisión del art. 1908.2 C.c.....	118
a)	Emisión conocida por el operador en el ejercicio de la actividad.....	118
b)	Interferencia indirecta: propagación a través del medio ambiente.....	121
c)	Vecindad ampliada desde el punto de vista geográfico y jurídico.....	122
d)	Interferencia en el uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria.....	123
e)	Interferencia ilegítima basada en la excesividad de la inmisión.....	126
C)	Ámbito subjetivo de la inmisión.....	130
II)	Determinación de la excesividad de las inmisiones.....	132
1)	Criterios de determinación del criterio de excesividad.....	132
A)	Relación entre inmisión excesiva y culpa, daño y hecho de la cosa.....	132
a)	Relación entre inmisión excesiva y culpa.....	132
b)	Relación entre inmisión excesiva y daño efectivo.....	135
c)	Distinción entre inmisión y hecho de la cosa.....	137
B)	Elección de los criterios de ponderación de la excesividad de la inmisión.....	138
a)	Ponderación general de los criterios de excesividad basados tanto en los efectos y entidad de la inmisión como en la conducta del causante.....	138
b)	Cristalización de reglas específicas de determinación de la excesividad (EEUU)..	141
c)	Diferencias entre la acción indemnizatoria y la negatoria.....	143
C)	La tolerancia de las inmisiones.....	144
a)	Diferencias entre tolerancia de derecho y de hecho.....	144
b)	Clasificación de las inmisiones en función de su tolerancia o no.....	146

2) Criterios de ponderación de la excesividad de la inmisión.	148
A) Análisis de normal tolerancia o de la gravedad del daño.....	148
a) Gravedad de la inmisión, según el grado, duración y peligrosidad.....	148
b) Influencia de la normativa administrativa, licencias y autorizaciones.....	148
c) Nivel de afectación en el uso y disfrute de la propiedad. Diferentes estándares de gravedad en los daños personales y en los daños a la propiedad.....	151
d) La carga del perjudicado de evitar el daño.....	154
B) Análisis del uso normal o de la utilidad de la conducta.....	154
a) Adaptabilidad al uso local en cuanto al modo de utilización e intensidad.....	154
b) Influencia de la normativa administrativa, licencias y autorizaciones.....	158
c) Uso normal y preocupación colectiva.....	161
d) La imposibilidad de prevenir, evitar o reducir la inmisión.....	163
3) Tolerancia de derecho de inmisiones ya declaradas como excesivas.....	164
A) El principio de prioridad de uso o de no agravación de las inmisiones.....	164
B) La doctrina del pre-uso en la legislación especial o civil común.....	165
Capítulo 2. Régimen jurídico aplicable a la tutela preventiva y reparadora de las inmisiones y de otros daños civiles por contaminación.....	167
I) Regulación de las inmisiones en las relaciones de vecindad.....	167
1) Construcción doctrinal y jurisprudencial.....	167
A) Construcción doctrinal y jurisprudencial, extensiva y actualizada del Derecho de inmisiones ex arts. 590 y 1908.2 y 4 y 1902 del Código civil español.....	167
B) Abuso del derecho y de la responsabilidad por culpa y riesgo.....	172
C) Tutela jurídica frente a las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad.....	173
D) Relación del Derecho de inmisiones con el ordenamiento público.....	176
2) Tutela preventiva del daño a la propiedad vecinal <i>ex art. 590 C.c.</i>	178
A) Finalidad preventiva de invasiones en el uso y disfrute de la propiedad.....	178
B) Interpretación extensiva y actualizada del art. 590 C.c.....	182
C) Remisión al ordenamiento administrativo, en especial al Reglamento de actividades Molestas, Insalubres, Nocivas o Peligrosas.....	183
D) Efectos del cumplimiento de la normativa administrativa.....	185
3) Tutela reparadora y de evitación de inmisiones <i>ex art. 1908.2 C.c.</i>	188
A) Responsabilidad por inmisiones que exceden del uso ordinario de la propiedad y resultan nocivas a las personas y propiedades vecinas.....	188
B) La doctrina del riesgo basado en la inmisión excesiva y nociva.....	189
C) Aplicación analógica y actualizada.....	190
II) Regulación de otros daños civiles por contaminación.....	192
1) Causados con intención o abuso de derecho (art. 7.2 C.c.).....	192
2) Responsabilidad basada en la culpa o negligencia.....	192
A) Responsabilidad por culpa o negligencia <i>ex art. 1902 C.c.</i>	192
B) Responsabilidad cuasi objetiva <i>ex art. 1902 C.c.</i>	195
3) Responsabilidad objetiva por riesgo del art. 1908.2 C.c.....	197
A) El art. 1908.2 C.c. aplicable a las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad causadas por un escape desconocido por el operador.....	197
B) Responsabilidad por riesgo basada en la explotación de industrias peligrosas, con independencia del grado de conocimiento del operador.....	197
C) Propuesta de separación del ámbito de aplicación de los arts. 1902 C.c.....	199

Capítulo 3. El art. 590 C.c. y la acción negatoria de inmisiones.....	202
I) Régimen jurídico de la acción negatoria de inmisiones.....	202
1) Aproximación a la figura de la acción negatoria.....	202
A) Delimitación y ámbito de aplicación.....	202
a) Concepto y ámbito de aplicación.....	202
b) Fundamentación jurídica.....	203
c) Finalidad de la acción negatoria.....	206
d) Relación de la acción negatoria con el ordenamiento administrativo.....	208
B) La acción negatoria en los ordenamientos catalán, alemán y español.....	210
2) Requisitos y elementos procesales de la acción.....	211
A) Requisitos de la acción negatoria de inmisiones.....	211
a) Perturbación no consistente en la privación o retención de la posesión.....	211
b) Carácter antijurídico o ilegítimo de la inmisión.....	214
c) Perjuicio o probabilidad de sufrir perjuicios en el uso y disfrute de la propiedad. Problemática acerca de la necesidad o no de existencia de daño.....	214
d) Permanencia de la inmisión o del peligro permanente de invasión.....	217
e) Relación causal entre la perturbación y el perjuicio real o potencial.....	218
B) Elementos procesales de la acción.....	219
a) Legitimación activa y pasiva.....	219
b) Prescripción de la acción.....	222
c) La prueba de la ilegitimidad de la inmisión.....	223
d) Aspectos procedimentales.....	225
II) Respuesta frente a las inmisiones. La tolerancia de hecho.....	227
1) Tutela del particular frente a las inmisiones.....	227
A) Tutela preventiva o pretensión de abstención pura.....	227
a) Ámbito de aplicación.....	227
b) Medidas a adoptar.....	228
B) Tutela inhibitoria de la inmisión excesiva (acción de cesación).....	229
a) Pretensión de cesación de inmisiones y abstención de otras futuras.....	229
b) La medida subsidiaria de paralización de la actividad.....	231
c) Enmascaramiento de los efectos de la tutela inhibitoria típica de la acción negatoria en la tutela de evitación de futuros daños de la responsabilidad civil.....	233
C) La tutela reparadora del daño.....	235
2) Tolerancia de hecho de las inmisiones excesivas y nocivas.....	237
A) Supuestos en los que se produce la tolerancia de hecho.....	237
a) Utilidad social. Análisis económico y de la producción.....	237
b) Actividades autorizadas.....	239
c) Preeminencia de la indemnización frente a la cesación de la inmisión.....	242
d) Las inmisiones tolerables por negocio jurídico.....	243
e) La usucapibilidad del derecho a provocar inmisiones intolerables.....	244
B) Respuesta jurídica frente a las inmisiones excesivas legítimas.....	245
a) La indemnización de daños y compensación por los futuros en actividades ajustadas al uso normal y si ponerles fin conlleva un gasto desproporcionado.....	245
b) Actividades autorizadas: medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar los daños, indemnización y compensación.....	246

PARTE III. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN: REQUISITOS, TUTELA Y ASEGURAMIENTO DEL DAÑO. 248

Capítulo 1. Presupuestos de la acción de responsabilidad civil por contaminación..... 248

D)	El daño tradicional o civil por contaminación.	248
1)	Introducción.....	248
A)	Las fuentes de las obligaciones. Los presupuestos de la acción.	248
B)	Elementos del daño civil por contaminación.	250
a)	Conducta dañosa: acción u omisión humana voluntaria.	250
b)	Daño cierto, personal y directo.	252
c)	Alteridad en el daño.	254
C)	Daños afectados por un elemento temporal.	255
D)	Cobertura de los daños civiles por contaminación.	257
2)	Clasificación y prueba de los daños civiles por contaminación.	260
A)	Daños patrimoniales	260
a)	Clases de daños patrimoniales.....	260
b)	Prueba de los daños patrimoniales.	262
B)	Daños personales y daños a la salud de las personas.....	263
a)	Clases de daños personales y a la salud.	263
b)	Prueba de los daños personales y a la salud.	264
C)	El daño moral.....	265
a)	Clases de daño moral.	265
b)	Prueba de los daños morales.	268
II)	Antijuridicidad en la responsabilidad civil por contaminación.....	270
1)	Acerca de la antijuridicidad.....	270
A)	El requisito de la antijuridicidad en general.	270
a)	Discusión acerca de su consideración como requisito o no.	270
b)	Antijuridicidad formal y material, objetiva y subjetiva.	272
c)	Función valorativa y determinativa de las normas.....	274
d)	Juicio de menosprecio hacia el ordenamiento.	275
B)	Ilícitud, uso normal y culpa en materia de daños civiles por contaminación.	278
2)	Antijuridicidad en los daños civiles por contaminación.....	280
A)	Causas de antijuridicidad.....	280
a)	Acción de responsabilidad civil por inmisiones: inmisión excesiva o abusiva y nociva desde el punto de vista de la conducta y del resultado.....	280
b)	Falta al mandato general de diligencia por ser el acto contrario a una disposición legal o reglamentaria (norma de protección).	282
c)	Falta al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos: el principio del alterum non laedere.....	283
d)	Lesión de un derecho subjetivo o interés jurídicamente protegidos.....	286
e)	Antijuridicidad y responsabilidad por riesgo.	287
B)	Causas de justificación.....	289
a)	Causas de justificación generales.....	289
b)	Efectos del cumplimiento de la licencia o autorización y del las normas reglamentarias reguladoras de la actividad.	290
c)	Causa de justificación en las inmisiones: la inmisión no excesiva, en función de su intensidad y efectos, o del ejercicio de la actividad.	292

III) Atribución subjetiva de la responsabilidad.	294
1) Sistemas de responsabilidad en los daños civiles por contaminación.	294
2) Responsabilidad civil en materia de inmisiones.	295
A) Inmisiones ocasionadas intencionalmente (dolo).	295
B) Inmisiones ocasionadas sin intención de dañar.	295
a) Atribución subjetiva de la responsabilidad en el art. 1908 C.c.	295
b) Responsabilidad objetiva basada en la inmisión excesiva ex art. 1908.2 C.c.	297
c) Emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes (art. 1908.4º).	300
d) Inmisiones “domésticas” o actividades inocuas:¿responsabilidad por culpa?.	300
3) Daños tradicionales causados al margen del ejercicio de la actividad.	302
A) Actividades inocuas y responsabilidad por culpa ex art. 1902 C.c.	302
a) Criterios principales: la previsibilidad y evitabilidad del daño.	302
b) Relación de las normas reguladoras de la actividad con la culpa.	305
B) Actividades clasificadas y responsabilidad cuasi objetiva.	306
a) Fundamentación de la objetivización de la culpa.	306
b) Técnicas de objetivación de la culpa: el expediente de la inversión de la carga de la prueba y el del aumento de la diligencia exigible.	309
c) Difuminación de las diferencias entre la responsabilidad de la responsabilidad objetiva o sin culpa del art. 1908.2 y la cuasi objetiva del 1902 C.c.	312
C) Responsabilidad objetiva por riesgo.	316
a) Responsabilidad objetiva por riesgo en el art. 1908.2 C.c. Determinación de las instalaciones o actividades anormalmente peligrosas.	316
b) Daños ocasionados por personas o cosas bajo guarda (art. 1903.4 C.c.).	321
c) Responsabilidad civil objetiva en la legislación especial.	322
IV) Relación causal, atribución objetiva del daño y causas de exención.	324
1) La determinación de la relación causal fáctica y jurídica.	324
A) Cuestiones generales.	324
a) La relación causal como cuestión fáctica y cuestión jurídica.	324
b) Imputación objetiva: factores, daños continuados y omisiones.	327
c) Problemas de determinación de la relación causal fáctica y jurídica.	329
B) Teorías de causalidad fáctica y jurídica.	331
a) Causalidad fáctica: equivalencia de las condiciones y <i>conditio sine qua non</i>	331
b) Causalidad jurídica o imputación objetiva del daño. Teorías de la causa próxima, eficiente y adecuada. Omisiones e imputación objetiva.	333
C) Aspectos probatorios de la relación de causalidad.	335
a) Facilidades en la prueba de la relación de causalidad material: el criterio judicial de la probabilidad cualificada y las presunciones.	335
b) Flexibilidad en la apreciación de la imputación objetiva. Criterios de razonabilidad aplicados a las circunstancias del caso concreto.	340
2) Causales exonerativas de responsabilidad (<i>in lato sensu</i>).	341
A) Motivos generales de interrupción del nexo causal.	341
a) Fuerza mayor y caso fortuito.	342
b) Culpa exclusiva de la víctima e intervención de tercero.	344
c) Otros motivos generales de inimputabilidad objetiva.	346
B) Causales exonerativas especiales de responsabilidad civil en los daños civiles por contaminación y en los daños medioambientales.	348

Capítulo 2. Tutela reparadora y de evitación del daño civil por contaminación. Elementos procesales de la acción de responsabilidad civil. 351

D)	La tutela del particular frente al daño civil por contaminación.	351
1)	La tutela reparadora.	351
A)	La obligación de reparar.	351
a)	Reparación en especie vs reparación por equivalente.	351
b)	La indemnización en forma específica o in natura.	355
c)	La reparación por equivalente o indemnización.	356
d)	Régimen comparado medioambiental y civil español y catalán. Especialidades en los daños medioambientales de titularidad privada.	359
B)	Cuantificación de los daños civiles por contaminación.	362
a)	Reglas generales para la cuantificación del daño. Especialidades en los daños afectados por un elemento temporal: continuados y permanentes.	362
b)	Reglas de cuantificación del daño patrimonial.	366
c)	Reglas de cuantificación del daño corporal y a la salud.	369
d)	Reglas de cuantificación de los daños morales.	370
2)	La tutela de evitación del daño.	373
A)	La remoción de la causa o evitación del daño.	373
a)	Finalidad y requisitos de la pretensión de evitación del daño.	373
b)	Alcance de la tutela inhibitoria.	375
c)	Coordinación con la acción negatoria de cesación y abstención.	379
B)	Tutela preventiva pura. Dificultades de aplicación en la acción de responsabilidad civil. Remisión a la acción negatoria de inmisiones.	382
II)	Elementos procesales de la acción.	385
1)	Legitimación y prescripción de la acción.	385
A)	Legitimación activa.	385
a)	Legitimación activa individual.	385
b)	Intereses colectivos, las class actions y los intereses difusos.	386
c)	Legitimación en supuestos de transmisión del terreno “pendente lite”.	389
B)	Legitimación pasiva.	390
a)	Del titular del terreno, de la obra o de la actividad.	390
b)	Responsabilidad del empresario por dependientes y agentes de la construcción.	393
c)	En caso de pluralidad de sujetos responsables.	394
2)	Otras cuestiones procesales.	398
A)	Jurisdicción y competencia.	398
a)	Conflicto de normas de derecho internacional privado.	398
b)	Efectos de las normas administrativas y licencias o autorizaciones reguladoras de la actividad en la competencia del orden jurisdiccional civil.	399
B)	Prescripción de la acción.	403
a)	Plazo de prescripción y dies a quo. Aplicación restrictiva.	403
b)	Especialidades para daños afectados por un elemento temporal. Los daños continuados, permanentes, progresivos y sobrevenidos.	406
C)	Prueba, ejecución de condena y supuestos casacionables.	409
a)	Carga probatoria y facilitación de los medios de prueba.	409
b)	Contenido y ejecución de condena.	411
c)	Materia revisable en casación.	413

Capítulo 3. El aseguramiento de los daños civiles por contaminación. Comparación con el seguro de responsabilidad medioambiental..... 415

I)	Evolución del aseguramiento del daño civil y ambiental por contaminación.....	415
1)	El aseguramiento tradicional del daño civil por contaminación.....	415
A)	Cuestiones generales acerca del seguro de responsabilidad civil.....	415
B)	El seguro tradicional de responsabilidad civil por contaminación.....	418
a)	Significado del seguro de responsabilidad civil por contaminación.....	418
b)	Evolución de las cláusulas de cobertura/exclusión de la contaminación. La exclusión de los daños tradicionales con carácter general.....	420
c)	Caracteres del seguro de responsabilidad civil ambiental.....	423
C)	Problemas del aseguramiento tradicional civil por contaminación.....	426
a)	La contaminación crónica o gradual.....	426
b)	El elemento temporal. Las “claims made”.....	427
c)	La obligatoriedad del seguro y la alternativa de los Fondos.....	430
d)	Incertidumbre, asimetrías informativas y cálculo de la prima.....	431
2)	Seguros obligatorios de responsabilidad ambiental.....	433
A)	Seguros obligatorios de responsabilidad civil medioambiental.....	433
B)	Seguros obligatorios de responsabilidad civil en materia nuclear, contaminación de las aguas por hidrocarburos y residuos tóxicos y peligrosos.....	434
II)	Soluciones a través de pólizas “especializadas”.....	436
1)	Evolución en el mercado asegurador hacia la especialización.....	436
A)	Las soluciones al seguro de R.C. de la Industria.....	436
B)	La Environmental Impairment Liability (póliza E.I.L.).....	437
C)	Los Pools de Riesgos Medioambientales y Civiles por Contaminación.....	439
a)	Concepto de pool de asegurador de riesgos.....	439
b)	El Pool Español de Riesgos Medioambientales.....	441
2)	Análisis de la Póliza del aseguramiento de los daños medioambientales y civiles por contaminación del Pool Español.....	444
A)	Condiciones generales de la póliza del Pool.....	444
a)	Tipos de responsabilidad cubierta por el seguro.....	444
b)	El elemento formal: la póliza del contrato.....	447
c)	Obligaciones del tomador: el pago de la prima; información sobre el riesgo y permiso de acceso y medidas de prevención, evitación y reparación.....	448
d)	Obligaciones del asegurador.....	453
B)	Condiciones especiales de la responsabilidad medioambiental.....	454
a)	Objeto y prestaciones del seguro.....	454
b)	Delimitación de la cobertura y prelación de las indemnizaciones.....	455
c)	Exclusiones del seguro.....	458
C)	Especialidades de la responsabilidad civil por contaminación.....	462
a)	Características del seguro y definiciones.....	462
b)	Objeto del seguro.....	464
c)	Problemática de la cobertura del seguro de responsabilidad civil por contaminación en materia de daños ocasionados por inmisiones.....	465
d)	Propuesta de creación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil por contaminación para actividades industriales autorizadas.....	467

ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
ABGB	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil austríaco)
<i>AbürgR</i>	<i>Archiv für bürgerliches Recht</i>
AC	<i>Actualidad Civil</i>
<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i> (absorbe <i>AbürgR</i>)
ADC	Anuario de Derecho Civil
AEMA	Agencia Europea del Medio Ambiente
AK	Código Civil griego de 1946 (Astikos Kodikas)
ap.	Apartado
APL	Anteproyecto de ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental
art./arts.	artículo/s
AP	Audiencia Provincial
ARCC	Acción de responsabilidad civil por contaminación
<i>Arch. giur.</i>	<i>Archivio giuridico Filippo Serafini</i>
BATNEEC	<i>Besta available techniques not entailing excessive costs</i>
<i>BB</i>	<i>Der Betriebs-Berater</i>
BBodSchG	Ley federal de Protección del Suelo de 1998, <i>Bundes-Bodenschutzgesetz</i>
<i>BdaCC</i>	<i>Bulletin del arrêts Cout de Cassation</i>
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch -Código Civil alemán-
BGH	Bundesgerichtshof –Tribunal Superior Federal-
<i>BGHZ</i>	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen</i> –Compilación de Jurisprudencia Civil del Tribunal Superior Federal-
<i>BIDR</i>	<i>Bulletino dell’Istituto di Diritto romano</i> (Vittorio Scialoja)
BImSchG	<i>Bundes-Immissionsschutzgesetz</i> (Ley Federal de Protección contra Inmisiones), de 15 de marzo de 1974 (BGB1 I, 721).
BO	Boletín Oficial
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
Bulletin	<i>Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile (Francia)</i>
<i>BverfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> –Compilación de Jurisprudencia Constitucional-
BW	<i>Burgerlik Wetboek</i> (Código Civil de Bélgica)
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> (Código Civil de los Países Bajos)
<i>Camb, L.J.</i>	<i>The Cambridge Law Journal</i>
Cass.	<i>Sentenza della Corte di Cassazione italiana</i>
C.c.	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCJC	<i>Cuadernos Civiles de Jurisprudencia Civil</i>
CCom	Código de Comercio
CDFA	Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
CDO	Considerando
CE	Constitución Española

Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial.

CERCLA	<i>Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act</i>
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	Citado
Cour Cass.	<i>Arrêt de la Cour de Cassation du France</i>
coord.	coordinador
corr.	corrección
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<i>D</i>	<i>Recueil Dalloz (Recueil Dalloz-Sirey)</i>
DA	Disposición Adicional
DBW	<i>Dutch Burgerlijk Wetboek</i> (Código Civil holandés)
DCC	<i>Daños civiles por contaminación</i>
DCCI	<i>Daños civiles por contaminación industrial</i>
DFFF	Derechos Fundamentales
dir.	Director
Directiva EIS	Directiva 2010/75/UE “sobre las emisiones industriales
Diss.	Dissertation
<i>DöV</i>	<i>Die öffentliche Verwaltung</i>
<i>DriZ</i>	<i>Deutsche Richterzeitung</i>
EGTL	<i>European Group on Tort Law</i>
<i>Enc. Dir.</i>	<i>Enciclopedia del Diritto</i>
EPA	Environmental Protection Act 1990 (Ley de Protección Ambiental)
EPTL	<i>European Principles on Tort Law</i> (Principios de derecho europeo de responsabilidad civil)
FD	Fundamento de Derecho
<i>Foro it.</i>	<i>Il Foro Italiano</i>
<i>Foro pad.</i>	<i>Il Foro padano</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Giur. it.</i>	<i>Giurizprudenza italiana</i>
<i>Giur.</i>	<i>Giurisprudenza</i>
<i>Gius. civ.</i>	<i>Giustizia civile</i>
<i>JC</i>	<i>Colección Legislativa de Jurisprudencia Civil</i>
<i>JherJb</i>	<i>Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts</i>
LANISRV	Ley de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos
LDCPA	Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial de Aragón
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECiv 1881	Real Decreto de 3 de febrero, Ley de Enjuiciamiento Civil
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa
LEN	Ley 35/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear
LH	Ley Hipotecaria
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGEEPA	Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (México), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988.
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial.

LNA	Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOSSP	Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados
LPCIC	Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación
LPH	Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal
LPNB	Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad
LR	Ley 3/2003, de 17 de noviembre del Ruido
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LRCDN	Ley 12/2011, de 27 de mayo, de Responsabilidad Civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.
LRCSVM	Ley sobre Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos
LRJPAC	Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común
LRM	Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental
LRSC	Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminados
MMA	Ministerio del Medio Ambiente
MTD	Mejores Técnicas Disponibles
NRDA	<i>Natural Resource Damage Assessment</i> (Valor de los Daños a los Recursos Naturales)
NGCC	<i>La Nuova giurisprudenza civile commentata</i>
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
OGH	<i>Oberster Gerichtshof</i> (Corte Suprema de Justicia de Austria)
OPA	<i>Oil Pollution Act</i>
op. cit.	Obra citada
p./pp.	Página/s
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
PNRSC	Plan Nacional de Recuperación de Suelos Contaminados
PNUMA	Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente
RAMINP	Reglamento de 1961 obre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas
R.D.	Real Decreto
R.D.Leg.	Real Decreto Legislativo
RdU	<i>Recht der Umwelt</i> (revista de derecho)
<i>Resp. Civ. Prev.</i>	<i>Responsabilità civile e previdenza</i>
<i>Rev. Crit. Leg. Jur.</i>	<i>Revue critique de legislation et de jurisprudence</i>
<i>Rev. Trim. Dr. Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RDN	<i>Revista de Derecho Notarial</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
REI	Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, que aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la LPCIC.
RG	<i>Reichsgericht</i>
Rgto.	Reglamento
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
<i>Riv. Crit. Dir. Priv.</i>	<i>Rivista critica di diritto privato</i>

<i>Riv. Dir. Civ.</i>	<i>Rivista di diritto civile</i>
<i>Riv. Dir. Com.</i>	<i>Rivista di diritto commerciale</i>
<i>Riv. Giur. Edil.</i>	<i>Rivista giuridica dell'edilizia</i>
<i>Riv. Dir. Priv.</i>	<i>Rivista di diritto privato</i>
rf.	Referencia
<i>Riv. Giur. Edil.</i>	<i>Rivista giuridica dell'edilizia</i>
RJ	<i>Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi</i>
RST	<i>Restatement (Second) of United States on tort law by American Law Institute. It summarizes the General principles.</i>
<i>RTDPC</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
RSU	Residuos Sólidos Urbanos
SAN	sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	sentencia de la Audiencia Territorial
Secc.	Sección
SJPI	sentencia del Juzgado de Primera Instancia
ss.	siguientes
SS	sentencias
STEDH	sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
STS	sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>TCLR</i>	<i>Trinity College Law Review</i>
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
trad.	Traducción
TRLS08	Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UN	Organización de las Naciones Unidas
UmweltHG	<i>Umwelthaftungsgesetz</i> (Ley alemana sobre Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, de 10 de diciembre de 1990)
UschadG	<i>Umweltschadengesetz</i> , de 10 de mayo de 2007 (Ley sobre la prevención y reparación de daños ambientales)
VLE	Valores Límite de Emisión
VLI	Valores Límite de Inmisión
vol.	Volumen
WHG	Código de Abastecimiento de Agua
WRG	<i>Wasserrechtsgesetz</i> (Ley de Aguas, Austria)
ZGB	<i>Schweizerische Zivilgesetzbuch</i> (Código Civil suizo).
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código civil procesal alemán)

TABLAS

Tabla 1. Clasificación de los daños civiles por contaminación en función de los intereses perjudicados, conocimiento de la emisión por el operador, y de la peligrosidad de la actividad.	52
Tabla 2. Expedientes objetivadores de la culpa en el Derecho comparado.....	77
Tabla 3. Comparación de la configuración de la responsabilidad civil por daño ambiental tradicional y ecológico en el Libro Blanco y en el Anteproyecto español de Responsabilidad Civil.....	83
Tabla 4. Semejanzas y diferencias entre la configuración de las relaciones de vecindad desde un punto de vista jurídico-real y jurídico-obligacional.	100
Tabla 5. Clases de inmisiones en función de la estructura del § 906 BGB. Fuente: WANGENHEIM GEORGE VON., “Valores límite e indemnización por inmisiones”, <i>InDret</i> , Nº 4, Barcelona, octubre de 2001.	146
Tabla 6. Configuración de los arts. 590 y 1908.2º y 4º del Código Civil en relación a la teoría de las inmisiones en las relaciones de vecindad.....	171
Tabla 7. Comparación entre la responsabilidad civil por inmisiones <i>ex art.</i> 1.908.2 C.c. y por otros daños civiles por contaminación <i>ex art.</i> 1902 C.c.....	201
Tabla 8. Comparación de los regímenes normativos en Cataluña, Alemania y España en relación con las inmisiones sustanciales, la adecuación al uso normal o local y el régimen de autorizaciones.	210
Tabla 9. Tutela del particular ante inmisiones y daños civiles por contaminación en el Derecho civil español y el catalán. Comparación con la Ley de Responsabilidad Medioambiental.....	359
Tabla 10. Tipos de tutela frente al daño civil por contaminación, en su vertiente preventiva y reactiva, en los ordenamientos privados español y catalán y con la Ley de Responsabilidad Medioambiental.	384
Tabla 11. Causas de exclusión de la garantía en la cobertura de daños medioambientales en los términos del art. 32.2 LRM, y su correlación con las causas de acción de responsabilidad civil por contaminación.....	427

INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento general.

Las industrias pueden producir el ejercicio de su actividad la emisión de sustancias nocivas, peligrosas, insalubres o molestas. La contaminación industrial puede provocar dos tipos de daños: a) Los *daños civiles por contaminación* (o *tradicionales*) son los padecidos por los particulares en sus personas, bienes y derechos, causados por la contaminación. Se regulan principalmente en los arts. 590, 1902 y 1908.2 C.c. b) Los *daños medioambientales* son los daños a las especies silvestres y a los hábitat, aguas, ribera del mar y de las rías y suelo, ocasionados por el cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente, incluidos aquellos ocasionados por elementos transportados por el aire (art. 2 LRM). No obstante, los *daños medioambientales* pueden tener la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular*, en cuyo caso la forma de reparación se ajustará a lo dispuesto en la LRM, sin perjuicio de que también pueda instarse su reparación en sede judicial civil (art. 5.2 LRM).

En su momento muchas leyes sectoriales regulaban la protección del medio ambiente e incluían una cláusula de responsabilidad civil en favor de las Administraciones para la recuperación de los daños. En los años 90 se pretendió, tanto a nivel Europeo (Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental) como nacional (Anteproyecto de ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental), la regulación de la responsabilidad civil por daños medioambientales y tradicionales (privados) ocasionados por industrias anormalmente peligrosas, en un intento por refundir en un solo texto la prevención y reparación de los daños producidos como consecuencia de un hecho contaminante común. Para su confección, tuvieron que solucionarse los tradicionales problemas con los que se enfrentaba el Derecho civil a la hora de resarcir los daños ocasionados al medio ambiente, tales como la legitimación, relación causal, atribución subjetiva de la responsabilidad, etc. Así, en estos documentos se establecía un sistema de responsabilidad objetiva para los daños provocados por instalaciones industriales peligrosas, perfectamente delimitadas, y uno por culpa para el resto de actividades, para cuya sustanciación se remitían, generalmente, al tratamiento que se hacía en los códigos civiles de las inmisiones u otros daños tradicionales; se reconocía la legitimación activa de las asociaciones ecologistas y de las administraciones públicas para la reclamación del daño ecológico y la legitimación activa individual para la reclamación de los daños tradicionales; finalmente, se establecían limitaciones en la cuantía máxima a abonar y se imponía un seguro obligatorio para aquellas actividades consideradas peligrosas o con incidencia ambiental. Con este sistema se hacía plenamente efectivo el principio de que “quien contamina paga” y el de prevención o precaución, pues en todas las legislaciones se conseguía actuar de manera preventiva ante una amenaza inminente del daño, con todas las novedades que ello suponía desde el instituto tradicional de la responsabilidad civil. Finalmente, se justificaba la responsabilidad objetiva de las instalaciones peligrosas de una manera precisa.

Con la aprobación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre Responsabilidad Medioambiental (Directiva 2004/35/CE), y de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM), en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, se eliminó la posibilidad de regular los denominados daños tradicionales o civiles por contaminación, centrándose únicamente en la regulación del daño medioambiental. En la Directiva y en la LRM se recoge un supuesto de responsabilidad objetiva para los daños medioambientales ocasionados por actividades de riesgo.

Sin perjuicio de que la LRM excluye los daños a particulares, es conveniente estudiarla por varias razones: 1) la LRM regula lo que se denomina en la propia Ley daños en bienes de *condición simultánea de bien medioambiental y bien de propiedad o titularidad del particular*, a los cuales se les aplica el régimen de reparación establecido en la LRM, que exige la reparación *in natura*, con independencia de que se pueda iniciar el procedimiento de reparación del bien medioambiental a través de la LRM (responsabilidad medioambiental) o en sede judicial civil. 2) El Anexo III LRM incluye un listado de aquellas actividades que el legislador considera potencialmente peligrosas para el medio ambiente, y que, a su vez, vienen enumeradas en el Anejo 1 de la Ley de Prevención y control integrados de contaminación (LPCIC), sometiéndolas al régimen de autorización ambiental integrada (AAI). 3) Estas clasificaciones pueden servir de orientación a los jueces civiles. En cambio, éstos suelen remitirse al listado de actividades peligrosas establecido en el reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (RAMINP), si bien éste no distingue entre actividades peligrosas y anormalmente peligrosas.

Para poder establecer una adecuada clasificación del régimen jurídico aplicable a los DCC, conviene tener en cuenta previamente los siguientes elementos diferenciadores: 1) La *invasión contaminante puede afectar perjudicialmente*: 1.1.) el uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria (daños causados por inmisiones). 1.2) Otros intereses (otros DCC). 2) En cuanto a la forma de causación de la contaminación, el operador puede haber actuado de forma: 2.1) *intencional* (dolosa). 2.2) *Conocida*, pero *no intencional*: el operador es conocedor de que la emisión está teniendo lugar, o es muy probable que así sea, como resultado de su actividad, pero aun así persiste. No obstante, el operador no tiene ni la intención ni el conocimiento de la causación de perjuicios graves a particulares. Generalmente provocan invasiones continuadas. Cuando estas invasiones afecten el uso y disfrute de la propiedad se le llamará “inmisiones”. 2.3) *No conocida*: el operador no es conocedor del escape, siendo éste imprevisto y extraordinario con respecto al ejercicio de la actividad, con efectos contaminantes normalmente repentinos. 3) Con respecto a su *peligrosidad*, las actividades del operador pueden ser: 3.1) *inocuas*. 3.2) *Peligrosas*. 3.3) *Anormalmente peligrosas*.

En función de los intereses afectados por la invasión, la conducta del causante y la peligrosidad de la actividad, el fundamento de la responsabilidad puede basarse en: 1) *Responsabilidad por hecho excesivo* (inmisión): son las inmisiones excesivas y nocivas del art. 1908.2 C.c. Surge cuando la invasión perjudique intereses en el uso y disfrute de la propiedad, causando daños personales o patrimoniales, con conocimiento del operador de que la emisión está acaeciendo o es sustancialmente cierto que acaecerá como resultado de su conducta, con independencia de la peligrosidad de la actividad. 2) *Responsabilidad por culpa*: cuando el escape ha tenido lugar de forma desconocida para el operador de una actividad potencialmente no peligrosa, pero su conducta ha sido negligente, provocando daños a cualquier tipo de intereses. Se aplica el art. 1902 C.c 3) *Responsabilidad cuasi objetiva*: escape desconocido causado por actividades peligrosas. Se aplican expedientes objetivadores de la culpa: la teoría del riesgo, la inversión de la carga de la prueba o el aumento de la diligencia exigible. 4) *Responsabilidad objetiva por riesgo*: cuando el escape ha tenido lugar de forma desconocida para el operador, y se ha producido por una actividad anormalmente peligrosa, ocasionando daños a cualesquiera tipo de intereses dentro del ámbito de riesgo, con independencia del cuidado del operador (Inglaterra y EEUU). En Alemania, la UmweltHG se aplica también a las emisiones conocidas por el operador y continuas. En España, parte de la doctrina aplica la responsabilidad por objetiva por riesgo *ex art. 1908.2 C.c.* fundamentada en la inmisión excesiva y nociva y en la peligrosidad de la actividad.

Cuando hayan sido ocasionados DCC será de aplicación la *acción de responsabilidad civil por contaminación* (ARCC). Sobre la misma, habrá que hacer el análisis de sus presupuestos y elementos procesales, distinguiendo entre las inmisiones (excesivas y nocivas del art. 1908.2. C.c.) y el resto de DCC ocasionados por un escape desconocido para el operador, y, dentro de éstos, en función de la peligrosidad de la actividad. En función de lo anterior, los factores subjetivos de atribución de la responsabilidad son: a) culpa; b) responsabilidad cuasi objetiva, y c) responsabilidad objetiva por riesgo. Entre los presupuestos de la ARCC se puede destacar el daño, la antijuridicidad, la atribución subjetiva y la relación causal. En los elementos procesales se incidirá en las especialidades en materia de legitimación y prescripción.

Dentro de las *inmisiones* la tutela jurídica del particular puede ser: 1) *Preventiva pura* del daño ocasionado por invasiones en el uso y disfrute de la propiedad, sin perjuicio de que tengan causa conocida o desconocida por el operador. Viene regulada en el art. 590 C.c. Éste se aplica cuando la actividad industrial no haya cumplido con las exigencias de la normativa reglamentaria en materia de urbanismo y medidas preventivas, o con los usos locales, para exigir su cumplimiento. 2) *Inhibitoria típica de las inmisiones excesivas y nocivas*, ex art. 590 C.c. En sede de acción negatoria en su vertiente de cesación sirve para solicitar la reducción de la inmisión a los niveles de normal tolerabilidad, es decir, aceptables desde un punto de vista objetivo. 3) *Reparadora e inhibitoria atípica (evitación de ulteriores daños)*. Se aplica el art. 1908.2 C.c., en virtud del cual los daños ocasionados por inmisiones excesivas y nocivas que causen daños a las personas y propiedades deben ser reparados y evitados.

Se hará mención a la importancia “relativa” que tienen las normas administrativas en la prevención de las *inmisiones*, según las situaciones de hecho que puedan darse: 1) El incumplimiento de las normas sobre distancias u obras de resguardo permitirá a los potenciales perjudicados solicitar el cumplimiento de las mismas por el operador ex art. 590 C.c. (tutela preventiva pura). 2) El cumplimiento de las normas puede provocar que, ante la inexistencia o falta de prueba de las inmisiones excesivas y nocivas, podría eximir de responsabilidad al operador, salvo que exista riesgo inminente de inmisiones excesivas. 3) Si se están ocasionando inmisiones, el incumplimiento de las normas administrativas relativas a los valores de inmisión (VLI), y no tanto los de emisión (VLE), pueden “ayudar” a los tribunales a presumirlas excesivas.

Por su parte, a la tutela reparadora de los DCC causados por un escape desconocido para el operador de una actividad no peligrosa se aplicará el art. 1902 C.c.; mientras que el art. 1902 C.c. o el 1908.2 C.c. cuando la actividad sea peligrosa. La responsabilidad por riesgo este tipo de daños tradicionales ocasionados por actividades anormalmente peligrosas requerirán de ley especial. En Alemania, la *UmweltHG* regula los DCC ocasionados por este tipo de actividades, con independencia de los intereses afectados y del grado de certeza de la emisión o de su continuidad. En cualquier tipo de DCC cabrá la acción reparadora y de evitación de ulteriores daños.

Sería conveniente contar con un seguro de responsabilidad civil por contaminación (SRC) para la cobertura de DCC ocasionados por una actividad peligrosa o anormalmente peligrosa, al igual que sucede en Francia. Por otro lado, la aprobación una ley de responsabilidad civil para la prevención, evitación y reparación de este tipo de daños podría ser muy útil para poder establecer un seguro obligatorio de responsabilidad civil para los DCC ocasionados por actividades anormalmente peligrosas (anexo I LPCIC) y para coordinarse con el seguro de responsabilidad medioambiental (SRM) para las actividades anormalmente peligrosas (Anexo III LRM).

2. Objeto del estudio.

Este trabajo tiene por **objeto** analizar, desde un punto de vista jurídico-civil, la tutela del particular frente a los DCC: las *inmisiones* y el resto de DCC ocasionados intencionalmente o por escapes desconocidos para el operador, y dentro de estos últimos, los causados mediante una conducta negligente, peligrosa o anormalmente peligrosa, desde el punto de vista de la prevención, evitación y reparación del daño. Se excluyen los *daños medioambientales*, que pasan a regularse por la LRM.

Se puede hacer una clasificación de los DCC en función del régimen de atribución de la responsabilidad: 1) *Hecho excesivo* (*inmisiones excesivas y nocivas del art. 1908.2 C.c.*); 2) *negligencia*; 3) *responsabilidad cuasi objetiva*, y 4) *responsabilidad objetiva por riesgo*. No obstante, generalmente se ha prescindido de la clasificación anterior por la jurisprudencia y parte de la doctrina, denominando “inmisiones” a todo tipo de contaminación industrial que perjudique a los particulares, aplicándoles una responsabilidad cuasi objetiva fundamentada en la peligrosidad de la actividad mediante las técnicas de objetivación de la responsabilidad por culpa.

Una parte del estudio se centrará en los arts. 590, 1908 y 1902 C.c. Se analizarán las normas de responsabilidad civil extracontractual reguladas por los códigos civiles, así como el papel que la doctrina y la jurisprudencia le reservan. También se hará mención a los distintos regímenes forales (Navarra o Aragón) o civiles (Cataluña) en materia de *inmisiones*, así como al Derecho comparado de los principales países representantes del Derecho continental europeo (Alemania, Francia, Italia) y del *common law* anglosajón (EEUU e Inglaterra). También se mostrarán las leyes especiales existentes en materia de responsabilidad civil por contaminación.

Por otra parte, el estudio se centrará en los principales instrumentos jurídicos de tutela del particular frente a los DCC: la tutela preventiva, pura e inhibitoria de inmisiones, a través de la acción negatoria (art. 590 C.c.) y la tutela reparadora a través de la ARCC por *inmisiones* excesivas y nocivas (art. 1908.2 C.c.). La ARCC también podrá nacer por escapes contaminantes ocasionados de forma desconocida por una conducta negligente (art. 1902 C.c.) o por una actividad peligrosa (arts. 1902 o 1908.2 C.c.). Se verá cómo, a pesar de que sólo las *inmisiones* gozan de un régimen doctrinal especial, en ocasiones las diferencias entre este régimen (responsabilidad objetiva) y el general de responsabilidad civil (cuasi objetiva) se diluyen.

El **propósito** será llevar a cabo un análisis en profundidad, desde una óptica jurídica *ius privatista*, comparada y sistematizada, del régimen jurídico español de los DCC y, si bien las *inmisiones* del art. 1908.2 C.c. acaparan gran parte del interés doctrinal, no se dejan de lado aquellas *invasiones causadas por escapes desconocidos* -las que no son causadas en el ejercicio loable de la empresa-, a las que se les aplicará la responsabilidad civil extracontractual por culpa, cuasi objetiva u objetiva por riesgo, en función de la peligrosidad de la actividad que las causa.

Se propondrán dos actuaciones capitales para la mejora del régimen jurídico actual de tutela del particular frente a los DCC: 1) *Regular un Derecho de inmisiones* que pondere los intereses de los perjudicados gravemente en el uso y disfrute de la propiedad, con los intereses del operador industrial que ha cumplido con las normas reglamentarias y con las licencias o autorizaciones. 2) *Aprobar una ley especial de responsabilidad civil por contaminación* para cualquier tipo de DCC ocasionados por actividades anormalmente peligrosas. Esta ley serviría, a su vez, para establecer límites cuantitativos en la reparación de los daños y, a su vez, incorporar la obligación de suscripción de un seguro de responsabilidad civil por contaminación.

3. Estructura del estudio.

La estructura de este trabajo se divide en tres Partes y ocho Capítulos. En la Parte I se describirá el régimen jurídico de los *daños civiles por contaminación: inmisiones y otros daños*. En la Parte II se analizará el régimen jurídico de las *inmisiones en las relaciones de vecindad industrial, así como la acción negatoria* como tutela inhibitoria de las inmisiones. También se estudiará la aplicación del art. 590 C.c. en la *tutela preventiva pura de las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad*. En la Parte III se analizarán los presupuestos de la *acción de responsabilidad civil por contaminación industrial, la tutela posible y su posible aseguramiento*.

En la **Parte I, Capítulo 1**, se define el medio ambiente y la contaminación, así como los tipos de daños que pueden producirse: a) *tradicionales* (o daños civiles por contaminación), y b) *medioambientales*. Estos últimos, a su vez, pueden tener la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular*.

En el *Capítulo 2*, se propone una clasificación de los factores de atribución de la responsabilidad, como fundamento del deber de resarcir: 1) *Responsabilidad por hecho excesivo* (*inmisiones excesivas y nocivas del art. 1908.2 C.c.*); 2) *responsabilidad por culpa*; 3) *responsabilidad cuasi objetiva*, y 4) *responsabilidad objetiva por riesgo*. Las *inmisiones* son las producidas de forma normalmente continua como efecto previsto del ejercicio de la industria que las causa. La responsabilidad por negligencia, la cuasi objetiva y la responsabilidad objetiva por riesgo se aplican cuando el escape haya sido ocasionado de forma desconocida para el operador, es decir, fuera del ejercicio loable de la empresa, y dependerá del grado de peligrosidad respectiva de la actividad que la causa: inocua, peligrosa o anormalmente peligrosa. No obstante, un escape desconocido por el operador que afecte intereses en el uso y disfrute de la propiedad puede convertirse en inmisiones cuando la misma sea continua con su beneplácito.

En la **Parte II, Capítulo 1**, apartado I), se dará un repaso a los orígenes y definición de las *inmisiones en las relaciones de vecindad*, y a su evolución de unas de tipo predial a otras *industriales*. Por otro lado, se tratará la naturaleza jurídica de las relaciones de vecindad industrial, apostando por unas relaciones interindividuales y no entre fundos, lo que tiene como consecuencia principal la reconducción de la problemática de las inmisiones al terreno de la acción de responsabilidad civil extracontractual y no solamente al terreno de la propiedad inmobiliaria. Se estudiarán las teorías de resolución de conflictos derivados de las inmisiones que se han sucedido en muchos lugares y desde tiempos muy remotos (Roma) hasta la actualidad. También se estudiará el concepto, caracteres y dominio de las inmisiones, así como del significado del criterio de excesividad y nocividad que recoge el art. 1908.2 del C.c.

En el apartado II) se tratará el *criterio de excesividad* de las *inmisiones*, desde el punto de vista de los efectos y del operador industrial que las causa. En el primer caso, el estudio se centrará en la idea de tolerancia vecinal y en el análisis fenomenológico de la inmisión y de la tolerancia natural del hombre y de su medio ambiente, ayudando a determinarla a través de unos parámetros objetivos como: la intensidad de la inmisión (también los valores límite de inmisión o VLI); duración, frecuencia, momento del día, tipología del daño, etc. Desde el punto de vista activo se analizarán los criterios que sirven para determinar el uso normal de la actividad o la utilidad de la conducta, atendiendo a la emisión y al emitente, según los usos y costumbre local, a través del análisis del cumplimiento o no de la normativa administrativa (por ejemplo la urbanística en cuanto a los usos urbanísticos y distancias); la intensidad de la emisión (también los valores límite de emisión o VLE); adecuación a las medidas de precautorias según las normas administrativas o licencias o autorizaciones, etc.

En el *Capítulo 2* de la Parte II se describe el *régimen jurídico* aplicable a los DCC, con especial hincapié en las inmisiones vecinales industriales. En el apartado I) se explicará la teoría de las inmisiones que ha venido desarrollándose por la doctrina española, dentro de la cual destaca la aplicación de los arts. 590 C.c. *-inmisiones-* y 1908.2 C.c. *-inmisiones* (causadas en el ejercicio loable de la empresa). El primero responde a una perspectiva jurídico-real y preventiva del daño potencial producido en sede de las relaciones de vecindad, mientras que el segundo responde a una jurídico-obligacional y reparadora del daño causado por inmisiones. La construcción jurisprudencial de las *inmisiones* en España se asemeja al existente en Francia (*troubles de voisinage*) o en el *common law* inglés. No obstante, en ningún caso se llega al nivel de desarrollo legislativo catalán, alemán o norteamericano, donde se recogen aspectos como: ilegitimidad de la inmisión; acción negatoria y la indemnizatoria, de forma independiente; supuestos en los que un perjuicio sustancial debe ser tolerado (p. ej. cuando se ajuste la actividad al uso normal o autorización), etc. Se incluirá en el apartado II) la regulación de otros DCC: dolo o abuso de derecho (art. 7.2 C.c.); responsabilidad por culpa (art. 1902 C.c.), sin olvidar que en el ámbito de los DCCI se aplican expedientes objetivadores de la responsabilidad; y la responsabilidad por riesgo (1908.2 C.c.).

El *capítulo 3* de la Parte II se analizará la tutela preventiva e inhibitoria del daño ocasionado por inmisiones *ex art. 590 C.c.*, que permite al potencial perjudicado exigir al agente el cumplimiento de la normativa jurídica administrativa aplicable en materia de urbanismo y obras de resguardo, así como la que se estime necesaria. Por su parte, se ha justificado la existencia de una tutela inhibitoria típica de la acción negatoria de inmisiones, cuando éstas sean excesivas, *ex art. 590 C.c.*, que permite: a) la pretensión de cesación de las actuales y la abstención de otras futuras del mismo género, mediante la adopción de medidas correctoras que atenúen los efectos perjudiciales de las mismas reduciéndolas a un nivel tolerable; b) subsidiariamente, mediante la adopción de medidas de cesación o abstención de la actividad inmisiva. No obstante lo anterior, en el Derecho civil español ambos tipos de tutela han sido desarrolladas por la doctrina, y poco implantadas por parte de la jurisprudencia.

En la **Parte III** del trabajo se desarrollarán los elementos, presupuestos, tutela y aseguramiento de la acción de responsabilidad civil por contaminación. En concreto, el *capítulo 1* contiene los presupuestos de la ARCC: *daño* (apartado I), *antijuridicidad* (apartado II), *atribución subjetiva* de la responsabilidad (apartado III), *relación causal* y la *atribución objetiva* de la responsabilidad (apartado IV). Se verá cómo los aspectos relativos al daño, a la relación causal y la imputación objetiva de la responsabilidad no difieren mucho entre el régimen aplicable a las inmisiones y al resto de DCC. No obstante, surgen diferencias notables entorno a los elementos de la antijuridicidad y atribución subjetiva. En cuanto a la antijuridicidad, en los DCC ocasionados por escapes no conocidos por el operador, al producirse los DCC la mayoría de veces por actividades peligrosas, la antijuridicidad deriva de la vulneración del principio del *alterum non laedere* y en la peligrosidad intrínseca a la actividad industrial; en cambio, en las inmisiones habrá que estar a la antijuridicidad de la inmisión, predicable de su excesividad. Por otra parte, la atribución subjetiva de la responsabilidad varía en función del tipo de daño así como de la actividad productora del mismo: en las inmisiones la responsabilidad es objetiva, por razón del riesgo creado (art. 1908.2 C.c.), siempre y cuando la inmisión sea ilegítima (excesiva y nociva). En cambio, en los DCC ocasionados por un escape-desconocido para el operador, la responsabilidad varía en función de la peligrosidad de la actividad, al distinguirse entre actividades inocuas (negligencia), peligrosas (responsabilidad cuasi objetiva) y, si así lo previera la legislación especial creada a tal efecto, también las actividades anormalmente peligrosas (objetiva por riesgo).

En el *capítulo 2 de la Parte III*, apartado I), se explicará la *tutela de reparación in natura* o por equivalente de los DCC ocasionados. Asimismo, en materia de daños producidos por inmisiones (excesivas y nocivas) *ex art. 1908.2 C.c.* se posibilita la aplicación de la tutela inhibitoria atípica, también llamada acción de evitación de ulteriores daños, como efecto jurídico del agravio (daño). La tutela inhibitoria en sede de responsabilidad civil por inmisiones ha sido la más utilizada por la jurisprudencia, en detrimento de la acción negatoria. No obstante, hay que diferenciar este último tipo de tutela de los efectos inhibitorios típicos a través de la acción negatoria de inmisiones *ex art. 590 C.c.* La tutela de evitación de ulteriores daños a través de la acción de responsabilidad civil *ex art. 1908.2 C.c.* requiere la producción de un daño, mientras que la acción negatoria de inmisiones en su vertiente de cesación no, bastando en este caso con que la inmisión sea excesiva y susceptible de producir daños si no se pone remedio reduciendo las inmisiones a la normal tolerabilidad y al uso normal.

En el apartado II) se conocerán los *elementos procesales* de la *acción de responsabilidad civil por contaminación*: jurisdicción, competencia, legitimación, prescripción, prueba, etc. Se centrará el estudio en los efectos de la continuidad que generalmente caracterizan las inmisiones en la prescripción de los daños, pues suelen producir daños continuados. En cuanto a la competencia, se distinguirá entre el interés general de la actividad industrial y del medio ambiente, atribuible al ordenamiento jurídico-administrativo y a los tribunales contencioso-administrativos, y la nula influencia del cumplimiento de las normas públicas y de las licencias administrativas cuando el daño se haya producido por una inmisión excesiva. En materia de prescripción se hará mención a que, en materia de inmisiones, se producirá generalmente un daño continuado, derivado de la continuidad del proceso contaminador.

Finalmente, en el *capítulo 3* de la Parte III se contendrá lo relativo al *seguro de responsabilidad civil por contaminación* (SRC). Si bien esta cobertura es de constitución voluntaria para los operadores, se ha considerado conveniente incluir en el trabajo el modelo de póliza del seguro de responsabilidad medioambiental (SRM) y civil por contaminación (SRC) del Pool Español de Riesgos Medioambientales por la importancia que puede tener la cobertura total para los daños “por contaminación”, civiles y medioambientales, ocasionados por actividades anormalmente peligrosas (Anexo III LRM). Se comparará el SRC con el SRM por contaminación recogido en el Pool. Este último sirve como garantía para el cumplimiento de la obligación exigida por la LRM para aquellas actividades del Anexo III que no estén exoneradas de la obligación de adopción de una garantía que cubra la prevención, evitación y reparación de los daños medioambientales. Esta cobertura del SRM suele incluirse de forma complementaria al SRC en la póliza del Pool, de manera que los operadores pueden tener una cobertura global de todos los daños producidos por un mismo suceso contaminante. Ello sin perjuicio de que pudiera extenderse la obligación de adoptar por parte de todas las industrias peligrosas un seguro de responsabilidad civil por contaminación, o, al menos, desarrollar un modelo de póliza que, aun siendo voluntaria, resulte atractiva para el sector. Puede ser interesante estudiar el modelo de póliza establecida en Francia (*Assurpol*) que cubre la responsabilidad por DCC ocasionados por este tipo de actividades..

METODOLOGÍA

El método de análisis ha pasado por distintas fases y modalidades en relación a la documentación analizada, tanto en su forma de obtención, lectura, tratamiento y sistemática, como en su ordenación en el conjunto de la Tesis.

Dado el carácter prácticamente universal del daño medioambiental por contaminación, ha sido necesario el estudio de las diferentes leyes preexistentes a la Ley 27/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, sobre todo las sectoriales que regulan la contaminación según el medio que se trate: agua, costas, suelos, etc. De la LRM interesa especialmente su régimen de concurrencia con otros órdenes normativos y otro tipo de daños. Desde un punto de vista del análisis funcional, el estudio de la LRM también es necesario: en primer lugar, porque contiene la exclusión de los daños tradicionales (DCC) del sistema de responsabilidad medioambiental, lo que abandona la idea de que una ley de responsabilidad civil pueda tutelar los daños medioambientales, si bien deja la puerta abierta a que los daños medioambientales de propiedad o titularidad del particular puedan repararse a través del procedimiento de la LRM o instando la acción judicial civil, aunque en cuanto al contenido de las medidas haya que estar a lo dispuesto en aquélla. En segundo lugar, el Anexo III LRM contiene una serie de actividades que pueden considerarse anormalmente peligrosas, a las cuales se les aplica la responsabilidad objetiva por riesgo. En tercer lugar, porque la póliza de responsabilidad medioambiental que adopten los operadores de las actividades del Anexo III LRM no exentas puede servir de “modelo” para la póliza de SRC.

Ha sido necesario analizar el contenido de algunas leyes, como la Ley alemana sobre Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, de 10 de diciembre de 1990 (*UmweltHG*) y el anteproyecto español de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental (APL), y en en ámbito de la Unión Europea el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental, donde se regulan conjuntamente, a través de la responsabilidad civil, el daño ecológico y tradicional (excepto en la *UmweltHG*), conteniendo estas normas un supuesto de responsabilidad objetiva cuando el daño haya sido ocasionado por actividades peligrosas enumeradas y donde se establece la obligatoriedad de suscribir un seguro obligatorio. El estudio de estas normas es necesario para observar las diferencias y similitudes con el sistema actual, así como para analizar sus ventajas y desventajas. Este estudio puede servir para que el legislador se decante por uno u otro sistema jurídico. La *UmweltHG* alemana regula aquellos supuestos en los que por un impacto ambiental se han producido lesiones a las personas y a sus bienes, pero no los “daños ecológicos” en sentido estricto.

Se han analizado las diferentes soluciones del Derecho comparado en materia de DCC, especialmente las recogidas en el derecho del *common law*, así como en los ordenamientos francés, alemán e italiano, sin olvidar referencias puntuales a otros países europeos o latinoamericanos. Para ello, se han estudiado en dichos ordenamientos elementos jurídicos funcionalmente equivalentes, que sirvan para clasificar los DCC en función de los intereses afectados, el grado de conocimiento de la emisión o desconocimiento del escape por parte del operador, y de la peligrosidad de la actividad. Los distintos sistemas de los DCC son: 1) regulación “amplia”: Alemania y Cataluña, especialmente en materia de *inmisiones*; 2) regulación mínima: Italia; 3) sistemas sin regulación expresa donde tanto el régimen de las *inmisiones* como el resto de DCC originados por un escape desconocido, si bien sustentados en fundamentos distintos, se reconducen a la acción de responsabilidad civil extracontractual: Reino Unido, Francia y España; 4) ordenamientos que no tienen regulación expresa de las *inmisiones*, pero donde se han plasmado comentarios que arrojan luz al sistema: EEUU.

En materia de *inmisiones*, a falta de régimen jurídico legal expreso en España, la doctrina y la jurisprudencia han creado una teoría con base en los arts. 590 y 1908.2 C.c. No obstante, hay que separar el ámbito de aplicación de la tutela preventiva *ex art. 590 C.c.*, aplicable al peligro de daño ocasionado invasiones en el uso y disfrute de la propiedad, del art. 1908.2 C.c., aplicable a la regulador de la tutela reparadora y de evitación de las inmisiones excesivas y nocivas. Ello con independencia de que las medidas inhibitorias de las inmisiones excesivas puedan articularse también a través del precepto del 590 C.c. En parecido sentido, en Francia el régimen de inmisiones se contempla en la teoría de los *troubles de voisinage*, declarándolas prohibidas y resarcibles cuando superen los inconvenientes u obligaciones ordinarias de vecindad.

Uno de los objetivos de la comparación de la teoría de las inmisiones española con otros ordenamientos es averiguar cuál es el mejor sistema jurídico para solucionar los distintos problemas a los que se enfrenta la regulación de los DCC (en terminología anglosajona “*better law*”). De todos los ordenamientos, el que mayor precisión y sistematización tiene es el alemán, en el cual la regulación de los daños civiles por contaminación diferencia nítida y suficientemente el régimen de las inmisiones del resto de daños civiles por contaminación. En materia de inmisiones es de aplicación el § 906 *Bürgerliches Gesetzbuch von 18.8.1896* (BGB), que diferencia entre inmisiones legítimas e ilegítimas y, en definitiva, recoge la antijuridicidad de las mismas; y el § 1004 BGB, que regula la acción negatoria de perturbaciones ilegítimas, salvo que las mismas se hayan producido por actividades autorizadas (§ 14 *BundesImmissionschutzgesetz* o Ley Federal de Protección contra Inmisiones, de 15 de marzo de 1974 –BimSchG-). La acción de responsabilidad civil se regula en el § 823 BGB, cuando dolosa o negligente de forma antijurídica se dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona (apartado I), o cuando se infringa culposamente una norma de protección (apartado II), como el § 906 BGB. Finalmente, la *UmweltHG* regula la responsabilidad por DCC, sin distinción, por los intereses afectados o el grado de conocimiento de la emisión o del desconocimiento del escape, cuando haya sido ocasionada por instalaciones potencialmente peligrosas.

Por otra parte, la enorme producción de artículos, obras, sentencias, leyes, y comentarios en materia de responsabilidad civil por contaminación demuestran el enorme interés por el asunto tratado por parte de los analistas y especialistas del Derecho ambiental, tanto en el área de Derecho Público como en el Privado. Este interés por el tema se debe, en gran manera, a las constantes implicaciones jurídicas, ambientales, económicas y de salud que tienen los daños producidos por la contaminación, sean en bienes medioambientales o privados, e, incluso, en bienes medioambientales de condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular.

Existe una gran diversidad de opiniones y regulaciones en la materia, lo que ha supuesto una motivación extra para intentar analizar, comprender y “diseccionar” cada una de aquéllas, intentando encontrar una explicación coherente del tema, tanto desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, como del derecho comparado, intentando aportar una **idea original y sistemática de los aspectos relativos a la tutela preventiva y reparadora de los daños civiles por contaminación**. Esto último demandaba y justificaba la realización de un estudio amplio y sistemático de la doctrina, jurisprudencia y legislación en un solo compendio que permitiera al lector comprender la situación actual del derecho privado en nuestro país respecto de los daños civiles por contaminación y ofrecer unas ideas y conclusiones encaminadas a integrar el sistema jurídico en un todo, con compartimentos separados pero interconectados.

PARTE I. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO CONTINENTAL Y EN EL COMMON LAW.

Capítulo 1. Medio Ambiente, contaminación y reparación del daño.

I) Medio Ambiente y contaminación industrial.

1) El medio ambiente como objeto de tutela jurídica.

A) *Concepto de Medio ambiente y principios aplicables.*

Para entrar a conocer la materia de daños civiles por contaminación (DCC) es necesario, en primer lugar, conocer qué se entiende por medio ambiente, puesto que la contaminación se transmite por un elemento del mismo.

La definición de medio ambiente no ha sido una cuestión fácil, dadas las distintas disciplinas jurídicas que lo intentan delimitar y la constante evolución a la que está sometida la interacción entre desarrollo económico, el deterioro ambiental y la propia concienciación del mismo por el ser humano. Esto se debe, en gran parte, a que el ser humano ha empezado, en las últimas décadas, a ser consciente de la necesidad de establecer un equilibrio entre la salvaguarda del medio ambiente y el desarrollo económico, materializado en el principio de “desarrollo sostenible”. Por otra parte, la relación hombre-medio ambiente ha oscilado entre aquéllos que otorgan un aspecto central al primero (antropocentristas) o al segundo (ecologistas).

Un sector doctrinal relaciona el medio ambiente con todos aquellos aspectos vinculados con el hombre, incluida la cultura¹ o el patrimonio histórico², a veces con dudas respecto de estos últimos supuestos³. Otros relacionan el concepto de medio ambiente con todos aquellos factores que fomentan un adecuado desarrollo físico, emocional y estético del hombre respecto de la naturaleza⁴.

¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “El medio ambiente y el Derecho Civil”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Ed. Civitas, 2003, p. 2516. ROCA JUAN, J.: “Sobre el deber general respecto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 764 y ss. VELASCO CABALLERO, F.: “El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?”, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, Nº 19, 1994, p. 82. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *Acción de responsabilidad extracontractual por daños al medio ambiente*, Biblioteca básica de práctica procesal, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 7. La definición que hacen estos últimos es la siguiente: «Un ambiente en condiciones aceptables de vida significa que resulta favorable para la conservación de la salud física y la conservación de cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre».

² JORDANO FRAGA, J.: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 101, 105.

³ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 86-87. El autor indica que el medio ambiente comprende: «(i) los recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, (ii) los bienes que componen la herencia cultural, y (iii) y los aspectos característicos del paisaje, aunque [...] podría defenderse una exclusión del segundo elemento citado (herencia cultural)».

⁴ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “El medio ambiente...”, *op. cit.*, p. 2516. Llega a afirmar que la calidad de vida es «el objetivo básico que integra el contenido fundamental del derecho protector del medio ambiente». YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*, Ed. Aranzadi, Thompson Civitas. Navarra, 2006, p. 36.

Otra visión es la que dice que el medio ambiente lo conforma el conjunto de elementos naturales (aire, agua, suelo, flora, fauna, paisaje) y, por otro, aquellos factores naturales que pueden contribuir al goce o disfrute de los bienes de la naturaleza, como el silencio o la tranquilidad⁵, o la calidad de vida⁶.

Por su parte, la jurisprudencia también ha definido el concepto de medio ambiente. Por ejemplo, la STS 2.2.2001 (STS 2001, 1003) dice:

«Por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momento determinados, la vida y el desarrollo de organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos. Un ambiente en condiciones aceptables de vida, no sólo significa situaciones favorables para la conservación de la salud física, sino también ciertas cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre».

En mi opinión, el medio ambiente hay que definirlo desde una concepción estricta, comprensiva del conjunto de elementos naturales (agua, suelo y aire) y organismos vivos que determinan las características de un lugar⁷. Sobre todo a raíz de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM) que, si bien no recoge una definición de medio ambiente, ésta se puede deducir de la definición que ofrece de daño medioambiental, que comprende los daños a las especies silvestres y a los hábitats, los daños a las aguas⁸, a la ribera del mar y de las rías y los daños al suelo (art. 2.1 LRM).

El medio ambiente ha sido objeto de descripción a través de la normativa comunitaria, como consecuencia del desarrollo de principios como el de que “quien contamina paga” (PQCP) o el de “desarrollo sostenible”. Una de las fuentes normativas más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad ambiental fue el Tratado de Roma que, en su art. 130 R 2, tras la reforma por el Acta Única, dispone: «La acción comunitaria, en lo que respecta al medio ambiente, se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente de la misma, de los ataques al medio ambiente, y de quien contamina, paga». El PQCP se centra en los costes de prevención, evitación, reparación y aseguramiento del daño, la investigación y el desarrollo de tecnologías más limpias, mejores técnicas disponibles, etc.

⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 26. Según el autor, el medio ambiente se corresponde con la palabra inglesa environment, la francesa environnement, la italiana ambiente y la alemana Umwelt; “El daño ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, nº 12, 1994, p. 10.

⁶ JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Aranzadi, Navarra 2002, pp. 105 y 108. La autora afirma que el medio ambiente «no es otro que el denominado natural o físico, con las evidentes repercusiones que éste tiene respecto de la calidad de vida de las personas».

⁷ CONDE ANTEQUERA, J.: *El deber jurídico de restauración ambiental*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 17. Según el autor, el núcleo esencial en el concepto del medio ambiente es el relativo a los recursos naturales. HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Dykinson, 2002, p. 21. Según el autor, en el concepto de medio ambiente debería incluirse la vida animal y vegetal y otros componentes de la naturaleza, así como las relaciones entre los mismos; pero no el patrimonio cultural. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por deterioro*, Ed. J.M. Bosch, S.A., Barcelona 1991, p. 321. Para la autora, el medio ambiente es «El conjunto equilibrado de componentes naturales naturales que conforman una determinada zona, en un determinado momento, que representa el substrato físico de la actividad de todo ser vivo, y es susceptible de modificación por la acción humana».

⁸ Según la modificación del art. 2.1 b) LRM efectuada por la Ley 11/2014, de 3 de julio, dentro del concepto de daños a las aguas se incluyen los daños significativos al estado ecológico, químico y cuantitativo de las superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas, e incluso a las aguas marinas.

El PCQP manda distribuir los costes de la contaminación entre los contaminadores, el conjunto de la sociedad civil o ambos, y sirve de función pedagógica para el sector industrial sobre la responsabilidad ambiental que cada uno ha de asumir. Tradicionalmente, la acción de responsabilidad civil por daños civiles por contaminación se centra más en la reparación y no en la prevención del daño, por lo que no tiene como objetivo la internalización de costes al industrial que produce la contaminación, sino solamente le importa si tiene patrimonio suficiente para hacer frente al coste de la reparación individualizada, *ex post*, en el patrimonio del perjudicado.

A nivel internacional, la primera ocasión en la que se reconoció la naturaleza integral e independiente de la tierra y la necesidad de adoptar una serie de principios tales como el de “acción preventiva”⁹ y el de “quién contamina paga” fue en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo (CNUMA) cuyo resultado fue la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y desarrollo y la Agenda 21 (ambos ratificados por España). El PQCP se debía aplicar desde una perspectiva amplia, dentro de la cual se incluían no sólo los costes de prevención y los de lucha contra la polución, sino también los costes de los daños causados por los sujetos contaminantes y las medidas reparadoras, incluyendo las indemnizaciones de las víctimas, el coste de las medidas de limpieza y de rehabilitación del medio ambiente degradado por la contaminación, las multas o penas punitivas de tipo fiscal, etc. Se le criticó que en la práctica trasladaba la responsabilidad a las aseguradoras, o repercutía el coste al consumidor final mediante una práctica sistemática de internalización de costes¹⁰.

Por su parte, según el Informe *Brundtland* el término “desarrollo sostenible” significa «el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus necesidades, y se basa en la capacidad de sustentación del medio natural». No obstante, es insuficiente si se entiende desde la perspectiva “contaminador-pagador”, pues puede convertirse en excusa para que el que tenga más posibilidades económicas contamine. De hecho, se ha denunciado¹¹ que el PQCP ha evolucionado al principio «contaminador-descontaminador o reparador», de tal manera que el que contamina el medio ambiente lo repara; si además es infractor, pagará una multa, y, si además ha causado algún perjuicio individual, lo paga. Con base a ello, el responsable de la actividad está obligado a reparar el daño causado, ya sea indemnizando los daños y perjuicios causados por la actividad lesiva, ya restaurando el medio ambiente dañado o afectado¹². Se ha criticado el poco acierto de esta expresión por cuanto no recoge la obligación de reposición al estado natural del medio dañado, aspecto fundamental en la protección del mismo¹³.

⁹ El principio de “acción preventiva” significa que cuando haya peligro de un daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

¹⁰ SERRANO GÓMEZ, E.: “La protección medioambiental: especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (A propósito Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de abril de 2000), *Actualidad Civil*, N° 1, 2001, pp. 291-293.

¹¹ CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 179. Dice que «La reformulación del principio quien contamina paga en el sentido que aludimos serviría para configurarlo como un principio preventivo, puesto que los contaminadores potenciales, siendo conscientes de que van a tener que hacer frente a una responsabilidad por los costes de reparación del daño provocado, tendrán un fuerte incentivo para evitar causarlo».

¹² PÉREZ DE GREGORIO CAPEÑÑA, J. J.: “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista Jurídica Española La Ley* 1993, vol. IV, pp. 1053-1057.

¹³ CAMPOS-DÍAZ BARRIGA, M.: *La responsabilidad civil por daños al medioambiente: el caso del agua en México*, Universidad Nacional Autónoma, 2000, p. 89. JORDANO FRAGA, J.: *La protección del derecho...*, *op. cit.*, p. 138.

B) Dimensión constitucional del medio ambiente. El art. 45 CE.

El art. 45 CE introdujo en el ordenamiento jurídico español la dimensión constitucional del medio ambiente cuyo contenido dice:

«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

El mandato del art. 45 CE fue objeto de desarrollo a través de diferentes normas jurídicas que no fueron capaces de prevenir la producción reiterada de accidentes de diversa naturaleza que han producido daños al entorno natural. Se pueden citar algunas regulaciones sectoriales en materia ambiental que recogen la necesaria protección de la salud y patrimonio de las personas: art. 1 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera; art. 1 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear; art. 9.1 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria; art. 1 de la Ley 22/2011, de 29 de julio, de residuos y suelos contaminados; art. 1 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, etc.

Se hizo patente la necesidad de contar con una legislación ambiental que instrumentara nuevos sistemas de responsabilidad que impusieran medidas de prevención y de reparación de los daños ambientales para el supuesto de que se produjera el daño, separándose de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial. De este modo, el art. 45 CE plantea la horizontalidad del Derecho ambiental y, por lo tanto, el carácter intersectorial e interinstitucional de la problemática ambiental.

Entrando a conocer el significado de cada uno de los tres apartados que componen el art. 45 CE, podría afirmarse, en primer lugar, que el derecho a un medio ambiente adecuado del art. 45.1 CE es un principio rector, no susceptible de su inclusión como derecho subjetivo o fundamental de aplicación directa¹⁴. No obstante, ello no obsta a su concreta operatividad jurídica y vinculación para los poderes públicos, dado que tal norma programática participa del valor normativo que se preconiza de los preceptos de la *Norma Normarum*, sin que se pueda limitar su eficacia al campo de la retórica política o la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas, sirviendo para interpretar otras normas al actuar de límite de otros bienes o derechos constitucionales (propiedad, desarrollo económico, actividad empresarial, etc).

¹⁴ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: “Defensa civil del medio ambiente”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, año nº 33, nº 171, 1999, p. 151. CARRASCO PERERA, A.: “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales preexistente a la Ley”, en Lozano Cutanda, B.: (coord.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, p. 148. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 27. DE MIGUEL PERALES, C.: “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, p. 65. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, Año 2012, núm. 45, p. 179. JUNCEDA MORENO, J.: *Derecho ambiental, Guía Jurisprudencial de Legislación y Procedimiento*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A., Barcelona, 2002, p. 23. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada ...*, *op. cit.*, pp. 26-30, 63-71, 85 y 281-282. ROCA JUAN, J.: *op. cit.*, pp. 780 y ss. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, Nº 4, 2006, p. 5.

El art. 45 CE puede ser alegado directamente por los demandantes ante los Tribunales ordinarios según dispone el art. 53.3 CE¹⁵, por ejemplo en supuestos de inmisiones vecinales¹⁶, al gozar de carácter normativo y vinculante para los Tribunales. No obstante, dicha invocación sólo podrá hacerse de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo (art. 53.1 CE), por lo que se le priva al ciudadano de la mayor protección que concede el art. 53.2 CE a los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la Sección 1ª del Capítulo II y en el art. 14 CE (posibilidad de recabar su tutela directamente ante los Tribunales Ordinarios por un procedimiento preferente y sumario y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC). En realidad, los particulares tienen únicamente pretensiones civiles en la medida en que la agresión ambiental afecte a un interés privado perfectamente individualizado. Esto sucede porque no existe un derecho subjetivo al medio ambiente; tampoco es un derecho de la personalidad *ex art.* 10.1 CE o, ni siquiera como parte del derecho a la salud¹⁷.

Por su parte, el párrafo 2º del artículo 45 CE establece la necesidad de conservar los recursos naturales y el derecho a su disfrute, imponiendo a los poderes públicos la tarea de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida¹⁸ y defender y restaurar el medio ambiente. En consecuencia, no puede considerarse objetivo, primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, sino que se ha de armonizar la “utilización racional” de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida, debiendo compaginar el medio ambiente y el desarrollo económico¹⁹ (desarrollo sostenible). Fruto de este apartado provienen las distintas leyes especiales sectoriales de protección al medio ambiente, de donde surge la posibilidad de que la Administración pueda reclamar la reparación o indemnización de los costes de reparación del medio dañado.

Finalmente, el art. 45.3 CE recoge los supuestos de responsabilidad por daños ambientales tanto en su perspectiva penal, administrativa y civil (o jurídico-privada)²⁰, con la dificultad que a veces conlleva la determinación de los elementos o requisitos que las diferentes ramas del Derecho exigen para el nacimiento de la misma y la propia naturaleza del bien dañado al existir bienes ambientales de dominio público, propiedad privada o *res nullius*²¹. Los tres grandes bloques normativos que afectan a la regulación de las vecindades industriales orbitan alrededor del Derecho civil vecinal, la normativa de policía administrativa y la urbanística de las actividades²². Sin olvidar la regulación de la responsabilidad civil por contaminación.

¹⁵ El art. 53.3 CE dispone: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

¹⁶ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Ed. La Ley, Madrid, 2004, pp. 189-190.

¹⁷ CORDERO LOBATO, E.: “Daños a particulares y medio ambiente”, en *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 321.

¹⁸ MARTÍN BERNAL, J. M.: “Comentarios a dos sentencias del Tribunal Supremo sobre el ruido”, BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, Nº 24, p. 274.

¹⁹ STC 64/1982 de 4.11.1982 (RTC 1982, 64); STS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747).

²⁰ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 193.

²¹ CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 5.

²² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales: estudios jurídicos*, Madrid, Instituto de Administración Local, 1973, pp. 27-29.

2) La contaminación industrial y su prevención.

A) *Concepto y tipos de contaminación industrial.*

Se puede definir la contaminación como la introducción de sustancias o formas de energía en el medio ambiente que impliquen molestias, riesgo o daño para las personas, el medio ambiente y demás bienes de cualquier naturaleza, independientemente del régimen jurídico aplicable en la respuesta al daño o riesgo²³.

LABRADOR BERNARD y ARBUÉS SALAZAR dicen que la contaminación debe ser producto del hombre, ser aprehensible y medible en el contexto tecnológico del momento, provocar un daño y generar perturbaciones en el medio²⁴.

En el ordenamiento francés CABALLERO dice que, en lugar de clasificar los tipos de contaminación en función de las fuentes de daños (establecimientos industriales, construcciones, obras públicas...), o sobre la naturaleza de los intereses lesionados (propiedad, actividad profesional, habitación...), es mejor hacerlo en función de la tipología de los *troubles*. Esto permite tomar el pulso de la jurisprudencia y la evolución cualitativa y cuantitativa de los *troubles de voisinage* y es indispensable para no confundir contaminación (*nuisance*) e inmisión (*trouble de voisinage*). Estos últimos pueden proceder de la contaminación, el ruido, los desórdenes inmobiliarios, las *nuisances* espaciales y aquello que se puede llamar perturbaciones de agrado²⁵.

Las *pollutions* se clasifican en la polución del aire, las aguas y el suelo. Según CABALLERO la industria concentra la mayor parte de la polución atmosférica (metalurgia, cementeras, químicas, alimentarias, agrarias, etc.)²⁶. Las formas de polución y efectos más comunes son los *humos* y *polvo* que atentan a los bienes y a las explotaciones co-

²³ Esta es la definición que recoge la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera que, en su art. 3: «La presencia en la atmósfera de materias, sustancias o formas de energía que impliquen molestia grave, riesgo o daño para la seguridad o la salud de las personas, el medio ambiente y demás bienes de cualquier naturaleza». Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, Texto Refundido de la Ley de Aguas define la contaminación de las aguas como: «(...) la acción y el efecto de introducir materias o formas de energía, o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores, con la salud humana, o con los ecosistemas acuáticos o terrestres directamente asociados a los acuáticos; causen daños a los bienes; y deterioren o dificulten el disfrute y los usos del medio ambiente». Asimismo, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminados define este último como: «(...) aquel cuyas características han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes químicos de carácter peligroso procedentes de la actividad humana, en concentración tal que comporte un riesgo inaceptable para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno, y así se haya declarado mediante resolución expresa». Además, la contaminación acústica viene regulada en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (art. 3 d) LR): «(...) la presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que las origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente». En materia de contaminación nuclear, el art. 3.1 h) LRCDN dice que se considerará que existe daño nuclear cuando: «(...) la pérdida o el daño se deriven o resulte de radiaciones ionizantes emitidas por alguna de las siguientes sustancias: i) Una fuente de radiaciones que se encuentre en el interior de una instalación nuclear. ii) Combustibles nucleares o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear. iii) Sustancias nucleares que procedan, se originen o se envíen a una instalación nuclear. En todos estos supuestos se considerará que existe daño nuclear tanto si la pérdida o el daño ha sido causado por las propiedades radiactivas de estas sustancias, como si lo ha sido por una combinación de dichas propiedades con las propiedades tóxicas, explosivas o peligrosas de estas sustancias».

²⁴ LABRADOR BERNARD, J., Y ARBUÉS SALAZAR, J.J.: “Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista Derecho y Medio Ambiente*, v. I, núm. 1, enero-marzo, 2000, p. 16.

²⁵ CABALLERO, F.: *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981, p. 208.

²⁶ *Ibid.*: p. 209.

merciales, así como a las condiciones de habitación; *gas* o de otros vapores deletéreos, que afectan no solamente al hombre, sino igualmente a los animales; finalmente, los *olores* que indisponen principalmente a los terceros. La razón, según el autor, es que el olor es el tipo de polución del aire más molesto y el más inmediatamente perceptible por las poblaciones. Generalmente, las víctimas invocan además de la depreciación de sus propiedades, el *trouble* en sus condiciones de existencia. Incluso ha sucedido que los *troubles* olfativos sean la fuente de perjuicios corporales.

Dice CABALLERO que en materia de contaminación de las aguas, la aplicación de la teoría de los *troubles de voisinage* ha sido poco utilizada y de forma subsidiaria. Ello se explica porque la mayoría de la población está conectada a una red de alimentación de agua potable y porque la situación del agua es diferente a la del aire. El agua es, en efecto, susceptible de individualización, y por tanto de apropiación, y, en este título, numerosas disposiciones reglamentan su uso, entre las que figuran las servidumbres legales de vecindad²⁷. Las *actividades contaminantes* del agua se dividen en tres categorías correspondientes a las principales fuentes de polución: industriales (curtiembres, fábricas de cosméticos, químicas, papelerías, etc.), actividades agrícolas (mataderos, porquerías, etc.) y las municipalidades, si bien los vertidos aquí dan lugar a la interposición de contenciosos administrativos. Los *daños* varían en función de los diferentes usos que los vecinos hagan del agua. Puede tratarse en primer lugar de industrias que la utilizan para las necesidades de sus fábricas e invocan pérdidas de explotación, sobretudo explotaciones agrícolas o piscícolas²⁸. Incluso a veces ciertas asociaciones de pescadores pueden obtener el reembolso de sus desovaderos y criaderos o del perjuicio debido a la reducción del número de asociados. Se acepta, en cambio, indemnizar ciertos perjuicios de recreo. Así, los propietarios de hoteles y de establecimientos de alquiler junto a los planos de agua (orillas) pueden hacer valer las pérdidas que la polución cause a sus comercios. Incluso, ciertos propietarios ribereños del curso del agua han sido admitidos a invocar la depreciación y el *trouble* de disfrute resultante de los olores nauseabundos de las aguas contaminadas²⁹. Finalmente, la contaminación de las aguas puede provocar *nuisances* por repercusión, cuando la acción corrosiva de ciertos vertidos provoca *désordres immobiliers* en los fundos ribereños.

La contaminación del suelo provoca *troubles de voisinage* cuando la existencia de un depósito de residuos sobre un fundo entraña, por vía de las consecuencias, inconvenientes para los vecinos. No obstante, más que polución de suelo propiamente dicha, son más bien las *nuisances* inducidas (por ejemplo olores).

Finalmente, dice CABALLERO que el ruido constituye la vía principal de acción de la teoría de los *troubles de voisinage*, pudiendo ordenarse, según la jurisprudencia, en cuatro categorías de actividades ruidosas: la industrial, los transportes, el comercio y la habitación. Todos ellos provocan *troubles* que atentan a la tranquilidad de los habitantes, y a veces son tan intensas que perturban la salud.

²⁷ Ibid.: p. 211. Dice CABALLERO que «solamente algunas decisiones recientes, esencialmente administrativas, califican sin equívoco los vertidos contaminantes de *troubles de voisinage*. Pero esto proviene del hecho que la mayoría de las veces la gravedad de los *troubles* es patente. Parece por tanto razonable, en estas condiciones, considerar todas las decisiones similares condenando a un contaminador sin constatar su culpa, como aplicaciones inconscientes de la teoría de *troubles de voisinage*»

²⁸ Ibid.: pp. 212-213. Dice el autor que «En cuanto a las primeras, las quejas provienen de que el agua que se utiliza es impropia para el riego, lo que daña a los cultivos, o al consumo de la ganadería. Las piscifactorías se quejan de que sus poblaciones pueden ser diezmadadas y tener que cesar la actividad».

²⁹ Ibid.: p. 213. Dice CABALLERO que en estos casos parece «que la polución del agua entraña una polución del aire que constituye el verdadero problema de vecindad».

En este trabajo no se incluirán las molestias o daños derivadas de la ejecución de trabajos de construcción. Tampoco se estudiarán las inmisiones espaciales (molestias en el acceso, privación de luces y vistas, etc.) puesto que son inmisiones negativas, es decir, no se produce una contaminación del medio ambiente que funciona como elemento transmisor de la contaminación al sujeto privado, por ejemplo, cuando se producen avances de las ramas sobre los fundos vecinos. En cambio, las agresiones luminosas sí constituyen una forma relativamente nueva de atentado a la tranquilidad de los particulares, pudiendo ser equiparada a lo que sucede en el caso de inmisiones causadas por el ruido, y, aunque no se producen por causa de la polución mediante sustancias químicas, sí pueden producir alteraciones a los sujetos que las padecen (por ejemplo afecciones negativas el descanso nocturno). Igualmente, las inmisiones por ondas de radio y de televisión responden a las perturbaciones de confort.

En la jurisprudencia española se pueden ver numerosos casos de inmisiones y otros daños civiles por contaminación a los particulares en su propiedad, bienes muebles, salud o moral³⁰, lo que pone de relieve la importancia cuantitativa y cualitativa de este tipo de daños en relación a la actividad industrial contaminante. La nota común imperante en la casuística es la producción por parte de una industria de contaminación continua, que suele sobrepasar los niveles reglamentarios, y que, por su excesividad –en términos civiles–, afecta negativamente intereses privados.

³⁰ La jurisprudencia española en materia de daños civiles por contaminación, aunque se le suele llamar “inmisiones” es abundante. Se pueden citar numerosos ejemplos: emanaciones de sustancias contaminantes (STS 12.12.1980 [RJ 1980, 4747]); polvo proyectado de centro fabril (STS 17.3.1981 [RJ 1981, 1009]); emanaciones de polvo que las instalaciones de dichas empresas colindantes y contiguas a la citada finca (STS 14.7.1982 [RJ 1982, 4237]); empresa suministradora de fuel-oil a una Central Térmica por el uso que hace ésta del fuel suministrado (STS 27.10.1983 [RJ 1983, 5346]); vertido de sustancias contaminantes al río (STS de 31.1.1986 [RJ 1986, 444]); emisión de polvo por hornos de cal (STS de 16.1.1989 [RJ 1989, 101]); vertidos de una fábrica a un río (STS 27 octubre 1990 [RJ 1990, 8053]); excesivas emanaciones de gas y polvo arcilloso de dos empresas azulejeras (STS 15.3.1993 [RJ 1993, 2284]); emanaciones de flúor y otros gases tóxicos procedentes de una factoría de aluminio (STS de 24.5.1993 [RJ 1993, 3727]); contaminación o el empeoramiento de las condiciones ambientales (STS 9.4.2003 [RJ 2003, 3041]); salida de humos y vahos de cocina de Bar y Restaurante (SAP Cáceres 21.11.1996 [AC 1996, 2258]); emanaciones tóxicas y residuales procedentes de una factoría (STS 7.4.1997 [RJ 1997, 2743]); contaminación causada por fluorosis procedente de industria vecina (SAP Cantabria 24.12.1997 [AC 1997, 2410]); contaminación sufrida derivada de la descarga de bauxita proveniente de las empresas demandadas (SAP Lugo 11.9.1998 [AC 1998, 1838]); polvo y ruidos de origen industrial (STS de 2.2.2001 [RJ 2001, 1003]); polvo producido por una cantera y por el tránsito de camiones (SAP Castellón 25.6.1999 [AC 1999, 1357]); humos y gases expelidos por la fábrica del demandado (SAP Tarragona 21.9.1999 [AC 1999, 7073]); construcción del depósito de agua junto a la vivienda, e inmisiones de polvo, vibraciones y ruidos (SAP Lleida 15.9.2000, FD 4º (AC 2000, 1619)); contaminación derivada de humos con boro procedentes de la entidad demandada (SAP Castellón 21.10.2000 [JUR 2001, 159740]); humos y emanaciones de la actividad industrial de la demandada (SAP Lugo 26.12.2000 [JUR 2001, 67558]); recalentamiento de las aguas de un río y, consecuentemente, de una piscifactoría (STS de 16.1.2002 [RJ 2002, 8]); gases tóxicos provinientes de una industria (SAP de Castellón 21.10.2000 [JUR 2001, 159749]); inmisión de ruidos en la vivienda de su propiedad (SAP Valladolid 20.7.2004 [JUR 2004, 211055]); contaminación producida por el anormal funcionamiento de las fábricas en las fincas de los demandantes, emitiendo al aire sustancias contaminantes para las fincas de los demandantes, (STS 14.3.2005 [RJ 2005, 2236]); contaminación por inmisión de aguas residuales procedentes de lavado de áridos y de planta de hormigón existentes en la finca del demandando (SAP Cáceres 8.6.2007 [JUR 2007, 293674]); contaminación de las aguas del pozo que les suministraba agua, que a su vez recibía agua del río Tordera, contaminado a causa de los vertidos ocasionados por una depuradora (STS 2.11.2007 [RJ 2008, 13]); emanaciones tóxicas de flúor de las instalaciones propiedad de los demandados (STS 12.6.2008 [RJ 2008, 4690]); contaminación concerniente a la demandada por su explotación industrial relativa a la elaboración de fertilizantes (STS 29.10.2008 [RJ 2008, 5801]); polvo depositado en paredes de piscinas, micro partículas cementosas en plástico de invernaderos, barrotos y verjas con la pintura comida (STS 26.11.2010 [RJ 2011, 1387]), entre otras.

B) Prevención de la contaminación en el derecho público.

La prevención de la contaminación industrial tiene por objeto evitar o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo, mediante un sistema de prevención y control integrados de la contaminación (art. 1 LPCIC). Esta Ley será aplicable a las instalaciones en las que se desarrolle alguna de las actividades incluidas enumeradas en el anejo 1 de la misma.

Al otorgar una AAI el órgano competente autonómico deberá tener en cuenta que en el funcionamiento de las instalaciones se adopten las medidas adecuadas para prevenir la contaminación, particularmente las MTD, así como que se adopten las medidas necesarias para prevenir los accidentes graves y limitar sus consecuencias sobre la salud de las personas y el medio ambiente (art. 4.1 aps. a) y b) LPCIC). Las MTD se centra en la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los VLE (art. 3 ap. ñ)). Por emisión se entiende en la LPCIC la expulsión a la atmósfera, el agua o el suelo de sustancias, vibraciones, calor o ruido procedentes de forma directa o indirecta de fuentes puntuales o difusas de la instalación (art. 3 ap. k)). Los VLE son la masa o la energía expresada en relación con determinados parámetros específicos, la concentración o el nivel de una emisión, cuyo valor no debe superarse dentro de uno o varios períodos determinados y se aplicarán generalmente en el punto donde las emisiones salen de la instalación y en su determinación se tendrá en cuenta una posible dilución (art. 3 ap. l).

El Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la LPCIC (REI), tras las modificaciones de esta última a raíz de la Ley 5/2013, de 11 de julio, así como de la Directiva EIS (Directiva 2010/75/UE “sobre las emisiones industriales”) conocida también en la terminología inglesa “Directiva IED” (*Industrial Emissions Directive*). El REI tiene por objeto desarrollar y ejecutar la LPCIC, así como establecer el régimen jurídico aplicable a las emisiones industriales, con el fin de alcanzar una elevada protección del medio ambiente en su conjunto. Asimismo, establece unos VLE para evitar y, cuando ello no sea posible, reducir la contaminación provocada por las instalaciones del anejo 1, en concreto las actividades industriales incineración y coincineración de residuos; grandes instalaciones de combustión; e instalaciones de producción de dióxido de titanio (art. 1.1 REI), recogiendo por el REI unas disposiciones especiales en los Capítulos IV, V y VI respectivamente³¹. Para el resto de sectores industriales del anejo 1 LPCIC que emitan contaminantes a la atmósfera, les será de aplicación los VLE establecidos por la AAI de acuerdo con las prescripciones contenidas en la LPCIC y en el propio REI, quedando excluidas del ámbito de aplicación de este reglamento (D.A. 1ª).

El REI tiene carácter de legislación estatal básica (D.A. 5ª) y deroga el Reglamento de desarrollo de la LPCIC (RD 509/2007) y al RD 653/2003, sobre incineración de residuos. Si en la AAI se incluyen varios procesos o actividades potencialmente contaminantes de la atmósfera (tanto si pertenecen a una instalación o a varias, incluso de distintos titulares, que tengan la misma ubicación), se podrá considerar un foco virtual que sumando todos los focos atmosféricos permita establecer los VLE globales, siempre que se garantice un nivel de protección equivalente a la utilización de los VLE individuales. Asimismo, los requisitos de control de las emisiones se basarán en las conclusiones sobre monitorización recogidas en las conclusiones sobre MTD.

³¹ Por ejemplo, el art. 33 REI del Capítulo IV establece unos VLE a la atmósfera, remitiéndose para las instalaciones de incineración al anejo 2 parte 5 y a las de coincineración al anejo 2 parte 2.

Además, la licencia o autorización pertenece a las “autorizaciones de funcionamiento”, en las que la intervención administrativa no se agota con el simple acto de la licencia, sino que continúa durante el desarrollo de la industria velando para que ésta se ajuste al interés general, pudiendo en cualquier momento producir variaciones en el contenido de aquélla. Por ello, cuando las precauciones sean insuficientes el particular podrá exigir ante los tribunales de lo contencioso-administrativo el cumplimiento de las distancias reglamentarias y el establecimiento de medidas de resguardo a fin de evitar efectos nocivos sobre los vecinos o el entorno.

Por otro lado, no se ha de confundir la gravedad de una inmisión desde el punto de vista civil, el nivel de inmisión desde el punto de vista administrativo (VLI) y los VLE. Analizar la calidad del medio en un punto determinado no refleja necesariamente que el mismo haya sido causado por el supuesto responsable, sino que puede ser fruto de otros factores temporales, pluralidad de agentes, etc. Aun así, los niveles de inmisión (VLI) desde el punto de vista de la calidad del medio (del aire, suelo o agua) sí pueden ser indicativos de la contaminación del medio a efectos civiles, y, por lo tanto, del padecimiento o perjuicio sufrido por el particular en su persona o en sus bienes, lo que tendrá aun mayor validez desde el punto de vista de la atribución del daño si se logra probar causalmente que la calidad del medio productor del daño y, por lo tanto, el daño, ha sido producido por la industria a la que se le imputa el mismo.

En los EEUU el sistema del «*command and control*» es el principal medio de regulación de las actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente y la salud de las personas. El control se realiza a través de los estándares de emisión de sustancias contaminantes al medio ambiente por parte de las industrias, especificando los pasos que los operadores deben cumplir en todo momento y vienen reflejados en los correspondientes permisos o autorizaciones que la autoridad competente otorgue de forma singularizada. Por lo tanto, en el sistema norteamericano de control de la contaminación industrial juegan un papel fundamental el estándar de emisión y el permiso de licencia³². Hay tres tipos de estándares ambientales: 1) estándares *stricto sensu*, que se establecen sobre la base de niveles totales de concentración en el medio natural (o niveles de inmisión o VLI)³³; 2) estándares de emisión (o VLE), que especifican la precisa cantidad de emisión proveniente de una fuente concreta de contaminación, siendo más fáciles de medir por cuanto atienden a la concreta instalación y se recogen en el título autorizatorio; y 3) estándares en el centro de trabajo. Dice FORTES MARTÍN que los estándares de emisión en EEUU pueden clasificarse a su vez en: (a) los «*effluent*» o «*performance-based standards*», siendo los estándares que fijan un tope de sustancias contaminantes que una instalación puede emitir, aunque deja plena libertad a su titular para decidir los medios por los que se alcance y cumpla esa limitación, y (b) los «*technology-based standards*», que al igual que los anteriores fijan los topes máximos, pero difieren de aquél en que no dejan libertad al operador para cumplir con esa limitación, sino que obligan a incorporar cierta tecnología para reducir las inmisiones³⁴.

³² FORTES MARTÍN, A.: “Algunos apuntes sobre el origen, conformación y posterior desarrollo del sistema regulatorio ambiental de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista interdisciplinaria de gestión ambiental*, Año 6, nº 61, 2004, p. 13. El autor afirma que en este sistema: «el título autorizatorio contiene los estándares de emisión, (...) de sustancias contaminantes en el medio natural y que se basan fundamentalmente en el empleo de la mejor tecnología disponible («*best available technology*» o BAT)».

³³ Por ejemplo, en la *Clean Air Act*, estos estándares sirven para medir la calidad del ambiente atmosférico y así determinar si una zona se puede calificar de limpia o contaminada, y sirven así para aceptar o no nuevas industrias en un área determinada.

³⁴ FORTES MARTÍN, A.: *op. cit.*, pp. 14-16.

Los criterios que permiten decantarse por uno u otro tipo de estándar son los: 1) criterios de salud («*health-based standards*»), 2) criterios tecnológicos («*technology-based standards*»), y 3) coste-beneficio («*cost-benefit standards*»). Los primeros tienen estrecha relación con los criterios de calidad ambiental (niveles de inmisión), por ejemplo los «*National Ambient Air Quality Standards*» (NAAQS) recogidos en la *Clean Air Act*. En cambio, los basados en criterios tecnológicos se encuentran en la *Clean Water Act* y la determinación particularizada de los mismos se hace en atención a las particularidades de las instalaciones (niveles de emisión). Finalmente, los criterios basados en el coste-beneficio tratan de alcanzar niveles de protección ambiental en los que el coste de la reducción de la contaminación conseguido con los mismos no supere el beneficio realmente alcanzado, si bien su aplicación es dificultosa.

No obstante ser prevalente en EEUU el sistema del «*command and control*» (orden y mando) hasta nuestros días, a lo largo de estos últimos años ha sufrido críticas y se han sugerido alternativas o complementos a la misma. La regulación basada en este criterio es reactiva en sí a la protección ambiental, mientras que los sistemas de prevención integrada de la contaminación («*integrated pollution prevention*») tienen una visión más proactiva. El establecimiento y aplicación uniforme de estándares no propicia la mejor protección sobre los recursos naturales al no considerarse las especificidades propias de cada instalación industrial y las condiciones locales del medio ambiente. Un análisis económico basado en el coste-beneficio no es muy acertado para la industria por cuanto éstas no encuentran ningún incentivo positivo para controlar la contaminación, o incluso ir más allá de lo que exige la regulación. La aplicación del sistema de incentivos del «*command and control*» basado en estándares uniformes o tecnología, así como en el exceso de regulación, puede resultar ineficiente, rígido, desincentivar la innovación, y saturar el sistema de control de la contaminación, al dejar el papel del industrial en la toma de decisiones reducido a la mínima expresión. En este sistema las variables «qué» y «cómo», «vienen fijadas por el regulador desplazándose el juicio del responsable de las instalaciones que puede encontrarse en una mejor posición para la toma de decisiones afectantes a su industria». Las soluciones que propone FORTES MARTÍN son: aplicar la prevención de la contaminación («*pollution prevention*»), según los postulados de la *Pollution Prevention Act* de 1990; el control integrado de la contaminación y la evaluación de riesgos; los esquemas de regulaciones negociadas («*reg neg*»); y los mecanismos de mercado que tratan de flexibilizar el sistema como las tasas por unidades de emisión generadas y los mercados de derechos de emisión.

Según BELL & MC GILLIVRAY en el derecho del *common law* la regulación del medio ambiente conlleva el establecimiento de estándares, que pueden o bien referirse a los procesos técnicos o bien a la cantidad de emisiones permitidas. En ambos casos el incumplimiento da lugar a responsabilidad administrativa, si bien en el primer supuesto no es necesaria la producción de un daño medioambiental y en el segundo sí. La monitorización de estas dos situaciones se lleva a cabo en el lugar donde desarrolla la actividad la industria que supuestamente ha incumplido los estándares, y rara vez se producen toma de muestras en el medio ambiente dañado³⁵. No obstante, cuando se trata de la producción de daños a intereses privados suele surgir un conflicto entre el derecho privado y la regulación pública, en el sentido de que una actividad quizá es lícita bajo un régimen y al mismo tiempo ilícito en el otro³⁶.

³⁵ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *Environmental Law*, 5th Ed., London: Blackstone, 2000, p. 278.

³⁶ *Ibid.*: p. 283.

3) Tipos de daños ocasionados por la contaminación industrial. El daño ecológico y el daño tradicional. Efectos de la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

La contaminación industrial puede provocar fundamentalmente dos tipos de daños claramente diferenciados: 1) *medioambientales* (daños ecológicos, deterioro ambiental o daño medioambiental), y 2) *civiles por contaminación o tradicionales* (los daños sufridos por los particulares en sus bienes patrimoniales o en su salud o bienestar físico o psíquico). Los primeros trascienden de los intereses privados, afectando a intereses difusos o derechos colectivos (medio ambiente) y se han reconducido generalmente por los cauces del Derecho público, mientras que los daños tradicionales se han solucionado a través del instituto de la responsabilidad civil extracontractual por contaminación, actuando aquí el daño medioambiental o la contaminación como elemento transmisor del propio perjuicio que acaba proyectándose en la esfera personal o patrimonial del sujeto³⁷. La clave de la diferenciación estriba en que en el deterioro ambiental o daño ecológico los intereses privados quedan excluidos, mientras que en el daño tradicional o civil por contaminación sólo son relevantes los daños que, degradando el medio ambiente, o simplemente ejerciendo éste de elemento transmisor de la contaminación, perjudican un interés particular³⁸. No obstante, habrán daños medioambientales que no se consideren elementos transportadores de contaminación, como por ejemplo los daños a las especies (art. 2.1 a) LRM), y otros que, a pesar de servir como elementos transportadores de la contaminación, como lo pueda ser la contaminación atmosférica, no supongan daño medioambiental a efectos de la LRM ni daños civiles por contaminación. No obstante, pueden haber también *daños medioambientales* que tengan la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular* (p. ej. un bosque privado o un espacio natural de titularidad privada)³⁹. En este tipo de daños la forma de reparación se ajustará a lo dispuesto en la LRM, sin perjuicio de que también pueda instarse su reparación en sede judicial civil (art. 5.2 LRM).

³⁷ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)”, *Revista de Derecho Privado*, nº 11, noviembre 2002, p. 774. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, pp. 19, 23-25 y 87. DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 90. DOPAZO FRAGUÍO, P.: “Coordinación y gerencia de riesgos ambientales: responsabilidad civil por daños ambientales y seguro ambiental”, *Observatorio medioambiental*, Nº 5, 2002, p. 111. GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998, pp. 64, 87 y 306. GOMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M^a. A.: Responsabilidad por daños al medio ambiente y contaminación de suelos: problemas de relación”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2006, p. 5. JORDANO FRAGA, J.: “Administración y responsabilidad por daños al medio ambiente: la construcción del régimen jurídico de los daños ambientales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 12, pp. 277-278. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “El medio ambiente...”, *op. cit.*, p. 2526. MORENO TRUJILLO, E.: “La protección del medio ambiente en la jurisprudencia civil”, *Actualidad Civil*, nº 36, 1990, p. 528. POZUELO PÉREZ, L.: “La reparación del daño al medio ambiente”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 191, enero-febrero 2002, pp. 133-166. REYES LÓPEZ, M^a. J.: “La responsabilidad civil ambiental”, en *Derecho Ambiental español* (Coord. Reyes López, M^a. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 211. SANTOS MORÓN, M^a. J.: “Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo II, Ed. Thomson Civitas, 2003, pp. 3015 y 3018. WICHMANN ROVIRA, G. V.: *Instituciones de Derecho privado. Tomo III. Obligaciones y Contratos*, vol. 3º, Delgado De Miguel, J.F.: (Coord. Gral.), Simó Santonja, V.L. (Coord.), Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 1134.

³⁸ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 37-38. De esta forma, señala la autora, «El daño ambiental o por contaminación comprende [...] todo menoscabo en la persona o el patrimonio de un sujeto que se produce a través de un elemento del medio ambiente, actuando éste como medio transmisor de los efectos de la acción dañosa».

³⁹ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 90. JORDANO FRAGA, J.: “Administración y responsabilidad...”, *loc. cit.*

La mayor parte de la doctrina civilista afirma que la responsabilidad civil extracontractual no tiene como principal finalidad la protección del medio ambiente sino que sólo de forma indirecta, cuando hubiera un bien patrimonial o personal dañado, puede proteger el medio ambiente⁴⁰. Ello sin perjuicio de la valoración positiva que se pudiera hacer de la aplicación generalizadora e integradora de los arts. 7, 590 y 1908 C.c. que, junto con el 1902 C.c., constituye, con el respaldo del art. 45 CE, una defensa más que aceptable de los intereses privados, sobre todo en lo referente a la tutela de evitación de ulteriores daños⁴¹ y de la reparación de los daños ocasionados por inmisiones u otros daños civiles por contaminación. Otros autores, a pesar de admitir el efecto indirecto de la vía civil en la protección y defensa del medio ambiente, a su vez niegan una rígida separación entre los daños tradicionales y los ocasionados al medio ambiente, justificándose en que cuando se producen atentados ambientales se afectan también los derechos patrimoniales o personales del particular⁴².

El legislador europeo contempló las limitaciones del mecanismo tradicional de la responsabilidad civil en materia de daños medioambientales al afirmar que no es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad civil. La Directiva 2004/35 CE adoptó un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado por el cuál pretendía enfrentarse a una serie de problemas que dificultaban la aplicación efectiva del principio “quien contamina paga” y el de prevención, de manera que quedaran garantizadas la sostenibilidad del desarrollo económico y la protección medioambiental⁴³.

⁴⁰ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 149. CERDÁ OLMEDO, M.: “Responsabilidad civil por daños futuros. Responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 38, n° 3, 1985, p. 632. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 136. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Protección civil del medio ambiente”, *Jueces para la democracia*, N° 8, 1989, pp. 30-31. DE MIGUEL PERALES, C.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 65. GUIDO VILLEGAS, S.: “El ocaso de la responsabilidad subjetiva por daños al medio ambiente: reflexiones en torno al artículo 1908 del Código Civil”, *Ecosostenible*, N° 30-31, 2007, pp. 14 y 15. LUQUÍN BERGARECHE, R.: *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 135. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 207-210. MARTÍN VIDA, M^a.A.: “Responsabilidad civil extracontractual por ruidos en Derecho alemán y en Derecho español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2005, p. 8. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “La protección civil del medio ambiente”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 3 al 9 de enero de 2000, pp. 18, 20-21. MORENO MOLINA, A.M.: “Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuesta de reforma legal”, Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), n° 66, 2005, pp. 29-30. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”..., *op. cit.*, pp. 5-6. ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, L.: “Responsabilidad civil por daños ocasionados al medio ambiente”, Cuestiones sobre responsabilidad civil (coord. por Díaz-Ambrona Bajardí, M^a D.), pp. 111-114, 122-123. RUIZ JIMÉNEZ, J.: RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 31 de mayo de 2007”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 76, 2008, p. 173. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Barcelona, Ed. Bosch, 1995, p. 22; “Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n° 71, n° 631, 1995, p. 2155; *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Barcelona, Ed. Bosch, 1999, pp. 24, 27. SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, pp. 284-285. SANZ SALLA, C. O.: *La gestión de los residuos en la industria cerámica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 275. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes en torno a la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Vol. N° 84, n° 708, 2008, pp. 1825-1833. VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 322.

⁴¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 47.

⁴² YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 138-139.

⁴³ GOMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M^a. A.: *op. cit.*, pp. 3-5. NARBONA RUIZ, C.: “Una aproximación al futuro régimen de responsabilidad por daños al medio ambiente”, *Economista*, N° 113, 2007, p. 11. PARDO LEAL, M.: “La futura Directiva sobre responsabilidad ambiental: de la responsabilidad civil a

En la citada Directiva quedaban fuera del daño medioambiental la regulación de los daños tradicionales⁴⁴, pues la regulación de éstos a través de la acción de responsabilidad civil ya estaba muy desarrollada en los países miembros⁴⁵, y no presentan características jurídicas específicas que justificaren un régimen legal *ad hoc*.⁴⁶ La Directiva pretendió solucionar la ineficacia de la responsabilidad civil derivada de delito o de infracción administrativa⁴⁷, o de la inoperancia de las indemnizaciones como medio para mejorar la calidad del medio ambiente y no simplemente resarcir los daños, cuestión que sí que es de utilidad para los daños privados. De hecho, la solución tradicional sería la correcta si los sistemas internos de responsabilidad civil estuvieran lo suficientemente desarrollados y se incluyera un tipo de responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba sobre quien realiza la actividad de riesgo⁴⁸. La Directiva supuso la “puntilla” del APL español que pretendía regular en una misma ley de responsabilidad civil los daños medioambientales y los civiles por contaminación⁴⁹.

La Ley LRM introduce un sistema público de prevención, evitación y reparación de daños medioambientales. El ámbito de aplicación material se determina por la combinación de las actividades económicas susceptibles de dañar el ambiente, y el concepto de daño medioambiental como cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, incluidos los producidos por elementos transportados por el aire (art. 2.2). Cubre los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas, los daños a las aguas marinas y los daños al suelo, estos últimos cuando supongan un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción de sustancias⁵⁰.

la responsabilidad administrativa”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 255, p. 112. CHAMORRO, I., Y ORTEU, E.: “Un nuevo régimen de responsabilidad comunitario por daños al medio ambiente: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales”, *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, mayo 2004, p. 22.

⁴⁴ CHAMORRO, I., Y ORTEU, E.: *op. cit.*, p. 27. GOMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M^a. A.: *op. cit.*, p. 7. JORI TOLOSA, J. L.: “La responsabilidad por daños medioambientales”, *Derecho del medio ambiente y administración local*, coord. por Esteve Pardo, J., 2006, p. 27. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: “La responsabilidad en materia de prevención y reparación de daños medioambientales: ámbito material y régimen de responsabilidad. Comentario a la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental”, *Revista de General de Derecho Europeo Iustel*, 18 de octubre de 2004, p. 6.

⁴⁶ CANE P.: “Indemnización por daños medioambientales”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 53, nº 3, 2000, pp. 831-835.

⁴⁷ ALONSO GARCÍA, E.: “La ley de responsabilidad medioambiental a vista de pájaro, desde el prisma de la comparación del sistema Europeo con el Norteamericano”, en Lozano Cutanda, B., (coord.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008, pp. 14-15.

⁴⁸ PEÑA CHACÓN, M.: “La nueva directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales y su relación con los regímenes latinoamericanos de responsabilidad ambiental”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, Nº 12-13, 2005, p. 9.

⁴⁹ SALAZAR ORTUÑO, E.: “La Directiva sobre responsabilidad civil ambiental”, *El Ecologista*, Nº 42, invierno 2004-2005, p. 33.

⁵⁰ Artículo 2.1 b) modificado por la Ley 11/2014, de 3 de julio.

La LRM excluye los daños a los particulares (art. 5 LRM), por lo que no ha modificado el *statu quo* del régimen de derecho privado de los daños tradicionales:

«1. Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se registrarán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación.

2. Los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida de que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda.

3. En ningún caso la reclamaciones de los particulares perjudicados en cualesquiera procesos o procedimientos exonerarán al operador responsable de la adopción plena y efectiva de las medidas de prevención, de evitación o de reparación que resulten de la aplicación de esta ley ni impedirán las actuaciones administrativas encaminadas a ello».

El art. 5.1 LRM regula los daños privados *stricto sensu*, que deberán resarcirse a través de la cláusula general de responsabilidad civil *ex art.* 1902 C.c., o específica de inmisiones *ex art.* 1908 C.c.⁵¹. La LRM no puede privarles a los particulares del derecho a la tutela judicial efectiva en la vía civil para la defensa de sus derechos⁵². Advierte P. CANE⁵³ que los daños tradicionales ocasionados por la contaminación no presentan unas características jurídicas específicas simplemente por ser resultado de la contaminación, ya que todos los sistemas legales cuentan con los principios legales reguladores de la responsabilidad extracontractual por este tipo de daños.

Se regula un régimen de responsabilidad objetiva en virtud del cual el operador (art. 2.10 y 11) que desarrolle una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III LRM⁵⁴, sin perjuicio de las exenciones previstas en el art. 28, deberá adoptar las medidas de prevención, evitación o reparación reguladas en la ley⁵⁵. Para el resto de actividades establece un régimen subjetivo. La legislación de suelos contaminados opera autónomamente, si bien debe conjugarse con lo establecido en el apartado 2 del Anexo II de la LRM en lo que se refiere al ámbito de reparación de la contaminación del suelo, no así en lo relativo a las medidas preventivas y de evitación⁵⁶.

⁵¹ NARBONA RUIZ, C.: *op. cit.*, p. 14. RUDA GONZÁLEZ, A.: “En tierra de nadie. Problemas de delimitación del nuevo daño medioambiental”, *Revista de derecho privado*, nº 93, mes 1º, 2009, pp. 45 y ss. YANGUAS MONTERO, G.: “La nueva responsabilidad medioambiental”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, año nº 42, nº 245, 2008, pp. 101-145.

⁵² CARRASCO PERERA, A.: “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones...”, *op. cit.*, p. 159.

⁵³ CANE, P.: *op. cit.*, pp. 831-832.

⁵⁴ Las actividades del Anexo III LRM son: a) explotación de instalaciones sujetas a una autorización de conformidad con la LPCIC y las actividades y establecimientos sujetos al ámbito de aplicación del RD 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas; b) actividades de gestión de residuos de conformidad con la Ley 10/1998, de 21 de abril; c) todos los vertidos en aguas interiores superficiales y subterráneas sujetas a autorización previa de conformidad con el RD 849/1986, y los vertidos en aguas interiores y mar territorial sujetos a autorización previa de la LC; d) vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas sujetas a permiso, autorización; f) [...]; m) la gestión de los residuos de las industrias extractivas.

⁵⁵ NARBONA RUIZ, C.: *op. cit.*, p. 12.

⁵⁶ DE LA VARGA PASTOR, A.: “El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados. Adaptado a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados”, *La Ley*, Madrid, 2012, pp. 163-171.

En el art. 5 2º LRM se regula el supuesto de *daños medioambientales*, en el sentido del art. 2 LRM, que tienen la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular* (art. 5.2 LRM) en cuyo caso los particulares tendrán la opción de solicitar la iniciación del procedimiento establecido en la LRM (acción ciudadana de los arts. 41 y ss.) o bien iniciar un procedimiento judicial civil para exigir al juez la reparación del daño medioambiental sufrido. En cualquier caso, la recuperación deberá hacerse con base a lo dispuesto en el Anexo II, tal y como exige la DA 9^a⁵⁷ y no suponer una doble recuperación. La regulación de estos daños puede ser un foco de problemas, en parte debido a las dudas que suscita la posibilidad de que el juez de lo civil pueda imponer las medidas del Anexo II sin contar con las administraciones públicas. Por otro lado, se establece en la LRM la imposibilidad de los sujetos privados de ser compensados por los daños económicos producidos al medio ambiente (apartados 1 c) y d) y 1.1.3 Anexo II). Esto supone un cambio en la tendencia de los tribunales a la hora de reparar y compensar el daño producido a este tipo peculiar de bienes de doble condición⁵⁸. En cualquier caso, algunos autores advierten de que, dado que no existe prejudicialidad en el orden civil y contencioso-administrativo, las pretensiones de reparación del daño de doble condición pueden desarrollarse en paralelo y correr suertes dispares o, al contrario, pueden solapar o duplicar partidas indemnizatorias⁵⁹.

Según la autora, no es necesaria la remisión que efectúa el art. 5 RLRM por cuanto queda bastante claro que en el caso de que la descontaminación del suelo se haga a través de la LRSC no habrá de iniciarse un nuevo procedimiento al amparo de la LRM y de su reglamento.

⁵⁷ DA 9^a: «las normas del anexo II o las dispuestas con carácter complementario por la normativa autonómica con el mismo objeto se aplicarán en la determinación de la obligación de reparación del daño, con independencia de que tal obligación se exija en un proceso judicial civil, penal o contencioso-administrativo o en un procedimiento administrativo».

⁵⁸ ALONSO GARCÍA, E.: *op. cit.*, pp. 67-68. Este autor dice: «si en una finca privada en la que el propietario ha estado cuidando de los nidos de águila imperial para asegurar su reproducción, por puro interés privado, porque su mayor valor reside en ser de las pocas fincas de España donde dicho águila se reproduce (...) se produce un daño por un tercero –por una actividad de las del Anexo III-, y desaparece el nido o queda vacío para siempre, la LRM –juego de los arts. 2 y 5- dirá que se trata de un daño medioambiental que deberá ser reparado recuperando la especie, pero el propietario nada recibirá por la pérdida de valor de su finca mientras no se vuelva a reproducir en ella el águila y, lo que es más grave, si no es recuperable dicha función, no podrá ser recompensado –¡sólo la Administración podrá serlo!-».

⁵⁹ GOMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M^a. A.: *op. cit.*, pp. 10-11. Según los autores (p. 10), este problema se agravaría «si se tiene en cuenta la posible insuficiencia de recursos del responsable», en cuyo caso «puede darse una “carrera” de exigencia de responsabilidades entre los damnificados particulares y las autoridades públicas competentes».

II) Régimen jurídico aplicable a los daños civiles por contaminación.

1) Clasificación de los daños civiles por contaminación.

Para poder establecer una adecuada clasificación del régimen jurídico aplicable a los DCC, conviene tener en cuenta previamente que: 1) La *invasión contaminante puede afectar perjudicialmente*: 1.1.) el uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria (daños causados por inmisiones); 1.2) otros intereses (otros DCC). 2) En cuanto a la forma de causación de la contaminación, el operador puede haber actuado de forma: 2.1) *intencional* (dolosa); 2.2) *conocida, pero no intencional*: el operador es conocedor de que la emisión está teniendo lugar, o es muy probable que así sea, como resultado de su actividad, pero aun así persiste, sin que exista intención de dañar ni el conocimiento de la causación de perjuicios graves a particulares (generalmente provocan invasiones continuadas). 2.3) *No conocida*: el operador no es conocedor del escape, siendo éste imprevisto y extraordinario con respecto al ejercicio de la actividad, teniendo efectos contaminantes normalmente repentinos. 3) Con respecto a su *peligrosidad*, las actividades pueden ser: 3.1) *inocuas*; 3.2) *peligrosas*; 3.3) *anormalmente peligrosas*.

A) Desde la perspectiva de los intereses afectados: inmisiones y otros daños.

Desde el punto de vista de los intereses afectados, las invasiones contaminantes pueden afectar al uso y disfrute de la propiedad (inmisiones), o a otros intereses (otros DCC). P. ej. los daños ocasionados por una industria en unos cultivos próximos son inmisiones, mientras que no lo son los que puedan ocasionarse cuando la contaminación afecte a otros intereses jurídico-protegidos que no tengan relación de estabilidad temporal y legal con un bien inmueble inmitido (p. ej. daños corporales ocasionados a una persona que paseaba por la zona contaminada).

El alcance de qué se entiende por “uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria” es un aspecto fundamental para la clasificación. En los países donde existe una regulación expresa de las *inmisiones* (Alemania, Italia, Austria, Suiza, Grecia, etc.) los intereses afectados tienen que ver con la propiedad inmobiliaria, tanto los daños a los bienes patrimoniales (cultivos, bienes muebles, etc.) como a las pérdidas de valor del propio terreno. Las inmisiones se regulan dentro de las relaciones de vecindad como una forma de restricción recíproca del derecho de propiedad. En cambio, en los ordenamientos en los que no se regulan las inmisiones (Francia, España), la doctrina y la jurisprudencia la remiten a la acción de responsabilidad civil, por lo que quedan incluidos dentro del concepto anterior los intereses personales y patrimoniales.

En EEUU el § 822 del *Restatement (Second) of United States on tort law* por la *American Law Institute* (resume los *General principles*) –en adelante RST– dice que: «Uno está sujeto a responsabilidad por *private nuisance* si, solo si, su conducta es causa legal de la invasión de los intereses de otro en el uso privado y en el disfrute del inmueble». Para otros países del *common law* (p. ej. Inglaterra) se suele asociar por la mayoría de la doctrina el término de *private nuisance* a aquella que ocasiona de forma continua e ilegítima daños a la propiedad y no daños personales⁶⁰. No obstante, tanto en los ordenamientos europeos que regulan expresamente las inmisiones como en los países del *common law* la jurisprudencia suele ampliar, *de facto*, el alcance de la expresión “uso y disfrute de la propiedad” a los daños personales (corporales y salud) de las personas que ocupen legalmente y de forma estable el bien inmueble, incluidos los familiares, como ocurre con la teoría de los *troubles de voisinage* en Francia.

⁶⁰ HINTEREGGER, M.: *Environmental liability and ecological damage in European law*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 70.

El art. 1908.2 C.c. español tiene unas particularidades o indefiniciones que pueden hacer dudar si se trata de un supuesto de *inmisiones vecinales* o de *responsabilidad por riesgo*. Tampoco aclara si las inmisiones que recoge son fruto de emisiones conocidas o no por el operador. Solamente vincula a que el origen de la inmisión provenga del uso de una industria y a que sea excesiva. De hecho, se pueden comprobar las siguientes indefiniciones existentes en este artículo: 1) no dice que los intereses afectados tengan que ver con el uso y disfrute de la propiedad, sino que lo amplía a todo tipo de daños a las personas o a las propiedades, por lo que estrictamente podría pensarse que excede del ámbito determinado para las inmisiones (el uso y disfrute de la propiedad); 2) no exige tampoco que las personas tengan una relación de estabilidad con el fundo inmitido; 3) solamente se refiere a los humos, por lo que no excluye otros tipos de contaminación; 4) exige que éstos sean excesivos, no explicitando si son excesivos en relación a la emisión o a la inmisión; 5) no dice si la inmisión puede ser continua o repentina; 6) son provocadas por industrias, pero no establece el grado de peligrosidad; 7) tampoco se establece ninguna mención a la vecindad de los sujetos, ni siquiera al área de influencia de las inmisiones; y 8) no se utiliza el término “inmisiones”.

Una opción razonable en la interpretación del art. 1908.2 C.c. podría diferenciar en función de los casos de inmisiones o de responsabilidad por riesgo, teniendo en cuenta: 1) si la contaminación se ha producido de forma conocida por el operador en el ejercicio loable de la industria (prevista), y afecta intereses en el uso y disfrute de la propiedad, se aplicará el régimen de las inmisiones (excesivas y nocivas). 2) Por otra parte, se podrá aplicar la responsabilidad objetiva por riesgo a otros daños civiles por contaminación producidas por escapes desconocidos por el operador de industrias peligrosas y anormalmente peligrosas, en cuyo caso la mención a la excesividad de la inmisión es innecesaria, dado que lo que se analizaría es más bien que el daño (significativo) haya sido producido en el ámbito de riesgo típico de la empresa.

No obstante, podría también interpretarse que el art. 1908.2 C.c. regula un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, siempre que se entienda que las actividades que recoge son las peligrosas o anormalmente peligrosas, y que las perturbaciones sean excesivas y nocivas, es decir, produce un daño significativo en su ámbito de riesgo, con independencia del grado de conocimiento de la emisión por parte del causante, y de la continuidad o no de la invasión. La doctrina mayoritaria vincula el art. 1908.2 C.c. a las inmisiones cuando son causadas de forma indirecta, excesiva y continua, sin separarse, en general, de los fundamentos de la doctrina del riesgo.

B) Según el grado de conocimiento de la contaminación por parte del operador industrial causante: emisiones conocidas y escapes desconocidos.

La solución ideal para poder separar los distintos regímenes jurídicos aplicables a los DCC pasan también por diferenciar la conducta del operador. El grado de conocimiento de la certeza de la producción de la emisión por parte del sujeto contaminante tiene que ver con el hecho de que, al producirse aquélla en el ejercicio loable de la actividad, el operador es consciente de que se están produciendo emisiones o existe una alta probabilidad de dicho resultado. Son las *inmisiones excesivas* del art. 1908.2 C.c., cuyo fundamento de la responsabilidad es el hecho excesivo. Son las invasiones normalmente producidas en la actividad y suelen acontecer de forma continuada en el tiempo, p. ej., las inmisiones de “humos” producidas en el ejercicio de la actividad cuando su producción forme parte de las consecuencias habituales del ejercicio de la actividad. No obstante, las emisiones conocidas también pueden provocar inmisiones repentinas, como por ejemplo las vibraciones provocadas por una industria extractiva que causan daños en las paredes de una vivienda.

Cuando los DCC se produzcan por escapes desconocidos por el operador, como consecuencia ajena al proceso “normal” de la actividad, serán de aplicación los fundamentos de la responsabilidad civil por culpa, cuasi objetiva, u objetiva por riesgo, según el grado de peligrosidad de la actividad. Generalmente, este tipo de invasiones se ocasionan de forma repentina, como por ejemplo la rotura total de un depósito que alberga residuos peligrosos. Pero también puede causar contaminación gradual, como por ejemplo una pequeña rotura en el mismo depósito que, mediante el efecto “gota a gota”, contamina un acuífero subterráneo que daña gradualmente una finca vecina. No obstante, podrán pasar a considerarse emisiones conocidas aquellas que si bien originariamente son desconocidas e imprevistas por el operador y fuera del ejercicio loable de la actividad (extraordinarias), al producir invasiones continuas pasan a ser emisiones conocidas por el causante cuando éste es consciente de ello y no pone remedio. No obstante, da la sensación de que la jurisprudencia no distingue entre los intereses afectados ni en el grado de conocimiento de la emisión, aplicándose indistintamente una responsabilidad cuasi objetiva *ex art. 1902* o por riesgo *ex 1908.2 C.c.*

Una solución correcta, en mi opinión, es la adoptada por el comentarista del *Tort Law* en EEUU, cuando en el § 822 *RST* dice que una invasión en los intereses de una persona en el uso y disfrute de la propiedad por cualquier tipo de conducta es una *private nuisance*, independientemente de que ésta pueda ser a) *intentional* (dolosas o conocidas-no dolosas) y *unreasonable* (irrazonable), o b) *unintentional* (inintencional) y producida por una conducta negligente o por condiciones o actividades anormalmente peligrosas. El principal elemento diferenciador en la aplicación de las soluciones jurídicas frente a una inmisión es su carácter intencional o inintencional, por cuanto en el primer caso la ilegitimidad se determinará en función del carácter no razonable (*unreasonable*) de la inmisión (§§ 826-830 *RST*), mientras que en el segundo caso se tratará mediante los institutos de la negligencia (*negligence*, § 281 *RST*), imprudencia (*recklessness*, § 500 *RST*) o responsabilidad objetiva (*strict liability*, §§ 519, 520 *RST*).

Cuando la *private nuisance* sea intencional y dolosa se aplicará la regla específica del § 829 *RST* y no a la regla general del § 826 *RST*. Dice el § 825 *RST* que «para ser intencional, una invasión en los intereses en el uso y disfrute de la propiedad, o del derecho público, no necesita ser inspirada en malicia o maldad de parte del actor hacia otro. Una invasión tales características es intencional, pero también lo es la invasión de a sabiendas se cause en la persecución de una loable empresa sin deseo de causar daño. Es el conocimiento que el actor tiene al tiempo que actúa u omite lo que determina si la invasión resultado de su conducta es intencional o no intencional. No es suficiente para hacer una invasión intencional que el actor conozca o debiera conocer que su conducta conlleva un un serio riesgo o probabilidad de causar la invasión. Él debe o bien actuar con el propósito de causarla o conocer que ésta está siendo resultado o es sustancialmente cierto que resultará de su conducta».

El comentarista del *RST* argumenta que la razón de que dentro del concepto de *nuisance* puedan albergarse instrumentos jurídicos tan dispares se debe a que el interés en el uso y disfrute privado del inmueble puede ser invadido por más de un tipo de conducta. Una interferencia negligente en el uso y disfrute de la propiedad es una *private nuisance* respecto del interés invadido y negligencia respecto del tipo de conducta que la causa. En cambio, si la *private nuisance* es *unintentional* (inintencional), las acciones que derivan de la misma son las aplicables al resto daños civiles por contaminación, y, aunque pueden ser identificadas, deben ser distinguidas, por cuanto en los supuestos de negligencia, imprudencia o responsabilidad por riesgo que afecen al uso y disfrute de la propiedad (*private nuisance*) la importancia de los intereses invadidos influirá en la ponderación que se hace en estos institutos jurídicos.

Por otro lado, muchos de los supuestos de *private nuisance* conllevan situaciones en las cuales hay una invasión continua o periódica resultante de una conducta continua o periódica. La primera invasión puede ser intencional o no intencional, pero cuando la conducta del operador se continúa después de que el actor conozca la invasión que está resultando, las siguientes invasiones serán intencionales.

Cuando la probabilidad de las consecuencias (invasión) decrece y se convierte en menos que sustancialmente cierto, la conducta del actor pierde el carácter de intencional y se convierte en mera imprudencia, definida en § 500 RST. Si la probabilidad decrece todavía más, y se tiene en cuenta solamente el riesgo potencial, se convierte en negligencia, definida en § 282 RST. Si el daño no ha sido causado con intención (en sentido amplio) por parte del demandado, ni está basado en ningún supuesto de negligencia, cuando el causante del daño lleve a cabo el ejercicio de una actividad anormalmente peligrosa se someterá a responsabilidad por objetiva por riesgo aunque haya ejercido el máximo cuidado para prevenir el daño (§ 519 RST).

A diferencia del régimen establecido para la *private nuisance*, cuando la invasión afecte otros intereses privados diferentes al uso y disfrute de la propiedad, se deben aplicar las reglas generales del *tort law*, en cuyo caso los daños intencionales se registrarán como si el daño hubiera sido causado por dolo (§ 8A “Intent” RST), mientras que el resto de daños se registrarán por los supuestos de imprudencia (*recklessness*), negligencia (*negligence*) o responsabilidad objetiva (*strict liability*).

En el *common law* inglés las soluciones propuestas por la doctrina distan mucho de ser homogéneas, pues en unos casos algunos autores se centran en la definición de inmisión en función de los intereses, y dentro de éstos diferenciando en función de la conducta, y otros autores los separan totalmente. Entre los primeros, CABANILLAS SÁNCHEZ dice que la *private nuisance* es un aspecto de *tortious liability* más que de un simple tipo de *tortious conduct*: el rasgo determinante es el interés invadido, relativo al uso y disfrute de una fincas, por lo que se suelen entender como *private nuisance* solamente aquellas que de forma larga en el tiempo producen daños a la propiedad o molestias a las personas en el uso y disfrute del fundo, aunque se reconocen otras reglas de *nuisance*, como la establecida por el caso *Rylands v. Fletcher* (1866) en la que se admite la responsabilidad por un escape aislado (*isolated escaped*) sin que exista culpa por parte del demandado⁶¹. Entre los segundos, BELL Y MC GILLIVRAY dicen que los mecanismos tradicionales en litigación civil ambiental por daños son: *private nuisance*, *trespass*, *negligence* y la regla *Rylands v. Fletcher*. Para estos autores la *private nuisance* se refiere a aquellas invasiones intencionales y no razonables en el uso y disfrute del fundo, mientras que el resto de casos no se ciñe solamente a aquellos casos en que resultan afectados este tipo de derechos, sino que incluye todo tipo de daños a las propiedades y cosas y lesiones a las personas, siempre y cuando queden fuera del régimen especial de la *private nuisance*, p.ej. cuando el daño se haya ocasionado al margen del uso y disfrute de la actividad⁶². Otra opinión distinta a las anteriores es la efectuada por EEKELAAR, según el cual la diferencia entre la *private nuisance* intencional y la ocasionada por una actividad peligrosa estriba en que en el primer caso se contempla una invasión de los intereses del propietario, teniendo en cuenta el lugar de destino, mientras que en el segundo el daño o lesión emana de la propiedad, teniendo en cuenta el lugar de origen de la invasión. En mi opinión, una correcta clasificación del régimen jurídico aplicable a los DCC debe evitar toda posibilidad de solapamiento.

⁶¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., pp. 76-77.

⁶² BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: op. cit., p. 257.

C) Por la peligrosidad de la actividad: peligrosas o anormalmente peligrosas.

Se puede hacer una clasificación de los distintos tipos de DCC ocasionados por escapes desconocidos desde el punto de vista de la peligrosidad inherente a la actividad industrial que los ocasiona: 1) *Actividades no peligrosas*. El fundamento de la responsabilidad se someterá a la regla de la culpa *ex art.* 1902 C.c. 2) *Actividades peligrosas* (RAMINP, o legislación autonómica). El fundamento de responsabilidad será la culpa, si bien aplicándose expedientes de objetivización de la culpa tales como la teoría del riesgo, la inversión de la carga de la prueba o el aumento de la diligencia exigible. 3) *Actividades anormalmente peligrosas* (Anexo I LPCIC). El fundamento de la responsabilidad objetiva será el riesgo intrínseco a este tipo de industrias. En Alemania, la UmweltHG regula esta responsabilidad objetiva con independencia del tipo de interés afectado y del grado de conocimiento de la emisión por parte del operador, concretándose dichas actividades en un anexo. En Inglaterra, la regla *Rylands v. Fletcher* se aplica a las invasiones desconocidas (*isolated escape*) producidas a intereses relacionados con el uso y disfrute de la propiedad. En EEUU, las inmisiones producidas de forma aislada, imprevista y desconocida para el operador, se les llama “*absolute nuisance*”. En España no se ha desarrollado esta regla, si bien podría invocarse el art. 1908.2 C.c. o bien utilizarse la responsabilidad cuasi objetiva del régimen anterior.

Se deben hacer una serie de precisiones a lo dicho anteriormente. En primer lugar, a los DCC industrial por escapes no conocidos rara vez se les aplicará la primera de las clasificaciones (actividades no peligrosas o inocuas), por cuanto las industrias suelen clasificarse como peligrosas o anormalmente peligrosas. En segundo lugar, se podría pensar, como hace HINTEREGGER, que no existe en el derecho civil español un verdadero derecho de inmisiones vecinales *ex art.* 590 o 1908 C.c., puesto que ninguno de estos artículos aclara el criterio según el cual se determina si la inmisión es o no tolerable, según las circunstancias del lugar, sino que recoge un caso de responsabilidad objetiva por razón del riesgo creado⁶³. En tercer lugar, no existe en el ordenamiento una ley o previsión normativa expresa que regule un supuesto de responsabilidad objetiva por daños civiles por contaminación ocasionados por actividades anormalmente peligrosas, con independencia del grado de conocimiento de la emisión o de los intereses perjudicados, como sí sucede en la UmweltHG alemana. Por ello, creo que sería conveniente aprobar una ley de responsabilidad civil por contaminación al objeto de clarificar el tipo de sujetos a los que se les aplica, el régimen de responsabilidad, las facilidades en el nexo causal, la limitación de la cuantía de la reparación para determinados daños y la exigencia de un seguro obligatorio de responsabilidad civil.

D) Por el fundamento del ilícito civil por contaminación.

En algunos ordenamientos autonómicos o de otros países extranjeros (p. ej. el catalán o el alemán) se regulan las inmisiones dentro de las relaciones de vecindad y de las restricciones al derecho de la propiedad, alejándose, por tanto, del instituto clásico de la responsabilidad civil extracontractual. Suelen coincidir en que cuando se produzcan inmisiones sustanciales causadas por una actividad que se ajusta al uso normal o autorizado, deberán ser toleradas y resarcidos los daños producidos y compensados los futuros, sin perjuicio de que el causante deba adoptar las medidas que sean técnica y económicamente posibles para reducir las inmisiones a la normal tolerabilidad. En cambio, cuando las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales no vengán legitimadas podrán ser prohibidas y generarán responsabilidad.

⁶³ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 70, 73, 156-157.

No obstante, la tutela del particular frente a los DCC se remite en España a la acción de responsabilidad civil por contaminación ex art. 1902 o 1908.2 C.c., si bien el fundamento de la misma, relacionado con la atribución subjetiva de la responsabilidad, varía según el supuesto de hecho en función de los intereses afectados por la invasión, la conducta del causante y la peligrosidad de la actividad:

a) *Responsabilidad por hecho excesivo*: se trata de la inmisión excesiva y nociva del art. 1908.2 C.c. Surge cuando se produzca una invasión -normalmente continua-, en el uso y disfrute de la propiedad, con conocimiento del operador industrial de que la emisión está teniendo lugar o es sustancialmente cierto que se producirá como resultado de su conducta, con independencia de la peligrosidad de la actividad. Se aplicará el art. 1908.2 C.c. al resarcimiento del daño y a la evitación de ulteriores daños. Puede causar daños personales o patrimoniales. El art. 590 C.c. se aplicará a la tutela preventiva de inmisiones procedentes de una emisión conocida o no y a la inhibitoria de inmisiones excesivas a través de la acción negatoria de cesación.

b) *Responsabilidad por culpa*: el escape se desconoce por el operador de una actividad no peligrosa, pero éste se ha conducido negligentemente. Alcanza todo tipo de daños (uso y disfrute de la propiedad u otros). Se aplicará el art. 1902 C.c. en su tenor literal, es decir, generará responsabilidad el acto dañoso producido por una conducta culpable. El problema de aplicar este tipo de atribución subjetiva es que la mayoría de casos de DCC industrial por escapes desconocidos, las actividades o condiciones que los producen son peligrosas, pasando a aplicarse una culpa cuasi objetiva.

c) *Responsabilidad cuasi objetiva*: el escape ha tenido lugar de forma desconocida por el operador de una actividad peligrosa. Alcanza todo tipo de daños (uso y disfrute de la propiedad u otros). Se utilizan expedientes objetivadores de la culpa tales como la teoría del riesgo, la inversión de la carga de la prueba o el aumento de la diligencia exigible, de forma que ni el cumplimiento de la normativa reguladora de la actividad, licencias o autorizaciones, ni el caso fortuito, eximen de responsabilidad al operador. De esta forma, si bien los tribunales aplican el art. 1902 C.c., utilizando una teoría propia. Se advierte el problema de que la jurisprudencia y parte de la doctrina suelen aplicar este tipo de responsabilidad también a las inmisiones.

d) *Responsabilidad objetiva*: el escape ha tenido lugar de forma desconocida por el operador de una actividad o instalación anormalmente peligrosa. Alcanza todo tipo de daños, siempre que se ocasione dentro del ámbito de riesgo de la actividad, con independencia del nivel de cuidado adoptado por el operador (Inglaterra y EEUU). En Alemania, la UmwelHG se aplica también a las invasiones conocidas por el operador y continuas. En España un sector doctrinal basa la responsabilidad por riesgo en el art. 1908.2 C.c., derivado de la peligrosidad de la actividad. En algunas legislaciones especiales la fuerza mayor no exonera de responsabilidad.

También se pueden clasificar las distintas categorías por las que se rige el ilícito civil por contaminación de la terminología del *common law*, que los clasifica en *private nuisance*, *negligence* y *strict liability* –Regla Rylands):

- Las *inmisiones (private nuisance)* se someten a un régimen específico, aunque en España se desarrolla por la doctrina y la jurisprudencia a la vista de una interpretación extensiva de los arts. 590 C.c. (restricciones al derecho de propiedad vecinal) y 1908.2 C.c. (responsabilidad por inmisiones excesivas y nocivas). Estos artículos han tenido un desarrollo doctrinal notable, al igual que ha sucedido con la teoría francesa de los *troubles de voisinage*. En otros ordenamientos (Cataluña, Alemania, etc.) las inmisiones se regulan en el C.c. de forma independiente y detallada, dentro de las relaciones de vecindad y las restricciones al derecho de propiedad.

- Los casos de *negligencia* se refieren al resto de DCC producidos por escapes no conocidos, con independencia de que la contaminación sea repentina o gradual, si bien cuando el daño haya sido ocasionado por una industria, al estar normalmente clasificada como peligrosa, se le aplicará una responsabilidad cuasi objetiva a través de la inversión de la carga de la prueba y aumento de diligencia. Se suele aplicar la culpa o negligencia del art. 1902 C.c., mientras que puede invocarse también si bien con la interpretación jurisprudencial de responsabilidad cuasi objetiva. En muchas ocasiones, la doctrina o la jurisprudencia españolas aplican el art. 1908.2 C.c., basado en el riesgo de la actividad cuando se produce una inmisión excesiva. En mi opinión, la responsabilidad cuasi objetiva se deberá aplicar en virtud del art. 1902 C.c.

- La *responsabilidad objetiva por riesgo* se puede aplicar a las actividades anormalmente peligrosas que, mediante un escape no conocido y normalmente repentino, han ocasionado un DCC en el ámbito de riesgo típico, con independencia del grado de diligencia adoptado por el operador que lo causa, siendo de aplicación en este caso el art. 1902 o el art. 1908.2 C.c. En mi opinión, la utilización del art. 1908.2 C.c. se más apropiada que el art. 1902 C.c., pues en estos casos cualquier nota de culpa desaparece. En Alemania, la UmweltHG regula los DCC ocasionados por actividades anormalmente peligrosas, con independencia del tipo de interés afectado.

2) Problemática en la búsqueda del fundamento de la responsabilidad.

A) *Relación entre “private nuisance”, “strict liability” y “negligence”.*

Es necesario huir de clasificaciones de los DCC que utilicen aleatoriamente criterios dispares como el de los efectos de la conducta del causante del daño y el de la conducta misma. En este punto, sería útil seguir al comentarista norteamericano del *RST*, que distingue la *private nuisance* de la *negligence* en que la primera se centra en la naturaleza de las consecuencias dañosas de las acciones del demandado, y la segunda en el grado de cuidado ejercitado por aquél⁶⁴. Se confunde muchas veces la causa de las inmisiónes (irrazonabilidad de la misma) con la de la negligencia (incumplimiento del cuidado debido) cuando se dice que una *private nuisance* surge cuando el causante ha fallado en el ejercicio de un razonable cuidado de evitar la interferencia⁶⁵. Esta solución jurisprudencial que puede resultar aparentemente clarificadora, no lo es en absoluto, porque no dice qué sucede cuando se causa una invasión en el uso y disfrute de la propiedad por una conducta negligente (inmisión negligente).

En ocasiones, la confusión es aun mayor cuando se trata de ver las diferencias entre la *private nuisance* y la *strict liability* en los supuestos en los que la primera provenga de una instalación peligrosa⁶⁶. En algunas sentencias se dice simplemente que la responsabilidad objetiva será impuesta bajo la teoría de la *private nuisance* por actividades anormalmente peligrosas que produzcan daños⁶⁷. En estos casos la *private nuisance* se denomina “*absolute nuisance*” o *nuisance per se*⁶⁸. Esto no es más que una consecuencia, en mi opinión, de no delimitar correctamente el ámbito de las emisiones conocidas de los escapes desconocidos y otros daños civiles por contaminación producidos de forma desconocida, generalmente de forma súbita.

⁶⁴ *Swift & Co. v. Peoples Coal and Oil Co.*, 121 Conn. 579, 186 A. 629 (1936); *Schindler v. Standard Oil Co.*, 207 Mo. App. 190, 232 S.W. 735-37.

⁶⁵ *Rose v. Standard Oil Co.*, 56 R.I. 272, 185 a. 251 (1936).

⁶⁶ *Chicago and Northwestern Ry. Co. v. Tayler*, 482 F.2d 1007 (8th Cir. 1973).

⁶⁷ *Heeg v. Licht*, 80 N.Y. 579, 36 Am. Rep. 654 (1888).

⁶⁸ *Kennedy v. Brandenburg*, 470 S.W.2d 789, (Tex. Civ. App. 1971).

En ocasiones, la doctrina tampoco ofrece soluciones clarificadoras de los casos de *negligence*, *private nuisance* y *strict liability*. Por ejemplo, HARRY J. FORD II, afirma que la contaminación de las aguas subterráneas puede producirse por: 1) *Negligence*. Dice el autor que suelen aplicarse en los casos de filtraciones provenientes de tanques de almacenamiento de gasolina, filtraciones de agua y generalmente donde la polución sea causada por una actividad que ni es consecuencia inevitable ni naturalmente anticipada. 2) *Private nuisance*. Se aplica en los casos en los que la polución es considerada como una invasión de los intereses de otro en el uso y disfrute de la propiedad. Y pone como ejemplos los de la contaminación de aguas subterráneas por filtraciones de gasolina de tanques de almacenamiento, escurrientías de basura, y permeabilidad de residuos comerciales de lugares de almacenamiento. 3) *Strict liability*. Cada vez más utilizada – dice-, en general, en minas, fabricación e industrias de petróleo y gas⁶⁹. Si bien la primera de las clasificaciones podría relacionarse con la necesaria certidumbre, o rallana certeza, de la producción de inmisiones - para que el caso se reconduzca a un caso de *private nuisance* (inmisiones) en lugar de la negligencia-, de seguir la clasificación anterior pueden darse casos en los que se superpongan las causas.

También pueden surgir dudas a la hora de clasificar y definir las inmisiones dolosas. En algunos casos se les denomina “*private intentional nuisance*”, como aquellas en las que el demandado es notificado del daño que está produciendo con su conducta, y aún así falla en poner fin la actividad dañosa⁷⁰. En cambio, en el § 825 RST se define como invasión intencional tanto la que se causa con dicho propósito, como la que resulta de una conducta conocida en cuanto su producción o alta probabilidad de producción, pero sin intención de producirla. También se consideran intencionales aquellas que, si bien inicialmente son desconocidas, el causante continúa con la actividad a pesar de haber sido requerido para su cesación por parte del perjudicado.

J. MURPHY⁷¹ reconoce que los principales elementos de confusión existentes entre la *private nuisance* y la regla *Rylands v Fletcher* tienen que ver con la conexión con la propiedad del suelo, las interferencias no tangibles, los daños materiales (*physical harm*), el uso razonable (*private nuisance*) y el uso no natural del suelo (regla *Rylands*), si bien existen notables diferencias entre ellos.

Entorno a la conexión de la propiedad del suelo existe una estrecha relación entre la *private nuisance* y la regla *Rylands v. Fletcher*, ya que históricamente ambas acciones se centran en la propiedad privada de la tierra. No obstante, la conexión con la propiedad del fundo no es la misma en el caso de la *private nuisance* que en la regla *Rylands v. Fletcher*, por cuanto en el primer caso los intereses en el uso y disfrute de la propiedad, y su consiguiente vinculación con la propiedad, se centran en el perjudicado, mientras que la regla *Rylands v. Fletcher* lo hace en la ocupación legal de la tierra por parte del demandado, desde donde proceden las emanaciones nocivas⁷². Los orígenes del derecho de inmisiones (*nuisance law*) provienen de la influencia que tuvo en su interpretación y régimen jurídico la existencia desde 1166 de casos de desposesión ilegítima (*wrongful disseisin*), que suponían una privación total de la oportunidad de las personas propietarias de ejercer sus derechos sobre la tierra.

⁶⁹ FORD, H.J.: “Branch v. Western Petroleum: Utah Adopts Principles of Strict Liability and Nuisance Per Se for the Pollution of Groundwater”, *Journal of Energy Law and Policy*, Vol. 5, Issue 1 (1983), pp. 108-109.

⁷⁰ *Baughman v. Cosler*, 169 Colo. 534, 459 P.2d 294 (1969).

⁷¹ MURPHY, J.: “The merits of *Rylands v. Fletcher*”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, Nº 4, 2004, pp. 644-646-649.

⁷² *Rylands v. Fletcher* (1866) LR 1 Exch 265.

Estas acciones posesorias no se centraban en la persona y se ejercitaban las acciones ante las cortes reales (*royal courts*) y no ante las cortes locales (*local courts*). Estas acciones estaban estrechamente relacionadas con las situaciones de *private nuisance*, por lo que fueron incluidas dentro de las acciones reales, desde el momento en que existe una asociación con el pleno dominio⁷³. Posteriormente se amplió a los derechos del arrendatario así como a cualquiera otro que tuviera un derecho que le confiriera la ocupación legal del fondo, si le otorgaba su posesión exclusiva⁷⁴. No se llegó a plantear en ese momento la posibilidad de cubrir daños personales del propietario. En cambio, la Regla *Rylands v. Fletcher* apareció en la época de la explosión de la revolución industrial, donde las empresas exponían a los particulares a nuevos riesgos no confinados a las reglas estrictamente propietarias ni vecinales. La Inglaterra rural y propietaria del suelo no tenía por qué aceptar los costes externalizados impuestos por parte de la contaminación industrial⁷⁵, pues existía un desequilibrio evidente.

En lo referente al tipo de interferencias y a los daños cubiertos en ambas acciones, en la *private nuisance* las interferencias continuas están relacionadas con las amenidades asociadas con la propiedad, afectando el uso y disfrute de la propiedad del suelo (*land*)⁷⁶. Si bien algunas sentencias vuelven a las reglas ortodoxas que niegan no solamente la cobertura de los daños personales (*personal injury*) sino también los daños materiales a la propiedad⁷⁷, con el paso del tiempo la *private nuisance* ha incluido estos últimos⁷⁸. Los únicos “daños personales” que se cubren son las incomodidades (*personal discomfort*) por el daño causado a la propiedad, por la disminución de su utilidad. El demandante, en cualquier caso, debe tener un interés propietario (*propriety interest*) en la propiedad del suelo. Por el contrario, la regla *Rylands v Fletcher* no está históricamente restringida a las acciones basadas en los derechos sobre la propiedad del suelo, puesto que cubre los daños causados por escapes excepcionales de materiales tanto a la propiedad (*physical damages to land*), los bienes muebles allí incluidos (*chattels*), e incluso los daños personales (*personal injury*)⁷⁹.

También existen diferencias importantes entre el uso razonable de la propiedad y el uso no natural del suelo. En relación con el primero, hay que distinguir que el uso razonable no es lo mismo que un razonable cuidado: mientras que el primero se relaciona con una cuestión de “toma y daca” entre vecinos⁸⁰ en el disfrute de sus derechos, el segundo tiene que ver con el grado de cuidado demandado por un riesgo dado. En el uso no natural no se hace ninguna referencia al uso racional del suelo ni a la responsabilidad entre vecinos, y, si bien el test en ambos casos puede ser parecido, la categoría de uso no natural es más amplio que el de uso razonable, por cuando puede haber un uso razonable pero extraordinario (o inusual) y viceversa⁸¹.

⁷³ *Sedleigh-Denfield v O’Callaghan* [1940] AC 880, pp. 902-903.

⁷⁴ *Cambridge Water Co Ltd v Eastern Counties Leather plc* [1994] AC 264.

⁷⁵ *St Helen’s Smelting Co v Tipping* [1997] AC 655, p. 705.

⁷⁶ MURPHY, J.: *op. cit.*, pp. 644-649.

⁷⁷ *Hunter v Canary Wharf Ltd* [1997] AC 665, p. 692.

⁷⁸ MURPHY, J.: *op. cit.*, p. 651.

⁷⁹ *Rylands v. Fletcher* (1866) LR 1 Exch 265, p. 279. *Hoare & Co v MacAlpine* [1932] 1 Ch 167, p. 174. *Perry v Kendrick’s Transport Ltd* [1956] 1 All ER 154, p. 157. *Hale v Jennings* [1938] 1 All ER 579. *British Celanese Ltd v A H Hunt Capacitors Ltd* [1969] 2 All ER 1252.

⁸⁰ El famoso “give and take, live and let live” citado por el caso *Bamford v Turney* (1862) LR 3 B & S 62, p. 84, por Bramwell B.

⁸¹ MURPHY, J.: *op. cit.*, pp. 655-656.

B) Subsunción de la responsabilidad por riesgo en el resto de fundamentos.

Existen dos formas en que la regla *Rylands v Fletcher*, por confusión, puede ser absorbida en la *nuisance* y en la *negligence*. En muchas ocasiones las tres reglas se aplican alternativamente por una mera cuestión de oportunidad, lo que supone una superposición de sus ámbitos de dominio en la materia.

En primer lugar, la regla *Rylands* puede ser subsumida en los casos de *private nuisance*. Por ejemplo, se suelen regular como *nuisance* casos de responsabilidad por escapes aislados⁸²; o se acciona por daños a la propiedad y a los bienes muebles (*chattels*)⁸³. La mayoría de veces, no obstante, la regla *Rylands v Fletcher* se trata como una forma especial de *private nuisance*, como una acción (*tort*) solamente contra la propiedad del suelo⁸⁴. J. MURPHY da dos razones por las que cabe separar la regla *Rylands* y la *private nuisance*. La primera es que mientras que la *private nuisance* solamente cubre las incomodidades personales y los daños a la propiedad inmobiliaria⁸⁵, la regla *Rylands* sirve también para proteger de daños personales y bienes muebles. La segunda se basa en que la regla *Rylands* establece una responsabilidad objetiva por daños ocasionados por escapes aislados, con base a que de forma autorizada se llevan a cabo actividades potencialmente peligrosas, o que el propietario de la industria que se beneficia de su actividad debe hacerse cargo de los daños que ésta ocasione⁸⁶. Creo que la regla *Rylands* exige una previsibilidad del daño por el operador, mientras que en la *private nuisance* conocida debe ser conocedor de la invasión o con una alta probabilidad⁸⁷.

Por otro lado, la subsunción de la regla *Rylands* en la *negligence* (negligencia) se ha producido tradicionalmente por varias razones. En primer lugar, la prueba de la culpabilidad del agente se hace muy difícil⁸⁸. En ocasiones, puede aplicarse el principio “*res ipsa loquitur*”, aunque este principio solamente permite rechazar la presunción de culpa, pero no produce una inversión de la carga de la prueba. En segundo lugar, las grandes industrias suelen oponerse a la acusación de culpa o negligencia argumentando que la actividad cumple con los principios BATNEEC⁸⁹, o alternativamente ponen en tela de juicio los argumentos vertidos por el demandante entorno a su falta de un razonable cuidado de acuerdo con una negligencia ordinaria⁹⁰. Otras voces –la gran mayoría- creen que la regla *Rylands* cada vez tiene menos importancia y debe ser reemplazada por el deber no delegable del control de las instalaciones⁹¹.

⁸² *Midwood & Co Ltd v Manchester Corporation* [1905] 2 KB 597. *Stone v Bolton Ltd v Kimbolton Fireworks Ltd* [1996] 2 Lloyd's Rep 533.

⁸³ *Midwood & Co Ltd v Manchester Corporation* [1905] 2 KB 597. *Halsey v Esso Petroleum Co Ltd* [1961] 1 WLR 683. *Hunter v Canary Wharf Ltd* [1997] AC 695.

⁸⁴ *Transco plc v Stockport Metropolitan Borough Council* [2002] UKHL 61, p. 9, 35, por Lord Bingham and Hoffmann.

⁸⁵ *Anglian Water Services Ltd v Crawshaw Robbins & Co Ltd* [2001] BLR 173, p. 138, por Stanley Brunton J. *McKenna v British Aluminium Ltd* [2002] Env LR 30, p. 49.

⁸⁶ MURPHY, J.: *op. cit.*, pp. 657-659.

⁸⁷ EEKELAAR, J.M.: *op. cit.*, pp. 191-192.

⁸⁸ *Snow & Whitehead* (1884) Ch D 588.

⁸⁹ El art. 7 de la *Environmental Protection Act 1990* dice que las autorizaciones para llevar a cabo algunos procesos industriales frecuentemente imponen un deber de prevenir o reducir emisiones mediante el empleo de las mejores técnicas disponibles que no conlleven costes excesivos (best available techniques not entailing excessive cost –BANTNEEC-). Esta argumentación podría servir, incluso, para rechazar la presunción de *negligence* según la regla *res ipsa loquitur*.

⁹⁰ *Iford Urban District Council v Beale and Judd* [1925] 1 KB 671.

⁹¹ *Cambridge Water Co Ltd v Eastern Counties Leather Plc* [1994] AC 264, p. 551.

Dice J. MURPHY⁹² que a pesar de la claridad en su construcción de la Regla *Rylands v. Fletcher*⁹³, así como la expansión de la aplicación del derecho de inmisiones también a los casos de escapes aislados, aquélla sigue aplicándose en los tribunales. El autor propugna porque la regla *Rylands* se aplique a emanaciones súbitas producidas por incidentes aislados, a instalaciones peligrosas y cubra todo tipo de daños. No obstante, el autor no cierra la posibilidad de que la regla *Rylands* se aplique también a las invasiones continuas, lo mismo que la *private nuisance* pueda ampliarse a invasiones aisladas. En mi opinión, sería más apropiado aplicar los supuestos de negligencia a las invasiones aisladas producidas por actividades no peligrosas, dejando al margen las inmisiones conocidas para los casos de *private nuisance* (inmisión).

C) *Necesidad de construir un sistema estructurado y coherente.*

En nuestro ordenamiento jurídico, a falta de una regulación expresa de las inmisiones vecinales o de una ley de responsabilidad civil por contaminación para actividades anormalmente peligrosas, los DCC se remiten al instituto de la responsabilidad civil por contaminación. Teniendo en cuenta lo anterior, en función de los intereses afectados por la invasión, el conocimiento de la emisión y/o la conducta del operador, la peligrosidad de la actividad y el fundamento de la responsabilidad, tenemos:

1) *Invasiones en el uso y disfrute de la propiedad ocasionadas por emisiones conocidas por el operador como consecuencia del ejercicio loable de la industria (inmisiones)*. El fundamento de la responsabilidad se produce por el hecho excesivo (art. 1908.2 C.c.). No obstante, aun cuando un escape fuera desconocido, si la actividad prosigue sin poner remedio el operador a las mismas a pesar de que tenga conocimiento de su existencia, pasarán a ser consideradas emisiones conocidas.

2) *Invasiones dolosas*. El fundamento de la responsabilidad es el dolo. Si bien:

2.1) cuando las invasiones afecten el uso y disfrute de la propiedad solamente tendrán lugar cuando se causen maliciosamente;

2.2) cuando las invasiones afecten otros intereses, serán dolosas también cuando se produzcan como consecuencia de un hecho conocido.

3) *Invasiones a cualquier interés* ocasionado por escapes no conocidos. En función de la peligrosidad de la actividad, el fundamentos de la responsabilidad será:

2.1) *responsabilidad por culpa*: cuando un daño era previsible o evitable, aplicable a las actividades inocuas;

2.2) *responsabilidad cuasi objetiva*: daños ocasionados por industrias clasificadas, donde se aplican expedientes objetivadores de la culpa tales como la inversión de la carga de la prueba y el aumento de diligencia exigible;

2.3) *responsabilidad objetiva por riesgo*: se aplica a los todos los daños producidos por un escape no conocido por el operador, por los riesgos anormales ocasionados por actividades anormalmente peligrosas y siempre que el daño ocasionado entre dentro de los posibles riesgos típicos de la actividad (Regla *Rylands* en el *common law*, o por una ley especial), con independencia del grado de diligencia adoptado por el operador causante de la invasión. En ocasiones la responsabilidad por riesgo se aplica en materia de inmisiones (Regla *Rylands*).

⁹² MURPHY, J.: *op. cit.*, pp. 662-665.

⁹³ Ello se debe principalmente a que el siguiente caso a partir de la sentencia de *Rylands v Fletcher*, de 1866, en el que se recogió esta regla fue *Read v Lyon & Co Ltd*, en 1947, cuyos presupuestos de hecho no fueron los más idóneos para aplicar esta regla. No fue hasta la *Cambridge Water Co Ltd v Easter Counties Leather Plc*, en 1994, donde la regla *Rylands* no remontó.

Sería conveniente incorporar en el ordenamiento español una regulación de las inmisiones, siempre que logre un contenido sistemático y coherente con el devenir de la doctrina y la jurisprudencia, y con las soluciones existentes en el derecho comparado, deslindando los sujetos causantes de las inmisiones, los legitimados, la acción negatoria de inmisiones, los intereses afectados, etc. Su objetivo sería establecer un equilibrio entre los intereses de la industria y de los particulares.

También debería aprobarse una ley de responsabilidad civil por contaminación para actividades anormalmente peligrosas (Anexo LPCIC). Serviría para aplicar este tipo de responsabilidad a toda clase de daños, con independencia del grado de conocimiento de la emisión. También serviría para establecer limitaciones a las cuantías reparables y para incorporar un seguro obligatorio de responsabilidad civil. Para el resto de supuestos de escapes no conocidos ocasionados por actividades peligrosas del RAMINP no incluidos en el régimen especial, podrá seguir utilizándose la jurisprudencia que desarrolla la teoría de la responsabilidad cuasi objetiva.

En la presente tabla se recoge los distintos fundamentos de la responsabilidad civil por contaminación, en función de los intereses perjudicados, grado de conocimiento de la emisión por el operador, y la peligrosidad de la actividad:

En función de: Fundamentos	Intereses perjudicados	Grado de conocimiento de la emisión por del operador como consecuencia “normal” de la actividad	Peligrosidad de la actividad
Hecho excesivo: inmisiones excesivas y nocivas (1908.2 C.c.)	Daños patrimoniales y personales con relación al fondo inmitido.	Inmisiones causadas como consecuencia de la actividad, por emisiones conocidas por el causante. Suelen producir inmisiones continuas.	Independientemente de la peligrosidad de la actividad.
Dolo o abuso de derecho (7.2 C.c.)		Daños ocasionados con dolo o abuso de derecho. Suelen producir inmisiones continuas.	
Culpa o negligencia (1902 C.c.)	Todo tipo de daños: a la propiedad del suelo, patrimoniales y personales.	Escapes no conocidos por el operador. Suelen producirse de forma aislada y repentina.	Responsabilidad por culpa o negligencia.
Responsabilidad cuasi objetiva (1902 o 1908.2 C.c.)	No necesita vinculación con el fondo. Si la tuviera se podría denominarlas inmisiones dolosas, negligentes u objetivas.		Responsabilidad cuasi objetiva: inversión carga de la prueba y aumento de la diligencia.
Objetiva por riesgo (necesidad de ley especial)			Responsabilidad objetiva por riesgo, si el daño entra dentro del riesgo típico.

Tabla 1. Clasificación de los daños civiles por contaminación en función de los intereses perjudicados, conocimiento de la emisión por el operador, y de la peligrosidad de la actividad.

La jurisprudencia y doctrina españolas no se rigen por compartimentos estancos, sino que suele aplicar la responsabilidad cuasi objetiva a todos aquellos daños ocasionados por las industrias, llamándoles “inmisiones”, independientemente de los intereses invadidos y del grado de conocimiento respecto de la emisión. Creo que para conseguir una armonización de la solución jurisprudencial española con países como Alemania o EEUU, se debería dotar de coherencia y sistematización al régimen jurídico de la tutela jurídica de los daños civiles por contaminación.

HINTEREGGER⁹⁴ efectúa una clasificación de las distintas categorías del ilícito civil por contaminación: 1) El *derecho de vecindad* se aplica cuando de manera continua, excesiva e indirecta, una industria contamina e invade, de forma intolerable, los intereses de propietarios u ocupantes legales en el uso y disfrute de la propiedad (inmisiones). Tiene la desventaja, con respecto a los supuestos de responsabilidad por culpa u objetiva, que en la mayoría de regulaciones no se cubren los daños personales. Este régimen no requiere la prueba de la culpa. 2) *Responsabilidad cuasi objetiva*, a través de los expedientes de inversión de la carga de la prueba o aumento de la diligencia exigible, lo que le aproxima, de *facto*, a la responsabilidad objetiva. Este tipo de responsabilidad se aplica a todo tipo de daños: morales, personales (y salud) y patrimoniales. 3) La *responsabilidad objetiva por riesgo* se aplica cuando una ley especial en materia ambiental lo prevea. También se regula por previsiones específicas recogidas en los códigos civiles por daños ocasionados en la realización de una actividad peligrosa: por su naturaleza o la naturaleza de los medios utilizados (art. 2050 C.c. italiano); derivado de las personas o cosas de las que el titular responde por estar bajo su dirección o guardia (arts. 1384 1º C.c. francés); cuando los objetos peligrosos sean defectuosos, que se relaciona con una condición peligrosa (art. 1384 1º belga); por sustancias peligrosas y contaminación que conlleve un significativo riesgo de daño (art. 6:175 BW holandés); o por inmisiones excesivas y nocivas (art. 1908.2 C.c. español).

Por su parte, EEKELAAR⁹⁵ los clasifica en: 1) *intentional and unreasonable invasión* en el uso y disfrute de la propiedad. La invasión intencional se produce cuando el causante de la misma conocía que el escape era el resultado, o podía serlo con una alta probabilidad, del ejercicio de una actividad de su propiedad y aún así persiste en la misma. La intencionalidad se predica de la previsibilidad de la invasión con respecto del acto u omisión que lo causa. 2) *Negligence*: invasiones no intencionales producidas con una conducta negligente. Aquí el causante no tiene el nivel de conocimiento o certeza anterior y se juzga si conocía o debería haber conocido las circunstancias que razonablemente podían prever el daño, es decir, si las consecuencias del escape eran razonablemente previsibles, así como si debería haber tomado precauciones para evitarlo⁹⁶. 3) *Strict liability*. Escape proveniente de una actividad especialmente peligrosa, con independencia de si el responsable conocía o debería haber conocido los factores que hacían el escape probable y si tomó o debería haber tomado precauciones para evitarlo. En los casos de negligencia y responsabilidad estricta, a diferencia de la *private nuisance*, se cubren los daños a las propiedades y a las personas.

En definitiva, en *common law* inglés, la *private nuisance*, la *negligence* y la regla *Ryland vs. Fletcher (strict liability)* son las tres causas por las que se fundamenta la acción de responsabilidad civil por contaminación.

⁹⁴ HINTEREGGER, *op. cit.*, pp. 67-76.

⁹⁵ EEKELAAR, J.M.: *op. cit.*, pp. 203-207.

⁹⁶ *Meehan v. State*, 95 Miss. 2d 678, 408 N.Y.S.2d 652 (N.Y.Ct.Cl. 1978).

Capítulo 2. Tutela del particular frente a los daños civiles por contaminación. Mención especial a la regulación de las inmisiones y a la acción de responsabilidad civil.

I) Tutela jurídica frente a los daños civiles por contaminación.

1) Responsabilidad patrimonial de la Administración.

En la redacción del art. 9.4º LOPJ anterior a la modificación efectuada por el art. Único de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, se indicaba que:

«Los [tribunales] del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos a Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias».

Con la modificación efectuada por el art. Único de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio se añadió un 2º párrafo a este artículo en el que se indicaba que

«Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Esto significa que, en el caso de que el perjudicado deseara accionar contra la Administración y contra el sujeto privado (el litisconsorcio pasivo en este caso no es necesario), deberá acumular esta última acción a la primera, pues de lo contrario se extinguiría su acción por haber renunciado tácitamente. Ello sin perjuicio de que el perjudicado pueda entablar únicamente la acción de responsabilidad civil contra el particular causante del daño, lo que se dilucidará en el orden civil, salvo que el órgano judicial tenga constancia de que previa o simultáneamente a la acción civil se haya interpuesto demanda en el orden contencioso-administrativo contra la Administración, en cuyo caso se declarará incompetente y se remitirá a éste último.

Demandados ambos sujetos en el orden contencioso-administrativo cada uno de ellos responderá de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable, es decir, a la Administración le será aplicable la LRJPAC y el RPRP –responsabilidad patrimonial- y al sujeto privado, a falta de normas especiales, el art. 1902 C.c. –responsabilidad civil extracontractual general- y concordantes del C.c. En el caso de que no se pueda determinar el grado de imputación de responsabilidad de cada una de las partes causantes del daño, los demandados responderán de forma solidaria, sin perjuicio de que la Administración, en el caso de que satisfaga la totalidad de la indemnización, pueda repetir contra el codemandado hasta el importe del 50% del daño, si no ha sido posible, en el procedimiento en el que se dilucide esta cuestión, la determinación exacta de la responsabilidad de cada demandado. Así, en los casos en los que se pretenda demandar conjuntamente a ambos sujetos, previamente habrá que demandar a la Administración Pública, por lo que, dado que el plazo de la acción de responsabilidad patrimonial del demandado particular prescribe en un año desde la producción del daño será conveniente que se comunique a éste la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, lo que servirá a efectos de interrupción de la prescripción.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial contra la Administración se regula en los arts. 132 a 146 LRJPAC y, en su caso, contencioso-administrativa, cuando el responsable, por acción u omisión, es una Administración Pública. Los supuestos en los que cabe la responsabilidad patrimonial son:

1) Por la acción administrativa⁹⁷, de la propia Administración o por bienes objeto de protección administrativa. La Administración puede causar también un daño por acción o culpa “*in commitendo*” (desviación de poder).

2) Omisión de su función de control o protección ambiental⁹⁸. La Administración puede causar un daño por culpa “*in vigilando*” (cuando no impide la causación de un daño por ignorar su deber impuesto legalmente de vigilancia o de control de ciertas actividades o actuaciones), o culpa “*in omittendo*” (al no prestar el servicio de protección del medio ambiente que tiene atribuido). Estos dos últimos tipos de responsabilidad se configuran dentro de la categoría de funcionamiento anormal, por lo que la clave se centra en determinar en qué casos esa omisión o esa falta de vigilancia es causa del hecho dañoso, que habrá que ver en términos de negligencia, es decir, de eficacia exigible a los servicios públicos (en el caso de las actividades sujetas a autorización tiene un contenido ambiental muy elevado)⁹⁹. Un supuesto muy habitual es el relativo a los casos en que pese a las denuncias de terceros sobre los posibles riesgos ambientales derivados de una actividad autorizada, la Administración no actúa y posteriormente se produce un resultado dañoso (culpa *in omittendo*)¹⁰⁰.

⁹⁷ CONDE ANTEQUERA, J., *El deber jurídico de restauración ambiental...*, op. cit., pp. 366-373. La actividad de la propia Administración se refiere a su actividad de prestación de servicios de forma directa, ya sea prestado por funcionarios o por cualquier agente empleado; su actividad jurídica consistente en la emisión de normas, cuando la regulación que desarrolla no es la adecuada, y concesión de autorizaciones, cuando éstas son ilícitas o no se ha verificado el cumplimiento de medidas correctoras; responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos por los delitos o faltas que cometan las autoridades o funcionarios (Código Penal y art. 145 LRJPAC); o por su actividad de prestación de servicios públicos de forma indirecta, a través de concesiones principalmente. Finalmente, por los daños causados por recursos naturales protegidos a particulares en su persona o en sus bienes.

⁹⁸ CONDE ANTEQUERA, J., *El deber jurídico de restauración ambiental...*, op. cit., pp. 366-373. Los supuestos son: por la omisión de un servicio público obligatorio, para lo cual hay que estar al listado de servicios obligatorios del a LRBRL, tanto si vulnera derechos de los particulares personales o patrimoniales o derechos fundamentales; por la omisión de su deber normativo cuando es preciso, es decir, cuando no haga uso de su potestad reglamentaria para producir esa normativa protectora que tiene la obligación de dictar, así como por la falta de previsión exigible a la normativa en cuestión en cuanto a los límites; por no instar judicialmente la restauración de sus bienes ambientales en las que corresponda solicitar al órgano judicial la condena a la restauración ambiental; cuando se causen daños por actividades prohibidas o que sobrepasen lo dispuesto en la autorización administrativa, en el caso de que la Administración competente haya omitido su deber de vigilancia; cuando se produzcan daños ambientales a causa de accidentes de gran magnitud y trascendencia en actividades y la Administración no actúe con carácter de urgencia; y cuando se causen daños por actividades permitidas que no sobrepasen los límites establecidos por la normativa administrativa o la autorización, por no haber prevenido suficientemente la causación del daño mediante una regulación adecuada (culpa *in vigilando*). En este supuesto «sería procedente fundamentar la responsabilidad en la existencia de culpa o negligencia administrativa cuando, pudiendo haber regulado efectivamente una materia conforme al estado de la técnica, por tardanza o negligencia no lo ha hecho en el momento y forma oportunos».

⁹⁹ SERRANO PAREDES, O.: “En torno a la existencia o no de responsabilidad ambiental por el ejercicio de actividades autorizadas”, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm 6126, 12 de noviembre de 2004, pp. 18-21. Pero dicha negligencia, según el autor (pág. 18) «no tiene un contenido estático sino, por el contrario, cambiante en función de la naturaleza del servicio público, de tal forma que habrán de tenerse en cuenta multitud de elementos entre los que se hayan: el grado de tutela de la Administración en este tipo de actividad y el que efectivamente prestó (si el daño hubiera sido previsible y evitable con una adecuada inspección), la naturaleza del contenido del título autorizatorio, el nivel de discrecionalidad de la Administración que lo ha otorgado, las previsiones que se tuvieron en cuenta en el momento del otorgamiento de la autorización, etc.; esto es, habrá que determinar que nivel de funcionamiento, en definitiva, de eficacia se exige a cada servicio público».

¹⁰⁰ MORETÓN SANZ, M^a. F.: “Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas”, *Revista crítica del derecho inmobiliario*,

Para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración se requiere la existencia de un daño, que ha de ser efectivo, evaluables económicamente e individualizado en una persona o grupo (art. 139.2 LRJPAC) y antijurídico (art. 141.1 LRJPAC). Para considerarse antijurídico el daño basta con que el administrado no tenga el deber jurídico de soportarlo¹⁰¹. La responsabilidad es de carácter objetivo, pues surge del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, por lo que es indiferente que el daño se haya causado interviniendo culpa o negligencia o que la conducta sea conforme o no a Derecho. Se requiere relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y el daño causado a los particulares (art. 139.1 LRJPAC), que podrá surgir tanto por la actividad como por la inactividad administrativa. Según CONDE ANTEQUERA, se establecen diferentes consecuencias al hecho de que se produzca el daño por el funcionamiento normal o anormal del servicio, indicando que en el primer caso la relación de causalidad existirá cuando el daño sea consecuencia de la actuación administrativa, mientras que en el segundo caso, se permite la responsabilidad por omisión, así como con la concurrencia de factores en la producción del daño cuya influencia ha de ser analizada para inferir la existencia o no de dicho nexo de causalidad y que se dilucidará aplicando la teoría de la causalidad adecuada¹⁰². La rotura del nexo causal se produciría en casos de fuerza mayor.

Si no hay autorización debiendo haberla, o no hay respeto de su contenido, el juez deberá decidir si, con independencia de la responsabilidad que le corresponda al infractor, la Administración hubiera cumplido con sus potestades funcionales y con sus poderes-deberes ese daño se hubiera podido evitar.

En materia de contratación pública, la titularidad de una competencia administrativa de policía no comporta por sí misma la asunción de responsabilidad por parte de la Administración en relación con los daños causados por las infracciones cometidas por parte de los sujetos sometidos a la intervención administrativa, siendo además necesaria la concurrencia de los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁰³. Por otra parte, la solidaridad entre los responsables se vincula a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la existencia de responsabilidad (STS 2.11.2007 [RJ 2008 ,13]). Lo mismo cuando concurren otras administraciones territoriales (art. 140.2 LRJPAC¹⁰⁴)¹⁰⁵.

El plazo de prescripción en el caso de daños que sean permanentes, persistentes, evolutivos y no estáticos no comienzan a computarse hasta su definitiva producción, supuesto habitual de los casos de omisión de los poderes de policía y vigilancia¹⁰⁶. La legitimación activa se amplía a las comunidades de propietarios y a las asociaciones de vecinos, con base en una interpretación flexible del art. 19 LJCA¹⁰⁷.

Nº 722, 2010, p. 2960. SERRANO PAREDES, O.: “En torno a la existencia o no de responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 18. En este último caso se suscitan más problemas que en la culpa in vigilando, en cuanto «no aparece fijado el grado o nivel de vigilancia que la Administración debió ejercer».

¹⁰¹ SERRANO PAREDES, O.: “En torno a la existencia o no de responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰² CONDE ANTEQUERA, J.: *El deber jurídico de restauración ambiental...*, *op. cit.*, págs. 359-362.

¹⁰³ STS 2.11.2007 (RJ 2008 ,13).

¹⁰⁴ El art. 140.2 LRJPAC dispone que «En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación».

¹⁰⁵ STS 2.11.2007 (RJ 2008 ,13).

¹⁰⁶ JORDANO FRAGA, J., “Administración y responsabilidad por daños...”, *cit.*, pág. 320.

¹⁰⁷ SAP Córdoba 23.12.2009 (JUR 2009, 200426), FD 4º.

2) Tutela jurídico-privada del particular.

La tutela del daño civil por contaminación puede regularse por: relaciones de vecindad (art. 590 C.c.)¹⁰⁸, responsabilidad civil extracontractual (1902 C.c.)¹⁰⁹ y por inmisiones (art. 1908.2 C.c.)¹¹⁰, y por abuso de derecho (7.2 C.c.)¹¹¹. A veces se citan los arts. 590, 1902 y 1908.2 y 4 C.c. de manera genérica¹¹².

También se suele utilizar por la doctrina y la jurisprudencia la tutela posesoria frente a perturbaciones ilegítimas¹¹³, art. 7.2 LPH y arrendamientos urbanos¹¹⁴, tutela sumaria de los DDF - integridad física y moral (art. 15 CE), intimidad personal y familiar (art. 18 CE) e inviolabilidad del domicilio (art. 21 CE) y recogida por la doctrina del TEDH¹¹⁵. Finalmente, por intromisiones ilegítimas a la intimidad familiar y familiar del art. 7 LO 1/82¹¹⁶, y por demolición de construcciones que no respeten las prescripciones y limitaciones vecinales *ex art. 49 TRLS08*¹¹⁷.

A) *En el Derecho civil común: inmisiones en las relaciones de vecindad, acción de responsabilidad civil y prohibición del abuso del derecho.*

Existen opiniones dispares por parte de la doctrina española en torno a la fundamentación jurídica de la tutela por DCC. Por ejemplo, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO afirma que, siendo el art. 1902 C.c. la base del Derecho de daños codificado, el TS ha acudido a él a la hora de resolver los conflictos que plantean los daños medioambientales¹¹⁸. Por su parte, MORENO TRUJILLO dice que la responsabilidad civil tradicional por daño ambiental se refiere a la aplicación del instituto de la responsabilidad civil extra-

¹⁰⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 799. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 6, julio-diciembre 1990, p. 84. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa jurídica contra la contaminación acústica*, La Ley, Madrid, 2008, p. 85. RUIZ JIMÉNEZ, J.: TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *op. cit.* p. 1827.

¹⁰⁹ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad, Desarrollo Industrial y Medio Ambiente”, en la obra conjunta dirigida por Esteve Pardo, J., *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 392. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *loc. cit.* LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *loc. cit.* LORANCA RUILÓPEZ, A.: “Las relaciones de vecindad y las inmisiones: la inmisión acústica en particular”, *Manuales de formación continuada*, Nº 50, 1, 2009, pp. 530-531. MARTÍN BERNAL, J.M.: *op. cit.*, pp. 272-273, 281-283.

¹¹⁰ ÁLVAREZ LATA, N.: *loc. cit.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *loc. cit.* CILLERO DE CABO, P.: “La prueba del daño y de la relación de causalidad en el ámbito de la tutela frente al ruido: estudio jurisprudencial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 14, 2004, pp. 5-6. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: “Inmisiones sonoras, legislación urbanística y conceptos integrantes del daño moral indemnizable: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-01-2011”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 64, Nº 2, 2011, pp. 780-783. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 153. JORDANO FRAGA, J.: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, *Derecho del medio ambiente y administración local*, coord. por Esteve Pardo, J., 2006, p. 431.

¹¹¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *loc. cit.* CILLERO DE CABO, P.: *loc. cit.* LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *loc. cit.* MARTÍN BERNAL, J.M.: *loc. cit.* RUIZ JIMÉNEZ, J., TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *loc. cit.* SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 22.

¹¹² REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, pp. 190, 199-200.

¹¹³ CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*, p. 324. MARTÍN BERNAL, J. M.: *loc. cit.* HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *loc. cit.*

¹¹⁴ CILLERO DE CABO, P.: *loc. cit.* CORDERO LOBATO, E.: “Daños a particulares...”, *op. cit.*, p. 323.

¹¹⁵ RUIZ JIMÉNEZ, J. y TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *loc. cit.*

¹¹⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *loc. cit.* En materia de ruidos, MARTÍN BERNAL, J. M.: *loc. cit.* En la jurisprudencia, SAP Murcia 24.5.1997 (AC 1997, 1040), León 25.3.2011 (AC 2011, 470).

¹¹⁷ CORDERO LOBATO, E.: *loc. cit.* HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *loc. cit.*

¹¹⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 18.

contractual (arts. 1902 y 1908 C.c.) en conjunción con la teoría de las inmisiones industriales en sede de las relaciones de vecindad (arts. 1908 y 590 C.c.) e, incluso, mediante la aplicación de la prohibición del abuso del derecho ante la amenaza del daño (art. 7.2 C.c.)¹¹⁹. Según PARRA LUCÁN, solamente tendrá lugar la acción de responsabilidad civil ambiental *ex art.* 1.902 C.c. cuando se produzcan daños a particulares, para lo cual pone el ejemplo de la contaminación de las aguas que causan perjuicios a explotaciones agrícolas o piscícolas, sin tener en cuenta el daño ecológico experimentado por el curso del agua¹²⁰. Por su parte, SANTOS BRIZ relaciona los daños tradicionales en materia de aguas al art. 1.902 y 1.903 C.c.¹²¹ Asimismo VINAIXA MIQUEL dispone que, en defecto de un régimen genérico o sectorial de responsabilidad civil por daños al medio ambiente deberá acudir al régimen de responsabilidad civil del art. 1.902 C.c., salvo que se trate de daños que estén expresamente excluidos del ámbito de aplicación del régimen común, que se regirán bien por el art. 1.908 C.c., o mediante leyes especiales como la de responsabilidad civil por daños nucleares¹²². POZUELO PÉREZ directamente vinculan el daño producido a los particulares con una agresión ambiental subsumible en el art. 1.908 C.c., sin hacer mención alguna del art. 1.902 C.c.¹²³. MORENO TRUJILLO dice que el art. 590 C.c. sirve tanto para fundamentar una acción negatoria como para determinar si se ha obrado con diligencia cuando lo ejercitado es una acción de responsabilidad¹²⁴. Por su parte, el art. 1902 C.c., como cláusula general de responsabilidad civil, podría abarcar todo tipo de daños. Además, el art. 7.2 C.c. sirve de soporte para argumentar cuándo una inmisión es abusiva, es decir, cuando supera lo “tolerable” que se encuentra en el espíritu del art. 590 C.c., así como para decidir si las inmisiones denunciadas entran dentro del concepto de “humos excesivos” del art. 1908.2 C.c.¹²⁵.

En mi opinión, la construcción doctrinal de la utilización de los remedios jurídico-civiles en materia de DCC es confusa y en ocasiones llega a fallos de los tribunales manifiestamente opuestos en supuestos de hecho sustancialmente iguales entre sí. Por ello, creo necesario, una vez más, realizar una clarificación y ordenación sistemática en la línea existente en otros países con mayor tradición de regulación, legal o a través de la jurisprudencia, de este tipo de daños, p. ej. en EEUU.

En Argentina, la regulación de los daños civiles por contaminación se hace en sede de los arts. 2618 C.c. (inmisiones) y 2621 C.c. (relaciones de vecindad), dentro de las normas referentes a restricciones y límites del dominio; art. 2499 C.c. (denuncia del daño temido), y, art. 1113 C.c. como eje central regulador de la responsabilidad por daños causados por cosas o personas bajo control o dependencia¹²⁶.

¹¹⁹ MORENO TRUJILLO, E.: “De nuevo sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (pros y contras de la inificación europea del régimen jurídico de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente)”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones, T. II*, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Coord. Llamas Pombo, p. 483.

¹²⁰ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad por los daños producidos como consecuencia de la contaminación de las aguas. Relación de causalidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1^a, de 27 de octubre de 1990”, *Poder judicial*, N^o 21, 1991, p. 107.

¹²¹ SANTOS BRIZ, J.: “Los daños ecológicos como actos ilícitos civiles”, *Actualidad civil*, N^o 1, 1997, p. 107.

¹²² VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil...* p. 276.

¹²³ POZUELO PÉREZ, L.: *op. cit.*, pp. 133-166.

¹²⁴ MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 138.

¹²⁵ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, pp. 153-154.

¹²⁶ DANIEL PIZARRO, R.: “Responsabilidad civil por daño ambiental: Situación actual y perspectiva en el derecho argentino”, *Revista crítica de derecho privado*, n^o 5, 2008, p. 572.

En el *common law*, los principales remedios jurídicos contra una contaminación que perjudique intereses privados son: acción de daños y perjuicios (reparación) -*damages (compensation)*-, acción de cesación y abstención -*injunction*-, y medidas de reducción adoptadas por el propio afectado por el daño -*abatement (self-help)*¹²⁷-. La *action for damages* es compensatoria y la *injunction* preventiva, si bien esta última en la mayoría de los casos se suspende para permitir a los demandados corregir las causas de la contaminación¹²⁸. También existe la denominada *abatement (self-help)*, pero se ha dicho que se trata de un remedio un tanto anclado en el pasado. La *injunction* permite que las actividades que produzcan problemas ambientales puedan ser paralizadas o restringidas por orden de los tribunales. La *action for damages* permite la compensación por cualquier daño sufrido (en materia de *nuisance* tendrá relación con el uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria), así como por los costes de limpieza. Desde un punto de vista positivo, estos remedios civiles no provocan un nuevo análisis en el balance de los derechos del demandante y del demandado. Analizado en su faceta negativa, estos remedios no sirven para la protección directa del medio ambiente.

Por otro lado, la aplicación del abuso del derecho puede servir, a priori, para tutelar al particular contra determinados DCC. El art. 7.2 C.c. reza lo siguiente:

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

La doctrina mayoritaria¹²⁹ ha clasificado los requisitos del abuso del derecho en: 1) un acto inicialmente lícito, consistente en el ejercicio de una prerrogativa que el Derecho reconoce como derecho subjetivo (en el caso de la omisión siempre que haya obligación de hacer). 2) La acción ha de sobrepasar manifiestamente los límites normales del derecho, es decir, ha de constituir un ejercicio anormal del mismo. Son los tribunales quienes deben valorar cuáles son estos límites, para lo que deben atender a las normas administrativas, a los usos del lugar o a dictámenes periciales (art. 590 C.c.)¹³⁰. 3) El acto ha de producir un daño para tercero. El bien dañado no deberá ser un derecho subjetivo, sino un interés protegible no protegido por una específica prerrogativa jurídica (naturaleza excepcional del art. 7.2 C.c.)¹³¹.

¹²⁷ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, pp. 257-276 y 606-608. BERRY, JAMES F./ DENNISON, MARK S.: *The environmental law and compliance handbook*, McGraw-Hill, New York (etc.), 2000, p. 15. LARSSON, M-L.: *The law of environmental damage: liability and reparation*, Kluwer Law International, 1999, p. 374.

¹²⁸ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 609.

¹²⁹ EVANGELIO LLORCA, R.: “El límite entre las inmisiones permitidas y prohibidas: criterios históricos de fijación”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 53, nº 3, 2000, pp. 878-883. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 2271-273. LUQUÍN BERGARECHE, R.: *op. cit.*, p. 210 y ss. MASFERRER DOMINGO, A.: “Las inmisiones en el Derecho Español (1850-2000)”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. por Blasco Gascó, F.P., Vol. 2, 2011, pp. 1600-1601.

¹³⁰ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 156.

¹³¹ AMAT LLARÍ, M^a E.: “La regulación de las inmisiones en el Código Civil”, en *Centenario del Código Civil, t. I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 83 y ss. DÍAZ BRITO, F.J.: *El límite de tolerancia en las inmisiones y en las relaciones de vecindad*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Navarra, 1999, p. 58. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones*, Madrid, Civitas, 2003, p. 86. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, pp. 17-34. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, pp. 142-143, 159. NIETO ALONSO, A.: “La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente”, *Actualidad Civil*, nº 4, 2001, pp. 1621. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”,... *op. cit.*, p. 11.

No obstante, en los DCC los bienes gozan de protección específica en los arts. 590, 1902 y 1908 C.c.¹³². Por ejemplo, DE MIGUEL PERALES dice que la solución de la STS 14.2.1944 (RJ 1944, 293) ya no es necesaria, en cuanto «se ha aceptado la existencia de una responsabilidad civil objetiva aplicable a ciertas áreas de la actividad humana». La responsabilidad civil comprende el abuso del derecho, ya que ambas figuras contienen los mismos supuestos de hecho (hecho generador de un daño) y la misma reacción jurídica: la reparación del daño y la adopción de medidas para evitar que el daño se repita el futuro. Al menos en lo que se refiere a los casos de responsabilidad objetiva, siendo de aplicación prevalente en este tipo de daños¹³³.

Hay quien dice que las inmisiones perjudiciales pueden fundamentarse en el art. 7.2 C.c. o en el art. 1908.2 C.c., indistintamente¹³⁴; o a mayor abundamiento. Por otro lado, un sector doctrina afirma que la aplicación de la doctrina del abuso del derecho sirve de gran utilidad a las agresiones privadas originadas por la contaminación, pues permite indemnizar los daños causados y adoptar las medidas judiciales o administrativas de cesación, lo que puede otorgar viabilidad a la tutela preventiva del daño¹³⁵, pero no si el daño ha acaecido, por cuanto en este caso se aplicaría la acción de responsabilidad civil extracontractual¹³⁶. Creo que la tutela que se consigue con el abuso del derecho solo puede acometer la evitación de nuevos daños (tutela inhibitoria) y, en ningún caso, la tutela preventiva pura, al igual que en el art. 1908.2 C.c.

Finalmente se afirma que el abuso del derecho puede servir como criterio determinante del límite a partir del cual una conducta inmisiva puede considerarse abusiva o no. Por ejemplo, hay autores que opinan que suele acontecer que toda relación de vecindad en que se producen inmisiones que exceden el límite de la normal tolerancia implica un manifiesto abuso del derecho, por lo que, a falta de precepto específico en el ordenamiento jurídico-civil español que haga referencia a los criterios del uso normal y de la normal tolerancia, puede aplicarse el art. 7.2 C.c.¹³⁷. El abuso del derecho permite declarar la ilicitud de intromisiones molestas, que tiene su concreción normativa en los arts. 590 y 1908 C.c.¹³⁸, o de forma conjunta con éstos, para ayudar a determinar el concepto de “humos excesivos” del art. 1908.2¹³⁹. Por su parte, el Tribunal Supremo señala que es regla fundamental que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina¹⁴⁰, cuando las inmisiones sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho (art. 7.2. C.c.)¹⁴¹.

¹³² EVANGELIO LLORCA, R.: “El límite entre las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 887-888.

¹³³ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 127-132.

¹³⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. Nº 49, Nº 1, 1996, p. 16..

¹³⁵ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pp. 157. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 274-276. LUQUÍN BERGARECHE, R.: *op. cit.*, pp. 215 y 216. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 159.

¹³⁶ JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, pp. 277-279.

¹³⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 61. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “La acción negatoria frente a inmisiones en el derecho de propiedad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor L. Díez-Picazo*, coord. por Cabanillas Sánchez, A. Vol. 3, Madrid, Civitas, 2003, pp. 3699, 3705-3706.

¹³⁸ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “Comentario a la STS 19 julio 2006 (RJ 2006, 4731)”, *Revista de derecho patrimonial*, Nº 18, 2007, p. 371.

¹³⁹ NIETO ALONSO, A.: *op. cit.*, pp. 1620-1621.

¹⁴⁰ SSTS 17.2.1968 (RJ 1968, 1111) y 12.12.1980 (RJ 1980, 4747).

¹⁴¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 62.

Otros autores afirman que explotar normalmente una industria no puede considerarse abuso de un derecho, y sin embargo, de una explotación realizada sin excesos (y sin intención de dañar y con un fin serio y legítimo), sin sobrepasar los límites del ejercicio del derecho, pueden derivarse inmisiones, concretadas a través de la teoría del uso normal y de la normal tolerancia¹⁴². Esto se puede interpretar en el sentido de que el abuso de derecho actúa sobre el ejercicio del derecho, mientras que el uso normal sobre la inmisión misma. En el primer caso se está en presencia de un análisis jurídico, mientras que en el segundo en un análisis fáctico.

B) El derecho a la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio.

La Constitución Española ha de situarse en la cúspide del Derecho de vecindad, sobre todo en lo referente a su interpretación¹⁴³, tanto en cuanto a los principios rectores y sociales: derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE)¹⁴⁴, protección a la salud (art. 43) y función social de la propiedad (arts. 33.2). También a los derechos y valores de la persona en su sentido individual: integridad física y moral (art. 15 CE), intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10), etc. En concreto, la protección contra el ruido se halla en los arts. 15¹⁴⁵, 10 y 18 CE¹⁴⁶, que garantizan el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos en el seno del domicilio¹⁴⁷. En estos casos, en el ámbito civil, este tipo de daños se suscitarán a través del juicio ordinario previsto en los arts. 249.2 y 399 a 436 LEC.

Por otro lado, los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de las personas y privarlas del disfrute de su domicilio perjudicando su vida privada y familiar, como consecuencia de la influencia de una jurisprudencia del TEDH¹⁴⁸ que interpreta en este sentido el art. 8º del Convenio de Roma de 1950 relativo al derecho a la vida privada y familiar y a la inviolabilidad del domicilio. Citando el tenor literal del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Este artículo hay que ponerlo en conjunción con el art. 10.2 CE, por cuanto con base a éste habrá que tener en cuenta el sistema de garantías y control de aplicación del Convenio de 1950: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

¹⁴² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, pp. 356-357. EVANGELIO LLORCA, R.: “El límite entre las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 886-887.

¹⁴³ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 144-146.

¹⁴⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “El ruido en la reciente jurisprudencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, pp. 320-323. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁵ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *loc. cit.*

¹⁴⁶ MARÍN LÓPEZ, A.: “La contaminación acústica y la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 5, 2002, p. 560. MORETÓN SANZ, M^a. F.: *op. cit.*, pp. 2963-2964.

¹⁴⁷ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *loc. cit.* El reconocimiento explícito del TC del derecho a la intimidad domiciliaria como derecho fundamental implica que las molestias y daños generados por el ruido no necesitan concretarse en una lesión a la salud física o psíquica para protegerse por el ordenamiento.

¹⁴⁸ SSTDH 19.2.1998 (*Guerra y otros contra Italia* [TEDH 1998, 875]); 2.10.2001 (*Hatton y otros c. Reino Unido*, 36022/97 [TEDH 2001, 567]) 16.11.2004 (*Moreno Gómez contra España* [TEDH 4143, 02]), 22.5.2003 (*Kyrtatos contra Grecia* [TEDH 2003, 242]), etc.

El caso más significativo de la jurisprudencia del TEDH es la S. 9.12.1994 (*caso López Ostra contra el reino de España* [TEDH 1994, 3]), que afirma que «los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de un modo que llegue a perjudicar su vida privada y familiar, sin necesidad de que también haya de poner en grave peligro la salud de la interesada, por lo que resulta preciso atender al justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto». La STEDH 9.12.1994 fue asimilada por el TC en sus SSTC 24.5.2001 (RTC 2001, 119) y 16/2004, de 23.2.2004, en las cuales está la noción de “intimidad domiciliaria” como un derecho fundamental emanado del art. 18 CE en relación con el art. 10.1 CE, y que garantiza el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos en su propio domicilio¹⁴⁹.

Es jurisprudencia consolidada¹⁵⁰ que afirma que, a raíz del reconocimiento constitucional de unos DDFF, con tutela jurídica reforzada, se ha abierto paso la tendencia a considerar las inmisiones gravemente nocivas¹⁵¹, cuando afectan a la persona¹⁵², en relación con su sede o domicilio, atentados o agravios inconstitucionales a su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)¹⁵³, puesto que dicho derecho reclama para su ejercicio pacífico, muy especialmente, dentro del recinto domiciliario y su entorno, un ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras, procedentes del exterior, que no exija el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran los ruidos desahorados y persistentes, pues, aunque estos procedan en principio del desarrollo de actividades lícitas, dejan de serlo cuando se traspasan determinados límites, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida¹⁵⁴. La aplicación del art. 18 CE implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y defensa de la calidad de vida¹⁵⁵, lo que se ha venido relacionado en ocasiones con un auténtico derecho a la tranquilidad derivado del derecho a la intimidad domiciliaria, y que se conecta con la protección de un cierto nivel de calidad medioambiental de vida¹⁵⁶; un ámbito excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y cuya delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad¹⁵⁷.

¹⁴⁹ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁰ STS 2.2. 2001 (RJ 2001, 1003).

¹⁵¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N^o 4, 2008, pp. 20-22.

¹⁵² MACÍAS CASTILLO, A.: “La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio”, *Actualidad civil* N^o 4, 1999, p. 1232

¹⁵³ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno: recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo)”, *Derecho privado y Constitución*, N^o 15, 2001, p. 86. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”,... *op. cit.*, p. 12. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “El ruido...”, *op. cit.*, pp. 321-322. CAMAZÓN LINACERO, A.: “Inmisiones ilícitas y relaciones de vecindad: indemnización a los propietarios de un inmueble por los ruidos de una obra en el edificio colindante”, *Derecho y medio ambiente: Revista jurídica para el desarrollo sostenible*, Vol. 2, N^o 6 (s), 2001, p. 107. En la jurisprudencia, STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041).

¹⁵⁴ MACÍAS CASTILLO, A.: “Protección civil frente al ruido”, *Práctica derecho de daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N^o 98, 2011, pp. 57 y 62-63.

¹⁵⁵ La STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101) sugiere la posibilidad de indemnizar el daño moral que supone la pérdida de la calidad de vida motivada por inmisiones de diversa naturaleza, entre ellas los ruidos.

¹⁵⁶ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, pp. 10 y 11.

¹⁵⁷ STC 29.5.2001 (RTC 2001, 119).

Si bien se constata con cada vez mayor frecuencia el uso del procedimiento de protección de los DDF¹⁵⁸, la realidad es que los tribunales¹⁵⁹ suelen desestimar este tipo de demandas, por cuanto resulta difícil fijar en qué medida las inmisiones suponen la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, o si se trata de una cuestión simplemente de jurisdicción ordinaria. Tradicionalmente los poderes públicos han rehuído la aplicación del art. 18.1 CE en casos de inmisiones en el ámbito de la intimidad domiciliaria, inclinándose por otras categorías constitucionales como la calidad de vida (art. 45 CE)¹⁶⁰.

Algunos autores muestran rechazo a la invocación del derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a molestias domiciliarias a causa de inmisiones, entendiendo que este derecho debe proteger sólo las invasiones domiciliarias de carácter físico, ya que la intimidad, de acuerdo con la concepción tradicional, se identifica con el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir intromisiones ilegítimas¹⁶¹. De admitirse que las inmisiones son también intromisiones, el ámbito de las inmisiones en las relaciones de vecindad sería tan amplio que abarcaría todo tipo de normas¹⁶².

En la práctica, se suele aplicar por los tribunales la doctrina del TEDH a mayor abundamiento en cuanto es susceptible de incrementar la protección prestada desde los institutos tradicionales del Derecho Civil. Además, los fenómenos inmisivos atacan más que contra la intimidad o la inviolabilidad domiciliaria, contra un mínimo exigible de calidad de vida, entendida ésta como desenvolvimiento del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE.

También se apuesta por utilizar los preceptos constitucionales a modo de elementos de interpretación de las inmisiones ilegítimas, reinterpretando el contenido de los artículos tradicionales en materia de relaciones de vecindad, mediante una lectura moderna de las mismas a la luz de los preceptos de la Constitución, o acudiendo a la LO 1/82. Se ha dicho que esta solución reelabora una teoría ya existente en el propio C.c.a costa de la desnaturalización del contenido de determinados DDF como el de la intimidad o la privacidad, cuestión que puede no ser necesaria¹⁶³.

En materia de ruidos, la mayoría de la doctrina apuesta porque las inmisiones ruidosas sigan formando parte de las inmisiones en sede de las clásicas relaciones de vecindad, sin necesidad de buscar enrevesadas argumentaciones para aplicar la doctrina del TEDH, o, a lo sumo, considerando las inmisiones sonoras como intromisiones ilegítimas de la LO 1/82¹⁶⁴. Otros autores han invocado el derecho a la integridad física y moral (art. 15)¹⁶⁵, cuando la exposición continuada a unas inmisiones (generalmente acústicas) ponga en grave peligro la salud de las personas¹⁶⁶.

¹⁵⁸ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001, de 24 de mayo”, en *InDret*, Nº 1, 2002, págs. 4-6.

¹⁵⁹ Por ejemplo la STC 199/2001.

¹⁶⁰ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 135, 139.

¹⁶¹ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁶² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 322.

¹⁶³ MACÍAS CASTILLO, A.: “La asimilación...”, *op. cit.*, pp. 1240-1245.

¹⁶⁴ MACÍAS CASTILLO, A.: “La asimilación...”, *op. cit.*, pp. 1240-1245. El autor concluye que la eventual aplicación de la LO 1/82 (p. 1244) «es [...] un camino directo, eficaz, y coherente para complementar la clásica protección frente a las inmisiones».

¹⁶⁵ SSTC 14.7.1994 (RTC 1994, 215), 15.12.1996 (RTC 1996, 207), entre otras.

¹⁶⁶ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 134, 139.

C) *La Ley Orgánica 1/1982 en materia de intromisiones ilegítimas.*

Una parte de la doctrina¹⁶⁷ y la jurisprudencia¹⁶⁸ han planteado la posibilidad de que ciertos daños ambientales o inmisiones, señaladamente la contaminación acústica, sean calificados como intromisión ilegítima a la intimidad personal y familiar, y protección del domicilio, incardinado en el art. 7 de la LO 1/1982. Por ejemplo, ALONSO PÉREZ considera que las intromisiones ilegítimas en la intimidad personal y familiar son también inmisiones¹⁶⁹. HERRERA DEL REY dispone que, cuando los ruidos molestos afectan al individuo dentro de su domicilio, considerando estas inmisiones como daño moral, los particulares pueden acudir al art. 7 LO 1/1982, ya que «por una u otra vía, lo cierto es que los Tribunales civiles españoles están poco a poco tejiendo un cierto «derecho a la tranquilidad», en particular dentro del domicilio, derivado del derecho a la intimidad»¹⁷⁰. En la jurisprudencia, afirma la STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041) que se tratan de nuevas formas o procedimientos que alteran la paz familiar y el entorno privado que constituyen intromisiones ilegítimas frente a las cuales cabe y es obligada la tutela judicial, pudiendo incardinarse este tipo de intromisiones ilegítimas en el art. 18 CE y, por tanto, en la LO 1/82. La STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041) dispone que «En efecto, el derecho a la intimidad [...], ha cobrado una mayor dimensión que, en cierto modo, espiritualiza su finalidad, relacionándolo con el ámbito propio de la personalidad, que debe ser protegido de cualquier in[j]erencia o intromisión». No obstante, la acción de responsabilidad civil y la acción de intromisión ilegítima de la LO 1/82 se pueden ejercer de forma acumulada, dado que no son acciones contradictorias¹⁷¹, ni imposibilitan que por el juego del principio *iura novit curia* el órgano judicial resuelva la cuestión aplicando una u otra acción. Es posible la incardinación de un mismo hecho relativo a inmisiones contaminantes que afecten al ámbito domiciliario que se resuelvan tanto al amparo del art. 7 LO/1982 como en el art. 1902 C.c., al concurrir también los requisitos exigidos tradicionalmente por la jurisprudencia para su apreciación, como son la excesividad de la inmisión o la culpa, el daño y el nexo de causalidad.

Entrando a conocer el contenido de la LO 1/82, la tutela del particular comprenderá la reparación del daño ocasionado, así como «la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores» (art. 9.2), lo que se asimila a la acción de cesación y abstención de inmisiones en el Derecho civil común¹⁷² (emisiones “conocidas”). Por su parte, el art. 7.3 recoge una enumeración de intromisiones ilegítimas que son objeto de protección de dicha ley, entre las cuales no se observa ningún supuesto relativo a las inmisiones contaminantes. Por otro lado, el art. 9.3 establece ciertos criterios para cuantificar la indemnización del daño moral «atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida» y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

¹⁶⁷ Entre otros, ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 36, nº 2, 1983, pp. 357 y ss. GIL MEMBRADO, C.: “La suspensión de obra nueva como prevención frente al ruido”, *Aranzadi Civil: revista doctrinal*, Nº 10, 2011, pp. 98-99. MACÍAS CASTILLO, A.: “La asimilación...”, *op. cit.*, pp. 1240-1245. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 288.

¹⁶⁸ STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041).

¹⁶⁹ ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *op. cit.*, pp. 357 y ss.

¹⁷⁰ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *loc. cit.*

¹⁷¹ SSTC 22.7.1985 (RTC 1985, 90) y 24.7.1985 (RTC 1985, 92).

¹⁷² MONESTIER MORALES, J.L.: “Las acciones civiles de protección frente al ruido”, *Práctica de derecho de daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 95, 2011, p. 8.

El carácter antijurídico de las intromisiones ilegítimas a la luz de la LO 1/82 se determina por lo dispuesto en los arts. 2.1¹⁷³ y 8.1¹⁷⁴ LO 1/82. El daño se presume siempre que se acredite la intromisión ilegítima en los términos recogidos en el art. 7¹⁷⁵, si no concurren en el comportamiento descrito ni las causas de justificación previstas en los arts. 2.2º y 8 que, según la Exposición de Motivos de la Ley, se basan en «razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales»; tampoco en las causas genéricas de exclusión¹⁷⁶; sin embargo, para la doctrina mayoritaria, esta presunción solamente alcanza a los daños morales y no los patrimoniales, que seguirán rigiéndose por las disposiciones comunes. El art. 8.1 ha sido invocado en ocasiones por parte de los demandados por causar intromisiones acústicas molestas para los vecinos con base a que la actividad industrial goza de licencia para ejercer su actividad, así como que tiene autorización que delimita el límite máximo acústico que no debe superar y que evidentemente –siempre se argumenta– no se ha superado. No obstante, según indica la STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041) una autorización no justifica *per se* una intromisión, pues «no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados, dato esencial para la legitimación de la lesión a la intimidad».

También existen críticas a su aplicación. Por ejemplo YANGUAS MONTERO dice que, pese a la amplitud del art. 7 LO 1/82, una simple lectura permite comprobar con facilidad que esta Ley Orgánica fue concebida para regular una problemática muy distinta a la que plantean los daños ambientales, por lo que este tipo de daños han de regirse por los arts. 1902 y ss. del C.c. y del art. 18 CE¹⁷⁷.

En mi opinión, la consideración de las intromisiones como perturbaciones ilegítimas y su reconducción a la LO 1/82 no es la mejor solución por varias razones: en primer lugar, desde el punto de vista de técnica legislativa, porque la intención del legislador era la constituir un límite al ejercicio de las libertades de expresión que recoge el art. 20.4 CE; en segundo lugar, este tipo de invasiones pueden tratarse a través del régimen de las intromisiones *ex* arts. 590 y 1908, 2º y 4º C.c. o de la cláusula general de responsabilidad civil *ex* art. 1902 C.c.; finalmente, los artículos constitucionales que protegen la esfera de la personalidad pueden invocarse al margen de esta Ley, sobre todo en casos de daños morales por contaminación acústica. Creo que la LO 1/82 no resulta de aplicación a los daños civiles por contaminación, ya que encuentran su regulación en los arts. 590, 1908 y 1902 C.c., por cuanto, en puridad, la LO 1/82 regula intromisiones físicas (intromisiones domiciliarias) y no las producidas mediante agresiones indirectas contaminantes. No obstante, ello no impide a que puedan ser invocados los artículos de la CE cuando ello sirva como refuerzo jurídico ante la defensa de los derechos personalísimos que pudieran resultar afectados por las intromisiones.

¹⁷³ Art. 2.1 LO 1/82: «La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o para su familia».

¹⁷⁴ Art. 8.1 LO 1/82: «No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante».

¹⁷⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: «Responsabilidad civil por daños al medio ambiente», en Reglero Campos, L.F. [Coord], *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Vol. 3, 2008, p. 104. Dice la autora que esta previsión supone que una vez probada la circunstancia de que el ruido sobrepasa los límites tolerables ya no habrá de acreditarse.

¹⁷⁶ BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 216.

¹⁷⁷ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 111.

D) Inmisiones en materia de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos.

Tanto la Ley 29,1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, como la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, no contienen una regulación específica de las inmisiones, sino una genérica de las relaciones de vecindad donde tienen cabida aquéllas¹⁷⁸. En ambas leyes se contempla la concreta problemática de las inmisiones en la prohibición de las actividades incómodas e insalubres¹⁷⁹. La justificación de la regulación de estos conflictos se ha ubicado en los conflictos acontecidos en la interacción de los ciudadanos en las relaciones vecinales domésticas¹⁸⁰. En materia de propiedad horizontal, el art. 7.2 de LPH establece que:

«Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes. Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de Propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará por las normas que regulan el juicio ordinario. Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

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

El art. 7.2 LPH se enmarca en el ámbito de las relaciones de vecindad “de Comunidad”, dada la necesidad de armonizar en este tipo de propiedad la tendencia de la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, configurados en la Ley como propiedad separada, «con la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto»¹⁸¹. Configura las relaciones jurídicas derivadas del régimen de propiedad horizontal con criterios inspirados en las relaciones de vecindad y de las especiales características de esta institución¹⁸². No obstante, su objeto no es el de disciplinar el régimen jurídico de las inmisiones, sino simplemente el de lograr una armónica convivencia entre los vecinos de un inmueble¹⁸³.

¹⁷⁸ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 111.

¹⁷⁹ JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, op. cit., p. 223; “Tutela medioambiental de carácter preventivo desplegada a través de determinados procedimientos civiles: sobre su pretendida función de protección indirecta”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 2001, p. 885.

¹⁸⁰ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 169.

¹⁸¹ SAP Barcelona 3.3.1999 (AC 1999, 6683), FD 2^o.

¹⁸² SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 115.

¹⁸³ DÍAZ BRITO, F.J.: op. cit., p. 49.

El art. 7.2 LPH incluye algunos supuestos que no cabe considerar estrictamente como generadoras de inmisiones, como pueden ser las actividades no permitidas en los estatutos. Es preciso una objetivación de las actividades que puedan encuadrarse en la indicada prohibición, pudiendo recurrirse al RAMINP como indudable e importante elemento interpretativo al contener un nomenclátor anejo en el que se incluyen las actividades así calificadas. Ahora bien, su aplicación a la realidad fáctica puede presentar dificultades derivadas de la necesidad de probar objetivamente la realización de las actividades molestas que se imputan, esto es, «que sean superiores a los inconvenientes social y reglamentariamente tolerables, probanza que recae como obligación en quien imputa la existencia de tales actividades, es decir, en el actor»¹⁸⁴. No obstante, la contravención de las disposiciones generales del RAMINP (art. 7.2 1º LPH) «en absoluto limita el necesario arbitrio judicial en la valoración de las molestias en relación con las exigencias de la convivencia vecinal». Por ello, habrá que estar al análisis del criterio del uso normal y de la normal tolerancia, con especial hincapié en la relación que puede existir con la normativa administrativa en cuanto a la posible superación de los niveles administrativos, como indicadores de intolerancia¹⁸⁵.

Las pretensión de cesación *ex art. 7.2 LPH* comprenderá la imposición de medidas de corrección de las deficiencias que posibilitan la inmisión ilícita en el plazo que se conceda¹⁸⁶. Existe una medida radical que debe aplicarse restrictivamente: la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, que pueden incluso llegar a la extinción definitiva de los derechos de uso y ocupación y el lanzamiento inmediato del ocupante, cuando éste no fuere su propietario¹⁸⁷. Esta medida es subsidiaria de la anterior¹⁸⁸, por lo drástica y desproporcionada que resulta, sobre todo cuando los avances de la técnica hacen pensar que sea dable prevenir o corregir el daño en el futuro, sin perjuicio de lo que en un eventual proceso posterior, ante la posible reparación de la perturbación pudiera llegar a acordarse¹⁸⁹.

Por otro lado, el art. 27.2 e) LAU permite al arrendador instar la resolución de pleno derecho del contrato «cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas». Se le ha criticado a este artículo la parca legitimación activa para ejercitar la acción, pues solamente la tiene el arrendador. Por su parte, el art. 1560 C.c. dispone que «El arrendador no está obligado a responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador». Si bien la acción que dicho art. concede al arrendatario lo es frente al tercero ajeno al contrato que desconoce, por la simple vía de los hechos, la posesión arrendaticia, al atentar contra el goce pacífico de la posesión que ostenta el arrendatario, «no pueden entenderse comprendidas en dicho precepto aquellas otras inmisiones o molestias que no entrañen desposesión la cosa arrendada, como son las provenientes de ruidos, humos, malos olores (...) al no producir una privación de la posesión arrendaticia»¹⁹⁰.

¹⁸⁴ SAP de Barcelona 3.3.1999 (AC 1999, 6683), FD 2º y 3º.

¹⁸⁵ SAP Cataluña 3.3.1999 (AC 1999, 6683), FD 4º.

¹⁸⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relevancia constitucional...”, *op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁸⁷ MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁸ STS 20.3.1989 (RJ 1989, 2187); SSAP Madrid de 11.5.2009 (AC 2009, 1166), FD 5º, Barcelona 3.3.1999 (AC 1999, 6683).

¹⁸⁹ STS 30.5.1997 (RJ 1997, 4331), FD 3º.

¹⁹⁰ STS 10.11.1992 (RJ 1992, 9100).

II) Regulación de los daños tradicionales en el Derecho comparado.

1) Inmisiones en las relaciones de vecindad, según regulación específica.

En muchos países europeos la ley en materia de inmisiones juega un rol importante: § 364 a) ABGB austríaco, 684 ZGB suizo, § 906 II BGB y § 14 BLmSchG alemán, arts. 1003 y 1108 Astikos Kodikas griego, art. 844 C.c. italiano, art. 1346 C.c. portugués. También en el ordenamiento autonómico se observan referencias a este tipo de regulación: art. 546-14 C.c. catalán o Ley 367 FNN. Todos ellos son inspiración del derecho alemán de vecindad (*nachbarrechts*). Los artículos que regulan las inmisiones en estos ordenamientos suelen incluirse dentro de las relaciones de vecindad, y, a su vez, dentro de las restricciones al derecho de propiedad.

En Austria se aplica la responsabilidad por culpa cuando no se hubieran cumplido los estándares legales de contaminación (o aplicarse de forma objetivada); en caso contrario, y habiéndose legitimado mediante licencia o autorización la emisión contaminante, se deberá analizar la intolerancia de la inmisión¹⁹¹. En cambio, la Corte Suprema de Justicia austríaca—OGH— ha ampliado por analogía la aplicación de este precepto incluso a los supuestos en que la actividad contaminante actúa sin licencia cuando el propietario del fundo perjudicado no tiene la oportunidad legal o factual de prevenir el daño mediante una demanda de cesación¹⁹², o cuando el causante opera en una instalación o participa en una actividad que expone a sus vecinos a inminentes efectos perjudiciales¹⁹³. Esto lo convierte, según HINTEREGGER, en una regla general de responsabilidad objetiva por daño ambiental que cubre todo tipo de daños a la propiedad causados por actividades peligrosas o dañinas al medio ambiente¹⁹⁴.

En Alemania, el § 906 BGB regula ampliamente las inmisiones en las relaciones de vecindad industrial¹⁹⁵, y excluye las injerencias ideales y negativas¹⁹⁶, aplicando solamente las indirectas, materiales o positivas:

«I. El propietario de una finca no puede prohibir las emisiones de gases, vapores, olores, humos, hollín, calor, ruido, vibraciones y otras inmisiones parecidas que pueden provenir de otro inmueble en tanto que la injerencia no afecte al uso de su propiedad, o bien sólo le afecte de manera no sustancial. De modo general, se da una perturbación no sustancial cuando los valores límite o indicativos, previstos en las leyes o reglamentos, no se superan por las injerencias allí previstas. Lo mismo vale para los valores de las disposiciones administrativas que se han fijado de acuerdo con el § 48 de la ley federal de protección contra las inmisiones, y que reproducen el estado de la técnica.

¹⁹¹ Esta solución es la que plantea HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 78 respecto del derecho austríaco cuando dice que, más allá de los supuestos en los que la responsabilidad por invasiones continuas procedentes de una industria los particulares pueden acudir al sistema de la culpa cuando se demuestre que ha incurrido en culpa, mientras que si el daño ha sido causado por una actividad cubierta por una licencia, deberá solicitar la compensación al amparo del § 364^a ABGB.

¹⁹² OGH 15.10.1992, 7 Ob 601/92, JB1 1993, 387 (Kerschner); 17.11.1993, 1 Ob 19/93, 1 RdU 1994/9 (Kerschner)

¹⁹³ OGH 16.1.1991, 1 Ob 39/90, JB1 1991, 580 (depósito ilegal de residuos industriales); 24.10.1990, 1 Ob 21/90, JB1 1991, 110 (fabricación de detergente); 17.11.1993, 1 Ob 19/93, RdU 1994/9 (abono excesivo de una granja).

¹⁹⁴ KERSCHNER: “Kausalitätshaftung im Nachbarrecht”, *RdU* 1998, 10; KISSLINGER, *Gefährdungshaftung im Nachbarrecht*, 2006. Citados por HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁵ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 59-61.

¹⁹⁶ SÄCKER, F-J.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: in sieben Bänden*, München: Beck, 1983, pp. 551 y ss. BASSENGE, P., en PALANDT, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985, pp. 1041 y ss.

II. La misma regla anterior se aplica si se produce un perjuicio sustancial como consecuencia del uso del inmueble vecino según la costumbre local, y no se puede evitar con medidas que sean económicamente exigibles a quien lo utiliza. Para el caso de que el propietario vecino deba soportar estas inmisiones, tiene derecho a una compensación dineraria adecuada si la perturbación afecta, por encima de la medida de lo exigible, el rendimiento del inmueble o bien su uso según la costumbre local.

III. Es ilícita la penetración a través de un conducto especial».

Este párrafo se encuadra en el Derecho de vecindad (*Nachbarrecht*), concretamente entre las disposiciones que disciplinan el contenido del derecho de propiedad (*Inhalt des Eigentums*) como un precepto limitador de las facultades de exclusión concedidas al propietario en el 1004 BGB (acción negatoria), concretamente del propietario perjudicado por inmisiones, que no puede exigir el cese de las mismas cuando concurren las circunstancias recogidas en dicho párrafo. La acción de responsabilidad civil extracontractual se regula en los §§ 823 y ss.

El art. 364.2 C.c. austríaco (ABGB), el 684 C.c. suizo (ZGB) y 1346 C.c. portugués regulan las inmisiones. Estos tres códigos civiles se sitúan históricamente en una época en la que la industrialización provocó que los criterios de desarrollo económico se hicieran notar, a diferencia de los códigos español y francés, que se sitúan en la época del liberalismo y de la defensa absoluta de la propiedad.

En Austria, el art. 364 (2) ABGB se basa en la excesividad de la inmisión desde el punto de vista de la intensidad de la inmisión y de la emisión, según los niveles habituales en el lugar y el perjuicio causado. El mismo dice:

Art. 364 (2) ABGB: «El propietario de una finca tiene derecho a prohibir al de la finca vecina la emisión desde esta última de aguas residuales, humo, gases, calor, olores, ruidos, vibraciones o similares que afecten a la primera, cuando tales emisiones sobrepasen los niveles habituales en el lugar y obstaculicen sustancialmente los usos de su finca localmente admitidos (...)».

En Suiza, el art. 684 ZGB contiene una restricción al dominio en interés del propietario, imponiendo al propietario inmitente abstenerse de emitir de forma excesiva sustancias contaminantes en el fundo vecino, lo que sucede cuando éstas producen un efecto dañoso y exceden los límites de tolerancia entre vecinos, teniendo en cuenta el uso local y la situación y naturaleza de los inmuebles:

Art. 684 ZGB: «1. El propietario debe, en el ejercicio de su derecho, especialmente en sus trabajos de explotación industrial, abstenerse de todo exceso en detrimento de la propiedad vecina. 2. Están prohibidas en particular las emisiones de humo o de hollín, las emanaciones incómodas, los ruidos, las trepidaciones, que tengan un efecto dañoso y que excedan de los límites de la tolerancia que se deben los vecinos, teniendo en cuenta el uso local la situación y la naturaleza de los inmuebles».

El art. 679 ZGB confiere una acción al perjudicado para ser reparado, tanto si la perturbación se produjo ya (*Beseitigungsanspruch*), como si es temida para evitar que llegue a cometerse (*Unterlassungsanspruch*). El art. 641 ZGB protege el derecho de propiedad a través de la acción reivindicatoria y la negatoria.

En Portugal, la excesividad de la inmisión se predica de la producción de un perjuicio sustancial o de la utilización anormal del fundo emisor, pudiendo ejercer la acción negatoria y, en su caso, exigir indemnización. El art. 1346 C.c. dice:

Art. 1346 C.c. portugués: «Emisión de humos, producción de ruidos y hechos semejantes. El propietario de un inmueble puede oponerse a las emisiones, olores, calores o ruidos, así como a la producción de trepidaciones y cualquiera otros actos semejantes, provenientes del predio vecino, siempre que tales actos causen un perjuicio sustancial para el uso del inmueble o no resulten de la utilización normal del predio del que emanan».

En Italia, el art. 844 C.c. regula de forma específica las inmisiones¹⁹⁷, centrándose en el criterio de la normal tolerancia:

«Inmisiones. El propietario de un fundo no puede impedir la inmisiones de humo, o de calor, vapores, ruidos, trepidaciones y otras propagaciones semejantes procedentes del fundo vecino siempre que no superen la normal tolerancia, teniendo en cuenta, además, las condiciones de los lugares. En aplicación de esta norma la autoridad judicial debe contemplar las exigencias de la producción con las razones de la propiedad. Puede tener en cuenta la prioridad de un determinado uso».

El art. 844 C.c. pretende conciliar los intereses de la industria con los de la propiedad fondiaria del particular y con la producción agrícola¹⁹⁸, prevaleciendo aquélla frente a éstas¹⁹⁹. Confronta las consecuencias de la forma de utilización de un acto en otro fundo, por lo que su objeto no es la propia actividad inmisiva, sino sus efectos²⁰⁰. No obstante, en la valoración de la normal tolerabilidad se tienen en cuenta ambos criterios: el de la normalidad de la actividad de la cual deriva la inmisión y el de la normalidad del daño causado, correlativo a la situación del lugar²⁰¹.

El art. 844 C.c. tiene carácter objetivo, debido a la prohibición de la inmisión por el sólo presupuesto de su carácter excesivo con respecto a la normal tolerabilidad, en función del riesgo de la empresa, con independencia de la cualidad del propietario o del empresario autor de la inmisión. Ante una inmisión intolerable, el propietario —o cualquier otro sujeto que ostente un derecho fructivo— podrá ejercitar la acción negatoria *ex* art. 949 C.c., así como solicitar la indemnización por daños ocasionados por las perturbaciones o molestias²⁰², si bien algunos autores basan el resarcimiento del daño en la cláusula general de responsabilidad civil *ex* art. 2043 C.c.²⁰³. Por otro lado, el art. 890 C.c. obliga a respetar determinada distancia al objeto de eliminar o disminuir el riesgo de propagación²⁰⁴, equivalente al art. 590 C.c. español.

En el sistema jurisprudencial italiano, ante una inmisión intolerable, el juez, a instancias del propietario afectado por la misma, podrá: a) inhibir la inmisión y resarcir integralmente el daño; b) no inhibir y no obtener ningún resarcimiento; c) no inhibir pero obtener una indemnización equitativa (compensación). La licitud de la inmisión intolerable se hace al amparo del párrafo 2º del art. 844 C.c.

¹⁹⁷ PARADISO, M.: “Tutela dalle immissioni, ente pubblico economico e perseguimento dei fini istituzionali”, en *Gius. civ.*, 1984-II, pp. 2857 y ss.

¹⁹⁸ AMATO, G.: “Brevi considerazioni in tema di immissioni e di responsabilità della Pubblica Amministrazione”, en *Giur. it.*, 1985-I, p. 710.

¹⁹⁹ VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro...(II)”, *op. cit.*, p. 42.

²⁰⁰ IANNELLI, A.: “Sulla tutela dalle immissioni industriali e sulla non operatività dell’art. 844 CC”, en *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 372.

²⁰¹ Cass., de 19 de julio de 1965, n. 1627, *Riv. giur. edil.* 1966, I., p. 61. VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro...(II)”, *op. cit.*, pp. 39, 55. Esta regla lo asemeja, según la autora, a la regla francesa de los *inconvenients normales de voisinage*.

²⁰² Art. 949 C.c.: «El propietario puede solicitar la declaración de inexistencia de derecho de otro sobre la cosa, cuando motive el temor de un perjuicio. Si existe también perturbación o molestia, el propietario también puede pedir que ordene el cese, además de la indemnización por daños (1170)».

²⁰³ GALLINARI, A.: “Le immissioni indirette e l’art. 844 c.c.”, *Riv. trim. di diritto e procedura civile*, 1948, p. 293.

²⁰⁴ Art. 890 C.c. italiano: «Quien cerca del límite, aunque en éste haya una pared medianera, quiere fabricar hornos, chimeneas, depósitos de sal, establos y similares, o quiere colocar material húmedo o explosivo, o nocivo, o implantar maquinaria, para lo cual puede surgir peligro de daño, deberá observar las distancias establecidas por el Reglamento y, en su defecto, aquéllas necesarias para preservar el fundo vecino de cualquier daño a la solvencia, salubridad y seguridad».

En Cataluña, las inmisiones continuas se regulan en el art. 546-13 y 14 C.c.:

Art. 546-13. Inmisiones ilegítimas.

«Las inmisiones de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondeas electromagnéticas y luz y demás similares producidas por actos ilegítimos de vecinos y que causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado».

Ar. 546-14. Inmisiones legítimas.

«1. Los propietarios de una finca deberán 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 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. 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 esta, 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 las 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».

Se introduce en el ordenamiento civil catalán una serie de novedades en materia de regulación de las inmisiones vecinales. Según GARRIDO MELERO²⁰⁵, el texto catalán es innovador, al separar las relaciones de vecindad (naturaleza real) de las inmisiones (obligacional). Afirma DÍAZ BRITO²⁰⁶ que el legislador reconduce el problema de las inmisiones al ámbito de la tutela de la propiedad y del goce pacífico de los fondos, rompiendo la solución imperante en el Derecho común de reconducir el asunto al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. EGEA FERNÁNDEZ²⁰⁷ dice que, además, regula ampliamente la acción negatoria, como instrumento más adecuado para impedir las injerencias que se consideren ilegítimas. También es interesante ver cómo el art. 546-13 C.c. establece una cobertura de los daños a las propiedades o personas que habitan en el inmueble cuando las inmisiones provengas de actos ilegítimos.

²⁰⁵ GARRIDO MELERO, M.: “Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 68, nº 611, 1992, p. 1591.

²⁰⁶ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 36-37.

²⁰⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, pp. 403-404.

En la Comunidad Foral de Navarra, el uso razonable del derecho constituye el eje sobre el que ha de gravitar la limitación de los derechos de los propietarios en las relaciones de vecindad. La Ley 367 FNN dice:

«Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar a sus vecinos más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad».

Finalmente en Aragón, el art. 538 CDFa dice que:

«Los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos, en el ejercicio de sus derechos, no pueden causar riesgo, ni tampoco más perjuicio o incomodidad que los que resulten del uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe».

Dice SANAGUSTÍN que esta norma viene a ser la consagración en Aragón de la regla general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva que la STS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747) establece para el derecho civil español, y se inspira en la Ley 367 FNN. El precepto incluye en el uso razonable de la finca el criterio de licitud de la actuación, atendiendo a la naturaleza y destino de la finca. El criterio de razonabilidad se fija en el aspecto activo, el uso del derecho, si bien no se excluye la posibilidad de que se tengan en cuenta las necesidades de la finca inmitida. La exigencia de buena fe sirve para admitir genéricamente el abuso de derecho en esta materia²⁰⁸.

En general, las leyes y normas sobre vecindad cubren principalmente los daños patrimoniales en relación con la propiedad, p. ej. los costes de reparación o disminución del valor de la propiedad (Austria, Alemania, Portugal, Países Bajos). En Austria no se cubren, en principio, los daños personales, excepto cuando sean como consecuencia del daño a la propiedad sufrido por el propietario u otros con interés cualificado en la propiedad, lo que es un agravio comparativo con la negligencia o el riesgo²⁰⁹. A grandes rasgos, en estos países, las características de este derecho se circunscribe al uso y disfrute de la propiedad fundiaria. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina ha ido flexibilizando estos criterios ampliándolos, desde el punto de vista activo, al ejercicio de un industria (no se requiere la propiedad del suelo) y, desde el punto de vista pasivo, se extienden los perjuicios a los daños personales. En Cataluña se cubren los daños a la propiedad y los personales de los propietarios del bien inmitido.

2) Fundamentos de la acción de responsabilidad civil extracontractual por contaminación según los códigos civiles y el desarrollo jurisprudencial.

A) *Responsabilidad por hecho excesivo: inmisiones del art. 1908.2 C.c.*

En España no existe una regulación expresa de las *inmisiones* en las relaciones de vecindad industrial, si bien la doctrina y la jurisprudencia han construido una teoría generalizadora de las mismas en la aplicación de los arts 590 y 1908 C.c. Ambos artículos se complementan recíprocamente y se dan base suficiente para fraguar una teoría general de las inmisiones a través de una analogía generalizadora que configura una prohibición civil genérica de las inmisiones perjudiciales o nocivas, o molestas en la finca del vecino, que no sea conforme al uso o a los reglamentos o, en último término, al criterio de la buena vecindad, basado en la buena fe²¹⁰.

²⁰⁸ SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: “Las relaciones de vecindad en el Código de Derecho Foral de Aragón: luces y sombras”, *Revista de derecho civil aragonés*, Nº 17, 2001, pp. 111.

²⁰⁹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 71.

²¹⁰ STS 12.12.1980 (RJ 4747, 1980).

En los países del *common law* tampoco existe una regulación expresa de las inmi- siones, si bien la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el ilícito civil basado en la *private nuisance*. La *private nuisance* supone un *tort*, un ilícito extracontractual ca- racterizado como perturbación continua dañosa para la finca o para quien la posee²¹¹. Ésta consiste en una interferencia continua, ilícita e indirecta en el uso o disfrute del fundo, que cubre los daños a la propiedad inmobiliaria (*land*) y mobiliaria (*chattels*)²¹², o cualquier otro derecho en conexión con aquél²¹³. La “*private nuisance*” –*civil wrong, based on a disturbance of Rights in Land*- irrazonable debe tener en cuenta los intereses concretos en juego a través de los hechos y las intenciones (*the law will judge a man by what he does, not by the reasons for which he does it*)²¹⁴. Para determinar la ilicitud se suele hacer un balance entre la razonabilidad de la actividad del demandado y el impac- to sobre los perjudicados (daño grave)²¹⁵. En estos casos, aunque las reglas sobre la pre- visibilidad y la lejanía del daño también se aplica a este tipo de responsabilidad, la búsqueda de la culpa en la creación de la *nuisance* no es necesaria. Se dirige a la protec- ción de los intereses del propietario en lugar de controlar la conducta individual. Acerca de la previsibilidad del daño, se ha reconocido que la doctrina inglesa entiende que pa- recer ser necesario un cierto nivel de conocimiento por parte del demandado en que su actividad supone una amenaza a los derechos de otros²¹⁶.

Por otro lado, los daños ocasionados por negligencia o riesgo no se limitan a los daños en el uso o disfrute de la propiedad y se rigen por las reglas generales, si bien no se especifica que tengan que haberse producido por emisiones desconocidas por el ope- rador y al margen del loable ejercicio de la actividad.

La *private nuisance* se ha convertido en la acción más frecuente en los EEUU para la recuperación de los DCC²¹⁷. A diferencia del derecho del *common law* inglés, la *private nuisance* puede ser intencional o no intencional, y dentro de esta última puede ser imprudente, negligente o por riesgo. El § 822 del *RST* dice que el concepto “intencio- nal” no necesita ser inspirado por malicia de la parte actora hacia la otra parte, en cuyo caso se remitiría a la invasión dolosa del § 829 *RST*²¹⁸, sino que también puede serlo una invasión que el actor, a sabiendas, causa por su actividad en la persecución de una loa- ble empresa sin ningún deseo de causar daño²¹⁹. Es en realidad el conocimiento que el actor tiene en el momento en el que comete la acción o la omisión el que determina si la invasión que resulta de su conducta es intencional o no. No es suficiente para que una invasión sea intencional que el actor conozca o deba conocer que su conducta conlle- vará un riesgo serio o probabilidad de causarla. Asimismo, una invasión originariamente inintencional puede convertirse en intencional cuando el actor continúe después de que conozca que la invasión resulta de su conducta.

²¹¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 136. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 245-246.

²¹² HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 91.

²¹³ HARPWOOD, V.: *Principles of Tort Law*, 4ª ed., Cavendish, 2000, p. 237.

²¹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “El daño ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 15, 1995, pp. 15-16.

²¹⁵ *Ibid.*: p. 70.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 387.

²¹⁸ *Burris v. Creech*, 220 N.C. 302, 17 S.E.2d 123 (1941); *Hibbard v. Halliday*, 58 Okl. 244, 158 P. 1158 (1916); *Erickson v. Hudson*, 70 Wyo. 317, 249 P.2d 523 (1952).

²¹⁹ *Smith v. Staso Milling Co.*, 18 F.2d 736 (2nd Cir.1927); *Vaughn v. Missouri Power & Light Co.*, 89 S.W.2d 699 (Mo.App.1935).

Ha existido confusión entre la *private nuisance* y la responsabilidad por negligencia o actividades anormalmente peligrosas. Se debe al hecho de que la *private nuisance* se ha asociado tradicionalmente al interés invadido y la negligencia y las actividades peligrosas al tipo de conducta. Según la § 822 *General Rule (Rest 2d Torts)*, siempre que exista una invasión en el uso y disfrute de la propiedad y ésta sea: a) intencional e irrazonable, o b) no intencional pero negligente, imprudente o anormalmente peligrosas se está dentro del terreno de la *private nuisance*, independientemente de que muchos intereses distintos de aquellos en el uso y disfrute de la tierra pueden ser invadidos por conducta negligente, imprudente o anormalmente peligrosa. Por otra parte, habiéndose invadido el uso y disfrute de la propiedad, la regla *Rylands v Fletcher* –responsabilidad estricta– se aplicará en los términos de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas, denominándose “*absolute nuisance*”²²⁰.

En Francia, la teoría jurisprudencial de los *troubles de voisinage* se aplica a aquellas perturbaciones que exceden las obligaciones o los inconvenientes ordinarios de vecindad, siempre que el daño no haya sido ocasionado por dolo y además se hayan adoptado por el causante todas las precauciones necesarias, pues de lo contrario podría basarse en un supuesto de dolo o negligencia respectivamente. Para no causar el perjuicio sólo existe una posibilidad: renunciar al modo de explotación²²¹. La teoría de los *troubles de voisinage* se aplica cuando se produce una invasión continua o progresiva en un bien inmueble que afecta intereses personales o patrimoniales de las personas que lo ocupan legal y de forma estable o temporal (continua en el tiempo), siempre y cuando la perturbación excede los inconvenientes anormales de vecindad. No obstante, esta solución se aplicará en defecto de la existencia de legislación especial sectorial de daños ambientales, así como siempre y cuando el daño no se hubiera producido por productos defectuosos (condición anormalmente peligrosa). En este último caso se aplica preferentemente el art. 1384 1º C.c. tanto a las perturbaciones de naturaleza continua como a las producidas repentinamente. Los *troubles de voisinage* se aplican caso por caso, cabiendo tanto la reparación del daño como la tutela inhibitoria e implica la necesaria lesión del derecho subjetivo ostentado, y no la mera privación de una comodidad o ventaja de la que disfrutaba el propietario afectado. A partir del Siglo XIX la jurisprudencia francesa comenzó a señalar que cada uno puede gozar de su propiedad como le plazca, pero sin causar daño a otro, respetando la propiedad de su vecino²²². Otras establecieron la necesidad de que la perturbación tuviese carácter extraordinario (perjuicio real y notable)²²³. No obstante, será la sentencia de la *Cour Cass.* de 27 de noviembre de 1844²²⁴ donde se inicia la teoría de los *troubles de voisinage*, con base en la cual se deben reparar los daños que exceden de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad, pues en otro caso se imposibilitaría todo uso de la propiedad. Sobrevenida esta medida, se establece una responsabilidad de carácter objetivo por el hecho mismo de causar un daño²²⁵, con independencia de la culpabilidad del agente²²⁶.

²²⁰ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 387.

²²¹ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *op. cit.*, p. 686, 704.

²²² Corte de Metz de 10 de noviembre de 1808 (S, 1808-II, p. 438) y de 16 de agosto de 1820 (S, 1820-II, p. 309).

²²³ Sentencia del tribunal de Colmar de 16 de mayo de 1827 (S, 1828-II, p. 23).

²²⁴ S, 1844-I, p. 811.

²²⁵ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 183. La ausencia de culpa no obstaculiza el derecho a la reparación, pero sí deberá acreditar la gravedad y la anormalidad de los trastornos con relación a los inconvenientes ordinarios de vecindad.

²²⁶ *Cour Cass.* 23 de marzo de 1982, (D, *BdaCC* Chambre civile 1, nº 120).

En muchos países la construcción jurisprudencial que se hace de las inmisiones cubren los daños al suelo y otros daños patrimoniales, por ejemplo los costes de reparación o disminución del valor de la propiedad (Inglaterra.). El lucro cesante no se permite en Inglaterra; tampoco se cubren, en principio, los daños personales, excepto cuando sean como consecuencia del daño a la propiedad sufrido por el propietario u otros con interés cualificado en la propiedad. Esto provoca una discriminación entre aquellos que simplemente sufren daños personales con aquellos que sufren daños a la propiedad. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina han ido flexibilizando estos criterios ampliándolos también al ejercicio de la actividad industrial y a los daños personales con vinculación en el fundo. En Irlanda, una persona cuyo interés en la propiedad haya sido acreditado también puede demandar por daños personales, si bien los tribunales prefieren fundamentarlo en una conducta negligente. En España, Francia y Bélgica se cubren tanto los daños a la propiedad como a las personas que se hayan ocasionado por humos (extendible a inmisiones) excesivos en el art. 1908.2 C.c., si bien se podría entender el mismo como un supuesto de responsabilidad por riesgo más que de inmisiones. En mi opinión, este artículo regula las inmisiones vecinales.

B) Responsabilidad por culpa o negligencia.

Cuando los DCC son provocados por un escape desconocido por el operador causante, esto es, de forma imprevista y fuera del ejercicio loable de la actividad, son aplicables la regla de la responsabilidad por culpa o por riesgo.

En el sistema del Derecho Romano primitivo y el de los Pueblos Germánicos no se tenía en cuenta la intención y voluntad del autor del daño²²⁷. Hay que remontarse a las instituciones romanas clásicas que recogen la premisa de indemnizar el daño causado en la «*Lex Aquilia*» basada en el criterio resarcitorio del daño y la culpa del agente. En la imputación por culpa permanecía latente la idea canónica referida a que la reparación del daño “constituía la penitencia que se ligaba a la conducta negligente, y en la que la función compensatoria no desempeñaba sino un papel meramente complementario”²²⁸. La responsabilidad civil cumplía una doble función: reparar el daño y punir la culpa, lo que se ajustaba perfectamente a una sociedad profundamente individualista y liberal, sin conciencia de la colectivización del riesgo.

Pocos cambios hubo hasta la codificación del Siglo XIX, momento en el que se estableció un verdadero sistema de responsabilidad civil extracontractual por daños basado en la culpa, con criterios individualistas basados en la conducta del agente y la diligencia para no causar daño alguno, según la doctrina liberal del momento que le repugna la posible responsabilidad del sujeto que ha actuado libremente. Este sistema nace en la época de desarrollo económico e industrial tanto en Europa como en EEUU, donde el agente responderá del daño causado siempre que se haya debido a culpa o negligencia, en cuanto pueda haber vulnerado un preexistente deber especial de cuidado o diligencia. Los postulados de la responsabilidad por culpa se basaban en: a) no hay responsabilidad sin culpa o dolo; b) la culpa se caracteriza por un actuar negligente, imprudente y moralmente reprochable; c) la responsabilidad asume la sanción de la culpa y se dirige a prevenir eventuales comportamientos dañinos. Así, la culpa se convierte en la “razón suficiente” que tiene el perjudicado por un daño que le ha irrogado un tercero, que le legitime para solicitar su reparación.

²²⁷ GARCÍA Y VALLÉS, R.: “Contaminación y responsabilidad sin culpa”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 76, nº 2, 1977, p. 469.

²²⁸ REGLERO CAMPOS, L. F.: “Los sistemas de responsabilidad civil”, en Reglero Campos, L. F., [Coord.], *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Vol. 2, 2008, p. 248.

La aplicación del art. 1902 C.c. se correspondería, en su aplicación práctica, con una primera fase evolutiva en la que «el Tribunal supremo venía exigiendo que el demandante perjudicado acreditara siempre la existencia de culpa por parte del causante del daño»²²⁹. En este sistema basado en la culpa o negligencia (pura) se prevén las consecuencias jurídicas de un comportamiento no adecuado a derecho. El problema de su aplicación estriba en que el régimen probatorio es muy exigente para el demandante, por cuanto deberá demostrar la existencia y cuantía del daño y que el mismo es resultado de un comportamiento culposo o negligente del causante.

En Alemania, cuando existe una interferencia contaminante y el daño se produce por una instalación o actividad que no está incluida en el Apéndice 1 de la UmweltHG, y, además, la conducta es culposa o negligente, es aplicable el § 823 I BGB, tal y como lo prevé el § 18 1º UmweltHG, que establece que esta ley no tendrá efectos en la responsabilidad civil basada en otras previsiones.

En Francia y en Bélgica existen dos tipos de categorías responsabilidad por culpa: 1) incumplimiento de un específico deber de cuidado (regla legal de conducta). Pueden provenir de las leyes o reglamentos, decisiones individuales tomadas por autoridades administrativas, reglas de derecho internacional con efecto directo, e incluso principios generales del derecho. En este tipo de responsabilidad no importa a qué rama del derecho pertenecen las normas, ni es necesario que la regla tienda a proteger la víctima contra cierta categoría del daño, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán o austríaco donde se exige la noción del derecho de protección. Cuando haya un incumplimiento de este deber específico la previsibilidad del daño potencial no es un requisito necesario. 2) Incumplimiento de un genérico deber de cuidado, que se determina mediante el estándar de un hombre razonable, para lo cual los tribunales normalmente toman en cuenta la capacidad y experiencia profesional²³⁰.

En EEUU, según dice la *Section 282 of the RST*, la *negligence* (negligencia) abarca toda conducta «que cae por debajo del estándar establecido por la ley para la protección de otros contra un riesgo irrazonable de daño»²³¹. Sus elementos son: 1. Un deber de cuidado (*duty of care*) hacia el demandante por parte del demandado. 2. Una conducta negligente por el demandado como resultado de una infracción (*breach*) de su deber. 3. Una relación de causalidad (*legal causation*) entre el daño al demandante y la conducta del demandado. 4. Un daño actual al demandante (*actual harm*). La prueba de cada uno de estos elementos se hace difícil para el demandante, por cuanto el deber de cuidado depende de la prueba de si era razonablemente previsible que una particular acción u omisión del demandado podría causar el daño, para lo cual los jueces generalmente emplean el estándar de un cuidado razonable.

C) Responsabilidad por culpa cuasi objetiva.

En materia de daños civiles por contaminación la doctrina y la jurisprudencia suelen aplicar al factor subjetivo de la culpa o negligencia expedientes objetivadores que aproximan al resultado que se podría obtener por una responsabilidad objetiva. Esto es lo que sucede también en España a la hora de aplicar la responsabilidad civil cuasi objetiva por contaminación industrial *ex art. 1902 C.c.*

En la siguiente tabla se puede ver de forma esquemática los supuestos de responsabilidad civil extracontractual cuasi objetiva:

²²⁹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 176-177, 180.

²³⁰ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 68-69.

²³¹ BERRY, JAMES F./ DENNISON, MARK S.: *op. cit.*, p. 32.

Países	Supuestos de negligencia pura u objetivada.
Inglaterra, Irlanda y Escocia	Negligencia. El dte. debe demostrar que el ddo. tenía un deber de cuidado y que lo ha incumplido, y que el hecho y el daño eran previsibles. Los tribunales facilitan la carga de la prueba mediante: (i) aumento del deber de cuidado correspondiente a los peligros inherentes en su actividad y (ii) aplicando la regla <i>res ipsa loquitur</i> .
Alemania y Austria	Inversión carga de la prueba del operador. El operador está en mejor situación que la víctima. Deriva de las reglas de prueba del demandado del Derecho vecinal.
Grecia	Inversión carga de la prueba para daños al bienestar. 914 AK, 57 AK y 24 GC.
Portugal	Presunción culpa del operador para actividades peligrosas (492 2º C.c.)
Francia	Aplicación de una culpa más rigurosa basada: 1) Incump. regla específica: incremento de la legislación (no importa cuál) ni se exige previsibilidad del daño potencial. 2) Incump. deber general de cuidado: ddo. debe cumplir con el estado del arte y buenas prácticas en su profesión (falta mantenimiento instalaciones o uso de tecnología desfasada).
Bélgica	
España	Objetivización de la culpa mediante el aumento de diligencia exigible y la inversión carga de la prueba.

Tabla 2. Expedientes objetivadores de la culpa en el Derecho comparado.

Dice HINTEREGGER que en Alemania cuando se produzca un daño a la propiedad por una interferencia continua causada por una actividad no incluida en el Apéndice 1 de la UmweltHG se podrá reconducir a la regla general de responsabilidad por culpa *ex* § 823 I BGB, si bien en estos casos la jurisprudencia establece una inversión de la carga de la prueba si la causa del daño constituye una significativa infracción en los términos de la § 906 BGB. Esta inversión se fundamenta en que la parte perjudicada no está en la posición de tener una visión de las condiciones de las actividades que conducen a las emisiones, mientras que el operador sí lo está. En cambio, cuando se produzcan daños personales o a la salud, dice el autor que no se aplica la regla de la inversión de la carga de la prueba dado que la cuestión de la culpa surge independientemente del tipo de interés legal del § 823 I BGB que ha sido violado. Además, el demandado puede accionar también en virtud del § 253 BGB (daño moral).

En todas las jurisdicciones analizadas, las acciones ejercitadas por el perjudicado por los daños civiles por contaminación causados con negligencia normalmente cubre los daños al suelo, a la propiedad y los personales.

D) Responsabilidad objetiva por riesgo.

En algunos países (p. ej. Finlandia²³², Suecia²³³ o Alemania²³⁴) una ley especial de protección del medio ambiente y de las personas proporciona una detallada regla de responsabilidad objetiva cuando el DCC conlleve daños a las personas o a sus propiedades. En Finlandia, el régimen de responsabilidad objetiva tiene una conexión estrecha con las causas de la acción en materia de inmisiones porque está basado en el uso real de la propiedad, y cuando produzca daños a la propiedad exige que la invasión exceda de un cierto umbral de tolerancia de acuerdo con las circunstancias del lugar. De todas las anteriores es de destacar la UmweltHG alemana.

²³² Ley 737/1994 de Daños al Medio Ambiente de 1994.

²³³ Capítulo 32 del Código del medio ambiente de 1999.

²³⁴ La UmweltHG se refiere a daños causado por impactos medioambientales provenientes de ciertas instalaciones peligrosas, debidamente listadas en su Apéndice 1.

Otros e países (Bélgica, Francia, España) no contienen ninguna previsión legislativa acerca de este tipo de responsabilidad objetiva, si bien en los Códigos civiles se prevén algunas reglas específicas: en Francia²³⁵ y en Bélgica²³⁶ en el art. 1384 § 1 C.c.²³⁷ impone responsabilidad objetiva en la custodia de objetos peligrosos; en Italia en el art. 2050 C.c.²³⁸ y en España algún autor lo basa en el art. 1908.2 C.c. cuando el daño sea causado por humos tóxicos excesivos²³⁹. En mi opinión, la responsabilidad del art. 1908.2 C.c. se ubica tanto en materia de inmisiones como en la responsabilidad por riesgo, según el supuesto concreto, es decir, cuando la invasión al uso y disfrute sea fruto de una emisión conocida por el operador, habrá que estar a la inmisión excesiva y nociva, mientras que si el escape es desconocido, al riesgo típico.

En Italia, el art. 2050 C.c. regula la responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados por actividades peligrosas. Las diferencias en el ámbito de aplicación del art. 2050 y el 844 C.c. es que en aquél se exonera al autor del daño cuando pruebe haber adoptado todas las medidas con el fin de evitarlo, mientras que en el art. 844 C.c. se responde del daño aunque sí se ofrezca tal prueba²⁴⁰. También hay quien arguye que el art. 2050 C.c. se aplica cuando el daño es accidental y el art. 844 C.c. no²⁴¹. En Bélgica se sigue una regla de responsabilidad objetiva por razón del origen (cosas bajo custodia), y no la naturaleza del daño, con el matiz de que se impone la responsabilidad objetiva cuando las actividades llevadas a cabo en una propiedad provoquen inconvenientes excesivos a los vecinos (ídem que en Finlandia).

En Inglaterra no existe una regla general de responsabilidad objetiva, siendo la opinión generalizada que esta regla impuesta para aquellas actividades de alto riesgo es más apropiado que sea impuesta por el Parlamento en lugar de los tribunales, dado que se tiene mucha más información y se tiene una estructura legislativa más centrada en ese objetivo²⁴². Se ha desarrollado jurisprudencialmente la regla de *strict liability* a raíz del caso *Rylands v. Fletcher*²⁴³, y, si bien se vincula con las inmisiones desde el punto de vista de los intereses afectados, no así por el hecho que lo produce (aislado)²⁴⁴. La regla *Rylands* dice que: «La persona que, por sus propios propósitos, trae a su propiedad y reúne y mantiene allí cualquier cosa susceptible de producir un daño si se escapa, debe mantenerlo en su peligro, y, si esto no sucede, es a primera vista responsable de todo el daño que sea consecuencia natural de dicho escape».

²³⁵ Dice HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 73 que la responsabilidad objetiva del art. 1384.1º C.c. francés se centra en la persona que usa, dirige o controla un objeto por los daños que causa y cubre los daños causados por la propiedad movable o estable, así como el daño causado por efectos contaminantes como el humo, humo, residuos, agua o ruido. Aunque no es necesaria la culpa, el demandante debe probar que la interferencia que ha causado el daño sobrepasa un cierto umbral de tolerancia.

²³⁶ A diferencia con el mismo artículo francés, el art. 1384 1º C.c. belga se refiere a la responsabilidad por objetos defectuosos, o, sin serlo, se sitúan en lugares inadecuados para su funcionamiento.

²³⁷ El art. 1384 1º C.c. francés dispone que: «No solamente es uno responsable del daño que causa un hecho suyo, sino también del que se causa por hechos de las personas de quien se debe responder o de las cosas que estén bajo su cuidado».

²³⁸ Art. 2050 C.c. italiano: «Cualquier persona que causa daño a otra en la realización de una actividad peligrosa, por su naturaleza o la naturaleza de los medios utilizados, proporcionará una indemnización, a menos que pueda demostrar que ha tomado todas las medidas adecuadas para evitar el daño».

²³⁹ Dice HINTEREGGER, M.: *loc. cit.*

²⁴⁰ TORREGROSA, G.: «Profili della tutela dell'ambiente», *RTDPC*, 1980, p. 1425.

²⁴¹ GALLINARI, A.: *op. cit.*, p. 293.

²⁴² *Cambridge Water Co. V. Eastern Counties Leather plc* [1994] 2 AC 264.

²⁴³ *Rylands and Another v. Fletcher* [1861-1873] All EP Rep (HL).

²⁴⁴ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 75.

Esta regla se incluyó como una específica forma de *nuisance*. No obstante, un sector doctrinal se posiciona a favor de que esta regla sea aplicable a todo tipo de daños, patrimoniales y personales²⁴⁵. En Irlanda, por ejemplo, los tribunales aplican la *Regla Rylands v. Fletcher* de forma más liberal, al igual que sucede en la negligencia, o por el hecho de no exigirse la previsibilidad del daño por parte del demandado²⁴⁶. La *Regla Rylands v. Fletcher* tiene que cumplir los siguientes requisitos: 1) *Non-natural use* (uso no natural) de la propiedad. Esta definición tradicional provocaba que el uso industrial no se consideraba no natural y, por tanto, no había responsabilidad objetiva aunque existiera un uso anormal o extraordinario del fundo o un acopio de materiales peligrosos de tal naturaleza. Con el tiempo el concepto se extendió también al uso extraordinario de la propiedad, asemejándolo al concepto de *unreasonableness* (irrazonabilidad) típico de la *private nuisance*²⁴⁷. 2) *Algo probable de ser perjudicial si se escapa*. Se refiere a las cosas que son acumuladas en la propiedad y tienen un carácter peligroso. El escape se refiere a que la contaminación se transporta por un elemento del medio ambiente y que causa un daño fuera de la propiedad de donde surge. 3) *Previsibilidad del daño*. La regla *Rylands v. Fletcher* es una específica forma de *nuisance*, relativa a incidentes aislados en lugar de acontecimientos continuos y, por ello, son de aplicación las mismas reglas de la previsibilidad del daño. Sin embargo, la responsabilidad en la regla *Rylands* es objetiva, siempre y cuando el daño sea del tipo que el demandado, en el momento de la acumulación de las sustancias peligrosas en la propiedad, debería haber previsto como probable que ocurriría si se escapara²⁴⁸. Lo único que se exige es que el daño producido tenga relación con el riesgo potencial.

En Austria, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha aceptado la aplicación de la responsabilidad objetiva a ciertas instalaciones específicas, que se rigen por leyes especiales: centrales eléctricas²⁴⁹, y, en general, funcionamiento de una planta que pone un alto riesgo al medio ambiente²⁵⁰. Además, según reglas jurisprudenciales, habrá responsabilidad objetiva cuando el daño haya sido causado por actividades extremadamente peligrosas para el medio ambiente²⁵¹. Todo ello con independencia de si la contaminación tiene origen desconocido o conocido, o se manifiesta de forma continua o repentina, cubriendo tanto los daños a la propiedad como los personales, lo que provoca una posición favorable respecto de la cobertura en materia de inmisiones *ex* §364ABGB, que no permite recuperar los daños personales, que solamente podrían recuperarse en los casos de culpa o riesgo²⁵².

²⁴⁵ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 271. Los autores ponen como ejemplo el caso *Hasey v. Esso Petroleum* [1961] 2 All ER 145, en el cual el demandante recupera no solo los daños causados por los ácidos tóxicos al suelo sino también a su coche aparcado en la calle.

²⁴⁶ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 75.

²⁴⁷ Por ejemplo, en la *Cambridge Water Co. V. Eastern Counties Leather plc* [1994] 2 AC 264, p. 309, Lord Goff dijo que el almacenamiento de sustancias químicas en cantidades sustanciales así como su uso es un uso no natural en general. No obstante, HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 97 matiza que Lord Goff fue el único juez que adoptó este punto de vista. Sin embargo, dice la autora, «en el futuro los tribunales tenderá a seguir la opinión de Lord Goff y será más flexibles en la cuestión del uso no natural porque ellos tienen ahora otros medios de atemperación de la responsabilidad objetiva en *Rylands v. Fletcher* a través de las reglas de la previsibilidad».

²⁴⁸ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 99.

²⁴⁹ OGH 2.4.1952, 2 Ob 272/52, SZ 25/84

²⁵⁰ OGH 2.4.1952, 2 Ob 272/52, sz 25/84; 20.2.1958, 7 Ob 13/58, SZ 31/26

²⁵¹ OGH 2.4.1952, 2 Ob 272/52, SZ 25/84; 20.2.1958, 7 Ob 13/58, SZ 31/26.

²⁵² HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 84.

3) Legislación especial de responsabilidad civil por contaminación.

A) *Responsabilidad civil por daño y deterioro ambiental.*

Si existe una ley de responsabilidad civil ambiental (Finlandia, Suecia o Alemania) se aplicará con preferencia sobre el recogido en las normas civiles de derecho común (*tort law* en la definición anglosajona). En cambio, si esta ley no existe, será de aplicación una especie de “mix” entre todas las soluciones que brinda el derecho civil común: inmisiones, negligencia y responsabilidad objetiva, obtenidas fundamentalmente de la legislación (códigos civiles), de la jurisprudencia y de la doctrina (p. ej. Francia y España). También hay otros como las acciones posesorias, la protección de derechos fundamentales, responsabilidad civil derivada de la penal, etc.

Varios autores vieron la necesidad de que en España hubiera una ley de responsabilidad civil por daño y deterioro ambiental²⁵³. En el derecho español, a diferencia de lo que sucedía en Italia, no existía una norma de responsabilidad civil por deterioro del medio ambiente (o daño ecológico puro). Había una “laguna” jurídica en lo que se refiere a la reparación de los daños ambientales mediante instrumentos normativos de carácter civil, ya que los instrumentos administrativos y penales agotaban las posibilidades de reacción del ordenamiento jurídico en esta materia²⁵⁴.

Uno de los primeros documentos de relevancia a nivel europeo en materia de responsabilidad civil ambiental fue el Convenio de Lugano de 21 de julio de 1993 (*Council of Europe Press Release Ref. 102/93*). Su objetivo era regular la responsabilidad civil por daños tradicionales y medioambientales resultantes de actividades peligrosas, descartando las soluciones sectoriales. El daño comprendía la muerte o lesiones corporales, pérdida o el daño causado a bienes diferentes de la misma instalación, pérdidas o daños resultantes de la alteración del medio ambiente y el coste de las medidas de salvaguardia así como toda pérdida o daño causado por tales medidas. “Daño” sería toda pérdida o daño resultante de la alteración del medio ambiente, excepcionándola cuando el ejercicio de la actividad peligrosa provocare un nivel aceptable de contaminación teniendo en cuenta las circunstancias locales pertinentes. Asimismo se establecía una responsabilidad de carácter objetiva para los daños causados por actividades peligrosas; la facilitación de la prueba (acceso a información); prueba de presunciones de la relación causal; plazo de prescripción de 3 años; legitimación colectiva, etc.

No obstante, ante la demostración de la ineficacia del sistema tradicional público-sancionador y ante los desastres ecológicos acontecidos en la época, como por ejemplo el vertido de Aznalcóllar, el naufragio del Erika y la rotura de una balsa con resultado de contaminación del río Danubio a su paso por Hungría por metales pesados, se hizo patente la necesidad de articular un nuevo sistema facilitador de las reglas de responsabilidad civil adaptado al daño ambiental, que resultara claro y contundente y provocara la certeza en el contaminador de que ante el daño ambiental ocasionado como consecuencia de la actividad de las instalaciones existe la obligación de indemnizar con toda seguridad y celeridad, con independencia del procedimiento sancionador que pudiera llevarse a cabo por los mismos hechos.

²⁵³ CAMPOS-DÍAZ BARRIGA, M.: *op. cit.*, p. 238. SANTOS BRIZ, J.: “Los daños ecológicos...”, *op. cit.*, p. 108. SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, p. 297. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 140.

²⁵⁴ POVEDA GÓMEZ, P.: “La reparación de los daños ambientales mediante instrumentos de responsabilidad civil. Contenido general del anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de las actividades con incidencia ambiental”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2001, nº 12, pp. 333-370 (Ejemplar dedicado a *La protección jurisdiccional del medio ambiente*, Ruiz-Rico Ruiz, G.J. (dir.)), p. 365.

Para dar respuesta a estos problemas, el *Libro Blanco* de la Comisión Europea sobre Responsabilidad Ambiental estableció un sistema de internalización de costes y del PCQP del art. 174.2 del Tratado de la CE, en el que se recogían los principios clásicos de la responsabilidad extracontractual, si bien debidamente adaptados a las peculiaridades del daño ambiental²⁵⁵. Su ámbito de aplicación debía extenderse tanto a los “daños al medio ambiente” como a los “daños tradicionales” (DCC), salvando las deficiencias observadas en los ordenamientos nacionales respecto de la falta de cobertura de los daños al medio ambiente²⁵⁶. El Libro Blanco establecía un supuesto de responsabilidad objetiva en los daños ocasionados por actividades peligrosas; facilitaba la prueba al demandante; establecía la obligación de destinar la indemnización a la restauración del medio ambiente, etc. Debía dar respuesta a los problemas que planteaba el mecanismo clásico de la responsabilidad civil frente a la especificidad del daño ambiental (qué, quién y cómo se va a reparar). El Libro Blanco fue la precursora del cambio en la tendencia hacia un sistema de responsabilidad administrativa.

El *Anteproyecto español de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental* (APL) tenía por objeto regular el régimen de responsabilidad civil por los daños y el deterioro del medio ambiente causados en el ejercicio de las actividades con incidencia ambiental, con la finalidad de prevenirlos y garantizar su reparación cuando se ocasionaren (art. 1.1). El APL establecía un régimen concreto de responsabilidad civil que el Libro Blanco no podía cubrir, por aplicación del principio de subsidiariedad respecto de la potestad soberana de los Estado Miembros para regular los aspectos concretos, si bien recogía sus líneas esenciales²⁵⁷. Existía una doble naturaleza del daño. Por una parte, el “daño ambiental”, que entraba dentro de la categoría de los daños personales, patrimoniales y económicos. Por otra parte, si se producía un atentado al medio natural, se situaba dentro “deterioro al medio ambiente”, que se definía como «toda degradación del medio ambiente que, sin tener la consideración de daño, sea causada como consecuencia del ejercicio de alguna de las actividades con incidencia ambiental y ocasionada por una modificación de las condiciones físicas, químicas o biológicas sobre la fauna, la flora, la gea, el suelo, el aire, el agua, el paisaje, el patrimonio histórico artístico y la estructura y funcionamiento de los ecosistemas presentes o relacionados con el área afectada». El APL se aplicaría con independencia de los intereses afectados y el grado de conocimiento de la emisión.

²⁵⁵ GARCÍA COBALEDA, M., “Libro Blanco sobre responsabilidad civil ambiental”, *Revista mensual de Gestión Ambiental*, Julio 2000, pp. 15-16. Dice que «Realmente no es un esquema nuevo, pues la responsabilidad extracontractual es una institución básica del Derecho, sólo se trata de revitalizarla y adaptarla para los daños ambientales [...]. Para ello resulta preciso aligerar el régimen ordinario de responsabilidad extracontractual, introduciendo la responsabilidad objetiva [...], aliviando la carga de demostrar la relación de causalidad, facilitando la asociación de una pluralidad de pequeños perjudicados o permitiendo la derivación de responsabilidad en el caso de empresas causantes de daños que sean insolventes, pero que pertenecen a un grupo empresarial más amplio [...]. Pero es necesario aligerar asimismo las normas procesales, sea mediante el reforzamiento de las medidas cautelares o estableciendo procedimientos sumarios [...]-. Se hace necesario orientar ambientalmente dicho instrumento, por ejemplo en cuanto al uso de la indemnización, imponiendo que se destine primordialmente a la restauración ambiental».

²⁵⁶ MORENO TRUJILLO, E.: “De nuevo sobre la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 468, 470. Esta autora confiaba en que la Directiva que recogiera el contenido del Libro Blanco estableciese una responsabilidad civil que cumpliera una doble función «tanto reparadora (como es tradicional de esta institución [...] art. 1902 CC) como preventiva, al aplicarse este mismo régimen a las situaciones provocadas de riesgo inminente de daño ambiental».

²⁵⁷ GOMIS CATALÁ, L.: “Sobre el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental”, *Revista de Derecho y Medio Ambiente*, Vol. 1, Nº 0. Octubre/diciembre 1999, pp. 65-66.

Se efectuaron por parte de la doctrina algunas críticas al Anteproyecto. Por ejemplo, JORDANO FRAGA dijo que²⁵⁸: el régimen se debía extender a todos los daños y no sólo para los provocados por las actividades del Anejo; se declaraban impunes los riesgos del desarrollo; se declaraba la supletoriedad única del Derecho civil cuando la Ley regula aspectos medioambientales; constituyó un grave defecto de técnica legislativa la omisión de la actualización del importe de las sanciones previstas en el Anteproyecto; se redujo la legitimación; se estableció, sin concretar el procedimiento, una norma de restauración voluntaria por el causante del daño, con los riesgos que ello suponía, etc. Asimismo, SANTOS MORÓN²⁵⁹ se preguntó si realmente tenía algún sentido intentar adaptar el sistema clásico de la responsabilidad civil a las peculiaridades del daño ecológico, especialmente si ya existía una responsabilidad “administrativa” que regulara los daños al medio ambiente (art. 130 LRJPAC y legislación especial). La autora indicaba que no había apenas espacio para el hecho antijurídico a resultas de la responsabilidad civil, por cuanto quedaban absorbidos en su totalidad en las infracciones administrativas, más si cabe si en las leyes ambientales solía haber una cláusula genérica que calificaba como infracción administrativa el incumplimiento de lo establecido en la ley. Por ello, DÍEZ-PICAZO, G. se preguntó «hasta qué punto no sería más conveniente regular en instrumentos distintos los daños estrictamente ecológicos de los daños por contaminación». La autora dudaba que se pudieran asimilar bienes jurídicos tan diversos y dignos de una distinta protección por el ordenamiento, al menos formalmente. Además, criticó que llevar a cabo una regulación especial para los perjudicados de clase A y perjudicados de clase B, dado que aquellos que sufrieran daños producidos por alguna de las actividades con incidencia ambiental gozarían de un sistema específico de responsabilidad, y aquellos producidos al margen de dichas actividades se seguirían sujetando al régimen del art. 1.902 C.c.²⁶⁰. Por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ criticó que no se estableciera una presunción de causalidad del daño, cuando la jurisprudencia civil de la época ya establecía facilidades al demandante²⁶¹.

Soy de la opinión de YANGUAS MONTERO, para quien la aprobación en aquella época de una norma especial relativa a la responsabilidad civil extracontractual por daños ambientales permitía solucionar muchos de los problemas que se planteaban en la aplicación de los artículos 1902 y ss. C.c. y facilitaba la labor de los órganos judiciales, contribuyendo a aumentar la seguridad jurídica permitiendo una mayor protección del medio ambiente y la salud de las personas²⁶². No obstante, se puede ver que este régimen jurídico solamente era aplicable a los daños ocasionados por actividades anormalmente peligrosas, estando debidamente concretadas, pero no alcanzaba a otro tipo de industrias de menor entidad de riesgo. Para este tipo de actividades no recogidas en el APL se les aplicaba el régimen tradicional de los daños civiles por contaminación *ex arts.* 1908 y 1902 C.c., y en su vertiente preventiva el art. 590 C.c.

²⁵⁸ JORDANO FRAGA, J.: “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de lege lata y contra lege ferenda”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm., 107, julio-septiembre 2000, p. 363.

²⁵⁹ SANTOS MORÓN, M^a J.: *op. cit.*, pp. 3025-3028. Esta autora concluye que: «el sistema vigente en España resulta ser más avanzado que el previsto en el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental y, de hecho, se asemeja bastante al proyecto en la mencionada Propuesta de Directiva de 23-1-2002 (...). A la vista de esta situación no se ve qué sentido tiene plantearse, en los casos de daño ecológico, la aplicación del mecanismo de la responsabilidad civil stricto sensu. ¿Acaso se pretende una doble reparación?».

²⁶⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “¿Es oportuno elaborar una ley de responsabilidad civil medioambiental?”, *Diario La Ley*, 1998, Ref. D-34, Tomo 1, Ed. La Ley, p. 8.

²⁶¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 169.

²⁶² YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 142.

El sistema que pretendía crear el Libro Blanco se diferencia del que preveía el Anteproyecto de Ley español en los siguientes elementos²⁶³:

Elemento a comparar	Del Libro Blanco	De Anteproyecto de Ley
Ámbito objetivo	Régimen comunitario de responsabilidad de daños al medio ambiente y daños tradicionales	Régimen de responsabilidad civil por daños y deterioro al medio ambiente
Ámbito subjetivo	Actividades peligrosas o potencialmente peligrosas para el medio ambiente	Actividades con incidencia ambiental
Régimen de responsabilidad	Objetiva en el caso de daños personales y ambientales ocasionados por actividades peligrosas y por culpa para las no peligrosas	Objetiva para las actividades con incidencia ambiental. Nada dice con respecto a las que no tienen incidencia, remitiéndose al Código Civil
Eximentes y atenuantes	Daños de escasa cuantía, fuerza mayor y riesgos del desarrollo	Ídem, con el matiz de que los “daños menores” sólo se aplicarán si la actividad cuenta con todas las autorizaciones ambientales pertinentes
Carga de la prueba	El demandante no tendrá que soportar el peso de la carga de la prueba	Ídem. Obviamente, tendrá que probar la acción u omisión, el daño, el alcance y la relación causal
Ámbito personal de aplicación	La persona o empresa que ejerce el control sobre la actividad que causa el daño	Las personas o entidades que ejerzan profesionalmente o sean titulares de las actividades con incidencia ambiental
Criterios de cuantificación	Es conveniente establecer determinados criterios objetivos para evaluarlos	Apenas hace mención, debido a que se trata de una norma civil, concediendo un amplio margen a los jueces para determinarlos
Destino de la indemnización del deterioro ambiental	Se destinará a la restauración del medio ambiente dañado	Ídem. Se sustituirá la reparación en especie por medidas compensatorias equivalentes, o si no fuera posible, por una indemnización económica compensatoria
Acceso a la justicia	Es preciso ampliar la legitimación activa para solicitar la reparación del deterioro ambiental a los Estados, las ONGs ambientales	Necesidad de ampliar la legitimación activa para reparar el deterioro ambiental a las AAPP, las ONGs ambientales y el Ministerio Fiscal
Medidas cautelares y preventivas	Se deberá conceder a las ONGs ambientales el derecho de solicitar a los tribunales las medidas cautelares y el abono de los gastos	Ídem. Posibilidad ampliable, además, a todos los legitimados
Solución extrajudicial	Sería interesante acudir al arbitraje o mediación, que tienen por objeto la reducción de costes y plazos	Ninguna mención
Medidas de garantía	La asegurabilidad es importante, si bien se recomienda que no se imponga el aseguramiento obligatorio hasta que no se cuente con la debida experiencia	Aseguramiento obligatorio de los riesgos producidos por las actividades con incidencia ambiental, limitado a 90.151.815 €

Tabla 3. Comparación de la configuración de la responsabilidad civil por daño ambiental tradicional y ecológico en el Libro Blanco y en el Anteproyecto español de Responsabilidad Civil.

Ante el fracaso del APL español la única posibilidad real era regular los daños medioambientales por una parte y por otra los daños tradicionales. El problema es que, a diferencia de la clarificación del sistema en el caso de los daños medioambientales (LRM), estableciendo importantes cotas de seguridad jurídica, el régimen tradicional de Derecho privado para los daños civiles por contaminación adolece de esta clarificación o sistematización del régimen jurídico, a diferencia de países como Alemania, donde se aplica la UmweltHG para daños producidos por actividades peligrosas, el § 906 BGB para determinar cuando una emisión conocida provoca una inmisión ilegítima, y el § 823 BGB para la acción de responsabilidad civil.

²⁶³ Datos obtenidos de POVEDA GÓMEZ, P. y VÁZQUEZ COBOS, C.: “La reparación de los daños ambientales: estudio comparativo entre el Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental y el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 193, 2001, pp. 59-72.

En Alemania, la aplicación de los §§ 823 y 906 BGB se demostraron insuficientes para los daños ocasionados por actividades con incidencia ambiental, dada la alta industrialización del país, lo que requería un derecho más ágil y acorde con los tiempos, en los que la responsabilidad objetiva y la búsqueda de la reparación del daño fueran la norma general, lo que dio lugar a la aprobación de UmweltHG²⁶⁴. Esta ley establece la responsabilidad objetiva en los daños tradicionales por un impacto ambiental²⁶⁵ producido por las actividades contenidas en el Apéndice 1 de la Ley²⁶⁶, pero no los daños ecológicos²⁶⁷, que solamente reciben una protección indirecta²⁶⁸. Esta ley ha adaptado las condiciones tradicionales de la responsabilidad civil a los problemas concretos que se plantean en relación al medio ambiente. Recoge una prueba de presunciones de la relación de causalidad (§ 6.1) y prevé costes de reposición de los gastos sufragados por el perjudicado cuando el daño sea medioambiental y privado (§ 16.1). Por otro lado, el § *BimSchG* establece una indemnización de carácter objetivo para los daños ocasionados por un impacto ambiental procedente de actividades autorizadas.

En Finlandia, la Ley 737/1994 de Daño Medioambiental regula una responsabilidad objetiva por daños a la vida, daños personales y patrimoniales causados por actividades permanentes producidos por emisiones transmitidas por el aire, el agua y el suelo, incluido el ruido y la radiación. Se exige, no obstante, una conexión entre la actividad contaminante y el daño (relación causal)²⁶⁹. Los daños personales no requieren sustancialidad, no así en los daños patrimoniales.

B) Previsiones en la legislación administrativa ambiental sectorial.

Existen varios supuestos de responsabilidad civil legal en las siguientes legislaciones: Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares; Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminados; *Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*, en Bruselas el 29 de noviembre de 1969; Real Decreto 833/1988, de 20 de julio por el que se aprueba el reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos. El propio apartado 5 LRM excluye del ámbito de aplicación de la Ley los daños reconducibles a Convenios Internacionales (anexo IV LRM)²⁷⁰, ni los relativos a Energía Nuclear (Anexo V LRM)²⁷¹.

²⁶⁴ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 64.

²⁶⁵ El influjo ambiental se puede producir por «substancias, vibraciones, olores, presiones, rayos, gases, vapores, calores u otros fenómenos que se han propagado por el suelo, el aire o las aguas» (§ 3.1).

²⁶⁶ KOHLER, J.: “Umwelthaftungsretsch”, en Karl-Heinz Gursky (Redactor), J., von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Libro III (Savhenrecht), nueva edición, Sellier-De Gruyter, Berlín, marginal 111, p. 213.

²⁶⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 129; “La responsabilidad por inmisiones y daños ambientales. El problema de la relación de causalidad”, *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 15, p. 32. RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 28 de enero de 2004”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 66, 2004, p. 1095.

²⁶⁸ MONTI, A., MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE: OCDE, *Riesgos ambientales y seguros: un análisis comparativo del papel de los seguros en la gestión relacionados con el medio ambiente*, [Madrid]: Ministerio del Medio Ambiente: OCDE, 2007, ps. 32-33. CAÑIZARES LASO, A., Y RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente”, *Anuario de derecho civil*, vol. 47, nº 1, p. 210.

²⁶⁹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 102-103.

²⁷⁰ Los Convenios internacionales a que hace referencia el artículo 3.5 a) de la Ley son, según su Anexo IV: Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos; Convenio internacional, de 27 de noviembre de 1992, de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación

Las exclusiones de la LRM de los daños sujetos a Convenios Internacionales no han quedado exentas de críticas por parte de la doctrina. RUDA GONZÁLEZ²⁷² entiende que existen ciertos daños cubiertos por Convenciones que además de ser poco coherentes con el carácter de mínimos de la LRM podrían verse incluso como un privilegio injustificado, ya que algunos daños de especial gravedad no se indemnizan por el simple hecho de que se admite sólo la reparación *in natura* pero no su equivalente pecuniario, con lo que deja fuera el denominado daño ecológico puro, lo que claramente es contrario a la doctrina tradicional de la responsabilidad civil (que sí la admiten). El resultado de este aparente despropósito no será otro que la existencia de daños ecológicos puros derivados de actividades recogidas por las Convenciones que no darán lugar a responsabilidad conforme a las mismas ni a la LRM, lo que habrá que completarse mediante las reglas generales de los arts. 1902 y 1908 C.c.

Por otro lado, el Protocolo de 27 de noviembre de 1992, de enmienda del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969²⁷³, introdujo en su régimen normativo la responsabilidad por las medidas preventivas (art. 2.b), para lo cual hay que acudir también al Convenio Internacional, de 27 de noviembre de 1992, de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos. El Convenio recoge un sistema de responsabilidad objetiva, que se imputa al propietario del buque, prescindiendo de cualquier elemento de culpa, que se debe al especial riesgo creado por el sujeto responsable con el transporte marítimo de hidrocarburos. Sin perjuicio de que, en la mayoría de los casos, el propietario del buque lo arriende o ceda en flete a persona distinta con la obligación o facultad, según sea, de proveer el buque en arrendamiento a “casco desnudo”²⁷⁴. Los daños cubiertos se ciñen a los daños emergentes susceptibles de estimación directa y a las ayudas por cese de actividad, pero no comprendería los daños personales sufridos por los afectados, ni los morales ocasionados por el sufrimiento psicológico derivado de un accidente, así como tampoco los daños específicamente ecológicos.

por hidrocarburos; Convenio internacional, de 23 de marzo de 2001, sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques; Convenio internacional, de 3 de mayo de 1996, sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas; Convenio, de 10 de octubre de 1989, sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, por ferrocarril y por vías navegables.

²⁷¹ Estos Convenios internacionales a que hace referencia el artículo 3.5 b) de la Ley son, según su Anexo V: Convenio de París, de 29 de julio de 1960, acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y Convenio complementario de Bruselas de 31 de enero de 1963; Convención de Viena, de 21 de mayo de 1963, sobre responsabilidad civil por daños nucleares; Convención, de 12 de septiembre de 1997, sobre indemnización suplementaria por daños nucleares; Protocolo común, de 21 de septiembre de 1988, relativo a la aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París; Convenio de Bruselas, de 17 de diciembre de 1971, relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares.

²⁷² RUDA GONZÁLEZ, A.: “En tierra de nadie...”, *op. cit.*, pp. 50 a 54. Dice el autor que «La Directiva y la LRM seguramente deberían haber paliado esa situación mediante la inclusión en su ámbito de aplicación de aquellos daños medioambientales derivados de incidentes, la responsabilidad por los cuales se rija por convenciones internacionales que no consideren resarcible el daño ecológico puro *in toto*”.

²⁷³ Instrumento de adhesión de 6.6.1995 (BOE núm. 225, de 20.9.1995; corr. errores BOE núm. 254, de 24.10.1995, p. 30844).

²⁷⁴ MEILÁN GIL, J.L. [dir.]: *Problemas jurídicos-administrativos planteados por el “Prestige”*, Aranzadi, 2005. P. 170.

Un ejemplo gráfico de las deficiencias de este Convenio es lo que sucedió con el caso del *Prestige* y que vino regulado en el RDL 7/2002, de 22 de noviembre y 8/2002, de 13 de diciembre, que se remitían en exclusiva a los Convenios internacionales de responsabilidad civil y del FIDAC²⁷⁵. Esta cobertura tiene dos aspectos importantes a destacar: por una parte se limita cuantitativamente por el recurso a techos indemnizatorios (art. 5º.1) a los que podrá acogerse el propietario del buque, que dependerá del tonelaje del mismo, salvo que se demuestre su dolo o culpa grave; en segundo lugar, la indemnización se refiere al siniestro y no al daño en sí mismo, es decir, se centran en el acontecimiento o serie de acontecimientos de origen común del que se deriven daños ocasionados por la contaminación o que creen una amenaza grave e inminente de causarlos, lo que reduce las indemnizaciones²⁷⁶.

En el derecho inglés del *common law* la transmisión de la contaminación por medio del agua tiene sus ventajas respecto de otros medios como el aire: a) la relación de causalidad es más fácil de demostrar pues se ciñe al curso natural de las aguas del río; b) la prueba de la contaminación del agua es más sencilla, pues basta con analizarla antes del vertido y en su evacuación. De todas las acciones jurídico-privadas en esta materia destaca por su utilidad práctica los *riparian rights* (derechos ribereños), que consisten en que los propietarios de tierras ribereñas al curso del agua del río, incluidos los estuarios tienen el derecho a recibir el agua en su estado natural (no tenga una disminución o incremento o cualquier alteración en su composición o calidad²⁷⁷), y a su vez están sujetos a un uso normal del río²⁷⁸. Los propietarios de piscifactorías tienen el mismo derecho que los propietarios ribereños. En las soluciones previstas en el *common law* no se establece ningún estándar absoluto en relación con la calidad del agua, si bien el test de calidad sí servirá para demostrar un uso no ordinario. Respecto de los daños a piscifactoría, dado que se entiende equivalente una invasión en el derecho natural al agua a un daño al suelo, ningún daño ha de demostrarse sino meramente una sensible alteración del agua²⁷⁹. En cuanto a la relación causal (en su vertiente de imputación objetiva), puede ser imputado cualquier contaminador ubicado río arriba, aunque solo lo sea de una fracción, siempre y cuando haya contribuido a la misma²⁸⁰. Asimismo, en el derecho del *common law* inglés existe la responsabilidad por *nuisance* en casos de contaminación de aguas subterráneas. La responsabilidad no es estricta en aquellos casos en los que la actividad contaminante esté llevándose a cabo en la actualidad o cuando la contaminación sea reciente. La responsabilidad es personal en el sentido de que el contaminador original es responsable, pero no sigue tal responsabilidad al comprador del negocio causante de la contaminación. A diferencia de las *riparian rights*, en la acción por contaminación de las aguas subterráneas no hay derecho a ninguna cantidad sobre las mismas²⁸¹. Finalmente, existe un tipo de acción privada por la cual el propietario de un lecho de un río demanda basándose en una *trespass* por los depósitos de residuos sólido²⁸²s, si bien también es posible una acción por negligencia.

²⁷⁵ GARCÍA RUBIO, M^a.P., “El caso “Prestige” un año después de la tragedia: algunos apuntes en torno al RDley 4/2003, de 20 de junio”, *Diario La Ley*, N^o 5893, Nov. 2003, Año XXIV, Ref. D.255, Editorial La Ley, pp. 4-6.

²⁷⁶ ÁLVAREZ LATA, N.: “Responsabilidad civil por daños”..., *op. cit.*, pp. 107-108.

²⁷⁷ *John Young & Co. V Bankier Distillery Co.* [1893] AC 691.

²⁷⁸ *Chasemore v Richards* (1859) 7 HL Cas 349.

²⁷⁹ *Nicholls v Ely Beet Sugar Factory Ltd* [1946] Ch 343.

²⁸⁰ *Crossley and Sons Ltd v Lightowler* (1867) LR 2 Ch App 478.

²⁸¹ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 608.

²⁸² *Ibid.*

En Alemania la § 22 1º de la *Water Supply Code* (WHG) establece que cualquiera que introduzca –sustancia sólida- o descargue –sustancia líquida o gaseosa- cualquier sustancia en el agua, o de otro tipo de impacto –extracción, represamiento o calor-, que afecte perjudicialmente la misma cambiando sus propiedades físicas, químicas o biológicas, es responsable. La conducta en estos casos se considera intencional –dolosa o conocida por el causante-, por lo que la responsabilidad en estos casos no se aplica a los daños producidos por perturbaciones o un accidente-. Las instalaciones responsables son cualquier planta que está diseñada para producir, procesar, almacenar, mantener, transportar o conducir sustancias contaminantes al agua. Esta responsabilidad cubre los daños a la propiedad, muerte, personales o daños a la salud, provenientes tanto de una contaminación conocida como continua²⁸³.

En Bélgica existen leyes especiales por la materia que tratan supuestos de responsabilidad civil objetiva por daño ambiental: Ley de 25 de febrero de 1991, que implementa la Directiva Europea de 25 de julio de 1985 sobre productos; las Leyes 22 de julio de 1985, 10 de agosto 1998 y 20 de julio de 1976 que implementan, respectivamente, las previsiones de los tratados internacionales por daños nucleares y polución de combustibles en el mar; Ley de 12 de abril de 1965, que impone responsabilidad objetiva a los operadores de tuberías; operadores de minas, según el art. 58 del Real Decreto de 13 de septiembre de 1919, coordinador de la legislación de minas; operadores de aguas subterráneas cuando éstas bajen de nivel²⁸⁴; productor de residuos tóxicos por los daños producidos por éstos (art. 7 Ley 22 julio 1974).

En Austria se establece en el § 262(2) de la Ley de Aguas²⁸⁵ un supuesto de responsabilidad sin culpa por daños a la propiedad inmobiliaria e interferencias en los derechos de pesca causados por instalaciones de agua (p.ej. centrales hidroeléctricas o presas), que otorga un derecho a la compensación²⁸⁶.

²⁸³ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 109-111.

²⁸⁴ Ley de 10 de enero de 1977, y subsiguientes decretos regionales.

²⁸⁵ Wasserrechtsgesetz (Ley de Aguas, WRG) BGBI 1959/215 como dispone el BGBI I 2006/123.

²⁸⁶ HINTEREGGER, *op. cit.*, p. 83.

PARTE II. ESPECIALIDADES DEL DERECHO DE INMISIONES INDUSTRIALES VECINALES DENTRO DE LOS DAÑOS CIVILES POR CONTAMINACIÓN.

Capítulo 1. Construcción doctrinal y jurisprudencial de la teoría de las inmisiones en las relaciones de vecindad industrial.

I) *Las inmisiones en las relaciones de vecindad industrial.*

1) Inmisiones y relaciones de vecindad.

A) *Concepto y evolución de las relaciones de vecindad.*

a) *Concepto y caracteres de las relaciones de vecindad.*

Las relaciones de vecindad (en sentido amplio) conforman el ámbito espacial, sociológico y jurídico en el que tienen lugar las inmisiones.

Coincido con HERNÁNDEZ GIL en que el derecho (real) de vecindad se basa en el establecimiento de los requisitos y condiciones jurídicas y fácticas necesarias para el establecimiento de una comunidad cuya convivencia esté en perfecta armonía. Se enmarcan jurídicamente en el ámbito del derecho de propiedad inmobiliaria, delimitando su contenido, sobre la base de la situación de proximidad, estableciendo límites y limitaciones de obligado cumplimiento. Sin embargo, al ser una relación jurídica, no puede prescindirse de las personas, dado que el derecho toma siempre en consideración, de modo directo o indirecto, la conducta humana. Por ello, los problemas que suscitan las relaciones de vecindad se dan principalmente en el plano del ejercicio de los derechos²⁸⁷. Todo propietario tiene derecho de uso y disfrute y facultades de exclusión respecto de su propiedad, por lo que las relaciones de vecindad lo que pretenden es evitar los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en el ejercicio de estas facultades. Significa la exclusión de aquellas injerencias que superan un nivel de tolerancia razonable y el deber de tolerar las que no superen dicho límite, en una serie de límites o limitaciones que configuran el contenido normal de la propiedad²⁸⁸.

Por otro lado, GONZÁLEZ-ALEGRE dice que las relaciones de vecindad se caracterizan por una triple cualidad: la *relación jurídica*, por cuanto interesa al derecho regular los intereses contrapuestos en juego; la *razón de vecindad*, determinada por la situación de contigüidad o proximidad y de los que las ocupan legalmente; y el necesario mantenimiento de una buena *convivencia vecinal*²⁸⁹. Partidario de un doble perspectiva de las relaciones de vecindad, real y obligacional, el autor las define²⁹⁰:

«Aquellas relaciones a que da lugar, en la actuación ordinaria de la vida práctica de las personas, el ejercicio de sus derechos o facultades subjetivas que por el hecho de su vecindad o la de sus fundos de los que son propietarios produzcan mutuas y recíprocas invasiones de las esferas de interés personal o patrimonial jurídicamente protegidos o dignos de protección, que hace preciso limitar, mediante su regulación o reglamentación por parte de la Ley en orden al mantenimiento de una necesaria y buena convivencia vecinal, factor esencial, dentro del concierto social».

²⁸⁷ HERNÁNDEZ GIL, A.: *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1985, pp. 9-10.

²⁸⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La disciplina de las inmisiones en el Derecho privado*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 1995, pp. 22-23, 35-40.

²⁸⁹ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967, p. 9.

²⁹⁰ *Ibid.*: pp. 14-15.

Sigue diciendo este autor que el Derecho de vecindad²⁹¹, objetivamente considerado, contemplando la doble perspectiva real y obligacional, es el:

«conjunto de normas que regulan las relaciones más ordinarias y generales de las personas en cuanto a su vida en vecindad, compaginando o armonizando, los intereses personales o patrimoniales en posible lucha por este hecho; así como las surgidas entre los propietarios por razón de la continuidad de sus fundos, en cuanto al mantenimiento de una buena vecindad –derecho obligacional o derecho real de vecindad-».

Y subjetivamente como:

«conjunto de derechos correspondientes a las personas en cuanto a su condición de vecinos, o propietarios de fundos vecinos para hacer valer y respetar sus intereses jurídicamente protegidos o dignos de protección personales o patrimoniales, frente a la actuación de otros vecinos, en cuanto, alteran, perjudican o imposibilitan el mantenimiento de aquella buena vecindad a las que se tiene derecho en la vida en sociedad».

ALGARRA PRATS define el Derecho de vecindad como²⁹²:

«conjunto de normas y principios que disciplinan aquellas relaciones que se producen entre las personas por razón de proximidad o contigüidad de los inmuebles en que habitan o desarrollan sus actividades, a título de dominio o por cualquier otro título fructivo, con el fin de que en el ejercicio de sus facultades no se lesionen en sus respectivos intereses jurídicamente protegidos, asegurando así la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas».

GONZÁLEZ-ALEGRE establece un listado de los caracteres de las relaciones de vecindad, que él estima en sentido amplio, real y personal²⁹³: 1) *Limitación normal del dominio*. Requiere límites en ese actuar personal o dominical en la medida que exige el respeto mutuo de los vecinos o a la propiedad del vecino. 2) *Reciprocidad o bilateralidad*. Reciprocidad en el sentido de que el propietario limitado halla en la limitación de los otros propietarios la contrapartida adecuada. 3) *No suponen deber de indemnizar*. Se debe a que las relaciones de vecindad son limitaciones normales al derecho del dominio sobre una cosa, y de la reciprocidad. 4) *Son inmanentes a la propiedad por el solo hecho de la vecindad*. 5) *Nacimiento automático*. 6) *Imprescriptibilidad*. 7) *Su razón es más la persona que el patrimonio*. Se justifica en una armónica y pacífica convivencia vecinal. 8) *La derogación de toda relación de vecindad supone la creación de una servidumbre; la derogación de ésta reintegra el dominio a su contenido normal*. 9) Las relaciones de vecindad son presumibles a efectos de prueba. 10) *Contenido obligacional y real*. Suponen limitaciones recíprocas en el ejercicio de derechos subjetivos, de donde derivan obligaciones y de cuyo incumplimiento surgen acciones personales como la de responsabilidad civil *ex art. 1908.2 C.c.*; pero también al gravar los bienes inmuebles somete el derecho de propiedad a ciertas configuraciones patrimoniales (carácter real) y de cuyo incumplimiento cabe la acción negatoria o interdictales, incluidas las distancias para ciertas construcciones y plantaciones (art. 590 C.c.).

Finalmente, también debe interpretarse el marco geográfico en el que se desenvuelve la “vecindad” desde un punto de vista amplio, en el sentido de no asociar necesariamente vecindad con contigüidad o colindancia, sino en la proximidad o cercanía, marcado por la zona de influencia de las inmisiones²⁹⁴.

²⁹¹ Ibid.: p. 15.

²⁹² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 53.

²⁹³ Ibid.: pp. 66-83. La cursiva es suya.

²⁹⁴ BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad extracontractual por daños causados por inmisiones molestas: ruidos, humos, olores, campos electromagnéticos y otras agresiones en las relaciones de vecindad, primera parte”, *Anuario de derecho civil uruguayo*, nº 37, 2006, p. 546.

b) *Evolución de las relaciones de vecindad hacia una industrial y urbana.*

No en todas las épocas se ha tenido una misma concepción de las relaciones de vecindad, por lo que es necesario ver en cada una de ellas los rasgos fundamentales.

El punto de partida de las relaciones de vecindad se encuentra en la existencia del principio “*qui suo iure utitur naeminem laedit*” (quien hace uso de su derecho no daña a otro) que recoge el Digesto y que posteriormente plasman las Partidas mediante la regla XIV del Título XXXIV “*del non face tuerto a otro quien ufa de fu derecho*”²⁹⁵. Las relaciones de vecindad en Roma venían marcadas por la precisa delimitación perimetral del los inmuebles, viéndose superado por la realidad de los conflictos derivados del uso y disfrute de la propiedad y por el criterio de contigüidad. La concepción de la propiedad era individualista y absoluta²⁹⁶ -“*plena in re potestas*”-, ya que se hacía hincapié en la protección de los diversos derechos de propiedad que pudieran entrar en conflicto, en lugar de proteger la persona. Estos límites tuvieron su traslación en la prohibición del *immittere in alienum*. Parte de un texto de Ulpiano en el que se establece el principio general de que a cada uno es lícito hacer en su fundo lo que le plazca, con tal de que no se verifique una inmisión en el fundo ajeno²⁹⁷. Salvo servidumbre constituida, son ilícitas las inmisiones de sólidos, líquidos o gases.

En la Alta Edad Media, fruto del sistema feudal, el régimen de propiedad de la tierra pasa a manos de la monarquía, los nobles y demás señores feudales. En la Baja Edad Media, por el contrario, aumenta la actividad económica junto a un desarrollo incipiente de las ciudades, con sus comercios y mercados. El cristianismo de la época impregna el derecho de propiedad de un cierto sentido colectivista que hace dudar de la concepción ilimitada y absoluta de la propiedad. Aunque, con posterioridad, los glosadores y post-glosadores retornaron al concepto absolutista de la propiedad que tenían los romanos, se conservaron las limitaciones derivadas de la división entre el dominio directo y dominio útil originario de la Edad Media.

En la Edad Moderna la propiedad pasa a ser unitaria, individual y libre, por influencia del iusnaturalismo y racionalismo, elevando el derecho incluso a la categoría de derecho humano. Se incluyen en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada en 1789 -arts. 2 y 17- la propiedad entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Con la Revolución Francesa se libera la propiedad de la servidumbre y se permite el acceso de la burguesía a la propiedad, incluyéndose la propiedad inmobiliaria en las transacciones privadas. Convive la producción agrícola y artesanal con una cada vez mayor e incipiente industria en las ciudades, lo que conlleva cada vez mayores disputas en torno a los límites del ejercicio del dominio privado. Se extirpan las relaciones de vecindad del Código, salvo dentro de las servidumbres legales, reemplazándose por los reglamentos, creando un complejo sistema para encuadrarlo dentro de la responsabilidad extracontractual²⁹⁸. Esto tuvo su reflejo directo en el art. 674 del *Code* (Francia), que fue adoptado posteriormente por la codificación española e italiana de 1865, aunque con resultados muy diversos al francés pues en estos últimos se utilizó para construir la teoría de las inmisiones.

²⁹⁵ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 33.

²⁹⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 34. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

²⁹⁷ *In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* -D. 8, 5, 8, 5-.

²⁹⁸ AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N^o 38, 2012, pp. 86, 98-99.

Será a partir de la Constitución alemana de Weimar de 1919 cuando las modernas Constituciones europeas integran el concepto de función social a la propiedad privada, entre las cuales se encuentra la Constitución Española (art. 33). Frente a los viejos esquemas tradicionales, individualistas y absolutos, se abre paso la moderna concepción de la propiedad, más limitada y acentuada en su función social²⁹⁹. Así, las limitaciones por razón de vecindad, que tuvieron como causa originaria la utilidad privada y se consideraban restricciones al derecho de cada propietario en la medida en que lo exigiera el ejercicio del derecho de propiedad de los vecinos propietarios, pasan a entenderse como restricciones legales por interés social³⁰⁰. Según el art. 33 CE, la propiedad debe cumplir tanto la satisfacción de intereses particulares del propietario, como los generales o colectivos y la realización del bien común, limitándose internamente el derecho de propiedad para coordinarlo con los generales de la comunidad. Este artículo determina e impregna el carácter del dominio, imponiendo normas de conducta a la ley, si bien no constituye una auténtica norma de conducta, dado que la actividad del propietario no es función, pues actúa en su propio interés. La función social es inherente al concepto mismo de propiedad, por lo que no puede considerarse como un límite. La razón de estos límites puede encontrarse en la función económica y social del derecho, en la necesidad de que se permita una normal explotación de las fincas³⁰¹. Las inmisiones no solamente se ciñen al derecho de propiedad y normalmente se estudian en un momento posterior al ejercicio del derecho, determinando si el daño que ha causado la inmisión es antijurídico, dentro de la responsabilidad civil³⁰².

Dice IANNELLI que en Italia también se ha producido una evolución de la concepción liberal de la propiedad a una determinada por la función social de la misma, impulsada a través del articulado de la Constitución italiana. Esta nueva visión del derecho produce una funcionalización social del poder propietario basado en que se establecen los límites en el ejercicio del derecho de uso o disfrute de la misma, tanto respecto al sujeto que lo ejerce como al poder de exclusión que tiene el que recibe la inmisión. Deja de ser relevante la conexión entre la noción de inmisión y la de fondo (en sentido físico), debiendo considerarse lesiva para el tercero la “invasión” de la “esfera jurídica del otro” y no del “bien” en sí mismo considerado. El estatuto del propietario será el que marque los límites internos de su poder sobre el mismo (*qui iure suo utitur neminem laedit* –quien hace uso de su derecho no daña a otro-) ³⁰³. Un mismo bien es objeto de dos distintos derechos. El titular de los dos derechos no tiene la exclusividad sobre el bien, no siendo necesario, como sucedía con una concepción liberal de la propiedad, la necesidad de equilibrar el poder de contaminar del inmitente con un poder indiscriminado de exclusión del inmitido. Visto desde este punto de vista, el art. 844 C.c. italiano tiene un fundamento inconciliable con la nueva estructura de la propiedad “constitucional”, porque no disciplina la actividad inmisiva (derecho del inmitente), sino que prevé expresamente una tutela civilística de la inmisión industrial. No obstante, esta traba puede solucionarse, según la autora, si se entiende que la prohibición de inmisiones conforma un límite interno del derecho de propiedad³⁰⁴.

²⁹⁹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...* op. cit., p. 43.

³⁰⁰ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 32.

³⁰¹ AMAT LLARÍ, M^a E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., pp. 72-73.

³⁰² MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit. p. 157. Como argumenta el autor: «Es notorio que aun ejercitando los derechos conforme a esa función social, pueden irrogarse daños ilícitos, antijurídicos, que deban ser reparados».

³⁰³ IANNELLI, A.: op. cit., pp. 380, 381, 383.

³⁰⁴ Ibid.: p. 382.

A finales del siglo XVIII y principios del XIX se desarrolló la industria, lo que trajo cambios sociales y jurídicos. Las soluciones fueron dos: por un lado, en aquellos ordenamientos característicos de la Codificación, en los que se plasmó el derecho de propiedad privada como derecho subjetivo individual, libre, absoluto, e ilimitado en esencia, siendo una excepción los límites del dominio, que sólo podían establecerse por ley mediante las servidumbres legales, recondujeron las relaciones de vecindad a las existentes entre propietarios vecinos (art. 1804 *Code* francés, art 348 C.c. español, etc.). En aquellos ordenamientos donde la propiedad adquirió un significado básicamente económico (BGB alemán, C.c. catalán), se afronta el dominio desde una concepción subjetiva, determinando las facultades del propietario (vecindad industrial) y definiéndose el poder del propietario de excluir a los demás del goce del bien³⁰⁵.

Entre los factores que han provocado la evolución de las relaciones de vecindad, se destacan los siguientes tres³⁰⁶: 1) *jurídico*, en el que la propiedad se concibe hoy menos absoluta; 2) *sociológico*, caracterizado por las concentraciones poblacionales y el aumento de la relación entre propietarios; y 3) *evolución económica y tecnológica* que ha traído consigo modificaciones en el *destino* de las propiedades. De esta forma se puede afirmar que, junto a la vecindad clásica caracterizada como interindividual o interpredial aparece una vecindad industrial³⁰⁷ y urbana, donde las actividades inmisivas pueden provenir de grandes distancias y afectar a un gran número de sujetos, y en definitiva ser más perjudiciales³⁰⁸. Se amplía el concepto de colindancia a proximidad³⁰⁹, e incluso se introduce la denominada “responsabilidad por riesgo” o cuasi objetiva, alejándose de los tradicionales criterios de las inmisiones³¹⁰. Aparecen nuevas formas de inmisión (electromagnetismo, calor, radiaciones, etc.)³¹¹. Ya no se trata de daños o molestias tolerables o no, si éstas son provocadas por energía nuclear o industrias químicas, pues las inmisiones que estas causan pueden provocar daños incalculables o irreversibles. En el Derecho vecinal moderno, especialmente el industrial, han de compaginarse las exigencias de la industria con la de otros valores constitucionales³¹².

Si bien la introducción de actividades altamente contaminantes y la ampliación de los posibles intereses y la gravedad de los daños son la causa del “abandono” de la vinculación de las relaciones de vecindad con el fundo, no obstante, creo que las inmisiones ocasionadas por emisiones conocidas quedarían desvirtuadas si se incluyeran únicamente los casos de responsabilidad por riesgo o culpa cuasi objetiva, pues no sería necesario equilibrar los intereses en juego de las partes.

³⁰⁵ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 480.

³⁰⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 32. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 10-14.

³⁰⁷ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 22.

³⁰⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 29, 53; “La resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas”, *Revista de derecho inmobiliario*, n^o 73, n^o 639, 1997, p. 304. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, pp. 63-64. JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, pp. 876-877. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 472-473.

³⁰⁹ AMAT LLARÍ, M^a E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 73. En Francia sucede lo mismo que en España, según ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, *op. cit.*, p. 108.

³¹⁰ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1962, p. 361.

³¹¹ DÍAZ FUENTES, A.: *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 679. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 158. LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, *Actualidad civil*, N^o 4, 1998, pp. 1059-1060.

³¹² CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 63.

c) *Relación entre contaminación, inmisiones y relaciones de vecindad.*

La relación entre contaminación e inmisión es prácticamente de causa-efecto, es decir, son los hechos generadores de la contaminación los que pueden conducir a una invasión de la esfera jurídica de los particulares. En el ordenamiento español se podría denominar la relación existente con los términos contaminación e inmisión, cuando aquella afecten el uso y disfrute de la propiedad. El ámbito material de inmisión coincide en gran parte con el de los hechos generadores de la contaminación, entre los que se pueden incluir los tipos de contaminación y el hecho de la vecindad. Asimismo, la cualificación jurídica de inmisión, a través del criterio de excesividad y nocividad (art. 1908.2 C.c.), sirve como instrumento para delimitar jurídicamente el hecho contaminante. En definitiva, las inmisiones no son más que la contaminación percibida por los particulares. En los países del *common law* la relación se produce entre la *nuisance-private nuisance*. En Francia, de forma similar, los términos empleados serían *nuisance-troubles de voisinage*. No obstante, cuando se asimila inmisión y contaminación, en el entorno marcado por las relaciones de vecindad, en muchas ocasiones se olvida por la doctrina que las inmisiones deberían quedar excluidas.

En Francia, CABALLERO asimila la noción de *nuisance* (contaminación) a la de *trouble de voisinage* (perturbación de vecindad) con respecto a dos planos: en primer lugar, el plano de la definición material de *trouble* coincide de manera satisfactoria con aquel de los hechos generadores de *nuisance*; en segundo lugar, el plano de la cualificación jurídica de *trouble*, a través del criterio de anormalidad, sirve como instrumento para delimitar el concepto jurídico de *nuisance*³¹³. De esta manera, la jurisprudencia utiliza a título de *troubles de voisinage* los tipos de daños más variados resultantes de la contaminación, con la excepción del daño ecológico, por lo que, a salvo de este último, «la adaptabilidad del *droit de voisinage* [derecho de vecindad] a los hechos generadores de *nuisances* es del todo remarcable»³¹⁴. «[E]l dominio de la responsabilidad por *troubles de voisinage* no ha cesado de extenderse después del fallo de la Cour de Cassation de 1844. [...]. En primer lugar está delimitada por [...] la *voisinage* [vecindad], que determina el marco geográfico, sociológico y jurídico en el cual se ejerce la responsabilidad [...]. Ella depende en segundo lugar de la *typologie des troubles* [...]. Éstas interesan la casi totalidad de las actividades generadoras de *nuisances* y testimonian una asombrosa capacidad de adaptación a las circunstancias»³¹⁵. De esta forma, dice el autor, «El dominio delimitado por la teoría de *troubles de voisinage* se circunscribe de manera muy satisfactoria a aquella de *nuisances* tal y como son percibidas por los particulares. De una parte, el entorno de vecindad es un marco muy flexible que permite aprehender todas las actividades generadoras de *nuisance*; de otra parte, la tipología de los *troubles* es de una extrema variedad interesante para la mayoría de las agresiones contra el medio ambiente de los vecinos»³¹⁶. «[P]ara poder válidamente asimilar *nuisance* y *trouble de voisinage*, hace falta que la calificación de *trouble anormal*, que define para los vecinos el límite entre lo lícito y lo ilícito, se confunda con aquella donde los particulares juzgan intolerable una agresión contra su medio ambiente [...]. Buscar la significación de criterio de anormalidad es explicar porqué el carácter anormal de *trouble* comanda el principio de una reparación cualquiera»³¹⁷.

³¹³ CABALLERO, F.: *op. cit.*, p. 199.

³¹⁴ *Ibid.*: p. 214.

³¹⁵ *Ibid.*: p. 201.

³¹⁶ *Ibid.*: p. 224.

³¹⁷ *Ibid.*: p. 225.

B) Naturaleza jurídica de las relaciones de vecindad.

La vecindad en sentido estricto implica relaciones entre fundos, es decir, entre propietarios, donde la obligación legal y consuetudinaria establece límites o limitaciones al derecho de propiedad, configurándolo, delimitando la esfera de derechos y obligaciones recíprocos en relación con las propiedades. Los derechos y obligaciones dependen del estatuto de la propiedad fondiaria (inmobiliaria) y las acciones y cargas son reales³¹⁸. Asimismo, desde un punto de vista geográfico, exige que la propiedad esté próxima o contigua (área de influencia). Desde este punto de vista las relaciones de vecindad, deben ser objeto de estudio en el Derecho de bienes. Su sentido original se adapta mejor a la época de redacción del Código civil que a la actual.

La vecindad en sentido amplio se da entre particulares independientemente de su cualidad de propietarios, bastando su consideración de vecinos cuando ejerzan facultades de uso y disfrute del inmueble³¹⁹. Lo trascendente es que las inmisiones se introduzcan en la esfera de exclusión ajena. Implican tanto las obligaciones que surgen tras la realización de un hecho personal culposo u objetivo, como las relaciones donde la obligación consuetudinaria expresa una regla de conducta³²⁰. Se establecen normas que prevén la solución de conflictos vecinales. Las relaciones de vecindad si sitúan en el marco de la responsabilidad civil. Los vecinos no tienen porqué estar contiguos sino en el área de influencia de la perturbación.

a) Basado en límites o limitaciones al derecho real de propiedad.

El C.c organiza las relaciones de vecindad a través de las servidumbres legales y consuetudinarias o directamente como límites o limitaciones del ejercicio del derecho de propiedad fondiaria³²¹ ejercitables *erga omnes*. La organización entre propietarios vecinos comporta un conjunto de derechos reales y de obligaciones *propter rem* que les permite oponerse a las agresiones provenientes de los fundos vecinos susceptibles de comprometer la calidad de su ambiente. Entre estos medios figuran: el derecho de propiedad mismo y la posesión; las servidumbre legales que completan el estatuto de la propiedad fondiaria e imponen especialmente a los vecinos no dañarse y soportarse, y, finalmente, las servidumbre convencionales, individuales y sobretodo colectivas, que tienen por objeto proteger el entorno³²². Las servidumbres son limitaciones legales a los propietarios (facultades dominicales del propietario). Dice CABALLERO que la propiedad inmobiliaria se puede considerar desde un punto de vista defensivo, en la atribución de una porción de espacio (ambiente), en cuyo interior puede oponerse a todo atentado al disfrute pacífico de su derecho. Los hechos constitutivos de *troubles de voisinage* no implican una contradicción a la posesión³²³.

³¹⁸ CABALLERO, F.: *op. cit.* p. 179.

³¹⁹ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 10.

³²⁰ BLAISE, J-B.: “Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage”, *Rev. trim. dr. civ.* 1965, p. 291-292.

³²¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 12-13, 16-18. CAMAZÓN LINACERO, A.: *op. cit.*, p. 107. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pp. 153-154. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “Inmisiones y relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, pp. 365-375. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.* p. 12-13. GARCÍA SÁNCHEZ, J.: *Teoría de la immissio*, Universidad de Oviedo, 1999, p. 17. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 481. MARTÍN BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 74. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1594. ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, pp. 269-270.

³²² CABALLERO, F.: *op. cit.* p. 180.

³²³ *Ibid.*: pp. 180-183

El C.c. establece una serie de limitaciones legales a los propietarios (facultades dominicales de éstos) en razón de la vecindad o proximidad de los predios, para hacer compatible su disfrute y evitar que determinados usos de una finca perjudiquen el derecho de los propietarios de fincas próximas a disfrutar de las propias. Es el derecho común de la propiedad fondiaria. Estos límites se inspiran en la función social de la propiedad que se encuentra recogido en el art. 33 CE y en el art. 348 C.c. Las obligaciones vecinales tienen carácter semirreal (obligaciones *propter rem*). El objeto del Derecho real de vecindad será delimitar, configurar o enmarcar el derecho real de propiedad, en razón de la contigüidad de los fundos, para armonizar el derecho de propiedad por las exigencias de una buena vecindad patrimonial inmobiliaria dentro de la más plena coexistencia social impuesta por la colectividad. Estos límites dominicales establecidos por la vecindad real marca hasta donde llegan las facultades del dueño, es decir, la intensidad del ejercicio de nuestro derecho de propiedad³²⁴.

Se han confundido los límites a la propiedad y las servidumbres, debido al carácter absoluto del derecho de propiedad (art. 348 C.c.). En cambio, se diferencian en que los límites configuran el contenido normal del derecho de propiedad (facultades del dueño), mientras que las servidumbres son una limitación anormal de aquel derecho; los límites son internos, connaturales a la propiedad, no recortan el derecho y se imponen a todos los inmuebles, mientras que las servidumbres son un recorte excepcional y extrínseco del contenido normal del derecho; los límites tienen un carácter recíproco, por lo que no es posible distinguir entre un predio dominante y otro sirviente, mientras que en las servidumbres existe sujeción de uno de los fundos en utilidad o provecho de otro³²⁵. En mi opinión, en materia de inmisiones, hay que hacer mención al concepto de límite del derecho, aunque éstos vengan recogidos en nuestro Código civil en sede de servidumbres, si bien admitimos el calificativo de servidumbres “recíprocas”, o el término directo de “limitaciones”³²⁶, siempre y cuando éstas se distingan de los gravámenes o cargas (servidumbres unilaterales o forzosas)³²⁷.

En Francia, sólo las servidumbres legales recíprocas pueden limitar el carácter absoluto de la propiedad *ex art. 544 C.c.* El art. 674 C.c., relativo a distancias y obras intermedias, establece la obligación de no dañar a los vecinos. BLAISE³²⁸ dice que solamente las relaciones de vecindad en sentido estricto, entre fundos y propietarios, son tratadas y reguladas por las servidumbres legales, aunque no deja de lado las consuetudinarias (*secundum legem*), que pueden ser susceptibles de una interpretación amplia y servir para regular las relaciones nacidas de la vecindad industrial. Dice CABALLERO que este artículo sirvió, junto a la obligación de tolerar ciertos daños derivados de la inmisión, para establecer una idea de equilibrio que más tarde sería la base de la teoría de los *troubles de voisinage*, si bien acabó sirviendo únicamente para exigir el cumplimiento de la normativa administrativa. El autor propugna por una interpretación extensiva del art. 674 para que los propietarios puedan superar el régimen primario (legal) de vecindad, rígido y obsoleto, por uno secundario, fundado sobre la organización de las relaciones a partir de las servidumbres convencionales³²⁹.

³²⁴ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 20, 45, 57-59.

³²⁵ ALGARRA PRATS, E.: *La disciplina de las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 16.

³²⁶ SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 105.

³²⁷ HERNÁNDEZ GIL, A.: *op. cit.*, pp. 15-20. ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *op. cit.*, pp. 357-358. DÍAZ FUENTES, A.: *op. cit.*, pp. 677-678.

³²⁸ BLAISE, J-B.: *op. cit.*, pp. 286-287, 292-296.

³²⁹ CABALLERO, F.: *op. cit.* pp. 185-187.

En Cataluña, la regulación de las relaciones de contigüidad (Sección I) e inmisiones (Sección III) se encuentran recogidas dentro del Capítulo VI “Relaciones de vecindad”, que, junto con el Capítulo V “Restricciones al derecho de propiedad”, se encuentran incluidos en el Título IV “Del derecho de propiedad”. El art. 545-3 1º dice que «Las restricciones en interés privado afectan a la disponibilidad y al ejercicio del derecho, constituyen límites ordinarios del derecho de propiedad en beneficio de los vecinos ». El ap. 2º dice que «Las restricciones que resultan de las relaciones de vecindad [...] tienen la consideración de restricciones en interés privado». EGEA FERNÁNDEZ matiza que mientras el art. 546-14 1º del C.c. supone un límite al derecho de la propiedad (obligación de tolerar las inmisiones de una finca vecina si éstas son inocuas o causan perjuicios no sustanciales), los apartados 2º al 5º suponen limitaciones (inmisiones legítimas), por cuanto «deja de ser algo normal inherente al contenido del derecho de propiedad y deviene, precisamente, en una modificación de dicho contenido, ya que se sustrae al propietario el disfrute normal de su derecho»³³⁰.

La Ley 367 FNN se ubica en el Capítulo II “De las limitaciones de la propiedad”, incluido en el Título Primero “De la propiedad y posesión de las cosas”, del Libro II “De los bienes”. La Ley 365 dice que «Las limitaciones de la propiedad son impuestas por la Ley o de carácter voluntario, como las servidumbres u otros derechos reales constituidos sobre cosa ajena». El precepto se ubica sistemáticamente en el Capítulo dedicado a las limitaciones de la propiedad, pero dejando claro que se trata de una limitación legal y no de una servidumbre, tal y como refleja la Ley 394 “Distinción”, incluida en el Título III “De las servidumbre” del Capítulo II, que reza: «No son servidumbres 1) Las limitaciones legales por razón de vecindad».

En Alemania se regula en la Libro 3 “Derecho de Propiedad”, División 3 “Propiedad” una sección específica el régimen de las inmisiones § 906 BGB) “Introducción de sustancias imponderables”. La regulación de las servidumbres tienen un tratamiento separado: División 4 “Servidumbres” (§§ 1018 y ss). No se ve mención alguna en la ley acerca de su tratamiento como límite o como limitación, si bien no sucede lo mismo en la doctrina. Por ejemplo, hay autores que defienden que el § 906 BGB recoge las limitaciones en la esfera de poder de los vecinos, tanto en relación con la actividad del inmitente, como con el derecho de exclusión del inmitido. Las limitaciones vendrían determinadas por el principio de buena fe y varían en función de las circunstancias de tiempo y lugar, la técnica, el tráfico real, etc.³³¹.

En Italia el art. 844 C.c. “Inmisiones” se ubica en el Libro Tercero “De la Propiedad”, Título II “De la Propiedad”, Capítulo II “De la propiedad fondiaria”, como una norma limitativa del principio de la exclusividad del dominio, incardinada dentro del esquema de los límites al derecho de propiedad derivados de las relaciones de vecindad, tal y como se deduce del art. 832 C.c.: «El propietario tiene el derecho de disfrutar y disponer de las cosas en forma plena y exclusiva, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por la ley». No obstante, ALVINO dice que el art. 844 C.c. establece una específica norma de contenido general, con el objetivo de fijar un criterio objetivo de limitación en el ejercicio de la propiedad, y al mismo tiempo un límite general de tolerancia»³³².

³³⁰ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 98.

³³¹ ENNECCERUS, L./KIPP, T./ WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil, t. III, vol. 1*, 3ª ed. a cargo de PUIG BRUTAU, J., Bosch, Barcelona, 1971, p. 605, pp. 349-350.

³³² ALVINO, E.: “Immissioni in alienum e diritto all’indennità”, en *Gius. Civ.* 1975-I, p. 1365.

b) *Inmisiones vecinales y responsabilidad civil.*

Las relaciones de vecindad estrictamente personales se producen cuando el solo hecho de la vecindad sea causa de relaciones entre vecinos motivadoras de intereses en conflicto, como consecuencia de los derechos de uso y disfrute de los derechos, sin que se haga referencia alguna a la condición de propietarios de los fondos ni al derecho dominical, ya que, el hecho de que la propiedad sea el epicentro en torno al cual se desarrollan las relaciones de vecindad no significa que éste sea el exclusivo marco en el que tienen lugar. Dice GONZÁLEZ-ALEGRE el presupuesto sociológico de las relaciones de vecindad personales impone unos deberes u obligaciones de no dañar a los demás, limitando para ello el ejercicio de los derechos que puedan repercutir o influenciar las esferas jurídicas de otros. El Derecho obligacional de vecindad establecerá la medida del ejercicio de los derechos, impuesta por aquéllas obligaciones, así como la responsabilidad en caso de incumplimiento³³³. MACÍAS CASTILLO dice que «La inmisión es un presupuesto que depende no de la propiedad, sino de la vecindad [...]. Quien inmite no ejercita su derecho de propiedad. Y no lo hace porque realiza un acto que es antijurídico y que, por tanto, excede del contenido, limitado o no, de cualquier derecho y, en particular, del derecho de propiedad»³³⁴. La jurisprudencia regula la mayoría de supuestos en materia de inmisiones producidas vecinales dañosas a través de la responsabilidad civil extracontractual³³⁵.

Un parte de la doctrina ha criticado la posible “disolución” de las relaciones de vecindad en el instituto de la responsabilidad civil. NAVARRO MENDIZÁBAL³³⁶ dice que se genera un modelo de responsabilidad híbrido: 1) la diferente naturaleza: las relaciones de vecindad se insertan en los derechos reales, mientras que la responsabilidad civil en las personales; 2) las molestias derivadas de una situación de vecindad suelen entenderse como una responsabilidad objetiva, lo que no sería discutible para la acción negatoria, pero no tanto para la de responsabilidad civil; 3) la finalidad de la acción de responsabilidad tampoco se precisa, debiendo entender que la pretensión de cesación es la principal de las acciones reales y la resarcitoria la de la responsabilidad civil. En una línea también crítica, para DÍAZ BRITO resulta «contradictorio que un problema de orígenes clarísimamente jurídico-reales, se intente solucionar reconduciéndolo en bloque a un ámbito ajeno al tratado de los derechos reales, como es el de la responsabilidad aquiliana». Además, según el autor, «Los mecanismos resarcitorios propios de la responsabilidad civil extracontractual pueden resultar eficientes frente a las inmisiones derivadas de un uso no industrial de los fondos, pero no frente a las inmisiones propias de la actividad industrial, ya que el empresario preferirá casi siempre pagar las indemnizaciones que corresponda, antes que cambiar o adaptar el proceso»³³⁷.

³³³ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 12-13, 16. Dice el autor que «los derechos de obligación muestran la irremediable marcha de los hombres hacia los demás ».

³³⁴ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 148-149.

³³⁵ SSTs 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), 5.4.1960 (RJ 1960, 1670), 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 14.7.1982 (RJ 1982, 4237), 27.10.1983 (RJ 1983, 5346), 31.1.1986 (RJ 1986, 444), 13.6.1988 (RJ 1988, 4872), 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 27.19.1990 (RJ 1990, 8053), 16.7.1991 (RJ 1991, 5393), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 7.4.1997 (RJ 1997, 2743), 2.2.2001 (RJ 2001, 1003), 16.1.2002 (RJ 2002, 8), 14.3.2005 (RJ 2005, 2236), 2.11.2007 (RJ 2008, 13); SAP Zaragoza 19.2.2001 (RJ 2001, 117480).

³³⁶ NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones y molestias medioambientales: Tutela preventiva civil*, Universidad Pontificia Comillas, Dykinson, Madrid, 1997, p. 167. El autor matiza «No pretendemos insinuar con ello que dentro de un Ordenamiento quepa distinguir compartimentos estancos, carentes de cualquier interconexión entre sí».

³³⁷ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 63.

Dice GONZÁLEZ-ALEGRE que el cuasicontrato de vecindad se basa en la obligación de que cada vecino use de su heredad de modo que no dañe a su vecino. Su finalidad es la existencia de obligaciones que garanticen una correcta y pacífica coexistencia social al imponerse la obligación general de no causar daño a otro, previniendo los conflictos que el ejercicio, más allá de los límites normales de los derechos subjetivos pudieran ocasionar entre vecinos, limitando el ejercicio de estos derechos de manera que se permitan por un lado y se deban tolerar por otro. Se basan en razones de equidad, justicia y necesidad social. Su contenido, según el autor, «no será otro que el de delimitar, confinar o configurar, todos aquellos derechos subjetivos que, en cuanto invadan o se proyecten, por consecuencia connatural de los mismos, en la esfera protegida de los demás, en razón a la vecindad en la que conviven sus titulares, puedan perturbar, alterar, la coexistencia vecinal determinando, por aquellas recíprocas obligaciones, hasta dónde debemos llegar y hasta dónde se tiene que soportar o tolerar para en su caso señalar las responsabilidades procedentes en cuanto incumpliendo aquellas respectivas y recíprocas obligaciones que puedan excederse más allá de los límites marcados por las esferas de los demás en el grado hasta donde llegue la tolerancia de los mismos»³³⁸.

En Francia la solución jurisprudencial imperante funda la responsabilidad por *troubles de voisinage* sobre la idea de la culpa, aunque presunta, *ex art. 1382 C.c.*³³⁹. Resulta superfluo un esfuerzo conceptual directo a construir una obligación legal, o derivada del cuasi contrato, a cargo del propietario vecino, porque es suficiente el recurso al principio *neminem laedere* para retener la responsabilidad del que causa daño excesivo al vecino por no haber adoptado la precaución idónea para evitarla³⁴⁰. Ello tiene relación con la concepción de las obligaciones consuetudinarias de vecindad como normas de conducta, en este caso como límites impuestos a la libertad de los individuos. La razón de la sustitución de este criterio por el de la responsabilidad por culpa u objetiva más allá de la propiedad se halla en la siempre creciente y nueva serie de daños procedentes de la vecindad industrial, donde la consolidación de reglas casuísticas se hace cada vez más difícil y la necesidad de ser propietario para el legitimado activo la hace inoperativa. No obstante, la tentativa de reconducir la sistematización de la materia en el marco del límite a la propiedad y en la específica obligación de vecindad, aunque es un reclamo aislado, no se puede desconocer la utilidad de esta solución, pues es ampliamente usada como directiva por los jueces en la solución de los conflictos de vecindad. Según BLAISE, la reconducción de las perturbaciones de vecindad a la responsabilidad civil adolece de tres defectos: 1) Es imposible discernir cuál es el dominio propio a cada una de estas responsabilidades, y es difícil comprender porqué la regla del perjuicio excesivo no absorbe el criterio de la culpa. 2) Sólo el perjuicio excesivo abre el derecho a reparación, lo que en muchas ocasiones se traduce en que los tribunales imponen una reparación *in natura* consistente en ordenar al causante que deje de superarse la excesividad. 3) Se resucita la disputa relativa al ejercicio del derecho. En mi opinión, el problema del legislador francés es que no existe un artículo que regule las inmisiones excesivas como sí hay en el ordenamiento español (art. 1908.2 C.c.), por lo que debe reconducirse al art. 1382 C.c. (equivalente al 1902 C.c. español).

En EEUU los comentaristas del *Restatement (Second) of Torts* dicen, respecto del § 822 *coment a) "Type of conduct"*, que una «private nuisance es materia de responsabilidad por ilícito civil extracontractual».

³³⁸ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 17-18.

³³⁹ RODIERE, R.: "La faute dans les troubles de voisinage", *Rev. Trim., dr. Civ.* 1965, p. 643.

³⁴⁰ VISINTINI, G.: "Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano), *L'esperienza francese*", *Riv. Dir. civ.*, 1974-I, p. 688.

c) *Naturaleza mixta jurídico-real ex art. 590 y obligacional ex art. 1908.2 C.c.*

Como consecuencia de la concepción amplia de las relaciones de vecindad, el contenido normativo del Derecho de vecindad engloba la vertiente jurídico-real *ex art. 590 C.c.* y jurídico-obligacional *ex art. 1908.2 C.c.*, lo que da lugar a la aparición de instrumentos de protección con carácter real (acción negatoria) y obligacional (responsabilidad civil). La mayor parte de la doctrina *ius privatista* apuesta por la existencia de esta naturaleza mixta de las relaciones de vecindad.

Por ejemplo, ALGARRA PRATS dice que: «el Derecho de vecindad se integra por las disposiciones que delimitan la esfera de derechos y obligaciones recíprocas en relación con las propiedades vecinas, así como por aquellas normas que prevén la solución de conflictos de intereses contrapuestos que resultan de la situación de vecindad. Las relaciones de vecindad deben ser objeto de estudio en el Derecho de bienes, pero sin olvidar su especificidad propia, que obliga a acudir también en el campo del Derecho civil, al Derecho de obligaciones», si bien reconociendo que «la vertiente eminentemente real está en todo momento presente, pues la configuración del derecho de propiedad y sus límites, así como las servidumbres, allí encuentran su tratamiento». Por su parte, la perspectiva obligacional surge, en este caso, cuando se superan los límites de la propiedad, aplicándose la responsabilidad civil *ex art. 1908 C.c.* También entran en juego otros institutos como el del abuso del derecho; otras normas de aplicación como las jurídico-públicas; o los valores y principios constitucionales. El objetivo de las relaciones de vecindad, dice la autora, consiste en que «en el ejercicio de sus facultades no se lesionen en sus respectivos intereses jurídicamente protegidos, asegurando así la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas»³⁴¹.

Por su parte, GONZÁLEZ-ALEGRE³⁴² clasifica las relaciones de vecindad en: a) personales; y b) reales, por razón de propiedad de fundos contiguos. Los límites en el ejercicio de los derechos ya no tienen que limitarse al dominio, sino que pueden referirse también al ejercicio de cualquier derecho subjetivo cuyos efectos irradian a la esfera protegida del vecino. Las relaciones de vecindad en sentido amplio sirven para marcar los límites en el ejercicio de los derechos, en razón de una buena vecindad. Los límites coinciden en ambos supuestos: evitar un perjuicio al vecino, en la medida en que pueda evitarse. Las relaciones de vecindad son las que tienen entre personas sean o no propietarias por el simple hecho de ser vecinas. En materia de inmisiones, las “relaciones vecinales reales” se plasman en el art. 590 C.c., mientras que las “relaciones vecinales obligaciones” en el art. 1908.2 C.c. La primera es una norma relacionada con los límites de las facultades dominicales, mientras que la segunda se relaciona con la producción de derechos y obligaciones de vecindad con independencia del derecho de propiedad. De ambos preceptos se deriva la responsabilidad civil para el propietario que se ha excedido en el ejercicio de su derecho contraviniendo el art. 590 C.c.

Según MASFERRER DOMINGO el art. 590 C.c. se inserta formalmente en el marco de ejercicio del derecho de la propiedad de otros derechos más limitados sobre la cosa, mientras que el 1908 C.c. se mueve más a sus anchas en el seno de la responsabilidad extracontractual. «De ahí la necesidad de enfocar esta materia desde ambas vertientes, la real (derecho de propiedad) y la obligacional (responsabilidad extracontractual). Sin embargo, en la práctica, ha sido la vertiente obligacional la que ha terminado –y sigue ejerciendo una mayor *vis atractiva* sobre las inmisiones»³⁴³.

³⁴¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 53.

³⁴² GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 11-15, 21, 228-229, 425.

³⁴³ MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1595.

Para ROCA TRIAS, la técnica de las inmisiones está destinada a proteger el Derecho de propiedad frente a agresiones provenientes de actos realizados por vecinos, por una doble vía: 1) la protección de la propiedad en sentido estricto, donde se imponen obligaciones al inmisor; y 2) la protección de las personas frente a las inmisiones, con independencia de la propiedad, a través del mecanismo de la responsabilidad civil, cuando aquéllas les hayan ocasionado daños³⁴⁴.

Por su parte, SÁNCHEZ-FRIERA dice que el art. 590 C.c. impone limitaciones al dominio conectadas con circunstancias de hecho determinadas por la situación de las fincas, mientras que el art. 1908 C.c. limita los actos del titular para que no causen perjuicios injustificados. En el primer caso se busca una indemnidad patrimonial y en el segundo una indemnidad personal³⁴⁵.

En mi opinión, la perspectiva real de las relaciones de vecindad se produce entre el titular de un derecho de propiedad o de explotación de inmuebles vecinos, para lo cual el art. 590 C.c. establece una serie de límites al dominio en materia de distancias y obras de resguardo. La perspectiva obligacional se produce en relación a un área de influencia de las inmisiones, siendo suficiente la condición de vecino del perjudicado y la existencia de un derecho real sobre el mismo que le confiera la ocupación legal del fundo. Establece límites en el ejercicio de derechos subjetivos además del derecho de la propiedad inmobiliaria y tiene como objetivo reparar los daños producidos por inmisiones que resulten excesivas y nocivas a las personas o a las propiedades, se haya cumplido o no con lo dispuesto en el art. 590 C.c. Una perspectiva mixta, real y obligacional, de las relaciones de vecindad, permite, en virtud del art. 590 C.c. limitar la propiedad (distancias y obras de resguardo) y, en virtud del art. 1908.2 C.c., limitar el ejercicio de la industria (inmisiones excesivas y nocivas). Las relaciones de vecindad en sentido amplio marcan los límites en el ejercicio de los derechos, sean los de propiedad u otros, para evitar perjuicios injustificados a los vecinos, desde el punto de vista del área de influencia de las inmisiones. En la siguiente tabla se ve reflejado:

	Relaciones de vecindad desde una perspectiva real	Relaciones de vecindad desde una perspectiva obligacional
Delimitación y contenido	Conflictos en las relaciones de vecindad entre propietarios vecinos, como consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad sobre el fundo.	Conflictos en las relaciones de vecindad entre vecinos, como consecuencia del ejercicio de los derechos de uso y disfrute de sus derechos subjetivos sean o no dominicales.
Objeto de la normativa	Coexistencia dominical pacífica, previniendo conflictos que el ejercicio anormal del derecho de propiedad pudiera ocasionar, limitando las facultades dominicales.	Coexistencia vecinal pacífica, previniendo conflictos que el ejercicio anormal del derecho subjetivo pudiera ocasionar, limitando dicho ejercicio.
Contenido normativa	Límites o limitaciones de las facultades dominicales, que delimitan los derechos de propiedad en cuanto impidan al propietario vecino el ejercicio de su derecho.	Derechos y obligaciones de vecindad, con independencia del derecho de propiedad.
Consecuencias por incumplimiento	Art. 590 C.c. Recoge la esfera preventiva en materia de inmisiones vecinales, con contenido jurídico-real, a través de la acción negatoria de inmisiones.	Art. 1908.2 C.c. Recoge la esfera resarcitoria en materia de inmisiones vecinales, con contenido jurídico-obligacional, a través de la acción de responsabilidad civil.

Tabla 4. Semejanzas y diferencias entre la configuración de las relaciones de vecindad desde un punto de vista jurídico-real y jurídico-obligacional.

³⁴⁴ ROCA TRIAS, E.: *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 313.

³⁴⁵ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 45, 64-65..

C) *Principales teorías para resolver los conflictos vecinales.*

Existe un viejo principio que dice que “mediante el ejercicio del derecho propio no se puede lesionar el derecho ajeno” (“*qui iure suo utitur neminem laedit*”), que prohíbe considerar lesivo a la esfera ajena el acto realizado en el legítimo ejercicio de un derecho propio. Este principio fue posteriormente superada por aquellas teorías que se basan en el uso abusivo (abuso del derecho), anormal o excesivo del derecho, así como en los supuestos de responsabilidad civil objetiva.

a) *Los actos de emulación y el abuso del derecho.*

En la Edad Media se instauró de un sistema feudal que trajo consigo el derrumbamiento del derecho de propiedad y una sociedad poco desarrollada predominantemente agrícola y rural³⁴⁶. La idea de la emulación surgió de los numerosos supuestos en los que se causaba un daño a otro en el ejercicio de un derecho, entendiendo que la intención del autor era la razón por la que se calificaban los actos lícitos o ilícitos³⁴⁷. Se pueden identificar dos criterios dentro de los actos de emulación: 1) el *animus nocendi*, es decir, la intención de quien realiza actos sin utilidad propia o con utilidad mínima, con el fin de dañar o molestar a otros, de difícil prueba³⁴⁸; y 2) el *uso extraordinario* del acto que, perjudicando a un tercero, no reporta ningún beneficio al autor, extralimitación que no tiene que ver con una necesidad económica sino con una hostilidad deliberada³⁴⁹. Es la utilidad o no utilidad la clave de la emulación.

Las críticas de la teoría de la emulación se centraron en el aspecto moral, pues no se puede juzgar la intención del que daña, pues no ofrece solución a la problemática de las inmisiones, ya que su propagación por medios naturales vacía el contenido intencional. Se criticó también la dificultad de prueba de que se había obrado con intención de dañar³⁵⁰; no obstante, se entendió que era el propietario causante del perjuicio quien debía probar que aquello que hacía sí le suponía un beneficio, de lo contrario se presumía la intención de ocasionar el daño³⁵¹. Por otro lado, hay autores que afirman la influencia de esta doctrina en la teoría de las inmisiones moderna. Para algunos autores los actos de emulación se convierte en la primera gran cláusula prohibitoria de los fenómenos inmisivos³⁵², como inmediato precedente de la doctrina del abuso del derecho, si bien en la actualidad su invocación es más anecdótica que frecuente³⁵³. NAVARRO MENDIZÁBAL³⁵⁴ duda que los actos de emulación sean el germen de la doctrina del abuso de derecho, así como presentar ésta cómo una mera continuación de aquellos.

³⁴⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 339. ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *op. cit.*, p. 372.

³⁴⁷ En el Derecho histórico la Partida III, Título XXXI, Ley XIX permite que se abran pozos y fuentes en una heredad, aunque se derive una disminución del agua de las fuentes o pozos del vecino, si bien prohíbe la realización de dichos actos con intención de dañar.

³⁴⁸ WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, vol. I, trad. FADDA y BENZA, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 414.

³⁴⁹ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 114.

³⁵⁰ *Ibid.*: pp. 116-117.

³⁵¹ EVANGELIO LLORCA, R.: “El límite entre las inmisiones...”, *op. cit.* pp. 859-861. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1599. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, ps. 61-64.

³⁵² ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *op. cit.*, p. 370. GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 210.

³⁵³ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 70-72.

³⁵⁴ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 73.

En España, con anterioridad a la STS 14.2.1944 (RJ 1944, 293), el Tribunal Supremo no admitía el abuso del derecho, sino que venía aceptando el principio general *qui iure suo utitur neminem laedit*. Tras el fallo de esta sentencia se produjo una admisibilidad explícita y directa de la figura, momento a partir del cual nadie está obligado a soportar las consecuencias lesivas del uso anormal o abusivo del derecho de propiedad, como fuente de responsabilidad *ex art. 1902 C.c.* Se dijo que este artículo no exige que el acto u omisión dañoso o culposo sea ilícito, sino basta que haya sido realizado con culpa o negligencia, lo que equivaldría a la inmoralidad o antisocialidad en el abuso del derecho³⁵⁵ o, incluso, al exceso en el ejercicio del derecho *ex art. 1908.2 C.c.*³⁵⁶. Quien abusa de un derecho comete una falta en el ejercicio del mismo. Esta sentencia dijo que puede hablarse de abuso en el ejercicio de un derecho en varios sentidos: 1) como acto de emulación, es decir, sin utilidad propia y sólo para perjudicar a los demás; 2) como forma anormal en cuanto a su intensidad; y 3) conduciendo a formas particularmente incómodas para los terceros, comprometiendo su normal goce y creando una desproporción objetiva entre la utilidad del ejercicio del derecho por parte de su titular y las consecuencias del mismo. En cualquier caso, se debía determinar si los derechos subjetivos habían de ejercerse guardando la debida concordancia con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico (Derecho objetivo). La sentencia considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando es abusivo, pues a junto a los límites legales (o cuantitativos) de los derechos, existen otros límites de orden teleológico, moral o social (cualitativos), por lo que incurre en responsabilidad el que obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad³⁵⁷. La combinación entre el criterio subjetivo y objetivo del abuso del derecho implica la confrontación de un acto producto de una voluntad jurídica (aspecto subjetivo), con la función social de un derecho (aspecto objetivo): en forma subjetiva, cuando se actúa con la intención de perjudicar o sin un fin serio y legítimo; en forma objetiva, cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

Algunos autores niegan que la doctrina del abuso del derecho aporte, por sí sólo, un criterio determinante en materia de inmisiones³⁵⁸. Otros critican que la aplicación de la figura siempre comporta un desvío del derecho de su función social y su ámbito pertenece más al Derecho de daños³⁵⁹, mientras que en el campo de las inmisiones el problema no es si se hace o no un uso correcto del derecho de propiedad, sino establecer el equilibrio entre los intereses de la actividad industrial y los propietarios vecinos, sin extender el posible uso excesivo a la consecuencia dañosa³⁶⁰. También se ha afirmado por algún autor que si se obra dentro del ejercicio de un derecho toda actuación es válida independientemente de la intención que el agente tenga³⁶¹.

³⁵⁵ LUQUÍN BERGARECHE, R.: *op. cit.*, pp. 193-194.

³⁵⁶ CALVO SOTELO, J.: *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1917, pp. 156, 173 y ss.

³⁵⁷ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 133.

³⁵⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.* p. 105.

³⁵⁹ AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: "La teoría de las inmisiones. Algunas perspectivas para la protección de lugares de uso público", *Ius Publicum*, Nº 22, p. 45.

³⁶⁰ VISINTINI, G.: "Le immissioni nel quadro... (I)", *op. cit.* pp. 690-691. El autor razona que «la teoría en examen podría servir para introducir el criterio de la anormalidad para evaluar el ejercicio del derecho de propiedad, así como para medir la consecuencia dañosa».

³⁶¹ DEMOLOMBE, J.C.: *Cours de Code Napoléon, t. XII, Traité des servitudes ou services fondiers*, Paris, 1882, p. 133 y ss.

b) *La teoría de la immissio y su reelaboración por la pandectística.*

Las inmisiones en las relaciones de vecindad tienen sus orígenes más remotos en el Derecho romano, en el concepto de la *immissio*, concretamente desde las postrimerías de la época republicana, en la que los juristas empezaron a articular soluciones que venían a resolver determinados conflictos surgidos en las relaciones de vecindad, recogidas más tarde en la compilación justiniana y, en particular, en el Digesto³⁶². El Derecho romano concebía la propiedad como “*plena in re potestas*”, esto es, como poder absoluto y exclusivo sobre la cosa (*dominium ex iure Quiritium*)³⁶³, admitiendo limitaciones sólo en casos excepcionales y determinados de forma taxativa. Surge al objeto de regular, a través de la propiedad y la posesión, el uso de los bienes inmuebles. Los intereses protegidos se situaron en el ámbito privado, a través de mecanismos como la negatoria, los interdictos, la *Lex Aquilia*, las sanciones y las prohibiciones³⁶⁴.

El fragmento del Digesto D. 8, 5, 8.5 (Ulp. XVII ad Ed)³⁶⁵ es el punto de partida de la prohibición general del *immittere in alienum*: *In suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum im mittat* (“a cada cual le está permitido proceder como guste en su esfera jurídica, con tal de que no invada de forma intolerable la ajena”)³⁶⁶. Se trata de una industria de fabricación de quesos ubicada en los bajos de un edificio que propaga humos “altamente molestos” a los pisos superiores (*fumi autem sicut aquae esse immissionem*), prohibiéndose la injerencia de sustancias desde el fundo propio en la esfera jurídica ajena, salvo que se haya constituido una servidumbre (*in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum im mittat*), en tanto es lícito hacer cosa alguna en el fundo propio –*in suo*–, mientras no inmita nada en lo ajeno. Dado que lo que se intenta proteger es el uso y disfrute de la cosa, son útiles los interdictos posesorios para su defensa, y, como es necesario contar con una servidumbre, la inmisión excesiva también podrá atacarse mediante la acción negatoria.

La prohibición del *immittere in alienum* es una deducción lógica del carácter absoluto que tiene la propiedad, y como tal conlleva la ventaja de establecer una demarcación del uso de las cosas, no bastando que una persona se abstenga de hacer en lo propio si las consecuencias repercuten en lo ajeno. Se examina únicamente si el efecto necesario de una causa actuada por el vecino entra dentro de su ámbito de actuación jurídica, al seguir la línea prohibitiva del *immittere in alienum* proveniente de una acción que si en principio era lícita y estaba realizada en fundo propio (*facere in suo*), se propagaba a los fundos vecinos afectándoles negativamente³⁶⁷. Se ha criticado que la teoría de la *immissio* se centra en los efectos de la actividad, por lo que no sirve para prevenir los problemas vecinales³⁶⁸, ni define los límites de la *immissio*³⁶⁹.

³⁶² ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *op. cit.*, p. 362. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 472-473. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 27. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1587.

³⁶³ GARCÍA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 69.

³⁶⁴ JORDANO FRAGA, J.: *La protección del derecho...*, *op. cit.*, p. 21.

³⁶⁵ D. 8, 5, 8, 5: *Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se, ex taberna casaria fumum in superiora aedifica iure immittere posse, nisi ei rei servitutem talem admittit* (Ulp. Lib. XVII ad Ed.). Obtenido de GARCÍA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 42.

³⁶⁶ Regla formulada por Alfeno Varo (D.8, 5, 8, 5: Ulp. XVII ad Edictum).

³⁶⁷ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 35.

³⁶⁸ GONZÁLEZ-ALEGRE B. M.: *op. cit.*, p. 161.

³⁶⁹ AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil”, *Revista chilena de derecho*, Vol. 36, N^o 3, 2009, p., 516.

A comienzos del Siglo XIX, debido al auge de la industria, la pandectística alemana elaboró una teoría que dio respuesta a los problemas vecinales, construyendo la propiedad bajo la noción de límite, relegando a un segundo lugar la servidumbre legal como instrumento técnico de conflictos de dominio. A partir de mitad de dicho Siglo se trató la problemática desde la perspectiva del análisis que permite la *teoría de la immissio* y las enseñanzas de IHERING, entendiéndose que las inmisiones deben abordarse como limitación general de la propiedad derivada de la vecindad³⁷⁰.

La *teoría de la immissio* tiene su origen en las aportaciones de SPANGENBERG al Derecho de vecindad en un comentario que hizo del Digesto 8, 5, 8, 5-7 en 1826³⁷¹, del cual extraen dos principios: 1) cada uno puede proceder en su propiedad como guste, siempre y cuando no inmita nada en la finca vecina de lo que a uno mismo o al vecino moleste (doctrina de la *immissio*); y 2) no puede tratarse de molestia con entidad suficiente lo que es resultado del aprovechamiento usual, de la vida ordinaria. Este último principio supone una evolución del principio tradicional de que quien hace uso de su derecho no provoca daño (*qui suo iure utitur neminem laedit*) según el cual no se podía reprimir una immisión cuando fuere consecuencia de una actividad ejercitada en fundo propio. Para el autor, la mención que hace el Digesto a las inmisiones por agua, humo y piedra es meramente ejemplificativa, siempre que sea corporal (también el polvo y el vapor). Así, serán molestias extraordinarias para el propietario los influjos adversos que se originan en el uso de una especial industria por parte del vecino, aun cuando éstos sean sólo la consecuencia usual de la industria. A la vista de lo expuesto, faltaba incluir a las personas en el ámbito de protección.

Por su parte, PAGENSTECHE³⁷² disoció la propiedad del propietario, considerando que son ilícitas las inmisiones únicamente cuando influyen en la finca, mientras que las que afectan al ocupante no (olores, ruidos, vibraciones, etc.). HESSE³⁷³ dijo que la protección jurídico-civil en materia de inmisiones sólo alcanza a la propiedad como derecho patrimonial, por lo que no puede extenderse a las inmisiones incorpóreas, incluso aunque sean nocivas para la salud del propietario, por cuanto queda reservada al Derecho de policía. Este autor indicó que el uso normal de la finca es un criterio demasiado relativo e indeterminado dado que nunca hay un aprovechamiento usual de la finca, sino un aprovechamiento individual que obedece a necesidades y condiciones del propietario; por otra parte, tampoco puede considerarse una regla objetiva, por cuanto no puede prescindir de la intención del sujeto actuante³⁷⁴. Finalmente, WERENBERG³⁷⁵ señaló que las injerencias indirectas que se propagan al vecino por obra de factores naturales serán ilícitas siempre y cuando pudieran haberse previsto.

Se puede atisbar el germen de la teoría del *uso normal*, si bien limitado a los supuestos de daños a las cosas y no a las personas³⁷⁶, propio de los tiempos en que la vida se desarrollaba bajo una esfera de actividad económico-doméstica, aunque se podía observar un incipiente crecimiento industrial.

³⁷⁰ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 216.

³⁷¹ SPANGENBERG: "Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht", en *AcP*, vol. IX, 1826, p. 265.

³⁷² PAGENSTECHE, E. *Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit, Band 1*, Heidelberg, 1857, pp. 120 y ss.

³⁷³ HESSE: "Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigentümer", *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1863, Bd. 6, pp. 388-389, 423.

³⁷⁴ HESSE: op. cit., pp. 388-389, 423.

³⁷⁵ WERENBERG, W.: "Ueber die Kollision der Rechte Verschiedener Grundeigentümer", *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1863, Bd. 6, pp. 32-33.

³⁷⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 226.

c) *La teorías del uso normal y de la normal tolerancia.*

Se ha indicado con anterioridad que en los albores de la teoría del *uso normal* se conciliaban los dos puntos de vista relativos, por una parte, la teoría de la *immissio*, basada solamente en los efectos, y, por otra, al principio *qui suo iure utitur neminem laedit*, basada únicamente en la actividad inmitente, llevando a la teoría, ya apuntada por los autores de la pandectística alemana (v.gr. SPANGENBERG) de que están prohibidas, además de las inmisiones directas, aquellas indirectas que derivan de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal, estando permitidas las que derivan de las necesidades de la vida cotidiana. Esto es fruto del tránsito de una economía doméstica a una incipiente industrialización. IHERING dijo que la pura y simple prohibición de las inmisiones, el principio *in suo hactenus facere licet, cuatenus nihil in alienum in mittat* (en principio, está permitido hacer hasta el punto de que no se inmita en lo ajeno), es un concepto mezquino³⁷⁷.

IHERING puso de manifiesto que el concepto de *immissio* era insuficiente desde el punto de vista de las sustancias que la podían producir. Asimismo, el autor consideró que había que ir más allá de las sustancias corporales, para lo cual sustituyó el criterio de la *immissio* por el de *Eingriff* (influjo, influencia)³⁷⁸, lo que servía para dotar a éste último de un contenido más amplio (por ejemplo el ruido, el vapor, los olores o las vibraciones)³⁷⁹; y estableció la prohibición de los influjos indirectos cuando fueran nocivos para la cosa, o molestos para las personas en medida superior a lo tolerable ordinariamente³⁸⁰, pues su protección jurídica tiene que venir determinada por los efectos perjudiciales que causan, y no al modo en que se producen.

El autor distinguió un plano objetivo (influjos perjudiciales para las cosas), según la regla del uso normal -aprovechamiento usual y regular-, y otro subjetivo (influjos perjudiciales a la persona) que debía valorarse conforme a la sensibilidad de los sujetos en general -normal tolerancia-³⁸¹. El primer criterio se aplica más a la conducta y el segundo a los daños³⁸². Según el autor, los influjos indirectos solo deben prohibirse en el caso de que sean nocivos para la cosa, o molestos para las personas en medida superior a la tolerable ordinariamente, ya que en este caso también hay lesión a la propiedad al impedirse el ejercicio del mismo. Ambos criterios han sido los que, de forma separada o conjuntamente, han sido aplicados por la gran mayoría de la doctrina y los Tribunales³⁸³. Incluso hay quien, enfocando estos criterios dentro del instituto de la responsabilidad civil, dice que se convierten en la medida que concretará el principio rector de las relaciones de vecindad: *alterum non laedere*³⁸⁴.

³⁷⁷ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 164.

³⁷⁸ IHERING: "Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn", *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1863, Bd. 6, pp. 81-130.

³⁷⁹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 38.

³⁸⁰ Firenze, de 22 de noviembre de 1915 (Foro it., 1916-I, pp. 20 y ss.).

³⁸¹ IHERING: *op. cit.*, pp.104-105 y 113.

³⁸² MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1603.

³⁸³ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 369-370 y ss. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: "Inmisiones: relación de causalidad entre la actividad inmitente y el daño. Actuación conforme a la normativa administrativa. Medios de defensa jurídico-civiles. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2006", *Revista jurídica Universal Autónoma de Madrid*, N^o 15, 2007, p. 314. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 232.

³⁸⁴ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 86. Según el autor: «Esa medida exige limitar el ejercicio de los derechos en evitación de invasiones al fundo o a las personas vecinas. Más allá de ese ejercicio, la extralimitación equivaldrá a su incumplimiento».

El uso normal de la propiedad deberá averiguarse mediante las circunstancias del lugar, en un sentido fáctico y no normativo (actuación habitual), lo que dará soluciones distintas en función del “ambiente” donde nos instalemos. No obstante, hay autores que en la apreciación de la “normalidad” con base a criterios objetivos, han ligado el uso anormal a lo recogido en los reglamentos, en la costumbre, en el uso local, atendiendo en cada caso a las circunstancias concurrentes³⁸⁵. Si bien el criterio del *uso normal* es práctico y llega a aplicaciones buenas, no es lógico y, en ocasiones, es injusto, por cuanto si bien en la vida ordinaria el uso normal responde, en general, a una normal tolerancia, por el contrario, en la industria -especialmente en la gran industria- puede hacerse un uso normal y causar molestias intolerables. Lo que pretendía IHERING era resolver la problemática suscitada cuando se produce una inmisión producida por un uso industrial no extraordinario, pero sí excesivo, atendiendo en ambos casos a la normalidad e intensidad de las industrias de la zona. Es decir, no es suficiente con que el uso sea ordinario o normal sino también no excesivo³⁸⁶. Es en este momento cuando se sientan las bases elementales de la disciplina de las inmisiones³⁸⁷.

Si se separan los conceptos de uso normal y normal tolerancia, este último tiene en consideración la incidencia que la inmisión produce en el fundo vecino, mientras que el uso normal parte de la consideración de la medida del uso del propio derecho por parte de un propietario, independientemente de la incidencia de ese uso en el fundo vecino. No obstante, como afirma ROTONDI, ambos principios son recíprocos y deben aplicarse conjuntamente, por la relación de causa y efecto que los caracteriza. Por ejemplo, el art. 844 C.c. italiano, que recoge la regla de la normal tolerancia, lo hace como fórmula abstracta, que se concreta según la situación de los dos fundos. Cuando las inmisiones superen la normal tolerabilidad, se otorga la posibilidad de ejercitar la acción negatoria además del resarcimiento del daño. No obstante, desde un punto de vista preventivo, habrá que enjuiciar la cuestión desde la parte del acto causante al que se atribuye tal efecto intolerable, por lo que será prevalente la teoría del uso normal como determinante de la tolerabilidad normal de las inmisiones.

Finalmente, existe una relación del abuso de derecho en su vertiente objetiva con la doctrina del uso normal ya que «el abuso es exceso, y éste tiene como medida la normalidad»³⁸⁸. No obstante, existen diferencias entre ambas figuras: 1) el criterio del *uso normal* supone una superación de los actos de emulación, puesto que serán ilícitas las inmisiones que, aunque no supongan intención de dañar, procedan de un uso extraordinario o excedan de las necesidades y la esfera de la vida normal; 2) cualquier molestia que provenga de un uso anormal es ilegítima, mientras que en el caso del abuso del derecho se requiere que se sobrepase manifiestamente la normalidad; 3) no se impone desde el abuso de derecho ninguna forma del ejercicio del derecho, mientras que el *uso normal* sí, pues se exige una actuación inocua o, en su defecto, normal. No obstante, en toda relación vecinal afectada por inmisiones que exceden del índice de la normal tolerancia se esconde un manifiesto abuso del derecho³⁸⁹.

³⁸⁵ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”, *op. cit.* p. 10.

³⁸⁶ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 166.

³⁸⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 216. Dice que «su tratamiento se va abordando de manera cada vez más completa, elaborando un concepto de inmisión, aportando teorías para fijar los límites de tolerancia de la misma y estudiando los mecanismos de protección más idóneos».

³⁸⁸ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p.111.

³⁸⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, pp. 79-80; *Indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 13; “La responsabilidad por daños ...”, *cit.*, p. 93. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.* pp. 180-181.

No obstante, el criterio del uso normal no cierra los problemas en los conflictos vecinales, por cuanto por sí sola es insuficiente para regularlas y por que precisa dar entrada a otros factores que la determinen, lo que pretendió superar FERRARA y su teoría de la *gravidad de las inmisiones*, y que está relacionada con la gravidad del daño³⁹⁰. Las condiciones para que se de una invasión excesiva, independientemente de que sea directa o indirecta, es que la misma sea considerable (por la cualidad, cantidad, duración, excepción grave al derecho del propietario, etc.), permitiéndose su cesación e indemnización de los daños producidos, salvo en el primer caso cuando el uso esté permitido por concesión administrativa, donde solamente cabrá indemnización. GONZÁLEZ-ALEGRE valora la posición de FERRARA, en cuanto «intercala en aquellas inmisiones o influencias, y en relación con el uso normal, un elemento apreciativo de máximo interés: la gravidad de las mismas»³⁹¹. En mi opinión, la excesividad de la inmisión se incardina mejor en el análisis de la normal tolerancia de la inmisión, pues ésta mide los efectos del acto: lo que se ataca es la excesividad del acto puesto de manifiesto por las consecuencias del mismo (inmisiones intolerables).

d) *La teoría de la necesidad social de BONFANTE.*

BONFANTE criticó la teoría del uso normal en el sentido de que el criterio dirimente en la misma es reducido para señalar las inmisiones lícitas o ilícitas por cuanto las provenientes de la industria se habían convertido en algo “normal” y difícilmente evitable por falta de medios³⁹². Pretende llegar a una solución lógica y equitativa que, sin sacrificar la propiedad y la libertad, preste suficiente atención a las exigencias de la vida social³⁹³. Las relaciones entre derechos de los propietarios son, por definición, inviolables y absolutos y sólo encuentran como límite la “necesidad social general y absoluta” (de lo contrario no hay inmisión³⁹⁴), pues no existe ningún criterio lógico que sustente que el uso de un inmueble haya de ser el que en definitiva deba de dársele siempre y un beneficio a costa de un perjuicio al afectado, provocando un empobrecimiento de una parte y un enriquecimiento de la otra³⁹⁵. El autor propuso sustituir el criterio de la necesidad del uso por el de necesidad social, cotidiana y civil, no industrial, para frenar lo que él denominaba “molestias antisociales de la nueva feudalidad de los señores de las fábricas y de los automóviles”, si bien permitía elevar al grado de necesidad social el funcionamiento de centros industriales que se consideren vitales, lo que genera, a su vez, la duda de si esto establecía una primacía de la gran industria³⁹⁶.

BONFANTE distingue entre la esfera interna y externa del derecho de propiedad. La primera viene determinada por los confines del fundo, de forma que su lesión es lesión de mi derecho; la esfera externa no forma parte del contenido del derecho y, por lo tanto, su mantenimiento constituye sólo un interés cuya lesión no puede reputarse de daño jurídico³⁹⁷. La lesión al derecho ajeno puede producirse por la repercusión de operacio-

³⁹⁰ Ibid.: pp. 175-177. En la pág. 176 dice que «Cada uno es dueño de sus actos respecto de la finca, pero el propietario de la colindante puede rechazar las inmisiones e influencias que le dañen gravemente».

³⁹¹ Ibid.: p. 177.

³⁹² SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 38.

³⁹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: op. cit., pp. 44-45.

³⁹⁴ BONFANTE, P.: *Las relaciones de vecindad*, 1^a Ed., pp. 67-68, 112. Dice el autor que de adoptar el criterio de IHERING, se «quebrantaría la esencia de la libertad y del derecho subjetivo, para dar protección al hecho y al interés no legítimos».

³⁹⁵ AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: “La teoría de las inmisiones...”, op. cit., pp. 44-45.

³⁹⁶ VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro...(II)”, op. cit., p. 34.

³⁹⁷ BONFANTE, P.: op. cit., pp. 53 y ss.

nes que se ejecutan en terreno propio (*facere in alienum*). No hay inmisión en el caso de peligro porque nada penetra en el fundo ajeno ni se altera su sustancia, sino que se trata de una modificación de las condiciones externas respecto a las cuales no se tiene derecho. El *immittere* o *facere* serán constitutivos de lesión cuando sean de tal entidad que socialmente se consideren dañosas o molestas, sin razón para ser toleradas (límite de tolerancia). Las inmisiones serán las de calor, sonidos, ruidos, estrépitos, luces deslumbradoras, electricidad, fuerza magnética y fuerzas radioactivas. Se excluyen cuando sean obra de la Naturaleza (caso fortuito o fuerza mayor) o, siendo obra del vecino, no cause molestias según el grado de sensibilidad de un ambiente social determinado, concretado o señalado por las necesidades sociales generales, cotidianas y civiles de un pueblo³⁹⁸. Varios autores critican que el concepto de *necesidad social* es sumamente impreciso³⁹⁹, por lo que será necesaria la intervención judicial y, en ocasiones la doctrinal, a la hora de acotar la extensión de sus efectos⁴⁰⁰.

Por otro lado, los medios jurídico-civiles aplicables a las inmisiones ilícitas son la acción negatoria y la de responsabilidad por daños. En materia preventiva, cabrá la acción negatoria para poner término a toda actividad molesta o dañosa, perturbadora de toda normal vida en vecindad; y en materia represiva, habrá una acción de resarcimiento de daños, para la reparación o indemnización de los daños causados⁴⁰¹. De hecho, si la inmisión o la actividad son de naturaleza permanente cabrá la acción negatoria para hacer cesar la perturbación y la acción de daños para solicitar el resarcimiento de los mismos. En cambio, cuanto el *immittere* sea transitorio o el *facere* se reduzca a un solo acto o solo se manifieste por el daño causado, no tendrá cabida la acción negatoria pero sí la acción de daños⁴⁰². No obstante, no cabe confundir los requisitos que dan lugar a una u otra acción, puesto que la acción de daños exige ante todo el daño como condición objetiva, si bien como lesión de un derecho y no de un mero interés; criterio este último que resulta también de interés para determinar si cabe o no la acción negatoria en materia de vecindad inmobiliaria: hay daño jurídico cuando hay lesión sustancial de elementos internos del fundo. La responsabilidad por daños exige, en general, la culpa como condición subjetiva, en el sentido de que el acto pueda ser imputado a mi voluntad libre y consciente. Quedan excluidos todo lo que sea obra de la propia Naturaleza en su vertiente de caso fortuito. Asimismo quedan excluidos el *immittere* o *facere* que, siendo obra del vecino, no cause menor molestia, o lo bastante por no atacar el grado de sensibilidad de un ambiente social determinado, concretado por las necesidades sociales generales, cotidianas y civiles.

Algunos autores han visto ventajas en la teoría de BONFANTE. Según GONZÁLEZ-ALEGRE las relaciones de vecindad en la moderna sociedad industrial ha adaptado a ellas las viejas soluciones del Derecho común; han delimitado mejor las diversas formas de inmisión y ha distinguido entre remedios reales (acción negatoria) y obligacionales (reparación del daño)⁴⁰³; ha propugnado la generalización en esta materia de la responsabilidad civil objetiva, y ha situado el límite entre inmisión lícita o ilícita en las demandas de las necesidades sociales y no en criterios teóricos.

³⁹⁸ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 193. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *loc. cit.*

³⁹⁹ ALONSO PÉREZ, M.: "La protección jurídica frente a las inmisiones molestas y nocivas", *Actualidad civil*, nº 2, 1994, pp. 369, 397. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, pp. 44-45. VISINTINI, G.: "Le immissioni nel quadro... (II)", *loc. cit.*

⁴⁰⁰ ALONSO PÉREZ, M.: "La protección jurídica...", *op. cit.*, pp. 369, 397.

⁴⁰¹ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 193.

⁴⁰² *Ibid.*: pp. 185-186, 193.

⁴⁰³ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 193, 381.

ALGARRA PRATS, aparte de criticar también la indeterminación de cuándo un uso ha adquirido el carácter de necesidad social, añade que el requisito de que se trate de necesidades generales absolutas, civiles, no industriales, convierte la fórmula en ineficaz cuando se trata de conciliar los intereses entre los usos industriales y otros usos, que es donde mayor intensidad se plantea el problema⁴⁰⁴. Según AMUNATEGUI PERELLÓ, esta teoría ha sido parcialmente recogida en algunas legislaciones en las que se impone al vecino la tolerancia de ciertas inmisiones que exceden del uso normal, siempre que no puedan ser evitadas, por lo que más que como criterio autónomo respecto al uso normal, suele actuar como su correlato moderador en circunstancias excepcionales, por lo que debe ser establecido expresamente por el legislador, ya que las limitaciones al domicilio relativas a la necesidad social son, por término general, materia de ley⁴⁰⁵.

e) *La teoría francesa de los troubles de voisinage.*

La teoría francesa de la responsabilidad por *troubles de voisinage* surge tras la sentencia de la Cour de Cassation de 27 de noviembre de 1844⁴⁰⁶. Nació al margen de la doctrina del abuso del derecho en general y del derecho de propiedad (intención del propietario o condiciones o circunstancias en que realiza el acto), y pone el acento en la anormalidad en el ejercicio del derecho de propiedad revelada por sus consecuencias mismas, reprimiéndose el ejercicio del derecho cuando se cause al vecino un perjuicio apreciable cuyas consecuencias no tiene que de tolerar, o lo que es lo mismo, se establece la obligación de reparación cuando el daño o perjuicio excede la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad⁴⁰⁷, o cuando las perturbaciones exceden los inconvenientes ordinarios de vecindad. Sólo el perjuicio excesivo podía motivar la responsabilidad del autor de la transgresión. El causante de la perturbación actúa sin intención de dañar y con un fin serio y legítimo, satisfaciendo su propio interés, pero su conducta es excesiva respecto a los inconvenientes normales de la vecindad. Esta teoría se ubica sistemáticamente por la doctrina indistintamente en el estudio de la propiedad o en el tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual (posición adoptada en su gran mayoría por la jurisprudencia), e incluso en ambos campos a la vez.⁴⁰⁸

No obstante, si por un lado en algunas ocasiones los fallos judiciales encuentran en el sólo perjuicio excesivo el fundamento de la responsabilidad, a veces parecen exigir, de otra, una falta de negligencia imputable al autor de la transgresión⁴⁰⁹. A pesar de esta aparente confusión, en lo que sí parece estar de acuerdo la jurisprudencia es en el carácter relativo de la perturbación⁴¹⁰, que depende de los usos o condiciones de un lugar, la frecuencia y duración de la perturbación, en la receptividad personal de la víctima, o, en el caso de que ésta sea otra industria o un profesional, la receptividad específica⁴¹¹, por lo que la determinación de la anormalidad de la perturbación es una cuestión de hecho, que deberá ser concretada por el juez de instancia⁴¹².

⁴⁰⁴ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 373-374.

⁴⁰⁵ AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: "La teoría de las inmisiones...", op. cit., p. 45.

⁴⁰⁶ CABALLERO, F.: op. cit., pp. 191-192, 195.

⁴⁰⁷ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: op. cit., pp. 689-690, 694-695. ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, op. cit., pp. 107-108.

⁴⁰⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 114, 358-359.

⁴⁰⁹ BLAISE, J-B.: op. cit., pp. 264-265.

⁴¹⁰ LORANCA RUILÓPEZ, A.: op. cit., pp. 507-508. MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *Op. cit.*, pp. 694-695.

⁴¹¹ ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, op. cit., pp. 113-114.

⁴¹² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 360.

Esta fórmula fue bien acogida por la doctrina francesa de la época⁴¹³, pero no por la doctrina moderna, que ha criticado que la solución jurisprudencial no ha satisfecho los actuales problemas de las relaciones de vecindad⁴¹⁴. Por ejemplo BLAISE critica que la teoría de *les troubles de voisinage*, además que no tener regulación expresa, resulta imprecisa en sus fundamentaciones, tanto como fuente de responsabilidad como de la responsabilidad misma, caracterizándose por su ineficacia en orden al funcionamiento de la reparación. Asimismo, en lo referente a su fundamentación teórica, critica que se confunde el perjuicio con la falta y hace de aquél la condición de ésta, cuando en realidad son dos elementos de la responsabilidad civil totalmente diferenciados.

En cambio, las ventajas de esta teoría son varias, según APPERT: a) sustituye una cuestión de hecho a una cuestión de derecho; b) concilia fuertemente las necesidades de la industria con el deseo general de la tranquilidad y del bienestar; c) es flexible a las modificaciones introducidas dentro de la industria y en la vida social; y d) tiene la ventaja de ser equitativa entre los intereses de las partes implicadas⁴¹⁵. Según el autor, el art. 1382 C.c. francés sirve de base en las decisiones jurisprudenciales en materia de vecindad, autorizando la condena a los daños y perjuicios que ocasione el autor de los mismos mediando *faute*, bien sea como resultado de una imprudencia, una negligencia o una falta de precauciones. Pero también sirve en los casos en que el daño es consecuencia de un ejercicio normal de la industria, que ninguna medida podría prevenir. En estos casos, los jueces consideran como *faute* el sólo hecho de sobrepasar la medida de los inconvenientes ordinarios de vecindad (*mesure des inconvénients ordinaires du voisinage*). Según el autor, esta concepción de la *faute* esta bien legitimada porque favorece el progreso, pues si los tribunales rechazaran la indemnización de daños en ausencia de negligencia o imprudencia, la administración o el legislador se verían en la necesidad de imponer a los industriales condiciones de explotación más onerosas⁴¹⁶.

Por su parte, opina CABALLERO que la cuestión que ha preocupado esencialmente a la doctrina es la del fundamento de la responsabilidad⁴¹⁷. Por ejemplo, en la doctrina, las principales teorías que fundamentan la responsabilidad civil extracontractual por *troubles de voisinage* excesivos basada en una *faute*, son:

- La tesis del *cuasi contrato* (POTHIER). El fundamento de la responsabilidad se basa en que la vecindad integra un cuasicontrato entre los vecinos fundado en la propia ley o en una regla de equidad natural y cuya expresión consiste en no causar daño al vecino (*neminem laedere*)⁴¹⁸. La Ley y la equidad natural son la fuente del cuasi-contrato, y la norma general es que cada uno haga en su fundo lo que estime conveniente, pero sin molestar al vecino. Se basa en los art. 674 C.c., relativo a las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones, y el art. 1370 C.c., donde se recoge la idea del cuasi contrato de vecindad. El autor interioriza en la propiedad la regla general de la prohibición de dañar al vecino, si bien en el desarrollo y aplicación de esta regla reenvía a la teoría de las obligaciones. Este cuasi contrato se consigue unificar la compleja normativa relativa a distancias, medianería, inmisiones, etc.

⁴¹³ APPERT, M. G.: "Des droits du propriétaire vis-a-vis de ses voisins", en *Rev. trim. dr. civ.* 1906, pp. 71 y ss.

⁴¹⁴ BLAISE, J-B.: *op. cit.*, pp. 261 y ss.

⁴¹⁵ APPERT, M. G.: *op. cit.*, pp. 76-77.

⁴¹⁶ APPERT, M. G.: *op. cit.*, pp. 79 y 83-84.

⁴¹⁷ CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 195-196.

⁴¹⁸ POTHIER, R. J.: *Oeuvres, t. III. Traité du contrat de société*, Paris, 1835, pp. 537 y ss. Citado por ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 108.

- La tesis del *abuso del derecho*, fundamentada en la causación de un *daño excesivo* a los vecinos (LEYAT). Según el autor la prohibición de las inmisiones es consecuencia directa del art. 544 del *Code*, tanto en su vertiente activa (hacer en el fundo lo que se quiera) como pasiva (orden de respetar al propietario en su dominio). La apreciación del límite de la *faute* la realizará el juez como una cuestión de hecho, debiendo complementarse con el criterio del abuso del derecho. Aquél que, en ejercicio de su derecho de propiedad, cause un daño excesivo a su vecinos, abusa de este derecho.

- Henri y León MAZEAUD defienden que exceder de la *medida de las obligaciones ordinarias de vecindad* supone cometer una falta *ex art. 1382 C.c.*, por el hecho de desarrollar una actividad que obliga a los vecinos a soportar más de lo que es soportable. Esto no debe llevar a confundir la *faute* y el perjuicio, ya que se aplican las reglas generales que gobiernan la *faute*: «Un individuo prudente causa daños ligeros a sus vecinos: no se podría vivir en sociedad sin causarlos; pero ello no les impone *perjuicios excesivos*»⁴¹⁹. Los autores dicen que esta teoría no difiere de la de la *faute*, pues consideran el abuso del derecho una variedad particular de aquélla.

- CAPITANT justifica la teoría de la *obligación legal de vecindad*, de carácter recíproco, cuyo contenido es no dañar al vecino (*alterum non laedere*), derivada implícitamente de los arts. 651 y 1370 C.c. Hay un límite mínimo por debajo del cual esta obligación no se aplica, y se determinará según las circunstancias y será, en última instancia, el juez el que aplique esta regla. Estas obligaciones tienen el mismo carácter: no pueden ser más que derechos personales. Hay que probar el hecho material de la contravención, y el deudor no puede escapar a su condena más que en casos de fuerza mayor. Estas obligaciones son *propter rem* y recíprocas (no forzosas) constituyendo límites al ámbito de aplicación de su derecho de propiedad y son establecidos por la ley al objeto de asegurar el ejercicio concurrente y pacífico de estos derechos. Tienen como objeto prohibir al propietario ciertos actos o imponerle otras observaciones de ciertas condiciones (obligaciones negativas *ex art. 674 C.c.*)⁴²⁰.

- La tesis de la *obligación consuetudinaria de vecindad* (BLAISE)⁴²¹ defiende la existencia de una obligación recíproca entre vecinos de no causarse daños unos a otros basado en la costumbre, como la establecida en el art. 674 C.c. Resultan de la costumbre *praeter legem* y, como no está prevista en la ley su sanción, incumbe al juez exigirla; se impone al vecino una limitación de una libertad dictada por la costumbre, un deber de abstención más allá de una cierta medida. La reparación del perjuicio podrá ser acordado por aplicación de los artículos 1382 y 1384.1º C.c., dado que la violación de la obligación consuetudinaria constituye una falta⁴²². André ROBERT dice que la costumbre modela a menudo las obligaciones de derecho de los bienes, ya que los usos locales regionales pueden separarse de las reglas legales, y, por ello, puede explicar que la responsabilidad por los *troubles de voisinage* no se vea influenciada por el cumplimiento de las normas administrativas o la obtención y cumplimiento de las licencias y autorizaciones⁴²³. CABALLERO critica que la costumbre no existe, puesto que la comunidad de vecindad tampoco existe. La tolerancia no es recíproca»⁴²⁴.

⁴¹⁹ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *Op. cit.*, p. 708.

⁴²⁰ CAPITANT, H.: “Des obligations de voisinage et specialment de la obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin”, en *Rev. crit. leg. jur.*, 1900, p. 157-163.

⁴²¹ BLAISE, J-B.: *op. cit.*, pp. 261 y ss.

⁴²² *Ibid.*: p. 291-292.

⁴²³ ROBERT, A.: *Les relations de voisinage, op. cit.*, pp. 110-111.

⁴²⁴ CABALLERO, F.: *op. cit.*, p. 233.

Existen otras teorías que explican el fundamento de la responsabilidad civil por *troubles de voisinage* en ausencia de una *faute* basada en reglas de equidad o equilibrio, pero no en la responsabilidad por riesgo:

- La tesis de la *equidad natural* (SAVATIER)⁴²⁵: todo propietario tiene el derecho a molestar al vecino, buscando la línea divisoria de lo tolerable o intolerable a través de “*la règle générale Neminem laedere suffit*”, para lo cual utiliza la categoría de los *faits justificatifs* del daño o *droits de nuire à autrui*, que se producen cuando una ley o una orden legítima de la autoridad permiten la molestia a otro. En ausencia de previsión legal, se fundamentarán la equidad en la necesidad social (derechos de molestar), que se hará en función del tiempo y lugar en que se desarrollan. Se tienen en cuenta también la posible *pre-ocupación* colectiva pero no la individual. Basándose también en reglas de equidad se fundamenta la opinión de TUNC, cuando dice que la idea de reparación sin *faute* proviene del hecho de una persona que impone a los otros una inmisión superior a aquella que resulta normal de una vida en sociedad⁴²⁶.

- En la teoría de la *expropiación* (DEMOGUE)⁴²⁷ las perturbaciones constituyen una especie de expropiación entre vecinos; este hecho, junto con el provecho que el causante de la molestia obtiene, justifica el nacimiento de la indemnización. Esta teoría tiene el inconveniente principal de otorgar al contaminador un derecho a contaminar, previo pago del justiprecio al perjudicado.

- La doctrina del *equilibrio entre las propiedades* vecinas se basa en la igualdad de los diversos derechos de propiedad (art. 544 C.c.). Distingue entre los daños que se pueden ocasionar al vecino en el ejercicio del derecho de propiedad por negligencia o abuso (que se reconduce a través de la responsabilidad civil), y los daños inherentes a una actividad normal del propietario, que dan lugar a una compensación.

- Principio de *igualdad ante las cargas públicas* que, si bien deriva del Derecho público, puede ser aplicado a los establecimientos industriales privados, al objeto de que la carga sea repartida entre el beneficiario directo de la actividad (la industria) y los beneficiarios indirectos (los ciudadanos)⁴²⁸.

CABALLERO critica la esterilidad de las teorías anteriores, y propone que cada individuo tiene un *derecho subjetivo a la pureza natural de su marco de vida*: existirá falta en toda inmisión que viole este derecho⁴²⁹. No es en la obligación sino a partir del *trouble* donde se construye la responsabilidad por *troubles de voisinage*: la condición de anormalidad resulta de una tolerabilidad natural del hombre y del medio ambiente a un cierto umbral de agresión, tolerabilidad que tiende a la naturaleza de las cosas⁴³⁰. «[L]os fenómenos perturbadores tiene estructura progresiva; la capacidad de absorción sin daño del hombre y del medio ambiente resultan de la naturaleza de las cosas. Si ciertos inconvenientes son considerados como normales, no es porque los vecinos se deban una mutua tolerancia, sino porque son tolerables en sí mismos. Si el juez está obligado a hacer la distinción entre normal y anormal, no es porque la vida en sociedad lo exija, sino porque la fenomenología del *trouble* lo impone⁴³¹.

⁴²⁵ SAVATIER, R. : *Traité de la responsabilité civile en droit français. T. I.: Les sources de la responsabilité civile*, París, 1951, pp. 90 y ss.

⁴²⁶ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *Op. cit.*, pp. 709-710.

⁴²⁷ DEMOGUE, R.: *Traité des obligations en général*, t. IV, París, 1924, p. 416.

⁴²⁸ VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro... (I)”, *op. cit.*, pp. 686, 692.

⁴²⁹ CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 196-198.

⁴³⁰ *Ibid.*: pp. 234-236.

⁴³¹ *Ibid.*: pp. 236-237.

f) *Responsabilidad objetiva en las relaciones de vecindad.*

JOSSERAND fundamenta la responsabilidad por *troubles de voisinage* en la realización de un riesgo anormal (*acto excesivo*) cuando se causa un perjuicio anormal, es decir, cuando un acto sea extraño en su explotación y ocasione molestias por encima de lo ordinario, y rompa el equilibrio de la situación jurídica de los fundos vecinos, excluyéndose de la responsabilidad aquellos que no agraven las molestias típicas de vecindad, aun siendo inhabituales, o las que, aun dañando severamente al vecino, sean producto de una explotación normal. Para su apreciación habrá que estar a la época y lugar de los inmuebles relacionados, analizando tanto la actividad inmitente como la entidad de la molestia, determinándose la responsabilidad por la intensidad del daño causado, con carácter objetivo. Se basa en la justicia distributiva: aquel que crea un riesgo debe reparar los daños causados a terceros, pues la organización inmobiliaria implica una igualdad de tratamiento y de riesgos entre vecinos⁴³². El problema del criterio del riesgo es que requiere un precepto expreso que lo establezca⁴³³.

BESSON afirma que la responsabilidad civil en caso de *troubles de voisinage* se basa en la responsabilidad por hecho de las cosas, siendo de aplicación el art. 1384.1 C.c. Esta solución ha sido criticada por Henri y León MAZEAUD basándose en que contradice la línea jurisprudencial que aplica el art. 1382 C.c.; el art. 1384.1 C.c establece la responsabilidad por todo tipo de daños y no solo los excesivos; y tampoco refleja un criterio que fundamente la responsabilidad⁴³⁴. También André ROBERT critica que la jurisprudencia no aplica dicho artículo y que el propietario puede ser condenado incluso si no tiene la cualidad de guardián de las cosas⁴³⁵.

g) *El arbitrio judicial y la teoría de la equidad italiana.*

El criterio del arbitrio judicial sirve para resolver los conflictos de vecindad dado que no propone ningún principio específico para su solución, sino que deja en manos del juez la determinación de la tolerancia entre vecinos⁴³⁶, dejando abierta la posibilidad del surgimiento de continuas adaptaciones en función de cuales sean las necesidades sociales a las que haya de darse cobertura en cada momento. ALGARRA PRATS critica que esta solución no es, en puridad, una fórmula o criterio ya que no ofrece al juez elementos con los que operar en el juicio acerca de la tolerancia o intolerancia de una inmisión, sino sólo unos criterios generales. Es verdad que los tribunales han aportado soluciones *ad hoc* en muchos casos, pero ello puede subvertir el sistema, al darse soluciones totalmente dispares ante casos sustancialmente idénticos, por lo que sería conveniente encontrar una fórmula aplicable a la disciplina de las inmisiones.

⁴³² JOSSERAND, L.: *De L'Esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, París: Dalloz, 1927, pp. 16 y ss.

⁴³³ BLAISE, J-B.: *op. cit.*, p. 280.

⁴³⁴ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *Op. cit.*, p. 706.

⁴³⁵ ROBERT, A.: *Les relations de voisinage, op. cit.*, p. 109.

⁴³⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 374. Según la autora: «La búsqueda de teorías no pretende solucionar una problemática que, en efecto, es relativa y debe ser analizada caso por caso, sino ofrecer unos criterios generales que sirvan de orientación. Con el solo criterio del arbitrio judicial no se ofrecen al juez elementos con los que operar en el juicio acerca de la tolerancia o no de una inmisión, con la inseguridad que ello podría derivarse. Si ya con la fijación de un criterio queda un amplio margen de discrecionalidad al juez [...], en caso de que no tuviera ni siquiera una fórmula general a la que acogerse, se dificultaría aún más, si cabe, la labor jurisprudencial. Sin duda alguna, las aportaciones de la jurisprudencia son decisivas en la más completa y perfecta configuración de este aspecto de nuestra disciplina, pero no debe dejarse todo el peso de esta terea únicamente en manos de los tribunales, sin ofrecerles, al menos, el auxilio de un principio basado en una cierta generalización».

Esta posibilidad se debe a que, como afirma EGEA FERNÁNDEZ, «desde la perspectiva civil de las relaciones de vecindad no se dispone de un criterio cuantitativo que nos sirva para determinar qué inmisiones deben tolerarse y qué otras pueden hacerse cesar», por lo que la «fijación de la legitimidad o ilegitimidad de una inmisión quedará en manos de juez, que, normalmente, se guiará por los estándares administrativos contenidos para algunos tipos concretos de inmisiones, en las distintas normas que fijan unos valores límite (niveles de inmisión) que en cierta medida facilitan la tarea y pueden servir de indicador respecto de su tolerabilidad». Según el autor, esto es una plasmación de la necesaria aproximación del derecho civil y administrativo⁴³⁷.

GONZÁLEZ-ALEGRE es partidario de compatibilizar la necesidad de un principio jurídico-legal como base de las resoluciones judiciales, que sirva de seguridad jurídica y que proporcione una visión abstracta y general de las necesidades jurídicas de cada momento histórico, con la visión concreta y particular que al Juez le toca para llevar aquel principio general al caso concreto. Dos clases de materiales debe tener en cuenta el Juez para ejercer su función judicial: la norma y las circunstancias extrajurídicas, de manera que el arbitrio judicial sirva como instrumento corrector, integrador y adaptador del que resulte principio informador de las relaciones de vecindad, a no ser que se quiera un principio no ajustado a la realidad. Según el autor, solamente el criterio del juzgador es capaz de conseguirlo, para lo cual debería constituir el fondo del hecho y relacionarlo con las circunstancias más diversas. Al criterio del juzgador habrá de quedar para decidir el resultado de la legitimidad o ilegitimidad de la inmisión atendiendo a los criterios del uso normal y de la normal tolerancia⁴³⁸.

En Italia, la fórmula normativa que intenta conciliar el criterio de la normal tolerabilidad con las exigencias de la producción atribuye al juez (*giudice di merito*) un notable margen de discrecionalidad ya que no se establece una medida con base a la cual individualizar dicho límite, si bien los intereses prevalentes no deberán fijarse de manera individual sino a través del interés social⁴³⁹. No obstante, el juez nunca opera de forma independiente del legislador ya que las reglas se encuentran en la ley de forma explícita o implícita, por lo que el criterio del arbitrio puede encuadrarse en el esquema del juicio de equidad, entendido como un juicio sobre el caso concreto desvinculado de toda norma positiva preexistente que prevea cómo debe ser regulado el hecho. LUZZATO efectúa una sistematización racional que sirva de guía legítima para el juez, obtenida indirectamente de la ley. El autor diferencia: 1) el criterio del uso social, ordinario y normal, que sirve como guía para valorar la legitimidad de una cierta actividad de la cual deriva la inmisión. 2) El daño y la utilidad del sujeto que sufre la inmisión. 3) El criterio subjetivo del acto emulativo, en caso de que el daño haya sido intencional, o el de la culpa, cuando sea imputable a la inobservancia de la regla de prudencia, en cuyo caso el daño es intolerable *per sé*, por cuanto el mismo es evitable⁴⁴⁰. 4) Responsabilidad objetiva del empresario para asegurar el resarcimiento, no la cesación, del daño grave causado en la vecindad industrial.

⁴³⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Condiciones medioambientales y derechos fundamentales: Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (a propósito de la Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994)”, *Derecho privado y Constitución*, Nº 9, 19967, p. 350.

⁴³⁸ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 127, 198, 200, 202-204, 215-216.

⁴³⁹ BRUGI, B.: “Immissione di fumo da batelli a vapore negli edifici adiacenti”, en *Riv. dir. comm.*, 1901-II, pp. 875 y ss.

⁴⁴⁰ LUZZATO, R.: *Corso sui diritto reali*, Ferrara: Taddei, 1992, p. 36, 118. El autor dice que un daño de igual entidad que no sea conducible a un contenido negligente, sino a una razonable búsqueda de utilidad podrá ser considerado lícito.

Por su parte, VISINTINI afirma que en la determinación del criterio de la normal tolerabilidad del art. 844 C.c. italiano el juez tiene un amplio margen de apreciación en el caso de que no esté todavía formado el uso local en relación a un determinado género de inmisión, en cuyo caso no se trata tanto de apreciar el uso normal como de la razonabilidad de la misma, en relación a un determinado disfrute del fondo en el ambiente circundante. El mismo margen de valoración discrecional asiste al juez cuando se trate de ejercitar un arbitraje entre dos actividades de disfrute del fondo que no exceden la medida de los inconvenientes de vecindad respecto al uso local, en cuyo caso se puede utilizar el criterio del preuso o el subjetivo de la culpa⁴⁴¹.

2) Concepto, caracteres y dominio de la inmisión.

A) *Concepto de inmisión.*

Lo habitual entre la doctrina civilista es la no definición expresa del término de inmisión, dotándose así de la mayor flexibilidad posible. El concepto de inmisión deberá ser lo más comprensivo posible y con total neutralidad axiológica, por cuanto se trata de una realidad fáctica susceptible de calificación jurídica, si bien no es necesario que recoja exhaustivamente todos los supuestos considerados como tales, sino que deberá elaborarse un concepto genérico que fije los criterios fundamentales que deben reunir para ser consideradas “verdaderas” inmisiones. No obstante, un buen número de autores ha procurado establecer una definición lo más completa posible:

«injerencias perjudiciales que se producen mediante la introducción de sustancias imponderables procedentes de la finca causante del perjuicio que son conducidas mecánica o físicamente, por tierra o por aire, sobre una finca vecina (en sentido lato)» (ALGARRA PRATS)⁴⁴².

«La injerencia en la esfera jurídica ajena mediante la propagación de sustancias nocivas o perturbadoras, y comprende también la realización de actos que tienen lugar en el inmueble propio pero repercuten también en el del vecino» (ALONSO PÉREZ)⁴⁴³.

«La inmisión significa una penetración en la propiedad ajena, provocando una interferencia en el disfrute pacífico y útil de la misma por su propietario o poseedor y comprendería las siguientes sustancias: «humos excesivos, emanaciones de cloacas, depósitos de materias infectantes, olores, vapores, gases», etc.» (ÁLVAREZ LATA)⁴⁴⁴.

«Aquellas injerencias, apreciables físicamente, que se propan sin intervención de la voluntad humana, pero que se producen como consecuencia del disfrute del derecho de propiedad, o ejercicio de la posesión sobre un bien inmueble y que provocan una interferencia en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad sobre otro bien inmueble vecino» (AMAT LLARÍ)⁴⁴⁵.

«Una injerencia o intromisión en la esfera jurídica ajena, mediante el ejercicio normal o anormal de un derecho de uso y disfrute que provoca la propagación reiterada de sustancias o repercusiones molestas o nocivas al fondo vecino, excediendo del límite de normal tolerancia, según las circunstancias del tiempo y lugar, y lesionando los derechos patrimoniales o personales relacionados con el goce del fondo vecino» (DÍAZ ROMERO)⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro...(II)”, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁴² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 306.

⁴⁴³ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Derecho Civil y Derecho Público, E. Civitas, Madrid, 1996, pp. 4783-4784.

⁴⁴⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.* p. 799.

⁴⁴⁵ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.* p. 75.

⁴⁴⁶ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “Inmisiones y relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 370.

«Injerencias perjudiciales que se producen mediante la introducción de materias imponderables procedentes de la finca causante del perjuicio que son conducidas mecánica o físicamente, por tierra o por aire, sobre una finca vecina (en sentido lato)» (EGEA FERNÁNDEZ)⁴⁴⁷.

«La invasión de la esfera jurídica mediante sustancias o fuerzas, con cierta entidad física, que se producen como consecuencia del disfrute de un bien inmueble y que, por medios naturales, se propagan y penetran en un bien inmueble vecino, de forma reiterada, produciendo daños al mismo o daños o molestias a las personas que lo habitan o que, por otros motivos (laborales, por ejemplo), lo frecuentan» (EVANGELIO LLORCA)⁴⁴⁸.

«Aquellas injerencias, apreciables físicamente, que se propagan sin intervención de la voluntad humana, pero que se producen como consecuencia del disfrute del derecho de propiedad, o ejercicio de la posesión sobre un bien inmueble y que provoca una interferencia en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad sobre otro bien inmueble vecino» (HERRERA DEL REY)⁴⁴⁹.

«Aquella injerencia consistente en sustancias, materias, partículas, elementos o fuerzas incorpóreas de escasa corporalidad, que se producen por la actuación humana en el ejercicio del derecho de propiedad u otro derecho fructivo, con una cierta reiteración y por encima del nivel de tolerancia que la vecindad impone, y que, separándose del punto de origen, se propaga por medios naturales y penetra en la esfera interna de la propiedad ajena, resultando dañosa para el inmueble o nociva y molesta para las personas que lo disfrutaban por cualquier título» (MACÍAS CASTILLO)⁴⁵⁰.

«La invasión de la finca vecina que se produce por medio de la penetración de sustancias molestas, como pueden ser, por ejemplo, ruidos, vibraciones, humos, gases, olores, polvo, calor, cenizas, nocivas para las actividades que se desarrollan en el predio vecino y perjudiciales para la salud de las personas o peligrosas por razón de los riesgos que comportan» (MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO)⁴⁵¹.

«Injerencia en la esfera jurídica ajena que provoca un daño, consecuencia del ejercicio de un derecho dominical que se inicia en el propio inmueble y que trasciende a otros próximos, o por la propagación de sustancias nocivas para la salud» (MASFERRER DOMINGO)⁴⁵².

Las inmisiones causada por humos, gases y olores (contaminación atmosférica) son los supuestos más paradigmáticos del art. 1908.2º C.c.⁴⁵³. Las emanaciones pasan a regularse en el art. 1908 4º C.c., limitándose a las provenientes de cloacas o depósitos de materias infectantes producidas sin adoptar las precauciones necesarias. La contaminación a través de la aguas también ha sido tratado como posible inmisión⁴⁵⁴. Un caso muy habitual es el del ruido⁴⁵⁵, si bien la contaminación acústica no se recoge como agresión al medio ambiente en la legislación medioambiental.

⁴⁴⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 74.

⁴⁴⁸ EVANGELIO LLORCA, R.: “El límite entre las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 856.

⁴⁴⁹ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁵⁰ MACÍAS CASTILLO, A.: “La asimilación...”, *op. cit.*, p. 1232.

⁴⁵¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 25

⁴⁵² MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1597.

⁴⁵³ SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 7.4.1997 (RJ 1997, 2743), 19.7.2006 (RJ 2006, 4731), 12.6.2008 (RJ 2008, 4690); SSAP Zaragoza 19.2.2001 (JUR 2001, 117480), Castellón 21.10.2001 (JUR 2001, 159740).

⁴⁵⁴ SSTS 22.5.1995 (RJ 1995, 4088); SSAP Granada 18.2.1997 (AC 1997, 780), Asturias 16.7.1998 (AC 1998, 1302), Cáceres 8.7.2007 (JUR 2007, 293674).

⁴⁵⁵ SSAP Asturias 10.4.2000 (AC 2000, 996), Ciudad Real 29.10.2002 (AC 2002, 2317), Asturias 8.11.2007 (JUR 2008, 67179), A Coruña 5.4.2011 (AC 2011, 1841).

No obstante, la analogía generalizadora (art. 4.1 C.c.) de los arts. 590 y 1908 Cc. ha sido aplicado por la doctrina con base a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 C.c.), para ampliar el elenco de inmisiones al polvo, vibraciones, sustancias tóxicas, calor, frío, hollín, humedad etc.⁴⁵⁶, siempre que tengan carácter indirecto, material y positivo. También se pueden extender asupuestos de radiaciones y ondas electromagnéticas⁴⁵⁷, de gran repercusión actual.

En Alemania, en virtud del § 906 I BGB, la *immissio* (inmisión), dentro del concepto más amplio de *Einwirkung* (injerencia), es la penetración de imponderables tales como «gases, vapores, olores, humos, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones similares procedentes de otra finca», teniendo en cuenta que la enumeración es meramente ejemplificativa, siempre que sea indirecta, material y positiva, tales como las corrientes eléctricas y otras energías, el polvo, la ceniza, la arena, vapor de agua, etc. Aunque se reconoce que la penetración de agua no es en sí misma una inmisión, sin embargo sí puede ser medio conductor de inmisiones.

En Cataluña, el art. 546-13 C.c. se refiere a las inmisiones de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y luz y demás similares.

En Italia, el art. 844 C.c. habla de «penetración de gases, vapores, ruidos, trepidaciones y otras propagaciones semejantes», si bien la jurisprudencia dispone que dicho artículo contiene una enumeración abierta que permite incorporar supuestos similares, siempre que guarden los caracteres y requisitos de materialidad, carácter indirecto, actualidad (no simple peligro) y reiteración. En el supuesto concreto de filtraciones de agua la jurisprudencia se divide al respecto. También se considera inmisión el vertido de sustancias y vertidos contaminantes en el agua (en cuyo caso el agua actúa como medio transmisor de la contaminación⁴⁵⁸), vibraciones, ondas electromagnéticas, el humo, vapor, ruido⁴⁵⁹, polvo, calor, frío, olor, etc.⁴⁶⁰

En Francia, es la jurisprudencia la que define qué conductas constituyen *inconvéniens* y cuales no, si bien la enumeración es amplia: vapor, calor, polvo, humo y olores, ruido, vibraciones y sacudidas, cualquier actividad que, causando una molestia, provoque la disminución del valor de mercado de la finca, e incluida en la más genérica definición de *les troubles de voisinage*. Desde un punto de vista objetivo, no solamente se incluyen las inmisiones en sentido estricto (concepto tradicional de *immissio*) sino también todo tipo de perjuicios que puedan derivarse de la vecindad⁴⁶¹.

En el derecho del *common law*, la interferencia indirecta puede referirse a humos⁴⁶², contaminación fluvial⁴⁶³, ruido, etc.

⁴⁵⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 297-299. ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, op. cit., p. 387. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., p. 6. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por inmisiones industriales (Comentario a las Sentencias del TS de 15 de marzo de 1993)”, Anuario de Derecho Civil, Vol. Nº 46, Nº 4, 1993, pp. 1957 y ss. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, p. 56. LORANCA RUILÓPEZ, A.: loc. cit.

⁴⁵⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “De nuevo sobre la responsabilidad electromagnéticas: el estado de la ciencia como solución jurídica”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 49, Nº 1, 2001, pp. 14-18. LORANCA RUILÓPEZ, A.: loc. cit.

⁴⁵⁸ Cass. 9 de abril de 1975, nº 1.281 (*Gius. civ.* 1975-I, pp. 1117 y ss.). En la doctrina, PARADISO, M.: “Inquinamento delle acque interne e strumenti privatistici di tutela”, en *RTDPC*, 1977, pp. 1391 y ss.

⁴⁵⁹ TRIMARCHI, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 351.

⁴⁶⁰ AMATO, G.: op. cit., p. 709.

⁴⁶¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 117.

⁴⁶² *St Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865) 11 HLH 642.

⁴⁶³ *Pride of Derby Angling Association v. British Celanese* [1953] Ch 149.

B) Caracteres de la inmisión del art. 1908.2 C.c.

De un estudio general de la doctrina⁴⁶⁴ se pueden extraer los siguientes caracteres y requisitos de la inmisión: 1) Indirecto, es decir, se separa siempre de su punto de origen, lo que permite su propagación por medio de factores naturales (aire, tierra o agua), sin intervención de la voluntad humana. 2) Material: la inmisión, atendiendo a criterios físicos, tiene una mínima corporeidad, o bien es incorporeal. 3) Positivo: la inmisión ha de interferir en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad o de la posesión de un bien inmueble vecino. 4) Causada por una emisión conocida por el operador en el ejercicio loable de la actividad, es decir, en el disfrute de la misma.

En el Derecho comparado, el § 906 BGB alemán está orientado a las inmisiones indirectas, materiales y positivas, por lo que las inmateriales y negativas encuentran su acomodamiento en los §§ 903 y 1004 BGB respectivamente. El art. 684 ZGB suizo contempla las inmisiones indirectas, materiales y positivas, si bien añade las ideales. En Austria, el art. 364 AGB comprende las inmisiones indirectas, materiales y positivas, quedando prohibidas las directas (art. 364 párrafo 2º, *in fine*).

a) Emisión conocida por el operador en el ejercicio de la actividad.

La inmisión requerirá haber sido producida por una emisión conocida por el operador, como consecuencia del ejercicio de la actividad o disfrute de su derecho de propiedad inmobiliaria, es decir, con un fin serio y legítimo y satisfaciendo su propio interés, en la persecución de una loable empresa.

En EEUU, una *private nuisance* puede ser intencional o no intencional. La primera se produce cuando se actúa con el propósito de causar una invasión (dolo) o sabiendo que la misma está siendo resultado o es sustancialmente cierto que resultará de la conducta⁴⁶⁵ que el actor causa a sabiendas en la persecución de una loable empresa sin deseo de causar el daño. No es suficiente para hacer la invasión intencional que el actor se haya dado cuenta o debería haberse dado cuenta que su conducta conlleva un riesgo grave (responsabilidad objetiva por riesgo) o probabilidad de causar la invasión (responsabilidad por culpa o negligencia). La conducta intencional debe haber sido irrazonable⁴⁶⁶ (*Section 822 of the RST, Division 10*)⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil ...*, *op. cit.*, pp. 254-255; Responsabilidad por daños causados por inmisiones en el Código Civil español y la protección frente a humos, ruidos, olores y similares perturbaciones entre vecinos”, en MORENO MARTÍNEZ, J.: [Coord.], *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 640. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 75-76. ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(I)”, *op. cit.*, p. 799. BONFANTE, P.: *op. cit.*, p. 85. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 24-29. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 54. DÍAZ ROMERO, Mª DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 33; “Defensa frente a inmisiones. Cese y reparación de daños y perjuicios. Acción negatoria: comentario a la STSJ Cataluña de 19 marzo 2001 (RJ 2002, 1399)”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 10, 2003, pp. 356-357; “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.*, p. 3704. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 76. MACÍAS CASTILLO, A.: “La asimilación...”, *op. cit.*, pp. 1231-1232. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, pp. 25-26.

⁴⁶⁵ En el § 825 RST norteamericano se pone el siguiente ejemplo: A es un propietario de una granja avícola que utiliza un arroyo que cruza su propiedad y la del vecino B, que utiliza este arroyo para su granja. «A, deseando eliminar diez barriles de residuos de su fábrica y conociendo que la contaminación del arroyo interferirá las operaciones de la granja de B, pero no teniendo el deseo de causar daño a B, vierte los residuos en el arroyo». Si la contaminación que sufre B hubiera sido por la filtración en el suelo de A y la circulación por aguas subterráneas hacia su propiedad, la invasión no es intencional y se rige por las reglas de la negligencia o del riesgo creado.

⁴⁶⁶ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 387.

⁴⁶⁷ BERRY, JAMES F./ DENNISON, MARK S.: *op. cit.*, p. 21.

Las inmisiones deben tener su origen en el ejercicio (normal o anormal) de un derecho⁴⁶⁸, es decir, de una actividad de un bien inmueble, como consecuencia del ejercicio de sus facultades de goce o disfrute⁴⁶⁹. Ello comporta una doble exigencia: por una parte, la obligación de que la inmisión sea originada por una actividad humana⁴⁷⁰ (se excluirán las fuerzas de la naturaleza); y, por otra, será necesario que la actividad inmisiva guarde cierta relación con el fondo en el que se realiza, es decir, que constituya una manifestación del disfrute de un derecho de goce sobre el mismo. Esto tiene relación directa con el requisito relativo a que la inmisión sea consecuencia normal del ejercicio de la propiedad, por cuando de lo contrario se estaría probablemente en el terreno de las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad ocasionadas por escapes no conocidos por el operador, en cuyo caso no sería evaluable desde la perspectiva de las relaciones de vecindad sino desde la responsabilidad civil⁴⁷¹.

No hay que confundir el hecho de que la actividad sea consecuencia del disfrute del fondo propio, con el hecho de que se exija un ejercicio lícito de la actividad para que puedan estar comprendido en esta materia. Una cosa es el tipo de ejercicio que se puede hacer, según la normativa, y otra cosa bien diferente es cómo realizar la actividad desde el punto de vista normativo o según los usos del lugar, tanto desde el punto de vista del cumplimiento de las distancias como de las medidas de prevención del daño adecuadas (uso normal), o desde el punto de vista del receptor de la inmisión (normal tolerancia), teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar. El primero se convierte en requisito de la inmisión desde el punto de vista conceptual, mientras que el segundo se convierte en requisito de legitimidad o no de la inmisión.

En Inglaterra se exige como requisito de la *private nuisance* la previsibilidad del daño por el causante en el desarrollo de su actividad. Si bien se puede encontrar jurisprudencia en la que no se precisa el significado de la previsibilidad del daño, remitiéndose a la regla general establecida en la negligencia⁴⁷², estoy de acuerdo con la línea que defiende que, aunque el daño haya sido previsible en el caso de un incidente dañoso, el incidente en sí mismo no necesita ser previsible⁴⁷³. La negligencia en la *nuisance* no es un elemento esencial de responsabilidad⁴⁷⁴. Por tanto, no es necesaria la previsibilidad del preciso proceso industrial conducente a la inmisión⁴⁷⁵. La carga de la prueba de la previsibilidad del daño corresponde a los demandantes⁴⁷⁶.

⁴⁶⁸ ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 398.

⁴⁶⁹ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 33; “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.*, p. 3704. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 57. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 497. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 25.

⁴⁷⁰ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 50. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁷¹ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 25-26. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *loc. cit.*

⁴⁷² *Overseas Tankship (UK) Ltd. v. The Miller Steamship Co. Pty and Another (The Wagon Mound (No. 2))* [1967] 1 AC 617, p. 640. Para esta sentencia la cuestión esencialmente se reduce a la previsibilidad y lejanía del daño. Para Lord Goff, en la *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather plc* [1994] 2 AC 264, p. 301, no es necesario aclarar este concepto.

⁴⁷³ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 94; WEIR, T.: “*Rylands v. Fletcher Reconsidered*”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 53, Part, 2, July 1994, pp. 216-218.

⁴⁷⁴ *Jan de Nul (UK) v. NV Royale Belge* [2000] 2 Lloyd’s Rep 700 (713).

⁴⁷⁵ *Graham and Graham v. Re-Chem International Limited* [1996] Env LR 158. En la sentencia, FORBES, J. dice que no es necesario prever el preciso proceso químico conducente a la contaminación de la propiedad adyacente, sino que es suficiente conocer que se formarán dioxinas y furanos en el proceso incineratorio y que ellas son tóxicas. *Savage and Another v. Fairclough and Others* [2000] Env LR 183.

⁴⁷⁶ *Savage and Another v. Fairclough and Others* [2000] Env LR 183.

En la mayoría de inmisiones, tanto el proceso causante como los efectos serán normalmente continuos o periódicos. Por ejemplo, el clásico caso de emisión de humos de una fábrica, o la producción de ruidos de una obra de construcción que se encuentren dentro del ámbito de influencia de los efectos de la inmisión. La mayor parte de la doctrina española apuesta por el requisito de la continuidad o periodicidad de la inmisión, pues de lo contrario –dicen- se podría situar en el terreno de la responsabilidad civil *ex art. 1902 C.c.* y no en el concepto clásico de inmisión⁴⁷⁷. No obstante, las inmisiones pueden producir efectos repentinos, como las vibraciones provocadas por una industria extractiva que esporádicamente efectúe voladuras.

Por otro lado, también pueden considerarse inmisiones aquellas producidas por invasiones en el uso y disfrute de la propiedad que, si bien son producidas originariamente por un escape desconocido, se reproducen en el tiempo por la mera continuidad de la actividad y son conocidas y asumidas por el operador. No obstante, en estos casos creo que el afectado, sea en la primera ocasión que sufra daños, o en las siguientes, podría acudir a los supuestos de responsabilidad cuasi objetiva.

El § 825 RST llega a una solución diferente: no exige la continuidad de la invasión, puesto que admite las momentáneas, primando el estado de “previsión” y “conocimiento” del causante en lugar de la forma de manifestación de la inmisión. Su frecuente utilización se debe a varias razones: 1) La duración o frecuencia de la invasión es un factor considerado en la determinación de la gravedad del daño en comparación con la utilidad de la conducta del demandado, sobre todo en casos de ruidos molestos o los olores⁴⁷⁸. 2) La demanda frecuentemente es por *injunctio* (acción de cesación) contra la continuación de la inmisión, y alguna continuación o frecuencia es normalmente requerida como fundamento de la misma. 3) Una invasión continua cuyo origen es desconocido para el operador puede calificarse de intencional por la mera continuación de la actividad después de que el actor conozca que la invasión⁴⁷⁹.

En el *common law* inglés salvo alguna oposición doctrinal⁴⁸⁰, se afirma que la *nuisance* requiere generalmente un elemento de permanencia⁴⁸¹.

En Francia, CABALLERO dice que no se puede hablar de permanencia de las inmisiones, sobretudo en las que son intermitentes. Pero tampoco se puede hablar de periodicidad –retorno de un hecho con intervalos más o menos regulares- por cuanto no es una característica fenomenológica absoluta de *troubles de voisinage*; «[m]ejor decir simplemente que estos son propagados en el tiempo, y que el proceso dañoso presenta un carácter progresivo en función del tiempo»⁴⁸².

⁴⁷⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 283-284. BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 240. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 28. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 33; “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.*, p. 3704. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 30, 76. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 18. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, pp. 50-51. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, p. 221. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 499. LUQUÍN BERGARECHE, R.: *op. cit.*, p. 55. MACÍAS CASTILLO, A.: “La asimilación...”, *op. cit.*, pp. 1232. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *La acción negatoria*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 93. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones y molestias...*, *cit.*, p. 40. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria de servidumbre e inmisiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 22.

⁴⁷⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 282-283.

⁴⁷⁹ Comentario c) del § 825 RST norteamericano.

⁴⁸⁰ NEWARK, F.H.: “The Boundaries of Nuisance”, 65 *Law Quarterly Review*, 1949, p. 488.

⁴⁸¹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 92.

⁴⁸² CABALLERO, F.: *op. cit.*, p. 239.

b) *Interferencia indirecta: propagación a través del medio ambiente.*

El carácter indirecto de la inmisión significa que el fenómeno tiene su origen en la propia finca y desde ahí extiende sus efectos a la finca del vecino, es decir, se trata de un *facere in suo* que da lugar a un *immittere in alienum*⁴⁸³. Una vez producida la emisión, ésta debe adquirir independencia o autonomía del lugar de donde procede y propagarse por medios naturales (agua, atmósfera o suelo-subsuelo) en los que no intervenga el hombre⁴⁸⁴ y así penetrar en la finca ajena.

La inmisión tiene que ser incorporal (gases, olores, calor, ruidos, etc.) o tener una corporalidad mínima (vapores, humo, hollín), quedando fuera las injerencias inmateriales o ideales y los cuerpos sólidos de proporciones considerables, que no pueden propagarse en circunstancias normales por medios naturales sin intervención del hombre⁴⁸⁵. La calificación de incorporal se realiza como aquello que no se puede tocar, que es invisible y tangible por los sentidos humanos⁴⁸⁶. Por el contrario, las injerencias ideales (p.ej las ofensas al decoro o a la moral, la contaminación estética o la intromisión en la vida privada), no se consideran materiales, sino inmateriales⁴⁸⁷.

En otros supuestos es la tierra la que actúa como medio transmisor: trepidaciones, sacudidas y vibraciones. El agua como elemento transmisor solamente se puede circunscribir a las inmisiones producidas entre fundos ribereños a un río, siempre y cuando se consideren como tales los vertidos tóxicos y las sustancias, partículas o materias contaminantes integradas por elementos de escasa corporalidad⁴⁸⁸.

Todo lo anterior implica que las inmisiones directas (p. ej. la construcción en suelo de otro) son prohibidas por el ordenamiento jurídico con independencia del límite de la normal tolerancia, salvo que se constituya una servidumbre. En ocasiones no es necesaria la canalización directa en el fundo del vecino para considerar la inmisión como directa⁴⁸⁹. Si la actividad humana interviniera en esta propagación, se consideraría un injerencia directa y no una inmisión, por lo que no se tolerarán⁴⁹⁰, en cuyo caso se aplicaría el art. 1902 C.c. En cambio, existen usos indebidos del término “inmisión” cuando en realidad se están enjuiciando injerencias directas⁴⁹¹.

⁴⁸³ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., p. 58. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, op. cit., p. 33. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit., pp. 49-50. En Italia, AMATO, G.: op. cit., p. 709.

⁴⁸⁴ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., pp. 75-76. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit., p. 57.

⁴⁸⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por inmisiones industriales...”, op. cit., p. 1965. Según el autor « siempre se parte de injerencias que tienen un sustrato material».

⁴⁸⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 271.

⁴⁸⁷ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., p. 74. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, op. cit., p. 33.

⁴⁸⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 264.

⁴⁸⁹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, op. cit., p. 36-37.

⁴⁹⁰ § 906 III BGB, art. 844 C.c. italiano, art. 546-14-6 C.c. catalán, etc.

⁴⁹¹ Es el caso recogido en la STS 3.4.1984 (RJ 1984, 1924) en la que se enjuicia un supuesto de reclamación efectuada por el propietario de un terreno que reclama la retirada de unos cables subterráneos que discurren por el subsuelo de su parcela y la indemnización por la pérdida de uso del mismo, utilizando el término “inmisión” a dichas obras. Nos encontramos claramente en un supuesto de injerencia directa y no de inmisiones, reconducible por tanto por el art. 569 C.c. («Servidumbre de paso por obra»). También sucede algo parecido en la STS 14.11.1996 (RJ 1996, 7922), que trata la invasión de los terrenos del demandante de vertidos de materiales de desecho de la explotación de una concesión minera. No por casualidad se invoca en este caso, además de los arts. 1104 y 1902 C.c., el 348 C.c.

La inmisión debe poder ser medida objetivamente a través de aparatos técnicos, conforme al estado de la técnica, si bien determinadas inmisiones como los olores difícilmente pueden ser objeto de medición⁴⁹² u otras como la contaminación electromagnética requieren de apartados tecnológicamente avanzados.

c) *Vecindad ampliada desde el punto de vista geográfico y jurídico.*

Otro de los requisitos de las inmisiones es *la vecindad de las fincas*, entendidas no como colindancia entre el fundo inmitente y el inmitido, sino como proximidad, es decir, se encuentren en una relación de influencia de una sobre la otra, dentro de la cual pueden propagarse los efectos de la inmisión⁴⁹³, que variará en función de las características de la misma⁴⁹⁴, siendo elástico dicho concepto.

La vecindad marcada por el área de influencia de la inmisión se debe a que se ha evolucionado de unas relaciones de vecindad de tipo predial, marcadas por la colindancia de las propiedades, por unas relaciones de vecindad de tipo industrial y urbana, caracterizadas por la proximidad de los vecinos. El alcance geográfico de la nocividad de la inmisión será lo relevante a la hora de marcar el área de influencia de aquella. De hecho, los perjuicios más importantes, a menudo, no son los ocasionados por una finca vecina en sentido estricto, sino por otras más alejadas (p. ej. industrias), es decir, las que no tiene una relación de inmediata vecindad⁴⁹⁵. Se podría pensar que cuando más se alejen las inmisiones de la “zona de influencia” más restrictivamente se debe aplicar el derecho de vecindad. No obstante, creo que siempre que se sufra una inmisión, ello provoca la presunción de que se está en dicho área. Precisamente, las modernas relaciones de vecindad industrial se caracterizan por la existencia de actividades que pueden ocasionar inmisiones notables. Además, hay que tener en cuenta por la atmosfera o por el curso de un río, el área de influencia es muy grande.

En Alemania, la doctrina mayoritaria reconoce que lo verdaderamente relevante es hasta dónde se extiende la inmisión⁴⁹⁶. En Austria la jurisprudencia es unánime a la hora de entender que la vecindad no significa colindancia⁴⁹⁷.

⁴⁹² AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 75. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *loc. cit.* EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 76. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 49, 57. JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 77. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 496-497.

⁴⁹³ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 266. ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 799. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 58. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 29. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 33; “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 3704-3705. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 96. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 10. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 50. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 500. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 25. En la jurisprudencia, la STS 12.6.2008 (RJ 2008, 4690), falla que «Actualmente se entiende que la proximidad se determina en función de la influencia que ejerza una finca sobre otra». Por otra parte, la STS 24.5.1993 (RJ 1993, 3727) afirma que los terrenos que reciben las inmisiones deberán estar dentro del área de influencia de los focos emisores. La STS 24.5.1993 (RJ 1993, 3727) niega la relación causal entre el daño y la causa porque no exista en la zona ningún otro foco conocido de contaminación que albergue los componentes encontrados en la zona que recibe la inmisión. En parecido sentido, citamos la conocida sentencia del TSJ de Navarra 3.5.2004 (RJ 2004, 3724).

⁴⁹⁴ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 77. La autora dispone que «esto dependerá del tipo de inmisión de que se trate, las sustancias químicas tienen un radio de acción más amplio que el de los ruidos».

⁴⁹⁵ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁹⁶ Sentencia del RG de 4.10.1922 (RGZ, 1923, v. 105, pp. 213 y ss.).

En Italia, el art. 844 C.c. se refiere a la vecindad entre fincas, pero la doctrina dice que el concepto de vecindad no debe entenderse en sentido restrictivo, sino en sentido amplio, por lo que no será necesaria su colindancia⁴⁹⁸. La jurisprudencia sólo legitima al propietario que es titular de un derecho real o de goce del fundo vecino; sin embargo desde una perspectiva amplia, se debe considerar como vecino no sólo el limítrofe, sino también todos aquellos que pueden sufrir la inmisión⁴⁹⁹.

En Francia, dentro del concepto de vecindad se incluyen también las relaciones entre personas que estén relativamente próximas unas a otras. CABALLERO indica que la noción de vecindad delimita el dominio de la responsabilidad dentro de un doble cuadro: geográfico, de una parte, jurídico de otro⁵⁰⁰. En el primer caso, dice que la doctrina es unánime en ampliar el campo geográfico hacia un criterio de proximidad, zona o región contaminada. Ello se debe, según el autor, a que las técnicas modernas amplían, en efecto, la contaminación industrial y aumentan en las mismas proporciones la intensidad y la propagación de las *nuisances*. Además, no existe por otra parte ninguna decisión rechazando una acción de responsabilidad más allá de la condición de proximidad. Esta condición se reduce, según el autor, a la especie de una simple condición de causalidad ecológica, por lo que este límite geográfico corresponde en términos generales al marco geográfico de la noción. Más allá, -dice el autor- por ejemplo varios centenares, o incluso miles de kilómetros- no se puede hablar de vecindad.

En Bélgica, la noción de vecindad se entiende ampliamente, hasta el punto de que es suficiente que el uso de una propiedad afecte otra propiedad, independientemente de la distancia existente entre las mismas⁵⁰¹.

d) *Interferencia en el uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria.*

Se debe producir una afectación negativa del uso y disfrute de la propiedad por parte del vecino⁵⁰², que incluye los daños a la propiedad y los personales, o demás perjuicios económicos derivados de aquéllos, siempre que se mantenga un vínculo estable con aquélla, derivado del hecho de que si no se tutelara a la persona se estaría negando el goce de la finca, ya que la noción de propiedad no puede prescindir del mismo⁵⁰³ y de que son cubiertos expresamente por el art. 1908.2 C.c.

⁴⁹⁷ OGH 7.10.1981, 1 Ob 31/81, SZ 54/137; 20.12.1988, 2 Ob, 656/87, JB1 1989, 239, entre otras.

⁴⁹⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil ...*, op. cit., p. 92. VISINTINI, G.: “Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti Leggi Ecologiche”, en *Riv. dir. civ.*, 1980-II, p. 252.

⁴⁹⁹ AMATO, G.: op. cit., p. 714.

⁵⁰⁰ CABALLERO, F.: op. cit. p. 202-203.

⁵⁰¹ HINTEREGGER, M.: op. cit., p. 86.

⁵⁰² DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, op. cit., p. 33; “Defensa frente a inmisiones...”, op. cit., pp. 357; “Inmisiones: relación de causalidad...”, op. cit., p. 313.

⁵⁰³ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 272-273, 277; “Comentarios a la STS de 7 abril de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, p. 850. ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, op. cit., p. 4784; “La protección jurídica ...”, op. cit., p. 397. ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de su operatividad”, *Actualidad Civil*, Nº 4, 2002, p. 1200. AMAT LLARÍ, M^a E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., pp. 87-89 y 94; “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989 (Relaciones de vecindad. Industria molesta)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 20, abril-agosto 1989, p. 453. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., p. 58. DÍAZ BRITO, F.J.: op. cit., pp. 27-28. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., p. 116. EVANGELIO LLORCA, R.: “El perjuicio derivado de las inmisiones: especial consideración a los daños a la persona”, *Revista jurídica del Notariado*, Nº 35, 2000, p. 54. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit. pp. 57-58. JUNCEDA MORENO, J.: op. cit., p. 77. JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, op. cit., pp. 883-884. LORANCA RUILÓPEZ, A.: op. cit. p. 499.

El daño patrimonial en se refiere a los relativos a los bienes inmuebles y muebles, en cuanto formen parte del inmueble, mientras que el el daño no patrimonial⁵⁰⁴ se producirá como consecuencia de la alteración de la calidad de vida, de la salud⁵⁰⁵ o por la lesión de los DDFD a la integridad física y moral⁵⁰⁶, a la intimidad personal o a la inviolabilidad del domicilio⁵⁰⁷, sobretodo en materia de ruidos, siempre que se trate de una injerencia no tolerable⁵⁰⁸, para la sensibilidad media o la conciencia social⁵⁰⁹, con independencia de los niveles reglamentarios⁵¹⁰.

La cobertura de los intereses personales y patrimoniales que permite el art. 1908.2 C.c. y de la teoría de los *troubles de voisinage* francesa difiere de la regulación alemana de las inmisiones (§906 BGB). No obstante, hay jurisprudencia que dice que las inmisiones son aquellas que «o influyen de forma nociva en la finca y en las cosas existentes en ella o molestan a las personas que permanecen en la finca, de tal modo que se perturba su salud o se les causa un malestar físico»⁵¹¹. No hay que fijarse únicamente en criterios económicos en relación al aprovechamiento de la finca, sino también en la finalidad de proteger a las personas: el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud debe marcar el límite de las inmisiones permitidas⁵¹². Los Tribunales no se han referido sobre qué ruidos, cuando afecten a la esfera de la persona en su domicilio, pueden constituir una violación del derecho general de la personalidad que también se incluye, si bien no en la lista de los derechos absolutos, sí del § 823 I BGB. Este párrafo incluiría, según MARTÍN VIDA, los daños medioambientales que tienen la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular*⁵¹³.

MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 272; “La asimilación...”, *op. cit.*, p. 1232. Según el autor la inmisión resulta «dañosa para el inmueble o nociva o molesta para las personas». MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, p. 94. NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 246-247, 327-329 y 399-400. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “La protección civil indirecta del medio ambiente”, *La Ley*, N° 3, 1992, p. 906. SALVADOR CODERCH, P. y SANTDIUMERGE FARRÉ, J.: “La acción negatoria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987”, *Poder Judicial*, n° 10, 1988”, *Poder Judicial*, n° 10, 1988, p. 122. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁰⁴ MALDONADO RAMOS, J.: “Inmisiones y daño moral. Ruidos y vibraciones en viviendas por la actividad de industrias del mármol debidamente autorizadas y preexistentes a la adquisición o edificación de las viviendas. Improcedencia de indemnizaciones por pérdida de valor de las viviendas y por daño moral: Comentario a la STS (del pleno) 12/01/2011 (recurso de casación y extraordinario por infracción procesal n° 1580/2007. Ponente: Marín Casal)”, *Revista del poder judicial*, N° 91, 2011, p. 52. MUÑOZ INSAUSTI, J.: *Aranzadi Responsabilidad civil: doctrina, jurisprudencia, régimen legal y formularios*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, v. 1, p. 409.

⁵⁰⁵ STS 2.2.2001 (RJ 2001, 1003); SAP Badajoz 25.10.2004 (RJ 2004, 1895).

⁵⁰⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Condiciones medioambientales...”, *op. cit.*, p. 333.

⁵⁰⁷ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 121-122. En la jurisprudencia, STS 2.11.2001 (RJ 2001, 1003), 29.4.2003 (RJ 2003, 3041); SAP Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), FD 1º, Córdoba 23.12.2009 (JUR 2009, 200426), FD 3º.

⁵⁰⁸ SSAP Segovia 28.5.1993 (AC 1993, 957) y 22.12.1999 (AC 1999, 2413), Cuenca 10.5.2000 (AC 2000, 2254), Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895).

⁵⁰⁹ SSAP Segovia 28.5.1993 (AC 1993, 957), Barcelona 12.4.2000 (AC 2000, 2267), Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895).

⁵¹⁰ STS 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 16.1.1989 (RJ 1989, 101).

⁵¹¹ Sentencia del RG de 8 de abril de 1911 (RGZ, 1911, v. 76, pp. 130 y ss.) y Sentencia del BGH de 12 de julio de 1985 (BGHZ, 95, pp. 307 y ss.), entre otras.

⁵¹² BALTES, J.: “Immissionsgrenzwerte und art. 2 Abs. 2 GG”, en *BB*, 1978, pp. 130 y ss. LANG, E.: “Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in rechtsvergleichender Sicht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 174, n° 4, ps. 381 y ss.

⁵¹³ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 14.

En Italia, el daño intolerable lo sufren las personas en la esfera del propio dominio, reduciendo el valor del uso provechoso de la cosa⁵¹⁴. La tutela de la protección del particular frente a las inmisiones incluye la vulneración de los daños a la salud⁵¹⁵ entendido de forma amplia, es decir, no sólo la integridad física, sino también la calidad de vida y el bienestar psíquico⁵¹⁶. Si bien el derecho a la salud es un derecho absoluto y primario, ello no excluye la necesidad de acertar cuales son las condiciones objetivas en cuyo contexto el derecho es ejercitado, así como ver si es racional el sacrificio total de cualquier otra exigencia en el conflicto potencial, teniendo en cuenta que la existencia del daño no puede ser computado con criterios puramente abstractos, que prescindan del concreto ambiente en el cual la persona vive⁵¹⁷. Así, cuando la inmisión en una zona industrial sea excesiva para la salud de aquellos que habitan en la zona, debe ser dispuesta la eliminación sin dar lugar a la indemnización, al no garantizar en dicho lugar el mínimo necesario⁵¹⁸. Para ello, se propugna una interpretación del art. 844 C.c. que ponga en evidencia la equivocación del postulado por el cual la propiedad se ciñe únicamente a los intereses privados y a la exigencia de la producción⁵¹⁹, pues reservar el interés a la salud a la sola tutela resarcitoria *ex art.* 2043 C.c., aunque sea de terceros no propietarios⁵²⁰, parece aberrante, porque permitiría la perpetuación de un hecho ilícito a través del pago de sumas periódicas de dinero, como si este tipo de lesión pudiera ser tratada como un negocio de naturaleza económica⁵²¹.

En el Derecho del *common law* se protegen derechos a la propiedad: materiales o interferencias en el disfrute de la misma. Los daños patrimoniales que no tienen que ver con el uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria no son recuperables, salvo alguna excepción, como el supuesto de *Halsey v. Esso Petroleum* en la que se concedió una indemnización por daños ocasionados en un vehículo aparcado en la vía pública⁵²². La doctrina no se pone de acuerdo a la hora de decidir si los daños personales tienen cabida en una *private nuisance*. Los que la incluyen se basan en que éstos fluyen de la invasión en la propiedad⁵²³. Los tribunales parece inclinarse por excluirlos de este tipo particular de *nuisance*. Por ejemplo, *Lord Macmillan*, en la sentencia *Read v. Lyons*, afirmó que los daños personales solamente son recuperables en los supuestos basados en negligencia⁵²⁴. Otros autores se sitúan en un punto intermedio cuando afirman que, una vez que el interés de la persona en la propiedad inmobiliaria afectada haya sido establecido, serán recuperables los daños patrimoniales y los personales que sean consecuencia del daño anterior⁵²⁵ y que tengan interés en la propiedad invadida⁵²⁶.

⁵¹⁴ Cass. de 25 de julio de 1934 *Foro it.*, 1934-I, pp. 1749 y ss.

⁵¹⁵ ZERELLA, E.: “La tutela del diritto alla salute e la disciplina delle immissioni”, en *Gius. civ.*, 1986-I, p. 132.

⁵¹⁶ VISINTINI, G.: “Il divieto di immissioni...”, *op. cit.*, pp. 249, 264.

⁵¹⁷ DE TILLA, M.: “Alcune riflessioni sull’applicazione dell’art. 844 CC al condominio”, en *Gius. Civ.* 1992-I, p. 1925.

⁵¹⁸ ALVINO, E.: *op. cit.*, p. 1368.

⁵¹⁹ IANNELLI, A.: *op. cit.*, p. 376.

⁵²⁰ TORREGROSA, G.: *op. cit.*, p. 1425.

⁵²¹ IANNELLI, A.: *op. cit.*, p. 378.

⁵²² *Halsey v. Esso Petroleum Co. Ltd* [1961] 2 All ER 145, p. 152.

⁵²³ *Hale v. Jennings Brothers* [1938] 1 All ER 579.

⁵²⁴ *Read v. Lyons* [1947] AC 156. Lord Macmillan se remite a los argumentos de NEWARK, F.H.: *op. cit.*, p. 480.

⁵²⁵ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 93.

⁵²⁶ *Cambridge Water Co. V. Eastern Counties Leather plc* [1994] 2 AC 264.

En EEUU, la *Section 821 D RST* dice que el uso y disfrute de su propiedad comprende no sólo el interés que tiene una persona en el uso actual de la propiedad, sino también el interés en que el valor de la misma permanezca intacto por cambios en su condición física. También comprende el placer, el confort y el disfrute que una persona normalmente tiene en la propiedad ocupada⁵²⁷, si bien el estrés emocional (*emotional distress*) (§ 46) es un interés de la personalidad. No obstante, la jurisprudencia amplía su ámbito de aplicación a los daños personales (*personal injury*), siempre sean ocupantes legales y estables de la propiedad invadida⁵²⁸. La invasión comprende los intereses que la persona tiene en: 1) el uso de la propiedad, 2) el valor de la propiedad, 3) el placer, confort y disfrute, 4) la tranquilidad⁵²⁹ y 5) la salud⁵³⁰.

En Austria el § 364 a) ABGB cubre los daños a la propiedad inmobiliaria: coste de las reparaciones y disminución del valor de la propiedad⁵³¹. Los daños personales solamente pueden reclamarse bajo las reglas de la culpa o de la responsabilidad objetiva, lo que sitúa la cobertura de estos daños en una posición menos favorable con respecto de la cobertura de los daños a la propiedad⁵³².

e) *Interferencia ilegítima basada en la excesividad de la inmisión.*

La regla general es que no toda inmisión está prohibida y debe ser resarcida⁵³³. La producción de ciertas inmisiones es hoy en día inevitable y resulta difícil, aunque necesario, encontrar el equilibrio entre el libre ejercicio del derecho y el respeto de los derechos de los demás⁵³⁴, compatibilizando los intereses privados con las exigencias inevitables de la industria y de la producción⁵³⁵. La ilegitimidad de la inmisión surge de la colisión entre dos derechos legítimos⁵³⁶: la libre actividad y la libertad de exclusión, pues son las mismas necesidades sociales y económicas las que obligan al propietario a tolerar los daños no sustanciales, ya que éstos se ven compensados por los beneficios generales que la actividad reporta a todos⁵³⁷. Será inmisión ilegítima aquella que alcance cierta entidad o nivel, que excede de las mínimas molestias o incomodidades que toda convivencia impone, que no hay obligación de soportar⁵³⁸, basándonos en una tolerabilidad natural del hombre y de su entorno.

⁵²⁷ *Herring v. Wilton*, 106 Va. 171, 55 S.E. 546 (1906) (ruido); *Riblet v. Spokane Portland Cement Co.*, 41 Wash.2d 249, 248 P.2d 380 (1952) (polvo).

⁵²⁸ ROGERS, W.V.H.: *The law of tort*, London: Sweet & Maxwell, 1994, pp. 124-125.

⁵²⁹ *Everett v. Paschall*, 61 Wash. 47, 111 P. 879 (1910) (funeral home); cf. *Barrier v. Troutman*, 231 N.C. 47, 55 S.E.2d 923 (1949) (*airport noise and danger*).

⁵³⁰ *Mills v. Hall & Richards*, 9 Wend. (N.Y.) 315, 24 Am.Dec. 160 (1832); *Bowlin v. George*, 239 S.C. 429, 123 S.E.2d 528 (1962).

⁵³¹ OGH 31.2.1925, Ob III 234/25, SZ 7/115; 1.12.1965, 7 Ob 298/65, JB1 1966, 319.

⁵³² HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 84

⁵³³ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 282.

⁵³⁴ AMAT LLARÍ, E.: "Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989 (Relaciones de vecindad. Industria molesta)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 20, abril-agosto 1989, p. 452.

⁵³⁵ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 240.

⁵³⁶ LLODRÀ GRIMALT, F.: *Lecciones de Derecho Ambiental*, Universitat de les Illes Balears, col·lecció materials didàctics, Palma, 2008, p. 99.

⁵³⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 272-273. AMAT LLARÍ, E.: "La regulación de las inmisiones...", *op. cit.*, pp. 86-87; "Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...", *op. cit.*, p. 520. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La responsabilidad civil por inmisiones...", *op. cit.*, pp. 14-15.

⁵³⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 388. ALONSO PÉREZ, M.: "La protección jurídica...", *op. cit.*, pp. 397, 409-410. ÁLVAREZ LATA, N.: "Tutela ambiental y acción negatoria...", *op. cit.*, p. 1200. AMAT LLARÍ, E.: "La regulación de las inmisiones...", *op. cit.*, p. 86. CABANILLAS

La excesividad de la inmisión es un concepto que determina la ilegitimidad de la misma, y es el equivalente al concepto inglés “*unreasonable*”, francés “*excessif*” o al catalán “ilegítima”. El juez tendrá en cuenta la costumbre del lugar, el tiempo y duración de la inmisión, y la naturaleza del lugar, las exigencias de la producción y la prioridad en el uso⁵³⁹, dependiendo de las circunstancias del caso⁵⁴⁰.

Desde el punto de vista de los efectos de la inmisión, serán tolerables aquellos daños o molestias que se refieran a menoscabos patrimoniales de tan poca entidad que, teniendo presentes los gravámenes que se impondrían sobre el derecho del otro particular para que aquéllos desaparecieran, no merecen ser protegidos por el ordenamiento jurídico. La idea de tolerabilidad debe significar en la práctica que lo que debe ser soportado no son daños graves, sino los menos importantes⁵⁴¹. Se ha alabado el criterio de la normal tolerancia como uno de los más respetuosos con los derechos de los vecinos, al no tener en cuenta las características de la actividad⁵⁴².

Desde el punto de vista de la conducta dañosa, en Cataluña y el Alemania se establece expresamente que las inmisiones serán legítimas siempre que la actividad que las causa se ajuste al uso normal, no implicando un uso anormal o excesivo del derecho del agente causante⁵⁴³, o esté autorizada. El problema de este criterio estriba en conocer hasta donde puede llegar la producción “normal” y por ello tolerable, y cuando, por excederse en la misma, pasa a ser “anormal” y por ello intolerable⁵⁴⁴. El problema en el ordenamiento español es que el art. 1908.2 C.c. se ubica en sede de responsabilidad civil, por lo que cuesta entender que se tenga en cuenta la actividad.

En Alemania, el nivel de tolerancia se fija en función de si las inmisiones producen en el fundo inmitido perjuicios sustanciales, si son económicamente evitables y si son o no exigibles en función del uso local. Según ALGARRA PRATS⁵⁴⁵, el § 906 BGB recurre a la teoría de la normal tolerancia (inmisiones sustanciales), complementada con la teoría del uso normal (adecuación de las inmisiones al uso local). Los criterios para diferenciar entre las inmisiones permitidas y las no permitidas son: la esencialidad (*Wesentlichkeit*), la adecuación al uso local (*Ortsüblichkeit*) y las medidas económicamente razonables (*wirtschaftlich zumutbare Massnahmen*) tendentes a la evitación de la inmisión. Asimismo, el hecho de asociar el concepto de perjuicio no sustancial con el de las inmisiones que se ajusten a las disposiciones administrativas, pierde en gran medida su carácter relativo y abstracto para ganar mayor vinculación.

SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 14-15; *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 59. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, pp. 33-35. MACÍAS CASTILLO, A.: “La asimilación...”, *op. cit.*, p. 1232. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2164.

⁵³⁹ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español del medio ambiente*. Madrid: Civitas, 1997, p. 344.

⁵⁴⁰ ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 397. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *loc. cit.*; “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *loc. cit.* ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 1200.

⁵⁴¹ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, pp. 344-345.

⁵⁴² NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 232.

⁵⁴³ ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, pp. 409-410. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, p. 14. HERNÁNDEZ GIL, A.: *op. cit.*, p. 131. El autor dice que el término «excesivo» recogido en el art. 1908.2 C.c. se refiere al criterio de la normalidad del uso y sirve para marcar «la línea de separación entre el derecho a la reparación del daño y el deber de tolerar».

⁵⁴⁴ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 240.

⁵⁴⁵ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 386-387, 398-399.

En Cataluña, según el art. 546-14 C.c. las inmisiones legítimas serán aquellas que: 1) sea inocuas o produzcan perjuicios no sustanciales (ap. 1º); 2) produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal de la finca inmitente y si poner fin a las mismas comporta un gasto económicamente desproporcionado (ap. 2º); y 3) inmisiones sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas.

En nuestro país la mayoría de la doctrina aplica el criterio del uso normal y el de la normal tolerancia conjuntamente para determinar la inmisión excesiva⁵⁴⁶, a la vista de los arts.1908.2 C.c.⁵⁴⁷ o 590 C.c.⁵⁴⁸. El abuso del derecho ha sido también bastante utilizado por la doctrina: en unos casos se basa en la existencia de un daño grave⁵⁴⁹, al suponer una extralimitación del derecho de propiedad; en otros en la mera existencia del daño, basado en la vulneración del principio general del *neminem laedere*⁵⁵⁰, al afirmar que el abuso del derecho de una actuación aparentemente lícita por revestir todas las formalidades legales, devienen ilícita por la antisocialidad del act, que se manifestará a través de la producción de un daño »⁵⁵¹; otros lo fundamentan en la extralimitación del derecho de propiedad que lesione intereses legítimos⁵⁵². También hay quien combina el uso razonable con la prohibición del abuso de derecho⁵⁵³, aunque sea este último *ad abundantiam*⁵⁵⁴. O quienes compaginan el uso razonable con el criterio de la normal tolerabilidad⁵⁵⁵, o con la necesidad social⁵⁵⁶. También se ha utilizado el criterio del arbitrio judicial limitado por la prevalencia de la normal tolerabilidad⁵⁵⁷.

El art. 844 1º C.c. italiano utiliza dos criterios principales (normal tolerancia y atemperación de la producción con la propiedad) y dos subsidiarios (condiciones del lugar y el criterios de la prioridad de un determinado uso, este último facultativo). Mientras que hay autores que afirman que no se tiene en cuenta el criterio del uso normal⁵⁵⁸, otros autores y parte de la jurisprudencia, si bien admitiendo que el código no pretende tanto considerar el principio del uso normal como el de la tolerabilidad, lo consideran básico para justificar las inmisiones lícitas dañosas⁵⁵⁹.

⁵⁴⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 388, 394. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, op. cit., pp. 18-19 SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: “Las relaciones de vecindad...”, loc. cit.

⁵⁴⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 388, 394

⁵⁴⁸ HERNÁNDEZ GIL, A.: op. cit., p. 131.

⁵⁴⁹ AMAT LLARÍ, Mª E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, op. cit., p. 452.

⁵⁵⁰ AMAT LLARÍ, Mª E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., p. 86.

⁵⁵¹ LUQUÍN BERGARECHE, R.: op. cit., p. 103.

⁵⁵² CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por daños...”, op. cit., p. 93; “La responsabilidad civil por inmisiones...”, op. cit., pp. 11, 18-19; “La responsabilidad por inmisiones y daños ambientales...”, op. cit. pp. 31-49.

⁵⁵³ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, loc. cit.; “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, loc. cit.

⁵⁵⁴ SSTs 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176).

⁵⁵⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, op. cit., p. 59; “La responsabilidad por inmisiones industriales...”, op. cit., p. 1965. Dice el autor que «toda superación del límite de la normal tolerancia esconde un manifiesto abuso de derecho».

⁵⁵⁶ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, op. cit. p. 4786.

⁵⁵⁷ EVANGELIO LLORCA, R.: “El límite entre las inmisiones...”, op. cit., p. 919.

⁵⁵⁸ AMATO, G.: op. cit., p. 711. GALLINARI, A.: op. cit., p. 283..

⁵⁵⁹ ALVINO, E.: op. cit., pp. 1367-1368. Dice el autor que «La licitud de la inmisión va referida, como es obvio, al conjunto criterio del uso normal (interesado (...) en [el] sujeto activo) y del daño tolerable (interesado en [el] sujeto pasivo)». VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro...(II)”, op. cit., pp. 46, 55.

En el *common law* inglés la interferencia en el uso y disfrute del fundo debe ser no razonable (*unreasonable*)⁵⁶⁰, concepto de gran flexibilidad. Para ello se tendrá en cuenta si la interferencia es sustancial y no meramente trivial, desde el punto de vista ordinario y no especialmente sensible de los afectados, así como de la localidad donde la actividad se está llevando a cabo. Sin embargo, se ha apuntado que cuando se produce un daño material a la propiedad la naturaleza de la localidad es irrelevante⁵⁶¹. Sin embargo, la localización de la propiedad es irrelevante cuando hay un daño real y físico a la propiedad (Inglaterra) o daños a la salud (Austria, Italia).

En EEUU se tienen en cuenta tanto los efectos como las causas. Según el § 826 RST una invasión intencional es no razonable cuando (a) la gravedad del daño supera la utilidad de la conducta del actor, o (b) el daño causado por la conducta es grave y la carga financiera de compensarlo podría hacer la continuación de la conducta no factible. En el primer caso, habrá que sopesar los factores que establecen la gravedad del daño (§ 827)⁵⁶² con los que definen la utilidad de la conducta del actor (§ 828)⁵⁶³. Según el comentario *b.* y *c.* del § 826 RST la invasión irrazonable es un problema de valoración relativa determinado por el juez de los hechos del caso a la luz de todas las circunstancias de hecho y se analizado desde un punto de vista objetivo.

Según el art. 684 ZGB suizo, una inmisión es excesiva cuando sobrepasa los límites de tolerancia que se deben los vecinos, y viene complementado en la norma con los criterios del uso local y la situación y naturaleza de los inmuebles, además de las circunstancias e intereses en juego. También el art. 1346 C.c. portugués, aplica de forma combinada los criterios del *uso normal* y de la *normal tolerabilidad (prejuízo substancial y utilização normal)*⁵⁶⁴, en atención a las circunstancias del momento y lugar, permitiendo el resto. En Austria se exigen los dos criterios conjuntamente (art. 364 ABGB): es ilícita la inmisión que exceda de la medida de los usos normales del lugar, y además perjudique gravemente un uso de la propiedad conforme a su situación.

En Argentina, el art. 2618 C.c. recoge el límite de la normal tolerancia por encima del cual las inmisiones se consideran excesivas, que se determinará por el juez, sin que sea arbitrario pero sí discrecional, por cuanto su determinación es objetiva, debiendo tomarse como referencia un hombre normal. En caso de conflicto de intereses debe recurrirse a los principios de preferencia y conciliación: de un lado el derecho del titular de la finca y del otro el derecho a la tranquilidad, la paz y el sosiego, el derecho al respeto de su domicilio y a su vida privada y familiar⁵⁶⁵. En la aplicación de esta disposición, el juez deberá contemporizar las exigencias de la producción y el respeto al uso regular de la propiedad, y la prioridad del uso.

⁵⁶⁰ *Cambridge Water Co. V. Eastern Counties Leather plc* [1994] 2 AC 264, p. 299, por Lord Goff.

⁵⁶¹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 70-71, 76, 92.

⁵⁶² La gravedad del daño se determinará por (§ 827) RST: (a) alcance del daño; (b) carácter del daño; (c) valoración social que la ley atribuye al tipo de uso o disfrute invadido; (d) conveniencia del uso particular o disfrute invadido al carácter de la localidad; (e) la carga de la persona dañada de evitar el daño.

⁵⁶³ Por su parte, los criterios que determinan la utilidad de la conducta son (§ 828 RST): (a) valoración social que la ley atribuye al objetivo principal de la conducta; (b) idoneidad de la conducta al carácter de la localidad (como regla especial sería no razonable la invasión si concurre la idoneidad en el fundo inmitido y la no idoneidad en el fundo inmitente -§ 831-); (c) imposibilidad de prevenir o evitar la invasión (como regla especial, si es posible evitarlo, en su totalidad o en parte, sin privaciones excesivas, la invasión será no razonable -§ 830-).

⁵⁶⁴ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 385 y ss.

⁵⁶⁵ CORREA, J.L.: "Las inmisiones y la responsabilidad objetiva principio de "alterum non laedere", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XII, nº 4, abril 2011, pp. 102-109.

C) *Ámbito subjetivo de la inmisión.*

El ámbito subjetivo de la inmisión afectará a todo titular de un derecho real que haya sido afectado en su derecho de goce y disfrute del inmueble, por ejemplo el derecho de propiedad, derecho de superficie, usufructo, etc., según se desprende del art. 590 C.c. No obstante, el art. 1908 C.c. regula las “relaciones vecinales con carácter obligacional”, por lo que no exige que los vecinos sean propietarios de las fincas o titulares de un derecho real de goce y disfrute, sino que es suficiente cualquier título atributivo del uso de los bienes, la simple posesión de los mismos o el hecho sólo de usarlos⁵⁶⁶. En todo caso, ambos sujetos deberán tener una relación estable con el fundo inmitido, porque de lo contrario se estaría en la esfera del art. 1902 C.c.

En el Código civil catalán, la tutela de las inmisiones viene residenciada en la acción negatoria, en cuyo art. 544-4 C.c. faculta para la interposición de la misma a los propietarios de una finca y a los titulares de derechos reales contra las perturbaciones ilegítimas no posesorias. No obstante, nada impide pedir indemnizaciones por los daños personales o a la salud cuando una inmisión ilegítima.

En Alemania, el § 906 BGB legitima activamente para poder rechazar las inmisiones ilegítimas al propietario perjudicado; no obstante, ha habido una ampliación jurisprudencial que reconoce también la legitimación a sujetos que disfruten la propiedad por cualquier otro título (ocupantes autorizados), como por ejemplo el usuario del fundo o el arrendatario⁵⁶⁷. La legitimación pasiva corresponde al perturbador de hecho (“*Störer*”): el causante de la perturbación (“*Handlungstörer*”) o la persona que tiene el control de las fuentes de la perturbación (“*Zustandstörer*”)⁵⁶⁸.

En Austria, el art. 364 AGB reconoce la facultad del propietario para prohibir las inmisiones mediante la acción negatoria, si bien la jurisprudencia y la doctrina han ampliado la legitimación activa a otros titulares de derechos reales⁵⁶⁹. La acción irá dirigida contra la persona responsable de la interferencia y/o el propietario de la propiedad de donde surgen las mismas⁵⁷⁰. En Suiza, el art. 684 ZGB otorga legitimación activa al propietario perjudicado por las inmisiones. No obstante, el art. 928 ZGB recoge la acción posesoria que se concede a todo poseedor perturbado en su posesión contra el autor de la posesión, incluidas las emisiones excesivas.

En Italia, el art. 844 C.c. menciona al propietario como sujeto legitimado, si bien se ha ampliado la posibilidad a otros sujetos distintos del propietario (arrendatario, usufructuario, enfiteuta, etc.), e incluso a aquellos afectados en su salud que ejercitan la facultad de goce perjudicada⁵⁷¹, considerando que la tutela meramente resarcitoria del art. 2043 C.c. es del todo punto insatisfactorio, pues es necesario acompañarla de la inhibición del daño. No obstante, se ha criticado la insuficiencia del art. 844 C.c. para la tutela de la salud, con base a que la legitimación para accionar corresponde siempre a las personas en relación con la propiedad y a que no puede significar la constitución de un instrumento a la tutela de la persona en cuanto a tal⁵⁷².

⁵⁶⁶ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 95.

⁵⁶⁷ BGH 15.4.1959, BGHZ 30, 273, 276; BGH 14.10.1994, NJW 1995, 132.

⁵⁶⁸ LARSSON, M-L.: op. cit., p. 346.

⁵⁶⁹ OGH 20.6.1990, 1 Ob 19/90, JB1 1991, 247; 12.3.1992, 8 Ob 523/92, JB1 1992, 641.

⁵⁷⁰ OGH 5.3.1986, 1 Ob 9/86, JB1 1985, 719; 11.12.1991, 2 OB 591/91, JB1 1992, 643.

⁵⁷¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 278.

⁵⁷² PERLINGIERI, P.: “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, en *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 1029-1030.

En Francia, las personas implicadas por la perturbación podrán ser el propietario, el usufructuario, un simple ocupante, mientras que el autor del perjuicio puede ser el propietario, una persona que reside el lugar, e incluso el empresario ligado con contrato con el propietario⁵⁷³. No obstante, existen autores que afirman que la legitimación activa en el caso de daños a la propiedad corresponderá al propietario, mientras que corresponderá a las personas dañadas que ocupan el inmueble de forma estable en el caso de daños personales⁵⁷⁴. Dice CABALLERO que la cualidad de vecino se reduce a una condición de estabilidad de exposición a las *nuisances* y existe independientemente de la de propietario, reduciéndose a una situación de puro hecho. Conciernen tanto a la víctima como al autor del *trouble*, por ejemplo de arrendatario, poseedor, usufructuario o incluso de mero ocupante, como por ejemplo aquellos que hagan un uso de hecho (hijos, amigos, huéspedes) siempre que su origen no sea irregular⁵⁷⁵.

En el derecho del *common law* inglés, cualquiera que cree una *private nuisance*, o que posea el inmueble desde donde ésta se produce y la continúa o asume, es considerado responsable. También los poseedores serán responsables de los actos de sus empleados⁵⁷⁶, y los arrendatarios lo serán por sus propias *nuisances*. Por su parte, el legitimado activo se ha señalado por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia en el propietario u ocupante del terreno⁵⁷⁷. Por ejemplo, la *Court of Appel* en el asunto *Hunter v Canary Wharf Ltd* [1997] 2 WLR 684 dijo que una *nuisance* no solamente protege los derechos de propiedad sin cualquiera otro con un vínculo sustancial con el uso y disfrute de la propiedad⁵⁷⁸. A pesar de que el *nuisance law* se entronque con el derecho de propiedad, no se liga necesariamente a ésta, sino que cualquier usuario del inmueble puede invocarla, reconociéndose así una amplia legitimación activa, si bien limitado a que, al menos, sea ocupante de la propiedad en cuestión. Por ejemplo, en el caso *Khorasandjian v Bush* [1993] QB 727 se pretendió ampliar el uso de la *private nuisance* para proteger intereses personales que no tuvieran protección legal, tales como los del resto de ocupantes del inmueble que no tuvieran título alguno.

En EEUU, la § 821 E del *RST* establece que «Para una *private nuisance* hay responsabilidad sólo para aquéllos quienes tienen derecho y privilegios en relación con la propiedad respecto del uso y disfrute de la misma, incluyendo (a) Poseedores del inmueble (b) Titulares de servidumbres y beneficios en el inmueble, y (c) Titulares no poseedores del inmueble que son afectados negativamente en su uso y disfrute». Como se puede ver, los comentaristas del derecho civil norteamericano hay plasmado formalmente la concepción amplia del ámbito subjetivo de la *private nuisance*, sin distinguir entre la *intentional* y la *non-intentional* por negligencia, imprudencia o responsabilidad estricta. En mi opinión, la protección de los intereses personales en EEUU se incluye entre los protegidos por una *private nuisance*, si bien se exige que tengan un derecho de ocupación que les legitime a usar y disfrutar de la propiedad.

⁵⁷³ ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, op. cit., p. 108.

⁵⁷⁴ HINTEREGGER, M.: op. cit., p. 104.

⁵⁷⁵ Ibid.: p. 206.

⁵⁷⁶ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: op. cit., p. 262.

⁵⁷⁷ EEKELAAR, J.M.: op. cit., p. 202. The House of Lords in *Hunter v Canary Wharf Ltd* [1997] 2 WLR 684.

⁵⁷⁸ Con base a la *Hunter v. Canary Wharf* se excluyen las personas que simplemente viven en el inmueble, tales como los familiares del propietario.

II) *Determinación de la excesividad de las inmisiones.*

1) Criterios de determinación del criterio de excesividad.

A) *Relación entre inmisión excesiva y culpa, daño y hecho de la cosa*

a) *Relación entre inmisión excesiva y culpa.*

Existen dos corrientes jurisprudenciales francesas que relacionan la culpa *ex art.* 1382 C.c. con las perturbaciones de vecindad⁵⁷⁹:

1) *En presencia de culpa*, basada en que la explotación que causa a los vecinos un perjuicio que excede la *mésure des inconvénients ordinaires du voisinage* comete una falta si descuida las precauciones que serían apropiadas adoptar para prevenir aquéllos. Fundamenta la responsabilidad en el principio *neminem laedere* y las normas sobre responsabilidad extracontractual. Esta culpa surge bien por negarse a repararlos una vez producidos; o por la posibilidad de disminuir o sumprimir los inconvenientes resultantes de la explotación adoptando las precauciones necesarias, al no hacer lo necesario⁵⁸⁰; por el hecho de haber realizado un uso excepcional o extraordinario de la finca⁵⁸¹; o, incluso, una interpretación extensiva del art. 1384 C.c.

2) *En ausencia de culpa*, cuando se cause un perjuicio que excede de la *mésure des obligations ordinaires de voisinage*: bien no haciendo ninguna referencia a una culpa del autor, bien haciendo referencia al mero hecho de causar un perjuicio excesivo⁵⁸². Se ha dicho que en estos casos el ejercicio de propiedad toma el carácter de culpa desde el instante en que aquél conlleva la producción de un atentado grave y serio a los derechos de los vecinos, no siendo necesaria la prueba de la negligencia⁵⁸³. BLAISE se muestra decepcionado con esta solución, por cuanto el art. 1382 C.c. exige tanto un perjuicio como una falta, por lo que no se trata de una responsabilidad objetiva⁵⁸⁴. El autor reconoce la peligrosidad de la solución jurisprudencial por varias razones: 1) deja en manos de los jueces la sanción de las perturbaciones de vecindad, reduciéndolas a un principio de equidad. 2) El conflicto de vecindad tiende a confundirse con cualquier perjuicio. La jurisprudencia poco a poco ha ido ampliando la noción de vecindad, comprendiéndola como una relación entre personas y no entre fundos, poniendo el acento sobre el ejercicio de la actividad industrial y no en el derecho de propiedad⁵⁸⁵. 3) El alejamiento de las reglas positivas, tanto en lo referente a las servidumbres, como a las leyes y reglamentos administrativos⁵⁸⁶. 4) Tampoco está de acuerdo el autor con entender que existe una responsabilidad objetiva de aquél que causa a sus vecinos una perturbación excesiva, basados en la idea del riesgo o garantía, pues el art. 1382 exige la culpa. 5) Finalmente, no cree que haya que afirmar la existencia de una falta del autor del *trouble* por el mero hecho de la existencia de un perjuicio excesivo al vecino.

⁵⁷⁹ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, París, Montchrestien, 1965, p. 704.

⁵⁸⁰ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *op. cit.*, pp. 686, 704.

⁵⁸¹ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 507-508.

⁵⁸² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 119-120.

⁵⁸³ VISINTINI, G.: "Le immissioni nel quadro... (I)", *op. cit.*, pp. 703, 707.

⁵⁸⁴ BLAISE, J-B.: *op. cit.*, p. 268.

⁵⁸⁵ *Ibid.*: pp. 271-278. El autor de la transgresión será simplemente aquél que reside en el vecindario de la víctima, por lo que no se pide una proximidad geográfica permanente, sino una variedad de daños que demuestran una cierta permanencia o cierta frecuencia en el tiempo. De hecho, el autor critica que incluso se puede tratar de actos episódicos, cuando no accidentales.

⁵⁸⁶ *Ibid.*: p. 279.

Dice CABALLERO que la responsabilidad entre vecinos no está fundada sobre la culpa relacionada con un deber general de abstención y de prudencia, teniendo la culpa un carácter marginal. El razonamiento seguido por la jurisprudencia que basa los *troubles de voisinage* en la obligación ordinaria de vecindad y el art.1382 C.c., «era artificial, y llevaba a confundir *faute* y perjuicio». Esto explica que la referencia a la *obligation ordinaire* va poco a poco siendo suplantada por la de *inconvénnient anormal*. Hoy en día, dice el autor, el daño es el verdadero asiento de la condición de anormalidad y no el *trouble*. En realidad los tribunales cuando hacen referencia a la culpa es puramente formal, pues ella se deduce del carácter excesivo del *trouble*.

Dice el autor que existen casos en que la culpa todavía tiene relevancia en materia de *troubles de voisinage*: el dolo y la culpa por incumplimiento de normas reguladoras de la conducta⁵⁸⁷. Asimismo, en el caso de que el *trouble* tenga un carácter accidental y no progresivo la anormalidad es una constatación supérflua⁵⁸⁸. No obstante, la responsabilidad por *trouble* puede permitir la reparación de un daño proveniente de un accidente, en la medida en que este accidente es asimismo la consecuencia de un *trouble de voisinage*. En realidad, no hay que confundir la manifestación de *trouble* y la actividad generadora de *trouble*. La manifestación de *trouble* puede revertir formas muy diversas, pudiendo comprender las accidentales en la medida donde puede aparecer de una manera repentina, inesperada y en un solo evento no repetido. Por el contrario *el origen del trouble consiste en una situación persistente o repetida justamente susceptible de causar un daño* no soportable más allá de un cierto límite (hecho derivado del ejercicio de la actividad que provoca una contaminación repentina).

En Italia, GALLINARI dice que todas las veces que tales emisiones se transformen necesariamente en inmisiones en el fundo vecino más allá de la medida de la tolerabilidad, la prohibición de éstas convierte en acto ilícito el uso del medio que las produce⁵⁸⁹. Así, la ilicitud de la inmisión determina la ilicitud del acto que lo produce. Por ello, el requisito de la culpa no puede referirse a la inmisión en sí misma, en cuanto ésta no es más que un hecho natural consecuente al acto que la provoca, sino a este último. Por ello al inmitente no le servirá demostrar haber intentado evitar o reducir la inmisión, puesto que siendo ilícita su actividad que, como causa primera, tal inmisión produzca, tendrá siempre el deber de cesar la actividad misma; él podrá ser liberado de tal deber de resarcir el daño sólo si demuestra que el acto que ha producido indirectamente la inmisión ha sido llevada a cabo por causa no imputable a él. En definitiva, la culpa se basa en haber hecho culposamente un acto ilícito. El autor critica la solución de algunas sentencias que sostienen que el daño producido por inmisiones intolerables no deben ser resarcidas con base a la responsabilidad aquiliana (art. 2043 C.c.) sino con base al principio de la convivencia de los derechos, esto es, al principio del uso normal o de la necesidad social. Dice el autor que este último argumento se fue aplicando, poco a poco, por la jurisprudencia a la inmisión ilícita y a la lícita: «la inmisión prescinde, en su regulación, de la culpa del autor de la misma»⁵⁹⁰; o «en orden a las relaciones de vecindad el resarcimiento del daño es debido independientemente de la constatación de la culpa, en relación por lo tanto solo al principio de la armónica convivencia del derecho»⁵⁹¹. Este razonamiento le acercaría a la responsabilidad objetiva.

⁵⁸⁷ CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 192- 193, 227-228, 241.

⁵⁸⁸ *Ibid.*: p. 239. CABALLERO dice que la progresividad es la propagación en el tiempo, y el proceso dañoso que presenta un carácter progresivo en función del tiempo.

⁵⁸⁹ GALLINARI, A.: *op. cit.*, pp. 314, 317, 319.

⁵⁹⁰ Cass. 14 diciembre 1939, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 110.

⁵⁹¹ App. Bologna, 21 de julio de 1941, in *Giur. it.*, 1942, I, 2, c. 130.

Las razones de esta confusión jurisprudencial, según GALLINARI, se basan en que 1) las inmisiones indirectas derivaban normalmente de una actividad lícita desde el punto de vista del ordenamiento administrativo, lo que entraba dentro del ejercicio de su derecho; 2) mientras que la actividad del industrial aparece más a la vista, no así los efectos que ésta produce en su ejercicio; 3) hacía uso de su derecho el inmitente cuando demostraba haber usado todas las posibles medidas para eliminar la inmisión intolerable, en cuyo caso no debía resarcir ningún daño salvo que los jueces lo impusieran por motivos de la necesaria convivencia de los derechos. En definitiva, el autor apuesta por que la ilicitud de la inmisión (basada en la superación de la normal tolerancia *ex art. 844 C.c.*) determina la ilicitud del acto que lo produce (antijurídico y culpable), resarcible en virtud de la responsabilidad civil *ex 2043 C.c.*⁵⁹².

En el *common law* norteamericano, los daños civiles por contaminación producidos por negligencia no tienen en cuenta la razonabilidad en el uso del fondo sino la razonabilidad en las acciones del demandado. Además, a diferencia de la *nuisance* conocida o continua, no hay defensa posible mediante la invocación del estado del arte en la tecnología aplicable en el desarrollo de la actividad, mientras que en los supuestos de negligencia sí constituye un probable factor crítico, y el cumplimiento de los estándares regulatorios pueden ser suficientes para evitar la responsabilidad. Finalmente, debe ser previsible el tipo de daño. Estas son razones suficientes para entender, como hacen algunos autores, que la negligencia tiende a ser aplicable en defecto de otros remedios del *common law* cuando éstos no son disponibles⁵⁹³.

En materia de daños, dice GONZÁLEZ-ALEGRE, la fórmula del uso normal se presenta aún mejor en toda su equívoca falacia, pues si se causa un daño al vecino y hay culpa en el agente, poco importa que el acto del propietario haya sido normal o anormal. La culpabilidad choca de por sí con la normalidad de un uso, que de ser así quizá resulte violento calificar la conducta culpable de la que procede. Lo que sucede, según el autor, es que si el daño al vecino procede de un acto absolutamente normal por parte de otro vecino en la vida vecinal, será difícil, de no mediar responsabilidad objetiva, que se pueda considerar responsable del mismo; en cambio, si en la conducta existe culpabilidad lo que sucede es que la normalidad es una mera apariencia de un acto que en definitiva no lo era: no hay que confundir la licitud del acto con su normalidad, puesto que lo lícito sí puede ser anormal y por ello culpable⁵⁹⁴.

En mi opinión, la falta en el ordenamiento francés de un artículo que regule los motivos de legitimidad o ilegitimidad de las inmisiones, alimenta la duda de qué hacer con el requisito de la culpa *ex art. 1382 C.c.* Incluso en el ordenamiento italiano, a pesar de que el art. 844 C.c. establece la ilegitimidad de las inmisiones, y a pesar de que un sector de la doctrina diga que el art 949 C.c. permite el resarcimiento de los daños en sede de acción negatoria, otros lo reconducen al art. 2043 C.c., que exige la concurrencia de culpa. En España, estos problemas no se dan con el art. 1908.2 C.c., pero sí con el 1902 C.c. No obstante, en cualquier sistema jurídico que pretenda regular ordenadamente las inmisiones, el requisito de la culpa no es necesario, salvo que en los casos de invasiones en el uso y disfrute del a propiedad ocasionados por un escape desconocido. Basta con que la inmisión sea excesiva y produzca daños, sin perjuicio de que en el análisis del uso normal de la actividad se tenga en cuenta si el causante de la inmisión excesiva había hecho todo lo posible para evitar los efectos nocivos.

⁵⁹² GALLINARI, A.: *op. cit.*, pp. 318-319.

⁵⁹³ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 268.

⁵⁹⁴ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 187, 193.

b) *Relación entre inmisión excesiva y daño efectivo.*

Hay que distinguir necesariamente también entre inmisión excesiva y daño efectivo, para lo cual es necesario, en primer lugar, determinar si es necesaria o no la existencia de daño como requisito de la existencia de una inmisión ilegítima. Entre los autores que lo exigen, ALGARRA PRATS dispone que los mecanismos de protección frente a las inmisiones actúan porque éstas tienen como consecuencia la causación de un daño a la propiedad o bien la causación de daños o molestias a las personas en su relación con la propiedad, por cuanto de lo contrario, es decir, cuando no genera un daño o molestia, o cuando no excedan de los límites fijados, no tienen más consecuencia jurídica que la obligación de tolerancia por parte del sujeto pasivo de la inmisión. Para la autora, el daño habrá de ser jurídico, es decir, producir la lesión de un derecho, por lo que no cabe incluir en los mismos una mera privación de ventajas⁵⁹⁵. Por su parte, LORANCA RUILÓPEZ cree que no existe ninguna inmisión ilegítima que no sea perjudicial⁵⁹⁶; cosa distinta es que la finalidad natural de la acción negatoria de inmisiones sea la de eliminar o impedir el efecto dañoso, no otro⁵⁹⁷, es decir, a la acción negatoria no le interesa la reparación del daño sino la eliminación de la causa de los mismos. Por su parte, DE ÁNGEL YAGÜEZ dice que el acontecimiento que no se puede tolerar determina necesariamente, para quien lo padece, el «daño» mismo de tener que resistirlo, por lo que no existe ninguna inmisión ilegítima que no sea perjudicial⁵⁹⁸. Asimismo, DÍAZ ROMERO ha afirmado que uno de los requisitos de las inmisiones es la provocación de consecuencias dañosas, personales o patrimoniales relacionadas con el disfrute del fundo vecino afectado, si bien aclara que la actividad inmitente provoca injerencias en derechos ajenos que pueden llegar a producir o ya han ocasionado daños⁵⁹⁹.

Otros autores no consideran el daño como requisito de la excesividad de la inmisión. DÍEZ-PICAZO⁶⁰⁰ argumenta que si la propia inmisión es el daño no habrá lugar a que una fuera lícita y el otro no, por lo que habría que diferenciar entre la actividad causante de la inmisión y ésta misma; en estos casos, 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. Una solución intermedia es la de ÁLVAREZ LATA, según la cual acreditada la anormalidad de la injerencia el daño se presumirá, basándose en el tenor del art. 590 C.c., por lo que para instar la cesación de la inmisión no ha de existir daño (actual y cierto): «para evitar el daño en el futuro», independientemente de que pueda existir una relación íntima entre inmisión y daño, pues lo habitual es que haya un daño, aunque sólo sea la disminución del valor patrimonial de la finca, o incluso aquellos gastos ocasionados a los propietarios que habrán de ser resarcidos en tanto que daños patrimoniales ocasionados por una acción antijurídica⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 272-273.

⁵⁹⁶ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 499.

⁵⁹⁷ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 453. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “De nuevo sobre la responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 30; “Una nueva forma de inmisión”: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es”, *Actualidad civil*, N^o 4, 2001, pp. 1416-1417.

⁵⁹⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “De nuevo sobre la responsabilidad...”, *loc. cit.*; “Una nueva forma de inmisión...”, *loc. cit.*

⁵⁹⁹ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “Inmisiones: relación de causalidad...”, *op. cit.*, pp. 313, 316.

⁶⁰⁰ DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 294-298.

⁶⁰¹ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 1200.

En mi opinión, la existencia acreditable de un daño efectivo no es indicador, por sí mismo, de la ilegitimidad de la inmisión, si bien ello no impide que se pueda afirmar que en toda inmisión ilegítima existe un perjuicio sustancial, actual o potencial, por cuanto las inmisiones que sean inocuas o causen molestias leves no pueden considerarse excesivas y, por lo tanto, existe el deber jurídico de soportar. Una inmisión es ilegítima, desde el punto del análisis de los efectos en el fondo inmitido, cuando cause un daño, o pueda causar (potencialidad) grave o perjuicio sustancial, de una clase que sería sufrido por una persona normal en la comunidad o por una propiedad en condiciones normales de ser usada para un propósito normal (lo mismo en los EEUU)⁶⁰². La potencialidad del daño puede darse en dos situaciones de hecho: 1) cuando sin existir inmisiones el demandado instala una actividad con incumplimiento de las normas reguladoras de la actividad en cuanto a distancias u obras de resguardo, o en contra de los usos del lugar, o de lo que se demuestre como peligroso mediante informe pericial: 2) cuando se estén produciendo inmisiones excesivas potencialmente nocivas.

No obstante, la existencia o no de daño efectivo sí puede ser un elemento diferenciador para la aplicación de la acción de responsabilidad civil por inmisiones (art. 1908.2 C.c.) o la acción negatoria. En el primer caso, el daño efectivo (“nocivo” *ex art.* 1908.2 C.c.) es un requisito necesario para poder accionar frente al mismo, junto con el criterio de la excesividad de la inmisión. En cambio, en la acción negatoria de inmisiones no será necesario la existencia de daño, sino que será suficiente con una amenaza del mismo que, en caso de darse, produciría un daño grave que daría lugar a la ilegitimidad de la inmisión (también en los EEUU)⁶⁰³.

Asimismo, se pueden efectuar unas precisiones entorno a la relación entre inmisión ilegítima y daño grave. En primer lugar, el concepto de daño grave o perjuicio sustancial, desde el punto de vista objetivo, se refiere a los efectos de la inmisión excesiva en la parte pasiva de la relación. No obstante, el daño grave (o intolerable) repercute en la inmisión y no del daño, siendo excesiva aquella y no éste. Para su análisis habrá que tener en cuenta varios factores: la intensidad de la inmisión, el perjuicio sustancial real o potencial, el valor social que se atribuye al interés invadido, la idoneidad del uso al carácter de la localidad y a la carga de evitar el daño.

En definitiva, toda inmisión excesiva requiere la existencia real o potencial de un daño significativo o perjuicio (no una mera molestia). Las inmisiones que son (o pueden ser) inocuas o producen (o pueden producir) daños leves o poco significativos no interesan al derecho, por lo que se tienen que tolerar. La inmisión excesiva se analizará, desde el punto de vista pasivo, a través del análisis de la gravedad del daño o de la normal tolerancia. La forma de analizar la gravedad del daño se hará de una forma objetiva, teniendo en cuenta la sensibilidad media de las personas o el uso común del fondo, aunque para ello se tengan en cuenta los efectos reales del daño. La realidad del mismo se exigirá para ejercitar la acción de daños, mientras que para el ejercicio de la acción negatoria es suficiente el temor de su producción. El daño grave es un factor más a tener en cuenta en la normal tolerabilidad de la inmisión.

⁶⁰² Dice el § 821 F *RST*: «Hay responsabilidad por nuisance solamente en aquellas que causan un daño grave, de una manera que sería sufrido por una persona normal en la comunidad o por una propiedad en condiciones normales o con un propósito normal».

⁶⁰³ El comentario “b” del § 821 F *RST* dice que: «La regla establecida en esta Sección se aplica únicamente en la responsabilidad civil en la acción de daños [...]. Por otra parte, una public o private nuisance puede ser prohibida porque hay amenaza de daño que sería significativo si ocurriera, y podría hacer la nuisance accionable bajo la regla establecida, aunque ningún daño haya resultado todavía (...). La recuperación de daños en una acción de responsabilidad está, sin embargo, limitada a aquellos que en realidad hay sufrido un daño significativo de la manera recogida en esta sección».

Dice CABALLERO que no hay que confundir la prueba de un *dommage* o de un *trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage*, pues hay que aplicar la condición de anormalidad al *trouble* y no al daño⁶⁰⁴. En el *trouble* anormal se constata que el daño es real, realizado a partir de un umbral de agresión (hecho cualificado en derecho). La práctica judicial, al confundir *trouble* anormal y *dommage* anormal, permite una deriva de la anormalidad en tolerable al servicio de imperativos económicos. El autor apuesta porque «[e]l dominio de aplicación de la condición de anormalidad sigue en efecto aquel que le asigna la realidad fenomenológica»⁶⁰⁵. Sigue diciendo el autor que hace falta ir más lejos y revelar que, de una manera general, la especificidad de los fenómenos de *nuisance* la lleva sobre los recovecos jurídicos tradicionales. En efecto, cuando el *trouble* es accidental (causa desconocida) o anormal «por naturaleza» (salud, daños personales, etc.)⁶⁰⁶, el derecho a reparación no depende de la constatación de la anormalidad. En cambio, cuando es progresivo, la exigencia jurisprudencial reaparece y se superpone a las condiciones jurídicas de la responsabilidad.

En los daños ocasionados a la salud por inmisiones, VISINTINI dice que la aplicación del art. 2043 C.c. italiano sirve sólo en la medida en que es útil para encuadrar dogmáticamente la inmisión nociva a la salud en la categoría de acto ilícito, al objeto de solicitar el resarcimiento del daño; pero teniendo en cuenta que este artículo se limita a imponer tal obligación a quien causa un daño injusto pero no precisa el criterio para apreciar tal injusticia, por lo que hay que remitirse a los criterios recogidos en el art. 844 C.c. para su antijuridicidad⁶⁰⁷. En cambio, DE TILLA omite mencionar la aplicación del art. 844 C.c. en materia de inmisiones, al decir que «la lesión de la integridad psicofísica del individuo va incluida en el ámbito del ilícito extracontractual del art. 2043 C.c., en relación con el art. 32 de la Constitución»⁶⁰⁸.

c) *Distinción entre inmisión y hecho de la cosa.*

CABALLERO distingue entre inmisión y hecho de la cosa, diciendo que «[s]in duda se puede objetar que el daño no ha sido causado por la máquina o por la fábrica, sino más bien por el ruido, el humo o el gas cuyo autor del *trouble* no es guardian»⁶⁰⁹. Critica que «confinado a los daños causados por las obras de construcción y la caída de hojas, el art. 1384.1. C.Civ. no tiene en materia de vecindad la recepción que podría tener [...]»⁶¹⁰. No obstante, el autor propone la extensión de la condición de anormalidad a otros regímenes de responsabilidad civil, cuando la progresividad del fenómeno dañoso implique una verificación de la tolerabilidad de la víctima de la agresión. Superposición de una condición impuesta por la naturaleza de las cosas. El ejemplo más significativo que pone el autor es el del artículo 141.2 C.A.C., que instituye una responsabilidad de pleno derecho por todo daño causado por la aeronave a la superficie, y por la cual la jurisprudencia exige la prueba de la anormalidad del *trouble*.

⁶⁰⁴ CABALLERO, F.: *op. cit.*, p. 228.

⁶⁰⁵ *Ibid.*: pp. 237-238.

⁶⁰⁶ *Ibid.*: p. 238-239. Para el autor, la anormalidad por naturaleza consiste en que en caso de atentados a la integridad física de una persona o de degradaciones materiales a la propiedad inmobiliaria la jurisprudencia omite revelar la anormalidad o la considera como automáticamente satisfecha. En caso de daños corporales o de degradación material de la propiedad inmobiliaria, todo se pasa como si el umbral estuviera siempre considerado superado.

⁶⁰⁷ VISINTINI, G.: “Il divieto di immissioni...”, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁰⁸ DE TILLA, M.: *op. cit.*, p. 1925.

⁶⁰⁹ *Ibid.*: p. 193.

⁶¹⁰ *Ibid.*: p. 194.

B) Elección de los criterios de ponderación de la excesividad de la inmisión.

a) Ponderación general de los criterios de excesividad basados tanto en los efectos y entidad de la inmisión como en la conducta del causante.

La excesividad de la inmisión tiene en cuenta, desde el punto de vista pasivo, la gravedad del daño o normal tolerabilidad de aquélla: la intensidad y duración, el cumplimiento o superación de los VLI, así como la gravedad o entidad de los perjuicios, o peligro de su producción. Desde el punto de vista del sujeto activo de la inmisión; se tiene en cuenta, de una manera genérica, la utilidad de la conducta, el cumplimiento de las normas que regulan la actividad, en especial el sometimiento a los VLE y el cumplimiento de medidas preventivas exigidas por los reglamentos o los usos del lugar, así como, en concreto, si ha podido o no evitar la invasión.

Para la mayoría de autores, los criterios a tener en cuenta para delimitar la ilicitud o antijuridicidad de una inmisión son el del uso normal y el de la normal tolerabilidad. Por ejemplo, ALGARRA PRATS defiende que ambos criterios pueden funcionar de forma complementarios para un mejor funcionamiento de la disciplina de las inmisiones en la protección de la propiedad y de las personas⁶¹¹. DÍAZ ROMERO fundamenta la ilegitimidad de la inmisión en su gravedad, que se determinará mediante la interrelación entre los criterios del uso normal por el sujeto emisor y de la normal tolerancia del sujeto afectado, según la intensidad de la emisión y el nivel de inmisión, en relación con el principio que prohíbe el abuso del derecho y de las normas que regulan las relaciones de vecindad⁶¹². GONZÁLEZ-ALEGRE parece inclinarse por la de los criterios del uso normal y de la normal tolerancia, moderados por el prudente arbitrio judicial, acomodados a los factores sociales, económicos y jurídicos de cada momento⁶¹³. SÁNCHEZ-FRIERA opina que «no todo daño causado en las relaciones de vecindad es indemnizable, sino sólo cuando se sobrepasan determinados niveles, bien porque la inmisión exceda de la que sería consecuencia de un uso normal de bienes o bien porque se sobrepase aquello que sea normalmente tolerable por la generalidad, según las circunstancias de tiempo y de lugar»⁶¹⁴. Estoy de acuerdo con ALGARRA PRATS en que «si se adopta sólo el criterio del uso normal, se estaría primando la importancia de los usos propietarios, con una menor atención a sus consecuencias nocivas, tanto a las cosas como esencialmente a las personas, y si se sigue únicamente el criterio de la normal tolerancia, difícilmente se podría aplicar la fórmula de la sensibilidad de un individuo medio normal en aquellos supuestos en que la inmisión sólo produce un daño material a los bienes. En el primer caso, la protección al perjudicado, en su persona o bienes, dependería directamente de la actuación del emisor; en el segundo, la normal tolerancia en el supuesto de daños a las cosas, tendría que determinarse por la resistencia al daño de una propiedad media normal, cosa bastante difícil. La relatividad de ambos criterios y la necesidad de atender a todas las circunstancias en juego en la atemperación del conflicto de intereses justifican el recurso a ambos criterios, lo que ofrece además una mayor garantía de solucionar el problema de la manera más acertada posible»⁶¹⁵.

⁶¹¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 393.

⁶¹² DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “Inmisiones: relación de causalidad...”, *op. cit.*, p. 314.

⁶¹³ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 204, 211-216.

⁶¹⁴ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2164.

⁶¹⁵ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 393. De esta forma, «Hay que tener presentes las circunstancias propias del emisor, como sujeto causante de la inmisión, y las consecuencias de la misma en sus efectos sobre las personas, las propiedades o ambas, teniendo en cuenta, en los dos casos, las condiciones de la zona».

No existe un criterio que nos sirva para determinar qué inmisiones deben ser toleradas y cuales no, pues han sido objeto de variación en cada momento histórico, debiendo acudir a los estudios doctrinales y opiniones jurisprudenciales sobre la materia⁶¹⁶. Hay autores que apuestan por el criterio del uso normal⁶¹⁷, mientras que otros por el de la normal tolerancia⁶¹⁸; la mayoría apuesta por la aplicación conjunta del uso normal y de la normal tolerancia⁶¹⁹. Estos criterios deberán ser medidos teniendo en cuenta la situación, condiciones y naturaleza de los fondos. La jurisprudencia cita la expresión “medida normalmente tolerable”, o de forma combinada con el del uso normal⁶²⁰ o con lo «normalmente consentido por la conciencia social»⁶²¹.

Entre los autores que apuestan por el criterio del uso normal, ALONSO PÉREZ cita el texto recogido en D. 8, 5, 8, 6, donde Pomponio admite como tolerables todas aquellas inmisiones que derivan de un uso normal del fondo –*Licet immittere fumum non gravem*-. Dice el autor que «La mayor importancia de este precepto radica en que contiene el germen de toda la materia de las limitaciones de dominio por razón de vecindad, y con el apoyo en dicho pasaje se ha construido en buena medida la doctrina de la tolerancia de aquellas inmisiones derivadas del uso normal de la propiedad [...]. El significado verdadero podría ser éste: el propietario responde de los daños causados por humos que, precisamente por su exceso, resultan nocivos a personas o propiedades [...] por su carácter anormal o extralimitado»⁶²². En mi opinión, de seguir únicamente el criterio del uso normal se desatienden los efectos que puede causar en el sujeto inmitido y en su propiedad, centrándose solamente en la conducta del operador causante de las mismas. Es decir, una conducta anormal no tiene porque provocar per se un daño grave o intolerable. Por su parte, LORANCA RUILÓPEZ señala que habrá que estar a la actividad y el proceder del causante, con total abstracción de las medidas de protección que el afectado pueda haber adoptado para eliminar o reducir sus efectos⁶²³.

⁶¹⁶ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil...*, *op. cit.* pp. 30, 33-34; “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.* p. 3703. EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Condiciones medioambientales...”, *op. cit.*, p. 350. MARTÍNEZ PEREDA, J. M.: “Responsabilidad por los daños producidos por inmisiones o instalaciones industriales y por ruidos”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Bosch, 2008, p. 1002. MASFERRER DOMINGO, A.: “Las inmisiones en el Derecho Español...”, *op. cit.*, p. 1597.

⁶¹⁷ ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 397. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 613, 618-619.

⁶¹⁸ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 76. NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

⁶¹⁹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 283, 366, 369-370, 392-393; “Responsabilidad por daños...”, *cit.*, pp. 640-642. ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, pp. 799-800. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “El daño ambiental”, *op. cit.*, p. 14; *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 59. Dice el autor que las inmisiones serán lícitas siempre que estén dentro de un criterio de tolerabilidad, según los usos, reglamentos y circunstancias del caso (criterio *ex art.* 590), no implicando un uso anormal o excesivo del derecho (criterio *ex art.* 7.2), sin olvidar el criterio de la normal tolerancia *ex art.* 1908.2. CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.*, pp. 631 y 632. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, pp. 34-35; “Inmisiones: relación de causalidad...”, *op. cit.*, pp. 314-315; “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.* p. 3705; “Defensa frente a inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 357; HERNÁNDEZ GIL, A.: *op. cit.*, p. 131. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 26, 56, 82. JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 77. NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 246-247, 399-400. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”, *op. cit.* p. 10. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 39-40; “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2164.

⁶²⁰ SSAP Zamora 13.11.1994 (AC 1994, 1981), FD 2º, Huesca 10.12.1997 (AC 1997, 2413), FD 5º.

⁶²¹ SAP Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), FD 1º.

⁶²² ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 397.

⁶²³ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 618-619.

Otros autores propugnan por la única aplicación del criterio de la normal tolerancia (o daño grave). Por ejemplo, MACÍAS CASTILLO defiende que la antijuridicidad de las inmisiones vecinales debe predicarse del daño y no de la conducta, por lo que el daño vecinal será antijurídico cuando sobrepase los límites de la normal tolerabilidad. El autor critica que «los criterios del uso normal y la normal tolerancia en nuestro ordenamiento no tienen una virtualidad autónoma y suficiente. Cuando son invocados, operan como circunstancias concretas que se toman en consideración por el juzgador», por lo que el autor finalmente se decanta por el criterio de la normal tolerancia como determinante de la antijuridicidad del daño ocasionado por inmisiones vecinales⁶²⁴. En realidad, el autor remite toda la regulación de las inmisiones a la responsabilidad civil *ex art.* 1908.2 C.c., por lo que los límites del derecho de propiedad que pueden ayudar a delimitar el alcance de las facultades de los propietarios, representados en el uso normal, poco le importan. Esta solución es la más cercana a la jurisprudencia del TS, que utiliza la producción del daño como piedra angular sobre la que basar la responsabilidad civil en materia de inmisiones, sin distinguir éstas del resto de daños tradicionales. Opinión que se apoya en que en nuestro país no existe una norma que regule el uso normal de la actividad, a diferencia de como sucede en Alemania.

No obstante, no se debería perder de vista la posible utilización de la doctrina del abuso del derecho *ex art.* 7.2 C.c., o incluso que el art. 1908.2 C.c. no excluya la excesividad de la inmisión basada en la intensidad de las emisiones. En mi opinión, los criterios del uso normal y la normal tolerancia son los más adecuados para delimitar la ilegitimidad de las inmisiones industriales. El primero servirá para determinar si la actividad es lícita desde el punto de vista del cumplimiento de las normas reguladoras, así como de la licencia o autorización, sin perjuicio de que también desde el punto de vista del uso local. El segundo se centra en el análisis de la gravedad del daño a través de las características de la inmisión. Es necesaria una armonización de criterios de compatibilidad entre los usos de la industria y la convivencia pacífica con los particulares ubicados en el área de influencia del alcance de las inmisiones. También permite privilegiar los intereses de los particulares dañados cuando el daño sea importante, especialmente en aquellos casos en los que se afecte la esfera psicofísica.

En Italia, según TRIMARCHI, los criterios del uso normal y de la normal tolerancia, siendo distintos, están relacionados entre sí, por ejemplo: «un uso normal del fundo causará por sí solo inmisiones tolerables, porque, si así no fuera, aquel uso no habría podido afirmarse [...]. Es posible en cambio que un uso no normal cause inmisiones tolerables. Es claro que el criterio del uso normal constituiría un freno al desarrollo de la industria, porque el ejercicio de una industria constituirá siempre una actividad «no normal» en una zona desde entonces dedicada exclusivamente a la agricultura. Parece por lo tanto más oportuno el criterio adoptado de la ley, cual es el de la normal tolerabilidad». Sigue diciendo el autor que este criterio viene justificado «también de la consideración de que la inmisión normalmente tolerable socialmente no viene incluso advertida como intromisión en la esfera jurídica del otro, a causa de su necesidad y de la escasa entidad del daño. Se observa que tal limitación del derecho de propiedad tiene un carácter recíproco», lo que se traduce en la máxima «vive y deja vivir»⁶²⁵. Por otro lado, dice GALLINARI que de aplicar únicamente el criterio de la normal tolerancia la ilicitud de la inmisión determinaría la ilicitud del acto que lo produce⁶²⁶.

⁶²⁴ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 129-130.

⁶²⁵ TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, p. 353.

⁶²⁶ GALLINARI, A.: *op. cit.*, p. 319.

En el *common law* norteamericano la irrazonabilidad de la inmisión intencional viene representada por la ponderación del criterio de la gravedad del daño (§ 827 *RST*) y el de la utilidad de la conducta (§ 828 *RST*). Dice el comentarista que los términos “gravedad” y “utilidad” son usados para expresar la evaluación legal del daño y de la conducta (comentario *g*), respectivamente. Ambos criterios se tienen en cuenta desde un punto de vista objetivo y legal. La irrazonabilidad de una invasión intencional es determinada en cada caso individual de los hechos, y la decisión de si la utilidad de la conducta supera la gravedad del daño normalmente se hace del juicio de hecho a través de la consideración de los factores generales establecidos en los §§ 827 y 828 *RST*. De este modo, «[l]a responsabilidad por daños se impone en aquellos supuestos en los cuales el daño o riesgo del mismo, del que el que soporta la invasión, es mayor que el que debería soportar según las circunstancias concretas del caso, al menos sin compensación»⁶²⁷. En cuanto a la gravedad del daño, dice el comentarista (§ 827 *Comment b. Gravity of harm*) que «no hay una regla general que pondere el peso relativo de los factores particulares en todos los casos». Cuando el daño sea grave por sí sólo requerirá compensación, sin tener en cuenta el peso de la utilidad de la conducta, según la regla especial recogida en la § 829 A *RST*⁶²⁸. El significado de la “utilidad” responde a las preguntas de si la conducta tiene utilidad y cuánta utilidad tiene. Si no tiene utilidad, la invasión será irrazonable de pleno derecho (§§ 829-31 *RST*). En otros supuestos es, sin embargo, difícil responder a esta cuestión. La cantidad de utilidad depende principalmente de la importancia del valor social que la ley atribuye al propósito principal de la actividad y es necesariamente indefinido por el hecho de que no existe un estándar uniformemente aceptado, sino que lo decidirán los tribunales en cada caso. Solamente cuando la conducta tiene utilidad desde el punto de vista de todos los factores es considerada para ponderarla con el criterio de la gravedad del daño. Asimismo, el comentarista añade la precisión de que «aunque el problema en la determinación de la utilidad en estos casos es fundamentalmente la misma que en los casos por negligencia, los factores son de alguna forma diferentes, desde que los casos de negligencia en la conducta del actor conlleva meramente un riesgo en lugar de un daño cierto»⁶²⁹.

b) *Cristalización de reglas específicas de determinación de la excesividad (EEUU).*

En EEUU, además de las reglas legales o jurisprudenciales cristalizadas existen reglas generales recogidas por el comentarista del *Restatement Second of Tort* que establecen una guía para los jueces y jurados en la ponderación de la gravedad contra la utilidad y están recogidas en los §§ 829- 831 *RST*. En caso de duda habrá que acudir a la regla general (§ 826 *RST*). Las reglas especiales son:

«§ 829 Gravedad vs. Utilidad- Conducta Maliciosa o Indecente. Una invasión intencional en los intereses de otro en el uso y el disfrute de la propiedad es no razonable si el daño es significativo y la conducta del autor tiene es (a) llevada a cabo con el solo propósito de causar daño hacia el otro; o (b) contraria a los estándares comunes de decencia».

Dice el comentarista “*b. Private nuisance*” que la regla establecida en esta Sección es una específica aplicación de la regla general establecida en el § 826 que pasa a considerar la inmisión dolosa y dañosa de pleno derecho.

⁶²⁷ § 827 *Comment* “9. *Intentional invasions-unreasonableness*” *RST*.

⁶²⁸ § 827 *Comment* “*b. Gravity of harm*” *RST*. A este respecto dice el comentarista que «En algunos casos un factor quizá decisivo es la gravedad del daño, mientras en otros esta gravedad dependerá de una combinación de factores, ninguno de los cuales que han sido dichos tienen más peso que otros en el juicio final. La lista de factores establecidos no debe entenderse exhaustiva».

⁶²⁹ § 828 *Comment* “*b. Determining utility*” *RST*

«§ 829A Gravedad vs. Utilidad – Daño severo. Una invasión intencional en los intereses de otro en el uso y el disfrute de la propiedad es no razonable si el daño derivado de la invasión es severo y mayor que otro que debería ser soportado sin indemnización».

La regla aplicable en esta Sección establece una responsabilidad de pleno derecho en los casos en los que el daño sea tan severo que es independiente de la conducta que lo causa. El comentarista del RST matiza que esto es particularmente verdadero si el daño resultado de la invasión es corporal.

«§ 830 Gravedad vs. Utilidad. – Invasión evitable. Una invasión intencional en los intereses de otro en el uso y el disfrute de la propiedad es no razonable si el daño es significativo y pudiera ser practicable para el actor evitar el daño en su totalidad o en parte sin privaciones excesivas».

El comentario “b” dice que esta regla específica se aplica solamente si el daño es significativo a la vista de los factores establecidos por la Sección § 827 RST (factores generales que ponderan la gravedad del daño), y pudiera ser evitado en una medida sustancial por el actor sin excesivas dificultades. El comentario “c” dice que la posibilidad o no de evitar la invasión también se encuentra entre los aspectos a tener en cuenta en la utilidad de la conducta, regla general § 828, comentario “h” RST. Si una invasión particular puede ser prácticamente evitada por el actor es una cuestión de hecho y debe ser determinada según las circunstancias del caso. Dice el comentarista que «La cuestión no es si la actividad en sí misma es impropia, inadecuada o ilegal en el lugar en que se está llevando a cabo, sino si el actor está haciéndolo de una manera cuidadosa o en el momento adecuado». Por lo tanto, dice «El problema es si el actor podía efectiva y rentablemente conseguir su objetivo principal de manera que el daño a los otros pudiera ser sustancialmente reducido o eliminado». Si pudiera, entonces su omisión en evitar el daño priva a su conducta de utilidad. Esta regla específica se convierte en la otra cara de la moneda del apartado c) de la Sección § 828 RST que establece, entre los requisitos a tener en cuenta en la determinación de la utilidad de la conducta, la imposibilidad en la prevención o evitación de la invasión.

«§ 831 Gravedad vs. Utilidad – Conducta inadecuada a la Localidad. Una invasión intencional en los intereses de otro en el uso y el disfrute de la propiedad es no razonable si el daño es significativo, y (a) el particular uso o disfrute interferido se adapta bien al carácter de la localidad, y (b) la conducta del actor es inadecuada al carácter de tal localidad».

Dice el comentarista del RST que «hay numerosos lugares que son idóneos o inidóneos para llevar a cabo actividades legales y una política pública sólida exige que la gente las continúe en lugares convenientes para evitar tanto el conflicto entre los intereses incompatibles como sea posible. El planeamiento y las regulaciones son pertinentes y a menudo controlan las determinaciones de si una actividad es adecuada en una particular localidad⁶³⁰. [...]». En los supuestos en que se cumple lo dispuesto en la § 831 RST la invasión es irrazonable aunque la conducta tenga valor social y aunque el actor esté adoptando todas las medidas posibles para evitar el daño». En su determinación, añade el comentarista «algunas localidades son dedicadas a un particular tipo de actividad y tienen un carácter distintivo por este propio hecho. Cuando la invasión tiene lugar en estas localidades es simple determinar» la idoneidad o no, «pero en localidades dedicadas a grupos o actividades heterogéneas es a menudo difícil asegurar el uso particular, por lo que esta regla particular no suele aplicarse. Lo mismo se puede decir de la idoneidad de la conducta a la localidad.

⁶³⁰ Añade el comentarista del RST que «La ley reconoce esta política general teniendo en cuenta aquellas actividades a las que la localidad se dedica principalmente y a las más idóneas y preferidas, en dicha localidad, sobre otras actividades menos adecuadas».

Asimismo, en la *section* § 826 *Comment* “e. *Gravity vs. utility*” *RST* se dice que «Con respecto a ciertos tipos de invasión intencional, ha habido una cristalización de la opinión legal en relación a la gravedad y a la utilidad, según la cual resulta que la invasión es considerada como razonable o no razonable de pleno derecho. Esta cristalización quizá aparece en forma de ley o de reglamento o como resultado de una serie de decisiones judiciales». Las normas urbanísticas destacan sobre otras muchas. Por ejemplo, «el planificador urbanístico quizá prohíbe la continuación de empresas en ciertos distritos residenciales y de este modo, en efecto, declara que una invasión sustancial que deriva de una empresa es irrazonable en estas áreas».

Finalmente, dice el comentarista que «una serie de decisiones judiciales quizá establecen una regla de derecho en cuanto a que ciertos tipos de interferencia con el uso residencial de la propiedad en distritos totalmente residenciales constituye invasiones irrazonables cuando las interferencias son causadas por garages públicos, motuorios o cualquier otro tipo particular de negocio. Estas cristalizaciones judiciales, sin embargo, no deben oscurecer el hecho de que hay que analizar la irrazonabilidad de la invasión en cada caso». De hecho, estas reglas son «constantemente re-examinadas a la luz de los cambios de las condiciones y opiniones de la comunidad».

c) *Diferencias entre la acción indemnizatoria y la negatoria.*

Los criterios que determinan la excesividad de la inmisión pueden sufrir o no modificaciones en función de si lo que se reclama es una acción de cesación –acción negatoria- o meramente resarcitoria del daño causado –acción de responsabilidad civil-, dependiendo del ordenamiento aplicable. En los ordenamientos como el alemán y el catalán, la acción indemnizatoria surge cuando se ocasionan perjuicios sustanciales, a pesar de que la inmisión se pueda considerar legítima en algunas ocasiones, y por ende, tener que tolerarse (uso normal y actividades autorizadas).

La *private nuisance* en el *common law* norteamericano es una cuestión de responsabilidad por ilícito extracontractual (*tort liability*)⁶³¹. No obstante, existen algunas diferenciaciones a la hora de determinar la irrazonabilidad de la invasión intencional en función de la acción a ejercitar. La sección § 822 *comment b*) “*Action for damages distinguished from suit for injunction*”, *RST*) dice que la «acción de cesación [*injunction*] es inaplicable o tiene un peso menor en la determinación del derecho de daños. Una acción de cesación quizás se obtiene de forma apropiada contra una amenaza de *private nuisance*, pero la acción indemnizatoria no puede ser ejercitada a menos que se haya sufrido un daño. [...] Incluso cuando está presente el daño, una cosa es decir que el demandado debería pagar la indemnización por los daños causados y otra cosa diferente es decir que debe cerrar su fábrica si el daño no se detiene. Para el propósito de determinar la responsabilidad por daños *por private nuisance*, una invasión puede ser considerada no razonable incluso aunque la utilidad de la conducta sea elevada y el daño sea relativamente pequeño. ([ver] § 826, *Comment f*). Pero con el propósito de determinar si la conducta productora de la invasión debe ser prohibida, se deben considerar factores adicionales. Quizá es razonable continuar una actividad importante si el pago se ha hecho por el daño que está causándose pero irrazonable iniciarla o continuarla sin pago. De este modo la denegación de la acción de cesación no siempre es un precedente de la denegación de la acción de indemnización. Consecuentemente, la responsabilidad por daños debería ser tratada independientemente» de la *injunction*⁶³².

⁶³¹ Comentario a. “Type of conduct” del § 822 *RST*.

⁶³² Comentario a. “Type of conduct” del § 822 *RST*. El Capítulo 40 pertenece principalmente a los daños, mientras que la *injunction* en el Capítulo 48, aunque algunos aspectos son tratados en el anterior.

Por ejemplo, el § 826 *RST* dice que «una invasión intencional en los intereses de otro en el uso y disfrute de la propiedad es no razonable si [...] (b) el daño es grave y la carga financiera para compensar este y similares daños a otros podría no hacer no factible la continuación de la conducta». El comentarista del *RST*, en relación al apartado anterior, dice que en la acción de indemnización (*suit for damages*) «la utilidad legal de la actividad quizá puede ser reducida notablemente por el hecho de que el actor esté operando su industria y produciendo el ruido y el humo sin compensación a sus vecinos por el daño que les ha ocasionado. La conducta por la cual la utilidad es ponderada incluye tanto la actividad general como las consecuencias que produce»⁶³³. De hecho, «a veces quizá es razonable operar una actividad importante si el pago se hace por el daño causado, pero no razonable continuarlo sin el pago»⁶³⁴.

Dice el comentarista del *RST* que el proceso de ponderación general entre la gravedad del daño y de la utilidad de la conducta evalúa el valor social de la actividad en general. El proceso resulta adecuado si la demanda es por una *injunction* (acción de cesación) prohibiendo la actividad. Pero será a veces incompleto y de esta manera inapropiado cuando la demanda sea por la compensación del daño. La *action for damages* (acción indemnizatoria) no se centra en la actividad; ella busca obtener los costes de compensación por los daños ocasionados. La carga financiera de estos costes es por lo tanto un factor significativo en la determinación de si la conducta que causa los daños sin compensarlos es irrazonable. En la estimación de esta carga, se consideran no solo los costes de compensación por el daño en la demanda ante los tribunales sino también la responsabilidad potencial en la compensación de otras personas que quizá también han sido lesionadas por la actividad. De esta manera, concluye que en la acción indemnizatoria «la invasión es irrazonable no solamente cuando la gravedad del daño supera la utilidad de la conducta, sino también cuando la utilidad supera la gravedad siempre y cuando la carga financiera de compensar los daños causados por la actividad no hicieran inviable la continuación de la actividad. Si la imposición de esta carga financiera pudiera hacer la continuación de la actividad inviable, el proceso de ponderación para determinar la irrazonabilidad es similar a la establecida en una demanda por *injunction*»⁶³⁵ según el Capítulo 48, § 941 “*balancing the equities*” *RST*.

C) *La tolerancia de las inmisiones.*

a) *Diferencias entre tolerancia de derecho y de hecho.*

En el derecho civil francés, CABALLERO hace una excelente argumentación sobre las diferencias de la tolerancia de derecho y de hecho en la denominada tolerancia de vecindad. Según el autor, «Caracterizar la noción de *nuisance* como una *tolérance de voisinage* viene a afirmar la incapacidad de la teoría de los *troubles de voisinage* para asegurar a los particulares una protección seria contra las agresiones que afectan a su medio ambiente. Esta incapacidad, de la que importa dilucidar sus causas, se sitúa sobre dos planos. Sobre el plano de su régimen en primer lugar, está claro que la construcción pretoriana, detrás del aparente rigor de su fachada, favorece, en realidad, una laxitud institucional con respecto a las actividades generadoras de *nuisance* (...). Sobre el plano de su dominio (...), la jurisprudencia ignora una masa considerable de daños que golpean en primer lugar el medio ambiente»⁶³⁶.

⁶³³ Comentario e. “gravedad” vs. “utilidad” al párrafo (a) de la § 826 *RST*.

⁶³⁴ Comentario f. “gravedad” vs. “utilidad” al párrafo (b) de la § 826 *RST*.

⁶³⁵ Comentario f. “gravedad” vs. “utilidad” al párrafo (b) de la § 826 *RST*.

⁶³⁶ CABALLERO, F.: *op. cit.*, p. 255.

La *tolerancia de derecho* (adquirida sin indemnización) se debe a la confusión entre inmisión y daño, por lo que se está abriendo la puerta a la posibilidad de que por motivos económicos o sociales (uso normal o preocupación colectiva) inmisiones que producen daños graves son sin embargo tolerables debido a la fuente “normal” de donde proceden⁶³⁷. El límite más allá del cual habría inmisión, en el sentido o en el entendimiento de los particulares, debería coincidir con el umbral de anormalidad definido por la jurisprudencia. Para ello, haría falta que el criterio de anormalidad no fuera desviado de su sentido original, y de otra parte, que la ilicitud del *trouble* entrañase su cesación. Critica CABALLERO que la imprecisión teórica del principio ha favorecido un deslizamiento del concepto de *trouble normal*, hacia aquel de *dommage normal*. De otra parte y sobre todo, la relación a la idea de *pré-ocupación colectiva* en la apreciación de la anormalidad ha institucionalizado las nuisances»⁶³⁸.

El sistema español de inmisiones es, a pesar de su notable simplicidad, el que más salvaguarda los derechos del inmitido, por cuanto declara antijurídica la inmisión que produzca daños graves, según la intensidad de la inmisión y los efectos nocivos de la misma, con independencia del cumplimiento de la actividad inmitente de las normas que regulan la actividad, del cumplimiento de los valores límite de emisión, de la existencia de autorización o de la adecuación al uso local. Es decir, la ilegitimidad de la inmisión se tiene en cuenta desde el punto de vista de los efectos, a través de la intensidad de la misma (duración y alcance) así como de los daños producidos (patrimoniales, personales, salud o morales). En mi opinión no se debería excluir el aspecto activo de la relación en la ponderación de la ilegitimidad de la inmisión.

Por otra parte, -dice CABALLERO- la *tolerancia de hecho* (adquirida mediante indemnización) significa que «el juez, *después de haber constatado la anormalidad del trouble, rechaza ordenar la cesación*. «Esta revela un cierto número de obstáculos que se oponen al poder del juez: unos son de orden jurídico, otros de orden extrajurídico. Ellos corresponden a una tolerancia tanto *involuntaria*, como *voluntaria* al respecto de actividades generadoras de nuisance»⁶³⁹. Enumera dentro de los primeros el principio de separación de la autoridad administrativa y judicial civil en lo referente a inmisiones producidas por actividades clasificadas (autorizadas) y al principio de intangibilidad de la obra pública. Sucede que, «[c]uando el *trouble* es declarado anormal, por lo tanto ilícito, la jurisprudencia no se pronuncia sobre su cesación [...]». La anormalidad declarada del *trouble* no impide por tanto a su autor seguir produciendo emisiones, ni a sus víctimas continuar sufriendolas. «La indemnización que se les acuerda conduce en realidad a una *tolerancia de hecho* con respecto a las situaciones intolerables, cuya utilidad económica o social justifica el mantenimiento»⁶⁴⁰.

En el derecho civil catalán, la legitimidad de las inmisiones funde en un único análisis la tolerancia de derecho y de hecho, pues se regula una compensación económica por los daños que se puedan ocasionar en el futuro por inmisiones legítimas. La inmisión ilegítima tendrá lugar cuando se produzca un perjuicio sustancial y no autorizado o no ajustado al uso normal. En mi opinión, esta solución es la más completa desde el punto de vista legislativo, pues no existe contradicción desde el punto de vista jurídico entre inmisión anormal y daño anormal. En Alemania, la solución del legislador es parecida a la adoptada por el legislador catalán.

⁶³⁷ Ibid.: pp. 258-260.

⁶³⁸ Ibid.: p. 258.

⁶³⁹ Ibid.: p. 276.

⁶⁴⁰ Ibid.: p. 257.

b) *Clasificación de las inmisiones en función de su tolerancia o no.*

La realidad jurisprudencial española nos muestra que solamente caben dos tipos de inmisiones: las ilícitas o lícitas, en función de si el agente causante cumple o no con los cánones establecidos en los reglamentos y en la prudencia que las circunstancias del caso requerían (con una diligencia mayor en función de la responsabilidad cuasi objetiva), o bien en caso de cumplirlo, cuando el daño ocasionado supera la normal tolerancia, presumiéndose en virtud del art. 1908.2 C.c. que cuando la inmisión produce un daño grave el acto que lo causa es excesivo. En mi opinión, no se puede mezclar la excesividad de las inmisiones con las invasiones contaminantes ocasionadas por un escape desconocido por el operador basado en la culpa o riesgo. En el primer caso se está al hecho excesivo y en el segundo a la conducta del causante.

Nos parece interesante y completa la clasificación que hace GONZÁLEZ-ALEGRE de la legitimidad o ilegitimidad de las inmisiones, en función de la tolerabilidad de los daños, y de la conducta del causante de las mismas: 1) *Actividades prohibidas*: 1.1) actividades que corresponden a un uso o disfrute anormal y/o extraordinario en el ejercicio de los derechos y que producen daños, perjuicios o molestias en el vecino. 1.2) Actividades que corresponden a un uso o disfrute normal y ordinario pero que producen daños intolerables, que pasan a ser ilícitos por sus consecuencias. 2) *Actividades permitidas*: 2.1) actividades que corresponden a un uso o disfrute anormal y/o extraordinario y, aun causando daños o molestias al vecino, existen circunstancias concurrentes que los justifican. 2.2.) Actividades que corresponden a un uso o disfrute normal y ordinario y que o bien no producen daños, o produciéndolos, estos no se consideran intolerables. 3) *Actividades no prohibidas pero que generan obligación de compensar*: actividades industriales autorizadas que, ejercitando su derecho, causan un daño excesivo, en cuyo caso, si no lo indemnizan, se convierte el acto en abusivo⁶⁴¹.

En el derecho civil alemán, la clasificación de las inmisiones a la vista del § 906 BGB es la siguiente, según WANGENHEIM:

Inmisiones	Inmisiones tangibles graves (“ponderables”) y dirigidas especial o artificialmente			Pretensión de defensa del § 1004 e indemnización	<i>Property Right with victim, protected by property rule</i>
	Inmisiones mensurables físicamente que se extienden típicamente (“Imponderables”)	Perjuicios sustanciales	No resultan del uso según costumbre local		
			Resultan del uso según la costumbre local	Económicamente evitables	
				Económicamente inevitables	Perjuicios no exigibles en uso según la costumbre local
	Perjuicios exigibles o bien perjuicios sólo en uso no de acuerdo con la costumbre local		Indemnización (§ 906 II 2)		<i>Property Right with victim, protected by liability rule</i>
Perjuicios no sustanciales.			Ni pretensión de defensa ni indemnización	<i>Property Right with polluter, protected by property rule</i>	
Inmisiones ideales					

Tabla 5. Clases de inmisiones en función de la estructura del § 906 BGB. Fuente: WANGENHEIM GEORGE VON., “Valores límite e indemnización por inmisiones”, *InDret*, N° 4, Barcelona, octubre de 2001.

⁶⁴¹ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 214-126.

En Italia, las inmisiones se dividen en: 1º *inmisiones lícitas*, dentro del límite de la normal tolerabilidad (art. 844 1º); 2º *inmisiones lícitas dañosas*: las que excediendo ese límite se consideran lícitas cuando ello corresponda a exigencias de la producción, si bien sólo cuando no sea posible eliminarlas o reducirlas con medidas técnicas no excesivamente gravosas; a cambio de ser toleradas se establecerá una compensación económica por el daño (art. 844 2º); y 3º *inmisiones ilícitas*, las que superen el límite de la normal tolerabilidad y no respondan a los intereses de la producción, en cuyo caso habrá obligación de cesar la actividad, o bien reconducirla a los límites de la normal tolerancia, y a resarcir el daño⁶⁴². Como se puede observar, esta solución es la que se reproduce por la mayoría de la doctrina en muchos ordenamientos.

Por su parte, la jurisprudencia francesa de los *troubles de voisinage* clasifica las inmisiones en: 1) cuando no superen la normal tolerabilidad el juez no acuerda ni la acción inhibitoria ni la de resarcimiento. 2) En el caso de inmisiones intolerables concede al vecino: a) la inhibición de la inmisión más el resarcimiento integral del daño, en ciertos casos; b) el resarcimiento integral del daño sin inhibitoria, en otros. 3) El juez está investido de un poder de control difuso de la actividad industrial, pues distingue entre inmisión provocada por empresa industrial y no industrial, penalizando el primero, pues extrapola la regla del *exploitant professionnel* y lo hace responsable de forma objetiva, atribuyendo el daño a la empresa, que es quien mejor la puede soportar, distribuyéndose bajo la forma de costes, seguro o evitación mediante oportunas medidas técnicas, lo que refleja una coherencia lógica y económica⁶⁴³.

Por su parte, en Cataluña, el art. 516-14 del C.c. establece las siguientes clases de inmisiones: 1) *Ilegítimas*: Inmisiones producidas por actos ilegítimos de vecinos y que causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado (546-13). Efectos: No tolerarlas (acción negatoria de inmisiones) y reparación de daños (acción indemnizatoria). 2) *Legítimas*. 2.1). Regla general: Inocuas o que causan perjuicios no sustanciales (546-14.1). En general, se consideran perjuicios sustanciales los que superan los valores límite o indicativos establecidos por las leyes o los reglamentos. Efectos: Tolerarlas (546-14.1). 2.2.) 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 (546-14.2, 3 y 4). Efectos: Tolerarlas (546-14.2). Podrán 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 esta, según la costumbre local (546-14.3). Según la naturaleza de la inmisión, podrán exigir, además, que la inmisión se haga en el día y en el momento menos perjudiciales y pueden adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo de los causantes (546-14.4). 2.3) Inmisiones sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas administrativamente (546-14.5). Efectos: Tolerarlas (546-14.5). Se podrá solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas y 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.

⁶⁴² AMATO, G.: *op. cit.*, p. 713. ALVINO, E.: *op. cit.*, pp. 1366-1368. Cass. de 13 de diciembre de 1974, nº 4253 (Gius. civ. 1975-I), p. 1370.

⁶⁴³ VISINTINI, G.: "Le immissioni nel quadro... (II)", *op. cit.*, pp. 56-57, 59.

2) Criterios de ponderación de la excesividad de la inmisión.

A) *Análisis de normal tolerancia o de la gravedad del daño.*

a) *Gravedad de la inmisión, según el grado, duración y peligrosidad.*

El análisis de la excesividad de la inmisión se hará, en primer lugar (y en algunos ordenamientos solamente), a través del análisis del criterio de la normal tolerancia o de la gravedad del daño (en sentido objetivo). En definitiva, deberá haber una real y apreciable interferencia en el uso o disfrute de la propiedad.

El daño grave o inmisión intolerable tendrá en cuenta los siguiente factores: la intensidad –los valores límite de inmisión (VLI) servirán de referencia–, duración y frecuencia de la misma⁶⁴⁴; entidad de los perjuicios en el sujeto pasivo, para considerar tolerables aquellas inmisiones que así deban calificarse atendiendo a un grado medio de receptividad o sensibilidad hacia las mismas, cuando se trata de daños personales, y del uso normal de la actividad inmitida cuando se produzcan daños a las cosas⁶⁴⁵; la obligación del perjudicado de evitar el daño, etc. De todos estos criterios, la intensidad de la inmisión y la entidad del daño serán los más importantes, por cuanto marcarán los efectos nocivos y entidad de la inmisión. En los daños a la propiedad será más sencillo determinar el carácter de inmisión intolerable o daño grave⁶⁴⁶.

b) *Influencia de la normativa administrativa, licencias y autorizaciones.*

Existe discusión doctrinal a la hora de dilucidar si una inmisión que supere los máximos fijados por los valores límite de inmisión reglamentarios (VLI) ha de recibir automáticamente la calificación de intolerable (o tolerable siempre que no los supere); o entender que hay una independencia entre ambos.

A veces la propia naturaleza del daño ocasionado por la actividad inmitente (p. ej. lesiones a la salud) o su cuantía (pérdidas de cosechas) no deja lugar a dudas en torno a la relevancia del perjuicio sufrido y la inexistencia de soportarlos. No obstante, con frecuencia es difícil fijar los límites entre las inmisiones prohibidas y las que no lo están. De ahí que la normativa ambiental sirva como índice orientador para determinar si una inmisión supera o no el límite de lo tolerable, aunque no sea concluyente⁶⁴⁷, pues constituyen, con carácter indicativo, el tope que en todo caso se está obligado a soportar⁶⁴⁸. Estos límites pueden resultar bastante fiables a la hora de determinar el posible grado perjudicial al contrario que los límites de emisión, por cuanto éstos se limitan a recoger el nivel de contaminación en el punto de origen⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 71-72. El autor opina que el criterio de la normal tolerancia se centra en la intensidad de los efectos dañosos o perturbadores, pudiendo el propietario afectado rechazar aquellas inmisiones intolerables aun derivando de un uso normal de la propiedad.

⁶⁴⁵ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “Defensa frente a inmisiones...”, *op. cit.* pp. 357. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 100-101; “El límite entre las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 920-921. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 71-72. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 210-211. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 315.

⁶⁴⁶ Comentario “d.” del § 821 F RST “Significant Harm”.

⁶⁴⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 178, 405-406, 411-412; “Comentario a la STS de 7 abril de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, p. 853. EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 409. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 41, 77 y 247; “El límite entre las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 919. SANTOS MORÓN, M^a J.: *op. cit.*, p. 3034. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 521.

⁶⁴⁸ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Condiciones medioambientales...”, *op. cit.*, p. 350; *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁴⁹ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 83.

Los VLI son especialmente útil en materia ruidos, pues aunque la normativa jurídico-civil no determina por sí misma un criterio de normalidad en el nivel de molestias al que puede estar obligado a soportar cada vecino⁶⁵⁰, sí pueden servir para completar la antijuridicidad de las mismas⁶⁵¹. Asimismo, los VLI en materia de ruidos suelen utilizarse por la jurisprudencia para condenar al demandado a la reducción de las inmisiones a lo establecido en las ordenanzas locales: p. ej. los informes periciales que demuestren una contaminación acústica superior a los niveles permitidos sí suelen constituir prueba suficiente para que el juez estime la pretensión del demandante⁶⁵²; se condena a la adopción de medidas correctoras para que la actividad empresarial del demandado no emita ruidos que superen los límites reglamentarios⁶⁵³; se prohíbe lo que exceda de lo objetivamente tolerable, de acuerdo con los límites máximos de la reglamentación administrativa⁶⁵⁴. También se ha señalado por algún autor que el parámetro que determina si la inmisión es el resultado del uso normal o normal tolerancia deberían ser, como regla general, las establecidas para las zonificaciones los límites de emisión e inmisión establecidos⁶⁵⁵, tal y como se hace en Alemania.

En materia de contaminación electromagnética, DE ÁNGEL YAGÜEZ⁶⁵⁶ analiza el fallo de la SAP de Murcia 13.2.2001, que afirma que no resulta fácil entender que se considere inmisión intolerable el efecto de una actividad en la que el inmitente se ajusta a las reglas legales, aunque se venga declarando por los tribunales que: «la justificación de haber aplicado las medidas reglamentarias gobernantes de una determinada actividad no excluye la responsabilidad, por que el deber de diligencia va más allá (llega hasta la contemplación de todos los daños que podrían haberse previsto), pero este pronunciamiento, admisible en principio para demandas de responsabilidad civil, no parece que sea trasladable al ámbito de las inmisiones; en concreto, al momento del proceso intelectual en que se juzga sobre la tolerabilidad de la inmisión». De lo contrario sucedería «que los tribunales pudieran resolver una acción negatoria sobre la base de una presunción *iuris tantum* de nocividad». En la citada sentencia se descarta la existencia de daño demostrable, y por ende de la responsabilidad civil, y centrándose por tanto en la posible acción negatoria de inmisiones, a la hora de determinar el límite de lo que se entiende tolerable o no, se remite a lo dispuesto en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999⁶⁵⁷.

⁶⁵⁰ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 42 y 89-92.

⁶⁵¹ MACÍAS CASTILLO, A.: “Protección civil frente al ruido”, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁵² SSAP Asturias 28.2.2000 (AC 2000, 264); SAP Castellón 28.5.2004 (AC 2004, 130), SAP Madrid, 20.11.2000 (AC 2001, 168).

⁶⁵³ STS 13.12.2007 (RJ 2007, 8928); SAP Alicante 13.5.2009 (JUR 2009, 303255).

⁶⁵⁴ SAP Asturias 14.9.1993 (AC 1993, 1631).

⁶⁵⁵ DOMÈNEC SILBINA, T.: “Las ordenanzas de protección frente al ruido. I. El marco jurídico y la perspectiva jurídica interdisciplinar”, *Cuadernos de derecho local*, nº 4, 2004, p. 230.

⁶⁵⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Una nueva forma de inmisión...”, *op. cit.*, p. 1423. “De nuevo sobre la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 42, 48-68, 73-74. La Sentencia trata de una demanda formulada por una comunidad de propietarios de un edificio en el que se ubicaba un transformador en la planta baja, al objeto de que cesara o redujera la exposición a los campos electromagnéticos y procedentes del mismo.

⁶⁵⁷ Según el documento COM (2000) «El recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente». La Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos, efectúa la siguiente conclusión: «El estado de la ciencia del momento actual permite al jurista contar con criterios técnicos suficientes para considerar cuándo la inmisión constituida por un campo electromagnético rebasa los límites de lo tolerable y de lo injusto (según se adopte, respec-

En Alemania, existe un perjuicio no esencial si la inmisión no sobrepasa los valores límite sustantivos o fijados en las leyes y reglamentos administrativos. A la inversa, una invasión es significativa si los supera. Parece que la § 906 I 3ª equipara el derecho sustantivo con las regulaciones administrativas al amparo de la § 48 BimSchG. Se ha criticado esta solución, pues se priva de independencia a los tribunales civiles y puede acabar convirtiendo el juicio de esencialidad en un mero juicio de adecuación a la normativa administrativa, debiendo ajustarse por el contrario a la valoración de la esencialidad de la inmisión⁶⁵⁸. Por ello, los tribunales a veces consideran una invasión significativa incluso cuando los valores legales no han sido superados, usando en su lugar el estándar de la percepción de una persona media, donde tiene una importancia decisiva el tipo y el objetivo del fondo afectado⁶⁵⁹. En mi opinión, parece que el legislador alemán pretende, por una parte, dotar de coherencia al sistema legal de prevención de la contaminación con los posibles daños que produzca, y, por otra, proteger los intereses de la industria de acciones privadas que pueda poner el peligro su actividad. En Cataluña, la solución es parecida al caso alemán (art. 546-14 1º C.c.).

En Italia, para algunos autores no hay vinculación alguna entre los VLI y la determinación de la intensidad de la inmisión *ex* art. 844 C.c. (límite “elástico”)⁶⁶⁰. Ello con independencia de que sea consecuencia de una actividad autorizada⁶⁶¹, debido a que la autorización instaura una presunción de utilidad social de la actividad inmitente, lo que no deja de ser criticable sobre todo cuando se afecte la salud de las personas⁶⁶². En cambio, para otros autores el incumplimiento de los estándares administrativas provocará la ilicitud debido a la violación de los cánones de prudencia y diligencia. Entre estos autores, PARADISO justifica que el límite máximo de tolerancia consentido en la ley debe considerarse como umbral mínimo en la tutela del sujeto expuesto a propagaciones, toda vez que la emisión constituya al mismo tiempo una inmisión *in alienum* dañosa. Para el autor, la disciplina ambiental puede adquirir relevancia en el régimen privado de la inmisión como codificación de un resultado razonable con base al desarrollo de la técnica⁶⁶³. En cualquier caso, los intereses defendidos en los VLE sirven como argumento suplementario en la determinación del límite a la vista del art. 844 C.c., puesto que otorgan una nueva visión colectiva de los intereses en juego al dar una mayor importancia social a la preservación del ambiente y la salud de las personas, abandonando la preeminencia del interés de la industria y dando paso a la consolidación de criterios tan importantes como el del “coste social”⁶⁶⁴.

tivamente, la perspectiva de las acciones preventivas o las de responsabilidad)». Este límite se fija en 100 microteslas, y puesto que es 50 veces más reducido de los valores límite en relación con los efectos agudos a la salud de las personas concluye en autor que la hipótesis de la «incertidumbre científica» como presupuesto de la puesta en práctica del principio de precaución no se da en este caso

⁶⁵⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 407; “Comentario a la STS de 7 abril de 1997”, *op. cit.*, p. 853.

⁶⁵⁹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 108.

⁶⁶⁰ VISINTINI, G.: “Il divieto di immissioni...”, *op. cit.*, p. 262.

⁶⁶¹ PARADISO, M.: “Tutela dalle immissioni...”, *op. cit.*, pp. 2857 y ss.; “Tutela della salute...”, *op. cit.*, p. 2831.

⁶⁶² VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro... (II)”, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁶⁶³ PARADISO, M.: “Tutela della salute, diritto civile e problemi di selezione degli interessi”, en *Gius civ.*, 1980.II, pp. 2830-2831.

⁶⁶⁴ VISINTINI, G.: “Il divieto di immissioni...”, *op. cit.*, pp. 262, 266. En la p. 266 concluye que se ha abandonado «la dirección precedente favorable a acordar la preeminente tutela del interés industrial *ex* art. 844, párrafo 2º. La nueva legislación especial anticontaminación exprime una expresión de valor que

Dice CABALLERO que en Francia existe independencia del umbral de anormalidad de los *troubles de voisinage* con respecto a los valores límite reglamentarios, tanto desde el punto de vista de su cumplimiento como de su incumplimiento. La jurisprudencia ha sido fijada por aplicación de la regla de la separación de autoridades administrativas y judiciales. Se ha visto que las autorizaciones administrativas, otorgadas bajo reserva de derecho de terceros, no confieren a su beneficiario la inmunidad contra las acciones en responsabilidad de vecinos pues estos umbrales reglamentarios no sirven más que para utilizar los elementos técnicos de comparación, no para interferir en el ejercicio de su poder soberano de apreciación. No obstante, a medida que se generalizan las normas de policía ecológica, el juez tiene la tendencia a utilizar no solamente los elementos de apreciación sino también el criterio de su decisión, lo que, según el autor, debe ser conducido con prudencia. La *Cour de Cassation* ha reconocido que algunas de ellas no fijan un umbral de molestia sino un umbral de peligro. Hace falta, por tanto, -dice el autor- guardarse de la solución cómoda consistente a remitir el poder soberano del juez al poder tecnocrático de la Administración. De esta forma, corresponde a la apreciación soberana de los jueces de fondo, que tienen un verdadero poder de juzgar en equidad, no solamente porque la imprecisión de la regla le deje un inmenso poder de apreciación, sino también porque son investidos de un poder de composición que les permite decidir en la medida en que el perjuicio sea reparado⁶⁶⁵.

c) *Nivel de afectación en el uso y disfrute de la propiedad. Diferentes estándares de gravedad en los daños personales y en los daños a la propiedad.*

En EEUU la *extensión del daño* depende del *grado y duración* de la invasión (*private nuisance*). El § 827, comentario “c” *RST*, dice que, en cuanto al grado de interferencia, ésta puede conllevar desde una ligera inconveniencia o molestia hasta llegar a una completa interrupción del uso o una privación del disfrute de la propiedad. Debe haber un daño apreciable, incluso en daños a la propiedad, que puede ser evidenciado científicamente. Por otra parte, la duración de una interferencia puede ser momentánea, temporal, periódica o continuada. La expresión “*extensión del daño*” no se debe entender limitado al daño concreto sufrido (efectivo), sino que se tienen que tener en cuenta los daños o amenazas a otras personas, así como a los riesgos de otros daños que en que quizás incurra el demandante. Esta precisión lo distingue del carácter del daño efectivo, donde sí se tiene en cuenta el tipo de daño sufrido.

Por otro lado, el *carácter del daño* depende del tipo de daño. Las incomodidades o molestias personales suelen ser tan graves como los daños a las cosas; no obstante, es más difícil demostrar los daños en el primer caso. Además, si la invasión conlleva daños materiales a la propiedad, la gravedad del daño se considera normalmente como grave, aunque la extensión del daño sea relativamente pequeña. Pero si la invasión conlleva solamente molestias o incomodidades menores y temporales, la gravedad del daño será pequeña. Tratándose de daños producidos a las personas, el criterio para diferenciar entre las inmisiones permitidas y las prohibidas ha de venir dado por la *normal tolerancia*, es decir, por la sensibilidad de un hombre medio normal frente a la inmisión, teniendo en cuenta las características del lugar, de manera que aunque la actividad causante de las inmisiones responde a un uso normal, no se le permitirán inmisiones nocivas a las personas que superen la normal tolerancia⁶⁶⁶.

deberá ofrecer una ulterior directiva útil para la gestión en sede jurisdiccional del conflicto de intereses correspondientes a la contaminación ambiental».

⁶⁶⁵ CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 243-245.

⁶⁶⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 393-394.

En Francia se tiene en cuenta la receptividad personal de la víctima, a través de elementos objetivos particulares de la situación de la víctima (su actividad o profesión), y también factores subjetivos (estado físico o mental) de sensibilidad media⁶⁶⁷. Algunos autores justifican que el hecho de ser hipernervioso es un estado patológico y, por tanto, normal, aunque también existen posiciones contrarias. P. ej. CABALLERO dice que, en cuanto al aspecto psíquico, el *trouble de jouissance* (inmisión de disfrute) debe ser examinado teniendo en cuenta las repercusiones posibles que pueden haber sobre una persona normal y bien saludable y no sobre una persona enferma e hipersensible⁶⁶⁸. La *Cour de Cassation* afirma, por su parte, que la molestia probada por las personas sensibles «no excedería los inconvenientes normales más que si ella se produjeran en un caso donde las personas particularmente sensibles y necesitadas de reposo estarían en derecho de encontrar una tranquilidad y una calma excepcionales⁶⁶⁹», justificación que no convence plenamente a CABALLERO⁶⁷⁰.

En el Derecho germano, el juicio de la esencialidad de una inmisión se hace tomando en cuenta criterios objetivos, pero ajustándose a su vez al caso concreto. Se sigue una regla objetivada-diferenciada (*differenziert-objektiver Masstab*) en la que hay que atender a la sensibilidad de un hombre medio normal (regla objetiva), si no en función de las condiciones locales, sí atendiendo a un hombre medio en sus condiciones concretas (diferente de la regla objetiva). No obstante, se asume que la muerte, los daños personales o el daño a la salud de las personas son percibidos como significativos según una persona medida, considerándose por ello perjuicios sustanciales, pero sin excluir el análisis de la normalidad de la conducta que los causa⁶⁷¹.

En Italia, en la valoración de la normal tolerabilidad se tiene en cuenta la eventual nocividad de la inmisión en la salud⁶⁷². En los daños a la salud algún autor resuelve el conflicto entre el inmitente e inmitido *ex art. 844 C.c.*, aplicando directamente el art. 32 de la Constitución. TORREGROSA⁶⁷³ critica que para tomar en consideración la idoneidad de la inmisión para producir daños a la salud se valore de modo objetivo teniendo presente la «reactividad del hombre medio», pues sería constitucionalmente ilegítima no solo en aplicación del principio de igualdad, sino específicamente por violación del art. 32, por cuanto no puede excluirse que las inmisiones abstractamente nocivas a la salud puedan ser consideradas, en concreto. IANNELLI dice que casi todas las inmisiones industriales son potencialmente nocivas a la salud, por lo que la ilicitud de la misma deriva, en hipótesis, más de la lesión del art. 32 que del art. 844 C.c.,⁶⁷⁴ debiendo tener en cuenta que la salud humana necesita una mayor tutela.

⁶⁶⁷ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *op. cit.*, pp. 697-699. ROBERT, A.: *Les relations de voisinage, op. cit.*, p. 114.

⁶⁶⁸ Tribunal de Grande Instance de Riom, 17 mars 1965, D.S., 1965, 547, note G.A.

⁶⁶⁹ Civ., 2^a 22 Janvier 1969, Bull. Civ. II, n. 25, p. 18.

⁶⁷⁰ CABALLERO, F.: *op. cit.*, p. 247. Dice el autor que « se puede especialmente preguntarse por qué la edad o la enfermedad son situaciones *objetivamente* menos normales que la explotación de una fábrica de velas de barco o de una piscifactoría [...] la doctrina sugiere hoy en día otra explicación más creíble. Este razonamiento que lleva a la oposición ya señalada por el doctor CARBONNIER entre las fuerzas productivas y la propiedad ociosa, conduce sobretodo a rechazar a las personas ancianas la protección que se acuerda a los inmuebles vetustos. Los propietarios de estos inmuebles tienen en efecto derecho a la reparación integral de su perjuicio, sin tener en cuenta la antigüedad».

⁶⁷¹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 110-111.

⁶⁷² PARADISO, M.: «Tutela della salute...», *op. cit.*, pp. 2829-2830. VISINTINI, G.: «Il divieto di immissioni...», *op. cit.*, pp. 253, 264. ZERELLA, E.: *op. cit.*, p. 133.

⁶⁷³ TORREGROSA, G.: *op. cit.*, pp. 1413-1416, 1422-1423.

⁶⁷⁴ IANNELLI, A.: *op. cit.*, p. 379.

Por otro lado, los daños a las cosas deben tener un tratamiento diferente, pues hay que hacer mención al uso normal de la propiedad, pero esta vez desde el punto de vista de quien recibe la inmisión. Por ejemplo, ALGARRA PRATS lo explica con meridiana claridad, partiendo del supuesto de que la actividad productora de la inmisión se ajuste al uso normal: «Tratándose de daños a las cosas, el grado de tolerancia vendrá a su vez determinado por la normalidad de uso de la propia finca afectada, atendiendo también a las condiciones de la zona: si la finca perjudicada se dedica a una actividad completamente inusual en la zona, deberán tolerarse los efectos nocivos de las inmisiones, puesto que éstas son normales en la zona y ninguna de las demás fincas se ven afectadas por las mismas [...]»⁶⁷⁵; si ambas actividades son normales, porque son habituales en la zona los distintos usos a los que ambas responden, el grado de tolerancia deberá encontrar su límite cuando las inmisiones sean de tal entidad que impliquen un daño que conlleve el total sacrificio de la propiedad afectada».

En el *common law* inglés no solamente se tiene en cuenta la razonabilidad del uso del fondo que causa la invasión, sino también la del fondo que la recibe, cuando depende de la hipersensibilidad de la actividad que realiza el demandante en el fondo invadido⁶⁷⁶. En el caso *Robinson v Klivert* (1889) 41 ChD 88, el juez dispuso que un hombre que lleva a cabo un negocio de forma excepcionalmente delicada no puede quejarse porque ha sido dañado por su vecino haciendo algo que no sería dañoso a cualquier sino a aquél tipo de actividades. En el caso *McKinnon Industries Ltd v Walker* [1951] 3 DLR 577, el demandado solicitó la desestimación de la demanda basada en que los daños que había sufrido el demandante se debían a la plantación de orquídeas, siendo éstas muy sensibles a la contaminación, fallando que si la invasión es no razonable dada su intensidad ello es independiente de la especial sensibilidad del demandante. Pero esta regla se aplica solamente cuando la irrazoabilidad de la conducta del demandado depende de la especial sensibilidad del uso y disfrute que lleva a cabo el demandado, pero no se aplica cuando la acción se base en el carácter no razonable de la invasión, independientemente del uso “delicado” que se haga del fondo.

En EEUU, el Comentario al párrafo (d) del 827 RST⁶⁷⁷, “g. *Carácter de la localidad*” y “h. *Ordenanzas de zonificación*”, disponen que la incompatibilidad entre varios usos beneficiosos resulta de la segregación de ciertos usos en ciertas localidades con el objeto de evitar innecesarios conflictos entre los usos radicalmente incompatibles, por ejemplo la existencia de mataderos en un centro urbano. Si un uso particular en el uso y disfrute del inmueble es adecuado según el carácter de la localidad, una interferencia es más seria y la gravedad del daño derivado de ésta es mayor que si el particular uso o disfrute no está disponible en la localidad. Ello no es óbice a que el carácter particular de la localidad pueda ser objeto de cambio durante un período de tiempo. Las ordenanzas de zonificación constituyen una determinación legislativa que disponen que ciertos usos de actividades no se llevarán a cabo o que ciertos tipos de condiciones no serán permitidas en áreas particulares. En cualquier caso, esta obligación del perjudicado no suele ser un factor decisivo de la gravedad del daño, en perjuicio de la extensión del daño y su duración como verdaderamente importantes.

⁶⁷⁵ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 393-394. La autora pone el siguiente ejemplo: «imaginemos que en un polígono industrial el propietario de una parcela decide dedicarla al cultivo de delicadas especies florales que se ven gravemente afectadas por [inmisiones] que, sin embargo, no causan ningún perjuicio al resto de propiedades, que son las que determinan el carácter del lugar».

⁶⁷⁶ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 260.

⁶⁷⁷ El § 827 (d) RST dice que en la determinación de la gravedad del daño se tendrá en cuenta «la adaptabilidad del particular uso o disfrute invadido al carácter de la localidad».

d) *La carga del perjudicado de evitar el daño.*

En EEUU, el daño derivado de una invasión intencional en los intereses de otro en el uso y disfrute de su inmueble puede a veces, parcial o totalmente, ser evitada por el que la provoca. En la mayoría de los casos, sin embargo, la evitación de un daño implica otro en forma de molestias y gastos, y la carga que conlleva esta evitación es a menudo mayor que el que intentaban evitar. No obstante, siempre hay algunas situaciones en las que el perjudicado puede evitar la mayoría del alcance del daño derivado de la invasión con una muy pequeña dificultad o cuantía económica. Este factor de carga de la persona perjudicada de evitar o reducir el daño no es a menudo decisivo para evaluar la gravedad del daño, sino que meramente encarna la común idea de que las personas que viven en sociedad deben hacer un razonable esfuerzo para ajustar sus usos inmobiliarios a aquellos semejantes antes de quejarse⁶⁷⁸. Creo que este parámetro debería formar parte del análisis de la gravedad del daño, como en EEUU. La razón es que la conducta del sujeto que recibe la inmisión no puede ser completamente indiferente al derecho, ya que pueden haber supuestos que de puro sentido común deban utilizarse por los jueces, al menos, para ponderar los intereses en juego.

En Alemania, en la determinación de la tolerancia la jurisprudencia suele fallar que no puede incidir una eventual conducta del vecino perjudicado, en el sentido de que éste podría haber adoptado las medidas para evitar o disminuir los efectos de la inmisión, como por ejemplo el hecho de no dormir con las ventanas cerradas ante un supuesto de molestias originadas por ruidos⁶⁷⁹. En cambio, la doctrina alemana ha señalado que en los casos en que una inmisión se convierta en esencial por una conducta anormal o ilícita del perjudicado (p.ej. construcciones ilegales), el perjudicado no puede impedir la penetración de la inmisión, por cuanto de no haber ejercitado una conducta prohibida, no se hubiera producido el perjuicio esencial⁶⁸⁰.

B) *Análisis del uso normal o de la utilidad de la conducta.*

a) *Adaptabilidad al uso local en cuanto al modo de utilización e intensidad.*

Dice ALGARRA PRATS que el análisis del uso normal tiene en cuenta tanto el tipo de uso individual del fundo, como la adecuación del mismo al uso local. Éste se hace comparando el aprovechamiento de la finca con el de otras incluidas en una zona (*Geprägetheorie*) teniendo en cuenta las normas urbanísticas de clasificación del suelo y calificación de los usos y aprovechamientos permitidos, si bien a modo meramente indicativo, pues en sede judicial civil hay que estar al análisis del estado fáctico de la zona en cuestión, que tendrán en cuenta: 1) la adecuación al uso local de la actividad (modo de utilización), teniendo en cuenta el aprovechamiento parecido al de otras fincas, es decir, que son explotadas de un modo similar; 2) la adecuación de la actividad en cuanto a sus efectos (intensidad), teniendo en cuenta el aprovechamiento de la finca que no provoque inmisiones más intensas⁶⁸¹. EGEA FERNÁNDEZ dice que el uso normal atiende: 1) al uso según destino de la finca, atendiendo al tipo de uso de la finca individualmente; 2) el modo de utilización, que se regula tanto por la costumbre del lugar como por la medida necesaria para obtener el goce y por el uso local. Su vulneración implica un uso anormal (modo) o excesivo (medida) respectivamente⁶⁸².

⁶⁷⁸ § 827, comentario del párrafo (e) del *RST*.

⁶⁷⁹ BGH de 23.3.1990 (BGHZ 111, pp. 63 y ss.).

⁶⁸⁰ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 404-405.

⁶⁸¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 390-391, 395-396.

⁶⁸² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., p. 140.

El art. 590 C.c. recoge el criterio del uso normal en cuanto a la adecuación a los usos locales (modo de utilización)⁶⁸³, remitiéndose también a la norma urbanística y obras de resguardo con el objeto de evitar daños a los fondos vecinos. La determinación del criterio del uso normal se realiza teniendo en cuenta el lugar de origen, la emisión y el emitente, predicándose de la actividad o conjunto de actividades que caracterizan los usos habituales o normales en un determinado lugar, teniendo en cuenta que los efectos y proporciones de aquéllas sean similares, con independencia de las incomodidades que pueda provocar al fundo inmitido⁶⁸⁴.

En Alemania, el concepto “usos locales” no hace referencia a un derecho consuetudinario local, sino a usos del hecho, dotados de virtud normativa. La determinación del uso local hace una comparación entre el aprovechamiento de la finca emitente y el de otras fincas del lugar (*Geprägetheorie*), en cuanto a si la mayoría de las fincas son explotadas de un modo igual o similar, produciendo inmisiones nocivas semejantes. Asimismo, se ha concedido también especial importancia a las proporciones del aprovechamiento en particular, considerando adecuado al uso local un aprovechamiento de la finca que, en la zona afectada, no provoca inmisiones más intensas que las que allí suelen producirse⁶⁸⁵. Las condiciones de la zona delimitadas geográficamente no necesariamente debe coincidir con los límites municipales⁶⁸⁶. La legitimidad de la inmisión basada en el uso local halla sus límites allí donde la molestia pueda ser evitada o reducida a límites más tolerables mediante la adopción de medidas protectoras, para lo cual hay que tener en cuenta el coste de las mismas, la propia gravedad de los daños⁶⁸⁷, así como los avances de la técnica y al desarrollo del tráfico.

En Navarra, la *racionalidad del uso* se determinará en cada caso concreto en función de las *necesidades de cada finca*, el *uso del lugar* (generales y locales) y la *equidad*, así como normas de cualquier índole y territorialidad, global o particular⁶⁸⁸:

1) Las *necesidades de las fincas* dependerán de su naturaleza y su destino, es decir, de los usos de que son susceptibles o a que se dedican, tanto de la finca que produce la inmisión como la que la sufre, teniendo en cuenta además que, respecto de estas últimas, en caso de ser varias las afectadas, habrá que estar a los usos dominantes en su área de influencia, siendo un criterio no decisivo pero sí referencial la clasificación y calificación urbanística del suelo.

2) El *uso del lugar* se refiere tanto a: 2.1) la *forma y las condiciones de uso* o aprovechamiento de la finca, con que se ejerce el derecho, en relación con las que son comunes o habituales en otras de su mismo destino en la zona; 2.2) el *tipo de uso* en relación con los que son comunes o habituales en su área de influencia, en cuanto manifestación de la teoría del «uso normal», que reputa tal aquel cuyas inmisiones no sean, por su naturaleza e intensidad, superiores a las usuales del entorno que las padece, para lo cual se exige un análisis cuantitativo y cualitativo⁶⁸⁹.

⁶⁸³ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 342.

⁶⁸⁴ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 390-392, 397. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 41-42. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 33; DOMÈNEC SILBINA, T.: *op. cit.*, pp. 228-231.

⁶⁸⁵ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 108.

⁶⁸⁶ Sentencia del BGH 23 de marzo de 1990 (BGHZ 111, pp. 63 y ss.).

⁶⁸⁷ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 352.

⁶⁸⁸ SSTSJ 25.4.2002 (RJ 2002, 8782), Navarra 3.5.2004 (RJ 2004, 3724), entre otras).

⁶⁸⁹ HUALDE MANSO, M^a. T.: “Inmisiones provocadas por establecimientos industriales autorizados (Comentario a la sentencia del T.S.J. de Navarra, de 3 de mayo de 2004)” *Revista jurídica de Navarra*, N^o

Desde el punto de vista de las *necesidades de las fincas* y del *uso del lugar*, la *racionalidad del uso* del derecho impone la adecuación de su ejercicio a las características de la actividad desplegada y a la incidencia de sus efectos en las fincas de su entorno y en quienes por cualquier título las habitan; y, de otra, la acomodación de su ejercicio a los procedimientos, pautas y exigencias comunes en actividades de esas características en consideración a sus propias necesidades y a las de sus vecinos.

3) La *equidad* exige la adaptación del derecho a las circunstancias en que ha de ser ejercitado y el objetivo de la naturaleza, contenido y función propia de cada derecho que enlaza con el Derecho natural y con los criterios éticos que conectan el abuso del derecho con los principios de buena fe y la equidad, enfocado principalmente a la incidencia domiciliaria de quien sufre las inmisiones, el derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito de su domicilio (art. 18 CE), así como la calidad de vida (art. 45), la protección de la salud (art. 43) o a una vivienda digna y adecuada (art. 47)⁶⁹⁰. Se ha dicho que el criterio del uso razonable se sitúa próximo al criterio de la normalidad del uso, si bien la equidad lo acerca al prudente arbitrio del Juez y a la normal tolerancia⁶⁹¹; o que es más adecuado que el de “normalidad” del uso⁶⁹².

En EEUU el § 828 RST recoge como uno de los requisitos en la determinación de la utilidad de la conducta la adecuación de la misma al carácter de la localidad, pues lo que puede ser *nuisance* en una zona, no tiene que serlo necesariamente en otra⁶⁹³ y lo que es tolerable en una zona puede ser intolerable en otra⁶⁹⁴. El comentario “*g. Adecuación al carácter de la localidad*” dispone que «El carácter de la localidad depende del tipo de actividad que es desarrollada en primer lugar. [...] [D]epende de su compatibilidad con las actividades que predominantemente se llegan a cabo», si bien matiza que «el mero hecho de que la actividad o inactividad sea adecuada a un lugar particular no significa que la invasión que cause de este modo la haga razonable y justificable. Quizás será o no razonable, dependiendo de la gravedad del daño [...]. Si la actividad o inactividad particular no es adecuada al carácter de la localidad, a la conducta generalmente le faltará utilidad y la invasión que cause será generalmente no razonable como cuestión de derecho si el daño causado es, en cualquier caso, grave»⁶⁹⁵. BELL & MCGILLIVRAY citan el famoso caso *Sturges v Bridgman* (1879) 11 ChD852, en el que el tribunal distingue entre el daño a la propiedad y el disfrute de la propiedad (*personal discomfort*), diciendo que solamente en este último caso el carácter de la localidad puede ser un factor a tener en cuenta en el balance de los derechos e intereses en juego, si bien matizan que, en la práctica, ambos efectos se superponen, ya que el efecto económico negativo puede afectar tanto a las personas como a la propiedad⁶⁹⁶.

En Inglaterra, influyen en el uso natural el hecho de que la actividad se siga por un gran número de personas; o cuando un uso puede ser inusual simplemente por el paso del tiempo y en las técnicas de desarrollo en cada momento⁶⁹⁷.

39, 2005, pp. 188-189. Adecuado al uso local «será aquel aprovechamiento de la finca que, en la zona afectada, no provoca inmisiones más intensas que las que allí se producen».

⁶⁹⁰ STSJ Navarra 3.5.2004.

⁶⁹¹ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 46.

⁶⁹² LUQUÍN BERGARECHE, R.: *op. cit.*, pp. 68 y 69.

⁶⁹³ *Halsey v. Esso Petroleum Co Ltd* [1961] 1 W.L.R. 683.

⁶⁹⁴ *Sturges v. Bridgman* (1879) L.R. 11 Ch. D. 852.

⁶⁹⁵ *Rushmer v Polsue and Alfieri Ltd* [1906] 1 Ch 234.

⁶⁹⁶ BELL, S. & MCGILLIVRAY, D.: *op. cit.*, pp. 258-259.

⁶⁹⁷ ROGERS, W.V.H.: *op. cit.*, pp. 125-126.

Se le ha criticado al criterio del uso normal que: 1) favorece los intereses del inminente y en especial los de la industria, ya que la progresiva implantación de la misma determina que vayan considerándose normales un mayor número de inmisiones sobre los fundos vecinos⁶⁹⁸. 2) Si se atendiera solamente al criterio del uso normal podría ocurrir que una actividad normal produjese inmisiones intolerables, pero que deberían de soportarse atendiendo a la normalidad en su origen; o que un uso completamente anormal y extraordinario tenga como consecuencia inmisiones tolerables que, sin embargo, podrían prohibirse⁶⁹⁹. Del ordenamiento catalán se ha criticado: 1) La utilización del criterio del uso normal puede llevar al intérprete a una completa identificación con el derecho administrativo que regula las emisiones⁷⁰⁰, como ha sucedido en el art. 546-14.2 C.c. catalán, que exige la tolerancia de las inmisiones que «produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal de la finca vecina, según la normativa». 2) Nunca deberían permitirse inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales, que difícilmente pueden ser consecuencia del uso normal; además, cualquier gasto es proporcionado o racional si se trata de evitar daños de entidad⁷⁰¹.

A diferencia de otros ordenamientos como el alemán, catalán o el sistema del *common law* según el sistema norteamericano del *Restatement Second of Torts*, en el ordenamiento jurídico-privado español –al igual que sucede en el sistema de los *troubles de voisinage* francés–, cuando la inmisión afecte gravemente a los derechos e intereses de los particulares, por ejemplo cuando se producen daños graves a la salud, daños corporales –especialmente en estos casos–, o la destrucción de cosechas, etc., poco parece que pueda importar el uso normal de la actividad, o el cumplimiento de la normativa administrativa reguladora de la actividad, pues de lo contrario se acabaría entrando en un círculo vicioso contaminación-pago, sin poner solución definitiva al asunto, además de privilegiar claramente la industria frente al derecho de los individuos y del medioambiente. En cambio, el criterio del uso normal sí puede servir para ponderar los intereses en juego cuando los daños producidos, o potenciales, sean meramente patrimoniales y no excesivamente graves. Solamente cuando las medidas a adoptar fueran técnica o económicamente inviables, se podría exigir la tolerancia de las inmisiones a cambio del resarcimiento de los daños causados y una compensación por los futuros, en una situación de perfecto equilibrio entre los intereses en juego de la industria y de los ciudadanos. Así, en el caso de que fueran evitables, deberían adoptarse tales medidas, sin tener que tolerar las inmisiones el perjudicado. No obstante, la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina en nuestro país no parece aceptar esta solución, ya que ante cualquier daño que supere la normal tolerancia, la inmisión se declara automáticamente excesiva, pues, ante la producción de un daño el uso normal de la actividad pasa a ser un mero criterio “estilístico” de cara a “la galería”, pero sin ninguna efectividad. Se argumenta por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar el daño, basándose en parámetros de antijuridicidad derivada del principio del *alterum non laedere* y de responsabilidad cuasi objetiva.

⁶⁹⁸ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 41-42. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁹⁹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 392. EVANGELIO LLORCA, R.: “El límite entre las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 910.

⁷⁰⁰ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁰¹ ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, pp. 390-391. Mejor sería, según el autor, que las medidas para atenuar los daños las adopte y abone directamente el propietario del inmueble que ha provocado la inmisión, por cuanto si lo hace el perjudicado podría verse en la tesitura de no cobrar el importe satisfecho.

b) *Influencia de la normativa administrativa, licencias y autorizaciones.*

El *ordenamiento urbanístico* no tiene una relación directa en la determinación del uso normal desde el punto de vista jurídico-civil, pues fija los usos urbanísticos de las fincas desde un punto de vista general. EGEA FERNÁNDEZ opina que «El elemento determinante para la fijación de la adecuación a la costumbre local es el carácter del territorio y no la finalidad que a éste se le atribuye en los planes de ordenación», de ahí que «la habitualidad de la inmisión no puede tomar como base referencial la citada planificación, sino la situación fáctica del territorio»; por lo tanto, «la planificación sólo debe servir como apoyo general para averiguar la utilización de la finca de acuerdo con la costumbre local y se referirá al tipo de uso que, en principio, no está regulado por la costumbre local»⁷⁰². Por su parte, ALGARRA PRATS considera que «la disciplina de las inmisiones debe atender a la situación de hecho, en definitiva, a la fuerza de lo fáctico, en la indagación de si un uso es normal o no en el caso concreto, porque los tribunales civiles no están realizando un juicio valorativo sobre la adecuación del emitente a la normativa administrativa, sino a un juicio valorativo sobre la adecuación del emitente a las condiciones de la zona, que deben ser reales y no las teóricas»⁷⁰³. La legislación del suelo y urbanística puede ser útil al Derecho civil en atención a las condiciones de los usos y calificación permitidas en cada zona urbanística⁷⁰⁴.

Apuntan BELL & MC GILLIVRAY que en el derecho del *common law* existe independencia entre las normas urbanísticas y los conflictos privados que puedan surgir tras la aprobación de una planificación urbanística que cambie los usos⁷⁰⁵. No obstante, a la hora de planificar la ordenación del uso del suelo y regular las condiciones para su transformación o conservación (definición de planeamiento) el legislador (generalmente local) suele analizarse, con mayor o menor nivel de precisión, el impacto de los futuros desarrollos urbanísticos en los intereses privados de la zona en cuestión, si bien los tribunales otorgan una considerable discrecionalidad a las autoridades para decidir cuánto peso hay que dar a estas consideraciones. En este aspecto, mediante una interpretación estricta de la *Borough Council v Madway (Chatham) Dock Co. Ltd* [1993] QB 343, la licencia urbanística no actúa como defensa frente a una demanda por *nuisance*, sino a lo sumo puede afectar desde el punto de vista civil a la naturaleza de la zona en cuestión. Esta decisión fue apoyada por la *Court of Appeal* en *Wheler v J.J. Saunders Ltd* [1996] Ch 19, si bien restringía dicha posibilidad a aquellas situaciones donde los efectos del desarrollo produjeran un cambio real y específico en la naturaleza de la localidad⁷⁰⁶. En cualquier caso, como dispone el juez Gibson Lj en *Wheler*, «los tribunales no deberían consentir la extinción de los derechos privados sin compensación como resultado de resoluciones administrativas que no son apeladas y existe dificultad de cambiarlas». El valor de la flexibilidad del derecho privado, dicen los autores, consiste en que tiene que ver con la manera en la cual influyen las decisiones tomadas por los legisladores en sistemas más responsables y abiertos⁷⁰⁷.

⁷⁰² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁷⁰³ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 400.

⁷⁰⁴ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 177. HUALDE MANSO, M^a. T.: “La pre-utilización de los inmuebles y las inmisiones”, *Aranzadi-mercantil*, N^o 1, 2011, pp. 31-42.

⁷⁰⁵ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 264. Por ejemplo, la *Exeter City Council, ex parte J.L. Thomas and Co. Ltd* [1991] 1 QB 471 dispone que una autoridad urbanística puede aprobar una programación de terrenos para un nuevo desarrollo incluso si es probable que puedan surgir en el futuro conflictos entre los nuevos ocupantes y con los usos incompatibles preexistentes en la zona.

⁷⁰⁶ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, pp. 283-284.

⁷⁰⁷ *Ibid.*: p. 285.

En Alemania se configura el concepto civil de *uso normal* como criterio independiente de la normativa sobre la planificación urbanística y las licencias o autorizaciones de construcción y similares, constituyendo sólo un indicio o apoyo. En Francia, la adecuación de una actividad a las normas administrativas no evita la calificación anormal de la perturbación; ni la no conformidad con aquéllas convierte el *trouble* en anormal. Sin embargo, en Cataluña, el uso normal de la finca emitente se comprobará en función de la *normativa reguladora de la actividad* y si poner fin a las mismas comporta un gaso económicamente desproporcionado (art. 546.14 2º C.c.).

Por otro lado, salvo pocas excepciones como p. ej. cuando en la jurisprudencia española se dice que el uso “normal” del inmueble es el que se encuentre dentro de los *valores límite de emisión* (VLE)⁷⁰⁸, el ordenamiento administrativo y el nivel de tolerancia de las inmisiones determinado por el uso normal son independientes entre sí. Los VLE que se recogen en las licencias o autorizaciones constituyen, a efectos civiles, baremos indicativos que podrán tenerse en cuenta para enjuiciar en el orden civil la tolerabilidad de una inmisión⁷⁰⁹. En el *common law* inglés el hecho de actuar dentro de los términos de una emisión consentida por las normas reglamentarias o por la autorización o licencia no sirve como defensa frente a una acción civil, ya que el sistema de derecho privado opera de forma separada de los mecanismos de regulación pública⁷¹⁰. En sentido inverso, la superación de los estándares públicos no significa por sí mismo la ilegitimidad de la inmisión desde el punto de vista civil⁷¹¹. No obstante, si la causa de la inmisión se produce por negligencia, existe jurisprudencia que afirma que los estándares legales quizás dictan los estándares del *common law*⁷¹².

Asimismo, la *existencia de licencia o autorización* no es motivo suficiente para eximir de responsabilidad al demandado por los daños ocasionados, si bien en algunos ordenamientos (Alemania, Cataluña) sí se da el efecto de legitimar las inmisiones, debiendo tolerarlas (se excluye la acción negatoria), siempre y cuando no puedan reducirse las inmisiones con un coste razonable y los perjuicios sean compensados. La importancia de las autorizaciones estriba en que la industria constituye un elemento beneficioso para la economía del país, y por ello, cuando la actividad ha sido adoptada con todas las medidas preventivas y se ha otorgado la correspondiente autorización, surge la obligación de tolerar las injerencias que puedan producirse⁷¹³.

Por ejemplo, en Alemania, el § 14 *BImSchG* (Ley Federal) priva al propietario perjudicado por instalaciones autorizadas del ejercicio de la acción negatoria, concediéndole a cambio una indemnización siempre y cuando se den las condiciones de los §§ 906 y 1004 BGB, es decir, si el propietario perjudicado pudiera ejercitar esta acción de no tratarse de una instalación autorizada⁷¹⁴. Como se puede ver, en Alemania se procura dotar de mayor seguridad jurídica a la Industria.

⁷⁰⁸ STS 26.11.2010 (RJ 2011, 1317)

⁷⁰⁹ FEAL VEIRA, A.: “Ruido ambiental y contaminación acústica (II): marco legal”, *Ingeniería química*, Nº 446, 2007, pp. 192-196.

⁷¹⁰ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 606. *Wheeler v J.J. Saunders Ltd* [1996] Ch 19.

⁷¹¹ *Murdoch v Glacier Metar Co. Ltd* 998, Env Lr 732.

⁷¹² *Budden and Albery v BP Oil* [1980] JPL 586. De lo contrario significaría que la regulación que establece el contenido de plomo de la gasolina podría ser efectivamente reemplazada por inferiores estándares determinados judicialmente.

⁷¹³ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Condiciones medioambientales...”, *op. cit.*, p. 347.

⁷¹⁴ WANGENHEIM, GEORGE VON: “Valores límite e indemnización por inmisiones”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, Barcelona, octubre 2001, p. 10.

En Cataluña, también se califican las inmisiones procedentes de actividades autorizadas como “legítimas”, con independencia de que no se ajusten al uso normal (art. 546-14 5º C.c.). Esto ha sido calificado de desafortunado⁷¹⁵ al introducir un tercer criterio (junto con el del uso normal y el de la normal tolerabilidad) que puede mermar derechos subjetivos de carácter civil y constitucional como la salud de las personas. DÍAZ BRITO⁷¹⁶ ha criticado el injustificado trato de favor de la propiedad industrial frente a la estática; y de la facultad menguada del propietario de pedir solamente la adopción de las medidas técnicamente posibles para evitar consecuencias dañosas en el caso de actividades autorizadas que produzcan perjuicios sustanciales.

Hay autores que dicen que la *inexistencia de licencia o autorización*, debiendo tenerla, o el *incumplimiento de la misma y/o de las normas administrativas*, sí tiene efectos jurídicos en materia de inmisiones. Antes de proceder a determinar la tolerabilidad de la inmisión habría que comprobar si el emisor cumple con las normas reglamentarias, en el caso de que hubiera licencia, o si no consta la existencia de esta última, pues en ambos casos serían indicadores de la ilicitud de la actividad (dolosa o culposa), y, por tanto, podría solicitarse su cesación a través de una acción negatoria *ex* art. 590 C.c., y reparación del daño *ex* art. 1902 C.c.⁷¹⁷. Asimismo, HERRERA DEL REY afirma que la licencia de actividad tiene una repercusión civil máxima en el caso de que no exista, y una repercusión mínima en el caso de tenerla, pues cabría infracción civil solamente si se exceden los límites de tolerabilidad⁷¹⁸.

En los EEUU se suele aceptar por los tribunales que la violación de la ley o los reglamentos constituye un caso de *nuisance per se*⁷¹⁹, al ser la conducta del causante impropia. En mi opinión, en materia de inmisiones este incumplimiento determinaría *per se* uso anormal de la actividad, pero requerirá de un daño grave o intolerable. Sin embargo, coincidimos con HARRY J. FORD II⁷²⁰ en que el mero incumplimiento de la normativa administrativa no crea un derecho privado⁷²¹.

Se puede concluir que en ordenamientos como el francés o el español, la independencia de las normas urbanísticas, las reguladoras de la actividad y las autorizaciones es casi total respecto de la calificación del uso normal, lo que no deja de ser una salvaguarda de los intereses de los afectados por las inmisiones y un consiguiente perjuicio para los industriales que hayan cumplido. En cambio, en ordenamientos como el alemán o el catalán la incidencia es máxima, por lo que se consigue una mayor seguridad jurídica del industrial en el ejercicio de su actividad.

⁷¹⁵ DÍAZ ROMERO, Mª DEL R.: “Defensa frente a inmisiones...”, *op. cit.*, p. 358. Según la autora que la «autorización tiene un mero carácter presuntivo de tolerabilidad, que desaparece cuando se prueba el nivel del daño».

⁷¹⁶ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 43. Según el autor «se está claramente privilegiando los intereses de la gran industria, (...) ya que no incentiva a ésta a tomar precauciones, ni a adoptar mecanismos productivos menos dañosos, sino a maximizar la producción, aceptando como un coste más las indemnizaciones a las que deba hacer frente».

⁷¹⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, *op. cit.*, pp. 104, 142. Según el autor (p. 142) «la concurrencia de dolo o culpa elimina cualquier posible catalogación de la inmisión como legítima, ya parece que la inmisión producida es de las acostumbradas en el lugar, ya derive de instalaciones autorizadas administrativamente».

⁷¹⁸ HERRERA DEL REY, J.: *op. cit.*, pp. 184-185. Según el autor «no se permiten determinadas actividades si no se cumplen las distancias mínimas marcadas en los reglamentos, luego no se permiten si ni siquiera se ha solicitado la licencia para determinar si cumple o no la distancia».

⁷¹⁹ *Branch v. Western Petroleum*, 657 P.2D 267 (Utah 1982).

⁷²⁰ FORD, H.J.: *op. cit.*, pp. 108-109.

⁷²¹ *Salt Lake City v. Young*, 45 Utah 349, 145 P. 1047, 1048 (1915).

c) *Uso normal y preocupación colectiva.*

En Francia, la *pre-ocupación colectiva* “normaliza”, de alguna manera, los inconvenientes graves⁷²². La jurisprudencia y la doctrina suelen coincidir en admitir que aquélla debe tenerse en cuenta como usos generalizados de una determinada zona⁷²³, por lo que cuando es la víctima la que acude al lugar donde preexisten las inmisiones, éstas no deberán tenerse en cuenta como anormales (no procediendo la indemnización)⁷²⁴ y sí se tendrán en cuenta razones de realidad y necesidades de vida en sociedad que impone un ambiente diversificado. En este sentido, la pre-ocupación colectiva serviría para determinar el umbral de anormalidad de las inmisiones en función del criterio de la tolerancia social, y para que el juez module su apreciación de “trouble” anormal *en función de circunstancias de tiempo y lugar*⁷²⁵. CABALLERO critica que esta teoría puede provocar «la normalidad en el estado de medio ambiente existente, especialmente en las zonas donde está tradicionalmente degradado». Ha habido un esfuerzo doctrinal por justificar la idea de la pre-ocupación colectiva en:

- La *aceptación de riesgos* consiste en que la instalación en un barrio ya invadido por *nuisances*, los vecinos aceptan con todo conocimiento de causa soportar las consecuencias. Dice CABALLERO que este lenguaje evoca irresistiblemente y erróneamente la idea de culpa subyacente, o que el vecino juega un rol causal en la producción de daños (equivalencia de las condiciones). Pero no es exacto decir que el vecino que se instala en una zona contaminada participa de la producción del daño, pues el daño era eventual pero existía. Tampoco se produce un consentimiento tácito del vecino a soportar con antelación los inconvenientes del barrio donde se instala⁷²⁶.

- La solución basada en los *usos* locales es irrealista en un mundo urbano e industrializado, sujeto a transformaciones rápidas. Además, nadie conoce exactamente el contenido de estos pretendidos usos, sino que es el juez quien la determina. El carácter circular del razonamiento explota: se pretende justifica la jurisprudencia por el uso, mientras que es la jurisprudencia misma la que funda y fija el uso.

- La teoría de la *equidad* se basa en que es injusto hacer soportar a una sola industria el perjuicio que todas han causado. Critica CABALLERO que «la equidad rechaza que la pluralidad de autores de un daño pueda representar una molestia para la víctima». Al lado de la víctima, se razona por algunos autores que «aquel que persigue la compra o el alquiler de un inmueble en una zona contaminada se supone que ha obtenido una reducción del precio correspondiente», criterio dificultoso de verificar.

- *Necesidad* social (producción industrial). Critica CABALLERO que «[p]rivilegiar ciertas actividades es casi irremediablemente desventajoso para otros y finalmente conducir a lo que se temía sea comprometiendo seriamente la actividad económica de la región. Nada prueba la utilidad social de zonas de polución inhabitables».

⁷²² CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 257-258.

⁷²³ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 119. ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, *op. cit.*, p. 115.

⁷²⁴ ROBERT, A.: “Appréciation du seuil à partir duquel des nuisances peuvent être qualifiées de troubles du voisinage et ouvrir droit à réparation”, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 60. En la jurisprudencia, Cour de cassation -2ème chambre civile -95.15.922 - 19 de marzo de 1997, en la que se rechazó la demanda interpuesta por unos vecinos contra una explotación de cría de cerdos, a causa de los malos olores que de dicha actividad se desprendían, entre otros motivos por la naturaleza rural de la zona, destinada principalmente a la agricultura.

⁷²⁵ CABALLERO, F.: *op. cit.*, p. 261.

⁷²⁶ *Ibid.*: pp. 262-266.

Concluye CABALLERO que la aplicación de la idea de *pre-ocupación colectiva* conduce a *agravar las desigualdades ecológicas* y a *consagrar los derechos de contaminar* adquiridos ilegalmente por los contaminadores. Si uno se ubica del lado de las víctimas, instituye un mecanismo de reparación muy poco justo, «[e]n primer lugar, él funciona de tal manera que cuanto más se expone una víctima a las *nuisances*, más se reduce su indemnización. Pero a la inversa, cuanto más agradable es su medio ambiente, más aumenta la misma» [...]. Pero hay algo más grave. Al modificar los límites de la normalidad «para permitir a ciertas actividades esenciales perseguir su desarrollo» la jurisprudencia reconoce que el simple hecho de ocupación es en materia de medio ambiente generador de derechos adquiridos. [...]. Por una suerte de curioso mecanismo de *usuca-pion colectiva*, [...] ellos se benefician del derecho de gravar los fundos vecinos de una servidumbre tan oculta como imprecisa: la obligación de soportar sin contrapartida un cierto nivel de *nuisance* necesario a la actividad económica [...]. Vemos inmediatamente donde está el interés colectivo: mantener este umbral a un nivel tan elevado que diluya la responsabilidad de cada uno. Se crea así un peligroso mecanismo de incitación a contaminar» [...]. Por tanto, «Todas estas razones militan por un cambio de jurisprudencia: la supresión pura y simple de la llamada a la noción de *pre-ocupación colectiva* en la apreciación de la anormalidad y su reemplazo por el principio según el cual *la normalidad debe ser la misma para todos en todos los lugares*. El juez dispone ya de poder de composición que le permite, una vez la anormalidad es constatada, de modular soberanamente el montante de la reparación (situación que [...] favorece [...] los propietarios que disponen de un marco de vida agradable, más aptos a hacer valer sus derechos que los habitantes expuestos permanentemente a las *nuisances*»⁷²⁷.

En Italia puede darse un caso en el que la prioridad del uso haya provocado la asunción a la localidad el carácter, por ejemplo, de zona industrial; en este caso, cuando el daño o molestia causado por la inmisión no sea grave, se podrá hacer entrar en el caso, en lugar de bajo la norma de la prioridad del uso, bajo la regla general del art. 844 C.c.; teniendo en cuenta que, dada la preexistente condición del lugar, tal inmisión debe considerarse normalmente tolerable. En este caso no será necesario recurrir a la constitución de una servidumbre ni compensación⁷²⁸. Esto significa que en los daños que sean intolerables difícilmente será aplicable la prioridad de uso, quedando relegados a aquellos casos en los que se produzcan daños de menor entidad.

En EEUU prevalece el criterio de la «*conduct of others*», que está relacionado directamente con la *pre-ocupación colectiva* y marca el límite del carácter *unreasonable* (no razonable) de la inmisión, pues significa que si el demandante se instala en una zona donde el uso predominante es el industrial (*Coming-to-the-nuisance*), tendrá menos derecho para protestar por el ruido y los humos de las industrias que si tuviera aquella zona carácter residencial. Según este criterio, el recién llegado no puede presentar objeción alguna al uso del vecino que, antes de su llegada, no causaba molestias a nadie⁷²⁹, excluyéndose de esta manera la pretensión de indemnización al perjudicado que se ha establecido en el lugar después de la actividad perturbadora⁷³⁰.

⁷²⁷ Ibid.: p. 266-269.

⁷²⁸ GALLINARI, A.: *op. cit.*, p. 311.

⁷²⁹ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 422. Las razones que apunta el autor son dos: «(i) las personas que se trasladan a vivir a una zona no residencial –coming to the nuisance– (donde los usos normalmente no se consideran molestos) deben razonablemente esperar que ello les causará molestias; y (ii) el precio que el perjudicado ha pado por la compra o el derecho de uso de la finca ya refleja ese tipo de vecindad».

⁷³⁰ WANGENHEIM, GEORGE VON: *op. cit.*, p. 7.

d) *La imposibilidad de prevenir, evitar o reducir la inmisión.*

En el derecho civil español la posibilidad de evitar el daño ha sido tradicionalmente reconducida por la jurisprudencia mayoritaria a la responsabilidad civil por negligencia *ex art.* 1902 C.c., sin diferenciar si se está en un caso de inmisiones o en otro tipo de DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador. En materia de inmisiones, la jurisprudencia suele afirmar que el incumplimiento de la normativa jurídico-pública reguladora de la actividad, sobre todo en materia de distancias y obras de resguardo (medidas preventivas) pueden ser indicadores de la evitabilidad del daño y, por lo tanto, considerarse una negligencia *per se*. Este razonamiento es útil para los DCC ocasionados por un escape desconocido, pero en un supuesto de inmisiones *ex art.* 1908.2 C.c., donde el criterio a tener en cuenta es si la inmisión es excesiva y nociva, independientemente del cumplimiento de las normas administrativas.

En Cataluña, el art. 546-14 2º C.c. dice que «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». Dicho con otras palabras, lo que está diciendo el legislador es que para que una inmisión que produzca perjuicios sustanciales deba ser tolerada, además de ajustarse la actividad que lo causa al uso normal, deberá haber adoptado todas las medidas técnica y económicamente razonables para evitar la inmisión, o mejor dicho para reducirla a la normal tolerabilidad.

En Italia, PARADISO cita el “estado de la técnica” como elemento que sirve para valorar la legitimidad del comportamiento del inmisor, según normativa o principios generales. Sirve como criterio para la minimización de los efectos de la contaminación o degradación del ambiente, y se plasma en la mayor tutela posible del bien de otro afectado por la actividad dañosa dada la tecnología actual. Establece la medida de diligencia de la actividad contaminante y sirve como criterio inspirador de la normativa reguladora, así como de la disciplina de la actividad⁷³¹.

En EEUU el comentarista del *RST* exige como requisito para determinar la utilidad de la conducta que cause una invasión intencional el de la imposibilidad de prevenir o evitar la invasión (§ 828 (c) *RST*). El comentario “h” efectuado al párrafo (c) dispone que si pudiera ser practicable para el causante de la inmisión prevenir o evitar parte o toda la interferencia y todavía consiguiera su objetivo, su conducta caracteraría de utilidad si falla en la adopción de las medidas necesarias para evitarlo. Solo cuando una invasión intencional es prácticamente inevitable puede ser justificada para causarla; pero incluso en estos casos puede no estar justificada cuando la gravedad del daño sea demasiado grande. Una invasión es prácticamente evitable si el actor por cualquier medio puede reducir sustancialmente el daño sin incurrir en gastos o privaciones. De este modo, si el actor puede continuar con esta actividad con mayor habilidad o cuidado o de una manera o momento diferente y de este modo evitar una parte sustancial del daño sin disminución sustancial del valor de su propia empresa, o si el puede hacer algo añadido a aquello que está ahora haciendo que pudiera eliminar parte sustancial del daño sin gastos prohibitivos, la invasión es prácticamente evitable. En estos casos de invasión intencional, «es impropio hablar de que el actor está siendo negligente para evitar la interferencia cuando pudiera ser practicable hacerlo, dado que la negligencia hace referencia sólo a daños inintencionales». Por otro lado, el § 830 *RST* establece la regla especial de que una invasión es no razonable si el daño es significativo y pudiera ser practicable para el actor evitar el daño en su totalidad o en parte sin privaciones.

⁷³¹ PARADISO, M.: “Tutela della salute...”, *op. cit.*, pp. 2831-2832.

3) Tolerancia de derecho de inmisiones ya declaradas como excesivas.

A) *El principio de prioridad de uso o de no agravación de las inmisiones.*

El criterio de *prioridad de uso* significa que el mejor derecho corresponde a aquel que antes se ha instalado en la zona o ha iniciado su actividad, de manera que el perjudicado debe soportar las molestias e inconvenientes que se le irrogan, porque inicia su actividad o se instala en un momento posterior, sin atender cuantitativa ni cualitativa la intensidad de las perturbaciones, ni a los usos habituales de la zona o al grado de tolerancia de los sujetos, sino solamente al aspecto cronológico.

Este criterio se ha rechazado por la mayor parte de la doctrina⁷³² y la jurisprudencia⁷³³. La prioridad de uso impondría una permanente limitación en el disfrute de la propiedad, facultando al vecino más antiguo a apropiarse de la esfera externa del dominio ajeno, e impondría a los demás el sacrificio del disfrute futuro de la cosa propia, sancionando una especie de prescripción de las molestias, servidumbre o expropiación unilateral por causa de utilidad privada y sin indemnización⁷³⁴, incitando a continuar ejercitando su actividad sin ningún temor y sin preocuparse de adoptar mecanismos que aminorasen las inmisiones. Ello significaría favorecer a los económicamente más fuertes (industria), que pueden alejarse de los focos de inmisiones pagando un precio más alto. Aquel que compra lo hace condicionado por las características del bien, pero también con todas las acciones que poseía el anterior para reclamar⁷³⁵.

No obstante, si se determinase que una inmisión excesiva (actual) viniera produciéndose en el pasado antes de que el perjudicado (actual) llegue a la zona, se podría determinar culpa concurrente por parte de los demandantes, en cuyo caso disminuiría la indemnización, o debería excluirse la depreciación patrimonial del inmueble, ya que el valor de compraventa reflejaría esta disminución de valor. En esta línea, se ha apuntado que, si bien en el ámbito de la acción negatoria de inmisiones el uso previo debería ser irrelevante, no tanto en el ámbito de la acción civil extracontractual de reparación para la determinación de la indemnización de los daños, dado que, al comprarse la vivienda el perjudicado a un precio inferior, el perjuicio es menor⁷³⁶. Esta afirmación se puede vincular con los usos urbanísticos a instalarse con anterioridad⁷³⁷.

⁷³² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 377, 384-385. AMAT LLARÍ, E., “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 89. EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Irrelevancia del uso previo y de la participación de los perjudicados en la actividad incisiva como criterios reductores de la indemnización. Comentario a la STS, 1ª, de 2 de febrero de 2001”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 3, 2002, p. 3; “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 421. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 281-282. HUALDE MANSO, Mª. T.: “La pre-utilización...”, *op. cit.*, pp. 31-42.

⁷³³ SSTS 30.5.1997 (RJ 2001, 1003), 2.2.2001 (RJ 2001, 1003); SSAP Alicante 27.10.2001 (AC 2011, 2268), Sevilla 20.4. 2011 (JUR 2011, 374515), etc.

⁷³⁴ HUALDE MANSO, Mª. T.: “Inmisiones provocadas...”, *op. cit.*, pp. 186-190. RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 12 de enero de 2011. Inmisiones. Ruidos. Segunda residencia. Prioridad en el uso. Daño patrimonial. Depreciación de la finca. Daño moral. Culpa exclusiva de la víctima”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 88, 2012, p. 237. Según este autor, «Si se siguiese el criterio de la prioridad, ello equivaldría a consagrar algo parecido a unos derechos de contaminación adquiridos tal vez ilegalmente y, en cualquier caso, con vulneración del principio de que quien contamina paga».

⁷³⁵ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 87-89 y 94.

⁷³⁶ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *loc. cit.* PARRA LUCÁN, Mª. A.: “El derecho civil del medio ambiente”,... *op. cit.*, p. 17.

⁷³⁷ MALDONADO RAMOS, J.: *op. cit.*, p. 59. RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 12 de enero de 2011...”, *op. cit.* p. 231. Como indica el autor: «Así pues, de concederse la indemnización solicitada por depreciación de la finca, el comprador estaría recibiendo una compensación por partida doble».

En el ordenamiento foral navarro se prescinde del elemento temporal de la pre-ocupación⁷³⁸. De hecho, la tutela que el ordenamiento concede a los usuarios de inmuebles para que no vean impedido el ejercicio de su derecho no puede quedar condicionada al conocimiento del estado de perturbación en el goce en que se se podría encontrar el inmueble adquirido. Por otra parte, el carácter usual en la zona del aprovechamiento de una finca no se deriva del modo de aprovechamiento más antiguo, sino de las condiciones y situación presentes, a diferencia del criterio de la pre-ocupación colectiva, que necesariamente tiene en cuenta el elemento temporal.

En Francia se rechaza la pre-ocupación porque: 1) constituye una especie de servidumbre de urbanismo o una suerte de expropiación privada sin indemnización⁷³⁹; 2) no siempre puede hablarse de culpa de quien se instala en una zona industrial ya que en ocasiones el individuo no tiene libertad de elección del lugar de residencia debido a sus escasos recursos económicos⁷⁴⁰; y, finalmente, 3) se agrava la contaminación en las zonas industriales al aumentar el nivel de tolerancia⁷⁴¹.

En el Derecho del *common law* inglés el criterio de la *pre-ocupación* individual no tiene valor en la adopción de la decisión del tribunal acerca del carácter razonable o no de la *nuisance*⁷⁴², por cuanto el agresor no puede individualmente dictar lo que sea *unreasonable* en una zona aunque sea anterior. En el caso *Bliss v. Hall* (1838) 4 Bing NC 183, el juez argumenta que el demandante que llega a un lugar y ocupa un inmueble lo hace con todos los derechos que la ley le permite, entre los cuales se encuentra el no sufrir inmisiones intolerables. En el asunto *Sturges v. Bridgman* (1879) 11 ChD 852, el juez afirma que cualquier individuo que llega a un área crea una nueva “*nuisance history*”, interrumpiendo e iniciando un nuevo plazo de prescripción. Sin embargo, en el caso *Miller v. Jackson* [1977] Q.B. 966; [1977] 3 W.L.R. 20 sí se tiene en cuenta la preexistencia de la actividad generadora de la perturbación.

B) La doctrina del pre-uso en la legislación especial o civil común.

En Francia ha sido consagrada la doctrina del preuso o pre-ocupación individual en el art. L. 421-9 del *Code de l'urbanisme*⁷⁴³, cuyo objetivo es suprimir el derecho a reparación de las víctimas de *nuisance* que vienen a instalarse a la vecindad de actividades autorizadas. CABALLERO ha criticado que esta previsión es inconstitucional y discriminatoria, por cuanto favorece ciertas categorías de contaminadores y penaliza ciertas categorías de vecinos. Del lado de los contaminadores, la protección acordada por el legislador es voluntariamente selectiva ya que son las actividades más peligrosas para el medio ambiente y los terceros ven sus *nuisances* legalizadas. Del lado de las víctimas, la pérdida del derecho a reparación viene marcada según la fecha en la que se haya solicitado el permiso de construir, lo que no conjuga bien con el criterio de conocimiento de la emisión, sino que prima el de la construcción⁷⁴⁴.

⁷³⁸ HUALDE MANSO, M^a. T.: “Inmisiones provocadas...”, *op. cit.*, pp. 186-190.

⁷³⁹ Cour Cass. II, 22 de junio de 1977 (D, 1978-I, p. 35).

⁷⁴⁰ RODIERE, R.: *op. cit.*, p. 643.

⁷⁴¹ CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 266-269, 275, 285.

⁷⁴² BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 264. *Ruhmer v. Polsue and Alfieri* [1906] 1 Ch. 234.

⁷⁴³ Art. L. 421-9 del Código de Urbanismo: «Los daños causados a los ocupantes de un edificio por las nuisances debidas a actividades agrícolas, artesanales, industriales o comerciales, no entrañan derecho a reparación cuando el permiso de construir correspondiente al edificio expuesto a estas nuisances ha sido solicitado posteriormente a la existencia de las actividades que las ocasionan y que éstas son perseguidas en las mismas condiciones».

⁷⁴⁴ CABALLERO, F.: *op. cit.* pp. 273-275.

En Italia, el art. 844.2 C.c. prevé que el Juez pueda tener en cuenta la “*priorità di un determinato uso*” a la hora de resolver si se tiene o no derecho a impedir una inmisión⁷⁴⁵ como criterio complementario y facultativo del Juez⁷⁴⁶. Se aplica objetivamente, en cuanto al uso o al destino, pero no se refiere al momento de la adquisición de la propiedad o de la titularidad de la empresa⁷⁴⁷, y no vale *ex se* para excluir la ilicitud de la inmisión y la consiguiente obligación de eliminarla⁷⁴⁸. Corresponderá a la prudente apreciación del juez juzgar si la actividad precedente del propietario inmitente es digna, con base a las circunstancias del caso singular.

La “*priorità di un determinato uso*” en Italia parte de que una inmisión que es inicialmente tolerable con relación a las condiciones del lugar, deviene intolerable, bien por una modificación del carácter de la zona, o por un cambio de destino de la propiedad inmitida⁷⁴⁹. La prioridad no es relevante cuando la inmisión haya tenido, desde el inicio, el carácter de intolerable en relación a la zona, y haya sido tolerada por el fundo expuesto sólo porque todavía no lo disfrutaba conforme al carácter de la zona. Además, solo sería aceptable en el caso de que la mutación del carácter de la zona sea verificada después de un tiempo muy largo, o sea imprevisible.

El derecho defendido por la “*priorità di un determinato uso*” revestirá la naturaleza de una facultad que supera el contenido del derecho de propiedad, en forma de servidumbre coactiva. No obstante, en el caso de inmisiones inicialmente tolerables que se hacen intolerables por causa del propio inmitido, a pesar de que el inmitente deba solicitar al juez la constitución de la servidumbre, mientras el inmitido no denuncie al juez la sobrevenida intolerabilidad de la inmisión, el inmitente no deberá responder por daño ilícito, pues no le corresponde la carga de hacerlo. La compensación responderá al hecho de la existencia de la misma servidumbre⁷⁵⁰.

En ningún caso la defensa de la prioridad puede justificar la adopción de una solución socialmente dañosa. Por ejemplo, si el daño derivado de la prohibición de la inmisión fuera muy superior a aquel derivado de la inmisión, este último debería ser permitido solo con base al principio de la contemperación de los intereses de la industria y de la propiedad. En cambio, en el caso de que la relación entre la entidad de los dos daños sea igual, o el daño derivado de la prohibición de la actividad sea levemente superior, podría aplicarse el criterio de la prioridad de uso. Resulta que sólo la prioridad de la actividad que causa la inmisión puede determinar una derogación del principio general. En favor de la actividad cuyo ejercicio es dañado por la inmisión es siempre superfluo invocar la prioridad temporal, porque ésta no determinaría un efecto más favorable de aquél que derive ya del principio general⁷⁵¹.

⁷⁴⁵ Cass. 23 septiembre 1971, *Foro it.*, Rep. 1974, voz «Proprietà», n.º 24.

⁷⁴⁶ AMATO, G.: *op. cit.*, p. 711. ALVINO, E.: *op. cit.*, p. 1370. Cass. de 13 de diciembre de 1974, n.º 4253 (Gius. civ. 1975-I), p. 1371. MAUGERI, M. R.: “Questioni in tema di usucapibilità della servitù di immissione”, en *NGCC*, 1992-I, p. 896.

⁷⁴⁷ Cass. de 13 de diciembre de 1974, n.º 4253 (Gius. civ. 1975-I), pp. 1371-1372.

⁷⁴⁸ AMATO, G.: *op. cit.*, p. 712.

⁷⁴⁹ ALGARRA PRATS, E.: “Comentario a la STS de 2 de febrero de 2001”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 57, pp. 618-619. Esto significa, dice la autora, «que el criterio de la prioridad de uso no puede ser de aplicación cuando la inmisión tuviera desde el principio un carácter intolerable en relación con la zona, y hubiera sido tolerada sólo porque la propiedad perjudicada no se dedicaba entonces a un uso conforme a la zona». MAUGERI, M. R.: *op. cit.*, p. 896.

⁷⁵⁰ GALLINARI, A.: *op. cit.*, pp. 308-309, 311.

⁷⁵¹ TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, pp. 367-368.

Capítulo 2. Régimen jurídico aplicable a la tutela preventiva y reparadora de las inmisiones y de otros daños civiles por contaminación.

I) *Régulación de las inmisiones en las relaciones de vecindad.*

1) Construcción doctrinal y jurisprudencial.

A) *Construcción doctrinal y jurisprudencial, extensiva y actualizada del Derecho de inmisiones ex arts. 590 y 1908.2 y 4 y 1902 del Código civil español.*

A diferencia de otros europeos (italiano –art. 844 C.c.-, portugués –art. 1346 C.c.-, suizo –art. 684 ZGB-, austriaco –§ 364.2 ABGB- o alemán –§ 906 BGB-) o autonómicos (Cataluña –art. 546-14 C.c.- Fuero Nuevo de Navarra –Ley 367 1º- o Fuero de Aragón –art. 538 C.c.-), ante la falta de regulación expresa en el derecho civil español, la doctrina⁷⁵² y la jurisprudencia han construido una teoría generalizadora de las inmisiones en las relaciones de vecindad en la aplicación de los arts 590 y 1908 C.c. Ambos artículos se complementan recíprocamente y se dan base suficiente para fraguar una teoría general de las inmisiones a través de una analogía generalizadora que configuran una prohibición civil genérica de las inmisiones perjudiciales o nocivas, o molestas en la finca del vecino, que no sea conforme al uso o a los reglamentos o, en último término, al criterio de la buena vecindad, basado en la buena fe⁷⁵³.

⁷⁵² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 27, 56, 150; “Responsabilidad por daños...”, op. cit., p. 639. ALMAGRO NOSETE, J.: Tutela procesal frente al ruido, *Estudios de derecho judicial*, Nº 80, 2005, pp. 11-36. ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, op. cit., pp. 408-409; “Las relaciones de vecindad”, op. cit., p. 387; “La tutela del Derecho civil...”, op. cit., pp. 4787, 4792. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., p. 84. ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (II)”, *Revista de Derecho Privado*, nº 86, diciembre 2002, pp. 865-866. BARRAL VIÑALS, I.: “Comentarios a la Sentencia de 18 de marzo de 1992”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 29, 1992, pp. 438 y 439. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por inmisiones industriales...”, op. cit., p. 1964; *La reparación de los daños...*, op. cit., p. 51. CAMAZÓN LINACERO, A.: op. cit., p. 108. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: op. cit., p. 162. COCA PAYERAS, M.: “Comentario al artículo 590 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil* (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.), Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1497-1498. DÍAZ ROMERO, Mª DEL R.: “Inmisiones: relación de causalidad...”, op. cit., p. 315; “La acción negatoria frente a inmisiones...”, op. cit., pp. 3700 y 3709. DOMÈNEC SILBINA, T.: op. cit., p. 227. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., p. 95; “Relaciones de Vecindad...”, op. cit., pp. 403-404; “Condiciones medioambientales...”, op. cit., p. 349. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, op. cit., pp. 52-53; “El límite entre las inmisiones...”, op. cit., p. 917. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: op. cit., pp. 27, 28, 48. GUIDO VILLEGAS, S.: op. cit., p. 17. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit., pp. 26, 56, 82; “Inmisiones: ¿Tutela judicial efectiva?”, *La Ley*, Nº 2, 2005, pp. 1608-1610. JORDÁ CAPITÁN, E.: “*El derecho...*”, op. cit., pp. 194-197; “Tutela medioambiental...”, op. cit., p. 877. JUNCEDA MORENO, J.: op. cit., p. 77. LORANCA RUILÓPEZ, A.: op. cit., pp. 512-513. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., p. 100. MALDONADO RAMOS, J.: op. cit., p. 51. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: op. cit., p. 99. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 24. MASFERRER DOMINGO, A.: op. cit., p. 1591. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, op. cit., p. 136. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, op. cit., p. 28. NIETO ALONSO, A.: op. cit., pp. 1615-1618. PASTOR ÁLVAREZ, Mª. C.: *Comentarios al Código Civil III. Libro Segundo* (Títulos I a VIII), RAMS ALBESA, J. (Coord.), J.Mª. Bosch, Barcelona, 2001, p. 1136. PÉREZ FUENTES, A.: *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 678. ROCA TRIAS, E.: op. cit., p. 315. ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: op. cit., p. 269. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del medio ambiente”, *Documentación Administrativa*, nº 190, 1981, pp. 483-484. RUIZ MARTÍNEZ, V.: “Las acciones civiles en el marco de las reclamaciones por suelos contaminados”, *Diario La Ley*, Nº 7295, 2009, pp. 8-9. “Las relaciones de vecindad...”, cit., p. 2167. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 43, 182. SANTOS MORÓN, Mª J.: op. cit., p. 3029. SANZ SALLA, C.O.: op. cit., p. 278.

⁷⁵³ DÍAZ FUENTES, A.: op. cit., p. 678. JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, op. cit., p. 878. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 25.

El art. 590 C.c. dispone que:

«Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos».

Existen artículos análogos en otros países al 590 C.c. español: En Francia el art. 674 C.c.⁷⁵⁴; en Alemania el § 907 BGB⁷⁵⁵, etc.

Por su parte, el art. 1908.2 y 4 C.c. dispone:

«Igualmente responderán los propietarios por los daños causados: [...]

2º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades». [...]

4º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen».

Los apartados 1º y 3º del art. 1908 C.c. no se aplican a las inmisiones⁷⁵⁶. Hay quien duda también de la idoneidad de los arts. 590 y 1908.2 y 4 C.c. a las inmisiones. Por ejemplo, DÍAZ BRITO dice que el art. 1908 C.c. no constituye una norma sobre inmisiones, si bien reconoce su interés en que «viene a reafirmar que el ejercicio del derecho de propiedad está sujeto a límites y genera la responsabilidad del propietario cuando causa daños a terceros»⁷⁵⁷. Según el autor, el art. 1908 C.c. se trata de una norma distinta y que opera fuera del ámbito normativo propio de las inmisiones, cubriendo finalidades a veces diversas y a veces coincidentes, pero, en cualquier caso, operando de manera autónoma⁷⁵⁸. DE MIGUEL PERALES opina que la aplicación de ambos arts. es insuficiente para extraer una teoría general de prohibición de las inmisiones⁷⁵⁹. HERRERA DEL REY indica que «el art. 1908, párrafos 2º y 4º, que regula la responsabilidad civil extracontractual civil, no se refiere a las relaciones de vecindad»⁷⁶⁰.

De este modo, los mecanismos que la doctrina y la jurisprudencia han tenido que utilizar pasan, en unas ocasiones, por forzar extraordinariamente la interpretación de los arts. 590 y 1908 C.c. y, en otras, por reubicar directamente el problema de las inmisiones en ámbitos en principio bien distintos (vgr. responsabilidad aquiliana). Con ello el régimen de las inmisiones y el debate doctrinal sobre las mismas es ambiguo y casuístico ya que mezcla normas y principios aparentemente lejanos entre sí (responsabilidad civil, abuso del derecho, relaciones de vecindad, etc.).

⁷⁵⁴ Art. 674 C.c. francés: «Aquel que cave un pozo o una fosa aséptica cerca de un muro, sea éste medianero o no; aquel que desee construir allí una chimenea, hogar, horno u hornillo, adosar un establo a él, o establecer contra este muro un depósito de sal o pila de materias corrosivas, está obligado a respetar la distancia prescrita por los reglamentos y usos particulares sobre estos objetos o hacer las obras prescrita por los reglamentos y usos, para evitar molestias al vecino».

⁷⁵⁵ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 356. Dicen que este artículo concede al propietario de un inmueble el derecho a prohibir las instalaciones vecinas –entre las que se incluyen las peligrosas– que permitan prever con seguridad una inmisión inadmisibles en la finca.

⁷⁵⁶ RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 14 de marzo de 2005”, *Cuadernos de jurisprudencia civil*, N° 71, 2006, p. 707.

⁷⁵⁷ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 36-37.

⁷⁵⁸ *Ibid.*: pp. 36-37, 55.

⁷⁵⁹ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁶⁰ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 26.

La relación jurídico-material existente entre ambos artículos parece tener que ver con la perspectiva jurídico real del art. 590 C.c. y obligacional del art. 1908 C.c., de manera que el marco sustantivo queda definido por dos principios, respectivamente: el derecho a la integridad patrimonial y el derecho a la indemnidad personal⁷⁶¹. Por ejemplo, WICHMANN ROVIRA afirma que el art. 1908 C.c. trata casos relacionados con las obligaciones que el art. 590 C.c. impone al propietario a fin de evitar todo daños a las heredades vecinas⁷⁶². Por su parte, EGEA FERNÁNDEZ afirma que el art. 1908.2º y 4º C.c. es el equivalente, en sede de responsabilidad civil, a las normas de vecindad que recoge el art. 590 C.c.⁷⁶³. También se ha señalado que el art. 590 C.c., al no establecer directamente sanciones, sino únicamente los supuestos de hecho de la prohibición de lesión a las propiedades vecinas, debe completarse con lo dispuesto en el art. 1.908 C.c.⁷⁶⁴. Asimismo, SANTOS BRIZ argumenta que si el art. 590 C.c. es infringido, da lugar a la responsabilidad civil del art. 1908 C.c., si bien el autor asume que se trata de dos esferas jurídicas distintas⁷⁶⁵. O que el art. 590 C.c. fija una norma prohibitiva y el 1908 C.c. (y el art. 1902 C.c.)⁷⁶⁶ reparadora⁷⁶⁷. Según YZQUIERDO TOLSADA ha afirmado que el art. 1908 C.c. se ubica en un Derecho vecinal clásico, de conflictos intersubjetivos⁷⁶⁸, mientras que el art. 590 C.c. en un Derecho vecinal moderno, de conflictos intervecinales. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ el art. 590 C.c. marca límites y fija fronteras entre dos derechos de propiedad, dos fincas y dos actividades vecinas, mientras que el art. 1908 C.c. se aplica en un sentido represivo, sentando las bases de la responsabilidad patrimonial inherente al rebasamiento dañoso de estos límites⁷⁶⁹. SÁNCHEZ-FRIERA dice que el art. 590 C.c. limita los actos del titular de la actividad para que no causen perjuicios injustificados⁷⁷⁰. Según HERNÁNDEZ GIL, «[d]ado el carácter de limitación y relación de vecindad con significado real que tiene lo dispuesto en el art. 590, hay un derecho a exigir judicialmente su cumplimiento o ejecución en forma específica». Por su parte, dice que el art. 1908.2 C.c. se trata de una norma en materia de inmisiones encuadrable como relación de vecindad de carácter obligacional⁷⁷¹.

Otros autores distinguen entre los apartados 2º y 4º del art. 1908 C.c., atribuyéndoles efectos y relaciones distintos con el art. 590 C.c. Por ejemplo, GONZÁLEZ-ALEGRE distingue el ap. 2º del art. 1908 C.c., que se se ubica dentro del Derecho vecinal obligacional, del apartado 4º, que sitúa dentro del Derecho de vecindad jurídico-real, por cuanto la responsabilidad que se determina en este párrafo 4º (art. 1908 C.c.) es consecuencia de la infracción del art. 590 C.c., mientras que el apartado 2º (art. 1908 C.c.) tiene una carácter independiente respecto del art. 590 C.c.⁷⁷².

⁷⁶¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 161. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 182-183, 264. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 36. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 532. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, pp. 1595.

⁷⁶² WICHMANN ROVIRA, G. V.: *op. cit.*, pp. 1134.

⁷⁶³ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 398.

⁷⁶⁴ ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *op. cit.*, p. 269.

⁷⁶⁵ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 362.

⁷⁶⁶ MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 7.

⁷⁶⁷ LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *op. cit.*, pp. 785-786.

⁷⁶⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 311.

⁷⁶⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *El medio ambiente urbano...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁷⁷⁰ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2158.

⁷⁷¹ HERNÁNDEZ GIL, A.: *op. cit.*, pp. 70, 129.

⁷⁷² GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 229.

Fue necesario deducir de las pocas normas existentes un criterio general que permitiera un equilibrio entre el ejercicio libre del propio derecho y el respeto al ajeno⁷⁷³: los arts. 590 y 1908 C.c. En este sentido, a pesar de la evolución de la industria, la masificación de las urbes, y, en definitiva, el cambio en las relaciones de vecindad⁷⁷⁴, se considera vigente la aplicación de estas dos normas en materia de inmisiones, si bien deberán interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas con base al art. 3.1 C.c.⁷⁷⁵ y analógica (art. 4.1 C.c.)⁷⁷⁶, ampliándose a los supuestos de inmisiones emitidos por cualquier máquina industrial.

Hay quien atribuye completa independencia de ambos artículos, dada su diferente naturaleza. SÁNCHEZ-FRIERA opina que si hay un daño indemnizable a personas o cosas el artículo aplicable es el 1908 C.c., se haya infringido o no el art. 590 C.c., pero si además se ha infringido, cabría no sólo la indemnización, sino también la posibilidad de exigir medidas correctoras *ex art. 590 C.c.*⁷⁷⁷. Esta diferente naturaleza permite al art. 1908 C.c., según DÍAZ ROMERO, servir de cláusula de cierre del sistema de las inmisiones, sin las limitaciones del art. 590 C.c. en relación a a la propiedad y a las relaciones de vecindad, pues aquél se aplica en un sentido más amplio que el marco de las relaciones de vecindad y ante una sola perturbación dañosa, sin necesidad del requisito de reiteración, ni de continuidad de las inmisiones y sin aplicar el resto de criterios y supuestos que intervienen en las relaciones de vecindad⁷⁷⁸.

Las relaciones del art. 590 C.c. con los arts. 1902 y 1908 C.c. según la doctrina son: 1) aplicación autónoma del art. 590 C.c.⁷⁷⁹ cuando se solicite el cumplimiento de las distancias o medidas de precaución reglamentarias y no exista daño. 2) Como fundamento de la acción de cesación y/o de abstención de inmisiones, de forma independiente de la acción de responsabilidad civil⁷⁸⁰, o subsumidos en ésta. 3) En el caso de daños ocasionados con incumplimiento del art. 590 C.c. se suele apuntar que la responsabilidad civil es la propia transgresión de éste, por lo que en estos supuestos la condena llevará aparejada además del resarcimiento del daño, la obligación de adopción de medidas, en cumplimiento del art. 590 C.c., que eviten el reiterado daño⁷⁸¹, al haber sido la conducta culposa, no necesitando que sea excesiva⁷⁸².

⁷⁷³ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 83.

⁷⁷⁴ MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 141.

⁷⁷⁵ GUIDO VILLEGAS, S.: *op. cit.*, p. 18. En la jurisprudencia, STS de 14 marzo 2005 (2005, 2236).

⁷⁷⁶ ALGARRA PRATS, E.: “Responsabilidad por daños...”, *op. cit.*, pp. 639-640; *La defensa jurídico-civil...*, *cit.*, pp. 160, 162. ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *op. cit.*, p. 389. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por inmisiones industriales...”, *op. cit.*, p. 1974. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 24-25. VILALTA NICUESA, E. Y MÉNDEZ TOMÁS, R.M.: *Acción de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁷⁷ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 60, 62.

⁷⁷⁸ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.*, p. 3718.

⁷⁷⁹ COCA PAYERAS, M.: *op. cit.*, p. 1496. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 400. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 155-208. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 98-99. NIETO ALONSO, A.: *op. cit.*, p. 1616.

⁷⁸⁰ AMAT LLARÍ, M^a E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 84-85. COCA PAYERAS, M.: *loc. cit.* NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 400. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 155-208. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 98-99. En la jurisprudencia citamos la 12.12.1980 (RJ 1980, 4747).

⁷⁸¹ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. II, (Tomo 2)*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 351. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 261.

⁷⁸² ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 410. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, pp. 1591-1593. NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 246-247, 399-400.

En esta tabla se mostrará resumidamente la distinta naturaleza de los arts. 590 y 1908.2 C.c., en cuanto a su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, efectos jurídicos, vecindad geográfica, intereses protegidos, requisitos, finalidad, medidas, y lo más importante, la posible coordinación entre ambos:

Contenido	Artículo 590 C.c.	Artículo 1908.2º y 4º C.c.
Ámbito objetivo	Esfera preventiva del daño causado por invasiones en el uso y disfrute de la propiedad.	Esfera reparadora del daño causado por inmisiones.
Ámbito subjetivo	Propietarios	Vecinos con un derecho otorgue ocupación legal del inmueble.
Efectos	Jurídico-reales	Jurídico-obligacionales.
Vecindad geográfica	Área de influencia de las inmisiones.	
Protección	Integridad patrimonial	Integridad patrimonial y personal
Requisitos y relación con las normas administrativas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Peligro de inmisión excesiva como consecuencia de la construcción de la instalación o el ejercicio de la actividad sin cumplir con los reglamentos y usos en relación a las distancias y medidas de precaución reglamentarias. 2. Inmisiones excesivas de las que se prevea la producción futura e inminente de un daño, o se esté produciendo. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Existencia de un daño efectivamente causado por una inmisión ilegítima (excesiva y nociva). 2. Independencia del cumplimiento de la normativa administrativa.
Finalidad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Preventiva pura en el caso de peligro de invasión ilegítima y dañosa. 2. Inhibitoria de inmisiones en su vertiente de cesación y/o abstención. 3. Establecimiento del carácter de ilegítimo de las inmisiones desde el punto de vista del causante (uso normal). 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Reparadora del daño a las personas o propiedades ocasionados por humos excesivos. 2. Inhibitoria: evitación de ulteriores daños. 3. Establecimiento del carácter excesivo de la inmisión, desde el punto de vista del inmitido (normal tolerancia).
Medidas a adoptar	<ol style="list-style-type: none"> 1. En el caso de la tutela preventiva pura del daño: cumplimiento con lo regulado en las normas reguladoras de distancias u obras de resguardo, o con las que se consideren necesarias. 2. En el caso de la tutela inhibitoria: 2.1. En su vertiente de cesación, la adopción de medidas que reduzcan las inmisiones a la tolerabilidad (como mínimo a los límites reglamentarios). 2.2. En su vertiente de abstención, evitar otras del mismo género. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. En el caso de la tutela reparadora: se exigirá la reparación <i>in natura</i> o por equivalente (indemnización). 2. Tutela de evitación de ulteriores daños: medidas de cesación que reduzcan las inmisiones a la tolerabilidad (como mínimo a los límites reglamentarios), y de abstención de otras futuras del mismo género.
Coordinación entre ambas acciones	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aplicación autónoma, en el caso de que no se haya producido un daño, o habiéndose producido no se haya solicitado su reparación. 2. Posibilidad de aplicación subsumida o acumulada a la acción de responsabilidad civil, en el caso de que haya habido un daño y se haya reclamado su reparación. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aplicación única en el caso de que haya acaecido un daño ocasionado por inmisiones y la inmisión haya cesado. 2. Posibilidad de aplicación conjunta o acumulada con la acción negatoria en el caso de que las inmisiones no hayan cesado.

Tabla 6. Configuración de los arts. 590 y 1908.2º y 4º del Código Civil en relación a la teoría de las inmisiones en las relaciones de vecindad.

B) Abuso del derecho y de la responsabilidad por culpa y riesgo.

En la jurisprudencia era frecuente que las reclamaciones se vinieran planteando y resolviendo al amparo de la regla general del art. 1902 C.c.⁷⁸³ Posteriormente se aplicó una objetivización de la culpa en aquellos supuestos en que la contaminación procedía de industrias peligrosas, aproximándose bastante a los resultados de los arts. 1908 y 590 C.c.⁷⁸⁴. A partir de la STS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747) a la que le siguieron otros pronunciamientos⁷⁸⁵, se construye una teoría sobre las inmisiones por generalización analógica de los arts. 590 y 1.908 C.c.⁷⁸⁶:

STS 12.12.1980: «Si bien el Cc 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 art. 1902 de dicho cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1908, pues la regla fundamental es que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina».

En mi opinión, la tutela del particular frente a las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad dependen de las siguientes situaciones de hecho:

1) *Tutela preventiva pura*: no se ha producido ni inmisión ni daño alguno. En estos casos, el incumplimiento de las medidas correctoras o las normas de distancias, incluso las relativas a los usos del lugar, puede ser motivo de estimación de la tutela preventiva pura para pedir su demolición o acomodo a las normas reglamentarias y, en su caso, las necesarias mediante informe técnico.

2) *Tutela inhibitoria de inmisiones*: se están produciendo inmisiones excesivas, con independencia de la acreditación o no del daño efectivo. Tipos de tutela:

2.1) “*Típica*” ex art. 590 C.c. Acción de cesación y/o abstención por inmisiones excesivas mediante la acción negatoria.

2.2.) “*Atípica*” ex art. 1908.2 C.c. Acción de evitación de ulteriores daños por inmisiones excesivas. El art. 1902 C.c. se aplicará al resto de DCC.

En materia de inmisiones se exigirá la adopción de medidas correctoras que las reduzcan a la normal tolerancia. En el resto de DCC ocasionados por escapes no conocidos se exigirá la adopción de las medidas necesarias para evitar daños. En ambos casos, el umbral marcado por la normativa será el mínimo exigible.

3) *Tutela reparadora*: se ha producido un daño. Será de aplicación el art. 1908.2 C.c. en materia inmisiones y el 1902 en el resto de DCC.

Por otro lado, en el caso de que se haya ocasionado un daño con origen en un acto abusivo, será de aplicación el art. 7.2 C.c. (abuso de derecho), que sirve tanto para solicitar las medidas correctoras que sean necesarias para evitar ulteriores daños, como para pedir el resarcimiento de los daños ocasionados.

⁷⁸³ SSTS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), 5.4.1960 (RJ 1960, 1670), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 27.10.1982 (RJ 1982, 5577), 31.1.1986 (RJ 1986, 444), 13.6.1988 (RJ 1988, 4872).

⁷⁸⁴ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, *op. cit.*, pp. 4789, 4793; “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 412. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 100.

⁷⁸⁵ SSTS 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 18.3.1992 (RJ 1992, 2202), 30.5.1997 (RJ 1997, 4331); SSAP Asturias 14.9.1993 (AC 1993, 1631) y 10.4.2000 (AC 2000, 996), Huesca 10.12.1997 (AC 1997, 2413), FD 4º, Asturias 15.5.1999 (AC 1999, 1004), Cuenca 10.5.2000 (AC 2000, 2554) y 10.5.2000 (AC 2000, 2554), Madrid 20.11.2000 (AC 2001, 168), Jaén 1.6.2001 (JUR 2001, 227191, Segovia 22.12.1999 (AC 1999, 2413). STSJ Navarra 3.5.2004 (RJ 2004, 3734).

⁷⁸⁶ PARRA LUCÁN, Mª. A.: “Responsabilidad por daños...”, *op. cit.*, pp. 946-947.

C) *Tutela jurídica frente a las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad.*

Según NAVARRO MENDIZÁBAL existen tres posibles respuestas a las inmisiones: 1) tutela *inhibitoria*, que comprende tanto la eliminación de la inmisión como su reducción hasta los límites de la tolerabilidad⁷⁸⁷; 2) *resarcitoria*, destinada a reparar el daño causado por la inmisión; y 3) *preventiva*, mediante la que se tiende a evitar la producción de las molestias. Cada una de estas formas de protección jurídica frente a las inmisiones se despliegan en momentos distintos: 1) *preventiva* antes de la producción de las inmisiones intolerables; 2) *inhibitoria* durante la producción de las inmisiones intolerables y antes o después de haberse producido el daño; y 3) *resarcitoria*, una vez producido el daño. Estos modelos se articulan a través de diversos mecanismos: acción negatoria, interdictos, responsabilidad civil, abuso del derecho, leyes especiales, etc. La acción negatoria para la prevención e inhibición de las inmisiones es la más importante e utilizada⁷⁸⁸. La finalidad de la acción negatoria se centra en las medidas anteriores, si bien la tutela preventiva y la resarcitoria no son cuestiones pacíficas en la doctrina y la jurisprudencia, en especial esta última. Si fracasa la prevención, y se causan daños a terceros, además, de la reparación de los daños y perjuicios *ex art.* 1908.2 o 4º C.c., podría pedirse la cesación de aquéllas con base al art. 590 C.c.

El art. 590 C.c. se centra en la prevención -limitaciones del dominio-, y el 1908.2 y 4º C.c. en la reparación del daño -consecuencias de los daños-, siendo ambos complementarios⁷⁸⁹. La aplicación del art. 590 C.c. no requiere la existencia de un daño, pero sí un riesgo de su producción⁷⁹⁰, al construir la instalación o ejercer la actividad sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. Permitirá solicitar: a) *medidas preventivas*: exigir el cumplimiento de lo establecido en los reglamentos en relación a las distancias y medidas técnicas⁷⁹¹, con el fin de evitar un daño a las propiedades vecinas; b) pretensión de *cesación de las inmisiones* intolerables, con independencia de que se hayan cumplido las medidas reglamentarias relativas a obras de resguardo. La tutela preventiva ha sido la gran olvidada por las siguientes razones: i) es más función del derecho administrativo, pues el art. 590 C.c. se remite a normas administrativas para integrar su contenido; ii) no existe regulación expresa de la acción negatoria en el C.c., por lo que su régimen jurídico no deja de ser una construcción doctrinal o jurisprudencial. Por todo ello, los jueces prefieren imponer las medidas correctoras en sede de la acción de responsabilidad civil *ex art.* 1908 C.c. para poner fin a las molestias⁷⁹².

⁷⁸⁷ NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 247.

⁷⁸⁸ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁷⁸⁹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 161. ALONSO PÉREZ, M.: "La tutela del Derecho civil...", *op. cit.*, p. 4787. BARRAL VIÑALS, I.: *op. cit.*, pp. 438 y 439. DÍAZ FUENTES, A.: *op. cit.*, p. 684. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 36-37. GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 425. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 262. JORDÁ CAPITÁN, E.: "Tutela medioambiental...", *op. cit.*, pp. 877-878. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *loc. cit.* LUQUÍN BERGARECHE, R.: *op. cit.*, pp. 81 a 83 y 226. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 99. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, pp. 1592-1593. ROCA JUAN, J.: *op. cit.*, p. 779. RUIZ MARTÍNEZ, V.: *op. cit.*, p. 10.

⁷⁹⁰ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 36-37. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 532.

⁷⁹¹ ALONSO PÉREZ, M.: "La tutela del Derecho civil...", *op. cit.*, p. 4787. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: "Inmisiones: relación de causalidad...", *op. cit.*, p. 317.

⁷⁹² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 161. AMAT LLARÍ, E.: "La regulación de las inmisiones...", *op. cit.*, p. 85. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 103 y ss. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 263. ROCA TRIAS, E.: *op. cit.*, p. 315. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, p. 894.

Algunos autores utilizan el término “prevención” cuando en realidad se están refiriendo a la tutela inhibitoria de inmisiones o de evitación de ulteriores daños. por ejemplo, DÍAZ FUENTES le atribuye a la inmisión ilegítima un doble efecto, ya que la protección de los derechos, como sin duda lo es el dominio, no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones⁷⁹³.

Otros autores diferencian el ámbito de la acción negatoria o de responsabilidad civil en función de los intereses afectados. Según AMAT LLARÍ, se podrá acudir a la acción negatoria de inmisiones cuando se provoque una interferencia en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad o de la posesión de un bien inmueble; se aplicará el instituto de la responsabilidad civil si el perjudicado no ostenta estos derechos respecto del inmueble⁷⁹⁴. Estoy de acuerdo en la primera afirmación de la autora, por cuanto el ejercicio de la acción negatoria requiere una interferencia en el uso o disfrute de los derechos de la persona en relación con la propiedad inmobiliaria. En cuanto a la segunda, haría que diferenciar, dentro de la responsabilidad civil, entre el ámbito de aplicación del art. 1908 C.c., relativo a inmisiones excesivas, del art. 1902, que se aplicaría al resto de DCC. También podrá ser aplicado el art. 1908.2 C.c. en el caso de inmisiones producidas por un escape no conocido cuando haya sido causado por actividades peligrosas o anormalmente peligrosas, en aplicación de la teoría del riesgo.

Otros autores niegan la posibilidad de que ante un daño ocasionado por inmisiones pueda la acción de responsabilidad plantear medidas para evitar el daño (de prevención y/o evitación), y/o cesar la acción contaminante, sino que es atribución de la acción negatoria *ex art. 590 (CABANILLAS SÁNCHEZ)*⁷⁹⁵.

El TS suele justificar la pretensión de inhibición del daño con la ARC *ex arts. 1908 o 1902 C.c.*⁷⁹⁶, argumentando la imposición de medidas correctoras y, en su caso de cesación de la actividad, en base a la consideración de que sería ilógico imponer indemnizaciones de un daño y permitir por otro lado que éste siguiera produciéndose, apareciendo entonces la acción negatoria de forma implícita a la de responsabilidad civil⁷⁹⁷. La jurisprudencia civil parece poco proclive al reconocimiento de acciones basadas exclusivamente en el art. 590 C.c. cuando la actividad no ha ocasionado un daño real y efectivo, remitiendo al resto de casos al orden contencioso-administrativo⁷⁹⁸. Se aprovecha por los tribunales la flexibilidad propia de las normas sobre responsabilidad aquiliana, cuya aplicación supone dejar un importante margen de juego a la discrecionalidad del juzgador. Se produce un desplazamiento de la cuestión de las inmisiones desde su ámbito natural de la propiedad inmobiliaria al campo de la responsabilidad extracontractual, lo que determina que la jurisprudencia se centre en comprobar la concurrencia de los presupuestos para declarar la responsabilidad, que, además, y como consecuencias de la tendencia a objetivar la responsabilidad, se han reducido prácticamente a la existencia de un daño y de una relación de causalidad, olvidándose, en la mayoría de las ocasiones, de aclarar qué inmisiones deben soportarse y cuáles no.

⁷⁹³ DÍAZ FUENTES, A.: *op. cit.*, p. 686.

⁷⁹⁴ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁹⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “El daño ambiental”,... *op. cit.*, p. 20.

⁷⁹⁶ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 36, 62-65, 71. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 176. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 513. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, pp. 1605, 1607 y 1611. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 29.

⁷⁹⁷ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2168.

⁷⁹⁸ STS 18.3.1992 (RJ 1992, 2201).

Esto ha provocado una situación de tutela injustificadamente preferencial para los intereses del inmitente, sobre todo del industrial, en detrimento del perjudicado por la actividad inmisiva⁷⁹⁹. Normalmente, los efectos de la acción negatoria se suelen acumular a la acción de responsabilidad civil, ya que siempre que se produzca un daño, caben estas medidas correctoras, aunque se haya cumplido lo establecido en el art. 590 C.c. (reglamentos o autorizaciones)⁸⁰⁰. De esta forma, el esfuerzo de los Tribunales se ha centrado en presumir, siempre que haya una inmisión perjudicial, la falta de distancias o la falta de obras de resguardo⁸⁰¹. Sin embargo, existen algunas sentencias de la jurisprudencia menor en las que, aun sin estimarse probados los daños concretos, se condena a adoptar medidas correctoras a una industria.

En el Derecho del *common law* frente a la *private nuisance* (invasión conocida – *intentional*– en el uso y disfrute de la propiedad) cabe una indemnización por el daño causado (*action for damages*) así como la pretensión de reducción o eliminación de la *nuisance (injunction)*⁸⁰². También cabe la acción de cesación y evitación (*injunctive relief*)⁸⁰³. Alternativamente, el actor tiene un derecho limitado de impedir (*abate*) la *nuisance*, p.ej. en casos de daño inminente (*self-help*)⁸⁰⁴.

En Cataluña, el medio de defensa frente a las inmisiones será la acción negatoria (art. 544), en virtud de la cual se podrá reclamar, además de la cesación de la perturbación, los daños y perjuicios ocasionados (art. 544-6 C.c.).

En Francia, los DCC se regulan dentro del instituto de la responsabilidad civil del art. 1382 C.c., sin bien el elemento clave en materia de *troubles de voisinage* (por emisiones conocidas) es la anormalidad de la perturbación, mientras que en el resto de daños tradicionales, es el carácter culposo. Por su parte, el art. 1384 C.c. regula los supuestos de responsabilidad objetiva derivada de actividades de riesgo. El Código Civil francés no contempla la acción negatoria aunque la jurisprudencia la ha aplicado en ocasiones ante perturbaciones de vecindad para la cesación de la actividad, salvo en el caso de que la actividad inmitente esté autorizada.

En Italia, la respuesta frente a una inmisión ilícita es la acción negatoria *ex art. 949 C.c.* y, en su caso, la del resarcimiento del daño, bien en virtud del propio artículo 949 2º C.c., cuando persista la molestia, bien *ex art. 2043 C.c.*⁸⁰⁵. Se entiende que las inmisiones que produzcan daños a la propiedad deberían resarcirse vía art. 949 2º C.c., y el resto por la cláusula general del art. 2043 C.c. Un sector doctrinal y de la jurisprudencia ciñen el ámbito de las inmisiones estrictamente a la propiedad, por lo que sólo se pueden ejercitar acciones reales. Pero ello no significa que se deba reconducir todo el ámbito de las inmisiones a la acción negatoria de inmisiones, por cuanto la acción de responsabilidad civil para el resarcimiento (e incluso para la inhibición del daño) *ex art. 2043 C.c.* puede ser aplicable a los DCC ocasionados fuera del proceso “normal” de la actividad, así como a los daños ocasionados por inmisiones ya cesadas en el momento de demandar. Por otro lado, el art. 2050 C.c., recoge un caso de responsabilidad civil derivado de daños ocasionados por actividades peligrosas.

⁷⁹⁹ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 63.

⁸⁰⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 29.

⁸⁰¹ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 176.

⁸⁰² CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁰³ BERRY, JAMES F./ DENNISON, MARK S.: *op. cit.*, p. 19. LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 363.

⁸⁰⁴ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 363.

⁸⁰⁵ GALLINARI, A.: *op. cit.*, pp. 302, 312. En la jurisprudencia, Cass. de 13 de diciembre de 1974, nº 4253 (Gius. civ. 1975-I), p. 1367.

D) Relación del Derecho de inmisiones con el ordenamiento público.

A la aplicación de los mecanismos jurídicos civiles en materia de inmisiones no es obstáculo la regulación administrativa de la actividad y de las condiciones técnicas para su desarrollo, de inequívoca naturaleza administrativa, pues no es óbice para que el ordenamiento jurídico-privado pueda y deba intervenir en cuantos conflictos se originen en el ámbito de las relaciones de vecindad, en los supuestos de culpa contractual o extracontractual y en aquellos otros que impliquen un abuso del derecho cuando afecta a la propiedad privada y a su protección, porque hay que distinguir el interés general de los intereses privados, civilmente protegibles⁸⁰⁶.

La remisión del art. 590 C.c. a disposiciones administrativas⁸⁰⁷ no sustrae al derecho civil las relaciones que disciplinan ni traslada su conocimiento a la Administración y a su jurisdicción⁸⁰⁸. Además, el desarrollo de la actividad con observancia de las normas y medidas administrativamente requeridas para su ejercicio no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil que los perjudicados puedan ejercitar en defensa de sus derechos subjetivos lesionados, ni alteran la responsabilidad de quienes las cumplen cuando las medidas reglamentarias se revelan insuficientes para evitar eventos lesivos⁸⁰⁹. Incluso cuando el causante haya cumplido órdenes de restauración previstas por la legislación administrativa⁸¹⁰, o de la satisfacción a la Administración de costes de restauración del medio (p. ej. canon de vertidos⁸¹¹).

Idéntica solución acontece en lo referente al ejercicio de la actividad emisora con la preceptiva licencia, siempre y cuando el Juez de lo civil no revise la licencia⁸¹². De hecho, el ejercicio de la actividad emisora con la preceptiva licencia administrativa⁸¹³ se limita a las relaciones entre la Administración concedente y el sujeto a quien se refiere y su neutralidad con respecto a los derechos privados de terceros, por lo que la actividad emprendida y ejercida con la oportuna licencia puede ser impedida por los tribunales del orden civil a instancia de los particulares cuyos derechos lleguen a ser lesionados por ella⁸¹⁴. A lo que hay que atender es a la molestia o incomodidad, pues la cesación y la indemnización son independientes de la concesión de la licencia de actividad ya que afectan a las relaciones de índole estrictamente civil⁸¹⁵.

⁸⁰⁶ SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), 16.1.1989 (RJ 1989, 101); SSAP Badajoz 25.10.2004 (RJ 2004, 1895), Valencia 13.4.2005 (JUR 2005, 129904), Asturias 8.11.2007 (JUR 2008, 67179).

⁸⁰⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 29-30, 58. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 48. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 318. PASTOR ÁLVAREZ, M^a. C.: *op. cit.*, p. 1144. RUIZ MARTÍNEZ, V.: *op. cit.*, p. 10. En la jurisprudencia, SSAP Asturias 8.11. 2007 (JUR 2008, 67179), Asturias 2.6.2011 (AC 2011, 1351).

⁸⁰⁸ SSAP Segovia 28.5.1993 (AC 1993, 957), Valencia 13.4.2005 (JUR 2005, 129904).

⁸⁰⁹ STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727); SSAP Badajoz de 25.10.2004 (RJ 2004, 1895), Valencia 13.4.2005 (JUR 2005, 129904); Huesca 10.12.1997 (AC 1997, 2413).

⁸¹⁰ Arts. 107 TRLA, 54.3 y 183.2 RD 849/1986), arts. 36.55.2 y 88.4 de la Ley 22/1988 de Costas, 78 y 110.2 RD 1471/1989), arts. 74.2 Ley 22/1973 de Minas; art. 30 de la Ley 20/2011 de Residuos, etc.

⁸¹¹ Arts. 113 TRLA y 289 de su Reglamento; art. 6.II Ley de Costas (pesca fluvial), etc.

⁸¹² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 29-30 y 58. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 48. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *loc. cit.* PASTOR ÁLVAREZ, M^a. C.: *loc. cit.* RUIZ MARTÍNEZ, V.: *op. cit.*, p. 10. SSAP de Asturias 8.11.2007 (JUR 2008, 67179), Asturias 2.6.2011 (AC 2011, 1351).

⁸¹³ SAP Badajoz 25.10.2004 (RJ 2004, 1895), FD 1^o.

⁸¹⁴ STS 18.7.1997 (RJ 1997, 6019); SAP Valencia 13.4.2005 (JUR 2005, 129904).

⁸¹⁵ SAP Vizcaya 24.6.1999 (AC 1999, 6850).

La relación de la temática de las inmisiones con la normativa jurídico-pública pasa por los siguientes situaciones: 1) Si no se han producido inmisiones y el empresario ha cumplido con las normas administrativas de aplicación (distancias y obras de resguardo), el demandante deberá probar que con las medidas de resguardo actuales existe riesgo de daño al uso y disfrute de la propiedad. En la tutela preventiva pura *ex art. 590 C.c.*, dado que no hay inmisión, es necesario, al menos, el temor fundado de que se producirá de forma inminente un daño grave a este tipo de intereses. 2) Si existen inmisiones ilegítimas, la jurisprudencia viene señalando la completa independencia entre un ordenamiento y otro a la hora de determinar las medidas de prevención o corrección necesarias para cesar la inmisión desde el ordenamiento jurídico-privado y, con ello, evitar la producción de ulteriores daños, bien sea desde el instituto de la acción negatoria, bien desde la responsabilidad civil extracontractual cuando se haya constatado el daño, tanto cuando se ha producido un daño como consecuencia de una inmisión excesiva⁸¹⁶, como en los casos de responsabilidad objetivada⁸¹⁷.

No obstante, el ordenamiento administrativo sí puede tener efectos en sede jurisdiccional civil. Por ejemplo los planes de urbanismo tienen una notable importancia en la configuración del uso local y las condiciones del lugar; las licencias administrativas para la industria calificada pueden condicionar o limitar la actuación de los mecanismos civiles de protección; la normativa ambiental puede o no servir de guía en la cuantificación de la gravedad de las inmisiones (normal tolerancia), sobretodo a través de los valores límite de inmisión⁸¹⁸; asimismo, el incumplimiento de la normativa reguladora puede presumir la anormalidad de la inmisión, etc.

En Italia, dice VISINTINI que el control del juez debe subsistir cuando se haya causado un daño injusto (antijurídico) a la cosa o a las personas, aunque la prescripción de la ley especial haya sido observada. Si bien la autora entiende que no cabe discriminación en el caso de daños a las cosas y a las personas a la hora de entender la tutela civil de forma independiente de la administrativa, reconoce que esta solución se reafirma en el caso de daños a la salud de las personas a la vista de la tutela (directa) reforzada del art. 32 de la Constitución y de la legislación ambiental especial, dado que el derecho a la salud constituye un límite inviolable a la discrecionalidad administrativa y que su lesión (o peligro de la misma) es relevante al objeto de la sanción civil en vía aquiliana, tanto inhibitoria como de resarcimiento del daño⁸¹⁹.

En los EEUU, para determinar el carácter no razonable de la invasión, la normativa administrativa, la jurisprudencia y las reglas generales, tienen una gran influencia en su determinación (§ 826 (a) *RST*), de manera que se cristalizan algunas reglas que sirven de orientación a los jueces. Las normas urbanísticas, por ejemplo, pueden declarar las invasiones sustanciales no razonables en determinadas zonas, no ponderándose la gravedad del daño con la utilidad de la conducta. Asimismo, entre los criterios de determinación de la utilidad de la conducta se encuentra el de la “impracticabilidad de la prevención o evitación de la invasión”(§ 828 (c) *RST*).

⁸¹⁶ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 25,66. La autora dice que (p. 25) en los casos de adopción de medidas preventivas «los Tribunales civiles parecen centrarse en la existencia de la licencia, como si ésta fuera una barrera que le impidiera el libre enjuiciamiento de los hechos, lo cual en modo alguno puede estimarse plausible».

⁸¹⁷ SSTS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), 14.5.1963 (RJ 1963, 2699), 17.3.1981 (RJ 1981, 530), 31.1.1986 (RJ 1986, 4444), 8.5.1987 (RJ 1987, 8219), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 25.3.1995 (RJ 1995, 2141), 7.4.1997 (RJ 1997, 2743), 29.4.2003 (RJ 2003, 3041), etc.

⁸¹⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 29-30, 58.

⁸¹⁹ VISINTINI, G.: “Il divieto di immissione...”, *op. cit.*, p. 263.

En Inglaterra se ha afirmado por LARSSON que existe una regla consistente en que si la actividad es lícita según autoridad pública, la acción de cesación (*injunction*) en la *private nuisance* es denegada, pero la actividad no es inmune a la acción indemnizatoria (*action for damages*)⁸²⁰. No estoy de acuerdo con esta afirmación por cuanto el único supuesto en el que no cabe la *injunction* es cuando la inmisión es razonable, en los términos del § 826 (a) *RST* (a *sensu contrario*), es decir, cuando la utilidad de la conducta es superior a la gravedad del daño. La excepción a esta regla se produce en el terreno de la *action for damages* -no en la *injunction*- en lo dispuesto en el apartado (b), que establece que la invasión será irrazonable, aun superando la utilidad de la conducta al daño grave, cuando el causante del daño no compense los mismos aunque la carga económica de hacerlo no haga inviable la actividad. Esta cláusula del *RST* es útil para salvaguardar los intereses de la industria estratégica (astilleros, aeropuertos, etc.), por cuanto la utilidad de la conducta será siempre notable. En definitiva, en EEUU las reglas por las que se determina el carácter no razonable de la invasión difiere, en ocasiones, dependiendo de si se pretende cesarla o resarcir el daño.

2) Tutela preventiva del daño a la propiedad vecinal *ex art. 590 C.c.*

A) *Finalidad preventiva de invasiones en el uso y disfrute de la propiedad.*

El art. 590 C.c. proviene de la casuística romana, y más en concreto del Digesto 8,5,17,2⁸²¹, en el cual el jurista Alfenus da respuesta a una consulta sobre un estercolero que se ubica junto a pared en el linde de una finca⁸²².

Este precepto se ubica en sede de las relaciones de vecindad⁸²³, desde una perspectiva real, en el que el bien jurídico protegido son las heredades o edificios⁸²⁴. Las relaciones de vecindad, según HERNÁNDEZ GIL, son aquellas en las que la exclusión (como manifestación del derecho de propiedad), la normal tolerancia (como deber limitativo de su ejercicio) y, en todo caso, la conformación del contenido de la propiedad, deriva de la concurrencia de derechos que presupone la existencia de fincas colindantes o vecinas, por lo que, con mayor o menor efectividad, según se trate de fincas colindantes o vecinas, existe una relación entre los bienes que, a través de ellos, alcanza a sus titulares. Y aunque no configure un derecho real de vecindad, sí se trata de un derecho inherente a las cosas, que le dota de una configuración específica⁸²⁵. Según SÁNCHEZ-FRIERA, el art. 590 C.c. configura una relación de vecindad real conformadora de los objetos de la propiedad y con efecto en su contenido, que posibilita el derecho a exigir su efectividad real, pues en caso de incumplimiento habrá un específico deber de comportamiento, sin que sea necesaria la producción de un daño⁸²⁶.

⁸²⁰ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 387.

⁸²¹ Dig. 8,5,17,2 (Alfenus, 2 digestorum): «Fui consultado acerca de un vecino que había hecho un estercolero en la pared, por el cual la deterioraba y de cómo litigar y hacerlo retirar el estercolero. Respondí que si afectaba a un lugar público, podría ser cogido por un interdicto, si a un lugar probado, se puede litigar por la [inexistencia] de la servidumbre. Si se estipuló caución de daños, puede litigarse por la estipulación para que repare los daños causados». Cita literal obtenida de AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: «Las relaciones de vecindad...», *op. cit.*, pp. 99-100.

⁸²² AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: «Las relaciones de vecindad...», *op. cit.*, pp. 99-100. El autor lo refiere al art. 674 del *Code* francés si bien lo podemos hacer extensivo al art. 590 C.c. español.

⁸²³ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 158.

⁸²⁴ COCA PAYERAS, M.: *op. cit.* p. 1498. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: «Inmisiones: relación de causalidad...», *op. cit.*, p. 315.

⁸²⁵ HERNÁNDEZ GIL, A.: *op. cit.*, pp. 126, 130, 166, 168.

⁸²⁶ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 59.

El art. 590 C.c. tiene las siguientes finalidades: 1) *Preventiva*, preferentemente para evitar el daño patrimonial⁸²⁷. Cuando se construya la instalación o la actividad sin guardar las distancias prescritas o sin cumplir las medidas de precaución necesarias, el “potencial” perjudicado podrá exigir el fin de la situación de riesgo mediante la reposición de las cosas a su estado correcto: distancia adecuada, obras de resguardo o precauciones necesarias⁸²⁸ y, en último extremo, clausurar la misma⁸²⁹, incluyendo todas aquellas medidas correctoras y de prevención que razonablemente impidan cualquier perjuicio a las propiedades vecinas⁸³⁰. 2) *Inhibitoria* de las inmisiones excesivas (pretensión de cesación) o futuras una vez ya producidas (pretensión de abstención), por lo que sirve para cesar el daño o peligro de su sucesiva producción⁸³¹, mediante la adopción de medidas reglamentarias y necesarias para evitar la producción del daño, si bien también se puede solicitar en sede de responsabilidad civil por inmisiones. En la práctica, se aplicará la pretensión de abstención de inmisiones, pues el afectado operará casi siempre a resultas de la inmisión perjudicial; de lo contrario, habría que indagarlo o presumir que, aún no producido el daño, de la persistencia de la conducta el menoscabo sería inevitable. El aspecto más importante de las inmisiones no es el de reparar el daño sino que el afectado pueda solicitar a los tribunales el ejercicio del derecho dentro de unos límites⁸³². 3) En combinación con el art. 1908.2 C.c., serviría para ayudar a *determinar la excesividad de las inmisiones* según el uso normal y la normal tolerabilidad⁸³³.

Este artículo supone un límite al ejercicio de la propiedad de la finca cuya finalidad es evitar el riesgo de producción de un daño, peligro que en sí mismo constituye una perturbación (“inmisión de peligro”) ⁸³⁴. Al mismo tiempo que sirve de limitación del derecho de propiedad, al establecer la prohibición de propagar sustancias perniciosas y peligrosas para los fundos vecinos⁸³⁵. Se diferencia del “peligro de inmisión” en que en éste la inmisión ya ha acaecido y se temen otras futuras del mismo grado, que se podrán impedir mediante la acción de abstención de inmisiones⁸³⁶, tutelable a través de la acción negatoria de inmisiones con fundamento en el art. 590 C.c., basándose en el cumplimiento de los reglamentos y usos del lugar, así como la pretensión de cesación de inmisiones actuales y abstención de otras futuras.

⁸²⁷ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 36-37. NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 417. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, p. 894. SANZ SALLA, C.O.: *op. cit.*, p. 278. En la jurisprudencia, baste citar la STS 30.11. 2006 (RJ 2006, 8153).

⁸²⁸ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, *op. cit.*, pp. 4789, 4790. El autor la establece en sede de la acción negatoria. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 186. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, p. 99.

⁸²⁹ BARRALS VIÑAL, I.: *Op. cit.*, p. 438. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 172. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *op. cit.*, p. 786. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2160.

⁸³⁰ SAP León 24.3.2010 (AC 2010, 436).

⁸³¹ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, *op. cit.*, pp. 4789-4790. CAMAZÓN LINACE-RO, A.: *op. cit.*, p. 108. En la jurisprudencia, SSTS 23.9.1988 (1988, 6853), 16.1.1989 (RJ 1989, 101). En Italia, TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, pp. 351-352.

⁸³² SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 49.

⁸³³ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pp. 158-159. NIETO ALONSO, A.: *op. cit.*, p. 1616.

⁸³⁴ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 158. ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (II)”, *op. cit.*, pp. 865-866. DÍAZ BRITO, F. J.: *op. cit.*, p. 36. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”,... *op. cit.*, p. 11. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2159.

⁸³⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: *loc cit.*

⁸³⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

Es cierto que cuando la actividad cumpla con las normas reglamentarias y no cause un daño a través de la producción de inmisiones excesivas, generalmente no tiene lugar la aplicación de la tutela preventiva pura del art. 590 C.c., por cuanto ni existen daños ni la prueba de la previsibilidad del daño es sencilla. Aun así, el demandante podrá fundar la demanda en un dictamen pericial que demuestre que, en incumplimiento de los usos y costumbres del lugar, y de las medidas necesarias para evitar un daño, existe un peligro del mismo. En el caso de que la inmisión esté teniendo lugar, el cumplimiento de las normas administrativas que regulan la actividad no excluye de responsabilidad civil ni de la adopción de las medidas necesarias que reduzcan las inmisiones a la normal tolerabilidad. Además no se vulnera ningún orden de prelación, por cuanto la prohibición del párrafo 1º parece indicar que a la hora de prohibir tales instalaciones se tendrán en cuenta distancias, los reglamentos y los usos del lugar en un mismo plano; en el caso de obras de resguardo, el precepto dice que éstas serán las necesarias, y no las reglamentarias, a pesar de que “en el modo” se sometan a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. En cuanto al párrafo 2º, la expresión «A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzgan necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades vecinas», se puede interpretar que lo primero también puede significar en el caso de que sean insuficientes⁸³⁷.

DÍAZ BRITO ha criticado que la aplicación del art. 590 C.c. a las inmisiones es limitada, ya que con él se intenta impedir que, como consecuencia de ciertas construcciones, se produzcan injerencias, pero en ningún momento se determina qué sucederá cuando efectivamente se produzcan, es decir, no se regula su régimen jurídico⁸³⁸. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO dice que es necesaria una interpretación correctora de la norma, ya que literalmente sólo cabe pedir medidas correctoras cuando las instalaciones se han realizado sin guardar las distancias o si en su realización no se ha atendido a la normativa pertinente⁸³⁹. Según NAVARRO MENDIZÁBAL el alcance de la acción negatoria será mayor que el del art. 590 C.c. por cuanto la cesación y abstención de las molestias es la finalidad típica de la acción negatoria, y aunque se ha considerado que el art. 590 C.c. es un «reflejo» de esta acción, agota en ella su ámbito de actuación. Por tanto, cuando los tribunales dicen estar aplicando el art. 590 C.c. y, a pesar de cumplirse los reglamentos (primera remisión que cierra las ulteriores), condenan a la realización de obras de resguardo o incluso a la demolición o cesación de la actividad, más bien están recurriendo a la acción negatoria general que pervirtiendo la prelación del art. 590 C.c. De ahí que ante una actividad o construcción de las prescritas por este artículo no será suficiente el cumplimiento de la legislación administrativa si se causan molestias al vecindario. Las prescripciones que haga la regulación administrativa son un mínimo ineludible, pero no suficiente, para evitar la acción de cesación de molestias y la obligación de tomar otras medidas precautorias. Según el autor, la forma más sencilla de probar la insuficiencia de las obras de resguardo será la demostración de los daños producidos, que serán condición suficiente, pero no necesaria, por lo que la jurisprudencia aplica el art. 590 C.c. importando conceptos de responsabilidad civil⁸⁴⁰.

⁸³⁷ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 177. Según el autor «Las medidas que indica la legislación administrativa se convierten en un mínimo ineludible, pero no suficiente para evitar la acción de cesación de las molestias y la obligación de tomar cuantas medidas precautorias sean necesarias, eficaces y coherentes». ROCA JUAN, J.: *op. cit.*, pp. 779, 782.

⁸³⁸ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 34. Según el autor, «La norma se sitúa en un ámbito de actuación muy próximo al que corresponde al [RAMINP]».

⁸³⁹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 29.

⁸⁴⁰ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 416, 425-426.

En Italia, el art. 890 C.c. permite una tutela contra la inmisión de peligro, disciplinada en materia de construcción, al objetivo de preservar el fundo vecino de cualquier daño a la solidaridad, salubridad y seguridad, debiendo coordinarse con el art. 844 C.c. cuando el daño derivado de construcción en el fundo vecino (tutela preventiva) coincida con el de las inmisiones (tutela inhibitoria y resarcitoria)⁸⁴¹. Dice TRIMARCHI que «deberíamos [...] aplicar analógicamente el régimen de las inmisiones a la hipótesis en la cual la actividad desarrollada en un fundo no inmite [...] en el fundo vecino, pero expone a peligro aquello que se encuentra en él»⁸⁴². Esto viene justificado en que la inmisión de peligro, no es sin embargo antijurídica, sino que lo que constituye una actividad ciertamente antijurídica es la exposición al peligro al bien del otro. Para ello reclama «una regulación particular en la hipótesis en la cual la relación entre el que crea el riesgo y quien se ve amenazado sea estable y fundado sobre la propiedad del fundo contiguo. La analogía de estructura de las dos situaciones determina una analogía del tratamiento jurídico [...]. [S]e considera que el art. 890 [C.c.] [sirve para] [...] evitar la disminución de la seguridad. Esta norma está ciertamente coordinada con aquella del art. 844 [C.c.], [p]ero entonces está claro que también la regulación citada por esta última no deba referirse solo a la actividad que causa inmisiones dañosas, sino que deba extenderse a aquella que crea un riesgo para el fundo vecino»⁸⁴³. Se puede ver cómo a pesar de estar íntimamente relacionados los arts. 590 y 1908.2 C.c. en realidad tratan cuestiones distintas: el primero un caso de peligro y el segundo de inmisión.

Finalmente, algunos autores españoles han relacionado el art. 590 C.c. con la protección del medio ambiente en las relaciones de vecindad, ya que que constituye el núcleo que permitió posteriormente el desarrollo de la teoría de las inmisiones⁸⁴⁴. EVANGELIO LLORCA cree que dicho artículo tutela tanto el interés privado de los vecinos como el público a conservar el medio ambiente, si bien el legislador pensó de forma prioritaria en el interés privado debido al carácter individualista del Código y por las circunstancias de la época en que se aprobó, siendo no obstante muy importante la distinción entre ambas finalidades por cuanto de ello puede derivar o no el carácter imperativo de la norma⁸⁴⁵. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ otorga al art. 590 C.c. un fundamento público argumentando que su interés lo es también, por cuanto tiene por objeto la utilidad pública o comunal⁸⁴⁶. Otros autores opinan que el interés tutelado es el medio ambiente. NAVARRO MENDIZÁBAL, no obstante afirmar lo anterior, recuerda que el citado artículo se articula a través del reconocimiento de un evidente interés privado⁸⁴⁷. FRIERA-GONZÁLEZ ve lógica la afirmación que hacen otros autores en cuanto que el interés tutelado por el art. 590 C.c. es el medio ambiente, por cuanto, en principio, una buena parte de los problemas de la contaminación tiene su origen en la inadecuada localización de actividades o en un deficiente crecimiento de las poblaciones⁸⁴⁸. En mi opinión, el interés tutelado por el art. 590 C.c. es estrictamente privado, aun cuando con su aplicación pueda tutelar indirectamente el medio ambiente.

⁸⁴¹ VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro...(II)”, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁴² TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, p. 351.

⁸⁴³ TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, pp. 351-352.

⁸⁴⁴ ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *op. cit.*, p. 269.

⁸⁴⁵ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 166. Según la autora: «será imperativo en aquellos casos en los que el interés general se ponga en peligro y dispositivo cuando sólo estén en juego derechos privados».

⁸⁴⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *El medio ambiente urbano...*, *op. cit.* p. 32.

⁸⁴⁷ NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 409.

⁸⁴⁸ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *cit.*, p. 50.

B) Interpretación extensiva y actualizada del art. 590 C.c.

La interpretación extensiva y actualizada del art. 590 C.c. puede verse desde diversas ópticas, según la doctrina: 1) la expresión «*Nadie* podrá construir...» no va dirigida sólo a los propietarios sino a todos los que construyan en un determinado terreno. 2) La enumeración que hace el art. 590 C.c. es meramente enunciativa (*demonstrationis causa*), por lo que caben todas aquellas construcciones que, aún no expresamente previstas, constituyan molestias, incomodidades, insalubridad o amenaza de posibles daños a personas o cosas en el predio vecino, comprendiendo la industria más moderna⁸⁴⁹. 3) Las relaciones entre fundos trascienden el estrecho vínculo vecinal ampliándose a aquellas fincas potencialmente dañadas por su situación de proximidad, en función de la inmisión en cuestión⁸⁵⁰. 4) La remisión a la legislación administrativa facilita su adaptación a las necesidades de cada momento⁸⁵¹. 5) La construcción se suele entender de forma amplia en el sentido de nueva construcción o reconstrucción y se extiende la prohibición al constructor y a los eventuales adquierentes posteriores⁸⁵². 6) El art. 590 C.c. tiene un contenido más amplio (personal y real) que implica la limitación del derecho de propiedad, la protección de la salud, la integridad física y moral, etc.⁸⁵³, siempre que tengan un derecho real de goce o disfrute del fundo⁸⁵⁴. 7) El art. 590 C.c. prevé la adopción de medidas correctoras conducentes a evitar del daño, reduciendo la producción de inmisiones intolerables o cesando las mismas (o evitando otras futuras)⁸⁵⁵, según lo establecido en los reglamentos o en los usos de lugar⁸⁵⁶.

⁸⁴⁹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., pp. 161-162. ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, op. cit., p. 387; “La protección jurídica...”, op. cit., p. 409; “La tutela del Derecho civil...”, op. cit., pp. 4787-4789. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., p. 93. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: op. cit., pp. 154, 158. DÍAZ BRITO, F. J.: op. cit., p. 34. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, op. cit., p. 167. DÍAZ FUENTES, A.: op. cit., p. 684. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: op. cit., p. 32. HERNÁNDEZ GIL, A.: op. cit., pp. 66-67. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit., pp. 96, 172. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, op. cit., pp. 199-201. LORANCA RUILÓPEZ, A.: op. cit., p. 541. LUQUÍN BERGARECHE, R.: op. cit., pp. 81 a 83 y 226. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: op. cit., p. 99. MASFERRER DOMINGO, A.: op. cit., p. 1593. MONESTIER MORALES, J.L.: op. cit., p. 7. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, op. cit., p. 412. NIETO ALONSO, A.: op. cit., p. 1616. PARRA LUCÁN, M^a. A.: *La protección al medio ambiente: orientaciones de la jurisprudencia civil*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 123. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, op. cit., p. 362. SANZ SALLA, C.O.: op. cit., p. 278. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 56.

⁸⁵⁰ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, op. cit., pp. 4788-4789. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: op. cit., p. 158. EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, op. cit., p. 405. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit., p. 58. Según el autor « las sustancias químicas tienen un radio de acción más amplio que el de los ruidos». JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, loc. cit.; “Tutela medioambiental...”, op. cit., pp. 878-879. LORANCA RUILÓPEZ, A.: loc. cit. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, op. cit., p. 415. RUIZ MARTÍNEZ, V.: op. cit., p. 8. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, op. cit., p. 2159; *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 57.

⁸⁵¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: op. cit., p. 32. STS 26.11.2010 (RJ 2011, 1317).

⁸⁵² DÍAZ FUENTES, A.: op. cit., p. 684. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit., pp. 58, 172, 173. LORANCA RUILÓPEZ, A.: loc. cit.

⁸⁵³ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit., p. 173. RUIZ MARTÍNEZ, V.: loc. cit. Este autor lo atribuye a la aplicación analógica del artículo, lo que hace amplía el concepto de “vecinal”.

⁸⁵⁴ JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, op. cit., p. 204. Dice que «La defensa jurídica del bien inmueble es articulada por cuanto que la persona disfruta del bien y extrae del mismo determinadas utilidades para la satisfacción de sus intereses».

⁸⁵⁵ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 57-58.

⁸⁵⁶ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., p. 93. Según la autora, «La *ratio legis* de estas medidas es conseguir que se eviten los daños y hay que tener en cuenta que los avances técnicos actuales pueden hacer estas medidas insuficientes».

C) *Remisión al ordenamiento administrativo, en especial al Reglamento de actividades Molestas, Insalubres, Nocivas o Peligrosas.*

La remisión a las normas administrativas supone la incorporación de aquéllas a la normativa civil (heterointegración de la norma), lo que facilita la adaptación del art. 590 C.c. a las necesidades de cada momento⁸⁵⁷, no sin riesgo de hacer perder de vista el marco sustantivo en el que deben integrarse⁸⁵⁸. Los reglamentos y usos pasan a concretar las limitaciones de la propiedad, de forma que las infracciones previstas en el art. 590 C.c. se tipifican en la contravención de aquéllos⁸⁵⁹. Esta norma en blanco genera una dificultad de aplicación práctica, por cuanto habrá que acudir a la normativa administrativa urbanística y ambiental para su concreción, no habiendo una regulación específicamente determinada para dar cobertura del art. 590 C.c., sino más bien una normativa genérica sobre actividades que determinan el alcance de la remisión, por lo que el juez deberá entresacar las reglas en cuestión, pues más allá de las mismas carece de competencia para analizar el contenido de la normativa administrativa⁸⁶⁰.

De toda la legislación ambiental la que mayor influencia tiene en relación a la lucha frente a las inmisiones el RAMINP porque estas actividades suelen ser, por regla general, causantes de contaminación ambiental⁸⁶¹. Esta normativa no está vigente en todo el territorio español⁸⁶², pues se establecen regímenes diferentes de calificación ambiental para Galicia, Cataluña, Andalucía y Murcia, así como es posible su inclusión en procedimientos de autorización ambiental integrada⁸⁶³, en el ámbito estatal o autonómico. El objetivo del RAMINP es evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a la riqueza pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o bienes (art. 1), para lo cual contará con la licencia de apertura, la imposición de medidas correctoras y el establecimiento de distancias mínimas entre las actividades y los núcleos de población, y, como medida extrema, la suspensión o el traslado de la actividad, mediante indemnización al propietario⁸⁶⁴.

⁸⁵⁷ BARRAL VIÑALS, I.: *op. cit.*, pp. 436-438. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 174. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 96. LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: *op. cit.*, p. 1065. ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *op. cit.*, p. 269. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, pp. 2158-2159; *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 51. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 403.

⁸⁵⁸ BLAISE, J-B.: *op. cit.*, p. 262. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 175. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, p. 32.

⁸⁵⁹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁶⁰ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *loc. cit.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *loc. cit.*

⁸⁶¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 175. ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 401. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 211.

⁸⁶² Declarado vigente por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril. No es aplicable: en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia por disp. final 1 del Decreto 133/2008, de 12 de junio; en el ámbito de Cataluña por disp. adic. 6 de Ley 3/1998, de 27 de febrero, derogada a su vez por la Ley 20/2009, de 4 de diciembre; en el ámbito de la Comunidad Andaluza por Decreto 197/1995, de 19 de diciembre, derogada a su vez por la Ley 7/2007, de 9 de julio; en el ámbito de la Región de Murcia por la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada.

⁸⁶³ Según dispone el exponendo 6º de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de la contaminación, la autorización ambiental integrada se otorgará con carácter previo a la licencia municipal de actividades clasificadas regulada en el RAMINP.

⁸⁶⁴ STS Cont.-Adm. 29.7.1986 (RJ 1986, 6909).

Las actividades incluidas en el RAMINP son: 1) *molestas*: constituyen una incomodidad por los ruidos y vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen; 2) *insalubres*: dan lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana; 3) *nocivas*: las que den lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola; y 4) *peligrosas*: las que tengan por objeto fabricar, manipular, expender o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explosiones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes de su propiedad. Independientemente de que estas actividades no costen en el Nomenclátor del RAMINP, no significa que no deban considerarse no peligrosas, pues aquél es meramente ejemplificativo. El art. 4 ordena que las actividades se sometan a las Ordenanzas municipales y el Planeamiento municipal.

Por su parte, existen unas determinadas actividades que por su peligrosidad anormal requieren de una autorización ambiental integrada (AAI) regulados en la LPCIC. Según el Exponendo 6º, la AAI los efectos de este tipo de autorización únicamente fijan las condiciones exigibles, desde un punto de vista ambiental, para la explotación de las instalaciones afectadas, por lo que se otorga con carácter previo al de otras autorizaciones o licencias sustantivas exigibles, como las reguladas en la licencia de actividades clasificadas del RAMINP, o en la normativa autonómica de aplicación, que permanecen vigentes. Por lo tanto, la mayoría de los trámites del procedimiento de licencia municipal de actividades clasificadas encajan casi en su totalidad en el procedimiento de otorgamiento de la AAI, siempre que quede garantizada la participación local en lo referente a materias de su exclusiva competencia y al pronunciamiento final de la autoridad municipal sobre la concesión de la mencionada licencia.

Además, la normativa administrativa servirá para regular el funcionamiento de la actividad industrial, pudiendo destacar la siguiente: 1) en materia de impacto ambiental, RD Legislativo 1302/1986 de 28 de junio de EIA; 2) en materia de contaminación de las aguas por vertidos, Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, Texto Refundido de la Ley de Aguas y el Reglamento de Dominio Público Hidráulico; c) en materia de contaminación atmosférica, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Contaminación Atmosférica; d) en materia de contaminación del suelo y residuos, la Ley 22/2011, de 28 de julio de residuos y suelos contaminados; e) en materia de responsabilidad medioambiental, la Ley de Responsabilidad Medioambiental y su reglamento de desarrollo; f) en materia de suelo y ordenación urbana, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo; g) en materia de contaminación acústica, desde el punto de vista del ordenamiento administrativo hay que estar a lo dispuesto en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido (LR), normas de desarrollo⁸⁶⁵ y a la regulación autonómica.

Por otro lado, los usos del lugar cumplen una función jurídica que ayudarán a fijar los límites del uso normal y normal tolerabilidad de las inmisiones, así como las distancias a las que deben ubicarse los inmuebles⁸⁶⁶, en el caso de que no exista normativa urbanística al respecto. Al no considerarse usos normativos, no vulnera el orden de prelación de fuentes del art. 1.3 C.c.⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ RD 1513/2005, de 16 de diciembre, sobre evolución y gestión del ruido ambiental y por el RD 1362/2007, de 19 de octubre, sobre zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas.

⁸⁶⁶ STS 30.5.1997 (RJ 1997, 4331), FD 1º.

⁸⁶⁷ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, op. cit., p. 183.

Estos usos vienen referidos a la repetición de unos mismos actos que conforman una conducta generalizada y uniforme, que se materializan en un valor normativo equiparable al de la legislación. Habrá que probarlos acreditando la repetición de los actos que la configuran. La referencia a los usos del lugar no es clara, ya que, o bien estos lugares no existen, o bien porque aunque se prefiera sustituirlos por meros usos sociales, sin necesidad de *opinio iuris*, éstos se ven en desventaja con los usos empresariales y mercantiles donde los intereses económicos priman sobre los medioambientales⁸⁶⁸. En cualquier caso, la progresiva utilización de normas administrativas en todos los ámbitos de la vida económica y social ha reducido a la mínima expresión la remisión del art. 590 C.c. a los usos, al tener prelación los reglamentos⁸⁶⁹.

Finalmente, el dictamen pericial se podrá aportar por el demandante cuando no exista norma reglamentaria que contemple expresamente las distancias, medidas correctoras o límites de contaminación, o cuando se considere que las medidas reglamentarias no van a ser, o de hecho son, insuficientes para evitar el daño o dejar de ocasionar ulteriores de la misma naturaleza⁸⁷⁰. El informe es una cuestión de hecho que quedará a la libre apreciación del juez de instancia, por lo que no prosperará un recurso basado en una lectura diferente del informe realizada por el recurrente⁸⁷¹.

D) Efectos del cumplimiento de la normativa administrativa.

Es opinión mayoritaria que las licencias administrativas producen efectos entre la entidad local y el sujeto licenciado, por lo que no excluyen por sí sola la competencia civil para el conocimiento de las acciones civiles ejercitadas por terceros en defensa de la propiedad y demás derechos subjetivos afectados⁸⁷². El control por la Administración de la actividad calificada obedece a los intereses generales y públicos contemplados en la normativa cuya observancia está llamada a fiscalizar, si bien estas medidas protectoras no excluyen las que en el campo del Derecho civil pueden y deban acordarse cuando el ejercicio de la actividad perjudique o afecte a derechos subjetivos privados, aunque lo sea en una explotación acorde a las precauciones reglamentarias, puesto que el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados⁸⁷³. De esta forma, una actividad que es lícita desde el punto de vista del Derecho Administrativo puede no serlo desde el punto de vista del Derecho Civil⁸⁷⁴.

⁸⁶⁸ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 177.

⁸⁶⁹ DÍAZ FUENTES, A.: *op. cit.*, pp. 690-691. Según el autor «El ordenamiento de nuestro tiempo parece ir haciendo desaparecer todo vacío de los reglamentos generales».

⁸⁷⁰ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 185-186. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 426. ROCA JUAN, J.: *op. cit.*, p. 779.

⁸⁷¹ SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 2.10.1987 (RJ 1987, 6709), 27.10.1988 (RJ 1988, 7745), 7.3.1998 (RJ 1998, 1040), 9.10.1999 (RJ 1999, 54).

⁸⁷² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 405-406, 411-412; “Comentario a la STS de 7 abril de 1997”, *cit.*, p. 853. Según la autora los ámbitos de cada orden jurídico están perfectamente delimitados. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 79. CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.*, p. 639. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, p. 35. HUALDE MANSO, M^a. T.: “Inmisiones provocadas...”, *op. cit.*, p. 180. En la jurisprudencia, SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), 16.1.1989 (1989, 101), SSTJ Navarra 3.5.2004 (RJ 2004, 3724); SSAP Segovia 28.5.1993 (AC 1993, 957), Cáceres 21.11.1996 (AC 1996, 2258).

⁸⁷³ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 47. En la jurisprudencia, la STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101).

⁸⁷⁴ HUALDE MANSO, M^a. T.: “Inmisiones provocadas...”, *op. cit.*, p. 180; “La pre-utilización de los inmuebles...”, *op. cit.* pp. 31-42.

En cuanto a las normas en materia de distancias y obras de resguardo, se puede diferenciar entre los siguientes supuestos:

1) En el caso de que el industrial incumpla con las normas administrativas a las que se remite el art. 590 C.c., el particular perjudicado -o potencialmente perjudicado- podrá exigir al incumplidor que cumpla con lo preceptuado. Se ha dicho que el incumplimiento de lo establecido en el art. 590 C.c. puede ser motivo de transgresión de un específico deber de comportamiento generador de culpa, en cuyo caso podría no ser necesario la prueba de una conducta negligente o culposa por parte del perjudicado⁸⁷⁵. En mi opinión, esto es posible en el caso de DCC producidos por un escape desconocido por el operador y negligente, pero no en el ámbito de inmisiones excesivas, pues el efecto de tal incumplimiento es considerar el uso como anormal.

2) En el caso de que sí cumpla con las remisiones del art. 590 C.c. no se excluye la posibilidad de que posteriormente se produzcan inmisiones, ni que la inobservancia de las medidas de precaución convierta automáticamente en ilícitas las injerencias⁸⁷⁶. De hecho, queda “libre” de interpretación al art. 1908.2 ó 4 C.c. en lo que se refiere a inmisiones que, aun habiendo cumplido con lo reglamentado, hayan producido un daño grave o intolerable, pues en este caso se puede presumir que los daños han sobrevenido por haber construido el operador sin las precauciones adecuadas o por no estar las cosas en lugar seguro o por faltar las reparaciones necesarias⁸⁷⁷.

Un ejemplo de la limitación que tiene la técnica de la remisión en cuanto al alcance de la competencia jurisdiccional civil a la hora de aplicar las normas administrativas a las que se remite el art. 590 C.c., se encuentra en la STS 18.3.1992 (RJ 1992, 2202), en cual se desestima la pretensión de un particular afectado por una actividad en la que no ha quedado demostrado el incumplimiento de normas relativas a distancias u obras de resguardo; no se han presentado otros argumentos ni medios de prueba que demuestren que existen usos del lugar vulnerados por la actividad; tampoco se demuestra la existencia de inmisiones perjudiciales traducidas en un daño⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ HERNÁNDEZ GIL, A.: *op. cit.*, p. 131.

⁸⁷⁶ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 34. Según el autor, «Puede ocurrir perfectamente que una construcción en la que se han observado todas las medidas citadas en el art. 590 llegue a causar perturbaciones que haya que reputar ilícitas. Si las inmisiones se producen finalmente es porque las medidas de precaución no eran realmente suficientes y, por ello, no cabe fundar en su observancia la licitud de las mismas». SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 66, 108, 145. En esta última página la autora afirma que «si bien se entiende que para la acción de indemnización por daños, sea ex art. 1908 o ex 1902 efectivamente no es obstáculo el cumplimiento de la normativa administrativa, sí lo es, en cambio, para el ejercicio de la acción negatoria ex art. 590».

⁸⁷⁷ HERNÁNDEZ GIL, A.: *op. cit.*, p. 132. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁸⁷⁸ Según esta sentencia «a) [...] las leyes sustantivas civiles -no administrativas-, aplicables, como son los arts. 551 y 590 del Código Civil nos reenvían a esas costumbres [costumbre local ex art. 1.1 C.c.], así como a las Ordenanzas y Reglamentos de naturaleza administrativa y como quiera que esas disposiciones administrativas -dada la inexistencia de Ordenanzas locales al efecto-, quedan residualmente residenciadas en el [RAMINP], es evidente que siendo su aplicación de exclusiva atribución administrativa (arts. 4, 6, 7, 29, 30, 38 y Disposiciones Transitorias Primera y Segunda), no cabe estimarse por esta jurisdicción infracción alguna, de las disposiciones del Código Civil por ser normas en blanco, máxime cuando ni se ha acreditado la existencia de Ordenanzas prescriptivas de distancias ni de usos de buena vecindad, ni se ha interesado en la demanda la ejecución conforme a ellas; b) El art. 25.2.h), i) y j) [LBRL] confirman lo expuesto precedentemente en punto a la carencia de facultades de esta jurisdicción en lo atinente a la estricta aplicación de Ordenanzas o Reglamentos para ubicación y traslado de instalaciones que infrinjan esas normas administrativas; c) [...]; y d) Habida cuenta de la declaración fáctica de que no se ha acreditado la existencia de daños y perjuicios, que como se ha dicho ha de ser respetada como premisa irreversible, no cabe establecer infracción por la sentencia recurrida de los arts. 1902 y

Los motivos de desestimación de la demanda son: 1) tiene un peso importante el hecho de que no se ha interesado en la demanda la ejecución conforme a distancias u obras de resguardo, por lo que no es de recibo que el supuesto perjudicado utilice instancias distintas y posteriores a la vía administrativa para hacer valer su pretensión. 2) Es acertada la razón aducida por el demandado en cuanto a que no se producen daños al demandante, lo que presupone que existen inmisiones que se han de tolerar por el mismo y, por lo tanto, no hay razón para imponer medidas correctoras algunas o para cesar la actividad⁸⁷⁹. 3) La falta de acreditación de Ordenanzas prescriptivas de distancias o de usos de buena vecindad entroncan con lo dispuesto en el art. 590 C.c. en cuanto a la remisión que hace a «las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar», cuyo incumplimiento daría lugar al ejercicio de la acción negatoria en su vertiente preventiva pura o aplicación del art. 49 TRLS08. En consecuencia, no se ha producido un incumplimiento del art. 590 C.c., pues según el tribunal ni existe normativa o usos, ni se ha presentado dictamen y, ante la falta de daño y por lo tanto de inmisiones que se antojen intolerables, resulta inadecuado suplir estas deficiencias procesales exigiendo en vía civil una competencia que correspondería al ámbito administrativo como es la solicitud de que la Comisión Provincial de Servicios señale el lugar adecuado donde haya de emplazarse la actividad. No habrá, pues, en este caso, pugna entre lo que se considera una actividad lícita desde el punto de vista administrativo, y los intereses de los propietarios, reconduciéndose su solución a través del equilibrio de los derechos afectados que, en este caso, resultan de parte del demandado, al no producirse inmisiones perjudiciales ni incumplirse la normativa administrativa.

DÍAZ FUENTES⁸⁸⁰ dice que la solución judicial anterior cambiaría en el caso de que hubieran existido usos de buena vecindad, cosa que la sentencia ni despeja ni contradice, pues «no quedarían éstos excluidos de la aplicación en la jurisdicción civil, porque el ámbito de los usos y costumbres está en cobertura ordinaria del ordenamiento civil y en el marco de los art. 1.3, 2º párrafo, 1104 y 1287 CC». Hay que entender que a lo que se refiere el autor es que ante la inexistencia y/o falta de prueba de una infracción de los reglamentos, así como cuando no se ha producido daño ni se han acreditado inmisiones intolerables que prevean su producción, el demandante sólo puede “agarrarse”, en sede judicial civil, a la existencia de usos del lugar o costumbre local que establezca el contenido del ejercicio del derecho de propiedad. En definitiva, si existe daño producido por inmisiones, la competencia es absoluta, con independencia del cumplimiento de la normativa reglamentaria y de los usos del lugar si las inmisiones son intolerables, pues el daño o bien se presupone por no cumplir con lo reglamentado, por adolecer de suficiencia o deficiencia los medios empleados, o simplemente por la existencia de una inmisión excesiva. Si no existe daño grave o las inmisiones se ajustan al nivel de tolerancia y se han cumplido las normas reglamentarias, los jueces civiles, en principio, carecerán de competencia para conocer del asunto.

1908 del Código Civil, ya que su conjugación requiere imprescindiblemente la constatación de los mismos, pues en caso contrario habría que especular como hace el motivo haciendo supuesto de la cuestión, partiendo de su existencia, lo que está proscrito en casación».

⁸⁷⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 578. Según el autor, si el actor hubiese podido demostrar los daños producidos por inmisiones conocidas *ex art.* art. 1908.2 C.c., y si el TS hubiese comprobado la insuficiencia de las medidas administrativas para evitar los mismos, la propia Sala Primera habría estado facultada para ordenar el cese de la actividad, aunque hubiese cumplido la normativa de aplicación.

⁸⁸⁰ DÍAZ FUENTES, A.: *op. cit.*, pp. 687-688. Si bien el autor reconoce que «la jurisprudencia se encaminó hacia la utilización también de los textos administrativos como auxiliares de la jurisdicción civil», citando a la STS 12.12.1980 (RJ 1908, 4747).

3) Tutela reparadora y de evitación de inmisiones *ex art. 1908.2 C.c.*

A) *Responsabilidad por inmisiones que exceden del uso ordinario de la propiedad y resultan nocivas a las personas y propiedades vecinas.*

No todo daño causado por inmisiones genera responsabilidad, ya que depende de que la inmisión sea excesiva en virtud de los arts. 7.2 y 590 C.c.⁸⁸¹ o del art. 1908.2 C.c., pudiendo predicarse de la actividad, de los efectos o de ambos⁸⁸². En mi opinión, hay que estar al art. 1908.2 C.c. y centrarse especialmente en los efectos.

En cuanto a la actividad, se admitirán como tolerables todas aquellas inmisiones que derivan de un uso normal. La teoría de la *immissio* se adaptó a la *iniuria ex Lege Aquilia* (responsabilidad extracontractual por daño antijurídico) cuando se inmitan humos excesivos⁸⁸³, lo que se puede derivar del daño grave que, entre otras cuestiones, analiza la intensidad y alcance de la inmisión. No significa que sólo sea responsable de los humos excesivos cuando sean perjudiciales, sino también que responde de los daños causados por humos que, precisamente por su exceso -carácter anormal o extralimitado, resultan nocivos a las personas o a las propiedades. ALONSO PÉREZ sitúa el significado del art. 1908.2 C.c. en el *Licet inmittere fumum non gravem* (Pomponio D. 8,5,8,6)⁸⁸⁴, en virtud del cual se admitían como tolerables todas aquellas inmisiones que derivaban de un uso normal del fondo, como es el humo poco espeso procedente de un fogón. Según el autor, éste es el germen de las limitaciones del dominio por razón de vecindad y en ella se apoya gran parte la doctrina de la tolerancia de aquellas inmisiones derivadas del uso normal de la propiedad, en cuanto consecuencias del goce adecuado y ordinario del fondo de conformidad con su naturaleza.

En cambio, la mayoría de autores proponen una lectura del término “excesividad” del art. 1908.2 C.c. basándose tanto en el uso como en las consecuencias. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ dice que el término “excesivo” reúne dos notas que caracterizan la tutela frente al daño ambiental: «primero la causa, esto es, que se trate de humos excesivos [...], computable por el término medio consuetudinario y, sobre todo, por la producción del daño; y en segundo lugar, el ingrediente del daño derivado de la nocividad o perjuicio tanto para la persona como para su propiedad»⁸⁸⁵. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ argumenta que serán indemnizables los daños en las relaciones de vecindad «cuando se sobrepasan determinados niveles, bien porque la inmisión exceda de la que sería consecuencia de un uso normal de bienes o bien porque se sobrepase aquello que sea normalmente tolerable por la generalidad, según las circunstancias de tiempo y de lugar»⁸⁸⁶. CABANILLAS SÁNCHEZ dice que del texto del artículo 1908.2º se infiere la prohibición de las inmisiones que exceden del uso ordinario de la propiedad», si bien añade el criterio de la normal tolerabilidad cuando dice que el perjudicado «no podrá ejercitar actos que generen inmisiones perturbadoras por encima de la tolerancia normal, teniendo en cuenta el uso del lugar y las reglas de equidad»⁸⁸⁷.

⁸⁸¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 163.

⁸⁸² DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 137.

⁸⁸³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1908 del Código Civil”, en *Comentario al Código Civil, Libro IV, De las obligaciones y contratos (Art. 1.903 al 1.976)*, Sierra Gil De La Cuesta, I. [Coord.], p. 153.

⁸⁸⁴ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, *op. cit.*, pp. 4791-4792.

⁸⁸⁵ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “El medio ambiente y el Derecho civil. Homenaje al profesor Luís Díez-Picazo”, *Actualidad administrativa*, Tomo II, Ed. Civitas, 2003, p. 547.

⁸⁸⁶ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, pp. 2163-2164.

⁸⁸⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 63.

En mi opinión, las posibles pretensiones del perjudicado en materia de inmisiones *ex art.* 1908.2 C.c. podrían ser las siguientes: a) declarar la responsabilidad civil por humos excesivos nocivos a las personas o a las propiedades, siempre y cuando éstos tengan vinculación estable con el fundo que recibe la invasión; b) adoptar las medidas correctoras necesarias para evitar ulteriores daños, tanto en su vertiente de cesación (reduciendo las inmisiones a la normal tolerancia) como de abstención, lo que se ha denominado “tutela inhibitoria atípica”⁸⁸⁸, entendiéndose que la adopción de estas medidas técnicas es consecuencia de la producción de una invasión excesiva que causa daño a otro y se reconduce al mecanismo de la responsabilidad civil⁸⁸⁹; c) se suele vincular cada vez más con la protección al medio ambiente *ex art.* 45 CE⁸⁹⁰.

B) La doctrina del riesgo basado en la invasión excesiva y nociva.

Un sector doctrinal parece vincular la responsabilidad por riesgo en el hecho de que la invasión resulta excesiva y se causa por actividades peligrosas, argumentando que el *art.* 1908 2º C.c. recoge un supuesto de responsabilidad de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado⁸⁹¹, al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades». Otro sector doctrinal, en mi opinión, parece mezclar dos posibles causas de antijuridicidad del daño absolutamente distintas: el acto excesivo y la conducta culpable (si bien objetivada) o por riesgo. De aceptar esta doctrina –mayoritaria por otro lado– podría traer como consecuencia el abandono de todo el régimen específico relativo a las inmisiones y la reconducción del *art.* 1908.2 C.c. a la responsabilidad por riesgo⁸⁹². Si se quisiera atribuir el riesgo como factor de atribución subjetiva de la responsabilidad por inmisiones no sería necesario que ésta se fundamentara en la excesividad de la invasión, sino en el riesgo caracterizado por la potencialidad de producción de daños derivados de una actividad peligrosa. Por ello, creo que el término “invasión excesiva” y responsabilidad riesgo son entidades jurídicas distintas.

⁸⁸⁸ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 23. ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, pp. 411-412.

⁸⁸⁹ ALGARRA PRATS, E.: “Comentario a la STS de 7 de abril 1997”, *op. cit.*, p. 854. SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 16.1. 1989 (RJ 1989, 101), etc.

⁸⁹⁰ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad por daños causados por animales y cosas”, en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones (AA.VV. Martínez De Aguirre Aldaz, C.; De Pablo Contreras, P.; Pérez Álvarez, M.A.; Parra Lucán, M^a. A.)*, Ed. Colex, Madrid 2011, p. 946. En la jurisprudencia, por todas la STS 24.1.2004 (RJ 2004,153).

⁸⁹¹ ACUM MALDONADO, C. y PARRA SEPÚLVEDA, D.: “Algunas consideraciones sobre inmisiones y Responsabilidad Civil de la Industria: a propósito de la STS 12 junio de 2008”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, Nº 9, 2010, p. 27. ALGARRA PRATS, E.: “Comentario a la STS de 7 de abril de 1997”, *op. cit.*, pp. 847 y ss.; *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 302 y 452. BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 228. ÁLVAREZ LATA, N.: “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, pp. 102-103; “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 806. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 167. CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.*, p. 634. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 149. DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *op. cit.*, p. 350. DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 208, 215-216; “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 81. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 36-37. EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 392. HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 26. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 257, 260. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, pp. 96-97. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 332, 339. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 19. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 26. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 241. NAVARRO MENDIZÁBAL I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 234. ROCA TRIAS, E.: *op. cit.*, p. 315. RUIZ JIMÉNEZ, J., TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *op. cit.*, p. 1830. SANTOS MORÓN, M^a J.: *op. cit.*, p. 3021. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Civil Anotado*, Dijusa, Madrid 2007, p. 1660.

⁸⁹² HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 73.

En mi opinión, y como se ha avanzado anteriormente, la responsabilidad por riesgo puede dar lugar en casos de inmisiones cuando un escape desconocido por el operador (normalmente aislado) produzcan un daño (personal o patrimonial) en relación con el uso y disfrute de inmueble. La ventaja de aplicar el art. 1908.2 C.c. frente a la responsabilidad genérica del 1902 C.c. es la evitación de la aplicación de los expedientes objetivadores de la inversión de la carga de la prueba y del aumento de la diligencia exigible, acercándolo a una responsabilidad que exige prácticamente la relación causal entre el acto y el daño. No obstante, la posibilidad de aplicar el art. 1908.2 C.c. a la responsabilidad objetiva en función del riesgo creado por actividades peligrosas a todo tipo de daños civiles por contaminación no es tan sencilla desde el punto de vista de la sistemática jurídica. Por una parte, podría “devaluar” el análisis de excesividad de la inmisión, ya que los propietarios perjudicados preferirían acudir en todo caso a la responsabilidad por riesgo -que supuestamente se estableciera en este artículo- y no a los alambicados criterios del análisis de la gravedad del daño por parte del demandante y de la utilidad de la conducta por parte del demandante.

C) Aplicación analógica y actualizada.

El art. 1908.2 C.c. se redactó en un momento que desde el punto de vista socio-económico, y sobretodo tecnológico, se ubicaba en una sociedad agraria o, como mucho incipientemente industrial, por lo que ha necesitado de adaptación a cada momento histórico y a cada lugar. En la actualidad, la existencia de grandes industrias y el crecimiento de grandes áreas metropolitanas hace que el régimen jurídico de las inmisiones tenga que adaptarse a los nuevos tiempos y lugares.

La mayoría de la doctrina hace una aplicación extensiva y actualizada del art. 1908.2 C.c. se puede hacer desde varios puntos de vista:

1) La referencia a “humos” puede ampliarse a todo tipo de inmisiones indirectas⁸⁹³; se trata de un supuesto *ad exemplum*, por lo que tiene alcance general⁸⁹⁴. Por lo tanto, podrían tener cabida todo tipo de inmisiones: humos, gases, olores, vertidos, ruidos, vibraciones, ondas electromagnéticas, etc. Se eliminan aquellas invasiones producidas de forma directa, en las que se necesita la intervención del hombre para su “traslado” desde el fundo inmitente al inmitido.

2) En materia de invasiones provocadas por un escape no conocido podría aplicarse al establecimiento de toda clase de industrias peligrosas o nocivas o a instalaciones o construcciones⁸⁹⁵ que ofrezcan algún riesgo para las personas o propiedades (criterio del riesgo)⁸⁹⁶. En materia de inmisiones entiendo que no es necesario que éstas provengan de instalaciones peligrosas, lo que sirve para entenderlo de aplicación a todas las agresiones ambientales⁸⁹⁷. Ídem respecto del art. 1908.4 C.c.⁸⁹⁸. No obstante, si se aplica este artículo como la otra cara de la moneda del art. 590 C.c. sí podríamos ceñirlo a las inmisiones provocadas por actividades peligrosas.

⁸⁹³ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 230-236. SANZ SALLA, C.O.: *op. cit.*, p. 279.

⁸⁹⁴ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁹⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, p. 32. Según el autor, la cita de los cuatro casos del art. 1908 está hecha *demonstrationis causa*.

⁸⁹⁶ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 35. MARTÍNEZ PEREDA, J. M.: *op. cit.*, p. 1002. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, pp. 2162.

⁸⁹⁷ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: *Derecho Civil II*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, p. 525. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *loc. cit.* GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 231-232.

⁸⁹⁸ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 154.

3) La expresión “propietarios” se aplica a todo aquel que en virtud de cualquier título explote el negocio en cuestión (empresario)⁸⁹⁹, sea propietario o simplemente arrendatario del local donde la actividad se lleva a cabo⁹⁰⁰.

4) La responsabilidad del agente se amplía con respecto al art. 590 C.c. por cuanto respondería aún cumpliendo con la normativa reguladora. Algún autor dice que si se han cumplido las normas a las que remite el art. 590 C.c. habrá que estar a los supuestos de culpa del art. 1902 C.c.⁹⁰¹, por cuanto el incumplimiento de las obligaciones del art. 590 C.c. podrían significar una negligencia por el mero hecho de este incumplimiento, siendo además bastante difícil que, en cumplimiento del art. 590 C.c. se pueda actuar sobre el art. 1902 C.c. Por otro lado, no existe acuerdo a la hora de precisar las consecuencias en el caso de que se incumplan las mismas. Si bien un sector doctrinal se remite a la consecuencia de la conducta culposa, en mi opinión en materia de inmisiones dicho incumplimiento no tiene por que implicar una responsabilidad por culpa, sino que el uso de la actividad no se ajusta a la normalidad.

5) Las inmisiones pueden causar daños a la salud y daños morales cuando se ocasionen molestias y se lesione el derecho de goce y disfrute de la propiedad⁹⁰², lo que permite la incorporación de los valores de protección de la persona proclamados en la Constitución, como el derecho a la vida, a la intimidad, etc.⁹⁰³.

6) No es necesaria la “nocividad” (daño) de la inmisión excesiva, sino que es suficiente cualquier molestias o que pueda causar daños⁹⁰⁴.

7) No se precisa colindancia entre el agresor y el agredido, pues éste, puede ser cualquier tercero afectado⁹⁰⁵. La vecindad que se predica es entre vecinos, delimitada por el área de influencia de las inmisiones.

MARTÍN CASALS⁹⁰⁶ ha criticado que se hace una generalización quizá excesiva y poco justificada del art. 1908.2 C.c., ya que la responsabilidad alcanza a cualquier tipo de inmisiones, siempre que sean intolerables. De ser así, dice el autor, no sería necesario que el TS recurriese a los expedientes técnicos por los cuales se aproxima a una responsabilidad objetiva. Bastaría, entonces, la extensión de la responsabilidad legalmente prevista a otros supuestos análogos, previa verificación de una identidad de razón entre ambos, lo que daría lugar a la ampliación del alcance de la responsabilidad objetiva por analogía, lo que podría provocar inseguridad jurídica, especialmente en lo relativo al aseguramiento de la responsabilidad civil, y además, podría provocar incongruencias con la protección de la salud de las personas que se regulan a través de la regla general de responsabilidad por culpa del art. 1902 C.c.

⁸⁹⁹ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: *loc. cit.* RUDA GONZÁLEZ, A.: “En tierra de nadie...”, *op. cit.*, p. 44. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *op. cit.*, p. 350.

⁹⁰⁰ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, pp. 2162; *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁹⁰¹ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 426.

⁹⁰² CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, p. 16. GUIDO VILLEGAS, S.: *op. cit.*, p. 20.

⁹⁰³ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 97.

⁹⁰⁴ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, pp. 236 y 239.

⁹⁰⁵ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “El medio ambiente y el Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 546.

⁹⁰⁶ MARTÍN CASALS, M.: “Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N^o 2, 2005, p. 17.

II) Regulación de otros daños civiles por contaminación.

1) Causados con intención o abuso de derecho (art. 7.2 C.c.).

Los daños civiles por contaminación pueden ser producidos por dolo o abuso de derecho. En España, el art. 7.2 C.c. regula esta posibilidad:

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

La jurisprudencia francesa subsumió los actos emulativos en los actos abusivos a partir de la segunda mitad del Siglo XIX, al margen de que existiera o no relación vecinal, a pesar de que éstas se centran en los titulares de derechos reales que pueden verse afectados por inmisiones molestas, nocivas y altamente peligrosas⁹⁰⁷. Asimismo, se fue abandonando el criterio del *animus nocendi* hacia criterios que tienen en cuenta valores de solidaridad⁹⁰⁸ (criterio objetivo). Se incluyó la figura del abuso del derecho dentro de los márgenes de la figura de la responsabilidad civil, intentando configurar de esta manera la función del abuso del derecho “como acto lícito excesivo o extralimitado”, basándose en la regla general de la responsabilidad civil *ex art. 1382 C.c.* De esta forma, el acto que en principio sería lícito se convierte en ilícito (genéricamente o *sui géneris*) a través de una actuación antisocial que contraviene un deber genérico de no dañar el interés ajeno en base a los principios generales del derecho (buena fe, buenas costumbres o prohibición del abuso de los derechos).

En otros países, los artículos equivalentes al art. 7.2 C.c. son: el § 226 BGB⁹⁰⁹ alemán, si bien la prohibición del abuso de derecho se aplica solamente en los casos en que la finalidad de perjudicar sea única⁹¹⁰; art. 833 C.c. italiano⁹¹¹; art. 2 ZGB suizo⁹¹²; art. 840 C.c. mexicano⁹¹³, etc.

2) Responsabilidad basada en la culpa o negligencia.

A) Responsabilidad por culpa o negligencia ex art. 1902 C.c.

En mi opinión, el art. 1902 C.c. será de aplicación en materia de daños tradicionales por contaminación, en los siguientes supuestos de hecho:

1) Daños tradicionales que no tengan que ver con la invasión en el uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria, causados por un escape no conocido por el operador. Si fueran causados por un hecho conocido y aceptado por el operador pasará directamente a considerarse un supuesto de dolo y se aplicaría el art. 7.2 C.c.

2) Daños ocasionados en el uso y disfrute de la propiedad ocasionados por un escape desconocido y culpable del operador de una actividad no peligrosa.

⁹⁰⁷ ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 394.

⁹⁰⁸ JOSSERAND, L.: *op. cit.*, pp. 22 y ss.

⁹⁰⁹ § 226 BGB alemán: «El ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando sólo puede tener por fin causar daño a otro».

⁹¹⁰ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 118

⁹¹¹ Art. 833 C.c. italiano: «El propietario no puede realizar actos que no tengan otra finalidad que la de perjudicar o producir molestias a otro».

⁹¹² Art. 2 ZGB suizo: «cada cual está obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley».

⁹¹³ Art. 840 C.c. mexicano: «No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no de otro resultado que causar perjuicios para evitar todo daño a este predio».

No está de acuerdo la doctrina a la hora de aplicar el art. 1902 C.c. en materia de daños civiles por contaminación. Para algún autor será de aplicación cuando los daños ambientales no sean constitutivos de delito o infracción administrativa, o no entran dentro del ámbito de la LRM⁹¹⁴. En parecido sentido, otros autores se suelen incluir las inmisiones en las relaciones de vecindad bajo la genérica regulación del art. 1902 C.c. como principio general de responsabilidad extracontractual que es aplicable a los casos más variados de acciones y omisiones culposas que dañan a otro, especialmente cuando se hayan violado los reglamentos o autorizaciones administrativas⁹¹⁵.

En mi opinión, las soluciones doctrinales anteriores confunden, por una parte, los intereses invadidos, y, por otra, el grado de conocimiento de la emisión o desconocimiento del escape por parte del operador causante del daño. Creo que el art. 1908.2 C.c. tiene la ventaja de que se puede aplicar en materia de inmisiones mediante una responsabilidad objetiva por el mero hecho de causar un daño (nocividad) a través de una inmisión excesiva, normalmente basada en el análisis de los efectos de la misma en el fundo inmitido, y sin atender al cumplimiento del operador de la normativa administrativa de aplicación o de su adecuación al uso normal de la actividad, lo que facilita enormemente la prueba por el perjudicado. Si el escape es desconocido y la actividad peligrosa sí será de aplicación la responsabilidad cuasi objetiva con base a una interpretación jurisprudencial “generosa” del art. 1902 C.c.

También es de aplicación el art. 1902 C.c. a los supuestos de daños civiles por contaminación desconocida producida en *bienes medioambientales con condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular*. Por ejemplo, algunas sentencias que fundamentan la responsabilidad en el art. 1902 C.c. corresponden a supuestos de existencia de daño ambiental (piscifactorías, vertidos, movimientos de tierras, etc.), es decir, situaciones de daño a los intereses privados, pero a su vez con incidencia ambiental sobre el equilibrio natural o paisajístico de la zona⁹¹⁶. No obstante, este tipo de daños también pueden regularse mediante la aplicación de los instrumentos previstos en la LRM, con la ventaja de que la misma goza de responsabilidad objetiva para determinadas actividades y de que se establecen mecanismos de garantía (generalmente seguros) que cubren el coste de la reparación ambiental.

⁹¹⁴ GUIDO VILLEGAS, S.: *op. cit.*, p. 17. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 89. Para la autora, el art. 1902 C.c. «supone el principio general en la materia». CAMPINS ERITJA (y otros), *Environmental Law in Spain*, Ed. Wolters Kluwer, Holanda 2011, p. 221.

⁹¹⁵ CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.*, p. 639. Según este autor, en el caso de que se hayan violado los reglamentos o autorizaciones administrativas la acción más conveniente es la del art. 1902 C.c. por cuanto habrá culpa por parte del agente, haciendo innecesario acudir a la teoría de las relaciones de vecindad para obtener reparación. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, p. 904. Según el autor, sería más fácil la invocación del art. 1902 C.c. en los supuestos de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de la normativa administrativa, sin que sea necesario acudir a la responsabilidad objetivada del 1908.2. Por ejemplo, podría suceder que la actividad que desarrolle actividades nocivas o peligrosas, esté en funcionamiento sin la preceptiva licencia, o que contando con la misma, no cumple con las condiciones allí estipuladas. «De este modo, si consiguiésemos acreditar, pongamos por caso, que una planta de este tipo carece de las referidas medidas de protección, ello supondría, a mi entender, tener ya probada la falta de diligencia de dicha entidad».

⁹¹⁶ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 566, 568. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 338-339. Según el autor, se producen por los tribunales «pronunciamientos dispares en su fundamentación jurídica y, frecuentemente, no siempre acomodables a los supuestos de inmisiones vecinales en sentido estricto [...]. Más bien responden a la otra gran categoría: el daño ambiental». En la jurisprudencia, encontramos que la mayoría de supuestos de daños tradicionales por contaminación producidos a piscifactorías se dilucidan al amparo del art. 1902 Cc. si bien no debemos desconocer que se trata de supuestos en los que se ha actuado con verdadera culpa extracontractual».

En el Derecho privado alemán la norma general básica sobre responsabilidad civil extracontractual es el § 823 BGB⁹¹⁷, sean por inmisiones o no⁹¹⁸, si bien, cuando el daño a la propiedad sea ocasionado por inmisiones, la ilicitud vendrá dada por el §906 BGB. En mi opinión, habrá que tener en cuenta: 1) si las inmisiones afectan el uso y disfrute de la propiedad se aplicará el § 823 I BGB, debiendo diferenciar: 1.1) si la inmisión se produce por una conducta no ajustada al uso normal de la propiedad, la antijuridicidad se determinará por las reglas especiales del § 906 BGB, de la cual se presumirá la culpa. 1.2) Si la conducta dañosa es lícita (tolerable) habrá que acudir al § 906 II BGB para exigir una compensación económica. 2) Si se producen daños a otros intereses más allá de la propiedad, o las invasiones tienen causa desconocida por el operador, la responsabilidad se dará por una conducta culposa y antijurídica del § 823 I BGB, o por la vulneración de una norma de protección, *ex* § 823 II BGB.

En Italia, la responsabilidad civil por contaminación se fundamenta en el art. 2043 C.c. y se determina por el hecho ilícito que recae sobre el que con dolo o culpa lesiona un derecho de otra persona o una disposición legal destinada a proteger intereses ajenos⁹¹⁹. Según ALVINO, cuando la inmisión se produce mediante un uso anormal del derecho y produce un daño grave o extraño a cualquier exigencia, constituye una expresión injustificada del derecho de propiedad sobre un fundo vecino. Igualmente dice que con base en aquél artículo puede ser solicitada por el perjudicado la eliminación (o reducción) de la inmisión⁹²⁰. En mi opinión, el art. 2043 C.c. no es de aplicación en materia de inmisiones, sino el art. 943 2º C.c. (acción negatoria).

En Francia, algunos autores fundamentan la responsabilidad por *troubles de voisinage* en la culpa, dolo, negligencia o como resultado de la explotación de un fundo (por dolo o negligencia), pero sólo si el daño excede la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad⁹²¹. CABALLERO dice que puede haber *nuisance* por culpa en «la violación de una regla precisa preexistente o aquella de un deber general de abstención. La violación de una regla precisada preexistente oponiéndose a la producción de nuisances debería jugar en la materia un rol considerable pues, como se ha visto, los reglamentos de policía ecológica tienen un campo de aplicación cada vez más extendido. Toda infracción al orden público ecológico constituye una falta, y estas infracciones siendo muy frecuentes, deberían encontrar numerosas decisiones condenando también los causantes de troubles hacia sus vecinos. Sin embargo, solamente las infracciones de las reglas de urbanismo son objeto de un importante contencioso»⁹²².

⁹¹⁷ § 823 BGB: «I. Quien dolosa o negligentemente de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto. II. La misma obligación incumbe a aquel que infrinja una norma que tenga como objeto la protección de otro. Si, de acuerdo con las disposiciones de la norma, la infracción de ésta es posible sin culpa, la obligación de indemnizar sólo aparece en caso de culpa». DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 59-61. Según el autor (pp. 60-61) «El § 823 BGB es la normativa básica sobre responsabilidad civil en el Derecho alemán. En cuanto tal, y específicamente en cuanto protege expresamente la propiedad y la salud, sirve de base para poder exigir responsabilidad civil por daños al medio ambiente». GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 126-127. LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 346-347. Según la autora, esta norma es similar al (“breach of duty of care”) y este incumplimiento es causado por negligencia, siendo el estándar el de un “razonable operador”.

⁹¹⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op.cit.*, pp. 65 y 77.

⁹¹⁹ Art. 2043 C.c. italiano: «Cualquier acto doloso o culposos que ocasione a otro un daño injusto, obliga al que ha cometido el acto a resarcir el daño».

⁹²⁰ ALVINO, E.: *op. cit.*, pp. 1367-1369.

⁹²¹ MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A.: *op. cit.*, pp. 686, 688,704.

⁹²² CABALLERO, F.: *op. cit.*, p. 192.

En EEUU se aplica la negligencia a los supuestos de inmisiones inintencionales, y exige que el demandado tenga un deber de cuidado; un incumplimiento del mismo; y una causa próxima entre la falta y el daño actual. La irracionalidad de la conducta se determina (§ 291 *RST*)⁹²³ relacionando la magnitud del riesgo (§ 293 *RST*)⁹²⁴ y la utilidad de la conducta (§ 292 *RST*)⁹²⁵ empleada. Se trata de hacer un balance similar al establecido en materia de *private nuisance intentional* cuando se determina si ésta es no razonable según las reglas de los §§ 826-830 *RST*. No obstante, en inmisiones inintencionales es el riesgo de daño el que hace la conducta no razonable. El test de negligencia incluye el concepto de gravedad del daño dentro del concepto de magnitud del riesgo (§ 293 *RST*, especialmente c) y d)), llevando un riesgo no razonable de una invasión no razonable de los intereses en el uso y disfrute del inmueble.

En mi opinión, el ordenamiento norteamericano, a través de los comentarios del *Restatement Second of Torts*, se llega a un grado de sistematización de los tipos de *private nuisance* verdaderamente notables, lo que podría servir para que nuestra doctrina y jurisprudencia pudieran adaptar dichos criterios.

B) Responsabilidad cuasi objetiva ex art. 1902 C.c.

El primer giro jurisprudencial de la culpa *ex art. 1902 C.c.* se produce hacia finales del siglo XIX y principios del XX, como consecuencia del desarrollo industrial⁹²⁶, lo que convierte a la indemnización como verdadero imperativo social» imponiéndose la necesidad de una mayor protección de la persona (principio *pro damnato* o del resarcimiento del daño)⁹²⁷. En esta época se hicieron palpables las limitaciones de la culpa debido a dos fenómenos: 1) La aparición de leyes que aplicaban una responsabilidad de carácter objetivo, de manera progresiva, en aquellos sectores de la actividad humana que más se caracterizan por su peligrosidad⁹²⁸, así como en la falta de equidad de que el perjudicado sea quien ha de soportar las consecuencias dañosas de tales situaciones⁹²⁹; y 2) la necesidad de llegar a la máxima protección de las víctimas de los daños, lo que trajo a una interpretación judicial flexible del art. 1902 C.c. En el fondo hay un principio de actuación culposa ya sea meramente social⁹³⁰.

⁹²³ § 291 *RST*: «Por regla general un acto que un hombre razonable reconocería que conlleva un riesgo de daño a otro, el riesgo es irracional y el acto es negligente si el riesgo es de tal magnitud que superan lo que la ley considera la utilidad de la ley o de la forma particular en el cual se hace».

⁹²⁴ § 293 *RST* «(a) El valor social que la ley atribuye a los intereses que están en peligro. (b) La posibilidad de que la conducta del actor causará una invasión en cualquier interés del otro o uno de la clase de la cual el otro es miembro. (c) La probabilidad de que el daño sea causado a los intereses en peligro. (d) El número de personas cuyos intereses son probables de ser invadidos si el riesgo se materializa en daño».

⁹²⁵ § 292 *RST* «(a) el valor social que ley atribuye al interés que está alcanzado o protegido por la conducta; (b) la posibilidad de que el interés será previsto o protegido por la particular conducta; (c) la posibilidad de que cada interés puede ser adecuadamente previsto o protegido por otra y menor peligrosa conducta».

⁹²⁶ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 451.

⁹²⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario al Artículo 1902 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil, Libro IV, De las obligaciones y contratos* (Arts. 1790 a 1902), Sierra Gil de la Cuesta, I [Coord.], pp. 338-339. Díez-PICAZO, L.: «La responsabilidad civil hoy», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 32, nº 4, 1979, pp. 731-732. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, p. 48. REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 191.

⁹²⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.: «Evolución de la responsabilidad civil de la empresa», en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dir.), Ed. Musini, Madrid 1994, p. 23.

⁹²⁹ REGLERO CAMPOS, L. F.: *op. cit.*, p. 248.

⁹³⁰ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 83.

La responsabilidad cuasi objetiva se fundamenta por la jurisprudencia del TS en la teoría del riesgo⁹³¹, la inversión de la carga de la prueba⁹³², incluso con una presunción absoluta de la culpa⁹³³, y en la exigencia de una mayor diligencia, más allá de la establecida reglamentariamente. Se produce una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social (art. 3.1 Cc.) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal ya que subsume en la causa del daño la existencia de culpa⁹³⁴, siendo cada vez mayores las semejanzas con los criterios de la responsabilidad objetiva⁹³⁵, cuando dice que la culpa:

«se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa («cuius est commodum eius est periculum»; «ubi emolumentum, ibi onus»), y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante para desvirtuarla, el cumplimiento de reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos»⁹³⁶.

La responsabilidad civil cuasi objetiva *ex art. 1902 C.c.* será aplicable a los DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador de actividades peligrosas. Esta solución aparentemente sencilla se complica al haber opiniones que entienden de aplicación el art. 1908.2 C.c. para todo tipo de DCC producidos por actividades de riesgo⁹³⁷, por cuanto esta afirmación entraña varios errores de precisión terminológica. En primer lugar, los DCC ocasionados por un escape no conocido por el operador pueden afectar a todo tipo de intereses. En segundo lugar, si bien es cierto que las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad pueden nacer de un hecho desconocido, y por lo tanto en cuanto a la negligencia o imprudencia se remiten a los expedientes típicos de la responsabilidad civil *ex art. 1902 C.c.*, lo cierto es que resulta “seductor” que, cuando sean producidos por actividades peligrosas, se acuda al art. 1908.2 C.c. basándose en el riesgo derivado de la peligrosidad de la actividad, evitando así acudir a los expedientes de inversión de la carga de la prueba o aumento de la diligencia típicos de la responsabilidad cuasi objetiva *ex art. 1902 C.c.* En cualquier caso, los resultados prácticos de aplicar una responsabilidad cuasiobjetiva u objetiva son prácticamente iguales, ya que los expedientes de objetivación lo acerca a una responsabilidad objetiva.

⁹³¹ REY HUIDOBRO, L. F.: “La responsabilidad por daños al medio ambiente y su personificación en la figura de los administradores de la sociedad”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid, 1997, pp. 101-102. En estos casos, el sujeto sabe de la existencia del peligro y de la posibilidad súbita de que se produzca el daño y aún así, sigue desempeñando su actividad.

⁹³² CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 176. Según el autor, se llega a una cuasi-objetivización de la responsabilidad, fundamentalmente a través de una inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad.

⁹³³ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 177.

⁹³⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 338-339. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, p. 48. GARCÍA Y VALLÉS, R.: *op. cit.*, p. 470.

⁹³⁵ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 228.

⁹³⁶ SSTS 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 7.4.1997 (RJ 1997, 2743).

⁹³⁷ SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, p. 283.

3) Responsabilidad objetiva por riesgo del art. 1908.2 C.c.

A) *El art. 1908.2 C.c. aplicable a las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad causadas por un escape desconocido por el operador.*

En ocasiones, un escape no conocido por el operador de una actividad anormalmente peligrosa invade los intereses en el uso y disfrute de la propiedad, en cuyo caso sería más acertado aplicar el art. 1908.2 C.c. en lugar del art. 1902 C.c.

En EEUU, los daños ocasionados por una invasión inintencional en el uso y disfrute de la propiedad proveniente de una actividad anormalmente peligrosa se determinarán a través de un balance de los factores en conflicto que se indican en los §§ 519-520 *RST* (“*absolute nuisance*”), pudiendo afectar a daños corporales o patrimoniales, y a bienes inmuebles y muebles. La regla *Rylans v. Fletcher* se reencarna en las *sections* 519 y 520 *RST* como principio de responsabilidad objetiva en este tipo de actividades, incluso si el demandado ha ejercido el máximo deber de cuidado en la prevención del daño. El fundamento de la responsabilidad se basa en que si el demandado ha llevado a cabo una actividad conscientemente del riesgo hacia otros, por su propio beneficio, deberá acarrear con la reparación del daño. Pero sólo será responsable de aquellos daños dentro del alcance del riesgo anormal. Si la utilidad de la actividad no justifica el riesgo, su continuación es una negligencia *per se*⁹³⁸.

B) *Responsabilidad por riesgo basada en la explotación de industrias peligrosas, con independencia del grado de conocimiento del operador.*

Un sector doctrinal suele vincular los DCC a los producidas por actividades industriales peligrosas *ex art. 1908.2 C.c.*⁹³⁹, con base a que se trata de una responsabilidad propia y directa del propietario que explota la fábrica y de cuyo funcionamiento se beneficia, con base a los principios «*cuius es commodum y ubi emolumentum, ibi onus*», aunque se hayan observado en el establecimiento de la industria las precauciones reglamentarias, pues aunque cuantitativamente las inmisiones emitidas hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, pueden haber sido cualitativamente nocivos y causar daños, lo que evidencia que las medidas preventivas adoptadas han sido insuficientes para evitarlos. Por ejemplo, CONDE ANTEQUERA afirma que el art. 1908 C.c. puede considerarse el principal fundamento legal para la exigencia de responsabilidad civil por daños causados por actividades o industrias contaminantes, sin perjuicio de la responsabilidad que, con carácter general, establece el art. 1902 C.c.⁹⁴⁰ En parecido sentido, ATIENZA NAVARRO establece que el art. 1908.2 C.c. «en la actualidad cabría generalizarlo a todos los casos en que cabe imputar el daño con base en el criterio del riesgo en su vertiente económica y también en el de creación de un peligro».⁹⁴¹ Según DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN «Siempre que una actividad industrial sea peligrosa o insalubre, la responsabilidad ha de producirse de acuerdo con los criterios más estrictos, en beneficio de la víctima, que presiden algunos de los preceptos citados (inmisión en la esfera ajena, infracción reglamentaria, etc.).

⁹³⁸ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 387-388.

⁹³⁹ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: *op. cit.*, p. 525. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 136. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *op. cit.*, pp. 350-351. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 97. ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *op. cit.*, p. 270. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Responsabilidad extracontractual. Emisión de productos contaminantes. Responsabilidad civil por inmisiones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 80, Nº 683, 2004, p. 1521.

⁹⁴⁰ CONDE ANTEQUERA, J.: *loc. cit.*

⁹⁴¹ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: *op. cit.*, p. 525.

Existen críticas a la hora de aplicar la teoría del riesgo como solución preventiva en materia de relaciones de vecindad. P.ej., GONZÁLEZ-ALEGRE opina que la teoría del riesgo no entra a conocer el límite en el ejercicio del propio derecho, sino solamente en la esfera sancionadora, al obligar a resarcir el daño causado⁹⁴². Existen dificultades en vincular la excesividad de la inmisión con el riesgo causado.

Creo que el art. 1908.2 regula la responsabilidad por daños producidos a personas o propiedades desde un establecimiento fijo, lo que podría acercarlo a un supuesto de responsabilidad por riesgo cuando se entienda que el mismo se aplica para daños ocasionados por actividades peligrosas. No obstante, el calificativo de “excesividad” del artículo, además de que no clarifica si es de aplicación únicamente a instalaciones o actividades peligrosas, puede acercarlo más a la materia de inmisiones vecinales con causa conocida y generalmente continuas. Sin perjuicio de ello, también es cierto que el término “excesivo” no está claro si se refiere a la inmisión o al DCC, o si es aplicable a daños producidos por hechos conocidos o desconocidos por parte del causante, o de aquellos que, siendo originariamente desconocidos, hayan sido conocidos más tarde por aquél debido a la continuidad de la actividad. Las dudas son notables, debido principalmente a la ambigüedad en la redacción del art. 1908.2 C.c.

Esta confusión reinante en el derecho civil español en materia de responsabilidad por riesgo en materia de daños civiles por contaminación no sucede en el ordenamiento italiano, por cuanto en éste se aplica el art. 2050 C.c. a daños ocasionados por actividades peligrosas, que establece una excepción al art. 2043 C.c. sobre responsabilidad aquiliana. Hay que ponerlo en relación con el art. 890 C.c. sobre distancias y obras de resguardo en relación a fábricas y depósitos nocivos o peligrosos, en el sentido que una de las condiciones reclamadas en el art. 2050 C.c. para excluir el resarcimiento del daño será el de contemplar la distancia prevista en aquél⁹⁴³. Por lo tanto, en este país sí existe un artículo concreto que recoja la responsabilidad civil por contaminación no conocida, a diferencia de lo que sucede en países del entorno, lo que puede ayudar a completar un ya de por sí completo régimen jurídico de los DCC.

En mi opinión, para poder aplicar la responsabilidad por riesgo a los daños civiles por contaminación *ex* art. 1908.2 se requiere que: 1) los daños deben haberse producido con causa desconocida, con independencia de que los efectos de la contaminación sean súbitos o graduales. Si el hecho contaminador es conocido por el operador habría que reconducirse a las inmisiones. 2) Actividad peligrosa, en el sentido de que produzca riesgo de daño grave o que la probabilidad de que el daño resulte de la actividad sea alto. El problema es que el artículo 1908.2 C.c. no excluye la posibilidad de que los daños sean ocasionados por actividades no peligrosas. Se podría pensar que, como la mayoría de supuestos del art. 590 C.c. se tratan de o industrias peligrosas, al ser el art. 1908.2 C.c. la otra cara de la moneda (en el ámbito del daño y no del preventivo) de aquél, se le tienen que aplicar los mismos supuestos de hecho. En mi opinión, ambos artículos pueden actuar conjuntamente pero también pueden hacerlo de forma separada. Creo que para que la ley debería explicitar los casos de responsabilidad por riesgo. 3) El hecho productor del daño ha de ser aleatorio (fortuito). El riesgo no debe poder evitarse con un razonable cuidado o haber incumplido las normas reguladoras de la actividad. En caso contrario se estaría en un caso de negligencia. 4) El daño debe producirse dentro del riesgo derivado de la actividad. Es decir, el daño debe estar dentro de los posibles daños que pueden causarse debido al riesgo.

⁹⁴² GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 148.

⁹⁴³ GALLINARI, A.: *op. cit.*, p. 293.

C) *Propuesta de separación del ámbito de aplicación de los arts. 1902 C.c.*

Existe confusión doctrinal en cuanto a si aplicar el art. 1902 o 1908 C.c. en la responsabilidad civil por contaminación⁹⁴⁴, resumida en las siguientes posturas: 1) Si lo que se trata es de reparar daños, el instrumento por excelencia es el art. 1902 C.c., sin olvidar que, cada vez más, la doctrina y la jurisprudencia construyen el Derecho de inmisiones (590-1908 C.c.), más específico en materia de medio ambiente⁹⁴⁵. 2) La ARCC se ha fundamentado en el art. 1908 C.c., invocando el art. 1902 C.c. a mayor abundamiento. 3) La consideración de que el daño resulta de haber omitido aquel que la tiene encomendada las medidas necesarias para evitarlo, explica que la jurisprudencia haya preferido el art. 1902 C.c.⁹⁴⁶. 4) Ante la ausencia de un marco legal, la generalidad en la redacción del art. 1902 C.c. y flexibilidad con la que ha sido aplicado por la jurisprudencia ha llevado a la aplicación del art. 1902 C.c. en lugar del 1908 C.c.⁹⁴⁷. 5) Abandono de la aplicación exclusiva de los preceptos dedicados a las inmisiones, dada la dificultad práctica que presentan a la hora de solucionar problemas medioambientales, para volcarse, en las normas que rigen la responsabilidad civil general⁹⁴⁸.

No obstante, un sector doctrinal sí ha pretendido delimitar ambos ámbitos de responsabilidad: 1) Para algunos, la acción se fundamenta en el art. 1902 C.c. cuando los daños son ocasionados por culpa⁹⁴⁹, lo que encuentra un acoplamiento más difícil en la responsabilidad por inmisiones en sentido estricto⁹⁵⁰. 2) Para otros, en función de los intereses afectados, se aplica el art. 1902 C.c. cuando se insta el resarcimiento por daño derivado de la lesión de un bien, salud, o derechos de la personalidad⁹⁵¹. 3) El art. 1902 C.c. supone un límite genérico a la libertad de actuación de las personas, mientras que el 1908 C.c. es un límite específico al ejercicio del derecho de propiedad. Éste regula un supuesto que responde a la responsabilidad objetiva derivada del daño ilícito (excesivo), mientras que el art. 1902 C.c. a una responsabilidad por culpa⁹⁵². 4) No parece correcto mezclar el art. 1902 con el 1908 C.c. por cuanto el primero recoge una responsabilidad basada en la culpa y el segundo un supuesto de responsabilidad objetiva⁹⁵³ o por riesgo aplicable a las actividades industriales contaminantes⁹⁵⁴.

⁹⁴⁴ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 180. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 6. RUIZ MARTÍNEZ, V.: *op. cit.*, p. 10.

⁹⁴⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 18.

⁹⁴⁶ GONZÁLEZ BARRIOS, I.: “Responsabilidad Civil Medioambiental: Responsabilidad por inmisiones contaminantes: Distinción entre el supuesto de hecho del art. 1903.4 y 1908.2 CC”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, N^o 6, 2007, p. 35.

⁹⁴⁷ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 66.

⁹⁴⁸ ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *op. cit.*, p. 364.

⁹⁴⁹ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 566, 568.

⁹⁵⁰ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 338-339.

⁹⁵¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por daños ambientales...”, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁵² AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁵³ GUIDO VILLEGAS, S.: *op. cit.*, p. 21. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *op. cit.*, pp. 780-783.

⁹⁵⁴ ALGARRA PRATS, E.: “Comentario a la STS de 7 de abril 1997”, *op. cit.*, p. 851. AMAT LLARÍ, M^a E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 83-84, 96. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, p. 897. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2162. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Responsabilidad extracontractual...”, *op. cit.*, p. 1521. El autor dispone que en la responsabilidad del art. 1902 «no nos parece exacto afirmar que por el solo hecho de que se produzca el daño hay culpa, cuando basta con apoyar la necesidad de reparación al amparo del artículo 1908 del Código Civil, que se aplica a las actividades industriales que recoge una responsabilidad objetiva por el hecho de producir un riesgo por emanaciones».

Según EVANGELIO LLORCA para aplicar el art. 1902 C.c. bastando que la invasión afecte otros intereses al margen del uso y disfrute de la propiedad⁹⁵⁵. En mi opinión, si se entiende el art. 1908.2 C.c. como un supuesto regulador específico de los daños provocados por invasiones que afectan el uso y disfrute de la propiedad, la interpretación anterior sería correcta. De optar por esta solución, habría que descartar la posibilidad de que el art. 1908.2 C.c. regulase casos de responsabilidad objetiva por razón del riesgo creado, por cuanto parecer obviar la peligrosidad de la actividad, así como si la invasión ha sido ocasionada en el ejercicio loable de la empresa.

La diferenciación más utilizada por la doctrina se ha basado en que si la actividad causante del daño incumple con lo previsto en la normativa administrativa a la que se remite el art. 590 C.c. se considerará negligente *ex art.* 1902 C.c., mientras que si tiene los permisos en regla y además cumple las medidas exigibles, se reconduce al art. 1908.2 C.c.⁹⁵⁶. Se da por hecho que, en materia de inmisiones, la actividad ha cumplido con las normas administrativas⁹⁵⁷. En mi opinión, este criterio no es útil para determinar el régimen jurídico aplicable, pero sí para: a) completar el análisis de la culpa *ex art.* 1902 C.c. si la norma establece una regla de conducta en las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad producidas por un escape desconocido; b) para determinar la posibilidad de que la inmisión excesiva era evitable.

En mi opinión, cuando se produzcan DCC, la responsabilidad por culpa o negligencia del art. 1902 C.c. será aplicable cuando el escape que los haya causado sea desconocido por el operador de una industria no peligrosa; si la actividad es peligrosa (o anormalmente peligrosa, al no distinguir nuestra doctrina y jurisprudencia), se aplicará la responsabilidad cuasi objetiva, aunque formalmente se invoque el art. 1902 C.c. o incluso el 1908.2 C.c., fundados ambos en el riesgo de la actividad⁹⁵⁸ (y, además, el art. 1908.2 C.c. cuando se afecte el uso y disfrute de la propiedad). Cuando se ocasionen DCC que afecten el uso y disfrute de la propiedad como consecuencia de una emisión conocida por el operador, con independencia del grado de peligrosidad de la actividad, se aplicará la inmisión excesiva y nociva del art. 1908.2 C.c.

No servirán como criterios diferenciadores, por ejemplo el criterio de la separabilidad del punto de origen y propagación a través del medio ambiente; la vecindad industrial, pues ésta viene determinada por el área de influencia de la contaminación; que la contaminación provenga como consecuencia del disfrute del fondo propio cuando los intereses afectados no tengan que ver con el uso y disfrute de la propiedad: por ejemplo, cuando una industria produce un daño a un vehículo aparcado en las inmediaciones de la industria por contaminación derivada de una emisión conocida por el operador. Finalmente, la permanencia y continuidad de la contaminación solamente será necesaria para ejercer la acción negatoria de inmisiones de cesación, debiendo recordar que el art. 1902 C.c. se aplicará preferentemente a daños civiles por contaminación repentina, en cuyo caso “poco” habrá que cesar. Sin perjuicio de que la evitación de ulteriores daños podrá intarse también en el art. 1902 y 1908.2 C.c.

⁹⁵⁵ EVANGELIO LLORCA, R.: “El perjuicio derivado de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 56. Por ejemplo, en el caso de existencia de humo de una fábrica que daña la pintura de un coche aparcado en el fondo vecino, donde habrá un problema de inmisiones en relaciones de vecindad si tal vehículo suele estar aparcado en ese sitio, porque pertenece a los dueños del inmueble o porque es un aparcamiento privado; si en cambio, pertenece a un amigo que, ocasionalmente, visita a los vecinos, estaremos ante un caso de responsabilidad extracontractual.

⁹⁵⁶ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, pp. 904 y 914-915.

⁹⁵⁷ ALGARRA PRATS, E.: “Comentario a la STS de 7 de abril 1997”, *op. cit.*, p. 851.

⁹⁵⁸ ACUM MALDONADO, C. y PARRA SEPÚLVEDA, D.: *op. cit.* p. 30.

En la presente tabla se pretenden reflejar los diferentes ámbitos de aplicación de los arts. 1902 C.c. (y 1908.2 C.c.):

Requisitos procesales	Otros daños civiles por contaminación ex art. 1.902 C.c.	Acción de responsabilidad civil por inmisiones ex art. 1.908.2 C.c.
Intereses afectados	Cualquier tipo de intereses, salvo cuando los daños afecten el uso y disfrute de la propiedad como consecuencia de una emisión conocida por el operador.	Cuando los daños afecten el uso y disfrute de la propiedad como consecuencia de una emisión conocida por el operador.
Causa de la invasión	No conocida (escape). Generalmente son aisladas.	Conocida por el operador (emisión), al producirse en el ejercicio loable de la empresa. Generalmente son continuas.
Antijuridicidad	En actividades no peligrosas, negligentes o imprudentes al no adoptar las medidas adecuadas para evitar el daño, o en la violación de normas positivas o del principio general del <i>alterum non laedere</i> . En actividades peligrosas, el riesgo derivado de la actividad.	Independientemente de la peligrosidad de la actividad, se determinará por la excesividad (y nocividad) de la inmisión, de acuerdo con las circunstancias del caso. A veces se ha aplicado la doctrina del riesgo para las actividades peligrosas.
Efectos de la normativa administrativa	Independencia como regla general, sobretodo si se trata de actividades peligrosas. En las no peligrosas, puede tener una incidencia mayor o incluso directa, presumiendo culposo el daño cuando se han incumplido las normas.	Independencia total, con la salvedad de que pueden ayudar a determinar el uso anormal de la actividad industrial.
Relación causal	Nexo causal: juicio de probabilidad cualificada y prueba de presunciones. Atribución objetiva: el criterio de la adecuación, libre apreciación del juez en cada caso.	
Atribución subjetiva de responsabilidad	Actividades no peligrosas: responsabilidad subjetiva. Actividades peligrosas: responsabilidad cuasi objetiva, con inversión de la carga de la prueba y aumento de la diligencia.	Responsabilidad sin culpa: inmisiones por excesivas y nocivas sean ocasionadas por actividades peligrosas o no. A veces se aplica a los daños causados por actividades peligrosas, basado en el riesgo.
Pretensiones posibles	Principal: indemnización. Si la contaminación y el daño es continuo, además, la evitación de daños futuros.	Indemnización y evitación de ulteriores daños. Podrá aplicarse, no obstante, la tutela inhibitoria a través de la acción negatoria de inmisiones.
Legitimación	Activa: perjudicado/víctima del daño. Pasiva: causante del daño (propietario de la industria/arrendatario)	Activa: propietario de la finca o titular de derecho real sobre la misma. Pasiva: ídem que en el 1902 C.c.
Prescripción	Regla general: 1 año desde el conocimiento del daño por el agraviado. Especialidades en el cómputo de la prescripción en el daño continuado.	

Tabla 7. Comparación entre la responsabilidad civil por inmisiones ex art. 1.908.2 C.c. y por otros daños civiles por contaminación ex art. 1902 C.c.

Capítulo 3. El art. 590 C.c. y la acción negatoria de inmisiones.

I) Régimen jurídico de la acción negatoria de inmisiones.

1) Aproximación a la figura de la acción negatoria.

A) Delimitación y ámbito de aplicación.

a) Concepto y ámbito de aplicación.

La acción negatoria de inmisiones tiene como objeto prevenir la producción de daños por inmisiones vecinales, mediante el ejercicio de las pretensiones de cesación y/o abstención. Es una pretensión de libertad de la propiedad⁹⁵⁹ inmobiliaria. El origen está en la *actio romana*, si bien hay que diferenciar la *actio negatoria* de la *reivindicatio*. Esta última pretendía la restitución de la posesión, mientras que la *actio negatoria* defiende el goce pacífico de la cosa frente a perturbaciones externas. La diferencia fundamental estriba en que toda privación de la posesión supone una molestia en el goce pacífico de la cosa, pero no a la inversa. La diferencia entre desposesión y perturbación en el goce no es meramente cuantitativa (de intensidad de molestia), sino también cualitativa (diferente tipo de molestia)⁹⁶⁰. Por lo tanto, ambas acciones son incompatibles si lo que se pretende es ejercitar la defensa frente a una misma agresión.

No existe en nuestro ordenamiento una regulación completa de la acción negatoria por cuanto las acciones de la tutela de la propiedad en el C.c. de 1889 estaban pensadas únicamente para resolver los conflictos posesorios y de linderos, dada la sociedad rural y preindustrial de la época. Con posterioridad, se invirtió la situación y se empezó a defender a ultranza al empresario, pasando a ser la acción negatoria un límite, un recorte sobre bienes jurídicos protegidos, no rentable ni atractiva para la actividad mercantil del momento, por lo que se prefirió la utilización de la acción de responsabilidad civil⁹⁶¹. Un factor clave en el desarrollo de la acción negatoria en su aplicación a las inmisiones perjudiciales lo constituye el hecho de que hoy en día haya adquirido gran relevancia la defensa de la sociedad frente al abuso industrial⁹⁶².

En la actualidad el concepto de la acción negatoria de inmisiones no es del todo preciso por lo que este vacío legal ha tenido que ser rellenado por la doctrina y la jurisprudencia⁹⁶³. Estoy de acuerdo con la definición de acción negatoria que hace el legislador catalán en el 544-4 1º del Código civil como aquella acción que «permite a los propietarios de una finca poner fin a las perturbaciones e inmisiones ilegítimas en su derecho que no consistan en la privación o el retención indebidas de la posesión, así como exigir que no se produzcan perturbaciones futuras y previsibles del mismo género». Para algunos autores, la acción negatoria sirve, además, para reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a dicha perturbación jurídica o material⁹⁶⁴.

⁹⁵⁹ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 605.

⁹⁶⁰ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 333.

⁹⁶¹ MARTÍN BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *La acción negatoria...* *cit.*, pp. 90-91. Hoy hablamos, según el autor, de ecología, medio ambiente, defensa del consumo, etc.; realidades que son signos manifiestos de la necesidad de reactivar la acción negatoria

⁹⁶² HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 171. Esto sucede, según el autor, desde el momento en que la sociedad ha dejado de estar dispuesta a consentir las inmisiones del sector servicios y del ocio, peor asumibles que las inmisiones de la industria y los transportes

⁹⁶³ MARTÍN BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *La acción negatoria*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 74.

⁹⁶⁴ GARRIDO MELERO, M.: *op. cit.*, p. 1597.

La acción negatoria permite cesar las inmisiones ilegítimas que presentes, sin necesidad de esperar a que la molestia o la amenaza se concrete en un daño real (acción de cesación) y/o a lograr que no se produzcan o se repitan en el futuro, si hay un peligro real de que ello ocurra (acción de abstención)⁹⁶⁵, constituyendo un importante instrumento al servicio de los particulares para la protección de su propio ambiente cuando la perturbación afecte a elementos de carácter patrimonial de su titularidad⁹⁶⁶, en virtud de título de propiedad o de cualquier otro derecho real limitativo de goce. Esta vinculación con los derechos reales conlleva que algunos autores prefieran evitar el término “acción negatoria” para referirse más concretamente a la acción de cesación y abstención de inmisiones, en la que no sería necesaria vinculación jurídica real al inmueble receptor⁹⁶⁷, bastando una relación de estabilidad con el mismo.

b) *Fundamentación jurídica.*

La acción negatoria no se encuentra expresamente regulada en el Código Civil, ni definida jurisprudencialmente, ya que se parte de la premisa de su indiscutible existencia⁹⁶⁸. Algunos autores han fundamentado la acción negatoria en la aplicación del art. 348 2º C.c.⁹⁶⁹, pues al no venir regulada irá dirigida al derecho de propiedad, eliminando cuantos actos materiales o jurídicos se realicen contra la afirmación del derecho o contra su efectividad práctica. También se ha sugerido la inclusión de un tercer párrafo en aras a aclarar dicha posibilidad y no tener que acudir a artículos específicos que regulan cuestiones de relaciones de vecindad a lo largo del código, entre los cuales se incluye el art. 590 C.c.⁹⁷⁰. Otro sector doctrinal⁹⁷¹ y jurisprudencial⁹⁷² mayoritario apuesta por la aplicación del art. 590 C.c. También hay quienes afirman que el art. 348 y el art. 590 C.c. son perfectamente compatibles⁹⁷³. Otros ven la posibilidad de aplicación del art. 590 C.c. sin perjuicio de que, en casos especiales, pueda aplicarse el 49 TRLS08⁹⁷⁴, el art. 45 de la Ley de Aguas, el art. 7 LPH⁹⁷⁵ o la Ley 367 del FNN⁹⁷⁶.

⁹⁶⁵ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 425. ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, op. cit., p. 1199. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., p. 85. ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, op. cit., p. 422. EGEA HERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., pp. 15 y 16. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, op. cit., pp. 123-128. MARTÍN VIDA, M^a.A.: op. cit., p. 5. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 29. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, op. cit., pp. 257-261 y 319-327. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, op. cit., p. 1827.

⁹⁶⁶ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, op. cit., pp. 278-280, 393-398.

⁹⁶⁷ MONESTIER MORALES, J.L.: op. cit., p. 7.

⁹⁶⁸ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: op. cit., p. 159.

⁹⁶⁹ JORI TOLOSA, J. L.: op. cit., p. 25. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria...*, op. cit., p. 9. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, op. cit., pp. 261-262. MARTÍN BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *La acción negatoria...*, op. cit., p. 40

⁹⁷⁰ MARTÍN BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *La acción negatoria...*, op. cit., p. 89.

⁹⁷¹ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, op. cit., p. 85. CAMPINS ERITJA (y otros), op. cit., p. 223. JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, op. cit., pp. 879-880. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., p. 315. El autor dispone que «Para aplicar la acción negatoria de inmisiones bastaría, en mi opinión, el art. 590 CC». MASFERRER DOMINGO, A.: op. cit., p. 1606. SALVADOR CODERCH, P. Y SANTDIUMERGE FARRÉ, J.: op. cit., p. 118.

⁹⁷² SAP Zamora 12.11.1994 (AC 1994, 1981), FD 2º.

⁹⁷³ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa jurídica...*, op. cit., p. 171. LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: op. cit., pp. 1068-1069.

⁹⁷⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, op. cit., p. 1198. MARTÍN BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: op. cit., p. 108.

⁹⁷⁵ LORANCA RUILÓPEZ, A.: op. cit., p. 535.

En mi opinión, el art. 49 TRL08 no sirve tanto para la fundamentación de la acción negatoria de inmisiones como para el ejercicio de la acción de demolición. Incluso, hay quien fundamenta la acción negatoria de inmisiones en los arts. 590 y 1908.2 y 4 C.c. y en la responsabilidad extracontractual del art. 1902 C.c.⁹⁷⁷. Creo que lo que el contenido literal del art. 590 C.c. permite es exigir el cumplimiento de lo preceptuado en las normas relativas a distancias y obras de resguardo, a lo que digan los usos locales y, en última instancia, al dictamen pericial, al objeto de prevenir la producción de daños en las inmisiones vecinales. No creo que dicho artículo fundamente la acción negatoria de inmisiones, sino, a lo sumo, las medidas necesarias y/o correctoras para evitar la producción de daños, sea en sede de acción negatoria o de responsabilidad civil. No se observa ningún precepto que pueda fundamentar la acción negatoria de inmisiones en su vertiente inhibitoria, pero no se debería cometer el error de residenciarlo en el art. 1908.2 C.c., por cuanto éste es un precepto claro de responsabilidad civil, a pesar de que determine la ilegitimidad de las inmisiones excesivas.

La acción negatoria en Cataluña se configura como un mecanismo de defensa de la propiedad y del goce pacífico de los inmuebles frente a las inmisiones, evitando acudir a la acción de responsabilidad extracontractual⁹⁷⁸. El régimen catalán sobre inmisiones es similar al construido doctrinalmente alrededor del art. 590 y el art. 1908 C.c.⁹⁷⁹, si bien ha sido el primer ordenamiento del territorio español que ha positivizado la acción negatoria con rango de ley, respondiendo a unas necesidades de defensa social, dentro de un marco institucional moderno⁹⁸⁰. Aquí se combina en un solo instrumento jurídico las medidas de cesación con pretensiones indemnizatorias de los daños producidos, si bien las reglas económicas del resarcimiento que se prevén en el supuesto de inmisiones sustanciales derivadas del uso normal según la costumbre local, como en las provenientes de instalaciones autorizadas, participan de una naturaleza distinta a la de la responsabilidad civil prevista de los arts. 1902 a 1908 C.c.⁹⁸¹. Esto es posible porque se tiene una visión más economicista de la propiedad que en el derecho civil español, que tiene un alcance absoluto, solamente limitado por la ley (art. 348 C.c.).

En Alemania, el § 1004 BGB recoge la acción negatoria (*Abwehrenspruch*) o pretensión de defensa⁹⁸². Corresponderá a todo propietario que se sienta lesionado en su propiedad sin haber perdido ésta ni su posesión, así como al que lo esté en copropiedad con él (§ 1011 BGB). Sirve para la defensa de la propiedad, de otros derechos absolutos y de otros bienes jurídicos. La legitimación pasiva corresponderá a aquél que haya originado la perturbación o no la haya impedido, pudiendo hacerlo. Esta acción podrá ser ejercitada en aquellos supuestos en los que no exista obligación de soportar o tolerar la inmisión, y concede al propietario la acción de cesación de las inmisiones y de abstención cuando sean de prever ulteriores perturbaciones⁹⁸³.

⁹⁷⁶ MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, p. 108.

⁹⁷⁷ NIETO ALONSO, A.: *op. cit.*, pp. 1615-1616.

⁹⁷⁸ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 555.

⁹⁷⁹ RUDA FERNÁNDEZ, A.: “Sentencia de 2 de noviembre de 2007”,... *op. cit.*, p. 1129.

⁹⁸⁰ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 121-122. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, p. 133.

⁹⁸¹ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, pp. 418-419. STSJ Cataluña de 19.3. 2001 (AR 1399, 2002).

⁹⁸² § 1004 BGB alemán: «Si la propiedad es entorpecida de cualquier otra forma que no sea privación o retención de la posesión, el propietario puede exigir del perturbador la cesación del entorpecimiento. Si son de temer ulteriores perturbaciones, el propietario puede entablar acción para la omisión».

⁹⁸³ JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, p. 227.

En Italia, la acción negatoria viene reflejada en el art. 949 C.c.⁹⁸⁴. Ésta responde a criterios clásicos (a diferencia del alemán), ya que se basa en la pretensión alegada por otro de tener un derecho sobre la cosa y no tanto en el acto perturbador, si bien la doctrina amplía este criterio acercando la acción negatoria al Derecho germano⁹⁸⁵. La protección de la propiedad de inmisiones dañosas, concedida por los arts. 949 y 844 C.c. hace surgir el derecho al resarcimiento del daño y a una declaración judicial que sanciona la ilegitimidad de la inmisión⁹⁸⁶. Dicho en otros términos, la inmisión molesta determina la aparición de dos acciones distintas: una real, dirigida a la eliminación de la causa del hecho lesivo, y otra, de naturaleza resarcitoria, dirigida a obtener la atribución de la indemnización⁹⁸⁷, no siendo necesario en este último supuesto fundamentarlo en la cláusula general de responsabilidad civil *ex art.* 2043 C.c.

En Francia no existe un régimen legal de la acción negatoria, por lo que dentro del concepto de *obligaciones ordinarias de vecindad* es habitual estudiar los conflictos vecinales dentro de la responsabilidad civil, incluyéndose la medida de cesación como efecto natural de la acción de responsabilidad civil.

En Bélgica existe una discusión doctrinal entorno a si la acción por inmisiones (*action for nuisance*) puede conllevar una pretensión de cesación (*injunction*), siendo la opinión de muchos autores afirmativa⁹⁸⁸. La *Cour de cassation (Hof van cassatie)* no ha tomado este punto de vista, pero en su lugar ha decidido que no es posible una completa interdicción de la actividad causada por la inmisión⁹⁸⁹, y este punto de vista es compatible, según HINTEREGGER, con el hecho de que solamente la inconveniencia excesiva es accionable bajo el derecho de inmisiones⁹⁹⁰.

En el Derecho anglosajón se desconoce la acción negatoria bajo los parámetros que se conocen en el Derecho civil español. Ahora bien, sí tiene carta de naturaleza y aplicación el llamado «*equitable remedy*» de la *injunction*, que el juez puede negar o conceder según su prudente criterio. La *private nuisance* responde a situaciones de reiterada perturbación (*trespass*). La *injunction* se trata de una acción de eliminación (o reducción) de la *nuisance*, sin necesidad de acudir a los Tribunales mediante acuerdo *inter partes*⁹⁹¹. Las molestias frente a las que se puede interponer la *nuisance* son las interferencias en el uso o disfrute de la tierra por inmisiones⁹⁹². Se ha criticado que la *injunction* no ha sido muy utilizada por los tribunales norteamericanos⁹⁹³, salvo algunas sentencias en las que se establece la justificación de esta acción con base a que, de lo contrario, equivaldría en la práctica afirmar el derecho de la industria, a cambio de una indemnización, a continuar perjudicando a sus vecinos⁹⁹⁴.

⁹⁸⁴ Art. 949 C.c. italiano: «[...] Si subsisten también perturbaciones o molestias el propietario puede pedir que se ordene la cesación, además de la condena al resarcimiento del daño».

⁹⁸⁵ MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, p. 149.

⁹⁸⁶ DE TILLA, M.: *op. cit.*, p. 1925.

⁹⁸⁷ PARDOLESI, R.: “Circolazione del fondo soggetto ad “immissioni industriali” e diritto all’indennizzo”, en *RTDPC*, 1978, pp. 395-396.

⁹⁸⁸ STIJNS, S., Y VUYE, H.: “Burenhinder”, en *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, V. Zakenrecht, Book iv, Kluwer, 2000, pp. 347-62. Citado por HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 89.

⁹⁸⁹ Cass. 14.12.1995, Pas. 1995, I, 1163.

⁹⁹⁰ HINTEREGGER, M.: *loc. cit.*

⁹⁹¹ MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, pp. 156-157.

⁹⁹² BRAZIER, M.: *The Law of Torts*, London 1988, p. 21.

⁹⁹³ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁹⁴ *Boomer v. Atlantic Cement Company Inc.* N. Y. 1970 del Juez Kansen.

c) *Finalidad de la acción negatoria.*

La acción negatoria corresponde tanto al propietario como al poseedor del bien inmueble contra todo tipo de perturbaciones no posesorias dirigidas contra su derecho⁹⁹⁵. No posesoria, por cuanto de lo contrario la acción a ejercer sería la de los antiguos interdictos⁹⁹⁶. Ilegítima, por cuanto sirve para impedir las inmisiones molestas y nocivas más allá de lo permitido por el criterio de la tolerancia normal⁹⁹⁷. La acción negatoria de inmisiones, en concreto, es la acción que permite dirigir el ocupante legal de un inmueble, con cierta relación de estabilidad, contra el productor de inmisiones que afectan al mismo, pudiéndole causar o causándole perjuicios que no se tiene el deber jurídico de soportar para que reduzca las inmisiones a los niveles de normal tolerancia o, en su defecto, para que cese en la actividad.

En términos generales, la finalidad de la acción negatoria es preventiva del daño, en contraposición con la responsabilidad civil, que actúa siempre cuando el daño se ha producido (ex post)⁹⁹⁸. Las pretensiones posibles son⁹⁹⁹:

1) tutela *preventiva pura*, para adoptar medidas precautorias que eviten la aparición de invasiones ilegítimas en el uso y disfrute de la propiedad, causando daños, basado en el temor inminente de los mismos. Esta pretensión se vincula más con los efectos del art. 590 C.c. y no tanto como acción negatoria de inmisiones

2) Tutela *inhibitoria de inmisiones*, para hacer cesar las inmisiones ilegítimas perjudiciales de su derecho (pretensión de cesación), así como para exigir que no se produzcan inmisiones futuras y previsibles del mismo género (pretensión de abstención)¹⁰⁰⁰, si bien el cese ha de entenderse prioritariamente referido a las propias inmisiones, a fin de suprimirlas y reconducirlas a los límites de tolerancia, mediante la adopción de las oportunas medidas correctoras, y sólo de manera residual, a la actividad que las genera, para el caso de no adoptarse las medidas precisas o revelarse su aplicación inoperante o incapaz de contenerlas (STSJ 3.5.2004 [RJ 2004, 3734])¹⁰⁰¹.

3) Tutela *reparatoria del daño*, consistente en la tutela resarcitoria propia de la responsabilidad civil. No obstante, la mayoría de autores excluye la función indemnizatoria¹⁰⁰², a diferencia del ordenamiento catalán.

⁹⁹⁵ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 455.

⁹⁹⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pp. 159-160.

⁹⁹⁷ LLAMAS POMBO, E.: “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, Ed, Thomson Civitas, Madrid 2003, p. 2221. MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 7.

⁹⁹⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 315.

⁹⁹⁹ ALONSO PÉREZ, M.: “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 423. AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 455.

¹⁰⁰⁰ AMAT LLARÍ, M^a E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 87, 93-94. Dice la autora que la acción de abstención es de utilidad cuando: 1) aún no se ha producido el daño; 2) aún no se ha iniciado la actividad, y 3) cuando el daño se ha producido, pero ha cesado. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, pp. 92-93.

¹⁰⁰¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 429-431. ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(II)”, *op. cit.*, p. 869; “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 1202. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 160. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 287-288. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 315.

¹⁰⁰² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 429-431. ÁLVAREZ LATA, N.: *loc. cit.* JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 883. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 315. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *loc. cit.* SALVADOR CODERCH, P. Y SANTDIUMERGE FARRÉ, J.: *op. cit.*, p. 122.

EGEA FERNÁNDEZ dice que mediante el uso de la acción negatoria de inmisiones, de carácter real, se pueden reclamar perjuicios que se producen en la esfera personal, como puedan ser los producidos a la integridad física y moral, siempre y cuando éstos se relacionen con el uso y disfrute de la propiedad y tengan una relación estable con la misma, pues la distinción entre intereses patrimoniales y personales para excluir estos últimos del posible ejercicio de una acción real sería arbitraria, ya que tutelando al vecino sólo respecto de las injerencias que afectan a la finca y no en relación a las que afectan a la persona, se estaría negando que el goce a la finca implica, de hecho, la relación de la persona con aquélla y la noción de propiedad no puede prescindir de dicho goce¹⁰⁰³. En mi opinión, esto es posible en ordenamientos donde está prevista la pretensión indemnizatoria dentro de la acción negatoria, así como que los daños cubran también los personales. En el C.c. español, a los daños personales sufridos por las personas que tengan una relación de ocupación estable y legal del inmueble que padece las inmisiones se les podrá aplicar el art. 1908.2 C.c., en lugar del 590 C.c.

En Cataluña, según el art. 544-4 1º C.c. la acción negatoria de inmisiones permite a los propietarios de una finca poner fin a las perturbaciones e inmisiones ilegítimas, así como exigir que no se produzcan perturbaciones futuras y previsibles del mismo género. Parece estar refiriéndose el legislador, respectivamente, a la acción de cesación de inmisiones presentes y a la abstención de otras futuras, si bien parece haber incluido ambas en una única pretensión de abstención (art. 544-6 2º C.c.). Finalmente, este artículo dice que, junto a la acción de cesación, puede reclamarse la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos. Por tanto, el derecho civil catalán regula de forma completa las inmisiones y la acción negatoria.

En Navarra, se puede citar la STSJ 3.5.2004 (RJ 2004, 3734) a la hora de definir el objeto de la acción negatoria: «la eliminación o cesación de las inmisiones que sobrepasan los límites de la tolerancia debida por razón de vecindad y la abstención de su sucesiva producción, si bien el cese ha de entenderse prioritariamente referido a las propias inmisiones, a fin de suprimirlas y reconducirlas a los límites de tolerancia, mediante la adopción de las oportunas medidas correctoras, y sólo de manera residual, a la actividad que las genera, para el caso de no adoptarse las medidas precisas o revelarse su aplicación inoperante o incapaz de contenerlas».

En Italia, el art. 949 C.c. recoge tanto la tutela preventiva (párrafo 1º), que incluiría el efecto de abstención, como la represiva (párrafo 2º), que refleja la de cesación (principal) e indemnización (secundario). En concreto, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia italianas se avienen a afirmar que la acción negatoria, en un sentido amplio, sirve tanto para hacer declarar la inexistencia de cualquier derecho, turbativo, molesta o dañosa desde un fondo ajeno y vecino, así como la acción tendente a evitar la inmisión molesta de la que habla el art. 844 C.c.¹⁰⁰⁴

En el Reino Unido la *injunction* (o acción negatoria) puede ser permanente o provisional, y en el primer supuesto, positiva *-mandatory injunction-* (solicitud de condena a la adopción de medidas de cesación o limitación de las consecuencias dañosas de su acción) o negativa *-prohibitory injunction-* (solicitud de condena a la cesación de la actividad). A diferencia de lo que sucede en nuestro país, la *injunction* permanente negativa es la más frecuente, dado que los tribunales anglosajones son reacios a condenar al demandado a hacer algo (*injunction* positiva).

¹⁰⁰³ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Condiciones medioambientales...”, *op. cit.*, p. 333.

¹⁰⁰⁴ ALVINO, E.: *op. cit.*, pp. 1364. Cass. de 13 de diciembre de 1974, nº 4253 (Gius. civ. 1975-I), p. 1367. DE TILLA, M.: *op. cit.*, pp. 1925-1926.

La acción negatoria puede conllevar también una protección indirecta del medio ambiente, pues actúa directamente contra las fuentes de contaminación, produciendo un efecto positivo reflejo en el medioambiente. En esta línea, para ÁLVAREZ LATA, existe una relación entre la acción negatoria y la tutela preventiva del medio ambiente, por cuanto a través de aquella se logra la cesación o abstención de la fuente contaminadora¹⁰⁰⁵. Según EGEA FERNÁNDEZ no debe descartarse que el medio ambiente pueda ser protegido indirectamente mediante normas jurídico-privadas, aunque éstas desempeñan un papel de menor importancia, puesto que se limitan, normalmente, a establecer los medios de defensa que corresponden al propietario de una finca contra perturbaciones vecinas¹⁰⁰⁶. NAVARRO MENDIZÁBAL afirma que, si bien la acción negatoria sólo protege el ambiente de forma indirecta, al lograrse la cesación de la actividad molesta, los beneficiados son todos aquellos que eran molestados por la actividad, sin importar si han participado en el proceso¹⁰⁰⁷. No obstante, si bien la protección que se presta al medio ambiente es indirecta, siempre será mejor acudir, cuando se pueda, al proceso civil que permite la defensa del “propio medio ambiente”¹⁰⁰⁸. Pero lo que no debiera admitirse es entender que el objeto directo y principal de la acción negatoria es la tutela del medio ambiente, por cuanto a parte de existir otros instrumentos jurídico-públicos aplicables (sea en sede de la LRM o de las normas administrativas especiales), situaría la defensa del particular en una posición mediata o indirecta respecto del medio ambiente defendido. A lo sumo, en el caso de que el bien dañado fuera medioambiental y de propiedad privada, podría instarse su defensa tanto desde el procedimiento de la LRM como desde la sede de los tribunales ordinarios. En mi opinión, el efecto de prevención directa del medio ambiente se efectúa a través de la acción de prevención de la LRM, basada en el principio de prevención y de quien contamina paga.

En Reino Unido se llegó a pensar en la *nuisance* como instrumento de protección del ambiente, en cuanto que la *injunction* también protege un interés propietario en el ambiente. No obstante, esta protección es meramente indirecta, por cuanto la *nuisance* juega un papel subsidiario en cualquier sistema de control de la polución ambiental al presuponer un interés en la propiedad¹⁰⁰⁹.

d) *Relación de la acción negatoria con el ordenamiento administrativo.*

En el ordenamiento español puede instarse la cesación de las inmisiones excesivas y nocivas mediante la aplicación de la acción negatoria de inmisiones con independencia de la existencia de licencia o autorización administrativa o del cumplimiento de la normativa administrativa reguladora de la actividad¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, pp. 1206-1208.

¹⁰⁰⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁰⁷ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones y molestias...*, *op. cit.*, pp. 379 y 394.

¹⁰⁰⁸ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: “La incidencia de la acción negatoria en la defensa del medio ambiente como complementario de la responsabilidad civil”, *I Congreso Nacional Derecho Ambiental: Sevilla, abril 1995: Comunicaciones*, 1996, pp. 482-484. El autor da varias razones (p. 482). En segundo lugar, no hay que olvidar que las peculiaridades del procedimiento administrativo tampoco facilitan la posibilidad de demanda por parte del ciudadano particular».

¹⁰⁰⁹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 134.

¹⁰¹⁰ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 379 y 394. Prueba de ello «es la infinidad de casos en los que, resultando dañado el goce pacífico de una finca mediante perturbaciones medio ambientales, el tribunal civil impone medidas preventivas y reparadoras a pesar de haberse cumplido toda la legislación administrativa»; además, en “La incidencia de la acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 482 dice que «no hay que olvidar que las peculiaridades del procedimiento administrativo tampoco facilitan la posibilidad de demanda por parte del ciudadano particular».

Al ser obligada la distinción de lo que afecta a intereses públicos o generales, de inequívoca naturaleza administrativa y lo que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil, la normativa administrativa no es óbice para que el ordenamiento jurídico-privado pueda y deba intervenir en cuantos problemas y conflictos se originen en el ámbito de las relaciones de vecindad¹⁰¹¹; la observancia en el ejercicio de la actividad de las normas y medidas administrativas, de carácter general y preventivo, tampoco colocan al obligado al abrigo de las acciones civiles en defensa de sus derechos subjetivos lesionados, cuando se produzcan daños, pues falta previsión para evitarlos¹⁰¹². Cuando el daño sea intolerable no cabe duda de su ilegitimidad, con independencia de los requisitos impuestos por la Administración¹⁰¹³.

No obstante, la realidad es que en la mayoría de conflictos judiciales se demuestra un incumplimiento de las previsiones reglamentarias o de la licencia o autorización¹⁰¹⁴. Los tribunales se remiten al contenido de las licencias en cuanto a los valores límite de emisión y obras de resguardo para determinar la legitimidad de la inmisión o el uso normal de la actividad¹⁰¹⁵. Además, la mayoría de veces los tribunales civiles imponen la reducción de los efectos nocivos de las inmisiones hasta el límite de lo tolerable¹⁰¹⁶; si ello no es posible, en caso de adoptarse medidas que superen la medida de lo razonable desde el punto de vista económico y técnico, se podría entender que se cuestiona la propia licencia, ya que el cese implicaría, indirectamente, la anulación de tal acto administrativo, por lo que el cese de la actividad misma generadora de inmisiones debería adoptarse sólo cuando no hubiera otra vía posible y no se considerara necesario atemperar los intereses en conflicto, sino sacrificar el del causante de las inmisiones¹⁰¹⁷. Si la jurisdicción civil ordena la adopción de medidas de precaución superiores a las exigidas por la Administración, supondría, de modo indirecto, una atribución de función de control de la licencia que no le corresponde¹⁰¹⁸. Si la actividad cumple con lo reglamentado difícilmente podrá ser objeto vía civil de la imposición de medidas correctoras o el cese de la actividad inminente, ya que en las inmisiones legítimas derivadas de instalaciones autorizadas se parte de un criterio objetivo basado en la existencia de licencia y en el respecto de los parámetros en ella establecidos¹⁰¹⁹. En ocasiones el TS ha declarado su incompetencia para adoptar medidas de corrección con la argumentación de que en estos casos la competente es la Administración¹⁰²⁰. En mi opinión, esta sentencia pone de manifiesto que no se ha producido ningún daño, y, por tanto, se presume que las molestias son tolerables y conformes a los usos del lugar.

¹⁰¹¹ SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176).

¹⁰¹² SSTS 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 16.1.1989 (RJ 1989, 101).

¹⁰¹³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Una nueva forma de inmisión...”, *op. cit.*, p. 1417. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, pp. 47-48, 63; “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 3706-3707. ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(I)”, *op. cit.*, p. 797. En la jurisprudencia, SSTS 27.10.1988 (RJ 1988, 7745), 16.1.1989 (RJ 1989, 101); SSAP Ciudad Real 12.3.1998 (AC 1998, 3801), Las Palmas 14.5.1998 (1998, 8846), La Coruña 28.5.1999 (AC 1999, 5235), Girona 1.9.1998 (AC 1998, 7873), Pontevedra 20.12.1999 (AC 1999, 2604).

¹⁰¹⁴ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”,... *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁰¹⁵ EGEEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 406.

¹⁰¹⁶ SSTS 12.12.1980 (1980, 4747), 3.12.1987 (1987, 9176).

¹⁰¹⁷ ALGARRA PRATS, E.: “Comentario a la STS de 7 de abril 1997”, *op. cit.*, p. 854; “Responsabilidad por daños...”, *op. cit.*, p. 643.

¹⁰¹⁸ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”,... *op. cit.*, pp. 18-19

¹⁰¹⁹ EGEEA FERNÁNDEZ, J.: “Irrelevancia del uso previo...”, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰²⁰ SSTS 16.7.1991 (RJ 1991, 5393) y 18.3.1992 (1992, 2202).

En mi opinión, en el caso de que se estén produciendo inmisiones ilegítimas, se hayan materializado o no en un daño material, los tribunales civiles podrán ordenar la adopción de las medidas correctoras y preventivas reglamentarias y necesarias, previo dictamen pericial, para evitar la producción de un daño, mediante la adopción de medidas que reduzcan las inmisiones a la normal tolerancia; lógicamente, en este último caso, aunque superen los límites reglamentarios. No obstante, los tribunales civiles no podrán atacar el contenido de la licencia, ni contradecir las medidas allí recogidas, pero sí superarlas, si se estima necesario mediante dictamen pericial.

B) La acción negatoria en los ordenamientos catalán, alemán y español .

En la presente tabla comparamos los ordenamientos civiles catalán, alemán y español de inmisiones en función de los efectos que puede provocar, del uso normal o local y de si se trata de industrias autorizadas o no:

Inmisiones y ordenamientos	Cataluña	Alemania	España
Sustanciales, adecuadas al uso local/normal y no evitables.	Tolerarlas. Tienen derecho a recibir una indemnización por los daños pasados y una compensación económica por los que puedan producirse en el futuro si estas inmisiones afectan exageradamente al producto de la finca o al uso normal de esta, según la costumbre local (546-14, 2º y 3º C.c.). Podrán exigir, además, que la actividad se haga en el día y el momento menos perjudiciales (546-14, 4º)	Tolerarlas. Compensación económica, si perjudica un aprovechamiento de su propiedad adecuada al uso local o el rendimiento de su finca más allá de una medida tolerable.	Regla general: no tolerarlas, salvo que se acepte para algunos daños patrimoniales (590 y 1908 C.c.). Se presume el cumplimiento de la normativa administrativa, dentro del análisis del uso normal. Solicitud de medidas correctoras que reduzcan las inmisiones a un nivel tolerable, o al cese de la actividad en caso extremo. Indemnización si hay daños (1908.2 C.c.).
Sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas.	Tolerarlas. Se podrá solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas y 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 (546-14.5).	Tolerarlas. Sólo pueden ser exigidas precauciones que impidan los efectos perjudiciales. En cuanto tales medidas no sean realizables según el estado de la técnica o no sean justificables económicamente, sólo puede ser exigida una indemnización por daños y perjuicios (§ 14 BImSchG)	Ídem para las actividades no autorizadas, con la diferencia de que el cumplimiento de las previsiones recogidas por la autorización presume que la actividad se ajusta al uso normal, dando un mayor valor a la utilidad de la conducta en el caso de que se acepte la tolerabilidad en daños sustanciales de menor importancia.
Producidas por actos ilegítimos que causan daños (resto de inmisiones sustanciales).	Quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado (546-13 C.c.).	Quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado (1004 y 823 BGB).	Prohibirlas con base en los arts. 590, 1902 o 1908.2 C.c., pudiendo solicitar medidas reglamentarias y necesarias que hagan cesar las inmisiones, incluida la actividad si es necesario. Indemnización si hay daños (1902 ó 1908 C.c.).

Tabla 8. Comparación de los regímenes normativos en Cataluña, Alemania y España en relación con las inmisiones sustanciales, la adecuación al uso normal o local y el régimen de autorizaciones.

2) Requisitos y elementos procesales de la acción.

A) *Requisitos de la acción negatoria de inmisiones.*

a) *Perturbación no consistente en la privación o retención de la posesión.*

La acción negatoria de inmisiones permite a los propietarios o titulares de un derecho de uso y disfrute de la misma, para poner fin a las perturbaciones e inmisiones excesivas que no consistan en la privación o retención indebidas de la posesión, así como para exigir que no se produzcan otras futuras y previsible del mismo género. Las inmisiones y las perturbaciones posesorias tienen una naturaleza distinta, aunque en ocasiones pueden confluir en la aplicación de la tutela preventiva de las invasiones contaminantes en el uso y disfrute de la propiedad.

En el derecho del *common law* inglés la *private nuisance* se diferencia del *trespass to land* en que aquélla es una injerencia indirecta mientras que el *trespass* es directa, así como que éste no requiere una atemperación entre los derechos de las partes, mientras que la *private nuisance* sí. La *trespass* es una interferencia directa, sin amparo legal, en los derechos personales o reales¹⁰²¹. Sirve para remediar una invasión no autorizada al derecho de posesión exclusiva de un bien inmueble¹⁰²². Se diferencia de la *nuisance*, pues ésta sirve para evitar la invasión en el derecho de uso y disfrute de un inmueble. La *trespass* se trata de una acción de responsabilidad objetiva, por lo que los demandantes pueden tener éxito incluso en ausencia de prueba determinante del daño o perjuicios actuales, a diferencia de la *nuisance*, que requiere alguna consecuencia derivada del acto en cuestión. Sin embargo, en caso de *trespass* negligente, el daño actual es elemento esencial para el éxito de la acción. La *trespass* es una acción útil para casos de contaminación del suelo o de las aguas subterráneas. No obstante, conviene hacer algunas precisiones a la hora de delimitar si se está en un supuesto de invasión directa (*trespass*) o indirecta (*nuisance*). Por ejemplo, en aquellos casos en los que la interferencia no depende de factores externos y variables se puede considerar que se está en un caso de *trespass*. Por ejemplo en el caso *Jones v Llanrwst UDC* [1911] 1 Ch 393 el tribunal catalogó como *trespass* el hecho de una industria que accidentalmente libera aguas residuales en un río contaminando las orillas y con ello produciendo daños a particulares, basado en el flujo natural del río. En cambio, en el caso *Esso Petroleum v Southport Corporation* [1956] AC 218, se describe cómo un tanque de aceite abandonado por un barco en un estuario pierde aceite y causa daños en la línea de playa, argumentando que no se trata de una *trespass* puesto que la contaminación no es inevitable pues depende de la acción del viento, las olas y la marea. La *trespass* es casi imposible que pueda darse cuando la contaminación se transmite por el aire¹⁰²³.

En EEUU la figura del *trespass* (§ 329 *RST*) incluye supuestos de gases y partículas transportadas por el aire posándose en la propiedad del demandante; o cuando un depósito ilegal de residuos se establece en la propiedad del demandante¹⁰²⁴. La *trespass* puede tener lugar de forma intencional o negligente. Mientras la contaminación siga presente el plazo de prescripción no transcurre.

¹⁰²¹ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 266.

¹⁰²² *Cassinos v. Union Oil of Cal.* App.4th 1770, 18 Cal.Rptr.2d 574, que a su vez cita a la *Civic Western Corp.v.Zila Industries, Inc* (1977) 66 Cal.App.3d1, 16, 135 Cal. Rptr.915.

¹⁰²³ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 267. Los autores ponen como ejemplo el caso *Kerr et al v Revelstoke Building Materials Ltd* (1976) 71 DLR (3d) 134 (Alta SC), en el cual un aeroplano contamina mediante sustancias químicas el suelo de los demandados, se deriva a un caso de *nuisance* dado que se produce de forma indirecta.

¹⁰²⁴ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 386.

De tradición romana, la protección de la posesión se ha dado en los interdictos¹⁰²⁵. En el Derecho español, los tipos de interdictos vienen recogidos en el art. 250.1º LEC¹⁰²⁶. En el antiguo *interdicto de retener* es necesario un acto perturbatorio en virtud del cual el poseedor, sin ser privado de la cosa ni de sus utilidades, ve dificultado o molestado el disfrute de la misma, o tiene el temor de serlo de forma inmediata. Se definen las condiciones medioambientales¹⁰²⁷ que puedan afectar a los derechos de uso, goce y disfrute¹⁰²⁸. Entran dentro los derechos privados patrimoniales, siempre que sean susceptibles de ejercicio duradero o reiterado¹⁰²⁹. La expresión “todo poseedor” se refiere a cualquier tipo de posesión, natural o civil, en concepto de dueño o en otro distinto, en nombre propio o ajeno. Las perturbaciones deberán exceder la tolerancia normal¹⁰³⁰. La legitimación pasiva corresponderá al perturbador, al ejecutor material o a quien ordenó dicha ejecución. La sentencia podrá ordenar al demandado que mantenga al actor en su posesión y le requerirá para que se abstenga en lo sucesivo a cometer todo acto de inquietación (tutela preventiva e inhibitoria).

El procedimiento de *suspensión de obra nueva* es una vía cautelar, sumaria y limitada, pues ampara la propiedad o cualquier derecho real con el objetivo de obtener un acuerdo provisional que pretende mantener un estado de hecho frente al propietario de una obra nueva (no esté terminada), de cuya construcción se produce un daño, inconveniente o molestia, patrimonial o moral, o temor fundado de que se causen, en la propiedad, posesión u otro derecho real que, en definitiva, produzca la alteración del estado posesorio. Los daños personales también son tutelables, porque causando este tipo de daños se lesiona el derecho que el actor tenga sobre la finca, sea de simple posesión, propiedad, o cualquier otro derecho real. Será más útil el efecto preventivo que el inhibitorio, por que si la parte construida ya produce perjuicios la paralización de la obra no evita el daño, si bien sí puede impedir que se agrave¹⁰³¹.

En su vertiente preventiva, este procedimiento sirve para atajar la realización de construcciones que pueden (razonablemente) provocar invasiones perjudiciales en el uso y disfrute de la propiedad *ex art. 590 C.c.*, como fruto de la obra, pero no de las molestias temporales derivadas de su construcción¹⁰³². En relación con este artículo se puede pedir la cesación de la situación de riesgo, mediante la reposición de las cosas a su estado correcto: o la distancia adecuada, u obras de resguardo, o precauciones necesarias, incluida la paralización de una obra. De forma negativa, puede darse el riesgo de que se decrete la paralización de la obra sin pruebas fehacientes; positivamente, este interdicto evita tener que demoler cuando la obra esté acabada¹⁰³³.

¹⁰²⁵ Ya en el pasaje del Digesto (Dig. 8,5,8,5), se trata un supuesto de humos producidos por una taberna de quesos que producían inmisiones a los vecinos, el jurista otorgó el interdicto posesorio *uti possidetis*, basándose en que se turban o molestan en el ejercicio de actos posesorios.

¹⁰²⁶ Art. 250.1º LEC «se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 4º. Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellos o perturbado en su disfrute; 5º las que pretendan que el Tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de obra nueva».

¹⁰²⁷ JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 887.

¹⁰²⁸ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 159.

¹⁰²⁹ EVANGELIO LLORCA, R.: “La protección interdictal contra las inmisiones conocidas”, *Actualidad civil*, N 2, 2000, p. 555.

¹⁰³⁰ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 4803.

¹⁰³¹ EVANGELIO LLORCA, R.: “La protección interdictal...”, *op. cit.*, pp. 558-572.

¹⁰³² GIL MEMBRADO, C.: *op. cit.*, p. 106.

¹⁰³³ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 155.

Será necesario para la viabilidad de la acción el incumplimiento de normas administrativas¹⁰³⁴ aunque no es suficiente si los perjuicios no quedan suficientemente acreditados¹⁰³⁵. El incumplimiento de las normas es clave, ya que, si la obra se realiza en los términos convenidos, cumpliendo la normativa urbanística, difícilmente puede prosperar la alegación de perturbación posesoria¹⁰³⁶. No obstante, el que la obra esté amparada por licencia no impide la paralización de la obra por cuanto ello no puede suponer una patente de corso para que quien la obtiene pueda hacer tabla rasa de sus compromisos y obligaciones con terceros¹⁰³⁷.

En cuanto a los elementos procesales, la legitimación activa la ostentará el poseedor natural o civil, en concepto de dueño o de otro distinto, así como el titular de un derecho real o personal o carente de fundamento alguno. Legitimado pasivo lo será el dueño de la obra nueva. En el caso de que existan varios dueños de la obra, habrá litisconsorcio pasivo necesario (art. 446 C.c.). El momento procesal oportuno para la iniciar la acción es desde que se inicia la construcción hasta que ésta finalice. El art. 441.2º LEC permite que el tribunal antes incluso de la citación para la vista, dirija inmediata orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado, para lo cual el tribunal podrá solicitar o acceder a que se lleve a cabo el reconocimiento judicial, pericial o conjunto antes de la vista¹⁰³⁸.

Se ha alabado la utilidad del procedimiento de suspensión de obra nueva en la tutela del medio ambiente como instrumento de corte preventivo, dado que actúa ante el incumplimiento de las normas urbanísticas, así como en los casos en los que la licencia urbanística vulnera las disposiciones ambientales generales o específicas pues «en la medida en que se alteren aquellas condiciones en el ámbito de un determinado inmueble se está alterando la posesión del mismo»¹⁰³⁹. Además, no se exige la vinculación a la propiedad o titularidad de otros derechos reales, lo que puede salvar determinados problemas de legitimidad, además de la rapidez y la eficacia que se asocia al procedimiento del juicio verbal, como por ejemplo la inmediata orden de suspensión que puede decretar el Tribunal incluso antes de la vista, mediando caución¹⁰⁴⁰.

En contra, se ha dicho que tiene poco interés para el tratamiento de las inmisiones¹⁰⁴¹ por su excesivo “anclaje” patrimonial, que vulnera el art. 437 LEC¹⁰⁴², si bien en menor grado que en la acción negatoria, por cuanto toda persona, por el hecho de ser poseedora, es titular del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE) y a una calidad de vida¹⁰⁴³. También se ha criticado el breve plazo de caducidad de un año y la carencia de la fuerza de cosa juzgada¹⁰⁴⁴. En mi opinión, dada la naturaleza de las inmisiones, éstas no se reconducirán a la tutela posesoria.

¹⁰³⁴ JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 888.

¹⁰³⁵ SAP Las Palmas 20.9.1993 (AC 1993, 1637).

¹⁰³⁶ GIL MEMBRADO, C.: *op. cit.*, pp. 104, 106-107.

¹⁰³⁷ EVANGELIO LLORCA, R.: “La protección interdictal...”, *op. cit.*, p. 574.

¹⁰³⁸ SAP Valencia 11.2.2003 (PROV 2003, 93710).

¹⁰³⁹ JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 887. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 446, 447 y 449.

¹⁰⁴⁰ GIL MEMBRADO, C.: *op. cit.*, pp. 101-102.

¹⁰⁴¹ AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁴² JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *loc. cit.*

¹⁰⁴³ LUQUÍN BERGARECHE, R.: *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁴⁴ GIL MEMBRADO, C.: *op. cit.*, p. 102.

b) *Carácter antijurídico o ilegítimo de la inmisión.*

El demandante deberá probar la una inmisión excesiva, o una amenaza de producción de una invasión en el uso y disfrute de la propiedad.

Correlativamente, el demandado deberá probar que su instalación o industria cumple con las normas reglamentarias y usos locales a los que se remite el art. 590 C.c., en el caso de la tutela preventiva, o que las inmisiones que provoca se ajustan a la normal tolerancia y al uso normal de la actividad, en el caso de la tutela inhibitoria, en cuyo caso el actor tiene el deber jurídico de soportarlas.¹⁰⁴⁵

La inmisión será ilegítima será la excesiva (art. 1908.2 C.c.) Se atenderá a la entidad de la inmisión en función de su intensidad, duración y efectos causados. En algunos ordenamientos se tendrá en cuenta también el uso normal de la actividad. Serán los tribunales los que, en cada caso concreto y de forma objetiva, deberán concretar el alcance de las inmisiones. Para su análisis, podrá valerse de las reglas extraíbles de la experiencia, como informes técnicos y periciales. No es necesario para que la perturbación pueda calificarse de ilegítima que se produzca un comportamiento doloso o culposo¹⁰⁴⁶, sino que no exista por el perjudicado obligación de soportar la perturbación¹⁰⁴⁷. Otros autores circunscriben la antijuridicidad del hecho a ser contrario a una norma jurídica o vulnerar el principio general del *neminem laedere*¹⁰⁴⁸.

c) *Perjuicio o probabilidad de sufrir perjuicios en el uso y disfrute de la propiedad. Problemática acerca de la necesidad o no de existencia de daño.*

Las acción negatoria dimanante del art. 590 C.c. tiene carácter preventivo, por lo que no exige para su ejercicio que se haya producido un daño efectivo¹⁰⁴⁹, sino que de continuar las mismas se presume que se producirán¹⁰⁵⁰. Así, se ha de producir un perjuicio o probabilidad de sufrir perjuicios o menoscabos de cierta entidad, sustanciales o graves en el interés del titular del derecho real en el uso y disfrute de la propiedad, es decir, una inmisión ilegítima o excesiva, y no se tenga el deber jurídico de soportar por disponerlo la ley o un acuerdo de voluntades entre las partes¹⁰⁵¹. Es necesario impedir que el daño se produzca, continúe produciéndose o vuelva a hacerlo¹⁰⁵², a diferencia de la acción de responsabilidad civil extracontractual¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁵ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁴⁶ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 605.

¹⁰⁴⁷ JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 883.

¹⁰⁴⁸ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁴⁹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 137-138.

¹⁰⁵⁰ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 1202. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 296. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho ...*, *op. cit.*, p. 221; “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, pp. 883-884. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *op. cit.*, p. 781. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 554. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 317. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1605.

¹⁰⁵¹ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 1200. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 94. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 41. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 123. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *loc cit.* HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 192. JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, pp. 883-884. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *loc. cit.* NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 327-329. SALVADOR CODERCH, P. Y SANTDIUMERGE FARRÉ, J.: *op. cit.*, p. 122. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁵² AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 455.

¹⁰⁵³ MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1605.

La mayoría de autores españoles separan las inmisiones ilegítimas y el daño material, indicando que puede entablarse la acción negatoria con independencia del daño, lo que la diferencia sustancialmente de la tuela de evitación a través de la acción de responsabilidad civil. Por ejemplo, según JORDÁ CAPITÁN «la especialidad o principal función de la acción negatoria debería encaminarse a posibilitar ese cese pero sin que se exija la producción efectiva del daño, ya que su finalidad será, precisamente, tratar de *evitar* que éste llegue a materializarse». Por ello, dice que sería más acorde con su finalidad entender como requisito una razonable probabilidad en función de informes técnicos y periciales¹⁰⁵⁴. LÓPEZ FERNÁNDEZ dice que en ocasiones se pretende disfrazar la acción negatoria en la de responsabilidad civil en virtud de la producción de un daño continuado y la coincidencia entre la situación del fundo inmitido y el lugar de producción del daño¹⁰⁵⁵. Según MACÍAS CASTILLO, la acción negatoria puede prosperar aun no habiéndose producido un daño, basta acreditar que la inmisión excede de lo tolerable, debiendo examinarse un ilícito, acto *contra ius* o antijurídico, prescindiendo de la posible consecuencia dañosa¹⁰⁵⁶. MASFERRER DOMINGO dice que «la acción negatoria se caracteriza por «la no necesaria existencia del daño como requisito para ejercitar la acción, rasgo netamente distintivo de la tutela proveniente de la responsabilidad extracontractual»¹⁰⁵⁷. Según NAVARRO MENDIZÁBAL¹⁰⁵⁸ se deberá producir una alteración medio ambiental, que a su vez será causa suficiente para el ejercicio de la acción negatoria, constituyendo los hipotéticos daños posteriores un elemento de agravación de la responsabilidad. Según el autor, existen dos fases lógicas: primero el de la contaminación y segundo el de los daños producidos por el medio ambiente contaminado. El primero es capaz de abrir la puerta a la acción negatoria de inmisiones sin que se deba exigirse el segundo, por cuanto el goce pacífico perturbado lo es desde el momento en que no puede efectuarse plenamente y eso ya produce un decremento patrimonial, aunque será superior si, además, se produce el segundo estadio (daños). De todos modos, cualquier tipo de daños derivados de la inmisión (segunda fase) producirá la seguridad de que la perturbación está restringiendo el goce de la finca (primera fase). La existencia de contaminación del medio natural es causa suficiente para interponer una acción negatoria, sin que haga falta en todo caso un daño concreto.

Para otros autores, la no existencia de daño efectivo sirve únicamente a efectos de prueba. DE ÁNGEL YAGÜEZ defiende que una inmisión ilegítima sí produce o suele producir un daño o perjuicio, pero no se exige este último como requisito procesal (prueba) del daño, siendo bastante la demostración de que aquélla es intolerable, tomando como referencia el criterio del uso normal y el de la razonable tolerabilidad, a la luz de la *ratio* del art. 590 C.c. Pero que no haya que probar ningún daño no quiere decir que éste no exista. Significa, simplemente, que el daño no se puede separar del fenómeno intolerable. Para el autor, el acontecimiento que no se puede tolerar determina necesariamente, para quien lo padece, el «daño» mismo de tener que resistirlo. Por ello, concluye que «Desde este punto de vista, me parece que no existe ninguna inmisión ilegítima que no sea perjudicial. Cosa distinta es que la finalidad natural de la acción negatoria sea la de eliminar o impedir el efecto dañoso, no otro»¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁴ JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, pp. 883-884.

¹⁰⁵⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *op. cit.*, p. 781.

¹⁰⁵⁶ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 317.

¹⁰⁵⁷ MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1605.

¹⁰⁵⁸ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 354-355.

¹⁰⁵⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “De nuevo sobre la responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 30; “Una nueva forma de inmisión...”, *op. cit.*, pp. 1416-1417.

En el Reino Unido la *injunction* es un remedio discrecional a la decisión de los tribunales que según las circunstancias del caso podrán conceder o no, haciendo un balance de los intereses en conflicto (*balance of interest, balance of hardship o balance of conveniences*)¹⁰⁶⁰. Tradicionalmente se ha considerado que no ha de concederse la *injunction* cuando la lesión es leve, es susceptible de valoración económica y puede ser resarcida con poco dinero; tampoco cuando el daño económico que la *injunction* provoca al demandado supera con creces al daño que el causante continúa sufriendo de no adoptarse¹⁰⁶¹. Por su parte, en EEUU, el comentarista del *RST* dice que la regla de la exigencia de daño significativo en una *private nuisance* «se aplica solamente en la acción de daños [*action form damages*]» (sección § 821). De hecho, «una *private nuisance* puede ser prohibida cuando exista una amenaza de daño que pudiera ser significativo si finalmente se produjera, y que pudiera hacer la *nuisance* accionable bajo la regla aquí establecida, aunque ningún daño haya acaecido todavía» (§ 821 F “*Significant Harm*”, *comment b*) “*Liability-Damages-Injunction*”).

En mi opinión, la acción negatoria sirve como tutela preventiva del daño, actuando sobre las inmisiones para reducirlas a la normal tolerabilidad o razonabilidad, impidiendo de este modo la producción de daños. El requisito para ejercitar la acción negatoria es la existencia de inmisiones (ilegítimas) que estén causando o puedan causar daños significativos o perjuicios sustanciales, por lo que no se exige la prueba material del daño, sin perjuicio de que éste pueda tener lugar y lo alegue el demandante perjudicado como elemento para acreditar la excesividad de la inmisión desde el punto de vista de sus efectos en el fundo –y las personas que lo ocupan-. No creo posible que ante la ausencia de perjuicios intolerables reales o potenciales pueda ejercerse la acción negatoria, por cuanto la inmisión dejará de ser excesiva y pasará a ser tolerable, con independencia de que se esté produciendo un uso normal. En definitiva, la acción negatoria de inmisiones no requiere para su ejercicio la producción de un daño, independientemente de que en la valoración de la excesividad de la inmisión se tenga en cuenta el mismo desde un punto de vista objetivo, junto la conducta del causante de la misma, la intensidad de la inmisión y sus efectos sustancialmente perjudiciales -o potenciales-. En cambio, el daño sí se requiere en la acción daños, por cuanto el art. 1908.2 C.c. exige que la inmisión sea excesiva y nociva a las personas o propiedades.

Cuestión distinta sucede en materia de tutela preventiva pura del daño *ex art. 590 C.c.* donde, en ausencia de inmisiones y evidentemente también en ausencia de daño, y ante el incumplimiento de las normas administrativas reguladoras de distancias, usos del lugar o medidas correctoras, o incluso a falta de éstos cuando se incumplan los que se estimen necesario para la evitación del daño (por ejemplo los reflejados en un informe pericial), el potencial perjudicado podrá ejercitar una acción conminatoria para que el titular incumplidor deba ajustar la instalación a lo preceptuado. Esta tutela en realidad está fuera de la acción negatoria, si bien no se ve inconveniente alguno para que, dado que esta última no viene definida por el ordenamiento jurídico español, pueda incorporarse como una pretensión más dentro de esta acción. No obstante, esta solución no ha sido la adoptada por otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo el alemán o catalán, donde la acción negatoria se utiliza para cesar las inmisiones presentes y abstener la producción de otras futuras del mismo género. En cualquier caso, incluirla o no dentro de la acción negatoria o como una pretensión cautelar independiente no tiene una importancia sustantiva más allá de la elección que se haga.

¹⁰⁶⁰ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁶¹ *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co* (Nº 2) (1895) WL 9881.

d) *Permanencia de la inmisión o del peligro permanente de invasión.*

La permanencia de peligro de invasión en el uso y disfrute de la propiedad (tutela preventiva pura) o de la inmisión (tutela inhibitoria, en su vertiente de cesación o de abstención) es un requisito de la acción negatoria¹⁰⁶².

La tutela preventiva del daño se justifica antes de que el daño se produzca y después de que se produzcan los hechos premonitorios de la peligrosidad de la invasión en el uso y disfrute de la propiedad, o de la producción de inmisiones ante el temor de que vuelvan a producirse, pudiendo reconducirse ambas a la pretensión de abstención¹⁰⁶³. La invasión o inmisión temida tendrá tales características que justificarían el ejercicio de la acción de cesación, en el caso de que finalmente tuvieran lugar, valoradas en términos de probabilidad, conclusión a la que se tendrá que llegar a través de criterios técnicos y objetivos, careciendo de relevancia aquellos de índole estrictamente personal o subjetiva¹⁰⁶⁴. Existen dos tipos de pretensión de abstención:

1) *Abstención pura (o tutela preventiva pura)*: tiene lugar cuando no se haya producido ninguna invasión en el uso y disfrute de la propiedad pero existe el peligro de que tenga lugar, causando daños. Esta tutela se basa fundamentalmente en el contenido del art. 590 C.c.¹⁰⁶⁵, siendo el incumplimiento de las normas a las que se remite este artículo el mejor indicador de la peligrosidad del daño, aunque no agota la tutela preventiva, sino que habrá que estar también a los usos del lugar y al dictamen pericial. Se podrá actuar, incluso, antes de que la obra esté ejecutada¹⁰⁶⁶.

2) *Abstención de inmisiones futuras* del mismo grado: cuando la inmisión haya tenido lugar, y si bien ésta ha cesado, se teme que vuelva a producirse¹⁰⁶⁷. No es necesaria una relación directa entre unas inmisiones presentes y las futuras, ya que la pretensión nace por el hecho de que la inmisión sea inminente y suficiente (excesiva). En estos casos el peligro razonable de inmisión generalmente vendrá avalado por aquéllas, pero de ningún modo es obligatorio adoptar todos los aspectos que las caracterizaban, por cuanto el análisis debe partir del peligro de inmisión futura.

En Alemania, aunque el § 1004 BGB se refiere a nuevas perturbaciones (*reitere Beeinträchtigungen*), podría interpretarse que, a través de este instrumento, si existe un peligro concreto, inmediato y serio de que la perturbación pueda producirse, aunque no haya habido ninguna similar en el pasado, siendo posible su invocación de forma preventiva¹⁰⁶⁸. Lo determinante es que la propiedad sobre la cosa se vea afectada de una manera distinta a la privación de la posesión (§ 1004 I 1 BGB).

¹⁰⁶² AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁶³ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, *op. cit.*, pp. 30, 67-68.

¹⁰⁶⁴ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 87, 93-94. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, *op. cit.*, pp. 30 y 67. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 307. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, p. 223; “Tutela medioambiental ...”, *op. cit.*, p. 884. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 552-555. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰⁶⁵ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 286. Dispone la autora que «Solo entonces podrá determinarse si el fenómeno inmisivo supera el límite de la tolerancia que toda convivencia impone, determinando entonces la protección correspondiente al perjudicado [...], medidas todas ellas que han de actuar sobre la base de una situación real y no meramente probable o posible».

¹⁰⁶⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 67-68. Según el autor «El que se haya producido una perturbación es sólo un indicio para poder adoptar las medidas de prevención frente a otras nuevas. Después de una lesión precedente puede sospecharse que ésta se vaya a repetir».

¹⁰⁶⁷ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 160.

¹⁰⁶⁸ WOLF, M.: *Sachenrecht*, 19ª ed., C.H. Beck, Munich, 2003, marginal 317, p. 145.

Por otro lado, en la acción de cesación de inmisiones la perturbación debe responder a una situación continuada o persistente¹⁰⁶⁹ y actual, es decir, la molestia existirá en el momento en que se reclama¹⁰⁷⁰. La actualidad de la inmisión se refiere a una situación no pasada o agotada, ni futura o todavía no iniciada, es decir, no se considera inmisión el mero peligro de la misma. Este factor demuestra que en la actualidad existe una inmisión y que, de ser ilegítima, dará lugar a la aplicación de la pretensión de cesación vía acción negatoria de inmisiones. Si ha habido daño, pero no continúa la inmisión, cabría ejercitar una acción de responsabilidad civil¹⁰⁷¹.

Los requisitos para poder presentar una *injunction* en el derecho del *common law* es que o bien la actividad contaminante esté produciéndose en el momento de la presentación de la demanda o bien exista una amenaza de que pueda continuar en el futuro causando inmisiones ilegítimas (*unreasonable*). La *injunction* se concede cuando el *tort* ha sido ya cometido, aunque cabe su ejercicio por el daño temido (*quia timet injunction*), en cuyo caso es necesario que se trate de un daño inminente y que no se pueda reparar en el caso de que finalmente sucediera¹⁰⁷². Se requiere normalmente que el daño sea grave y duradero para paralizar la acción ilegítima del demandado¹⁰⁷³. De esta forma se consigue que el demandado por la *nuisance* no pueda “adquirir” los derechos de aquellos afectados pagando una recompensa por los daños¹⁰⁷⁴.

e) *Relación causal entre la perturbación y el perjuicio real o potencial.*

En Cataluña, entre el comportamiento del agente y el daño producido ha de existir la relación de causa a efecto. El daño o perjuicio ha de derivar directamente de la inmisión, sea o no legítima; en estos casos, el daño en sentido estricto consiste en el efecto perjudicial que se provoca en la esfera de quien sufre la inmisión¹⁰⁷⁵. No obstante, en el ordenamiento alemán y español esto no es así. A tal efecto, la STSJ de Cataluña 19.3.2001 (RJ 2002, 1399), FJ 2º dice que «la ley, lejos de separar los conceptos de inmisión, de daño y de perjuicio los engloba, por lógica razón de causalidad, dentro de un mismo paradigma procesal», a modo de tratamiento simultáneo de causa y consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en el sistema alemán, que separa acción negatoria de la de responsabilidad civil extracontractual, y de la solución doctrinal y jurisprudencial en el caso español. Esto significa que en la solución doctrinal y jurisprudencial española, la relación causal no se hace necesariamente sobre el daño sino sobre los efectos de la inmisión en el fundo inmitido. Para lo relativo al daño nos remitimos al capítulo correspondiente de la acción de responsabilidad civil.

¹⁰⁶⁹ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 87. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 123. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *cit.*, p. 30. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 192. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, pp. 93-94. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 329-332. SALVADOR CODERCH, P. y SANTIUMERGE FARRÉ, J.: *op. cit.*, pp. 120-121.

¹⁰⁷⁰ JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁰⁷¹ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 85-94. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁷² BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 275.

¹⁰⁷³ *Goldsmith v Tunbridge Wells Improvement Commission* (1866) LR 1 Ch App 349. Según la sentencia «No es en todos los supuestos en los que el tribunal interfiere. Yo pienso que no se debe dar en todos los supuestos en los que el daño sea meramente temporal o insignificante». Fue confirmado en el supuesto *Kennaway v Thompson* [1981] QB 88.

¹⁰⁷⁴ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *loc. cit.*

¹⁰⁷⁵ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *cit.*, pp. 127-128. Según el autor «Lo único que se requiere es que la consecuencia lesiva esté en relación de causalidad suficiente».

Los perjuicios producidos por fuerza mayor o caso fortuito quedan fuera del régimen normal de las inmisiones, dado que no se está en el terreno de los actos, sino de fuerza o casos, ni son consecuencia duradera de una actividad. No obstante, hay que aplicar la previsión de la responsabilidad objetiva *ex art.* 1908.2 C.c. por la cual el caso fortuito no excluye la relación causal. En este caso, el daño se produce por un elemento externo, pero consecuencia de la naturaleza de la actividad peligrosa, que genera un riesgo previsible de que el daño acaezca finalmente¹⁰⁷⁶.

B) Elementos procesales de la acción.

a) Legitimación activa y pasiva.

Estarán legitimados activamente para ejercitar la acción negatoria los propietarios y los titulares de cualquier derecho real que implique el goce y disfrute de una finca: usufructuarios, censatarios, superficiarios, acreedor hipotecario o anticrético, etc.¹⁰⁷⁷, si bien la base para accionar no es sólo la defensa de la propiedad (evitar daños a la propiedad) sino también para evitar daños a la persona¹⁰⁷⁸. La legitimación del propietario se dará con independencia de que se halle o no en posesión de la finca, o de que se encuentre físicamente en ella; en cambio, cuando se perjudique el bienestar corporal será necesaria su presencia física en el inmueble¹⁰⁷⁹, siempre y cuando exista relación de estabilidad con el mismo¹⁰⁸⁰. En cambio, la posición doctrinal mayoritaria niega la legitimación activa en materia de inmisiones a los arrendatarios, al asimilarlo a un derecho de crédito que debería suscitarse en sede de protección interdictal *ex arts.* 1554, 1560.1 y 1556 C.c. que les posibilita para actuar contra el perturbador mediante un interdicto de retener para impedir perturbaciones materiales, si bien también puede dirigirse el arrendatario al propietario para que éste ejercite la acción negatoria¹⁰⁸¹. Otros han afirmado que la legitimación la ostentará cualquier usuario que sufra los perjuicios, siempre que sea vecino, incluido claro está, el arrendatario, siempre que la inmisión resulte intolerable (1908.2 C.c.)¹⁰⁸² o abusiva (7.2 C.c.)¹⁰⁸³. La legitimación activa correspondería, en este caso, a todos aquellos ocupantes de la finca que pudieran resultar afectados, siendo coherentes con el moderno concepto de vecindad, que descansa en la inmediatividad del afectado (vecino) con la cosa típica que exige la posible defensa del titular de la relación derecho-cosa sin necesidad de acudir al propietario.

¹⁰⁷⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 127-129.

¹⁰⁷⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 427. ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 1204; “El daño ambiental...(II)”, *op. cit.*, p. 871. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 160. DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 123. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 45. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 308-327. JORDÁ CAPITÁN, E.: “*El derecho...*”, *op. cit.*, p. 225; “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, pp. 882-884. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 192. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, p. 87. MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 8. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 360 y 361. NIETO ALONSO, A.: *op. cit.*, pp. 1602-1603. SALVADOR CODERCH, P. y SANTDIUMERGE FARRÉ, J.: *op. cit.*, p. 120. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 59. VILALTA NICUESA, A. E. Y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La acción negatoria ...*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁷⁸ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 138, 148.

¹⁰⁷⁹ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *loc. cit.*

¹⁰⁸⁰ JORDÁ CAPITÁN, E.: “*El derecho...*”, *loc. cit.*; “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 884.

¹⁰⁸¹ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 1204. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁸² CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 160. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁸³ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 14.

Esta ampliación de legitimados activos se debe a que con la acción negatoria de inmisiones pasan a protegerse, además de intereses propietarios, los daños a la salud, los morales, e incluso otros personalísimos.

En Cataluña, el art. 544-4 C.c. faculta para la interposición de la acción negatoria de inmisiones a los propietarios de una finca, si bien un sector doctrinal la ha ampliado a los titulares de derechos reales sobre la misma, con base a que dicho artículo no se dicta en sentido exclusivo o limitativo, sino pensando que el propietario es la persona que normalmente ejercerá la acción¹⁰⁸⁴.

En Navarra, la legitimación activa la ostenta quien se encuentra, por cualquier título, en uso o posesión del inmueble que recibe las inmisiones o que las produce, de manera que la tutela no se limita al derecho de propiedad, sino que «comprende la de cuantos otros derechos reales y personales de los vecinos puedan verse afectados por las inmisiones derivadas de un uso razonable del derecho sobre el inmueble de procedencia, entre los que cobran actualmente un acusado relieve ciertos derechos de la personalidad, de protección reforzada, como los derechos a la salud, a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, a una digna calidad de vida y a una vivienda digna y adecuada» (STSJ Navarra 3.5.2004 [RJ 2004, 3724]).

En Alemania, el § 1004 BGB permite el ejercicio de la acción negatoria al propietario de la finca perjudicada, tanto al de bienes muebles como de inmuebles, al que posea como no posea y tanto al propietario en exclusiva como al que comparte titularidad (§ 1011 BGB)¹⁰⁸⁵. No obstante, la jurisprudencia la ha extendido por vía de la analogía no sólo a los derechos reales distintos de la propiedad, sino también a todos los bienes de la vida y a intereses protegidos sobre actos ilícitos¹⁰⁸⁶.

En Italia existe una importante corriente doctrinal que se muestra favorable a la posible legitimación activa de los titulares de un derecho de goce y disfrute de la propiedad inmobiliaria con base en el art. 844 C.c. No obstante, también se puede ver algún autor y sentencia que limita la acción negatoria al propietario del fundo dañado¹⁰⁸⁷. La jurisprudencia¹⁰⁸⁸ suele fallar que la acción derivada de este artículo puede tener naturaleza real o personal, en función de si existen pretensiones acerca de los derechos reales de la cosa (la legitimación corresponde al titular) o a cualquiera que haya sido perjudicado por las inmisiones, sea o no propietario del fundo. No obstante, el arrendatario no tendrá acción directa contra el causante del daño, sino contra el arrendador con base a la acción de garantía por la molestia *ex art. 1585 C.c.*¹⁰⁸⁹

En el Derecho anglosajón la legitimación activa en el ejercicio de una *injunctio* corresponde no sólo al propietario, sino también a cualquier dueño o ocupante que tenga el disfrute de la propiedad de la cual es poseedor, sin relación acerca de la cualidad de la tenencia, excluyéndose, por tanto, aquellos que no lo tengan, como un arrendatario o un simple empleado en la finca, quienes podrán acudir a una acción de daños (“*torts*”) por negligencia ordinaria cuando se les ocasione daños.

¹⁰⁸⁴ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss. MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, pp. 133-134.

¹⁰⁸⁵ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 605.

¹⁰⁸⁶ Sentencias del RG de 28 de diciembre de 1904 (RGZ, 59, 327 y ss.), 13 de junio de 1906 (RGZ, 63, 374 y ss.) y 4 de octubre de 1922 (RGZ, 105, 213, y ss.).

¹⁰⁸⁷ DE TILLA, M.: *op. cit.*, p. 1926.

¹⁰⁸⁸ Cass. Civ. Sez. II, de 22 diciembre 1995, N° 13069. Cass. 13 de enero de 1975, n° 111 (*Gius. civ.*, 1975-I, pp. 1363 y ss.); Cass. 6 de abril de 1983, n° 2.396 (*Resp. civ. prev.*, 1983, pp. 760).

¹⁰⁸⁹ DE TILLA, M.: *loc. cit.*

La legitimación pasiva la ostentará el agente perturbador, es decir, el autor material de la actividad inmisora, ya sea propietario u ocupante por cualquier título del fondo de donde procede la inmisión¹⁰⁹⁰: el propietario de la cosa perturbadora, el autor material de la actividad, o aquel que no ha impedido la conducta siendo responsable por omisión. Si hubiera que realizar obras que afecten o competan al propietario, también habrá que demandar a éste, aunque no sea causante directo de la perturbación¹⁰⁹¹. En los supuestos de pretensión de abstención, el legitimado pasivo lo será quien estuviera obligado a la cesación si la perturbación ya se hubiera producido¹⁰⁹².

En el supuesto de que concurran varios agentes en la producción de las inmisiones, deberá demandarse de forma mancomunada, salvo que resulte materialmente imposible individualizar sus actuaciones, en cuyo caso responderán de forma solidaria. Las medidas a adoptar en el caso de concurrencia de fuentes del daño dependen del tipo de contaminación: 1) en las inmisiones de efecto sinérgico (daño progresivo) habrá de pensarse en la forma de evitar la mezcla de las inmisiones o en sustituir unos materiales de producción por otros. 2) En las inmisiones acumuladas alternativas, debe pedirse a cada emitente que reduzca su emisión en la parte necesaria para conseguir que no se supere el límite, en cuyo cálculo habrá que estar a la inmisión (efectos). Se aplicará la regla de la solidaridad cuando se trate de adoptar medidas en la finca del perjudicado o consista en el pago a éste del coste de dicha instalación, y la regla de la mancomunidad cuando haya que adoptar medidas técnicas en los focos de emisión¹⁰⁹³.

En Cataluña, sin estar previsto en el C.c., la doctrina ha dispuesto que la legitimación pasiva la ostentarán quienes, produciendo la perturbación, sean propietarios del fondo o titulares de derechos reales (enfiteuta, superficiario, etc.)¹⁰⁹⁴.

En Navarra el legitimado pasivo lo será quien se encuentra, por cualquier título, en uso o posesión del inmueble que produce las inmisiones¹⁰⁹⁵. En Italia, la legitimación pasiva sería tanto del propietario como del autor de la inmisión.

A los efectos del § 1004 BGB alemán, el perturbador es tanto la persona que realiza directamente la actuación persistente, es decir, el perturbador de actividad o acción (*Handlungsstörer*), como aquel a cuya orden o mandato se debe la realización de la misma y al que corresponde la voluntad decisiva de la organización de la actividad, esto es, el perturbador de estado o pasividad (*Zustandsstörer*)¹⁰⁹⁶. Normalmente se consideran perturbaciones de estado las que derivan de una fuente de peligro, lo que entronca con la pretensión de abstención de perturbaciones futuras. No obstante, se ha criticado que en el ámbito de las inmisiones esta distinción es más bien difusa, por cuanto siempre existe una nota de pasividad basada en el hecho de que quien causa una perturbación no ha adoptado las medidas adecuadas para evitarla¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁰ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 427. DÍAZ BRITO, F.J.: op. cit., p. 46. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., p. 49. JORDÁ CAPITÁN, E.: "Tutela medioambiental...", op. cit., p. 883. MONESTIER MORALES, J.L.: op. cit., p. 8. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, op. cit., p. 381. NIETO ALONSO, A.: op. cit., p. 1604. SALVADOR CODERCH, P. Y SANTDIUMERGE FARRÉ, J.: op. cit., p. 122. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M., *La acción negatoria...*, op. cit., p. 30.

¹⁰⁹¹ VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La acción negatoria...*, op. cit., p. 30.

¹⁰⁹² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., p. 68.

¹⁰⁹³ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, op. cit., pp. 287-336.

¹⁰⁹⁴ VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La acción negatoria...*, loc. cit.

¹⁰⁹⁵ STSJ Navarra 3.5.2004 (RJ 2004, 3724).

¹⁰⁹⁶ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: op. cit., p. 607.

¹⁰⁹⁷ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., p. 50.

En el Derecho del *common law* inglés el legitimado pasivo de la *injunction* es el creador de la *nuisance*, que habitualmente coincidirá con el poseedor del terreno del que proceda la molestia. En el caso de que sean varios los causantes del daño, pero no superen de forma separada el carácter *unreasonable* (acumuladas cumulativas) de la inmisión, pero sí en conjunto, la solución que se ha dado por parte de la doctrina es que cada agente responda “*in view of what the others are doing*” (en vista de lo que los demás están haciendo). Otro caso complejo es el relativo a una molestia causada como consecuencia del hecho de un tercero, pues debe demostrar el causante directo de la perturbación que se ha producido ésta sin su consentimiento y que: i) no ha consentido su “prosecución”, es decir, que conocida la molestia ha intentado impedirla o se ha demostrado que no hay medios adecuados; y ii) que no los ha “adoptado”.

b) *Prescripción de la acción.*

En lo que se refiere a la pretensión de cesación, la doctrina mayoritaria¹⁰⁹⁸ invoca el art. 1963 C.c., que establece un plazo de prescripción para las acciones reales sobre bienes inmuebles de 30 años. Otros autores apuestan por vincular la prescripción de la acción con la usucapión de los concretos derechos involucrados (1942 C.c.)¹⁰⁹⁹. También hay quienes pretenden la imprescriptibilidad de la acción negatoria, en algunos casos con base a su asimilación a la acción declarativa¹¹⁰⁰, o porque es la postura que más congenia con el carácter continuo de las inmisiones¹¹⁰¹; para estos autores la pretensión de cesación dura mientras dura la perturbación.

En la pretensión de abstención de invasiones o inmisiones futuras la acción es imprescriptible, basándose en que, si uno de sus presupuestos es la amenaza de una perturbación inminente, mientras exista esa amenaza hay acción, siendo la inminencia la que actuará como límite temporal para el ejercicio de la acción¹¹⁰². El término “inminente” se refiere a que la perturbación va a suceder prontamente y, por ello, sólo se puede ejercitar la acción frente al riesgo actual¹¹⁰³. En la tutela preventiva pura tampoco puede hablarse de prescripción de la acción negatoria¹¹⁰⁴.

El inicio del cómputo del plazo será el momento en que pudo ejercitarse la acción (art. 1969 C.c.), a contar desde que la perturbación en producción, o la amenaza de perturbación, sea conocida por la víctima. Este plazo permanecerá invariable en el caso de que las perturbaciones se mantengan o disminuyan, pero en caso de agravamiento el plazo de interposición no comenzará a correr hasta que esa perturbación se fije, en cuanto a sus resultados molestos, o bien disminuya¹¹⁰⁵.

¹⁰⁹⁸ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 99. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 161. JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 883. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 33. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 384. NIETO ALONSO, A.: *op. cit.*, p. 1606.

¹⁰⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, L.: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, Bosch, 1964, p. 163.

¹¹⁰⁰ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 20. Dice la autora que «el plazo previsto para las acciones reales sobre inmuebles del art. 1963 Cc., [...] sólo se refiere a la acción del dueño para excluir la existencia de un derecho real (una servidumbre)».

¹¹⁰¹ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(II)”, *op. cit.*, p. 870. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 342.

¹¹⁰² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 62-63.

¹¹⁰³ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 390-391.

¹¹⁰⁴ FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 62.

¹¹⁰⁵ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 390. El autor se hace la siguiente pregunta: «¿se podría interponer una acción negatoria con la pretensión de abstención frente a una amenaza inminente que llevará siéndolo durante treinta años?».

La pretensión de resarcimiento se rige por el plazo de un año de la responsabilidad aquiliana, a contar desde la fecha del conocimiento del daño que puede dar lugar a esa pretensión. En el caso de que este plazo haya transcurrido, sólo cabrá interponer la acción negatoria, no siendo lo habitual, por cuanto de la propia naturaleza permanente de las inmisiones los daños que se suelen acontecer son los “continuados”. Cuando la pretensión de cesación se aplique en sede de responsabilidad civil, al plazo de prescripción le será de aplicación la teoría de daños continuados propio de aquél instituto, con base a la cual mientras estos sigan produciéndose no corre el plazo. En cualquier caso, sólo se podrá reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados en el último año y los que se ocasionen en tanto no se resuelva el asunto.

En Cataluña, la acción negatoria puede ejercerse mientras se mantenga la perturbación, salvo que, tratándose de un derecho usucapible, se haya consumado la usucapición (art. 544-7 1º C.c.). No podrán ser usucapibles las perturbaciones que sean lesivas para las personas o que coadyuven a crear un ambiente que dificulte el desarrollo de la persona. En cambio, la pretensión para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios prescribe a los tres años, a contar desde que los propietarios tengan conocimiento de la perturbación (544-7 2º C.c.). Además, habrá de tenerse en cuenta que el plazo prescriptivo se interrumpe por reclamación extrajudicial.

En Aragón, el art. 537.3 CDFA dispone que «No se extinguen por prescripción las acciones para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad», lo que no es sino una manifestación de que no pueden adquirirse derechos por el paso del tiempo contrarios al contenido normal de las relaciones de vecindad¹¹⁰⁶.

c) *La prueba de la ilegitimidad de la inmisión.*

La acción negatoria de inmisiones la regla general es que el demandante deberá probar la ilegitimidad de la inmisión¹¹⁰⁷. No y en virtud de lo dispuesto en el art. 217.7 LEC «el tribunal deberá tener obstatante, presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio». Una de estas facilidades probatorias consiste en que no es necesario que el actor acredite la inexistencia del derecho pretendido por el demandado, ya que el dominio se presume libre¹¹⁰⁸.

Por su parte, corresponderá al demandado probar la inocuidad, legitimidad o tolerabilidad de la misma¹¹⁰⁹. De hecho, aquél podrá alegar los hechos impeditivos y extintivos del relato fáctico del demandante, así como afirmar un derecho propio que le legitima, o niegue la facultad de disfrute del acto¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁶ SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, pp. 106-107.

¹¹⁰⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “De nuevo sobre la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 30-33; “Una nueva forma de inmisión...”, *op. cit.*, pp. 1419-1421.

¹¹⁰⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, pp. 1204-1205; “El daño ambiental... (II)”, *op. cit.*, pp. 870-871. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 42; “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 420. JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, pp. 882-883.

¹¹⁰⁹ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria...”, *op. cit.*, pp. 1204-1205; “El daño ambiental... (II)”, *op. cit.*, pp. 870-871. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 338; “La incidencia de la acción negatoria...”, *op. cit.*, p. 480. NIETO ALONSO, A.: *op. cit.*, p. 1605. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La acción negatoria...*, *op. cit.*, pp. 31-32. En la jurisprudencia, podemos citar la STS 7.5.1963 (RJ 1963, 2193) y 29.4.2003 (RJ 2003, 3041). También la SAP Murcia 13.2.2001 (AC 2001, 730).

¹¹¹⁰ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad...*, *op. cit.*, p. 123. EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relevancia constitucional...”, *op. cit.*, pp. 103-105. HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 192.

La prueba de la inmisión se hará mediante los medios empleados en Derecho, atendiendo a las reglas de la sana crítica que el juez deberá aplicar, con independencia de los elementos técnicos que se utilizan alternativamente. La prueba pericial que acredite la existencia de las inmisiones perjudiciales tiene una importancia capital en la materia objeto de estudio, por lo que en algunos supuestos la falta de informes periciales es causa, junto con otras posibles razones del supuesto concreto, de desestimación de la demanda, teniendo en cuenta que la superación de los límites de tolerancia se verá facilitada en el caso de que se superen los límites máximos reglamentarios¹¹¹¹. No obstante lo relevante es la apreciación por los sentidos¹¹¹². La existencia de un daño patrimonial puede ser un claro indicador de la ilegitimidad de la inmisión.

En materia de inmisiones ruidosas, las mediciones sonométricas no son vinculantes para los jueces civiles, aunque se presenten frente a éstos como un elemento relevante por su carácter objetivo¹¹¹³. Los límites no pueden ser establecidos sobre la base de simples apreciaciones o circunstancias personales o subjetivas, sino sobre pautas medidas avaladas científicamente¹¹¹⁴, ya que aunque las circunstancias en la vía administrativa no son vinculantes para el juez civil, no significa que no se examinen¹¹¹⁵. Por ende, los valores límites de inmisión reglamentarios sí pueden servir como indicios de intolerancia de la inmisión sobre todo en el caso de que aquéllos sean rebasados en el lugar donde el supuesto perjudicado recibe las molestias¹¹¹⁶, para lo cual habrá que estar a las ordenanzas municipales, a las metodologías de medición según fuente y tipos de ruido y a la prueba pericial que recoga la medición sonométrica¹¹¹⁷. Servirán, no obstante, otros medios de prueba como las mediciones que pueda hacer la Policía Local¹¹¹⁸, la prueba testifical practicada por los vecinos del lugar y de personas que han estado en la vivienda de los actores y de la declaración del propio Arquitecto¹¹¹⁹.

En estos casos de inmisiones ruidosas lo que procede es determinar si la actora sufre en su vivienda un determinado nivel de ruidos y si tiene o no la obligación de tolerarlos¹¹²⁰. La clave es demostrar que existe una inmisión sonora molesta, en cuya decisión el Juez habrá de tener presente si excede o perturba el estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales, sin que deban influir circunstancias personales de los afectados, lo que implica tomar en consideración las condiciones de la propia inmisión, su continuidad, frecuencia e intensidad, así como las características del tiempo y lugar. La falta de prueba pericial por parte del demandante y la adopción de medidas correctoras por parte del demandado, unido a la prueba pericial que acredite que los ruidos producidos a partir de la fecha en la que se ejecuten dichas medidas correctoras, puede resultar un motivo de duda más que razonable acerca de las pretensiones de los demandantes sin hacer prueba suficiente de lo expuesto¹¹²¹.

¹¹¹¹ MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 9.

¹¹¹² MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 251-252.

¹¹¹³ MONESTIER MORALES, J.L.: *loc. cit.*

¹¹¹⁴ SAP Valladolid 20.7.2004 (JUR 2004, 211055).

¹¹¹⁵ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 280-281. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 5.

¹¹¹⁶ STS 13.7.2005 (RJ 2005, 9154).

¹¹¹⁷ SAP 31.10.2006 (AC 2006, 1907).

¹¹¹⁸ SAP Segovia 22.12.1999 (AC 1999, 2413).

¹¹¹⁹ STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041).

¹¹²⁰ SAP 31.10.2006 (AC 2006, 1907), A Coruña 28.5.2004 (AC 2006, 130).

¹¹²¹ SAP Valladolid 20.7.2004 (JUR 2004, 211055).

En Cataluña los perjuicios sustanciales, en general, serán los que superen los VLI (art. 546-14 1º C.c.). No obstante, en el caso concreto será una cuestión probatoria que quedará al arbitrio del juez, y su valoración se hará en función de criterios económicos, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad propia de la finca vecina y no a la persona del vecino, más o menos sensible. En mi opinión, la prueba técnica será crucial, tanto en lo referente a los niveles de contaminación (perjuicio sustancial) como a si la actividad inmitente ha cumplido o no con la normativa reglamentaria (uso normal). En cualquier caso, la carga de la prueba corresponderá al demandante, salvo en el caso de que se hayan producido daños y perjuicios, en cuyo caso «no es preciso que los actores prueben la ilegitimidad de la perturbación (art. 544-6 2º C.c.)». En la acción resarcitoria no será necesaria la prueba de dolo o culpa del emisor¹¹²².

d) *Aspectos procedimentales.*

Los Tribunales civiles conocerán de la acción negatoria que se plantee entre particulares, aunque la actividad perturbadora nazca de un acto administrativo o existan licencias. Asimismo, corresponde a la Jurisdicción Civil, por ser el ordenamiento privado el que puede y debe intervenir en cuantos problemas o conflictos surjan en el ámbito de las relaciones de vecindad, de la culpa extracontractual o del abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo¹¹²³. Si la acción negatoria de inmisiones se ejercitara sobre bienes inmuebles «será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa». Por otra parte, «cuando la acción real se ejercita sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante» (art. 52.1 1º LEC). En otro caso, y a falta de norma especial, sería de aplicación el fuero general de las personas físicas (art. 50.1 LEC¹¹²⁴) o el de las jurídicas (art. 51 LEC¹¹²⁵).

La acción negatoria de inmisiones se ejercitará en el juicio verbal que corresponda, en virtud de lo dispuesto en el art. 250.1 7º LEC y 41 LH, y cuyo desarrollo se comprende en los arts. 437 a 447 LEC. Del conjunto de los arts. 250.1 7º LEC y 41 LH se deducen las siguientes especialidades en relación a la acción negatoria: 1) la acción negatoria deberá ser instada por persona que reúna la condición de titular de un derecho real de propiedad; 2º) este derecho real debe estar inscrito en el Registro de la Propiedad; 3) el titular del derecho real debe demandar la efectividad del mismo, y 4) la acción debe dirigirse frente a quienes perturben su ejercicio pacífico de la propiedad. No se admitirá la demanda si no se acompaña a la misma certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia (439.2.3º LEC). Si no se dieran todas las circunstancias anteriores a falta de regla específica por la materia habría que determinar el juicio en razón de la cuantía, para lo cual se estará al valor de los bienes al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios de mercado (251.2º LEC), así como a las reglas del art. 252.2º LEC cuando las acciones acumuladas (indemnización y cesación) provengan de un mismo título, en cuyo caso la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas.

¹¹²² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., p. 105.

¹¹²³ SSTS 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), entre otras.

¹¹²⁴ Art. 50.1 LEC: «Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio».

¹¹²⁵ Art. 51.1. LEC: «Salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas será demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento [...] o representante [...]».

En el juicio verbal no se admitirán las demandas (art. 439.2 1º LEC) cuando en ellas no se expresen las medidas que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere que, según el art. 727 LEC y la doctrina pueden ser¹¹²⁶: la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; abstenerse temporalmente de llevar a cabo una determinada conducta; la intervención o depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, etc. Lo mismo, en su caso, respecto del hecho de no señalar caución que ha de prestar el demandado (439.2.2º).

Asimismo, el art. 441.3 LEC dispone que en los casos del art. 250.1 7º, «tan pronto como se admita la demanda, el Tribunal adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere». Según el art. 444.2 LEC «el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el apartado 2 del artículo 64 de esta Ley».

Por otra parte, el demandado sólo podrá fundar su oposición en una serie de causas tasadas: «1º Falsedad de la certificación del Registro u omisión en ella de derechos o condiciones inscritas, que desvirtúen la acción ejercitada. 2º Poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito. 3º Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del demandado y así lo justifique presentando certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la vigencia de la inscripción. 4º No ser la finca inscrita la que efectivamente posea el demandado».

A la acción le es de aplicación, en cuanto a la ejecución de condena, las previsiones establecidas en el art. 699, según el cual, cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, se requerirá al ejecutado para que cumpla lo establecido en aquél, bajo apercibimiento con apremios o multas pecuniarias. Según EVANGELIO LLORCA existen dos posibles soluciones del juez para ejecutar la condena, en función del tipo¹¹²⁷:

1) Cuando la condena se dirija a la adopción de medidas necesarias para evitar la producción de inmisiones, si todavía no existen, o para hacerlas cesar y prevenir otras similares en el futuro, si ya se están produciendo, si el demandado no cumple el plazo señalado por el juez, éste tiene la posibilidad de ordenar a un tercero que haga, a costa del demandado, lo que a éste le correspondía hacer, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios (art. 706.1 LEC «Condenas de hacer no personalísimo»). La sentencia que declare la abstención de la inmisión será ejecutable cuando se sospeche que se va a infringir la resolución adoptada¹¹²⁸.

2) Cuando la condena se dirija a hacer cesar las inmisiones o abstenerse de reproducirlas en el futuro, si se incumple por el demandado, el Juez exigirá que deshaga lo mal hecho, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial. Si nada de lo anterior fuera posible, procederá la indemnización (art. 710 LEC «Condenas de no hacer»). Este tipo de medidas se encaminan a la actividad mientras que las anteriores a la inmisión.

¹¹²⁶ VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La acción negatoria...*, op. cit., p. 34.

¹¹²⁷ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, op. cit., pp. 359.

¹¹²⁸ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, op. cit., p. 68.

II) Respuesta frente a las inmisiones. La tolerancia de hecho.

1) Tutela del particular frente a las inmisiones.

A) Tutela preventiva o pretensión de abstención pura.

a) *Ámbito de aplicación.*

La acción de abstención previene que se produzca una inmisión ilegítima, o evita que se vuelva a producir, una vez haya cesado¹¹²⁹. Este último efecto lo incluimos en la pretensión de cesación, como hace el legislador catalán.

Surgen dudas acerca de si la tutela preventiva pura de la inmisión perjudicial es una posible pretensión dentro de la acción negatoria o si se trata de una acción independiente y que se agota en la aplicación del art. 590 C.c.¹¹³⁰. En mi opinión, es indiferente optar por una solución u otra, ya que lo verdaderamente relevante es el hecho de su existencia como tal, los presupuestos para su accionamiento y los efectos de su aplicación. En lo que sí existe acuerdo es en que este tipo de tutela preventiva surge cuando la invasión como tal no existe, o mejor dicho, no tiene por qué existir, es decir, no tiene por qué haber perturbación o incomodidad, materialmente hablando, pero sí un alto riesgo, un riesgo intolerable desde el punto de vista jurídico, de que dicha invasión se produzca de no respetarse las distancias prescritas o adoptarse las precauciones adecuadas, al objeto de proteger los predios frente a tales riesgos¹¹³¹.

Los requisitos de la acción preventiva pura vendrían dados por la necesaria existencia de un peligro razonable de invasión en el uso y disfrute de la propiedad, valorado en términos de probabilidad a través del empleo de criterios técnicos y objetivos. Tienen que ser de tal entidad que, de producirse posteriormente la invasión, provocaría la inmediata posibilidad de interponer la acción negatoria para hacerla cesar¹¹³² o de evitación de ulteriores daños por la vía de la acción de responsabilidad civil. De hecho, el art. 590 C.c. no se relaciona necesariamente con las inmisiones, sino que también puede prevenir escapes no conocidos por el operador.

No se conoce ningún caso en el que se haya planteado este tipo de tutela, por lo que sería deseable su invocación y resolución afirmativa por parte de los jueces civiles¹¹³³. Por ejemplo, la SAP de Madrid 12.3.2012 (JUR 2012, 136513), dice únicamente que para aplicar el -art. 49 TRLS08- que el tribunal vincula a las exigencias del art. 590 C.c.-, es necesario que exista «un desconocimiento, perjuicio o lesión en los derechos o de las facultades de uso que derivan del art. 348 de C.c., esto es, para el caso de que la infracción de tales normas incida negativamente y de forma directa sobre fincas de terceros afectando directa y efectivamente al derecho de dominio o al menos a la pacífica posesión sobre sus fincas de tales derechos»¹¹³⁴.

¹¹²⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 160.

¹¹³⁰ JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, pp. 879-880.

¹¹³¹ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 552-553. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A., *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 293

¹¹³² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 30, 67-68. Según el autor, la prueba versará sobre el carácter inminente de la inmisión. JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 884. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 294.

¹¹³³ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 285.

¹¹³⁴ Esto es lo que afirma la SAP Madrid 12.3.2012 (AC 2012, 136513), FD 3º: «la propia lectura del precepto que se supone vulnerado nos indica la existencia de actividades o construcciones que pueden causar un daño potencial a la propiedad del vecino, que es lo que, en definitiva, justifica la limitación dominical en función de las relaciones de vecindad».

b) *Medidas a adoptar.*

Las medidas a adoptar en la tutela preventiva pura se circunscriben, según el art. 590 C.c., al cumplimiento de las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, o a la adopción de las medidas de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban, teniendo en cuenta que, a falta de reglamentos, se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño (precauciones referidas tanto a las distancias como a las medidas de resguardo). Si la actividad ha cumplido con las normas reglamentariamente exigibles la prueba del temor razonable de la producción de invasiones en el uso y disfrute de la propiedad será difícil. Alguna autora dice que la presencia de un informe pericial detallado que determine el peligro de inmisión ilegítima se hace necesario para ilustrar al juez acerca de la pretensión de la parte “en peligro”. Esta pretensión se centra en medidas de hacer, de no hacer en caso de no ser posible lo anterior, y en caso extremo, de abstenerse de realizar la actividad¹¹³⁵.

En mi opinión, en el ordenamiento civil catalán la pretensión preventiva “pura” de inmisiones no forma parte de la pretensión de cesación de la acción negatoria, ya que aquélla se centra en la evitación de la producción de invasiones en el uso y disfrute de la propiedad aún no producidas pero con un temor fundado de su producción, mientras que en el ordenamiento catalán se recoge la acción de abstención de inmisiones futuras una vez las inmisiones ya hayan tenido o estén teniendo lugar.

En el ordenamiento alemán mientras no esté construida la instalación el § 1004 BGB (acción negatoria) permite al demandante solicitar al demandado a que se abstenga a construir la misma. En el caso de que sí esté construida, sea porque incumple la normativa reglamentaria, sea porque aun cumpliéndola produce inmisiones perjudiciales no legítimas, la petición irá dirigida al derribo de la instalación¹¹³⁶.

En el ordenamiento italiano dice TRIMARCHI que la creación del peligro de inmisión intolerable podrá ser solo consentido contra el pago de una indemnización al propietario del fundo que sea expuesto, para compensarle del daño que venga a sufrir. Exponerse a un peligro no irrelevante en el fundo de otro es, como regla, ilícito con base a una aplicación analógica del art. 844 2º C.c., en consideración de la exigencia de la producción, contra el pago de una indemnización, que comprende el precio del aseguramiento contra el riesgo. Tal daño es igual a la disminución del valor del fundo, debida al hecho que este es expuesto al peligro; más precisamente, es igual a la suma necesaria para cubrir con seguro el peligro, más la eventual ulterior disminución del valor del fundo, debida al hecho que eso, a causa del peligro, deviene inidóneo a cierto destino. El amplio poder atribuido al juez en el art. 844 C.c. consiente que el fundo expuesto venga cubierto de seguro a cargo de quien crea el peligro, lo que proporcionaría un instrumento eficaz en las relaciones de vecindad. El moderno instituto del aseguramiento, dice el autor, permite una valoración objetiva del riesgo y, dada la naturaleza continua de la inmisión, permite valorar *actualmente*, según criterios actuariales¹¹³⁷.

La tutela preventiva pura del daño causado por una invasión en el uso y disfrute de la propiedad *ex art. 590 C.c.*, en sede de relaciones de vecindad, tiene su figura análoga respecto de la responsabilidad medioambiental en la acción preventiva del daño *ex art. 17.1 LRM* (amenaza inminente de daño).

¹¹³⁵ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 285.

¹¹³⁶ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, pp. 355-356.

¹¹³⁷ TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, pp. 370-371.

B) Tutela inhibitoria de la inmisión excesiva (acción de cesación).

a) Pretensión de cesación de inmisiones y abstención de otras futuras.

En la acción de cesación de inmisiones, por una parte, se produce una cesación actual de la inmisión (acción de cesación), y por otra se intenta evitar que se reproduzcan en el futuro inmisiones del mismo género (acción de abstención)¹¹³⁸, a fin de suprimirlas o reconducirlas a los límites de tolerancia¹¹³⁹, mediante la adopción de las oportunas medidas correctoras. El art. 590 C.c. en conjunción con el 1908.2 C.c. posibilitan el ejercicio de estas acciones para exigir que la inmisión se produzca dentro de unos límites, a través de medidas de precaución (“obras de resguardo necesarias”) que, a falta de reglamentos, o si existiendo fueren insuficientes, y previo dictamen pericial, permitan evitar todo daño a heredades o edificios vecinos¹¹⁴⁰.

La acción de cesación y de evitación entrañan una obligación de hacer no personalísimo (art. 706 LEC)¹¹⁴¹. Si no se ejecutaren por el obligado, podría hacerse a su costa encargando el hacer a un tercero, o bien dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, a elección del ejecutante y siempre que no contradiga disposición expresa en contrario contenida en el título ejecutivo. El demandado deberá soportar los gastos que comporte el cese de la inmisión, o resarcir al actor si éste los hubiera sufragado con anterioridad, en defensa de su derecho de propiedad y para evitar los perjuicios causados con la intromisión, que de otro modo serían irreparables.

Las medidas correctoras de cesación de inmisiones ilegítimas se centran en aquellas que sean posibles y realizables según el estado de la técnica, y a la eficacia de los mecanismos según su finalidad, de forma que se mitiguen los efectos perjudiciales que se producen, interesando al actor en qué pueden consistir estas medidas y su coste aproximado, justificando su «razonabilidad», en comparación a los perjuicios por él sufridos¹¹⁴², ya que unas medidas demasiado costosas podría implicar una paralización tácita de la actividad industrial inmitente. El perjudicado no podrá exigir una medida concreta de cesación¹¹⁴³, dado que su derecho sólo alcanza a pedir que no se produzcan inmisiones, ni tampoco exigir al perturbador la adopción de medidas concretas y determinadas a este fin. Será el juez quien podrá ordenar sin más la cesación de la inmisión, correspondiendo al emitente la elección de los medios para evitarla, siempre y cuando consiga tal objetivo¹¹⁴⁴, o bien decidir la adopción de medidas determinadas, en cuyo caso será preciso, aunque no vinculante, el informe pericial.

¹¹³⁸ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 160. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 67. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, p. 220; “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 883. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 277. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 545. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 14. MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 8. En el derecho germano ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 608 dicen que en las inmisiones continuas el objetivo de la acción negatoria es omitir ulteriores inquietaciones cuando sean de temer.

¹¹³⁹ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *cit.*, p. 23. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 545. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria...*, *loc. cit.*

¹¹⁴⁰ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 138-139.

¹¹⁴¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 430-431. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁴² MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 7; VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁴³ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, pp. 551-552. Pudiendo optar, por ejemplo, por la modificación del proceso productivo o por la cesación de la actividad.

¹¹⁴⁴ MONESTIER MORALES, J.L.: *loc. cit.*

Existen muchos ejemplos en la jurisprudencia en los que se solicita por el particular que sufre las inmisiones la acción de cesación (y abstención)¹¹⁴⁵. Se atenderán preferentemente las medidas recogidas en las Ordenanzas Municipales¹¹⁴⁶ u otra normativa administrativa¹¹⁴⁷, si bien el Tribunal puede ordenar la adopción de medidas más estrictas que las que exige la licencia o normativa administrativa. No obstante, AMAT LLARÍ opina que cuando los tribunales ordenan la adopción de medidas más estrictas que las que exige la licencia, lo hacen siempre que la inmisión perjudicial e ilegítima no haya sido producida en incumplimiento de las normas reglamentarias y según lo dispuesto en la licencia o autorización, en cuyo caso los Tribunales suelen condenar a la adopción de las medidas exigibles¹¹⁴⁸. En parecido sentido, dice PARRA LUCÁN que en la mayoría de casos analizados en la jurisprudencia, los tribunales suelen condenar a los causantes de las inmisiones dañinas a la adopción de las medidas exigidas reglamentariamente, y a no producir emisiones por encima de los mínimos autorizados, ante el incumplimiento de las mismas por parte del agente. Exigir medidas que superen lo establecido legalmente dice la autora, supondría una invasión de competencias¹¹⁴⁹. En mi opinión, no siempre coinciden los VLE o VLI con respecto al perjuicio concreto.

El § 906 BGB alemán contempla la necesidad de evitar las inmisiones esenciales mediante medidas que sean económicamente razonables, intentando compatibilizar el desarrollo económico con la protección de los perjudicados. Estas medidas se dirigen a limitar o reducir las inmisiones al perjuicio no sustancial. Por otra parte, si la medida es posible será obligatoria su adopción. El legislador alemán ha arbitrado una fórmula por la cual se toma como base, para determinar la racionalidad económica de las medidas, lo que se considera razonable para «una explotación de este tipo» que permita la continuidad de la explotación. Se ha dicho por algún autor que esta solución no se puede aceptar sin más, en el sentido de que la “racionalidad económica” impere sobre los derechos individuales, especialmente cuando se trata de daños a la salud¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁵ Solicitud de cese de las inmisiones procedentes de la finca del demandado que estiman perjudiciales para su derecho de propiedad y notoriamente superiores al límite de la normal tolerancia al hacer prácticamente inhabitables sus residencias (SAP Segovia 28.5.1993 [AC 1993, 957]); se condene al demandado a adoptar a su costa las medidas correctoras necesarias para impedir las perturbaciones que la incineración de materiales y restos apícolas están provocando en el actor y su propiedad (SAP A Coruña 13.3.2000 [AC 2009, 508]); se condene a la demandada a que realice los trabajos necesarios a fin de evitar la contaminación acústica en el inmueble de la actora como consecuencia de la explotación en local contiguo de un negocio de hostelería-pub (SAP Jaén 1.6.2001 [JUR 2001, 227191]); condena de los tribunales al demandado a que proceda al aislamiento total en su local o industria para que ni se produzcan inmisiones no deseadas, ni emisiones por encima de lo establecido legal y reglamentariamente (SAP Córdoba 23.12.2009 [JUR 2009, 200426]), entre otras.

¹¹⁴⁶ SAP Córdoba 23.12.2009 (JUR 2009, 200426), FD 5º.

¹¹⁴⁷ SAP Cádiz 23.5.2008 (JUR 2008, 233628), FD 3º.

¹¹⁴⁸ AMAT LLARÍ, Mª E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, pp. 455-456.

¹¹⁴⁹ PARRA LUCÁN, Mª. A.: “El derecho civil del medio ambiente”,... *op. cit.*, pp. 18-19. Dice que la lectura detenida de la jurisprudencia suele poner de relieve que, en los supuestos en los que los tribunales afirman la libertad del orden jurisdiccional civil para imponer medidas correctoras superiores, no ha quedado acreditada la producción de ningún daño, lo que en definitiva, equivale a declarar que las molestias son tolerables y conforme a los usos del lugar y no vulneran, en consecuencia, el uso de las demás fincas. La autora dice que el hecho de «que la jurisdicción civil ordene la adopción de medidas de precaución superiores a las exigidas por la Administración supone, de modo indirecto, atribuirse una función de control de la licencia que no le corresponde»

¹¹⁵⁰ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 233. Según la autora, la solución en casos de daños a la salud pasa por partir de su protección preferente. «De no ser así, no descartaría la posibilidad de imponer la adopción de medidas correctoras necesarias hasta garantizar la seguridad del derecho a la salud, cualquiera que fuera su coste.

En Cataluña se incluye el efecto de abstención dentro del de cesación, al permitir el art. 544 1º C.c. poner fin a las inmisiones ilegítimas, así como exigir que no se produzcan perturbaciones futuras y previsibles del mismo género.

En Francia, en la práctica, el juez se siente obligado a ordenar, cuando se solicita en la demanda, la supresión de *troubles anormales* de vecindad. Ciertamente él llega a pronunciarse, tanto una condena a efectuar ciertos trabajos bajo el control de un experto, como una *injunction* de hacer cesar el *trouble* eventualmente bajo obligación, como una reducción de actividad, como incluso –si bien esto es extremadamente raro– la supresión pura y simple de la actividad litigiosa¹¹⁵¹.

En el derecho del *common law*, las *injunctions* rara vez son específicas en su naturaleza, sino que el tribunal establece el estándar al que se tiene que someter el demandado, pudiendo ser alcanzado por éste por cualquier medio posible técnica, económica y jurídicamente hablando. Generalmente, para que los demandos puedan conseguir reducir o eliminar las inmisiones ilegítimas se les da un periodo de tiempo en el cual la *injunction* es suspendida¹¹⁵². En EEUU existe el *balancing test* que, dentro de las denominadas *nuisances*, es una *equity* por la cual el remedio no debe ser demasiado oneroso para una parte ni demasiado ventajoso para otra¹¹⁵³.

b) *La medida subsidiaria de paralización de la actividad.*

Las medida de cesación o fin de la actividad y la abstención de desarrollarla en el futuro se pueden adoptar por el Juez cuando no quepa la reducción de los efectos de las inmisiones mediante la adopción de las medidas adecuadas en la actividad típica de la acción de cesación y abstención¹¹⁵⁴, sin que obste en principio la autorización administrativa de la actividad¹¹⁵⁵. Las medidas pueden consistir en: 1) ordenar la paralización de la actividad industrial, incluso aunque la misma esté amparada por las licencias o autorizaciones correspondientes y no vulnere la legislación administrativa¹¹⁵⁶, salvo que se piense que en estos casos se está cuestionando la licencia misma¹¹⁵⁷. 2) Cierre del local, planta o factoría, o la retirada de maquinaria emisora¹¹⁵⁸. No obstante, la clausura de la empresa se producirá solamente en los supuestos más graves y no se considera necesario en ningún modo atemperar los intereses en conflicto; o cuando no existen medidas correctoras capaces de evitar el daño¹¹⁵⁹. 3) Cabe la tutela cautelar de cese provisional de la actividad (art. 727.7 LEC), pero no cuando la actividad se ajuste al uso normal o a la autorización y se considere de gran utilidad socio-económica, en cuyo caso se compensará económicamente al perjudicado (caso catalán y alemán)¹¹⁶⁰.

¹¹⁵¹ CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 282-284.

¹¹⁵² *Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd v British Celanese* [1953] Ch 149.

¹¹⁵³ Caso *Boomer v. Atlantic Cement CO*.

¹¹⁵⁴ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 444.

¹¹⁵⁵ MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, pp. 7-8.

¹¹⁵⁶ AMAT LLARÍ, Mª E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, pp. 455- 456; “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 82. ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(II)”, *op. cit.*, p. 870. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 257. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 545. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 280 y ss.

¹¹⁵⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 440.

¹¹⁵⁸ MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁵⁹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 431. AMAT LLARÍ, Mª E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.* p. 456. ÁLVAREZ LATA, N.: *loc. cit.*

¹¹⁶⁰ AMAT LLARÍ, Mª E.: *loc. cit.* Dice la autora que «Los intereses colectivos valorados por los Tribunales civiles pueden primar sobre el interés particular».

Existen numerosos ejemplos en la jurisprudencia de medidas judiciales que afectan drásticamente a la prosecución de la actividad¹¹⁶¹.

En mi opinión, la existencia de licencia o autorización no menoscaba la posibilidad de que un tribunal civil pueda ordenar la paralización o cierre de la actividad, dado que la concesión de licencia supone una presunción *iuris tantum* de que la actividad no va a producir daños. Pero esto no significa que se puedan adoptar sin más, sino que habrán de cumplirse algunos requisitos en sede judicial:

1) demostrarse que, aun en cumplimiento de las medidas reglamentarias y las existente según el estado de la técnica, no es posible mediante la adopción de medidas correctoras reducir las inmisiones a la normal tolerabilidad; y

2) que la paralización o cierre de la actividad no supondrá un menoscabo económico mayor que los daños patrimoniales producidos (los daños a la salud serían innegociables), siempre y cuando el demandado no indemnice los daños sufridos por el demandante y compense los que previsiblemente padezca en el futuro.

Hay autores que, en la línea con el ordenamiento catalán, sugieren que se tengan en cuenta los intereses particulares de los sujetos afectados por la paralización (por ejemplo los trabajadores) de la actividad y en la prioridad de dicho conflicto difícilmente podrá considerarse como prioritario el interés del sujeto perjudicado en evitar daños futuros haciendo cesar una actividad industrial ejercida legalmente, siendo la solución más respetuosa con los intereses en juego la de compensar económicamente al afectado por los daños que se verá obligado a soportar en el futuro, con independencia de la indemnización de daños y perjuicios *ex. arts. 1902 y 1908 C.c.*, como las consecuencias graves para los trabajadores de la industria paralizada¹¹⁶².

En Francia se emplea las *astreinte*, especie de sanción económica que se impone al obligado a realizar la abstención o cesación de la conducta inmisiva por cada día de retraso en la ejecución de las medidas a adoptar judicialmente.

La *mandatory injunction* anglosajona suele ser negativa (acción de abstención); en el caso de que sea positiva (acción de cesación), los jueces sólo podrán condenar en el caso de que la acción tenga un contenido claro y exacto, dado que éstos no pueden emitir órdenes vagas relativas a una serie de operaciones sobre las que no puede ejercitar ningún tipo de supervisión, teniendo en cuenta, por ejemplo, la tecnología existente y aplicable para reducir o evitar daños¹¹⁶³. La acción de abstención se corresponde con la *injunction*, mediante la que se garantiza la no realización, mediando orden judicial, de actos que causarán un daño antijurídico¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ Podemos destacar las siguientes pretensiones: solicitud de condena a una industria a abstenerse en lo sucesivo de verter sus aguas residuales en las fosas de decantación contiguas a los terrenos del actor, al inmediato desecado, limpieza y rellenado de las mismas y a proceder a realizar las operaciones de limpieza y desinfección que fueran necesarias para que las aguas del pozo de abastecimiento del accionante vuelvan a ser potables (STS 23.9.1988 [RJ 1988, 6853]); solicitud de que se paralice la actividad en dicha explotación, absteniéndose en el futuro de realizar otras actividades del mismo género, al venir afectados por malos olores e insalubridad (STS 30.5.1997 [RJ 1997, 4331]); se ordene a dicha demandada el cierre de dicha industria y hasta que acredite la inexistencia de emisiones del polvo, humos y sustancias dañosas a la atmósfera causantes de los daños objeto de reclamación (SAP Zaragoza 19.2.2001 [JUR 2001, 117480]), etc.

¹¹⁶² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 190-192. SANTOS MORÓN, M^a J.: *op. cit.*, p. 3037.

¹¹⁶³ *Reland Bricks v. Morris* (1969) WL 27792.

¹¹⁶⁴ GOLDSCHMIDT, R., "Trespass on Land (Contribución a la teoría del acto ilícito)", en *Scritti Giuridici F., Carnelutti*, vol. III, Cedam, Padova, 1950, p. 210.

c) *Enmascaramiento de los efectos de la tutela inhibitoria típica de la acción negatoria en la tutela de evitación de futuros daños de la responsabilidad civil.*

En la mayoría de las ocasiones en las que se solicita por el particular perjudicado por unas inmisiones la acción de cesación y abstención, se suele utilizar la acción de responsabilidad civil en lugar de la negatoria de inmisiones.

Algunos han criticado la constante vinculación realizada por los Tribunales entre la condena a la adopción de medidas de corrección y la producción de daños, remitiendo en bloque la problemática al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual desde el ámbito que parece consustancial a la acción negatoria, el de la propiedad fondiaria, a otro que, a priori, parece muy alejado, como es el de la responsabilidad civil extracontractual¹¹⁶⁵. Vinculación que se traduce en el olvido de los preceptos legales relativos a las inmisiones y en la aplicación casi exclusiva por parte de los Tribunales de los principios de responsabilidad civil por daños¹¹⁶⁶. La consecuencia de todo ello es que la acción negatoria de inmisiones resulta absorbida por la acción de responsabilidad civil¹¹⁶⁷, aunque este doble efecto no esté previsto en la Ley¹¹⁶⁸.

Se han señalado las siguientes razones del “enmascaramiento” de los efectos típicos de la acción negatoria en la de responsabilidad civil¹¹⁶⁹: 1) la pretensión de cesación adquiere un contenido casi idéntico¹¹⁷⁰. 2) El desconocimiento y falta de regulación expresa de la negatoria¹¹⁷¹, de tal modo que se ha preferido utilizar la de los arts. 1902 C.c. y ss., y al tratamiento más doctrinal y jurisprudencial más profundo¹¹⁷². 3) Basándose en razones de pura comodidad, pues para ejercitar la acción de responsabilidad no es necesario que se haya perturbado un interés en el uso y disfrute del fundo, ni probarse la relación jurídica estable de éste con la víctima¹¹⁷³. 4) Al remitir el art. 590 C.c. a la normativa administrativa, podría pensarse que es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa¹¹⁷⁴. 5) Los tribunales no suelen determinar el/los criterio/s de licitud o ilicitud de las inmisiones, sino criterios de antijuridicidad en materia de responsabilidad civil extracontractual¹¹⁷⁵. 6) La acción de cesación y evitación de perturbaciones futuras como efecto “transmutable” de la acción de responsabilidad civil. 7) La acción negatoria es un supuesto de reparación en especie de la acción de responsabilidad¹¹⁷⁶. 8) A través de la acción negatoria se puede solicitar la indemnización de daños, si bien con fundamento de las normas sobre responsabilidad civil¹¹⁷⁷.

¹¹⁶⁵ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 41, 62-63.

¹¹⁶⁶ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones y molestias...*, *loc. cit.*

¹¹⁶⁷ BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: *loc. cit.*

¹¹⁶⁸ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relevancia constitucional...”, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹¹⁶⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 25- 27. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 62-63. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 326-327.

¹¹⁷⁰ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 243-244. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁷¹ JORDÁ CAPITÁN, E.: “Tutela medioambiental...”, *op. cit.*, p. 880.

¹¹⁷² NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 265 y 303.

¹¹⁷³ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *loc. cit.*

¹¹⁷⁴ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 243-244. Según la autora, cabe la imposición de medidas con fundamento autónomo en el art. 590 CC (...).

¹¹⁷⁵ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 62-65.

¹¹⁷⁶ BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad...”, *segunda parte*”, *op. cit.*, p. 658.

¹¹⁷⁷ DÍAZ BRITO, F.J.: *loc. cit.* NIETO ALONSO, A.: *op. cit.*, pp.1608-1617.

Un importante sector doctrinal propugna por la aplicación de la acción negatoria de inmisiones¹¹⁷⁸. Las ventajas de aplicar la acción negatoria son: 1) se sustituye el daño por molestia intolerable, cesando las inmisiones presentes y prohibiendo realizar similares perturbaciones en el futuro, lográndose remover la causa de las lesiones, a diferencia de la responsabilidad civil extracontractual. 2) La acción negatoria prescinde de cualquier elemento subjetivo¹¹⁷⁹. 3) Los pronunciamientos judiciales serán independientes, uno sobre la cesación y otro sobre la pertinencia de reparar los daños causados¹¹⁸⁰. En cambio, si sólo se ejercita la acción de responsabilidad y ésta es desestimada, el fundamento para que la actividad no prosiga en lo sucesivo es, precisamente, la existencia de un daño injusto que, en tal caso, no se ha acreditado¹¹⁸¹

En cualquier caso, nuestro sistema no es de acciones, por lo que basta con que el afectado por la inmisión solicite el cumplimiento del art. 590 C.c.¹¹⁸². No obstante, la separación de ambas acciones sería necesaria en el caso de que se introdujera en el sistema de inmisiones español la posibilidad de existencia de inmisiones lícitas dañosas (que causen perjuicios sustanciales y se adecúen al uso normal o se trate de industrias debidamente autorizadas por la administración), en cuyo caso la intromisión ha de tolerarse por el perjudicado y, por lo tanto, no puede ejercitarse la acción negatoria, evitándose de esta forma la aplicación de los efectos inhibitorios de la acción de responsabilidad civil extracontractual. En este caso hipotético, evidentemente, la regulación expresa de la acción negatoria abarcaría todos sus aspectos regulatorios.

En Alemania, la acción negatoria (§1004 BGB) y la acción de indemnización (§823 BGB) deben ejercitarse independientemente. El titular de cualquiera de los derechos y bienes jurídicos enumerados en el § 823 I BGB que se vea afectado por una inmisión podrá reclamar a través del § 1004 BGB el cese de la inmisión, e incluso la abstención de que se produzcan o repitan en el futuro, si existe peligro concreto, inmediato y serio. En los daños a la propiedad la acción negatoria es aplicable cuando se produzcan perjuicios sustanciales y no resulten del uso según la costumbre local, y aquellas que, aun resultando del uso según la costumbre local, resulten económicamente evitables, pudiendo solucionarse el conflicto del *property right* (derecho de propiedad) ante la lesión del derecho, mediante una *property rule* (pretensión negatoria) o bien como una *liability rule* (pretensión de indemnización)¹¹⁸³.

¹¹⁷⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (II)”, *op. cit.*, pp. 866-868. BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad extracontractual por daños causados por inmisiones molestas: ruidos, humos, olores, campos electromagnéticos y otras agresiones en las relaciones de vecindad, segunda parte”, *Anuario de derecho civil uruguayo*, n° 38, 2007, p. 658. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 25- 27. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Protección civil del medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 31-33. DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 403. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, pp. 62-65. ambiente”..., *cit.*, pp. 31-33. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, *op. cit.*, pp. 22-23. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *op. cit.*, p. 781. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 326-327. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La acción negatoria...*, *op. cit.*, pp. 15-16. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 265. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “El derecho civil del medio ambiente”, *loc. cit.*

¹¹⁷⁹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 265, 304 (razones 1^a y 2^a).

¹¹⁸⁰ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, pp. 773 y ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 25- 27. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *cit.*, pp. 326-327.

¹¹⁸¹ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *cit.*, pp. 326-327. Por ello, según el autor, «es recomendable, cuando menos, ejercitar acumuladamente ambas acciones».

¹¹⁸² ÁLVAREZ LATA, N.: *loc. cit.*

¹¹⁸³ WANGENHEIM, GEORGE VON: *op. cit.*, pp. 5-8. Según el autor, la clasificación de las consecuencias jurídicas se dividen en: 1) *Property Right with victim, protected by property rule* –acción negatoria

En el *common law* se distingue entre la acción de carácter indemnizatorio (“*action for damages*”) y la acción de eliminación o reducción de la *nuisance* (“*injunction*”). Las determinaciones ésta son inaplicables o tienen menos peso a la hora de determinar el derecho de daños. Una *injunction* puede ser solicitada en una amenaza de *private nuisance*, pero la acción no puede ser mantenida a menos que se haya sufrido un daño. Incluso cuando se ha sufrido un daño, una cosa es la reparación de los daños y otra la cesación y/o abstención de la inmisión perjudicial. Y es que para determinar la responsabilidad por daños en la *private nuisance*, la invasión puede considerarse no razonable incluso aunque la utilidad de la conducta sea elevada y el coste económico de los daños sea relativamente pequeño en los supuestos en los que el causante no proceda al pago de la indemnización o compensación. En cambio, para determinar si una conducta inmisiva puede ser evitada se deben considerar factores adicionales; por ejemplo, puede ser razonable continuar una actividad importante si se compensan económicamente los daños pero catalogarla de no razonable si no se compensan.

C) *La tutela reparadora del daño.*

Algunos autores incluyen dentro de la acción negatoria *ex art. 590 C.c.* la indemnización de daños y perjuicios como uno de sus efectos ante las inmisiones, pues se dice que uno de los presupuestos es la producción del daño. En esta línea, VILALTA NICUESA y MÉNDEZ TOMÁS opinan que la actividad perturbadora deberá indemnizar al actor por los daños y perjuicios que se hayan producido hasta su cesación¹¹⁸⁴. Existe alguna sentencia en la que se invoca el art. 590 C.c. (no los arts. 1902 y/o 1908 C.c.), para solicitar, además de la acción evitación de daños futuros, la reparación de los daños (*in natura*) y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos¹¹⁸⁵. Otros lo basan en la interconexión existente entre el ámbito jurídico real del artículo 590, y el de obligación del artículo 1908 C.c. de modo que puede considerarse incluido el efecto resarcitorio entre los derivados de la acción negatoria, teniendo en cuenta que, debido al art. 1908 C.c., hay un ámbito de actuación mucho más amplio¹¹⁸⁶.

No obstante, la mayor parte de la doctrina niega la tutela resarcitoria de la acción negatoria de inmisiones, sugiriendo la acumulación de acciones¹¹⁸⁷. En ocasiones la jurisprudencia accede a la pretensión de cesación de forma acumulada pero accesoria a la primera, *ex arts. 590, y 1902 y 1908 C.c.* Por ejemplo, en la SAP León 25.3.2011 (AC 2011, 470) la Audiencia condena al demandado a la cesación en la perturbación y abstención de producir inmisiones en el futuro, debiendo adoptar las medidas de aislamiento e insonorización necesarias para evitar que se sobrepasen dichos niveles, así como al resarcimiento de daños *ex arts. 1902 y 1908 C.c.*

del § 1004 BGB- (en los casos en los que los perjuicios sustanciales no resulten del uso según la costumbre local y aquellos que sí resulten de tal uso pero que sean económicamente evitables); 2) *Property Right with victim, protected by liability rule* – acción indemnizatoria del § 906 II 2º BGB (en los casos en los que los perjuicios sustanciales que resulten del uso según la costumbre local, que sean económicamente inevitables y no exigibles); y 3) *Property Right without victim* –sin acción por parte del propietario perjudicado- (en los casos en los que los perjuicios sustanciales que resulten del uso según la costumbre local, que sean económicamente inevitables y exigibles, así como los perjuicios no sustanciales).

¹¹⁸⁴ VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *La Acción negatoria...*, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁸⁵ STS 23.9.1988 (RJ 1988, 6853).

¹¹⁸⁶ DÍAZ ROMERO, Mª DEL R.: “Defensa frente a inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 360; “Inmisiones y relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 372.

¹¹⁸⁷ MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1607. STS 2.11.2007 (RJ 2008, 13) «El actor ejercita cumulativamente en sentido subjetivo y objetivo acciones de cesación de inmisiones y de indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de las producidas».

En mi opinión, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por inmisiones en las relaciones de vecindad no se encuentra entre las pretensiones de la acción negatoria por varias razones. En primer lugar, y principal, no existe regulación de la acción negatoria en nuestro derecho civil común, por lo que cualquier configuración de la misma ha de hacerse teniendo en cuenta las leyes, los principios generales y la jurisprudencia consolidada. En cambio sí existe regulación expresa de “humos” (ampliable a otras inmisiones) excesivos y nocivos en el art. 1908.2 C.c. En segundo lugar, la acción negatoria tiene una naturaleza eminentemente preventiva, por lo que no tiene sentido que contemple la indemnización de daños y perjuicios que, por otra parte, sí es un efecto típico de la acción de responsabilidad civil.

Con respecto al ordenamiento civil catalán, un sector doctrinal defiende que la pretensión indemnizatoria y la acción negatoria de inmisiones son dos acciones distintas¹¹⁸⁸. Otros dicen que la primera tiene carácter complementario de la segunda, debiendo aplicarse a aquélla las correspondientes normas de responsabilidad civil extracontractual¹¹⁸⁹. Hay jurisprudencia que acepta la aplicación del art. 1902 C.c. y ss.¹¹⁹⁰, al afirmar que «aunque la Ley hable de daños a los inmuebles por causa de inmisión que prevenga de finca vecina, hay que entender aplicable el principio “*alterum non laedere*”, y en el art. 1902 del Código Civil, como fundamentos de acción ejercitada, y en relaciones de vecindad, reguladas por normas de policía y de pacífica convivencia»¹¹⁹¹. En cambio, la STSJ Cataluña 19.3.2001 (RJ 2002, 1399), FJ 2º, dispone que los conceptos de “inmisión”, de “daño” y de “perjuicio” se han de englobar, por lógica razón de causalidad, dentro de un mismo e inseparable paradigma procesal: la acción negatoria, pues «causado el perjuicio a consecuencia de una perturbación ilegítima, además de la cesación, habrá de asumirse el pago de la correspondiente indemnización, con independencia de que exista culpa o negligencia por parte del perturbador».

Con respecto al ordenamiento civil alemán, varios autores han señalado que la pretensión de libertad de propiedad, encarnada en este caso en la acción negatoria, no se dirige a indemnización alguna, por lo que el inquietador no puede apartar su deber de eliminar la inquietación mediante indemnización¹¹⁹².

En Francia, CABALLERO dice que las medidas de cesación del ilícito no pueden ser medidas de reparación, puesto que ellas no se centran en la naturaleza del perjuicio sino sobre su fuente. El carácter obligatorio de estas medidas hacen cesar el ilícito, carácter obligatorio que constituye el interés esencial de la distinción entre supresión del ilícito y reparación *in natura*. Además, la prueba de un perjuicio es supérflua y no interesa más que a la demanda de daños. Dice el autor que, cuando el *trouble de voisinage* es considerado anormal, hay necesariamente perjuicio (o puede haberlo en el futuro, añadiría yo). No se puede, en principio, imponer a la víctima la perpetuación mediante la indemnización de la *immissio* que supera los inconvenientes anormales de vecindad. Concluye diciendo que, puesto que la cesación del ilícito no choca con un obstáculo imposible, ella debería ser sistemáticamente prescrita¹¹⁹³.

¹¹⁸⁸ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, pp. 455-456; “La protecció dels particulars front les inmisiones a l’ordenament català”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 101, N^o 2, 2002, pp. 244-246.

¹¹⁸⁹ DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁹⁰ SAP Barcelona 27.3.2002 (AC 2002, 993).

¹¹⁹¹ SAP Barcelona 31.12.1997 (AC 1997, 2518).

¹¹⁹² ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 608.

¹¹⁹³ CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 281-282.

2) Tolerancia de hecho de las inmisiones excesivas y nocivas.

A) *Supuestos en los que se produce la tolerancia de hecho.*

a) *Utilidad social. Análisis económico y de la producción.*

El ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el sólo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares¹¹⁹⁴. El interés de una industria no contradice la obligación de proceder a adoptar todas las medidas precisas y técnicamente posibles para evitar los daños¹¹⁹⁵. Los tribunales no suelen reconocer el requisito de la utilidad social entre los que conforman el análisis del uso normal (o utilidad de la conducta), en parte por la aversión a que puedan declararse lícitas determinadas conductas que producen daños graves, sobre todo daños a la salud. En cualquier caso, los intereses derivados de la industria y los de los ciudadanos deben atemperarse. Para ello, en el análisis del uso normal (y en el del ejercicio antisocial) hay que ver si el beneficio de seguir contaminando es inferior o superior al coste que supone a las víctimas tolerarlo o eliminarlo. En el caso de que el coste sea mayor, habrá un flagrante uso anormal o abusivo y será necesario eliminar las inmisiones. En el caso de que el coste de contaminación fuera menor, la necesidad social podría obligar al perjudicado a tolerar los daños, ya que se ven compensados por los beneficios generales de la actividad¹¹⁹⁶.

En Italia, el art. 844 2º C.c establece la necesidad de que el juez deba conciliar la exigencia de la producción industrial con los intereses de la propiedad afectada, lo que tradicionalmente ha privilegiado la industria frente a los ciudadanos, al objeto de consolidar el proceso de industrialización del país¹¹⁹⁷. Este precepto permite al juez italiano, en interés de la producción, considerar lícita una inmisión que excede del límite de la normal tolerancia¹¹⁹⁸, con la condición de que se establezca una indemnización compensatoria y que no afecte a la salud humana¹¹⁹⁹. Por otro lado, se deberá constatar la imposibilidad técnica o económica de evitar o reducir las inmisiones con la adopción de adecuadas medidas preventivas¹²⁰⁰. Este párrafo conduce a supeditar la tutela del medio ambiente, la salud de las personas y la tranquilidad a las necesidades de la industria¹²⁰¹. Al fin y al cabo, la necesidad industrial legitimadora de las inmisiones supone una confrontación de intereses individuales (uso y disfrute de la propiedad libre de inmisiones perjudiciales) y colectivos (p. ej. puestos de trabajo). No obstante, se ha dicho por algún autor que no hay que llegar al error de calificar todo conflicto con una industria como representante de todos los valores sociales¹²⁰².

¹¹⁹⁴ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 196.

¹¹⁹⁵ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, pp. 344-345. En la jurisprudencia, STS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747).

¹¹⁹⁶ AMAT LLARÍ, Mª E.: "La regulación de las inmisiones...", *op. cit.*, pp. 86-87.

¹¹⁹⁷ AMATO, G.: *op. cit.*, p. 711. GALLINARI, A.: *op. cit.*, pp. 285-286. VISINTINI, G.: "Le immissioni nel quadro...(II)", *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁹⁸ AMATO, G.: *op. cit.*, p. 711. VISINTINI, G.: "Le immissioni nel quadro...(II)", *op. cit.*, p. 47. GALLINARI, A.: *op. cit.*, pp. 283. En la jurisprudencia, Cass. 15 de septiembre de 1970, nº 1.505 (*Foro it.*, 1970-I, pp. 2381 y ss.).

¹¹⁹⁹ SCALISI, V.: "Immissioni di rumore e tutela della salute", en *Riv. dir. civ.*, 1982-I, pp. 144-146.

¹²⁰⁰ GALLINARI, A.: *op. cit.*, p. 296.

¹²⁰¹ ALONSO PÉREZ, M.: "Las relaciones de vecindad", *op. cit.*, p. 397.

¹²⁰² NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 143.

El juez italiano privilegia la producción industrial en caso de conflicto entre actividad industrial y no industrial, teniendo en cuenta la utilidad social y la producción de riqueza de la actividad. En el caso de que ambas actividades sean productivas favorece la más productiva. Dado que en la gran industria el análisis de la eficacia técnica y económica de las medidas siempre es favorable al industrial por cuanto su coste es exorbitante, se produce una escasa aplicación de los remedios inhibitorios y una mayor de las medidas resarcitorias, pues se exigirá solamente el resarcimiento si las medidas son inviables técnica y económicamente¹²⁰³.

La naturaleza del derecho del inmitente a producir inmisiones lícitas dañosas por este motivo se ha basado, por algunos autores, en que el criterio de la producción sirve para delimitar el criterio de la normal tolerabilidad, por lo que, una vez establecida ésta, no hay margen para moderarla. Para otros autores, en cambio, el derecho a inmitir no tiene nada que ver con el criterio de la normal tolerabilidad y debe constituirse mediante sentencia judicial a través de una servidumbre coactiva *ex art.* 1032 C.c., que determinará el alcance y cuantía a compensar¹²⁰⁴.

El daño será lícito por lo que no se tratará como un resarcimiento *ex art.* 2043 C.c., sino como una compensación por haber sido afectado en el uso y disfrute de la propiedad (se producen efectos negativos). Desde un punto de vista del análisis económico, la constitución mediante servidumbre coactiva es más eficiente que la hipotética necesidad de adquirir el inmitente la propiedad del inmitido que va a resultar dañada, por cuanto esto comportaría una infrutilización de la capacidad productiva remanente del bien que sufre las inmisiones, así como una mayor fricción en el mercado con un consiguiente aumento de los costes transaccionales¹²⁰⁵.

En lo que se refiere a la salud de los afectados por inmisiones que excedan la normal tolerancia, la aplicación del segundo párrafo del art. 844 C.c. equivaldría a afirmar que también para los derechos fundamentales –entre cuyos va comprendido el derecho a la salud- la tutela constitucional se resolvería en el limitado efecto de proporcionar una indemnización, lo que es inadmisibles para algún autor¹²⁰⁶.

TRIMARCHI defiende que la inmisión superior a la normal tolerabilidad, pero justificable, por ejemplo en el interés de la producción, debe considerarse lícita incluso antes de la decisión del juez de declararla lícita, fundamentado en una responsabilidad sin culpa o directamente en una responsabilidad objetiva. Otros afirman –con los que no está en absoluto de acuerdo-, en cambio, que la inmisión no tolerable es siempre ilícita, antes de la pronunciación del juez; y si esa constituye un fenómeno relacionado de modo permanente al ejercicio de una actividad productiva, no puede ser ignorada por el propietario del fondo, la responsabilidad del cual, por tanto, vendrá afirmada sin necesidad de recurrir al principio de la responsabilidad objetiva. Según el autor una inmisión superior a la normal tolerabilidad normal puede consentirse –contra el pago de indemnización- cuando limite vuelva difícil el uso del fondo que tiene asociado, pero nunca cuando vuelva prácticamente imposible tal uso.

¹²⁰³ VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro...(II)”, *op. cit.*, pp. 49-51.

¹²⁰⁴ GALLINARI, A.: *op. cit.*, pp. 289-303. Según el autor (p. 289), «el productor está legalmente autorizado a sobrepasar el límite de su derecho de propiedad. [...] será el ejercicio de un derecho nuevo que se le ha atribuido a cargo y la limitación del derecho de propiedad del vecino en cuanto éste, como titular de un derecho de plena propiedad, tendría el derecho de rechazar las inmisiones que superen la normal tolerabilidad, por lo tanto es natural que aquél deba, como contraprestación, una compensación». MAUGERI, M. R.: *op. cit.*, pp. 894.

¹²⁰⁵ MAUGERI, M. R.: *loc. cit.*

¹²⁰⁶ TORREGROSA, G.: *op. cit.*, pp. 1416-1417.

Una vez respetado este límite, dice TRIMARCHI, el juez deberá asegurar si el daño puede ser eliminado o reducido mediante la adopción de una medida idónea, y calculará el coste de la adopción de tal medida. Si el coste de las medidas fuesen igual o poco superior a la de la reducción del daño, la adopción de aquéllas no presenta un carácter de economicidad social, por lo que el juez lo justifica en la razón de que esa reduciría la lesión del derecho de propiedad del sujeto expuesto a la inmisión: la regla es constituida de la prohibición de la inmisión. El juez no debe limitarse a considerar la medida que podría adoptar el inmitente para reducir la inmisión, sino que debe considerar también aquella que pueda ser adoptada por el sujeto pasivo de la inmisión al objetivo de reducirla, o de reducir la entidad del daño. Pero los gastos que el sujeto pasivo de la inmisión deba afrontar se sumarán al valor del eventual daño residual (en el caso de que la inmisión venga solo reducida, pero no eliminada) y el resultado constituirá el daño total, objeto de la indemnización. En el caso de que la inmisión no sea económicamente eliminable con la adopción de medidas, se deberá también tomar en consideración la posibilidad de prohibir la actividad que la causa. Para resolver este problema será necesario confrontar el daño causado por la inmisión con el daño que derivaría de la prohibición de la actividad. Para ello se tendrá en cuenta por el juez, entre otras cuestiones: la posibilidad que la actividad pueda ser llevada a cabo en otros lugares, donde la inmisión sea tolerable, sin descuidar –de otra parte– el hecho que la opción –de otro lugar–, por otras razones (distancia de la fuente de aprovisionamiento o del mercado), convierta en menos rentable el ejercicio de la empresa. Finalmente, cuando una modificación de la situación de hecho haga perder el presupuesto de «servidumbre de inmisión», esta podrá suprimirse, fundamentado en una aplicación analógica del art. 1055 C.c. italiano¹²⁰⁷. Dice VISINTINI que desde el punto de vista económico y social esta solución no presenta ninguna coherencia lógica, por cuanto no permite realizar un eficaz control sobre inmisiones entre propietarios vecinos, ni permite repercutir el riesgo relativo a quien lo determina, ni resarce integralmente el daño. Además, el coste de las medidas preventivas viene relacionada con el perjuicio de la inmisión en vía equitativa, no respecto del coste real de la indemnización, lo que favorece la industria¹²⁰⁸.

b) *Actividades autorizadas.*

Según EGEA FERNÁNDEZ, de forma paralela a la regulación civil de las inmisiones en las relaciones de vecindad, que sirve, entre otras cuestiones, para definir qué se entiende por inmisiones excesivas o perjudiciales, fue desarrollándose en la doctrina, la jurisprudencia y el otras legislaciones, la técnica de la autorización administrativa, en la cual se recogen niveles de emisión e inmisión y la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar que éstos sean superados, que se puede basar en el principio del desarrollo sostenible. La razón por la que existe obligación de tolerar las inmisiones procedentes de instalaciones autorizadas administrativamente, cuando han sido adoptadas todas las medidas precautorias, es que los posibles efectos perjudiciales de las emisiones son examinados anticipadamente y son tenidos en cuenta a la hora de autorizar o denegar la licencia¹²⁰⁹. Se trata de actividades socialmente beneficiosas y, por tanto legítimas, aunque subsista el deber de indemnizar¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, pp. 357, 360-363, 369.

¹²⁰⁸ VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro...(II)”, *op. cit.*, pp. 58-61.

¹²⁰⁹ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Condiciones medioambientales...”, *op. cit.*, p. 343. Según el autor, «un importantísimo sector de las actividades industriales se halla sujeto a dicha actividad autorizatoria».

¹²¹⁰ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 187-194; “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 419.

En Cataluña, el art. 546-14 5º C.c. recoge el régimen de las inmisiones sustanciales efectuadas por actividades autorizadas:

«Las inmisiones sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas administrativamente facultan a los propietarios vecinos 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».

Este apartado refleja la importancia que se le otorga a la industria como elemento beneficioso para la economía del país, y por consiguiente para el interés general, evitándose de esta forma el examen de los conceptos “uso normal” y “costumbre local”, pero exigiendo, para que sea válida su aplicación, que la actividad tenga autorización vigente y que cumpla con lo establecido en la misma. El legislador catalán utiliza un criterio económico ante perturbaciones sustanciales. Esta solución ha sido criticada. Por ejemplo, ALONSO PÉREZ, opina que las inmisiones sustanciales por su nocividad desmesurada para las personas deberían ser evitadas, aunque los gastos sean más que razonables (paz, tranquilidad, salud, calidad de vida, defensa del medio ambiente, ect.)¹²¹¹. DÍAZ ROMERO dice que cuando los intereses contrapuestos son, por un lado, el beneficio económico, y, por otro, derechos subjetivos gravemente violados, debe prevalecer la defensa de los derechos subjetivos lesionados¹²¹². Según NAVARRO MENDIZÁBAL el art. 514.4 5º C.c. catalán establece un monopolio en el que todos los intereses colectivos deben ser evaluados por la Administración. Por tanto, el ciudadano que se vea perjudicado y sólo mediante la adopción de medidas económicamente no razonables pudiera ponerse fin a la molestia, deberá acudir al procedimiento administrativo para lograr la cesación de la misma¹²¹³. Dice MACÍAS CASTILLO que esta solución constituye «un verdadero derecho a contaminar»¹²¹⁴. Según EGEA FERNÁNDEZ¹²¹⁵ cabe presumir, si se cumplen las medidas reglamentarias, que la Administración ya ha controlado previamente que funcionan las medidas técnicas (posibles) adecuadas en la instalación emitente. Por ello, cuando estas medidas se muestren insuficientes (no se pueden evitar las consecuencias perjudiciales), queda la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de daños y perjuicios causados. No obstante, a diferencia de lo que sucede en el caso de actividades no autorizadas, dice el autor que si la evitación de las consecuencias dañosas es posible por medio de medidas económicamente razonables, pero éstas no se han adoptado, sigue vigente la obligación de tolerar inmisiones provenientes de instalaciones autorizadas, aunque su cesación no comporte un gasto económicamente desproporcionado. Por otro lado, el motivo del deber de indemnizar no es ni la antijuridicidad del acto –que no es contrario a Derecho- ni la ilicitud (ya que no requiere la concurrencia de dolo o culpa), sino en la exigencia de justicia conmutativa¹²¹⁶.

¹²¹¹ ALONSO PÉREZ, M.: *La tutela del Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 4800-4801; “La protección jurídica...”, *op. cit.*, p. 391.

¹²¹² DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 3712-3173.

¹²¹³ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 292-293.

¹²¹⁴ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *cit.*, pp. 129-130. Según el autor: «el legislador catalán parece haber olvidado que es posible adoptar medidas técnicas que aminoren o eliminen la inmisión sin necesidad de llegar al cierre o, lo que es peor, de legalizar inmisiones».

¹²¹⁵ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, *op. cit.*, pp. 187-194; “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 419. Según el autor, en lo relativo al deber de indemnizar, el motivo de dicha obligación no es ni la antijuridicidad del acto –que no es contrario a Derecho- ni la ilicitud (ya que no requiere la concurrencia de dolo o culpa), sino en la exigencia de justicia conmutativa.

¹²¹⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *loc. cit.*

En Alemania, el § 14 *BImSchG* supone una excepción a la posibilidad de ejercitar la acción negatoria de inmisiones (§ 1004 BGB) contra el perturbador si se dan las condiciones del § 906 BGB, cuando la industria esté autorizada administrativamente, pues el propietario perjudicado sólo puede exigir medidas de precaución y, en el caso de que éstas no sean posibles técnica o económicamente, la indemnización por los daños y perjuicios causados. Se sustituye la acción negatoria por una acción de indemnización por daños que es independiente de la culpa y por un procedimiento de participación pública en el procedimiento autorizatorio previo a la autorización. La finalidad es asegurar el funcionamiento de las instalaciones autorizadas, protegiéndolas frente al derecho de cesación de la actividad que en otro caso correspondería al perjudicado¹²¹⁷. El interés del propietario dañado pasa en estos casos a un segundo plano¹²¹⁸. Se exigen dos requisitos para que esta regulación específica surta efecto: 1) es aplicable a los supuestos generales de inmisiones; 2) la autorización debe ser inimpugnable, habiéndose agotado las vías de recurso administrativo contra la misma; y 3) las inmisiones deben ser ilegítimas, según el § 906 BGB. La legitimación activa para exigir la indemnización corresponderá al propietario y el poseedor¹²¹⁹. La legitimación pasiva corresponderá al perturbador, en el sentido del § 1004 BGB, ampliable también a aquel cuya voluntad decisiva sea coadyuvado en la causación del perjuicio de la propiedad¹²²⁰.

En Italia, VISINTINI afirma que la concesión de autorización administrativa para la actividad industrial productiva de inmisiones deja impregada la tutela de los derechos del tercero dañado, pero puesto que aquélla instaura una presunción de utilidad social de la actividad misma, el remedio acordado al tercero dañado puede ser solamente el resarcimiento del daño y no la inhibitoria¹²²¹. Es decir, la doctrina relaciona las actividades autorizadas con su utilidad social.

En el derecho francés, CABALLERO¹²²² dice que los tribunales establecen como regla general que, cuando un establecimiento está autorizado, los tribunales judiciales tienen competencia para pronunciarse sobre las medidas propias a hacer cesar el perjuicio que este establecimiento pudiera causar en el futuro¹²²³, pues se dice que aquélla se otorga sin perjuicio de terceros, «a condición que estas medidas no contrarién las prescripciones dictadas por la Administración». No obstante, también se ha defendido que si bien para el otorgamiento de la autorización han sido tenidos en cuenta los intereses de los vecinos en un procedimiento administrativo, por otro lado hay que tener en cuenta que lo defendido por aquella son intereses generales. Otros autores niegan la posibilidad de que un juez civil pueda establecer medidas correctoras más allá de las recogidas en una autorización con el argumento de que la autorización ha dado al fundo un modo de explotación determinado y los tribunales civiles irían en contra de la decisión administrativa, violando con ello el principio de separación de poderes. De todos modos, cuando se amenace el equilibrio técnico y económico, las autoridades administrativas y judiciales conjugan sus iniciativas con medidas paralelas de protección. En materia de urbanismo se dice que el incumplimiento es una culpa *per se*¹²²⁴.

¹²¹⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 75.

¹²¹⁸ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, p. 354.

¹²¹⁹ Sentencia de 18 de septiembre de 1984 (BGHZ, 92, 143 y ss.).

¹²²⁰ Sentencia de 10 de diciembre de 1987 (BGHZ, 102, 350 y ss.).

¹²²¹ VISINTINI, G.: "Il divieto di immissioni...", *op. cit.*, p. 256.

¹²²² CABALLERO, F.: *op. cit.* pp. 244, 279-280.

¹²²³ MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./TUNC, A.: *Op. cit.*, pp. 700-702.

¹²²⁴ ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, *op. cit.*, p. 113.

En el derecho del *common law* hay ocasiones en las que las *nuisances* son causadas por un texto legal (*statutory authority*), un reglamento (*non-statutory body*), o incluso una autorización (*authorization*), pudiendo servir de defensa del causante de aquella frente a una acción negatoria (*injunction*), pero no frente a una compensación por los daños (*damages*) producidos. En el supuesto de autorización, ésta debe dejar claro el alcance de la misma, por lo que ante cualquier ambigüedad no se podrá presentar como defensa por parte del demandado¹²²⁵. Esta posibilidad tiene dos posibles excepciones: que la *nuisance* haya sido producida en un grado superior al necesario, o que se haya producido de forma negligente¹²²⁶.

Todo lo anterior pone de relieve cómo los ordenamientos catalán y alemán contienen una completa regulación de las inmisiones, en aras a compatibilizar los intereses de la industria estratégica y el interés general, por una parte, y los derechos de los ciudadanos y del medio ambiente, por otro. El sistema catalán es sustancialmente parecido al alemán, con la diferencia de que en aquél no existe una regulación específica para los efectos que produce en la acción negatoria la existencia de autorización administrativa en la industria, mientras que en el alemán se regula en el § 14 *BimSchG*. Por ello, surge la duda de si en el ordenamiento catalán las actividades autorizadas se refiere únicamente a aquellas que requieren autorización ambiental integrada (Anexo I de la LPCIC) o se amplía a aquellas recogidas en el RAMINP o equivalente. Creo que la previsión del legislador debe referirse a ambos tipos de actividades, dado que el equilibrio de intereses será necesario ante todo tipo de industrias donde haya habido algún grado de intervención y control por parte de la administración.

c) *Preeminencia de la indemnización frente a la cesación de la inmisión.*

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente para aquellos casos en los que existe una autorización que legalice las inmisiones que producen perjuicios sustanciales, recogida en Cataluña y Alemania pero no en España, la realidad jurisprudencial lleva a numerosas soluciones en las que, sin admitir los tribunales la importancia de la industria para la economía del país y sin decir expresamente que por este motivo se legalizan las inmisiones graves, se acaba concediendo una indemnización a tanto alzado y se otorga una importancia menor a la adopción de medidas de evitación.

En Francia, el vecino frecuentemente no obtiene la cesación de la actividad y debe contentarse de una indemnización compensatoria de una parte del perjuicio ya sufrido, y de otra parte del perjuicio que continuará sufriendo, lo que revela que determinados factores socio-económicos o tecnológicos, pesan sobre la conciencia de los jueces y les conducen a arbitrar en favor de los contaminadores más que en las víctimas. El problema es que las cantidades son muy bajas para disuadir al industrial. Por esta razón, los jueces se remiten a la buena voluntad de las fábricas (industrias) y a su deseo de evitar tanto como sea posible todas las causas de polución que puedan por otra parte entrañar nuevos procedimientos. Esta forma de reparación no es, en efecto, diferente de un precio a cambio del derecho a contaminar. Se llega así a separar la reparación de *troubles de voisinage* del marco de la responsabilidad para considerarla como una simple indemnización de expropiación. Independientemente del hecho que un análisis como este omite tomar en cuenta la ilicitud del *trouble*, constituye una regresión en la medida en que supone que el vecino no sufre un perjuicio más que a título de propietario. Pero se ha visto que el interés esencial de la construcción pretoriana es el reconocimiento de un derecho de la persona a un medio ambiente sin *nuisance*.

¹²²⁵ *Allen v Gulf Oil Refining Ltd* [1981] AC 1001.

¹²²⁶ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, pp. 264-265.

CABALLERO critica que la tolerancia fáctica de las inmisiones puede conducir a una concepción puramente materialista que pierda de vista los valores esenciales de la protección del hombre y de su medio ambiente¹²²⁷, pues altera el umbral de tolerabilidad medio. El principio de compensación aplicado al umbral de la excesividad de la inmisión puede producir notables distorsiones, dado que consiste en una técnica de los tribunales para efectuar un balance de inconvenientes y ventajas, que pueden ser en un mismo orden ecológico o de diferentes órdenes: ecológico, económico o social. CABALLERO duda de si se está verdaderamente en presencia de una técnica de apreciación de la excesividad de la inmisión o en una causa de exoneración. De entenderse de esta última forma, dice que quizás debería aplicarse dentro de la noción de inmisión en la tolerancia de vecindad. Sin duda, el juez constata la superación del umbral de anormalidad, pero esto ya no es un umbral de *nuisance*. Se eleva el umbral de anormalidad y, por vía de consecuencia, la disminución de los derechos de los vecinos a un medio ambiente sin *nuisance*, quedando la anormalidad perturbada¹²²⁸.

d) *Las inmisiones tolerables por negocio jurídico.*

La normativa civil en materia de inmisiones no es de orden público, por lo que cuando las partes inmitente e inmitida haya celebrado un acuerdo previo que autorice la actividad inmisiva, o al menos las condiciones, determinará la obligación de tolerancia¹²²⁹. No obstante, la celebración de dichos pactos no puede suponer inmunidad absoluta, por cuanto no todo lo que el inmitente realice en su fundo será lícito, sobretodo si afecta a los derechos de la personalidad del inmitido¹²³⁰, por encontrarnos en un supuesto en el que el pacto no puede servir al tratarse de bienes irrenunciables de la persona. Así, el acuerdo sólo significa la renuncia a la acción civil y será válido siempre que no suponga violación de los derechos fundamentales o vaya en contra de las leyes imperativas, la moral o el orden público (art. 1255 Cc.)¹²³¹. El pacto puede suponer a la parte emitente un importante ahorro en los gastos de prevención, pero solamente será posible una renuncia en un específico tipo de perturbación, pero no con carácter general a todas las intromisiones que se puedan producir¹²³².

En el derecho comparado, en Alemania se admite el carácter dispositivo del § 906 BGB, de manera que se limiten o amplíen los márgenes legales de la obligación de tolerancia mediante acuerdos contractuales o la constitución de servidumbres prediales¹²³³ que requieren inscripción registral. En el caso de incremento de las inmisiones, la inscripción se hará en la finca del perjudicado; en el caso de que el inmitente acepte la producción de inmisiones menores, o su exclusión, dicha inscripción se hará en la hoja relativa a su propiedad. Lo mismo sucede, respectivamente, cuando se acepte la exclusión de la indemnización cuando se produzcan inmisiones ilegítimas, o se pacten indemnizaciones cuando las inmisiones sean legítimas¹²³⁴.

¹²²⁷ CABALLERO, F.: *op. cit.*, pp. 283-285

¹²²⁸ *Ibid.*: pp. 251-254.

¹²²⁹ EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 40-42; MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.* pp. 282-283. SALVADOR CODERCH, P. y SANTDIUMERGE FARRÉ, J.: *op. cit.*, p. 122. STS 30.12.1995 (RJ 1995, 9661), 2.2.2001 (RJ 2001, 1003); STSJ Navarra 22.1.1993 (RJ 1993, 347).

¹²³⁰ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, pp. 91-92.

¹²³¹ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.* p. 48.

¹²³² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 40-42.

¹²³³ Sentencia del BGH de 13 de febrero de 1970 (NJW, 1970, pp. 856 y ss.).

¹²³⁴ ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M.: *op. cit.*, pp. 355-356.

El art. 544-5 Cc. catalán dice que no corresponde ejercer la acción negatoria: «b) Si los propietarios deben soportar la perturbación por disposición del presente código o por negocio jurídico».

En Italia, la mayor parte de la jurisprudencia¹²³⁵ y de la doctrina¹²³⁶ admiten que el art. 844 C.c. es una norma de carácter dispositivo, salvo que se trate de razones de defensa de salud de las personas, actuando este derecho como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad¹²³⁷. La posible servidumbre coactiva que convierta en lícita la inmisión dañosa puede consistir en hacer tolerar una inmisión superior a la normal tolerabilidad o, en sentido inverso, vincularse el inmitente a no superar el límite máximo del art. 844 C.c. Otro límite de la autonomía privada ha sido residenciado en la necesidad de no alterar, con la servidumbre de la inmisión, la propiedad al punto de convertir en ilusorio su contenido esencial¹²³⁸.

e) *La usucapibilidad del derecho a provocar inmisiones intolerables.*

En Italia, MAUGERI considera que las inmisiones lícitas dañosas deben constituirse a través de servidumbre coactiva, que podrá hacerse mediante sentencia judicial o mediante negociación entre las partes. No obstante, se muestra reacio a que sea adquirido este derecho por parte del inmitente a través de usucapión:

- en la servidumbre relativa a la obligación del inmitente de respetar un límite máximo de tolerabilidad, la razón estriba en que no se trata de una servidumbre aparente a los efectos del art. 1061 C.c., sino de una servidumbre negativa.
- En la servidumbre de inmisión superior a la normal tolerabilidad, la doctrina se divide a la hora de aceptarla o no. MAUGERI afirma que para que la servidumbre sea considerada aparente, en los términos del art. 1061 C.c., y con ello usucapida, es necesario que aquélla sea visible, permanente y tener un destino objetivo relacionado con el ejercicio del derecho de propiedad, lo que no casa con facilidad en los supuestos de inmisiones indirectas, por cuanto resulta imposible (o casi imposible) percibir que quien inmite ejercita su derecho de propiedad y excede de los límites. No basta, según la autora, con la existencia de un signo visible sino que es necesario que tal signo tenga un carácter funcional y instrumental en relación con el ejercicio de la servidumbre, lo que puede servir en el caso de inmisiones directas o en los casos en los que las obras con presencia física dejan un estado de apariencia que no requiere de pericial para su demostración, sino que está al alcance de un observador medio¹²³⁹. Sin perjuicio de que el derecho a adquirir derecho a contaminar no es viable cuando el acto que lo produce sea ilegal¹²⁴⁰.

En el derecho del *common law*, la adquisición de un derecho a contaminar en forma de servidumbre requiere: i) el transcurso de 20 años; ii) que el derecho a contaminar haya sido ejercido abierta y continuamente y sin ningún permiso específico de la persona que la sufre; iii) ser resultado de un acto lícito¹²⁴¹.

¹²³⁵ Cass., 15 de marzo de 1973, n° 750 (*Gius. civ.*, 1973-I, pp. 1326 y ss.).

¹²³⁶ MAUGERI, M. R.: *op. cit.*, p. 894. PARDOLESI, R.: *op. cit.*, pp. 403-404.

¹²³⁷ TORREGROSA, G.: *op. cit.*, p. 1428.

¹²³⁸ MAUGERI, M. R.: *op. cit.*, pp. 894-895.

¹²³⁹ *Ibid.*: pp. 895-896.

¹²⁴⁰ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 609. Según los autores, esto sucede en muchos supuestos de contaminación del agua.

¹²⁴¹ *Ibid.*: p. 263.

B) Respuesta jurídica frente a las inmisiones excesivas legítimas.

a) *La indemnización de daños y compensación por los futuros en actividades ajustadas al uso normal y si ponerles fin conlleva un gasto desproporcionado.*

La compensación por daños excesivos producidos actividades industriales que se ajustan al uso normal puede fundamentarse en el equilibrio entre la iniciativa económica y los particulares, o en la adquisición por parte de las industrias de un derecho a contaminar del modo: “Quien paga, contamina”. Abogo por una gradual implantación de esta posibilidad, por cuanto, de lo contrario, se podría llegar a soluciones extremas del cierre de actividades industriales estratégicas para el país por haber producido daños patrimoniales que, aun excesivos, podrían ser compensados o, al menos, conjugar los derechos y obligaciones de las partes de manera que cada uno tenga que sacrificarse en aras de un bien común, con la necesaria compensación.

Para implantar un derecho a la compensación de los perjudicados, es necesario el cumplimiento de una serie de premisas:

1) La actividad industrial deberá cumplir con las normas reguladoras de la actividad, así como con las licencias y/o autorizaciones, y no producir emisiones superiores a las producidas en la zona en cuestión, según los usos locales.

2) Los daños, que se deberán considerar excesivos, intolerables o sustanciales, o amenazas de los mismos, deberán referirse sobretodo a los patrimoniales, excluyendo por lo tanto los daños a la graves a la salud.

3) Las inmisiones deberán intentar reducirse a la normal tolerabilidad a través de medidas precautorias, cuando los costes de su implantación no hagan inviable la actividad. Aun siendo inviables, los demandados deberán intentar disminuir la excesividad de las inmisiones mediante otras técnicas, como emitir a determinadas horas del día, evitar la actividad los fines de semana, etc.

4) La decisión final será adoptada por los jueces civiles.

En Cataluña, «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» (art. 546-14 2º); y «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 esta, según la costumbre local» (ap. 3º); asimismo, pueden exigir que la inmisión se haga se haga en el día y en el momento menos perjudiciales y pueden adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo de los propietarios vecinos.

En el ordenamiento civil germano la compensación económica se regula en el § 906 II BGB cuando se produzcan inmisiones esenciales, adecuadas al uso local y no evitables mediante medidas económicas razonables, debiendo soportarse. En estos casos se concede al perjudicado el derecho a exigir una adecuada compensación económica si la inmisión perjudica un aprovechamiento de su propiedad adecuado al uso local o el rendimiento de su finca más allá de una medida tolerable. Esta medida se determinará de manera similar al requisito de la esencialidad, mediante una regla objetivada-diferenciada, realizando una ponderación de los intereses de ambas partes que permite decidir si la inmisión esencial sobrepasa dichos límites¹²⁴².

¹²⁴² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 461.

En este punto, hay que diferenciar el término “usuario”, que actúa lícitamente, dentro de los límites que marca el § 906 BGB, del término “perturbador” en el sentido del § 1004 BGB, por cuanto en el primer caso el perjudicado no podrá ejercitar la acción negatoria al considerarse tolerables las inmisiones. El perturbador actúa ilícita y culpablemente, por lo que estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios conforme al § 823 BGB, mientras que el usuario que debe compensar a la víctima lo hace con independencia de la culpa¹²⁴³. Además, la cuantía de la compensación se determina a través de técnicas expropiatorias y no de valoración de los daños y perjuicios conforme al § 249 y ss BGB y se concederá en forma de suma de capital o de una renta. El derecho a exigir la adecuada compensación en dinero corresponderá al propietario o poseedor de la finca perjudicada, pero no al mero usuario que no ostenta ningún derecho sobre la finca. La acción se dirigirá contra el propietario de la finca o contra el explotador de la actividad (usuario del predio) del que proceden las inmisiones. En el supuesto de que las inmisiones produzcan daños menores a la salud, o amenazas, como hay que entender los mismos como significativos, la cuestión verdaderamente relevante es saber si una vulneración significativa más allá de lo que es aceptable de conformidad con el § 906 II frase 2ª, es compensable o no. HINTEREGGER cree que el estándar de la costumbre local del fundo inmitido normalmente excederá en este punto¹²⁴⁴.

b) *Actividades autorizadas: medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar los daños, indemnización y compensación.*

En el derecho civil común español es doctrina jurisprudencial consolidada que dice que la autorización administrativa no excluye la responsabilidad por daños a particulares, dado que la concesión de licencias constituye un acto administrativo realizado sin perjuicio del derecho de terceros¹²⁴⁵. A pesar de la utilidad social de la actividad autorizada, el licenciatario no adquiere el derecho a dañar a otros¹²⁴⁶. En mi opinión, no hay que confundir las acciones centradas en la inmisión de aquellas centradas en la actividad. En estos casos, lo recomendable es conceder el derecho a eliminar la inmisión o reducir su intensidad a niveles tolerables, y si fuera posible, exigir la cesación definitiva de la actividad productora de la inmisión, esté o no autorizada administrativamente¹²⁴⁷. En cambio, para otro tipo de daños “menores”, generalmente de naturaleza patrimonial, habría ver la posibilidad de tolerar las inmisiones.

En el caso de que las inmisiones provengan de instalaciones autorizadas del art. 546-14 5º C.c. catalán, no se está excluyendo la protección de los derechos privados, sino sólo la competencia de la jurisdicción civil para ordenar el cierre de una actividad que opera con licencia administrativa. A cambio se permite que los afectados exijan «la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas y para solicitar la indemnización por los daños producidos», o una compensación por los «daños que puedan producirse en el futuro». A la vista de la normativa catalana se podría llegar a pensar que la tutela preventiva debería ejercerse exclusivamente en la vía administrativa¹²⁴⁸.

¹²⁴³ Sentencia del BGH de 2 de marzo de 1984 (BGHZ, 90, 225 y ss.)

¹²⁴⁴ HINTEREGGER, M: *op. cit.*, p. 112.

¹²⁴⁵ Arts. 10 y 12 RSCL; 29 Ley de Minas: 2.2 y 104.1 de su reglamento; 61.1 TRLA, 54,1 y 9.1 de su Reglamento; 37.1 y 66.1 de la Ley de Costas y 131 de su Reglamento; etc.

¹²⁴⁶ CORDERO LOBATO, E.: *op. cit.*, p. 328.

¹²⁴⁷ DÍAZ ROMERO, Mª DEL R.: “La acción negatoria frente a inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 3712-3173.

¹²⁴⁸ PARRA LUCÁN, Mª. A.: “El derecho civil del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 20. Según la autora: «Puesto que esta –la autorización– procede de un acto administrativo, y se dicta conforme a las normas de

La mera existencia de autorización de la industria implica la legitimación de la inmisión, con independencia de que el particular perjudicado pueda adoptar de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas, así como la indemnización por daños producidos y, en su caso, una compensación económica por los daños futuros si las consecuencias dañosas no pueden evitarse (art. 546-14 5º C.c.). La diferencia fundamental con respecto a las actividades no autorizadas es que en éstas la legitimidad de las inmisiones requerirán, además de ajustarse al uso normal (según la normativa), que las inmisiones no se puedan reducir a la normal tolerancia sin comportar un gasto económicamente desproporcionado. En este caso, el perjudicado tiene derecho a recibir una indemnización por los daños producidos en el pasado y una compensación económica por los futuros si estas inmisiones afectan exageradamente el producto de la finca, según el uso local, así como solicitar que la actividad se haga el momento más adecuado así como la adopción de medidas procedentes para atenuar los daños (art. 546-14 2º, 3º y 4º C.c.).

En Alemania, cuando la actividad causante de la inmisión esté autorizada el perjudicado tiene un deber de tolerarla (§ 14 frase 2 BimSchG) si las opciones de adoptar medidas preventivas para el causante son técnicamente imposibles o económicamente irrazonables. Por otra parte, esta indemnización del *BimSchG* para las actividades autorizadas no debe confundirse con la compensación que se aplica en el caso de inmisión que producen perjuicios sustanciales ocasionados por actividades que se ajustan al uso normal, ya que en el caso de actividades autorizadas se concede una indemnización en la medida que no subsiste una obligación de tolerancia, por lo que el perjudicado podría ejercitar la acción negatoria del § 1004 BGB, pero por razones de interés preponderante se le ve privado de dicha posibilidad.

En Italia, el derecho a la compensación económica no está previsto en el art. 844 C.c., si bien ha sido elaborado jurisprudencial y doctrinalmente. Se trata de las denominadas “*inmisiones lícitas dañosas*”, que son las que exceden de la normal tolerancia desde el punto de vista de los perjuicios causados, siendo lícitas por exigencias de la producción, si bien sólo cuando no sea posible eliminarlas o reducirlas con medidas técnicas no excesivamente gravosas (844.2º). Dice TRIMARCHI que la compensación surge por cuanto: 1) se resuelve un conflicto entre dos intereses opuestos haciendo prevalecer la industria y sacrificando al particular. 2) Si el ejercicio de una industria causa inmisiones dañosas, éstas constituirán parte de su pasivo social, y el coste relativo debe por lo tanto ser cargado. 3) No se produce la supuesta compensación fundada en que cada propietario está compensado de igual derecho, pues el ejercicio de una actividad productiva, que causa inmisiones intolerables, no constituye un modo generalmente difuso de disfrutar la propiedad fondiaria. 4) De aceptar la tesis de la no indemnización implicaría la constitución de una servidumbre coactiva no debería obligar al pago de una indemnización. Lo contrario implicaría una injustificable financiación de la empresa inmitente por parte del propietario del fundo vecino¹²⁴⁹. El fundamento de la indemnización obedece a causas distintas que la compensación.

Derecho público promulgadas atendiendo al interés general, no resulta criticable que el control de esa licencia (que es en definitiva en lo que se traduce el cierre de la actividad) se atribuya a la jurisdicción contenciosa. Posiblemente, una norma semejante conduzca, en el Derecho catalán, a reducir las reclamaciones ante la jurisdicción civil y reconducirlas al orden contencioso-administrativo».

¹²⁴⁹ TRIMARCHI, P., *Rischio...*, op. cit., pp. 354-355, 357, 364-365.

PARTE III. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN: REQUISITOS, TUTELA Y ASEGURAMIENTO DEL DAÑO.

Capítulo 1. Presupuestos de la acción de responsabilidad civil por contaminación.

I) *El daño tradicional o civil por contaminación.*

1) Introducción.

A) *Las fuentes de las obligaciones. Los presupuestos de la acción.*

La responsabilidad civil extracontractual es el deber de reparar el daño ocasionado a otra persona como consecuencia de la violación de un deber jurídico preexistente. Viene marcada por el acto ilícito, regulado en el art. 1902 C.c. Por acto ilícito se puede entender “el acto voluntario (imputabilidad subjetiva en primer grado) que vulnere el ordenamiento jurídico en su totalidad –no una norma aislada- (antijuridicidad), culpable (imputabilidad subjetiva en segundo grado), que causa (relación de causalidad material y/o imputación objetiva) un daño a otro y genera la obligación de responder”. Los elementos del acto ilícito son: la antijuridicidad, el daño, los factores de imputación subjetiva y la relación causal material y/o imputación objetiva.

La responsabilidad civil extracontractual surge cuando se provocan daños personales o patrimoniales, al margen de cualquier relación jurídica a uno o varios sujetos determinados. Es una respuesta jurídico-privada del ordenamiento frente a las conductas dañosas ilícitas (art. 1089 C.c.) y culpables (art. 1902 C.c.) y su fundamento último radica en las normas de respeto impuestas por la convivencia¹²⁵⁰ y la protección de los derechos de la persona en su ámbito más personal. En materia de inmisiones excesivas y nocivas la responsabilidad vendrá fundamentada en una correcta vecindad, y en el debido respeto de las industrias contra los excesos y abusos que puedan cometer en perjuicio de los ciudadanos, en estos casos la parte más débil.

Según la voluntariedad del agente en la infracción del deber jurídico preexistente, el acto ilícito puede ser de dos clases: el que sea ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar (dolo); en el resto de casos se determinará por la culpa o negligencia. En materia de inmisiones los actos son conocidos como consecuencia normal del ejercicio de la empresa. Con base en el art. 1902 C.c. la doctrina y la jurisprudencia señalan como elementos de la responsabilidad civil por contaminación:

1) *Acción u omisión voluntaria y dañosa.* En primer lugar, la conducta comprende un acto humano que puede consistir en una acción positiva (*facere*) o en una acción negativa u omisión (*non facere*)¹²⁵¹. Por otro lado, existirán daños y perjuicios¹²⁵², como menoscabo producido como consecuencia de un evento que sufre una persona. El daño debe ser cierto, lo que excluye los hipotéticos o eventuales, pues pueden no llegar a producirse, lo que no significa que no sea indemnizable el daño futuro, cuando surja con posterioridad según una certidumbre racional. En materia de inmisiones, el daño ha de ser significativo y ser producido por una inmisión excesiva, y estar relacionado con las personas o cosas vinculadas al inmueble.

¹²⁵⁰ LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 89.

¹²⁵¹ AMAT LLARÍ, E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 453. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 22.

¹²⁵² RUIZ JIMÉNEZ, J.: TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *op. cit.*, p. 1828. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 22.

2) *Antijuridicidad*. En materia de inmisiones, la antijuridicidad de la inmisión (ilegitimidad) se basa más bien en un acto excesivo y nocivo (art. 1908.2 C.c.). No obstante, las inmisiones también pueden basarse en un acto doloso o abusivo. En el resto de daños civiles por contaminación, la antijuridicidad se basa en la producción de un daño injusto¹²⁵³ y/o de un deber de conducirse correctamente, con base a un deber específico o el más genérico del *alterum non laedere*¹²⁵⁴, según si nos inclinamos por un desvalor del resultado o de la acción (o por uno mixto). Los deberes específicos vendrán generalmente determinados por la propia normativa ambiental reguladora de la actividad industrial (valores límite de emisión, medidas de prevención, etc.), que tienen como destino de la norma la protección del medio ambiente y la salud de las personas o salvaguarda del patrimonio de éstos. Su vulneración se considerará un caso de antijuridicidad formal. En caso de que no existan tales normas o no hayan sido vulneradas, habrá que acudir al principio general del derecho del *alterum non laedere*.

3) *Dolo, culpa o negligencia, o riesgo* en la conducta. En el dolo, el sujeto actuará a sabiendas y con la intención de dañar. En casos de culpa o negligencia, se determinará si el sujeto pudo o no pudo prever las consecuencias de su conducta activa u omisiva (juicio de previsibilidad), o si el sujeto disponía o no de los medios necesarios para impedirlo y no lo hizo, o tenía un deber de evitarlo y no lo hizo (juicio de evitabilidad). Ambos tipos de responsabilidad pueden aplicarse a los daños civiles por contaminación. Los expedientes de culpa o negligencia no serán muy habituales en los DCC industrial, ya que las industrias alegarán el cumplimiento de la normativa reglamentaria. En estos casos, dada la peligrosidad inherente a estas actividades, los jueces suelen aplicar la responsabilidad cuasiobjetiva, basada en el riesgo, en el aumento de la diligencia exigible (más allá de la reglamentaria) o en la inversión de la carga de la prueba de la culpa. En materia de inmisiones se establece una responsabilidad objetiva basada en la excesividad y nocividad de la inmisión *ex art. 1908.2 C.c.*¹²⁵⁵. Finalmente, las leyes pueden prever un supuesto expreso de responsabilidad objetiva.

4) *Relación causal* (material y jurídica). 4.1.) *Nexo causal*. Es la valoración de la probabilidad entre un antecedente y el daño. Se le denomina también juicio de relación causal material, pues tiene en cuenta los aspectos de la naturaleza entre el hecho y el daño, seleccionando los hechos que han sido causa del mismo. Se utiliza la teoría de la *conditio sine qua non*, por la cual eliminado el hecho causante el resultado no habría tenido lugar. En ocasiones, ante la falta de medios de prueba se aplica el juicio de la probabilidad cualificada. Se aplicará en todo tipo de daños civiles por contaminación, sin matices. 4.2.) *Imputación objetiva del daño* (o relación causal jurídica). Para hacer este juicio de adecuación, los tribunales y la doctrina suelen aplicar la teoría de la causalidad adecuada, basada en el antecedente que es posible, probable o razonable que ocasiona el daño. Es la probabilidad de que una determinada causa venga seguida por un cierto resultado (previsibilidad en abstracto, es decir, teniendo en cuenta lo que un hombre “medio” hubiera podido prever como resultado de su acto). Se aplica a todo tipo de daños civiles por contaminación, con algunos matices: por ejemplo, en la responsabilidad por riesgo, la imputación del daño se basará en la relación existente entre la idea de control del riesgo y el peligro específico que sobre él recae.

¹²⁵³ VERDERA SERVER, R.: (autor y coord.), y otros: *Derecho de daños*, Colección esquemas de Derecho Civil, Aranzadi, Navarra, p. 132.

¹²⁵⁴ CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 136. RUIZ JIMÉNEZ, J., TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *op. cit.*, p. 1828. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 22.

¹²⁵⁵ AMAT LLARÍ, E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *loc. cit.* RUIZ JIMÉNEZ, J.: TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *loc. cit.*

B) Elementos del daño civil por contaminación.

a) Conducta dañosa: acción u omisión humana voluntaria.

La conducta dañosa puede consistir en una *acción* o en una *omisión*. El acto u omisión es producida por una conducta humana voluntaria, es decir, controlable por la voluntad a la cual se imputa el hecho. No obstante, el agente ha de responder jurídicamente también de aquellas consecuencias de su actuación relacionadas con sus acciones que no ha previsto y aun las que no ha querido, pero con las cuales, según la previsión humana, debió contar y que por ello han de considerarse controlables por él¹²⁵⁶. La voluntariedad se refiere a la imputabilidad objetiva del daño o imputabilidad en primer grado, siendo, en términos generales, la capacidad para comprender la injusticia de la acción y de obrar en consecuencia, o dicho de otro modo, la conexión de cierta conducta injusta con una consecuencia ilícita. Se excluyen, por tanto, los hechos puros de la naturaleza, ya que sin intervención del hombre no podría generarse la obligación de indemnizar, pues a nadie podría imputarse el nexo causal¹²⁵⁷.

La acción es cualquier comportamiento humano (en nuestro caso una actividad industrial), que altere la realidad preexistente y que estará materializada en el suceso contaminante¹²⁵⁸. La omisión puede consistir en la omisión de lo que debía de haberse hecho (art. 1098 C.c.), normalmente cuando no se han tomado las medidas necesarias para evitar un daño, o en haber hecho lo que se debió omitir (arts. 1088 y 1099 C.c.)¹²⁵⁹. En concreto, la omisión puede referirse en esta materia a: 1) los medios conducentes a la desaparición del riesgo o defecto; 2) cuando la abstención se efectúa con la intención de dañar, lo que entra en un supuesto de dolo; 3) la ausencia de adopción de medidas necesarias para evitar el daño previsible, y 4) la diligencia debida (cuando la ley o reglamento imponen la obligación de actuar)¹²⁶⁰, lo que conduce a una mayor importancia de la omisión, al valorarse la previsibilidad una vez producido el daño¹²⁶¹. Se pueden distinguir las omisiones de diligencia de las omisiones puras:

1) Las *omisiones puras* surgen cuando exista un incumplimiento de un deber legal o negocial de actuar de manera imputable, lo que se sumará a los factores causales y se someterá al juicio de imputación objetiva y subjetiva. Se considera que la realización diligente de la actividad incluye la concreta conducta omitida, con independencia del cumplimiento de los reglamentos administrativos; si suscitan dudas, habría que estar a la conducta normalmente exigible para enjuiciarlos o al criterio del ámbito de protección de la norma infringida¹²⁶². Es dicho incumplimiento el que cualifica la inactividad, convirtiéndola en omisión, atrayéndola de esta forma al proceso de determinación de los responsables del daño. En materia de inmisiones es imposible que puedan darse este tipo de omisiones, ya que aquéllas requieren un hacer¹²⁶³.

¹²⁵⁶ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, op. cit., pp. 22-23.

¹²⁵⁷ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., p. 239. REYES LÓPEZ, M^a. J.: op. cit., p. 208.

¹²⁵⁸ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 146.

¹²⁵⁹ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, op. cit., pp. 23-24.

¹²⁶⁰ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, op. cit., p. 331.

¹²⁶¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil...*, op. cit. p. 257. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 144. VERDERA SERVER, R. y otros: op. cit., p. 104.

¹²⁶² ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Cizur Menor (Bavarra): Aranzadi-Thomson, D.L. 2005, p. 149.

¹²⁶³ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., p. 267.

2) Las *omisiones de diligencia* se refieren a los deberes relacionados con la actividad, producida por la ausencia de la adopción de todas las medidas necesarias para evitar la producción del daño. Aquí, la omisión se puede referir a: *i)* la de los medios conducentes a la desaparición del riesgo o defecto; *ii)* la ausencia de adopción de medidas necesarias para evitar el daño, o *iii)* la omisión de la diligencia debida. Se pueden reconducir a los esquemas generales de la responsabilidad civil aplicados a las acciones, que las asimila, debido a que sólo pueden calificarse desde el contexto específico de una actividad positiva y en atención a la corrección en la forma de su desarrollo. En estos casos el agente no actúa debidamente al llevar a cabo la conducta perjudicial: no realizó las concretas actuaciones exigidas, no lo hizo en la forma correcta, no adoptó más precauciones, etc. La omisión de diligencia facilita la condena mediante el argumento siguiente: «se decide que el daño no debió ocurrir, se calcula la conducta que lo hubiera evitado, se decide que esa conducta formaba parte de la diligencia exigible al demandado, y se concluye con toda lógica que, puesto que el daño existe, se *ha debido* a la omisión negligente de aquél», lo que genera inseguridad, pues encierra en un círculo vicioso las peores derivaciones de los requisitos de la causa y de la culpa. Según ARCOS VIEIRA, vale la pena acudir a la forma positiva (negligencia) que permite explicar lo ocurrido en la actividad desarrollada, debiendo considerarse solamente como omisiones las puras, pues en éstas no se lleva a cabo una conducta¹²⁶⁴.

En algunas ocasiones la jurisprudencia, incluso en materia de inmisiones, viene a confirmar el elemento subjetivo y personal del agente de haber obrado con descuido o negligencia de evitar un mal, afirmando que «la obligación que establece el art. 1902 alcanza al dueño de una cosa que, por omitir los medios conducentes a la desaparición o corrección de los vicios o defectos de que adolezca o el empleo de los procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias, da lugar a que se produzcan dichos daños»¹²⁶⁵, o cuando se dice que la conducta descuidada o negligente del demandado deriva de «no cumplir, con diligencia, sus obligaciones en cuanto a las instalaciones, con cuyo proceder causa daños, por causa absolutamente previsible, cual es la salida de humos y expansión de impurezas residuales [...] al no adoptar las medidas técnicas adecuadas»¹²⁶⁶. En otras ocasiones, el TS ha establecido una responsabilidad cuasi objetiva fundada en la mera creación de peligros para la comunidad posible y socialmente adecuada¹²⁶⁷: «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsible y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia»¹²⁶⁸. A veces la jurisprudencia hace uso del contenido del art. 1104 C.c. en su vertiente de presunción de culpa para decir que «la acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trata, [y, además, al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta¹²⁶⁹] sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias»¹²⁷⁰.

¹²⁶⁴ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, pp. 127, 149, 352.

¹²⁶⁵ STS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673).

¹²⁶⁶ STS 14.5.1963 (RJ 1963, 2699).

¹²⁶⁷ SSTS 30.10.1963 (RJ 1963, 4231), 13.12.1971 (RJ 1971, 5232).

¹²⁶⁸ SSTS 13.12.1971 (RJ 1971, 5232), 12.2.1981 (RJ 1981, 530), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 24.05.1993 (RJ 1993, 3727).

¹²⁶⁹ STS 25.3.1995 (RJ 1995, 2141).

¹²⁷⁰ STS 30.6.1976 (RJ 1976, 3201).

b) *Daño cierto, personal y directo.*

El daño es todo detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra¹²⁷¹ y que afecta a sus derechos personales o reales¹²⁷². Es requisito imprescindible de la responsabilidad civil por contaminación el relativo a que el daño sea cierto, personal (atribuible a una conducta humana) y directo¹²⁷³, tanto el producido a elementos patrimoniales como no patrimoniales¹²⁷⁴, es decir, que afecte a la persona, a su salud o a su patrimonio¹²⁷⁵, incluidos los daños morales derivados de la lesión corporal y, en general, cualquier interés jurídicamente protegido¹²⁷⁶, y ser susceptible de valoración económica¹²⁷⁷. Esto servirá tanto para los daños ocasionados por inmisiones como para el resto de daños tradicionales¹²⁷⁸, si bien en materia de inmisiones los daños personales deben tener una cierta relación de estabilidad (ocupación legal) con el bien inmueble. A raíz de la jurisprudencia y la doctrina se han ampliado las inmisiones a los daños personales y morales.

La certeza del daño implica la necesidad de que el resultado lesivo sea objetivamente cierto en cualquiera de los bienes del particular afectado, vinculado más que al propio concepto de daño, a la prueba de su existencia. Esto significa que ha de ser real, actual y verdadero (se excluyen los daños futuros –si bien con alguna excepción en materia de compensación- e hipotéticos). No obstante, en los daños no patrimoniales, la prueba de la certeza del daño es difícil, si bien los tribunales no precisan pruebas objetivas del mismo debido a la variedad de circunstancias, situaciones o formas con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica¹²⁷⁹, y con base a la doctrina *in re ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), en cuya virtud cuando se da una situación de notoriedad no es exigible una concreta actividad probatoria, produciéndose una deducción de negligencia que se desprende del daño desproporcionado¹²⁸⁰, lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado¹²⁸¹. En materia de inmisiones los daños no patrimoniales pueden deducirse de situaciones en las que se constate la superación de los límites de tolerancia, lo que puede ser determinativo de la situación de notoriedad, facilitado por las normas administrativas protectoras del medio ambiente cuando se constata la superación de los límites máximos previstos¹²⁸².

¹²⁷¹ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños...* op. cit., pp. 22-23. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 143.

¹²⁷² MACIÀ GÓMEZ, R. I.: “La dualidad del daño patrimonial y del daño moral”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 36, 2010, p. 21.

¹²⁷³ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, op. cit., p. 88. GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 73. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, op. cit., p. 311. REYES LÓPEZ, M^a. J.: op. cit., p. 215. ZUBIRI DE SALINAS, M.: *El seguro de responsabilidad civil...*, op. cit., p. 176.

¹²⁷⁴ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 122.

¹²⁷⁵ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, op. cit., p. 332; “La responsabilidad civil...”, op. cit., p. 64. LLODRÀ GRIMALT, F.: op. cit., p. 94.

¹²⁷⁶ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., p. 285.

¹²⁷⁷ CONDE ANTEQUERA, J.: op. cit., p. 143. SERRANO GÓMEZ, E.: op. cit., p. 290.

¹²⁷⁸ JUNCEDA MORENO, J.: op. cit., p. 77. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 26.

¹²⁷⁹ AAP Baleares 6.3.2001 (AC 2001, 1200); SAP Valencia 13.4.2005 (JUR 2005, 129904).

¹²⁸⁰ STS 9.12.1998 (RJ 1998, 9427).

¹²⁸¹ SSTS 29.6.1999 (RJ 1999, 4895), 2 de abril de 2004 (RJ 2004, 2607).

¹²⁸² YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 126.

Por otro lado, los daños producidos al medio ambiente -en el que sólo indirectamente pueden verse afectados los particulares- no se incluyen. En el caso de *daños medioambientales* que pueden tener la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular*, se producirá un daño cierto en el medio ambiente, y la forma de reparación se ajustará a lo dispuesto en la LRM, sin perjuicio de que también pueda instarse su reparación en sede judicial civil (art. 5.2 LRM).

Los DCC serán los causados por sustancias contaminantes que se han propagado por el suelo, el aire o las aguas (elemento transmisor), sufrido por las personas o sus bienes¹²⁸³, definición que sirve tanto para las inmisiones como para el resto de daños tradicionales, ya que se produce con independencia de que el daño sea continuado o instantáneo¹²⁸⁴. Comprenderá el daño emergente y el lucro cesante, por lo que cualquier daño futuro o eventual carece de relevancia jurídica, lo que constituiría, en caso de producirse, otro procedimiento para su reparación¹²⁸⁵.

En materia de inmisiones se exige, además, que el daño afecte a las propiedades y/o a las personas que tengan relación con el inmueble afectado¹²⁸⁶, y que la inmisión sea excesiva (art. 1908.2 C.c.), que se suele reflejar a través del análisis de la normal tolerancia de los sujetos afectados o en la disminución del valor económico de la finca¹²⁸⁷. El daño ha de tener una cierta entidad, que le haga merecer el concepto de “no tolerable”¹²⁸⁸, a la vista de que la actividad supera los límites normales produciendo un daño grave, abusivo o excesivo (arts. 7.2 y/o 1908.2 C.c.), si bien éstas deberán acreditar una relación estable con el bien inmueble que recibe las inmisiones¹²⁸⁹. También se verá si la instalación no guarda las distancias adecuadas, no realiza las obras de resguardo necesarias o actúa sin licencia (incumplimiento del art. 590 C.c.).

En el odenamiento civil catalán, del conjunto de la ley se deduce que el daño causado ha de tener relación con la finca: puede afectar a la finca en sí, a las cosas que se incluyen en ella (incluidos animales y plantas), o a las personas que se encuentran en ella con una relación de estabilidad¹²⁹⁰. Por su parte, en Alemania, el daño civil por contaminación ha de derivar de la lesión de uno de los derechos absolutos o bienes jurídicos que allí se recogen (§ 823 I BGB y § 1 UmweltHG)¹²⁹¹. Los daños cubiertos por inmisiones *ex* § 906 BGB son más bien los daños a la propiedad, como los costes de la reparación de la disminución del valor de la propiedad¹²⁹².

¹²⁸³ JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 74. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 20.

¹²⁸⁴ VINAIXA MIQUEL, M.: La responsabilidad civil..., *op. cit.*, p. 319.

¹²⁸⁵ CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 143. DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 80-81. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 94. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *op. cit.*, p. 1829. ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 184.

¹²⁸⁶ BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., primera parte”, *op. cit.*, pp. 550-551. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 64.

¹²⁸⁷ AMAT LLARÍ, E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 453.

¹²⁸⁸ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 170. Según el autor, habrá que estar a los arts. 590 y 7.2 C.c. para determinar la tolerabilidad del daño.

¹²⁸⁹ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones”, *op. cit.*, pp. 87-89 y 94. “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 453. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 272.

¹²⁹⁰ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 8. Según la autora, «Otro tipo de daños no podrán ser indemnizados a través de la LANISRV, sino que tendrían que serlo mediante la responsabilidad extracontractual del CC».

¹²⁹¹ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 7.

¹²⁹² HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 70-71.

c) *Alteridad en el daño.*

Es presupuesto ineludible de la responsabilidad civil extracontractual por contaminación que el daño que produce infracción del sujeto responsable y que se trata de indemnizar sea un daño causado a bienes de otro sujeto y no a bienes propios del sujeto responsable. Por ejemplo, en el caso de DCC reconducibles al art. 1902 C.c., éste recoge el siguiente tenor literal: «el que por acción u omisión causa daño a otro». Por su parte, el art. 1908.2 C.c., aplicable en materia de responsabilidad civil por inmisiones excesivas y nocivas, requiere una acción u omisión del propietario de un terreno o industria que causa daño a heredades vecinas pertenecientes a distintos propietarios o a personas que no son los propietarios de la industria en cuestión.

El criterio de la alteridad es clave en la existencia de responsabilidad civil por contaminación del suelo. Existe jurisprudencia¹²⁹³ que defiende que en los casos de transmisión de terrenos contaminados el propietario que contamine es responsable civil frente a futuros adquirentes en cuanto a los daños causados en la finca.

En contra, la STS 22.12.2008 (RJ 2009, 162) recoge un caso en el que una mercantil interpuso demanda contra otra solicitando la retirada de residuos enterrados en un solar, cuyos vertidos se habían producido mientras que la demandada era propietaria del aquél, mientras que la demandante había adquirido el mismo como último adquirente tras una cadena de transmisiones. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia basándose en la doctrina jurisprudencial sobre los daños continuados o de producción sucesiva hasta el definitivo resultado y a la responsabilidad objetiva por la actividad peligrosa, incluso mediante la aplicación del art. 1909 C.c. por razón del riesgo creado. No obstante, para que pueda exigirse responsabilidad extracontractual es requisito la alteridad de los daños causados, con base al art. 1902 C.c., dado que, de lo contrario, se estaría en un caso de incumplimiento de obligaciones convenidas o por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida¹²⁹⁴.

Esta posición marcada por la STS 22.12.2008 (RJ 2009, 162) es la preferida por PARRA LUCÁN¹²⁹⁵, en cuanto dice que en las relaciones entre particulares la obligación del propietario vendedor de asumir los gastos de contaminación frente al comprador se regirá por las cláusulas del contrato, siendo más que discutible, sin embargo, que quien contaminó una finca propia en el pasado deba responder frente a posteriores adquirentes de la finca contaminada de los gastos de limpieza y reposición de la misma al amparo de las reglas de responsabilidad extracontractual.

¹²⁹³ La STS 29.10.2008 (RJ 2008, 5801), FD 3º, señala que «la responsabilidad frente a la entidad actora la ostenta la parte demandada, que con su acción consistente en la fabricación de fertilizantes ha producido el daño de contaminación de los terrenos, y ha ocasionado y motivado que la parte actora haya asumido unilateralmente los trabajos de descontaminación a través de la contratación de terceras entidades. De todo ello [...]».

¹²⁹⁴ Según la STS 22.12.2008 (RJ 2009, 162), «la consideración como terceros perjudicados de estos sucesivos titulares exige demostrar que han sido víctimas de daños distintos de los consistentes en perjuicios económicos dimanantes de los defectos sufridos por la cosa vendida, pues, en caso de no ser así, sólo las acciones relacionadas con el incumplimiento del contrato o con el saneamiento de la cosa vendida pueden ser utilizadas para el resarcimiento, en el marco de las relaciones contractuales». Por lo tanto, «La posible responsabilidad de [el demandado] frente a futuros adquirentes de la finca, se integra estrictamente en el ámbito de la culpa contractual por incumplimiento –en su caso– de obligaciones convenidas o por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, pero no puede dar lugar a una responsabilidad por culpa extracontractual al faltar uno de los elementos esenciales que la configura en el art. 1902 CC como es el resultado dañoso causado a bienes de otro sujeto».

¹²⁹⁵ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Suelos contaminados: la responsabilidad civil del causante de la contaminación”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 3, 2011, pp. 11, 16-24.

Las acciones contractuales que tendrá el propietario adquirente de un suelo contaminado serán las de saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 y ss. C.c.), anulabilidad del contrato debido a error o dolo (art. 1266 C.c.) o incumplimiento contractual (art. 1124 C.c.). La reclamación debe ir dirigida contra el vendedor, mediante, en su caso, la subrogación que a tenor del artículo 1511 C.c. se opera en favor del comprador respecto de las acciones que corresponden al primero contra los transmitentes anteriores¹²⁹⁶. No será posible la reclamación contractual directa contra el último vendedor del suelo cuando la contaminación se haya producido con anterioridad a la compra del suelo por éste último¹²⁹⁷. Tampoco cabría hacer referencia a la jurisprudencia sobre daños continuados, pues se refiere únicamente a la prescripción de la acción y no a los presupuestos de la responsabilidad civil *ex* arts. 1902 y 1908 C.c.¹²⁹⁸; o acoger la argumentación de pago de deuda ajena o subrogación en el supuesto de que el ulterior adquirente hubiera procedido a su propia voluntad a la restauración del suelo, independientemente de que lo haya asumido o no como obligación contractual¹²⁹⁹.

C) Daños afectados por un elemento temporal.

Se puede hacer una clasificación de los daños tradicionales en función de su momento de manifestación, distinguiendo el de causación del suceso, la aparición de los daños y la exhaustividad de los mismos. En los daños instantáneos o de tracto unitario, la acción u omisión del sujeto va seguido, en un corto espacio temporal, de un perjuicio realizado en la persona o bienes de un tercero, que puede ser reversible o irreversible. Por otra parte, los daños continuados o de tracto sucesivos son aquellos que, «sin perjuicio de que en un primer momento cercano al acto causal, se manifieste ya la existencia de un perjuicio, el mero transcurso del tiempo y sin precisión alguna de una nueva conducta activa del autor del daño, hace aparecer unos perjuicios nuevos distintos de los anteriores, que en razón de ser debidos únicamente al actor inicial, a los que ata una estricta relación de causalidad, son lógicamente imputables a quien con su conducta los desencadenó» (STS 5.4.1988 [RJ 1988, 2652]), F.D. 3°.

LLODRÀ GRIMALT añade que los *daños continuados*, en sentido amplio, se caracterizan porque el daño no se localiza en un único punto temporal, sino que son producto de la dilación en el tiempo, pudiendo ser¹³⁰⁰: 1) Daños *continuados en sentido estricto* (propriadamente “daños continuados”): son los originados por una sucesión de actos sin sustantividad propia, integrantes de un acto complejo, cuya realización se prolonga en el tiempo, es decir, «la causa que origina el daño se mantiene ininterrumpidamente; y por lo tanto sigue generando daños»¹³⁰¹. 2) Daños *duraderos o permanentes*: se trata de un único acto, localizable en un único punto temporal, con efectos que se dilatan en el tiempo. 3) Daños *progresivos*: son actos sucesivos que suponen un daño mayor que la suma de cada daño individual producido por cada acto lesivo.

¹²⁹⁶ Art. 1511 C.c.: «El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones».

¹²⁹⁷ SAP Barcelona 31.3.2009 (JUR 2009, 378888), FD 3°.

¹²⁹⁸ STS 22.12.2008 (RJ 2008, 162), AH 5°.

¹²⁹⁹ SAP Barcelona 31.3.2009 (JUR 2009, 378888), FD 4° y 5°. En este caso, el demandante había asumido el compromiso de la descontaminación de la finca, por lo que (FD 4°) «la demandante no hizo propiadamente una regeneración de la finca por sustitución de una obligación concreta y exigible a la demandada impuesta por la Administración en interés genral, sino que lo que hizo fue urbanizar la zona en propio interés y, ciertamente, ello implicó la descontaminación de la finca; descontaminación que realizó en razón de los propios compromisos asumidos ante las instituciones que le vendieron o aportaron el inmueble y ante la Administración para la obtención de la concesión del puerto».

¹³⁰⁰ LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 94.

¹³⁰¹ SAP Coruña 4.5.2012 (RJ 2012, 189865), F.D. 3

La mayor parte de los supuestos litigiosos relativos a inmisiones acaban siendo supuestos de daño *continuado*. La conducta –por acción negligente u omisión de diligencia–, que comienza en un momento determinado y continúa, produce daños continuados a lo largo de su duración, pues la causación de los daños se produce a lo largo de un dilatado período de tiempo, durante el cual resulta evidente su evitabilidad mediante la aplicabilidad de medidas de prevención, debiendo imputarse tanto a los autores en todo el lapso temporal, así como a quienes por su relación de dominio o gestión con la cosa o actividad productora se hallan obligados a adoptar tales medidas¹³⁰². No obstante, no hay que confundir la repetición o la continuación en la acción (inmisiones continuas) del daño continuado. El daño continuado se predica no de la acción, sino de los efectos nocivos¹³⁰³. Incluso pueden haber inmisiones, caracterizadas por una sucesión de actos, que produzcan un daño instantáneo o sucesivo.

Los “daños *repetidos*” o “sucesivos” se caracterizan por una acción que, repitiéndose periódicamente, causa daños de forma sucesiva. No obstante, este tipo de daños producidos de forma intermitente pero continuada en el tiempo han sido calificados por parte de la jurisprudencia como “varios hechos continuados” o “periódicos” derivados de “una sola actividad”, por lo que se podría entender este tipo de daños como una variante más de los daños continuados¹³⁰⁴. DE ÁNGEL YAGÜEZ cree que la situación de permanencia se debe a la inactividad del obligado a eliminarla, transgrediendo el *neminem laedere* mientras la omisión persista¹³⁰⁵.

Los daños *duraderos* o *permanentes* son aquellos en que «el daño se produce en un momento determinado por la conducta del sujeto agente, pero el efecto negativo persiste a lo largo del tiempo, incluso con la posibilidad de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado»¹³⁰⁶.

Los daños *sobrevenidos* se desarrollan durante cierto tiempo de una determinada manera, pero en un momento dado se producen daños de más entidad que los iniciales, no afectando a los daños iniciales que hayan podido ser ya indemnizados en un proceso judicial, pues los daños que el juez valora en su sentencia son los acaecidos hasta este momento, sobre los que no cabe una nueva demanda, pero respecto de los sobrevenidos la víctima puede formular una nueva reclamación¹³⁰⁷. No cabe alegar en estos supuestos los efectos de la cosa juzgada, por cuanto no concurre la identidad de *petitum*, como elemento objeto de la acción (art. 1252 C.c.). Idéntica solución se puede llegar en los casos de mera “agravación” del daño.

Los daños *futuros* son aquellos cuya realización sea cierta a partir de una situación ya existente, terreno abonado a los daños producidos por inmisiones, en cuanto son causados por una actividad que puede causar un daño, pudiendo indemnizarse el daño futuro si éste es prolongación inevitable de un daño actual, aunque no suele ser una partida habitual en estos procedimientos por cuanto los demandantes suelen solicitar que se adopten medidas de cesación del daño y/o de evitación de otros futuros, pues «si el daño futuro puede evitarse, más vale esforzarse en evitarlo»¹³⁰⁸.

¹³⁰² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.* p. 947.

¹³⁰³ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 293-295.

¹³⁰⁴ STS 2.2.1981 (RJ 1981, 530).

¹³⁰⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 945.

¹³⁰⁶ SAP Coruña 4.5.2012 (RJ 2012, 189865).

¹³⁰⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *cit.*, p. 397; *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.* pp. 909-910.

¹³⁰⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 298.

Se puede asimilar el daño futuro a los “daños preventivos” del art. 2:104 PETL: «Los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido autorizados».

Finalmente, habrá que distinguir los derivados de la pérdida de una posibilidad y el lucro cesante. El primero consistirá en la pérdida de una oportunidad siempre que se pruebe, en primer lugar, la probabilidad de que un acontecimiento favorable hubiera tenido lugar o uno desfavorable no se hubiera realizado de no haber sucedido el acontecimiento, y, en segundo lugar, la certeza (seria y real) de la pérdida de la oportunidad¹³⁰⁹. Por tanto, no serán reclamables los daños eventuales, si bien la frontera entre daño potencial (reclamable) y daño eventual (no reclamable) no siempre es fácil de trazar. Por otro lado, el lucro cesante es la ganancia dejada de obtener, cuyo problema reside en delimitar lo que es razonable de lo que es simplemente hipotético. Este tipo de perjuicios se refieren a los que continuarán produciéndose en el caso de que no se realicen las medidas correctoras señaladas por el Tribunal¹³¹⁰.

D) *Cobertura de los daños civiles por contaminación.*

Dice HINTERREGGER que prácticamente en todas las jurisdicciones las acciones basadas en la culpa o en la responsabilidad objetiva cubren daños al inmueble, daños patrimoniales, así como daños personales e incluso la muerte, con la excepción del *English law* en su aplicación de la regla *Rylands v. Fletcher*, al considerarse una subespecie de la *private nuisance*. En los casos de aplicación de normas relativas a las inmisiones sólo puede accionar la persona que tiene una relación estrecha y estable con el fundo afectado, sea en calidad de propietario o de poseedor u ocupante legal y cubre normalmente los daños a la propiedad, incluyéndose en éstos los que afecten al uso y disfrute de la misma. En algunos países europeos (Alemania, Suiza, Portugal) o regiones españolas (Cataluña, Navarra, Aragón) sólo se cubren este tipo de daños por inmisiones. En otros países (Inglaterra, Austria) pueden cubrirse los daños personales solamente cuando deriven directamente de una interferencia a la propiedad en que incurre el propietario o cualquier otra persona con interés legal en el fundo. En Irlanda, si bien se cubren los daños personales, se hace en utilización de la regla de la negligencia. En Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Finlandia y Suecia se cubren también los daños personales, siempre que se relacionen establemente con el fundo. Este autor ubica el art. 1908.2 C.c. en un caso de responsabilidad por riesgo y no de inmisiones¹³¹¹.

En mi opinión, el art. 1908.2 C.c. regula la responsabilidad civil por inmisiones, con independencia de la peligrosidad de la instalación o actividad que causa el daño, dada la expresión “humos excesivos” y “nocivos”, con ausencia de culpa, si bien se ha de reconocer que de la amplitud dada por el precepto en cuanto a los daños ocasionados se podría aceptar también que se trata de un precepto que regula la responsabilidad por riesgo, del mismo modo que lo hace la regla *Rylands v. Fletcher* en el derecho inglés. No hay que olvidar que la mayoría de la doctrina lo considera la otra cara de la moneda del art. 590 C.c. Creo que no hay ningún inconveniente en aplicar ambas reglas, si bien diferenciándolas entre inmisión (emisiones conocidas) e invasiones del uso y disfrute de la propiedad con causa no conocida (escape desconocido).

¹³⁰⁹ CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.*, pp. 624-628.

¹³¹⁰ Por ejemplo, la STS 14.3.2005 (RJ 2005, 2236) establece la obligación de indemnizar en cada uno de los años siguientes al de 1994, una cantidad igual a la establecida para los daños y aproducidos, calculada para el año 1994, aumentada o disminuida con arreglo a los índices de precios al consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística.

¹³¹¹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 71, 76-77.

El ordenamiento civil catalán también recoge los daños a las personas y a las propiedades cuando regula las inmisiones ilegítimas en su art. 546.14 C.c.

En Alemania, la responsabilidad civil *ex* § 823 I BGB se aplica los daños a la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona. Sólo los daños directos son aceptados, estando los indirectos excluidos. Los daños morales como el dolor y sufrimiento son reconocidos también. Asimismo se reconocen las pérdidas y el lucro cesante, los costes debidos a las pérdidas del uso y otros gastos debidos al daño patrimonial. En los daños a la propiedad con dimensiones ecológicas la indemnidad se limita a las sustancias corporales que son propiedad del demandante perjudicado, pero en ningún caso se resarcirán los daños morales¹³¹². En materia de inmisiones, el § 906 comprende los daños a la propiedad: son las pérdidas de valor o pérdidas de ingresos. También se considera daños a la propiedad la pérdida de uso y disfrute de la propiedad. Por ejemplo en los casos de ruidos¹³¹³, el daño consistirá en una perturbación en el uso normal de la misma, que deberá tener intensidad suficiente (por ejemplo que equivalgan a una privación de uso de toda la vivienda)¹³¹⁴.

Los daños personales, los daños puramente económicos o los daños a los bienes muebles no son considerados indemnizables bajo el § 823 I BGB. Los meros daños patrimoniales del afectado sólo serán indemnizables si consiguen probarse *ex* §§ 823 II o 826 BGB y si se dan los restantes requisitos establecidos en éstos: en el caso del § 823 II BGB, la vulneración de una “norma de protección” y en el § 826 BGB una violación intencionada de las buenas costumbres. El § 823 II regula la lesión a las normas de protección (*Schutzgesetz*) que, pese a no establecer una lista de bienes jurídicos cuya lesión se resarcible, sí que permite indemnizar todo tipo de daños, siempre que se den todos los requisitos en él previstos, entre ellos, que el causante del daño haya vulnerado una norma de protección de la cual él era destinatario y que el daño se haya producido dentro del ámbito de protección de la norma. Entre las normas de protección se incluyen los §§ 906 y el 1004 BGB, así como los actos administrativos y medidas especiales dictadas por autoridad competente, habilitada por ley o reglamento, para concretar determinadas normas generales, lo que suele materializarse en el contenido de las licencias y/o autorizaciones¹³¹⁵. El incumplimiento de las mismas supone una vulneración, negligente y antijurídica, de la norma protectora y serviría para solicitar la indemnización e, incluso, para ejercitar la acción cuasinegatoria *ex* § 823 II.

Finalmente, los daños indemnizables bajo la *UmweltHG* son la muerte o daños al cuerpo o salud y los daños patrimoniales. Se recoge una previsión especial para los daños producidos a la propiedad inmobiliaria con dimensiones ecológicas cuando el daño a la propiedad conlleve también un perjuicio a la naturaleza o el paisaje. En virtud del § 823 I BGB y del § 1 *UmweltHG*, el daño derivará necesariamente de la lesión de uno de los derechos absolutos o bienes jurídicos que en ambos preceptos se enumeran, si bien en el primer caso el círculo de bienes protegidos es más amplio, pues junto a la vida, el cuerpo y la salud del § 1 *UmweltHG* - que además incluye los daños a las cosas-, el § 823 BGB se refiere también a la libertad, la propiedad y otros derechos, como los de la personalidad. Sin embargo, no se indemnizarán las meras pérdidas patrimoniales que no resulten de una lesión de los citados derechos.

¹³¹² LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 351-352.

¹³¹³ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 13.

¹³¹⁴ Sentencia BGH de 5.5.1993, Az: V ZR 87/91, Neue Juristische Wochenschrift 1993, 1793.

¹³¹⁵ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, pp. 11, 14-15. El autor cita como ejemplo de norma de protección dictada por la autoridad (p. 14).

En Italia, un sector doctrinal relaciona el art. 844 y el 2043 C.c. en el sentido de que el primero sirve de criterio para determinar la inmisión ilícita y el segundo para resarcir los daños producidos por tal acto. Para ello hay que optar por una sistematización conceptual de la inmisión intolerable en la categoría del ilícito y no en la del acto lícito dañoso, al objeto de alargar la legitimación activa. En contra, se ha criticado la insuficiencia del art. 844 C.c. para la tutela de la salud, con base a que la legitimación para accionar corresponde siempre a las personas en relación con la propiedad. La defensa del derecho real del inmitido si bien se puede traducir en un indirecto medio de tutela de la salud del lugar, y por tanto de la salud de quien lo habita, no significa que constituya un instrumento a la tutela de la persona en cuanto a tal, especialmente cuanto pueda ser fácilmente individualizada la norma o el principio en el cual la persona es tutelada como valor en sí mismo, como refleja art. 32 CE italiana o el art. 2043 C.c.¹³¹⁶. Según esta línea doctrinal, en tanto la legitimación *ex art. 844 C.c.* está limitada al titular de un derecho de goce del fundo, hay que tener en cuenta que la tutela a la salud de los vecinos afectados por una inmisión debe hacerse de forma mediata, encontrando la norma el punto de referencia en la tolerabilidad de la inmisión en el uso del fundo y no en la persona física de su titular, aceptando la posibilidad de la existencia de legitimidad *ex art. 844 C.c.* de la inmisión (nociva a la salud) ilícita *ex art. 32 Const.*, pero dejando claro que se está en un ámbito de operatividad del art. 844 C.c.

En el *Code* francés hay que distinguir entre daño material y el daño moral. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias abogan por incorporar los daños morales dentro de los supuestos de posibles DCC –*ex arts. 1382 y 1384 C.c.*-. Debe indemnizarse el daño consistente en la pérdida de placer producida como consecuencia del desagrado causado por tener que usar o frecuentar lugares contaminados¹³¹⁷.

En el derecho de inmisiones belga solamente se cubren los daños a la propiedad y pérdidas de ingresos, y con menor frecuencia el coste de los tratamientos médicos y/o los daños morales. Los daños personales suelen conllevar estrés y pérdida de sueño causados por el ruido. La restauración es especie es posible, aunque generalmente se otorga por los tribunales una compensación¹³¹⁸.

En *common Law* inglés los daños recuperables por *private nuisance* se centran en los daños materiales a la propiedad y los daños personales producidos en relación estable con la propiedad inmitida. Las pérdidas económicas que no resulten de los daños a la propiedad no son recuperables¹³¹⁹. Sí pueden recuperarse los costes de reparación u otros remedios si el demandante necesita incurrir en gastos, sobretudo tras la aprobación de la *Human Rights Act* 1998, que complementa la CEDH¹³²⁰. La disminución del valor de la propiedad también es una categoría relevante de daños, así como la pérdida de placer¹³²¹. El lucro cesante ha sido discutido en el caso *Blackburn v. ARC Ltd* [1998] Env LR 469 basado en la imposibilidad de reformar y después vender la propiedad debido al depósito de residuos ubicado en una finca vecina.

¹³¹⁶ PERLINGIERI, P.: “Il diritto alla salute quale diritto della personalità”, en *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 1029-1030.

¹³¹⁷ HUGLO, C.: “La pratique de la réparation en matière de dommages catastrophiques”, en *Travaux des XII Journées D’ Études Juridiques Jean Dabin, La réparation des dommages catastrophiques. Les risques technologiques majeurs en droit International et en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 151.

¹³¹⁸ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 88-89.

¹³¹⁹ *Ibid.*: p. 99.

¹³²⁰ *Hunter and Others v. Canary Wharf Ltd* [1997] AC 655.

¹³²¹ *Blackburn v. ARC Ltd* [1998] Env LR 469.

2) Clasificación y prueba de los daños civiles por contaminación.

A) Daños patrimoniales

a) Clases de daños patrimoniales.

Los daños patrimoniales son los que suponen una lesión de los bienes integrantes del patrimonio de un individuo¹³²², causados por el evento dañoso (art. 10:201 *Principles of European Tort Law* (PDERC o EPTL)¹³²³). Los EPTL distinguen los siguientes daños patrimoniales: 1) Los perjuicios derivados de daño corporal y muerte (art. 10:202). En el daño corporal (daño a la salud física y psíquica si comporta enfermedad reconocida), el daño patrimonial incluye la pérdida de ingresos; el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañada de una pérdida de los mismos), y los gastos razonables (p. ej. coste de la atención médica). 2) La pérdida, destrucción y daño de cosas o la pérdida del uso de una cosa (art. 10:203). En el primer caso, la medida básica de la indemnización es su valor, siendo indiferente que la víctima quiera sustituir la cosa o repararla. No obstante, si la víctima la ha sustituido o reparado (o lo va a hacer) puede recuperar el mayor gasto si tal actuación resulta razonable. En la pérdida del uso de una cosa se incluyen las pérdidas derivadas de ello.

Los daños patrimoniales se clasifican normalmente en emergente y lucro cesante¹³²⁴, tal y como se deduce del art. 1106 C.c.¹³²⁵.

El *daño emergente* abarca la pérdida de elementos patrimoniales, así como los desembolsos que haya tenido que efectuar el demandado para obtenerlos o los que en el futuro serán necesarios para recompensar su patrimonio¹³²⁶; comprenderá la totalidad de los daños materiales (daños a las cosas) y los gastos derivados de un daño corporal (por ejemplo los de atención médica) o de un daño a las cosas¹³²⁷. Los daños a las cosas son las pérdidas patrimoniales derivadas de la pérdida, destrucción y daño de las cosas (art. 10:203 PETL (1)). Es el daño que recae sobre un objeto, ya sea en forma directa sobre el mismo o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona titular del mismo y siempre que sea susceptible de comercio entre los hombres. Es decir, todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes que componen el patrimonio de una persona, siempre que sean susceptibles de valoración económica mediante baremos o pruebas periciales. Los daños materiales pueden referirse tanto a la propiedad inmobiliaria, a la mobiliaria y a las propiedades especiales. La propiedad inmobiliaria es una pieza básica de la responsabilidad civil por inmisiones.

¹³²² BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 85.

¹³²³ Elaborados por el *European Group on Tort Law* (EGTL, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wien, New York, Springer, 2005) que pueden verse en varios idiomas, incluidos el castellano y el catalán en la <http://www.egtl.org>.

¹³²⁴ REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 217. VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 134-135.

¹³²⁵ Art. 1106 C.c.: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes»

¹³²⁶ Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Madrid: Civitas, 1999, pp. 322-323. Estas pérdidas «deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir».

¹³²⁷ MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, p. 22. Según el autor, «El concepto es extensivo y, así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados y, también, se considerará daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustren (lucro cesante) por la incapacidad para trabajar sobrevenida de la víctimas».

El *lucro cesante* se constituye por todas las ganancias o expectativas ciertas de ganancias que han dejado de percibirse o que se recibían de no haber sucedido el hecho dañoso, derivadas de un daño corporal o material, e incluso la pérdida de capacidad de generar tales ingresos. Se debe diferenciar de la pérdida de oportunidades, ya que en esta última no concurre la característica de la certeza y se trata de daño emergente, pues la pérdida es considerada como un valor en sí mismo. También ha de diferenciarse del daño moral¹³²⁸, a pesar de que en ocasiones es difícil¹³²⁹.

Los perjuicios (daño patrimonial indirecto) recogen en gran parte el lucro cesante, sin dejar de lado otros gastos económicos que el daño haya podido irrogar, especialmente en aquellos derivados del daño corporal. Como ejemplo de lucro cesante basado en pérdidas económicas derivadas de daños materiales se pueden citar la pérdida de cosechas futuras en una plantación. E incluso, pérdidas económicas por paralización o aumento del coste de la actividad que resulten de las acciones que sean necesarias emprender para el cumplimiento por la actividad contaminante de las obligaciones legales o impuestas vía judicial. Los daños patrimoniales derivados del daño a la salud física o psíquica se producirán si comporta una enfermedad reconocida, y consistirán en la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, como el coste de la atención médica, según definición dada por el art. 10:202 PETL. Los perjuicios indirectos derivados de una lesión corporal comprenderán tanto los gastos ocasionados a la víctima como consecuencia de aquélla, como el lucro cesante (o cantidades dejadas de percibir por causa de tal lesión)¹³³⁰.

Existe una importante casuística jurisprudencial en relación a los tipos de daños producidos por contaminación industrial, sobretodo en casos de inmisiones excesivas y nocivas, aunque no lo sean estrictamente¹³³¹.

¹³²⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 3383. Según el autor: «los criterios para considerar uno y otro tipo de daños son distintos [...]. El lucro cesante es una pérdida patrimonial; el daño moral es siempre un perjuicio no económico [...]». A menudo, dispone el autor, «el lucro cesante –con un criterio que se nos antoja desacertado– opera como un plus, como un añadido a la indemnización de daños y perjuicios».

¹³²⁹ MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, pp. 23-24. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 381-383. El autor ha indicado que la razón por la que se confunden en sede de inmisiones vecinales el lucro cesante y el daño moral es la concesión por los tribunales de indemnizaciones por lucro cesante cuando éste no ha sido acreditado, solapándolo con el daño moral; o cuando no se desglosan suficientemente las partidas indemnizatorias, muchas veces por el “temor” de los tribunales de que la partida indemnizatoria que se reclama por daño patrimonial “puro” no vaya a cubrir el daño que todavía no ha aparecido pero lo hará.

¹³³⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, *op. cit.*, pp. 323-324.

¹³³¹ Daños en predios vecinos a una central térmica (STS 12.12.1980 [RJ 1980, 4747]); perjuicios económicos (STS 27.10.1983 [RJ 1983, 5346]); muertes de cabezas de ganado por intoxicación (STS 31.1.1986 [RJ 1986, 444]); daños en fincas y viviendas de los actores cosas (STS 16.1.1989 [RJ 1989, 101]); daños y perjuicios en los cultivos de naranjos existentes en una finca rústica (STS 15.3.1993 [RJ 1993, 2284]); daños causados en fincas agrícolas durante los años 1980 a 1982 (STS 24.5.1993 [RJ 1993, 3727]); daños que suponen la pérdida del valor de los terrenos y de los inmuebles (STS 9.4.2003 [RJ 2003, 3041]); afectación del rendimiento agrícola de la finca y del estado de las construcciones arquitectónicas (STS 2.2.2001 [RJ 2001, 1003]); fisuras y signos de humedad latente en el almacén, y grietas, humedades generalizadas, fisuras en las paredes y techos, en el pavimento, en la fachada, etc. (SAP Lleida 15.9.2000 [AC 2000, 1619]), FD 4º; daños en los frutos por quemaduras en su piel (SAP Castellón 21.10.2000 [JUR 2001, 159749]); daños visibles en distintas partes del arbolado y cosechas existentes: necrosos, defoliación, malformaciones de frutos, síntomas éstos de influencia metaloidea y no de enfermedades endémicas (SAP Lugo 11.9.1998 [AC 1998, 1838]); daños en fincas y aperos de labranza en finca rústica (STS 7.4.1997 [RJ 1997, 2743]); daños en vivero por necrosis en las hojas de determinadas espe-

b) *Prueba de los daños patrimoniales.*

El lucro cesante y el daño emergente debe ser probado por el que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC).

Se han detectado algunos problemas de la prueba y cuantificación del daño patrimonial emergente directo: 1) los daños materiales deberán ser probados determinada-mente en su realidad y alcance por parte de la víctima¹³³²; 2) deberán estar actualizados los valores para mantener la función compensatoria; 3) existe una pluralidad de formas de reparación, a elección del perjudicado: la restitución del bien, la reparación “*stricto sensu*”, y la indemnización por su valor real, debiendo tenerse en cuenta el valor objetivo de la pérdida o deterioro del bien¹³³³.

La dificultad que presenta el lucro cesante es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido, no incluyéndolos hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna¹³³⁴. Con base a este criterio inicial, una parte de la jurisprudencia viene defendiendo que la prueba debe hacerse con rigor¹³³⁵ o restrictivamente¹³³⁶. No obstante, existen pronunciamientos en los que se afirma que más que rigor o criterio restrictivo, se ha de probar, como en cualquier otro ámbito del derecho, el hecho con cuya base se reclama una indemnización: el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste¹³³⁷. En la prueba del lucro cesante el objeto de la prueba no podrá nunca realizarse de forma directa, sino que deberá realizarse a través de otros hechos que sean indicativos de que la misma se habría realmente producido. En estos casos será necesario realizar la prueba mediante el sistema de presunciones judiciales (art. 386.1 LEC), según las cuales a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Los problemas consisten en: 1) convencer al juez de su existencia, lo que puede resultar sencillo cuando la propia naturaleza de las cosas la conlleve; 2) la intensidad probatoria, si bien podrá ser razonable, en función de las posibilidades de prueba a disposición de las partes; y 3) el grado de previsibilidad de las ganancias frustradas. Será necesario, además, probar su entidad o alcance, que no debe confundirse, en ningún caso, con la prueba de la cuantificación del lucro cesante. En la prueba de la entidad o alcance del lucro cesante la prueba de la extensión o conceptos a los que alcanza la ganancia frustrada se realizará mediante la prueba de la relación de causalidad entre los concretos conceptos que lo integran y el hecho del que se deba responder. De hecho, cuando las ganancias frustradas reclamadas sean muy diferentes no deberán ser tratadas a efectos de prueba como un todo único sino que deberá hacerse un esfuerzo probatorio para demostrar que en cada uno de ellos la ganancia se ha frustrado y que, además, se ha producido como consecuencia del hecho dañoso.

cies, defoliaciones y paradas de crecimiento vegetativo, con la posterior muerte de las plantas o bien de la pérdida de calidad y valor ornamental (STS 2.11.2007 [RJ 2008, 13]); daños en Cabaña Ganadera por la enfermedad y muerte de ganado (SAP Cantabria 24.12.1997 [AC 1997, 2410]); daños en chapa y cristales de los vehículos (STS 26.11.2010 [RJ 2011, 1387]), etc.

¹³³² SSTS 19.10.1994 (RJ 1994, 8118), y SAP 25.10.2004 (AC 2004, 1895).

¹³³³ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 135, 142.

¹³³⁴ STS 12.11.2009 (RJ 2009, 7287), FD 3º.

¹³³⁵ STS 30.6.1993 (RJ 1993, 5340).

¹³³⁶ STS 30.11.1993 (RJ 1993, 9222).

¹³³⁷ SSTS 8.7.1996 (RJ 1996, 5662), 21.10.2001 (RJ 2001, 2590).

B) Daños personales y daños a la salud de las personas.

a) Clases de daños personales y a la salud.

Los daños a la salud se producen cuando se atente contra la integridad de la persona¹³³⁸, produciendo un deterioro físico o psíquico¹³³⁹, como las lesiones o el padecimiento de una enfermedad, siempre que sean evaluables o constatables¹³⁴⁰, aunque pueden ir acompañadas de otras repercusiones dañosas no patrimoniales.

En muchos supuestos de contaminación ambiental se producen afecciones a la salud así como perjuicios derivados de aquél¹³⁴¹, por ejemplo el de afecciones respiratorias (STS 16.1.1989 [RJ 1989, 101]); permanencia insufrible en la vivienda por afección a la salud (STS 16.7.1991 [RJ 1991, 5393]); dolencias o agravamiento de las molestas a causa del ruido (SAP Barcelona 31.12.1997 [AC 1997, 2518]); salud afectada por ruidos y vibraciones (SAP Barcelona 3.3.1999 [AC 1999, 6683]); daños personales por contaminación ambiental (SAP Tarragona 21.9.1999 [AC 1999, 7073]); cefaleas ocasionadas por ruidos y vibraciones (SAP Ciudad Real 29.10.2002 [AC 2002, 2317]), etc. No obstante, como norma general, las inmisiones no suelen causar este tipo de daños, pues normalmente no alcanzan el diagnóstico médico¹³⁴².

Por su parte, la contaminación acústica puede generar graves perjuicios a la salud física y psíquica de las personas: cansancio crónico; tendencia al insomnio; enfermedades cardiovasculares: hipertensión, incremento de la frecuencia cardíaca; trastornos del sistema inmune responsable de la respuesta a las infecciones y a los tumores; trastornos psicofísicos: ansiedad, manía, depresión, irritabilidad, náuseas, jaquecas y neurosis o psicosis en personas predispuestas a ello; cambios conductuales: comportamientos antisociales tales como la hostilidad, intolerancia, agresividad, aislamiento social y disminución de la tendencia natural hacia la ayuda mutua; interferencia en la comunicación verbal y la comprensión de las palabras; en los enfermos diabéticos, empeoramiento de la situación¹³⁴³; alteraciones en algunas funciones fisiológicas, hipertensión y empeoramiento de ciertas enfermedades mentales, etc.

El daño a la salud (art. 43 CE) está íntimamente relacionado con el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 CE), y con la vulneración del derecho a la integridad física y moral del individuo (art. 15 CE)¹³⁴⁴. No obstante, la línea restrictiva a la hora de aplicar el art. 15 CE, tal y como dispone la STS 119/2001 de 24.5.2001 (RTC 2001, 119), no significa que todo daño a la salud sea una vulneración de la integridad física y moral, sino solo los casos más graves¹³⁴⁵, lo que significa, según YAN GUAS MONTERO, que «sean más habituales las sentencias en las que se indemnizan los daños a la salud producidos como consecuencia de un atentado medioambiental al amparo exclusivo de lo dispuesto en el artículo 1902»¹³⁴⁶.

¹³³⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 781.

¹³³⁹ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 137, 154.

¹³⁴⁰ MARTÍN CASALS, M.: “¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas, *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 8, 2002, p. 30.

¹³⁴¹ YAN GUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹³⁴² MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 289-292.

¹³⁴³ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 72.

¹³⁴⁴ YAN GUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 94.

¹³⁴⁵ STC 16/2004 de 23.2.2004 (RTC 2004, 16).

¹³⁴⁶ YAN GUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 96.

En el Derecho alemán, los daños al cuerpo o a la salud derivados de una agresión ambiental son indemnizables¹³⁴⁷. No obstante, los daños físicos son difíciles de probar ya que la doctrina y la jurisprudencia exigen que la enfermedad esté diagnosticada¹³⁴⁸. Desde el punto de vista físico será necesario, por ejemplo, que, a consecuencia de un ruido repentino, el afectado sufre, por ejemplo, la rotura de tímpano¹³⁴⁹. Respecto de la salud psíquica, es complicado que patologías como el insomnio, la ansiedad o el estrés emocional puedan ser indemnizados, si bien hay sentencias que el efecto psíquico en forma de miedo, conmoción o agitación, generado por el ruido, puede provocar un daño a la salud¹³⁵⁰ que, evidentemente, habrá que demostrar el perjudicado. Una vez acreditado este tipo de daño, serán indemnizables los daños patrimoniales y morales derivados del mismo (§ 253 II BGB). Asimismo, el § 13 UmweltHG dispone que «también se puede exigir una indemnización equitativa monetaria por el daño no patrimonial de acuerdo con [lo regulado] en el § 253.2 BGB».

En Italia, una inmisión ruidosa puede producir un daño biológico, incluido los daños a la salud, teniendo en cuenta que la normal tolerabilidad se deduce del análisis de los efectos de la inmisión en el hombre medio y no tiene porqué ajustarse a un concreto elemento de hecho suficiente para tener probado el daño en su caso concreto, mientras se pueda conducir al resarcimiento del daño moral¹³⁵¹.

b) *Prueba de los daños personales y a la salud.*

Los daños corporales deberán ser probados en su realidad y alcance¹³⁵², debiendo llevarla a cabo el órgano judicial de modo discrecional. Por ejemplo, la STS 8.5.1987 (RJ 1987, 9961) dispone que «la cuantificación de los daños y perjuicios cuando consisten en los graves menoscabos corporales [...] no se halla sujeta a previsión normativa alguna, sino que ha de efectuarlo el órgano jurisdiccional por modo discrecional y por lo mismo escapa al control de la casación». En cualquier caso, para el resarcimiento del daño es necesaria la prueba de los mismos de forma categórica, sin que sean suficientes meras hipótesis o probabilidades, de modo que para que el perjudicado pueda ser resarcido con el equivalente del mismo es preciso concretar su entidad real (STS 29.9.1986 [RJ 1986, 4922])¹³⁵³. YANGUAS MONTERO afirma que la acreditación de los perjuicios que afectan a la salud resulta más sencilla que la de los daños que afectan a la calidad de vida, «pues se produce una exteriorización del resultado dañoso que puede constatarse mediante las oportunas pruebas médicas»¹³⁵⁴.

En EEUU, la pérdida o detrimento producida por una incomodidad o molestia personal quizá es, y a menudo es, tan grave como lo son la pérdida o detrimento proveniente de la destrucción o perjuicio material de las cosas que usa. Sin embargo, es más difícil demostrar la existencia de un daño sustancial respecto a aquéllos, dado que el daño material es más tangible que el daño personal, al poder ser más fácilmente observado y medido y los daños más fácilmente valorados¹³⁵⁵.

¹³⁴⁷ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 72.

¹³⁴⁸ Sentencia del BGH de 25.9.1970 (Az: V ZR 155/67, *Der Betrieb* 1970, 2070)

¹³⁴⁹ Sentencia del BGH de 27.5.1993 (AZ III: ZR 59/92, *BGHZ* 122, 363).

¹³⁵⁰ Sentencia del BGH de 27.5.1993 (Az: III ZR 59/92).

¹³⁵¹ DE TILLA, M.: op. cit., pp. 1926-1927.

¹³⁵² SSTs 20.5.1996 (RJ 1996, 3793); SAP 25.10.2004 (AC 2004, 1895), entre otras.

¹³⁵³ STS 29.9.1986 (RJ 1986, 4922).

¹³⁵⁴ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 96.

¹³⁵⁵ Comentario al párrafo (b) de la § 827 RST.

C) *El daño moral.*

a) *Clases de daño moral.*

El daño moral surge por un atentado a un derecho de carácter extrapatrimonial¹³⁵⁶, con especial relevancia en los derechos de la personalidad¹³⁵⁷, fundamentalmente recogidos en el art. 10 CE¹³⁵⁸. Se trata de incomodidades y alteraciones en las condiciones de vida que se traducen en sufrimientos morales o psíquicos, incluido el derecho a la integridad moral de las personas (artículo 15 CE), o ya específicamente, como daños al derecho a la privacidad, a la intimidad e inviolabilidad del domicilio¹³⁵⁹. Este tipo de daño tiene carácter psicológico o anímico y surge por el dolor causado por las lesiones personales, o por la afectación de sentimientos personales, relaciones afectivas o derechos fundamentales¹³⁶⁰. Se pueden clasificar en:

1) El *pretium doloris* recoge la afeción, la pesadumbre o el malestar de ánimo, los sufrimientos físicos o psíquicos cuya afeción excede de lo estrictamente económico¹³⁶¹: ansiedad, angustia, zozobra, temor, indertidumbre, desasosiego, malestar, irritación¹³⁶², sentimientos de depresión de la autoestima, vergüenza, pena, inferioridad, dignidad vejada, incapacidad; síndromes de ansiedad; alteraciones del sueño; conductas obsesivo-compulsivas, etc¹³⁶³. etc. Se tratan de repercusiones en la esfera espiritual de daños físicos, por lo que no cabe o confundirlos con el lucro cesante.

2) *Alteración de la calidad de vida* (y el descanso)¹³⁶⁴. Son derechos vinculados a la calidad de vida y al pleno desarrollo de la personalidad, siendo la expresión más sobresaliente el derecho a la calidad ambiental¹³⁶⁵. Se desvincula del derecho de propiedad o del derecho a la integridad física y acercándolo a la protección más espiritual de la persona¹³⁶⁶. La calidad de vida *ex art. 45 CE* puede exigirse frente a otros particulares, de manera que cualquier alteración como consecuencia de molestias e incomodidades indudables es susceptible de indemnización *ex art. 1902 C.c.* Son constantes las referencias en la jurisprudencia vinculando la alteración de la calidad de vida con los ruidos como «una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos» (STSJ Baleares 11.12.2001 [RJCA 2002, 469]).

¹³⁵⁶ MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, p. 24. El autor los define como «toda limitación que sufre una persona damnificada siempre que ello suponga cierta perturbación de su personalidad o de su dignidad que, por su naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales».

¹³⁵⁷ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 85. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 389. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *loc. cit.* MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 397-403. En la jurisprudencia, SAP Asturias 2.6.2011 (AC 2011, 1351), A Coruña, 5.4. 2011 (AC 2011, 1841).

¹³⁵⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 397-403.

¹³⁵⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 389.

¹³⁶⁰ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, p. 137.

¹³⁶¹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁶² SAP Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), FD 1º.

¹³⁶³ MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, p. 25.

¹³⁶⁴ STS 10.3.1993 (RJ 1993,1829).

¹³⁶⁵ Casos de afectación de la calidad ambiental por las molestias soportadas por unos vecinos en sus viviendas como consecuencia de los olores fuertes y desagradables (SAP Baleares 6.3.2001 [AC 2001, 1200]), etc. También pérdida de la calidad de vida por la realización de vertidos de aguas residuales (SAP Granada 18.2.1997 [AC 1997, 780]).

¹³⁶⁶ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(I)”, *op. cit.*, pp. 781-783. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 77-92.

3) *Derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio*, (art. 18 CE)¹³⁶⁷. Este posicionamiento tiene sus raíces en la doctrina del TEDH¹³⁶⁸, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 10.2 y 96 CE y el art. 8.1 del Convenio de Roma «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», si bien de una manera extensiva, relacionándolo «con el bienestar de la persona y el disfrute por ella de determinados derechos consagrados en este precepto del Convenio, al tiempo que se hace responsables a los Estados de proporcionar a los sujetos las condiciones necesarias para que no ocasionen tales lesiones»¹³⁶⁹. El daño moral se produce cuando responden a un ataque, no sólo a la propiedad, sino al sosiego y legítimo disfrute en paz de los bienes que se han adquirido conforme a la ley y han de ser disfrutados por su posesión pacífica y debidamente respetada por todos¹³⁷⁰.

Las inmisiones causadas por ruidos excesivos suelen afectar los derechos constitucionales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de domicilio¹³⁷¹, o la dignidad de la persona y su integridad física y moral¹³⁷². Se ha sugerido la aplicación de la doctrina del TEDH a mayor abundamiento¹³⁷³, más a los ruidos excesivos o molestos¹³⁷⁴ que a otro tipo de inmisiones por su vinculación con el domicilio¹³⁷⁵. En ellas se refuerza la idea de la posibilidad de la existencia de daño moral causado por inmisiones molestas ruidosas de forma independiente, separándose del derecho de propiedad para centrarse en la protección de la persona, ligando la lesión de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de domicilio con la aplicación de los postulados de la responsabilidad civil. En estos casos, una vez probada la existencia del ruido con unas características de permanencia, continuidad e intensidad, no será necesario probar la realidad del sufrimiento pactado, en aplicación de la doctrina *in re ipsa loquitur*, por la cuál toda emisión sonora que supere los niveles acústicos reglamentariamente establecidos es automáticamente reputada como molesta¹³⁷⁶. El ruido produce un daño físico (o psíquico) pero de difícil prueba, por lo que el daño moral empieza donde la posibilidad de intervención facultativa termina. Por ello, se hace necesaria la indemnización de daños morales, pues en casos como las inmisiones causadas por ruidos excesivos sería imposible alcanzar la tutela judicial efectiva¹³⁷⁷.

¹³⁶⁷ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pp. 141-183.

¹³⁶⁸ López Ostra *contra España*, 9.12.1994 (TEDH 1994, 3).

¹³⁶⁹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 101.

¹³⁷⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario al Artículo 1902 del Código Civil», *op. cit.*, p. 387. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 284-300. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 21.

¹³⁷¹ ÁLVAREZ LATA, N.: «El daño ambiental...(I)», *op. cit.*, p. 783.

¹³⁷² Prueba de ello es la STC 119/2001 de 24.5.2001 (RTC 2001, 119).

¹³⁷³ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 392-396 y 402-403.

¹³⁷⁴ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 276. Según el autor, la doctrina del TEDH, «aunque no pongan en peligro la salud de las personas, las inmisiones acústicas pueden atentar en supuestos de especial gravedad contra el respeto debido a su intimidad persona y familiar y a la inviolabilidad de su domicilio».

¹³⁷⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: «Responsabilidad civil por daños...», *op. cit.* p. 88; «El daño ambiental...(I)», *op. cit.*, p. 774. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 8. LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: *op. cit.*, pp. 1078. MACÍAS CASTILLO, A.: «Protección civil frente al ruido», *op. cit.*, p. 57. STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041); SSAP Alicante 27.10.2011 (AC 2011, 2268), Cádiz 23.5.2008 (JUR 2008, 233628), FD 4^o.

¹³⁷⁶ CILLERO DE CABO, P.: *op. cit.*, pp. 27-30. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *loc. cit.* En la jurisprudencia: SSTS 3.6.1991 (RJ 1991, 4407), 21.10.1996 (RJ 1996, 7234), 12.1.2011 (RJ 2011, 305); SAP Islas Baleares 28.10.2010 (AC 2010, 2059).

¹³⁷⁷ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, pp. 274-276.

La doctrina italiana basa el daño moral en el daño consistente en la pérdida de calidad de vida. El art. 2043 C.c. recoge una cláusula general y abierta de daños basada en la “injusticia” del daño, que la doctrina y la jurisprudencia la sitúan solamente en la esfera de los daños patrimoniales. Cabe citar el art. 2059 C.c.: «el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la Ley». La doctrina se encuentra dividida entre los que consideran que el ámbito no patrimonial se refiere estrictamente al aspecto “moral”, para lo cuál apuestan por una modificación del art. 2059 C.c. en el sentido de sustituir “daño no patrimonial” por “daño moral” con la especificación del significado de este último, y los que piensan que se extiende a otros –p.ej. la disminución de prestigio y la violación de la esfera de privacidad-. Incluso se plantea un tercer tipo de daño distinto de los patrimoniales y los extrapatrimoniales: los daños a la vida de relación, estéticos, esfera sexual, daños físicos o biológicos¹³⁷⁸. Creo que el art. 2059 C.c. debe ser aplicado solo al daño moral¹³⁷⁹.

En Alemania debe acudirse al § 253.2 BGB para ver el régimen jurídico de los daños no patrimoniales. Por otra parte, los Tribunales alemanes no se plantean qué ruidos que afectan a una persona en su domicilio son los que pueden constituir una violación del derecho general de la personalidad que también se incluye, aunque no expresamente, en la lista de derechos absolutos del § 823 I BGB¹³⁸⁰.

El sistema del *common law* anglosajón los daños morales se reducen a la acción de reclamación de daños (*action for damages*). La mayoría de los supuestos de daños morales ocasionados en materia ambiental son los *physical inconvenience*¹³⁸¹ –molestias o inconveniencias- el *mental distress*¹³⁸² –preocupación, ansiedad, tristeza o decaimiento de ánimo-, consecuencia de un deterioro ambiental, y el *pain and suffering* –daños a la salud producidos en un individuo como consecuencia de una agresión física (y, dentro de ésta, los supuestos de *loss of amenity*), provenientes de molestias derivadas de ruidos, olores y otras molestias similares¹³⁸³.

Por su parte, en EEUU se recogen supuestos de daños patrimoniales y no patrimoniales, siendo habitual la jurisprudencia que recoge estos últimos. YAGUAS MONTERO¹³⁸⁴ cita como ejemplo el asunto *Anderson v. W.R. Grace & Co.*, de 3.1.1986¹³⁸⁵, que trata un supuesto de muerte de tres vecinos que habían contraído leucemia como consecuencia de la exposición al agua contaminada proveniente de productos químicos vertidos por la empresa demandada. En este caso, aquellos que no desarrollaron la enfermedad basaron su acción en la angustia emocional –*mental distress*-. No obstante, existen sentencias que afirman que cuando la angustia mental no venga acompañada de daños físicos, sino que se produzcan como resultado de daños a la propiedad, no son recuperables al no estar cubiertos en materia de *nuisance*¹³⁸⁶.

¹³⁷⁸ SCOGNAMIGLIO, R.: “Danno morale”, *Novissimo Digesto Italiano*, Ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1957, pp. 146-149.

¹³⁷⁹ TORREGROSA, G.: *op. cit.*, pp. 1418-1419.

¹³⁸⁰ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 132.

¹³⁸¹ Caso *Bone v. Seale*, de 26 de noviembre de 1974.

¹³⁸² El caso *Perry v. Sidney Philips & Son*, de 14 de julio de 1982 trata un caso de “*mental distress*” por el cuál se indemnizó a la víctima por sufrir ansiedad, preocupación y angustia a raíz de tener que vivir en una casa que recibía malos olores provenientes de una fosa séptica.

¹³⁸³ MC GREGOR, H.: *Mc Gregor on damages*, Ed. Sweet & Maxwell Ltd., Londres, 1998, pp. 51-52.

¹³⁸⁴ YAGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 77.

¹³⁸⁵ *Anderson v. W.R. Grace & Co.*, de 3 de enero de 1986, Civ. A. No. 82-1672-S (628 F.Supp. 1219).

¹³⁸⁶ *Gregarth v. Bates*, 359 So.2d 404 (Ala.App.1978)

b) *Prueba de los daños morales.*

No existen criterios que determinen qué supuestos inmisivos causan daños morales y cuales no, aunque la doctrina y la jurisprudencia suelen enumerar algunas pautas que pueden servir para aproximar los criterios que los jueces suelen tener en cuenta. La razón es que no existe un grado o intensidad cuantificable para cada inmisión que determine la presencia de un daño moral, ni una fórmula matemática para determinar su concurrencia, por lo que su apreciación debe hacerse discrecionalmente por los jueces en función de las circunstancias concurrentes del caso concreto con la mayor objetividad posible, alejados de la especial susceptibilidad del sujeto inmitido para padecer este tipo de daños, y conjugándolas con los principios y derechos constitucionales que impregnan las modernas relaciones de vecindad¹³⁸⁷.

La realidad de dicho daño no puede descansar en una prueba de un daño concreto, sino que más bien deben tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, dándose así una solución social y justa¹³⁸⁸. Por ejemplo, se puede presumir la existencia de daño indemnizable cuando se produzca una inmisión intolerable, pues ésta de por sí, y sin necesidad de que sea causa de otros perjuicios físicos, constituye el daño¹³⁸⁹. Por tanto, el problema se reduce a una cuestión de límites que, en este caso, pasaría por determinar cuál es el nivel que ha de tener la inmisión para merecer la calificación objetiva de evitable e insoportable¹³⁹⁰. Es decir, la certeza del daño moral no requiere prueba adicional¹³⁹¹ de tipo objetivo de las reacciones, sentimientos y sensaciones que han acompañado a su padecimiento, pues acreditada la realidad de la perturbación intolerable, no es exigible una concreta actividad probatoria del daño moral¹³⁹², aplicándose en estos supuestos la doctrina “*in re ipsa loquitur*”, según la cual cuando la realidad del daño moral depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, no se exige demostración añadida a la de esta realidad¹³⁹³.

Los requisitos que deben concurrir son los siguientes: los niveles de ruido emitido han de ser insoportables (molestos) y evitables¹³⁹⁴, exigiéndose, en ocasiones, que sea también continuado¹³⁹⁵. A la vista de la jurisprudencia, lo habitual es que las pruebas sonométricas constituyan la prueba determinante para la estimación de la demanda interpuesta, aunque no se constituya como una exigencia procesal, puesto que las partes gozan de absoluta libertad para utilizar los medios de prueba que estimen pertinentes. Hay autores que indican la relación directa existente entre el carácter molesto del ruido y la superación de niveles acústicos¹³⁹⁶.

¹³⁸⁷ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 420-425.

¹³⁸⁸ SSTS 22.4.1983 (RJ 1983, 2118), 9.5.1984 (RJ 1984, 2043), 22.6.1988 (RJ 1988, 5123), 3.6.1991 (RJ 1991, 4407), 9.12.1994 (RJ 1994, 9433); SSAP Granada 18.2.1997 (AC 1997, 780), Barcelona 31.12.1997 (AC 1997, 2518).

¹³⁸⁹ SAP Ciudad Real 29.10. 2002 (AC 2002, 2317).

¹³⁹⁰ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(I)”, *op. cit.*, p. 785.

¹³⁹¹ SAP 25.10.2004 (AC 2004, 1895), en materia de inmisiones por ruido.

¹³⁹² MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 419.

¹³⁹³ SSTS 15.2.1994 (RJ 1994, 1308), 11.3.2000 (RJ 2000, 1520); SAP Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), FD 1º.

¹³⁹⁴ STS 10.4. 2003 (RJ 2003, 4920).

¹³⁹⁵ STS 22.12.1999 (AC 1999, 2413).

¹³⁹⁶ CILLERO DE CABO, P.: *op. cit.*, pp. 13-14. En efecto, según indica el autor, de «un simple repaso a nuestra jurisprudencia [...] toda emisión sonora que supere esos límites es automáticamente reputada como molesta».

Otros autores, en cambio, afirman que la infracción del nivel máximo de ruidos reglamentarios, en el ámbito civil, es solamente un dato orientativo, puesto que, aunque no se infrinja la normativa sobre ruidos, éstos pueden ser molestos por las circunstancias concurrentes¹³⁹⁷. Por ello, si bien las mediciones sonométricas constituyen un elemento objetivo, su valoración deberá siempre llevarse a cabo en consideración de otras circunstancias. Otras formas de probar el ruido excesivo puede hacerse: 1) acudiendo al nomenclátor del RAMINP¹³⁹⁸; 2) a la presentación reiterada de denuncias¹³⁹⁹ que, si bien no es requisito necesario, sí puede ayudar a demostrar la pasividad del causante de las inmisiones; 3) a las actas de inspección levantadas por técnicos municipales que califican las emisiones sonoras como infracción de la normativa¹⁴⁰⁰; 4) al testimonio de la policía municipal¹⁴⁰¹; 5) la prueba pericial judicial ofrece más garantías de credibilidad, por su mayor objetividad, que el emitido por el técnico correspondiente a instancias de parte, aunque haya sido ratificado en prueba testifical¹⁴⁰².

La carga de la prueba corresponde al demandante, que deberá probar la excesividad de la inmisión, generalmente a través de medición sonométrica, si bien puede decirse que la misma puede venir facilitada por las mediciones efectuadas por las AAPP competentes en el caso de que se haya denunciado el ruido frente a las mismas y aquéllas hayan dado “positivo” y, por ende, son susceptibles de infracción. No obstante, en los casos en que el resultado de las mediciones no superen los límites reglamentarios, no significa que no constituya un ruido molesto a efectos civiles. O incluso puede suceder que las pruebas sonométricas no hayan podido conseguirse por pasividad de la Administración ante las denuncias presentadas. En estos casos algún autor se pregunta si estaría justificada la inversión de la carga de la prueba, a lo que contesta de forma afirmativa en virtud del art. 217.6 LEC¹⁴⁰³.

Se ha criticado por CILLERO DE CABO que la acreditación por los tribunales de que se han padecido molestias por ruidos es admitida como una demostración presunta de que se ha producido un daño moral. Es verdad que cuando la petición al tribunal es de adopción de medidas correctoras o el cese de una actividad permitida no es preciso acreditar la existencia de daños, siendo suficiente la prueba de que el ruido produce molestias intolerables que no hay obligación de soportar. No obstante, la producción de un ruido y la acreditación de las molestias no puede reputarse automáticamente un padecimiento de daños resarcibles, achacando la interpretación de los jueces a una excesiva “laxitud” en el uso de los términos “molestia” y “daño” y/o a la presunción de daño cuando de una molestia intolerable se trata. La razón última para el autor es el carácter eminentemente moral del daño que suele ocasionar la exposición a ruidos molestos y la constatada dificultad que su acreditación plantea. En efecto, la molestia no es más que la consecuencia del hecho típico del ruido, pero no se convierte por ello en un elemento jurídicamente relevante, sino que su consideración como causa de daños antijurídicos y resarcibles es su calificación como ruido molesto¹⁴⁰⁴.

¹³⁹⁷ SAP Burgos 21.1.2003 (PROV 2003, 75653).

¹³⁹⁸ STS 14.11.1984 (RJ 1984, 5555).

¹³⁹⁹ STS 4.5.1999 (RJ 1999, 2880).

¹⁴⁰⁰ SAP Madrid 20.11.2000 (AC 2001, 168), FD 2º.

¹⁴⁰¹ SAP Cádiz 4.6.2003 (PROV 2003, 214396).

¹⁴⁰² SAP Madrid 20.11.2000 (AC 2001, 168), FD 9º.

¹⁴⁰³ CILLERO DE CABO, P.: *op. cit.*, p. 16.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*: pp. 9-12.

II) *Antijuridicidad en la responsabilidad civil por contaminación.*

1) Acerca de la antijuridicidad.

A) *El requisito de la antijuridicidad en general.*

a) *Discusión acerca de su consideración como requisito o no.*

La antijuridicidad se puede definir como un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta¹⁴⁰⁵, aunque no se mencione en el C.c. español. La responsabilidad civil extracontractual constituye una obligación de segundo orden, que surge cuando se incumple un deber jurídico preexistente a cargo de un sujeto es responsabilizado del daño en el caso de que incumpla con lo dicho¹⁴⁰⁶. A tal efecto, se ha afirmado que «todo ilícito que cause daño a otro, realizado intencional o negligentemente, es fuente de obligación»¹⁴⁰⁷. El juicio de antijuridicidad vale para todas las esferas jurídicas, a diferencia de las consecuencias jurídicas, que sí pueden ser diferentes según la rama del derecho que se aplique.

La antijuridicidad es un elemento esencial para la existencia de responsabilidad civil por contaminación¹⁴⁰⁸. Si bien el art. 1902 C.c. no contiene referencia expresa a la antijuridicidad para que el daño sea resarcible, la configuración de este requisito ha de buscarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴⁰⁹. Hay autores que señalan como causas de ilicitud del acto dañoso que sea contrario a la ley, a la costumbre y los principios generales (*alterum non laedere*) en cuanto produce un daño no justificado¹⁴¹⁰. Por otra parte, «[a]lgunos Códigos extrajeros, como el austríaco, el alemán, y el suizo y también el italiano y el portugués¹⁴¹¹, identifican la antijuridicidad de una conducta con la ilicitud o injusticia en el obrar, incluyendo en ella no sólo lo que es *contra ius* sino además lo no justificado (“*non iure*”)»¹⁴¹².

¹⁴⁰⁵ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁰⁶ LÓPEZ MESA, M.J. y CESANO J.D.: *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*, Edisofer, S.L., Libros Jurídicos, Serie Europa-América, Buenos Aires, 2010, p. 13.

¹⁴⁰⁷ SAP Tarragona 21.9.1999 (AC 1999, 7073).

¹⁴⁰⁸ AMAT LLARÍ, E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 452. BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 34. CALVO COSTA, C.A.: “La vigencia de la antijuridicidad en el actual Derecho de Daños”, *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año 11, Extra 1, 2009, pp. 89-96. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad por hecho propio”, en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones (AAVV)*, Ed. Colex, Madrid, p. 899. SERRANO PAREDES, O.: “En torno a la existencia o no de responsabilidad ambiental...”, *op. cit.*, p. 9-10. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 122, 129. SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 311.

¹⁴⁰⁹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 130. En la jurisprudencia: SSTS 10.10.1968 (RJ 1968, 4271), 25.10.1968 (RJ 1968, 4796), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009).

¹⁴¹⁰ AMAT LLARÍ, E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 453. DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 106. JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 74. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, pp. 99. SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, p. 289.

¹⁴¹¹ Podemos citar el siguiente articulado: § 823 BGB alemán: «Quien, dolosa o negligentemente, ilegalmente lesiona la vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro derecho de otra persona, es responsable». Art. 41.1 ZGB suizo: «aquél que cause, de una forma ilícita, un daño a otro, sea intencionadamente, sea por su negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo»; art. 2043 C.c. italiano: «cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otros un daño injusto, obliga a aquél que ha realizado el hecho a reparar el daño»; art. 483.1 CC portugués: «aquél que, con dolo o mera culpa, violase ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al dañado los daños resultantes de la violación».

¹⁴¹² BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 16-17.

Hay autores que niegan que la antijuridicidad forme parte de los requisitos que den lugar a la responsabilidad civil. Por ejemplo WINCHMANN ROVIRA¹⁴¹³ dice que basta la existencia de un daño o lesión de un interés jurídicamente protegido causado negligentemente. En estos casos, la antijuridicidad deviene un requisito adicional que se confunde con el daño injustificado: la juridicidad del acto o la presencia de una excusa absoluta pueden aun habiendo daño, excluir la responsabilidad. El autor da las siguientes razones: 1) el art. 1902 C.c. no es una norma primaria sino secundaria; 2) el principio *alterum non laedere* se configuraría como un verdadero derecho subjetivo a la total esfera persona y patrimonial de los sujetos de Derecho, lo que iría en contra de la viabilidad de un sistema económico-social fundado en la competencia; y 3) restringiría el elemento de la antijuridicidad al supuesto de hecho de las normas de responsabilidad “subjetiva”, situando el centro de gravedad del supuesto de hecho del art. 1902 C.c. en la conducta del responsable y no en el daño.

Algunos autores dan respuesta a algunas de las principales críticas hechas a la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Por ejemplo, CALVO COSTA¹⁴¹⁴ a las siguientes críticas contesta: 1) *La antijuridicidad no es presupuesto de la responsabilidad civil puesto que hay deber de reparar por actos lícitos*. El autor dice que, si bien existen supuestos de responsabilidad por actos lícitos, constituyen un supuesto de excepción legalmente previsto. 2) *En los supuestos de responsabilidad objetiva no existe antijuridicidad*. El autor dice que el resultado dañoso integra la *fattiespecie* (supuesto jurídico) del acto ilícito, por lo que no es consecuencia ilícita de un acto lícito, sino que la consecuencia del acto ilícito está dada por la obligación de reparar el perjuicio. 3) *La antijuridicidad solo cumple un rol negativo*. El autor contesta que cuando el perjuicio no posee causa de justificación alguna, la antijuridicidad es positiva, ya que el acto dañoso es repudiado por la totalidad del ordenamiento.

Según PARRA LUCÁN, la jurisprudencia no se ocupa de la antijuridicidad como presupuesto independiente de la responsabilidad civil. En la mayoría de casos suele mencionarse, al analizar la culpa o la relación de causalidad, que el daño es «antijurídico» y, como máximo, se establece que, aunque no se infrinja norma alguna, la antijuridicidad civil proviene de la violación del principio “*alterum non laedere*”, o que en estas conductas que actúan dentro del campo del derecho civil no se puede hablar de tipicidad. Incluso, cuando se afirma la necesidad de su concurrencia, el concepto de antijuridicidad basado en la infracción del deber genérico de no causar daño a otro, no parece añadir nada a los demás presupuestos analizados, y dado que no requiere infracción de norma concreta «conecta con el planteamiento de que no basta, para que la culpa quede excluida, que se hayan cumplido las normas reglamentarias, y que la producción del daño muestra que la diligencia no ha sido suficiente»¹⁴¹⁵.

Según SANTOS BRIZ, la confusión entre culpa y antijuridicidad se da porque dándose la primera necesariamente se da la segunda, y en que en ambas se efectúa un juicio de valor. No obstante, en el caso de la culpa el análisis se hace acerca de si la acción es personalmente reprochable a su autor, mientras que en el estudio de la antijuridicidad se dilucida si la conducta menosprecia el ordenamiento¹⁴¹⁶.

¹⁴¹³ WICHMANN ROVIRA, G. V.: *op. cit.*, pp. 1075-1076.

¹⁴¹⁴ CALVO COSTA, C.A.: *op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁴¹⁵ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad por hecho propio”..., *op. cit.*, pp. 899-890.

¹⁴¹⁶ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, p. 24. Siguiendo esta distinción se ha considerado que la antijuridicidad es lo “antijurídico-objetivo”, mientras que la culpa sería lo “antijurídico-subjetivo”; pero por conducir a equívocos estas expresiones no se deben utilizar».

b) *Antijuridicidad formal y material, objetiva y subjetiva.*

La *antijuridicidad formal* se basa en que el acto es formalmente antijurídico en tanto que es transgresión de una norma jurídica, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico¹⁴¹⁷. Se sostiene en la tipicidad del ilícito y de la sanción, lo que implica equiparar ilicitud con ilegalidad¹⁴¹⁸. El legislador prevé normativamente el comportamiento contrario y su efecto sancionatorio. No obstante, creo que la antijuridicidad formal es insuficiente, pues se agota en la relación entre la acción y la norma, en un enunciado o elenco de tipos de ilícitos imaginados por el legislador, por lo que lo ilícito debería ser algo más que la violación de lo prohibido legalmente, constituido por pautas jurídicas distintas a la ley: orden público, moral, equidad, buena fe, etc.¹⁴¹⁹. Además, existen muchos actos dañosos que engendran responsabilidad civil aunque no exista un mandato legal específico que los reglamente, los prohíba o los condene; su injusticia se deduce de una regla general que ordena actuar con diligencia, cuidado y consideración hacia los demás en todo momento y en todo sector de la actividad humana¹⁴²⁰. A esto último se le ha llamado "*antijuridicidad material*".

Existen dos formas de entender materialmente la antijuridicidad: una objetiva y otra subjetiva. Las dos presuponen una determinada concepción de la norma jurídica y se hallan ligadas a posiciones acerca de los fines a cumplir por el sector del ordenamiento en el que operan: desde la *perspectiva objetiva*, la antijuridicidad es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, comprensivo éste de las leyes, las costumbres relevantes, los principios jurídicos estrictos derivados del sistema y los principios del orden natural¹⁴²¹. Desde este punto de vista, el juicio de menosprecio de la conducta hacia el ordenamiento puede tener lugar en distintos momentos como presupuesto de hecho de la acción: el menosprecio del resultado causal (*desvalor de resultado*) y el menosprecio respecto de la norma determinativa o prohibitiva (*desvalor de acción*). En cambio, en la *antijuridicidad subjetiva* la norma jurídica es primordialmente un imperativo de conducta y consiste en la voluntad contraria a los mandatos del Derecho¹⁴²². El problema es que se suele asociar la antijuridicidad objetiva con el análisis del desvalor de resultado, mientras que la antijuridicidad subjetiva con la del desvalor de acción. Lo que hay que ver, en realidad, es si la ilicitud sólo expresa una formal oposición entre lo jurídicamente debido y lo efectivamente ocurrido (antijuridicidad objetiva), o si no basta la mera contrariedad entre el acto y el ordenamiento jurídico, sino que es necesaria también la concurrencia de voluntariedad (antijuridicidad subjetiva). La mayoría de la doctrina apuesta por la concepción objetiva como juicio de reproche sobre el acto -u omisión- con el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad: leyes, costumbres y principios generales, siendo su análisis previo al eventual juicio de reproche sobre el autor del acto¹⁴²³.

¹⁴¹⁷ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 51-52. El propio art. 1902 C.c. prohíbe un comportamiento contra el valor que tutela: no dañar; e implícitamente contiene un mandato: respetar la integridad de los derechos e intereses ajenos jurídicamente protegido.

¹⁴¹⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 259. LÓPEZ MESA, M.J. y CESANO J.D.: *op. cit.*, p. 56.

¹⁴¹⁹ LÓPEZ MESA, M.J. y CESANO J.D.: *op.cit.*, p. 56.

¹⁴²⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.* p. 259.

¹⁴²¹ CALVO COSTA, C.A.: *op. cit.*, p. 93. LÓPEZ MESA, M.J. y CESANO J.D.: *op. cit.*, p. 26.

¹⁴²² BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 195.

¹⁴²³ CALVO COSTA, C.A.: *op. cit.*, pp. 89-92. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: "Responsabilidad civil y administrativa por el daño ambiental", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 1994, (1), p. 6.

En la concepción objetiva de la antijuridicidad se considera suficiente para caracterizar el ilícito civil una *desviación de la conducta* o la *transgresión de un deber impuesto por las normas jurídicas*, sin que haya lugar a interrogarse sobre el aspecto subjetivo del agente¹⁴²⁴. No se tienen en cuenta componentes subjetivos, pues el juicio de culpabilidad se realizará en un momento posterior¹⁴²⁵. La conducta en sí y por sí no es injusta, sino que es la provocación de un daño lo decisivo para cualificar el hecho como injusto, puesto que éste es requisito *sine qua non* de la responsabilidad extracontractual *ex* artículo 1902 C.c.¹⁴²⁶. Solamente mediante una concepción objetiva puede hablarse sin problemas de su unidad, puesto que bastará observar la violación o no del ordenamiento jurídico por parte del acto¹⁴²⁷. Esta concepción objetiva resulta fundamental para incluir dentro del concepto de acto ilícito las omisiones, que podrán ser reputadas antijurídicas si ocasionan un daño a otro sin causa justificativa, en virtud del principio del *alterum non laedere* (se aplica también a los actos positivos)¹⁴²⁸.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia no han visto de una manera clara la independencia de la culpabilidad y la antijuridicidad como componentes del ilícito civil. Entre los autores, PENA LÓPEZ dice que la antijuridicidad se identifica con la culpabilidad, o se convierte en un elemento integrante de ésta; o bien es la culpabilidad la que se convierte en un elemento integrante de la ilicitud¹⁴²⁹. CARRASCO PERERA dice que en los sistemas objetivos de responsabilidad, antijuridicidad y culpa se confunden e incluso la primera llega a sustituir a la segunda, mientras que en los sistemas subjetivos antijuridicidad como desvalor de la conducta y culpa son todavía distinguibles¹⁴³⁰. CALVO COSTA dice que la ilicitud subjetiva es la conducta del hombre que, además de ser contraria objetivamente al ordenamiento jurídico, debe ser culpable para ser considerada como ilícita. De no ser así, ello no podrá ser imputable¹⁴³¹.

En opinión de BUSTO LAGO la confusión entre antijuridicidad subjetiva y culpa proviene del hecho de que el juicio que se hace de la primera sobre el desvalor de acción abarca todos aquellos factores que atañen a la dirección de la voluntad de lesión de los intereses jurídicos protegidos, mientras que el juicio de culpabilidad se centra en la forma y el modo de elaboración de la voluntad que conduce al caso dañoso, constituyendo ésta un ulterior juicio de reproche sobre el autor¹⁴³². El ilícito civil se caracteriza por una desviación de conducta o la transgresión de un deber impuesto por las normas jurídicas, sin que haya lugar a interrogarse sobre el aspecto subjetivo o interno del agente. Lo que procede, según el autor, es determinar la conducta humana que deberá de tenerse en cuenta como elemento de referencia para precisar si un específico comportamiento es o no culpable. La antijuridicidad siempre tiene que estar presente, mientras que la culpa no en casos de responsabilidad objetiva¹⁴³³.

¹⁴²⁴ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 194-195.

¹⁴²⁵ LÓPEZ MESA, M.J. y CESANO J.D.: *op. cit.*, pp. 63-64.

¹⁴²⁶ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 66. LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil extracontractual. Una explotación jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 93.

¹⁴²⁷ CALVO COSTA, C.A.: *op. cit.*, p. 92. LÓPEZ MESA, M.J. y CESANO J.D.: pp. 62, 67.

¹⁴²⁸ CALVO COSTA, C.A.: *op. cit.*, pp. 89-92

¹⁴²⁹ PENA LÓPEZ, J.M^a, en el prólogo del excelente manual de BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 16.

¹⁴³⁰ CARRASCO PERERA, A.: "El régimen civil de la responsabilidad...", *op. cit.*, p. 153.

¹⁴³¹ CALVO COSTA, C.A.: *op. cit.*, pp. 89-92.

¹⁴³² SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, p. 89.

¹⁴³³ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 179, 186, 195 (cita literal en esta última).

c) *Función valorativa y determinativa de las normas.*

Los *mandatos* o *prohibiciones* del ordenamiento se basan en una valoración de los intereses ideales o materiales y de los conflictos de intereses, presupuesto lógico del mandato legal al fin de producir una determinada situación “hacer algo” (mandato), o de evitar esa situación: “omitir algo” (prohibición). De ahí que también la acción pueda apreciarse en dos aspectos, según la doble estructura de las normas jurídicas: 1) Según su resultado causal, es decir, según se haya conducido respecto de los intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico o los bienes jurídicos a los que haya lesionado o simplemente arriesgado. 2) Según que la acción como tal se haya conducido en relación con el mandato o prohibición. Este mandato o prohibición determina la relación de deber entre los sujetos en cuanto a los intereses a valorar, es decir, sitúa el obrar en una relación valorable respecto de los intereses lesionados. Los mandatos o prohibiciones obligan a una conducta determinada: hacer o no hacer “algo”. Por tanto, sólo se refieren a actos en el sentido de conductas dirigidas a un fin. La prohibición tiene el fin de omitir toda conducta dirigida a la lesión del interés, y el mandato el de observar una diligente conducta para evitar las consecuencias no deseadas de la infracción del interés, en cuanto a la elección y empleo de medios de acción¹⁴³⁴.

Los mandatos jurídicos son infringidos cuando la lesión del interés se produce por el incumplimiento de la diligencia exigida, y las prohibiciones son infringidas cuando la lesión del interés es realizada finalmente. En estas últimas, que pueden incluir una acción dolosa, la conducta es contraria a la prohibición cuando se den las características internas de la acción descritas en el precepto correspondiente. La culpa o negligencia como forma de la antijuridicidad es la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podría haberse evitado un resultado no querido, la realización no querida del supuesto de hecho legal. Afecta al agente en consideración a las circunstancias concretas y a las aptitudes que el mismo posee o de cuya existencia ha de responder como perteneciente a un mismo grupo profesional o de participantes en el tráfico, según un criterio objetivo y abstracto reflejado en el art. 1104 C.c. La culpa objetiva no incluye todavía reproche alguno contra el agente; el juicio de que es negligente significa una acusación, al menos en cuanto representante de un grupo profesional, aunque no necesariamente en consideración a la individualidad del agente.¹⁴³⁵

La determinación de la culpa (subjetiva) es un juicio de reproche personal consistente en haberse decidido por lo injusto cuando pudo haber obrado lícita y jurídicamente. Para el juicio de culpabilidad se tendrá en cuenta, en primer lugar, la imputabilidad o «acusación personal de que el agente no ha manifestado una voluntad conforme a las normas, aunque se hallaba en situación de ello», y en segundo lugar, habrá que diferenciar entre infracciones dolosas y culposas. Si el agente obró con dolo, siendo imputable, habrá por regla general culpa porque al mismo tiempo el agente tuvo conciencia de la antijuridicidad, o como persona imputable se hallaba en un error evitable acerca de la norma prohibitiva, dados su estado de conciencia o de discernimiento (“culpabilidad dolosa”). Si el agente causante del daño obró con negligencia, sólo se podrá acusar al agente si se condujo de forma antijurídica pudiendo haberlo hecho conforme a las normas y pudiendo haber evitado, dada su capacidad personal e individual, la omisión de la diligencia exigible en el tráfico o según las circunstancias¹⁴³⁶. En definitiva, no hay que confundir la culpa objetiva con la subjetiva.

¹⁴³⁴ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, op. cit., pp. 25, 29.

¹⁴³⁵ Ibid.: pp. 29-33, 36, 40-45, 47-48.

¹⁴³⁶ Ibid.: pp. 88-90.

GARCÍA RIPOLL dice que la doctrina y los Tribunales utilizan el término culpa en un sentido ambivalente: como realización de una conducta prohibida por el ordenamiento, y como reproche personal al deudor. El autor llama a la culpa en sentido objetivo, “ilicitud”, y en sentido subjetivo, “culpa”. Es característico de las normas que determinan la responsabilidad extracontractual imponer deberes de actuación o prohibir conductas, y sólo la infracción de éstas, unidas al daño y otros requisitos, determinan el surgimiento de la obligación civil de indemnizar. En el fondo, en toda norma jurídica sobre comportamientos humanos subyace el deseo de proteger ciertos bienes que se consideran valiosos («norma de valoración»–aspecto axiológico-), para lo que, con carácter instrumental, se establecen ciertas conductas que los promuevan o eviten su perjuicio («norma de determinación»–aspecto deóntico-) ¹⁴³⁷. DÍEZ-PICAZO reprocha que una concepción valorativa introduce en la materia una inmensa dosis de inseguridad, pues las reglas que recogen lo usos consideradas en su sentido normativo podrán ser normas de conducta que definen el modelo. No obstante, el autor está en contra de los usos considerados en su mera “facticidad” por cuanto «bastaría que estadísticamente una alta proporción de individuos en el sector sean descuidados, para que el modelo se construya a partir de ese dato». Es preciso decidir si el presunto culpable se encontraba en una situación que generara para él deberes respecto del perjudicado ¹⁴³⁸.

d) *Juicio de menosprecio hacia el ordenamiento.*

Hay autores que se centran en la *concepción subjetiva* de la antijuridicidad, partidaria del *desvalor de acción*: la conducta sería antijurídica por ser dolosa o negligente; en términos generales, por ser materialización de una voluntad rebelde a las exigencias de la norma primaria de determinación. Según LLAMAS POMBO, este hecho se produce en la etapa de expulsión de la antijuridicidad del sistema. No se indemniza porque se haya obrado de forma ilícita o antijurídica, sino porque se imputa un daño a la conducta del agente, sobre la base de la culpa ¹⁴³⁹.

Otros autores se centran en la *concepción objetiva* basada en el *desvalor de acción*, en un error de conducta (no haberse comportado como se debía haber hecho), comprendidas en normas determinativas, dirigidas a observar una conducta diligente para evitar consecuencias no deseadas, o, como dice DE ÁNGEL YAGÜEZ, «dada la dificultad de delimitar una a una las conductas exigibles, según el tipo de ser humano, y de conducta humana, que el juez deberá tener en cuenta como elemento de referencia cuando tenga que formar criterio sobre la existencia o inexistencia de culpa» ¹⁴⁴⁰. La determinación de cuándo existe culpa es una cuestión que se resuelve en función de la ponderación de las circunstancias que envuelven el caso concreto, si bien exige la adopción de un modelo de referencia que sirva de comparación al juzgador para decidir en cada caso, que se formará mediante la diligencia propia del agente y habitual en él o en lo que en abstracto se espera de un ciudadano medio, de haber observado el cuidado personalmente posible de él, o un modelo de conducta «normal» que el propio juez conoce en virtud de su experiencia personal, *ex art. 1104 C.c.* ¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁷ GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M.: *Ilícitud, culpa y estado de necesidad: (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 36-38.

¹⁴³⁸ DÍEZ-PICAZO, L.: “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 54, Nº 3, 2001, pp. 1015-1019.

¹⁴³⁹ LLAMAS POMBO, E.: *Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, p. 52.

¹⁴⁴⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 352-353.

En la línea anterior, según BUSTO LAGO el juicio de antijuridicidad ha de relacionarse con el precepto de la norma y valorar, a la luz de éste, el comportamiento independientemente de sus consecuencias, que pueden, incluso, no llegar a existir. Este modo de concebir la antijuridicidad ha llevado a algunos autores a trasladar la ilicitud del acto al elemento de la culpa, valorándose el comportamiento enjuiciado en relación con la conducta previsible de un ciudadano diligente»¹⁴⁴². Dice Díez-PICAZO que «la cuestión radica en determinar si el criterio que se utiliza, o se debe utilizar es el estándar unitario, homogéneo y abstracto del hombre medio, de manera que, sólo la inobservancia de la diligencia media genera responsabilidad o si, por el contrario, cualquier tipo de culpa»¹⁴⁴³. Según SANTOS BRIZ, ese “modelo de conducta” que determina la diligencia exigible, determina que si el agente obró con negligencia (objetiva a efectos de antijuridicidad), es decir, ha omitido la diligencia exigible según las circunstancias o la señalada en la obligación. No se dará, en cambio, sin más, la existencia de culpa (subjetiva), sino que «sólo se podrá acusar al agente si se condujo en forma antijurídica, pudiendo haberlo hecho conforme a las normas y pudiendo haber evitado, dada su capacidad personal e individual, la omisión de diligencia exigible»¹⁴⁴⁴.

Una concepción objetiva basada en el *resultado* se basa en la tesis conforme a la cual un acto dañoso es antijurídico (daño injusto) cuando es producto de la violación de una norma jurídica, aun la más genérica del *alterum non laedere*, protectora del bien agravado. Se produjo un “viaje” desde la concepción del acto *contra ius* del ilícito, a la noción *sine iure* del daño injusto, es decir, del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido. La antijuridicidad se acaba predicando del daño y no de la conducta que lo causa. Y por ello, la conducta que causa un daño, aunque no sea ilícita, genera responsabilidad cuando no está justificada. Lo que significa que la responsabilidad es controlada mediante la idea del ejercicio regular del derecho a obrar¹⁴⁴⁵. Se considera un acto contrario al Derecho cuando vulnera una norma jurídica (acto “*contra ius*”) como el mandato general de diligencia frente a bienes jurídicos protegidos, manifestados en el principio del *alterum non laedere* (acto “*non iure*”). Por su parte, PANTALEÓN PRIETO diferencia la concepción objetiva basada en el desvalor de resultado en sentido propio como violación de la norma jurídica primaria que protege el derecho subjetivo o bien jurídico lesionado, y en sentido impropio: vulneración del deber jurídico absoluto del *alterum non laedere*, que resulta de la mera causación del daño, a no ser que concurra una causa de justificación¹⁴⁴⁶. Por su parte, DE ÁNGEL YAGÜEZ¹⁴⁴⁷ dice que un daño es injusto no solo cuando es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva, sino también del *alterum non laedere*, que ordena actuar con diligencia, cuidado y consideración hacia los demás en todo momento y en todo sector de la vida humana. Para LACRUZ BERDEJO, «a falta de tipicidad, todo daño irrogado a una persona en sus sentimientos, en su cuerpo o en sus bienes jurídicos ha de ser reparado mientras el agente no proceda en el ejercicio regular y no abusivo de un derecho (y todavía con la debida diligencia) o medie una causa de justificación»¹⁴⁴⁸.

¹⁴⁴² BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁴³ Díez-PICAZO, L.: “La culpa en la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 1022-1024.

¹⁴⁴⁴ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 99. Por el contrario, «si fue evitable responderá el agente por conducta dolosa y culposa, aunque siempre excederá en gravedad el matiz doloso».

¹⁴⁴⁵ LLAMAS POMBO, E.: *Reflexiones...*, *op. cit.*, pp. 52-53.

¹⁴⁴⁶ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 53.

¹⁴⁴⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, pp. 258-263.

¹⁴⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, 1º, 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 1985, pp. 500-502.

Otra concepción objetiva basada en el resultado se fija en la *lesión de un derecho o bien jurídico protegido*. BUSTO LAGO asocia la injusticia de una conducta a la lesión de un derecho subjetivo ajeno o intereses legítimos o jurídicamente protegidos. Sigue trasladándose el centro de gravedad del juicio de antijuridicidad desde la calificación de la conducta a la del resultado producido por ésta, sobre el perjuicio o lesión del interés protegido y no sobre el comportamiento¹⁴⁴⁹. DE ÁNGEL YAGÜEZ dice que «Es injusta toda conducta que lesione un derecho subjetivo de otro. Concretando más, algún autor sostiene que daño es el que lesiona un derecho de los llamados absolutos». No obstante, podría darse el caso de que no se produjera responsabilidad civil por muy reprochable que pareciera una conducta, al no ofender un valor material o personal no definido por ley como genuino derecho. El daño es injusto cuando lesiona un «interés» merecedor de tutela. No resuelve el problema, pues «el calificativo injusto se hace tan impreciso y vago como impreciso y vago es el término «interés»¹⁴⁵⁰.

Un sector de la doctrina ha criticado la fundamentación de la antijuridicidad basada en el *alterum non laedere*. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO¹⁴⁵¹ critica que: 1) ya existe el daño como presupuesto esencial de la responsabilidad civil. 2) Se suele apelar a las causas de justificación para excluir precisamente esa ilicitud, pero si lo antijurídico es el daño, lo es independientemente de la valoración de la conducta del agente. 3) No convence la razón de que “si el sujeto hubiera empleado la diligencia adecuada no se habría producido el daño”, pues esto supone situarse en una perspectiva *ex post*, y no justifica qué hizo mal el agente antes del daño para considerarlo indemnizable. 4) No es necesario alegar el *favor victimae* o principio *pro damnato*, ya que existe una norma primaria que exige al sujeto comportarse de cierta manera. 5) Existe responsabilidad civil sin necesidad de valorar la conducta (responsabilidad objetiva). 6) Cuando se dice que “ha lugar a la responsabilidad porque el causante no se ha comportado cuidadosamente”, en realidad se está comparando la importancia del bien dañado y el grado de control de libertad que hubiera debido prestar el dañante. PARRA LUCÁN dice que la utilización del principio del *alterum non laedere* no se debe hacer para reducir a la mera expresión del daño su aplicación, utilizando expresiones reduccionistas como la de que «la ilicitud de la conducta dañosa deriva simplemente de la vulneración del principio *alterum non laedere*»¹⁴⁵², si bien reconoce que este principio recoge un deber técnico de comportarse correctamente frente al bien jurídico que trata de proteger.

Para BUSTO LAGO¹⁴⁵³, el desvalor de resultado tendrá un lugar principal y el de acción uno secundario. El daño injusto es el único resarcible: aquellos daños causados en el ejercicio abusivo de un derecho (art. 7.2 C.c.) o sin que tal derecho existiese, consecuencia de un hecho ilícito civil. Solamente el daño podrá ser soporte de una injusticia *potencial*, que devendrá en una antijuridicidad *efectiva* si la conducta que lo ha provocado ha violado una norma jurídica tuitiva del Derecho o interés legítimo lesionado o desaparecer si la conducta nociva está justificada por el ordenamiento jurídico. La antijuridicidad ha de concebirse como contravención del Ordenamiento jurídico (acto dañoso producto de la violación de una norma jurídica, aun la más genérica del *alterum non aledere*, protectora del bien gravado) y como lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo o jurídicamente protegido carente de justificación.

¹⁴⁴⁹ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 60, 62 187-188.

¹⁴⁵⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, pp. 258-263.

¹⁴⁵¹ GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M.: *op. cit.*, pp. 32.

¹⁴⁵² PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad civil extractcontractual”, en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones (AAVV)*, Ed. Colex, Madrid 2008, p. 868.

¹⁴⁵³ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 58-60, 66-67, 204-206.

Surgen otras líneas doctrinales que se basan en una *concepción mixta* de la antijuridicidad, sin establecer preferencia alguna entre la basada en el resultado o en la acción. SANTOS BRIZ define «la *antijuridicidad* (lo injusto) como la *lesión* (en ciertas circunstancias, también la creación de un riesgo) de *intereses jurídicamente reconocidos* (bienes jurídicos) *por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento*» (la cursiva es suya). El autor lo justifica en que «sólo el mandato o prohibición vigente para la situación de intereses en conflicto determina la relación de deber entre los sujetos en cuanto a los intereses a valorar, es decir, sitúa el obrar en una relación valorable respecto de los intereses lesionados». Advierte que la postura basada en el menosprecio del resultado encuentra dificultades en su aplicación a los casos de infracción de bienes jurídicos por medio de omisiones, por negligencias o por actividades y explotaciones peligrosas admitidas por el ordenamiento. En el caso de las omisiones, porque éstas sólo son antijurídicas cuando hayan sido la causa de la infracción de un bien jurídico y hayan violado el deber de evitar un resultado. En las infracciones por negligencia, el art. 1104 C.c. dispone que actúa negligentemente el que omite la diligencia exigible según la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar (criterio objetivo o abstracto, que no corresponde a la diligencia derivada de las circunstancias individuales). En el caso de actividades peligrosas, por cuanto al tolerarlas el ordenamiento jurídico, razonablemente sólo puede tener sentido en cuanto que el ordenamiento no quiere desaprobado esas consecuencias inevitables dada la utilidad de dichas actividades; en estos casos, se aplicará la responsabilidad por riesgo, que parte de otra base de imputación¹⁴⁵⁴. NIPPERDEY dice que el juicio de antijuridicidad sólo estará completo cuando, además del resultado, se atienda también a la función determinante de la norma jurídica. La antijuridicidad es la «lesión de intereses jurídicos reconocidos –bienes jurídicos– por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico»¹⁴⁵⁵.

B) Ilicitud, uso normal y culpa en materia de daños civiles por contaminación.

En materia de daños civiles por contaminación la responsabilidad civil por daños exige que éstos se produzcan mediante un acto antijurídico, tanto si uno se fija desde el punto de vista de la conducta del operador (desvalor de acción) o de las consecuencias de la misma (desvalor del resultado). No obstante, en mi opinión la antijuridicidad se predicará de una concepción mixta de ambas: desde el punto de vista del desvalor de la acción, el incumplimiento de las normas reguladoras de la actividad industrial es motivo de ilicitud formal, pero necesitará de la vulneración de un interés o bien jurídico protegido. En cualquier caso, el cumplimiento de las normas jurídico-públicas, tanto en materia de inmisiones como del resto de DCC, no es causa suficiente para, en el primer caso, eludir la ilegitimidad de la inmisión. En el caso de inmisiones en las relaciones de vecindad industrial, porque no impide que puedan producirse inmisiones excesivas y nocivas *ex art. 1908.2 C.c.*¹⁴⁵⁶, ni que pueda estar produciéndose un uso anormal o excesivo de la actividad según el uso local o no se esté cumpliendo las medidas necesarias para evitar el daño, según informe pericial. En el caso de daños civiles por contaminación con causa no conocida por el operador y provocados por industrias peligrosas, el cumplimiento de los reglamentos tampoco evitaría, a priori, la ilicitud del daño, por cuanto la ilicitud del daño derivaría de la manifestación del daño.

¹⁴⁵⁴ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 25, 26-29.

¹⁴⁵⁵ NIPPERDEY, H.C.: *Allgemeiner Teil Bürgerlichen Rechts*, 1960 (15ª edic.), pp. 1.278 y ss

¹⁴⁵⁶ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 187. Según el autor, «Lo lícito sí puede ser anormal y por ello culpable, o mejor pudiéramos decir responsable».

En general, el incumplimiento de las normas primarias de protección, por ejemplo de los reglamentos que regulan la actividad, el de las obras de resguardo exigidas y exigibles, en su caso, simplemente por no haber obtenido o solicitado la autorización o licencia, serán una causa formal de antijuridicidad.

Si las normas anteriores han sido cumplidas por el operador de una actividad peligrosas, cuando el escape que causa el daño es no conocido por éste, el hecho dañoso será injusto cuando vulnere las normas primarias reguladoras de la actividad, y aún la más genérica del principio del *alterum non laedere*, protectoras del bien agravado, derivado del riesgo de la actividad. Se aplicará la falta de diligencia que las circunstancias del caso requieran, en virtud de lo dispuesto en el art. 1104 C.c. Si este tipo de daños han sido causados por una actividad anormalmente peligrosa, podría aplicarse directamente la doctrina del riesgo, según la cual la antijuridicidad deriva del propio resultado dañoso cuando haya sido provocado dentro del riesgo típico de la actividad. No obstante, la jurisprudencia del TS suele aplicar el principio anterior.

También podría considerarse una conducta antijurídica cuando cause lesiones a derechos o bienes jurídicamente protegidos: vida, integridad física, etc.

En cuanto a los daños civiles por inmisiones industriales la antijuridicidad propondrá: 1) en el caso del art. 1908.2 C.c., de la excesividad de la inmisión, teniendo en cuenta la gravedad del daño y la intensidad la inmisión, aunque sin perder de vista el uso normal de la actividad. Se tendrá en cuenta, con carácter prioritario, el criterio de la normal tolerancia cuando se hayan producido daños a las personas, y, además, el del uso normal, en el supuesto de daños a las cosas. No obstante, el criterio del uso normal también será útil cuando la actividad, aún habiendo cumplido con todas las medidas reglamentarias en el ejercicio de su actividad, vulnera las costumbres o el uso local (art. 590 C.c.) y, por lo tanto, convierte el hecho en ilícito¹⁴⁵⁷. La falta de adopción de medidas de evitación de las inmisiones, cuando existan y no sean económicamente inviables (lo tendrá que decir un juez) provocará que el daño que era inicialmente sustancial o grave no tenga el contrapeso del uso normal de la actividad. 2) En el art. 1908.4 C.c., por la culpa o negligencia en la conducta del agente.

Estoy de acuerdo en que el acto ilícito es aquel que es contrario al Derecho (antijurídico) y culpable. En materia de DCC nos serviría para determinar la ilicitud de un daño ocasionado por una industria que, con ocasión del incumplimiento de la normativa reguladora de la actividad ocasiona un daño, o simplemente pudiendo haber actuado con la diligencia exigible, habría podido prevenir o evitar el daño. Se ha dicho a lo largo del presente trabajo que este supuesto es aplicable únicamente a los daños civiles por contaminación ocasionados de forma no conocida por parte de actividades inocuas. En el caso de las actividades peligrosas, dado que no hay norma en nuestro ordenamiento que regule la responsabilidad objetiva por riesgo, pero sí una objetivización de la culpa – riesgo, aumento de la diligencia exigible o presunción de culpa-, pierde importancia el cumplimiento de las normas administrativas reguladoras de la actividad, así como la posible conducta diligente, exonerándose sólo por caso fortuito. Por otra parte, en materia de responsabilidad civil por inmisiones, el acto –inmisión- excesivo *ex art. 1908.2 C.c.* no tiene por qué ser lícito desde el punto de vista administrativo, y, aun siéndolo, ello no es causa suficiente para determinar tal licitud. La excesividad de la inmisión, en definitiva, se calcula con independencia del cumplimiento de las normas reguladoras de la actividad y de la culpa o negligencia del causante.

¹⁴⁵⁷ JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 74. El autor hace referencia a la costumbre (art. 590 C.c.) como causa de ilicitud en la responsabilidad civil por inmisiones.

2) Antijuridicidad en los daños civiles por contaminación.

A) Causas de antijuridicidad.

a) *Acción de responsabilidad civil por inmisiones: inmisión excesiva o abusiva y no-civa desde el punto de vista de la conducta y del resultado.*

En materia de inmisiones se ven también reflejados los efectos de las concepciones de la antijuridicidad, sobretodo en la concepción basada en el desvalor de resultado, si bien con unas ciertas peculiaridades propias. Por ejemplo, aquellos que propugnan por la concepción del desvalor de resultado fundamentan la antijuridicidad de la inmisión o la inmisión abusiva en el “daño grave”.

Por ejemplo, MACÍAS CASTILLO dice que el criterio adecuado para estimar la existencia de la inmisión no es ni la anormalidad del uso ni la intolerabilidad de la molestia, sino el carácter antijurídico de la misma, que se predicará respecto del daño y no respecto de la conducta: el daño vecinal será antijurídico cuando sobrepase los límites de la normal tolerabilidad. La distinta fundamentación entre la ilicitud de la molestia y de la antijuridicidad del daño está también presente a la hora de ejercitar, por una parte, la acción negatoria y, por otra, que la acción de responsabilidad civil, negando un automatismo legal por el cual, acreditada la existencia de una inmisión ilícita, antijurídica, surja sin más el derecho a reparar el daño causado, ya que, en ocasiones no llegan a producirse las consecuencias necesarias para que nazca un daño indemnizable, aunque proceda de una inmisión ilícita. En este último caso, una acción negatoria puede prosperar aun no habiéndose probado el daño, basta acreditar que la inmisión excede de lo tolerable. El problema consiste en que la conceptualización del hecho antijurídico centrada en la conducta del autor del daño no solucionan los daños producidos por actividades lícitas en materia de inmisiones en las relaciones de vecindad, ya que la responsabilidad no se dará en aquéllas actividades que han cumplido la normativa reglamentaria que rige la actividad, si bien, matiza que el incumplimiento de las normas administrativas constituye señal evidente de antijuridicidad, en cuanto contravención de la legalidad en vigor. Se trata de un expediente de tolerabilidad que depende de criterios civiles, de criterios característicos de las relaciones de vecindad y en los que también tienen cabida la licitud administrativa, como un elemento integrante más¹⁴⁵⁸.

En parecido sentido, otros autores han afirmado que la ilicitud de las inmisiones se determina a través de la doctrina del abuso de derecho cuando se produce un daño grave, pues en ese momento el ejercicio del derecho es objetivamente abusivo¹⁴⁵⁹. El problema es determinar dónde se encuentra el borroso límite de la tolerabilidad, por lo que la clave estriba, en primer lugar, en atender a la intensidad de los perjuicios; en segundo lugar, aplicar el criterio de la entidad del perjuicio, que puede provenir de la prolongación y persistencia en el tiempo de las molestias e incomodidades, por el alto número de sujetos afectados, por la intensidad –aunque sea variable- y por las limitaciones que comportan en el uso y disfrute de los espacios exteriores y aun de los interiores de las viviendas y establecimientos cercanos, con menoscabo de los derechos relacionados con el bienestar, calidad de vida y salud de las personas¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 59, 269-279, 307. Fundamentalmente, como dispone el autor (pp. 269-270).

¹⁴⁵⁹ ALONSO PÉREZ, M.: “Las relaciones de vecindad”, *op. cit.*, pp. 393-394. AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 452. LUQUÍN BERGARECHE, R.: *op. cit.*, p. 84.

¹⁴⁶⁰ YANUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 131.

Esta solución basada en el desvalor de resultado es la que parece haberse adoptado por algunos autores franceses que aplican la responsabilidad objetiva en materia de *troubles de voisinage*. Por ejemplo, JOSSE RAND cree que el acto de uso productor de un daño anormal, sin ser ilegal, aun sin ser abusivo, sería sin embargo excesivo, naciendo en función de sus efectos, de su potencial nocividad. El acto anormalmente dañoso es constitutivo de riesgos, por lo que el que los ha creado debe soportar sus consecuencias, siendo la responsabilidad sin falta y puramente objetiva. No es el acto inmisivo lo excesivo sino el daño, ya que el acto es excesivo por razón del exceso del daño. Todo derecho tiene un límite y lo que es lícito hasta un momento o espacio deja de ser lícito en otro momento y espacio, al traspasar el límite que se le impone a su derecho, conformando toda invasión al derecho de los demás un exceso en el ejercicio del derecho subjetivo, pues toda invasión al derecho subjetivo de otra persona es una lesión a su derecho (subjetivo). Si se traspasa el límite del derecho subjetivo y se invade la esfera de otro derecho subjetivo, existe, en principio, una lesión. ROUJOU DE BOUBÉE dice que «La norma transgredida en materia de troubles de voisinage es aquella regla según la cual se deben soportar pacientemente los inconvenientes tolerables y normales, pero no se deben infligir troubles anormales. La ilicitud consiste, pues, no en la omisión de las precauciones necesarias, sino en la transgresión de esta norma»¹⁴⁶¹.

En Italia se ha planteado la misma solución, afirmando que el art. 844 C.c. se limita a recoger los criterios para la valoración de la injusticia del daño (antijuridicidad) a efectos de la responsabilidad civil del art. 2043 C.c., por lo que sólo será resarcible el daño que exceda de la normal tolerabilidad, aunque deba ajustarse al resto de requisitos de la acción de responsabilidad civil¹⁴⁶².

Sin embargo, propugno por la aplicación de una concepción mixta de la antijuridicidad en materia de inmisiones excesivas, si bien con prevalencia del desvalor de resultado, manifestado por el criterio de la normal tolerancia, y, en una posición secundaria, por el criterio del uso normal de la actividad (utilidad de la conducta en Italia o en los países del *common law*). Es cierto que en casi todos los ordenamientos prima el análisis de la intolerabilidad del daño (en sentido objetivo), y que se suele utilizar el criterio de la existencia del daño (en sentido efectivo) como un elemento crucial para determinarlo, pero ni es el único (entidad de la inmisión, valores límites de inmisión, duración, momento y lugar, etc.), ni la antijuridicidad se predica sólo del daño. Es el propio art. 1908.2 C.c. el que habla de *inmisión excesiva que sea nociva*. Esta solución ha sido la adoptada por la mayor parte de la doctrina patria¹⁴⁶³. Entre los autores que defiende esta postura mixta en materia de inmisiones, DÍAZ ROMERO, dice que si bien el daño deberá tener cierta entidad (significativo), su análisis deberá partir de los criterios del uso normal de la actividad (desvalor de acción) y la normal tolerancia del daño (desvalor de resultado)¹⁴⁶⁴. CONDE ANTEQUERA dice que es antijurídico el acto que produce un daño en cuanto exceda de lo objetivamente tolerable, por lo que si el hecho únicamente produce molestias tolerables, según la costumbre y el momento, no habrá daño resarcible, sino solamente la acción de cesación de esa molestia¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶¹ ROUJOU DE BOUBÉE: *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 235.

¹⁴⁶² GIOVANNI, F.: *Strumenti privatistici e tutela dell'«ambiente»*, Cedam, Padua, 1982, p. 228.

¹⁴⁶³ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 170. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, pp. 152-153. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 131. En la jurisprudencia, SSAP Asturias 14.9.1993 (AC 1993, 1631), Huesca 10.12.1997 (AC 1997, 2413), León 25.3.2011 (AC 2011, 470), Baleares 21.2.2005 (JUS 2005, 118262).

¹⁴⁶⁴ DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: “Inmisiones: relación de causalidad...”, *op. cit.*, p. 314.

¹⁴⁶⁵ CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, pp. 152-153.

Los tribunales españoles suelen reconducir el tema de la antijuridicidad de las inmisiones a las soluciones generalmente establecidas para los daños civiles por contaminación, mediante una objetivización de la culpa a través de la doctrina del riesgo, inversión de la carga de la prueba o el aumento de diligencia, por lo que, en realidad, la antijuridicidad acaba predicándose solamente del daño. Se vincula la excesividad de la inmisión desde el punto de vista de la producción de daños graves como causa de negligencia por no evitar los daños previsibles y evitables.

En Cuba, la tolerabilidad se analiza en las inmisiones a partir de que se produce la colisión de dos derechos legítimos y precisamente la causación de daños es en sí misma una muestra clara del exceso en el ejercicio del propio derecho. El deber de tolerancia se vulnera con una conducta abusiva o excesiva que ocasiona daños y se vuelve ilícita. Según MUÑOZ ALFONSO, es el ejercicio extralimitado del derecho lo que resulta sancionable en tanto falta el nivel de diligencia adecuada¹⁴⁶⁶.

En Italia, pese a ser preponderante el criterio de la normal tolerabilidad, se observa que algunos autores relacionan la antijuridicidad de la inmisión (basada en la superación de la normal tolerabilidad *ex art. 844 C.c.*) con la ilicitud del acto que lo causa, de forma que la primera determina la existencia de la segunda, consistiendo la culpa en el incumplimiento del deber de cesar las inmisiones intolerables¹⁴⁶⁷.

Por otro lado, hay quien relaciona el principio general del *alterum non laedere* con el de la prohibición del abuso del derecho¹⁴⁶⁸ (art. 7.2 C.c.), al decir que una inmisión es antijurídica cuando supone una extralimitación del Derecho de propiedad objetivamente abusiva que lesione intereses particulares legítimos¹⁴⁶⁹. Se justifica con base a que cuando una actividad al amparo de autorizaciones y normas administrativas produce un daño, queda puesto de manifiesto la insuficiencia de dichas medidas, por lo que el daño producido no podrá considerarse lícito¹⁴⁷⁰. Se dice que el art. 7.2 C.c. sirve para determinar cuándo las inmisiones son abusivas, es decir, sobrepasan el límite de la tolerabilidad normal –art. 590 C.c.–, y para decidir si las inmisiones denunciadas entran dentro del concepto de “humos excesivos” –art. 1908.2º C.c.–¹⁴⁷¹.

b) *Falta al mandato general de diligencia por ser el acto contrario a una disposición legal o reglamentaria (norma de protección).*

Un daño es injusto cuando se produce como resultado de la violación de una norma jurídica de protección, determinativa o prohibitiva, que establezca un deber¹⁴⁷². La antijuridicidad supone falta al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos¹⁴⁷³ –aunque no solamente– caracterizada por ser contrario el acto u omisión a una disposición legal, p. ej. en la actuación contraria a las normas previstas para el funcionamiento de una instalación fabril.

¹⁴⁶⁶ MUÑOZ ALFONSO, Y.: “La responsabilidad civil frente a inmisiones”, *Ámbito Jurídico.com.br*, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. [Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2355], Acceso: febrero 2013].

¹⁴⁶⁷ GALLINARI, A.: *op. cit.*, pp. 318-319.

¹⁴⁶⁸ SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 313.

¹⁴⁶⁹ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 86. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *op. cit.*, p. 1827.

¹⁴⁷⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 80. JORDANO FRAGA, J.: *La protección del derecho...*, *op. cit.*, pp. 496-509.

¹⁴⁷¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pp. 153 y 154.

¹⁴⁷² GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 145.

¹⁴⁷³ SAP Valladolid 20.7.2004 (JUR 2004, 211055).

En el marco del § 823 II BGB alemán la antijuridicidad se centra en la conducta que vulnera una «norma de protección», dirigida al causante del daño dentro del ámbito de protección de la norma y a quien la disposición legal infringida otorga protección¹⁴⁷⁴. Con esta regla, el concepto de antijuridicidad se ha visto favorecido, pues ya no se identifica con los Derechos subjetivos absolutos (823 I BGB), sino que la protección se extiende a cualquier infracción de una norma, de la categoría que ésta sea, con lo que el espectro de los posibles daños injustos se ha visto enormemente ampliado. Son normas de protección el § 1004 BGB¹⁴⁷⁵, los §§ 906, 909 y 910 BGB, y otras normas similares que puedan contenerse en las leyes de los *Länder* en materia de relaciones de vecindad; los actos administrativos y medidas especiales que rigen una actividad. Asimismo, se considerarán normas protectoras las concreciones que puedan hacer las autoridades, que estén autorizadas a través de leyes o reglamentos, a través de actos administrativos y medidas especiales, como por ejemplo la orden de respetar determinados límites en la emisión de ruidos contenida en una licencia de obras¹⁴⁷⁶. En estos casos, el simple hecho de incumplir el causante de la inmisión la obligación allí recogida supone una vulneración, al menos negligente, de una norma protectora, pudiendo aplicarse una acción negatoria con independencia del § 906 BGB. Además, las normas especiales de protección se aplican preferentemente a los §§ 906 y 1004 BGB¹⁴⁷⁷.

c) *Falta al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos: el principio del alterum non laedere.*

Se ha dicho también que un acto dañoso es antijurídico cuando es producto de la violación de la norma genérica del *alterum non laedere*¹⁴⁷⁸. Un daño es injusto cuando el autor del acto haya obrado sin ajustarse a un determinado prototipo de conducta basado en el principio general del *alterum non laedere*, que impide y condena toda conducta contraria al valor que protege (no dañar) sin causa justificativa. Según DE ÁNGEL YAGÜEZ¹⁴⁷⁹ la pretensión de construir una teoría general de la ilicitud civil obligaría a catalogar o clasificar en «tipos» los muy variados supuestos de daño resarcible es imposible e insuficiente porque «hay un sinnúmero de actos dañosos que engendran responsabilidad civil aunque no exista un mandato legal específico que los reglamente, los prohíba o los condene; su injusticia se deduce de una regla general (implícita en el orden jurídico) que ordena actuar con diligencia, cuidado y consideración hacia los demás en todo momento y en todo sector de la actividad humana». Por otro lado, la teoría de la prohibición de todo acto ilícito no es útil en materia de inmisiones, por cuanto no contribuye como principio informador del problema de las relaciones de vecindad¹⁴⁸⁰. La determinación del acto ilícito es materia de la clásica acción de responsabilidad civil. Pretender asimilar el acto ilícito al abusivo es un error conceptual.

¹⁴⁷⁴ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 200-201. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁷⁵ Sentencia del BGH de 20.11.1992, Az: V ZR 82/91, BGHZ 120, 239).

¹⁴⁷⁶ Sentencia del BGH de 26.2.1993 (Az: V ZR 74/92, BGHZ, 122, 1).

¹⁴⁷⁷ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, pp. 14-15. El autor pone por ejemplo la sentencia del BGH de 26.2.1993 (Az: V ZR 74/92, BGHZ 122, 1).

¹⁴⁷⁸ AMAT LLARÍ, E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 453; “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 86. BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 58. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, pp. 258-263. LACRUZ BERDEJO, J.L.: *op. cit.*, pp. 500-502. REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 197. En la jurisprudencia, SSTS 12.12.1984 (RJ 1984, 6039), 24.2.1993 (RJ 1993, 1251), 2.3.2000 (RJ 200, 1304).

¹⁴⁷⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 258; “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 365. SERRANO PAREDES, O.: *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁸⁰ GONZÁLEZ-ALEGRE, B. M.: *op. cit.*, p. 145.

DE MIGUEL PERALES opina que, aunque la ley y la costumbre tengan innegable importancia, el protagonismo de la responsabilidad civil ambiental debe concederse al principio *alterum non laedere*, sobretudo en aquellos casos que implican situaciones de riesgo, o en los que se trata de proteger a la víctima frente a la actividad del sujeto agente, en los que la negligencia o diligencia de éste es irrelevante¹⁴⁸¹.

El *alterum non laedere* es un principio general del derecho, que se configura como norma primaria (deber jurídico) y recoge una expresión sintética de toda una serie de deberes jurídicos que representan la conciencia social en un momento determinado, y que permitirá declarar la tutela al interés lesionado incluido en él. Incluye toda la tutela de la esfera jurídica de la persona, siempre defendida, sean derechos, intereses, etc. “legítimos” (art. 24 CE). Subyace en numerosas normas jurídicas, sin perjuicio de que la regla principal en materia de responsabilidad civil extracontractual reside en el art. 1902 C.c., consagrándose un sistema atípico de ilicitud, dado que tutela intereses diversos de aquéllos elevados a la categoría de derechos subjetivos.

El *alterum non laedere* se inserta en la concepción objetiva de la antijuridicidad basada en el desvalor de resultado en sentido impropio, pues analiza el daño injusto, si bien tiene en cuenta no sólo los efectos del daño respecto de los intereses jurídicamente protegidos sino también la conducta diligente. Emanan del mismo positivos deberes de cuidado en orden a no inferir daños o perjuicios a otro y, asimismo, de reparar los efectivamente causados¹⁴⁸². Apunta tanto a la invasión de la esfera ajena (lesión de intereses), fundamental para poder calificar el daño injusto (nos dará el “*contra ius*”), como al deber de no invadir la esfera jurídica ajena sin causa de justificación, esto es, el daño no justificado o (*non iure*). Este principio consiste en un supuesto jurídico abstracto e incompleto que debe ser completado por los jueces en cada caso particular. Hay un deber de comportarse diligentemente a fin de no lesionar, para lo cual recoge una obligación general de actuar conforme a aquellas normas de comportamiento que mejor respondan a las razonables expectativas de terceras personas cuya posición sería lesionada como un comportamiento diferente (o deber de diligencia). El derecho señala los límites de la acción según la cual será legítima si se mantiene dentro de los límites de la protección de que goza el agente, pero superados tales límites puede devenir ilícita y deviene ilícita siempre que lesiona un interés ajeno tutelado¹⁴⁸³.

Fue pionera en materia de inmisiones la STS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), según la cual el criterio “ilícito” para caracterizar la “culpa”, puede atribuirse al agente aun habiendo cumplido con las normas reguladoras de la actividad (acto lícito), puesto que «un acto, lícito en sí, da lugar a que se presente la culpa si no se realizó con la prudencia que las circunstancias del caso requerían, y por ello no puede estimarse lícito el hecho de autos de expeler y dispersar la demandada abundante cantidad de polvo perjudicial», debiendo poner «término inmediato a las causas productoras de esos daños, porque esto es una consecuencia lógica y legal de la reclamación contra un acto antijurídico». Con posterioridad, la STS 14.5.1963 (RJ 1963, 2699) recoge el supuesto de una empresa que provocaba polvos perjudiciales a la finca del vecino, en cuyo caso la ilicitud del actuar se basa en no cumplir, con diligencia, sus obligaciones en cuanto a las instalaciones, por causa absolutamente previsible (salida de humos y de impurezas), lo que convierte la conducta en negligente. Ambas sentencias relacionan la materia de inmisiones con los supuestos de negligencia objetivada.

¹⁴⁸¹ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴⁸² LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *op. cit.*, p. 91.

¹⁴⁸³ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 100, 108-109.

La STS 17.3.1981 (RJ 1987, 1009) determina la existencia de antijuridicidad cuando el acto sea contrario a una norma jurídica prohibitiva -imperativa o determinativa- (acto «*contra ius*»), o falte al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos, es decir, lo «no justificado» (acto «*non iure*»), como consecuencia de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían, «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir y que no se hallaba completa la diligencia». Esta falta de diligencia surge al producir daños anormales por «el hecho de expeler y dispersar la demanda abundante cantidad de polvo» y en que hay medios técnicos para evitarlo, «puesto que su ejercicio ha de guardar el debido respecto a la propiedad ajena, de modo que debe indemnizar a los perjudicados por los daños anormalmente derivados de esa explotación permitida». El fundamento del deber de indemnizar radica, «más que en la antijuridicidad del acto, que hasta cierto punto no sería contrario a derecho, en la exigencia de justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque autorizado, ha de resarcir a quien hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho de propiedad, ha de verificar las instalaciones precisas para evitar los daños acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones».

Dice DE MIGUEL PERALES que la responsabilidad ambiental es de carácter objetivo, por lo que se prescinde del elemento subjetivo de culpa, pudiendo ser vulnerada la norma del *alterum non laedere* con la mera existencia del daño no justificado. Son de aplicación en este campo los argumentos del riesgo y del *cuius est commodum eius est incommodum*. El autor cree que cuando el TS condena actividades a pesar de que éstas había cumplido con la normativa administrativa aplicable, cree que «en realidad estaba considerando, aunque en un principio sin decirlo, tales actividades contrarias al principio *alterum non laedere*». El autor dispone que parece «como si el TS no tuviera mucha confianza en este argumento, uniéndolo siempre a la falta de diligencia en el sujeto agente». Así pues, se entiende «por ilicitud la cualidad del acto que viola una norma positiva o, en su defecto, el principio *alterum non laedere*, pero en todo caso esa violación debe existir, ya que de otro modo no es posible imponer a nadie una obligación por un acto lícito del que, por definición, no ha podido surgir un daño injustificado y, por ello, reparable»¹⁴⁸⁴. Todo se reduce a que «la producción de un daño que no hay obligación de soportar equivale a antijuridicidad»¹⁴⁸⁵. CÁRCABA FERNÁNDEZ justifica la aplicación de esta regla «siempre que se produzca un daño que otro no tiene la obligación de soportar» en virtud del principio *alterum non laedere*, cuando las industrias provocan daños intolerables, aun cumpliendo los límites legales y reglamentarios y obras de resguardo exigidas, y sin abuso de derecho¹⁴⁸⁶. Por ello, suele coincidir la mayoría de la doctrina en que en el caso de daños ambientales no basta que la actividad tenga las autorizaciones administrativas, cumpla con la normativa administrativa reguladora de la actividad y con lo establecido en la autorización, ya que, de producirse el daño, queda demostrado que tales medidas eran insuficientes¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁴ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 104-108.

¹⁴⁸⁵ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁸⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 175.

¹⁴⁸⁷ AMAT LLARÍ, E.: «La regulación de las inmisiones...», *op. cit.*, p. 87. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La responsabilidad civil por inmisiones...», *op. cit.*, p. 18; «La responsabilidad por daños ambientales...», *op. cit.*, pp. 93-94. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 150-153. MORENO MOLINA, A.M.: *op. cit.*, p. 19. SERRANO PAREDES, O.: *op. cit.*, pp. 9-10.

d) *Lesión de un derecho subjetivo o interés jurídicamente protegidos.*

Se ha argumentado también que la ilicitud del actuar deriva de la producción de un daño a bienes de terceros jurídicamente protegidos¹⁴⁸⁸. VICENTE DOMINGO opina que el «invocado requisito de la ilicitud se ha convertido en un pseudo-requisito inútil, en un elemento no operativo, por cuanto ya no separa los daños reparables de los que no lo son»¹⁴⁸⁹. Este tipo de antijuridicidad se dará fundamentalmente en supuestos de responsabilidad objetiva, donde la mera producción de un daño hará que se cada vez más difícil justificar el comportamiento dañoso, pasando del criterio de la culpa a otros como el riesgo o la obtención de beneficios. DE ÁNGEL YAGÜEZ ha criticado esta teoría por cuanto, además de las dificultades de tipificar los derechos subjetivos, podría darse la circunstancia de no generar responsabilidad civil un acto que, a pesar de ser reprochable, vulnerase un valor material o personal no definido por la ley como genuino derecho, como por ejemplo el de la integridad física¹⁴⁹⁰.

Para evitar estos problemas, BUSTO LAGO afirma que surgió la teoría del injusto del daño cuando se lesiona un interés merecedor de tutela, aunque el calificativo de injusto es impreciso. También hay quien afirma que nuestro ordenamiento jurídico equipara los derechos subjetivos a los intereses legítimos –arts. 24.1 y 113.1 CE- a efectos de su tutela jurisdiccional¹⁴⁹¹. Por otra parte, para que nazca la responsabilidad civil extracontractual con la lesión de los intereses del particular se debe violar una norma jurídica que tutele directamente intereses de éstos y que el daño verificado sea de aquellos que la norma prohíba al tutelar intereses privados.

Según MARTÍN VIDA¹⁴⁹², en el § 823 I BGB alemán se vincula la antijuridicidad a la lesión de los derechos absolutos en él enumerados (vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona), por lo que aquél no se refiere a la conducta en sí misma, sino más bien al resultado lesivo para ciertos bienes jurídicos. Si la lesión es inmediata, o los bienes jurídicos son concreta e inmediatamente puestos el peligro, la antijuridicidad estará sin más presente, salvo que concurra una causa de justificación o, de acuerdo con el § 906 BGB, exista la obligación de tolerar la perturbación¹⁴⁹³, lo que puede acontecer únicamente en los daños a la propiedad, pues este artículo no se refiere al resto de intereses protegidos en el § 823 I BGB. Así, cuando los derechos o bienes jurídicos resulten lesionados mediatamente o por omisión, para conformar la antijuridicidad es necesario que esa conducta activa u omisiva haya vulnerado un «deber de conducirse» (*Verkehrspflicht*). Finalmente, las autorizaciones no excluyen en cualquier caso por sí solas la posible antijuridicidad de la lesión del bien jurídico, a pesar de que sí surge efecto en la legitimidad de la propia inmisión y en la no posibilidad de rechazarla mediante la acción negatoria del § 1004 BGB.

¹⁴⁸⁸ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 453. SSTS 19.2.1971 (RJ 19871, 916), 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), etc.

¹⁴⁸⁹ VICENTE DOMINGO, E.: *op. cit.*, p. 839. Concluye el autor: «si antes limitaba el campo de la reparación de los daños, ahora provoca el efecto contrario, es decir, como consecuencia de su interpretación por la jurisprudencia amplía el campo de los daños reparables, ya que, a falta de regulación especial, la protección de cualquier daño a la persona se incluye en el artículo 1902».

¹⁴⁹⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁴⁹¹ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁹² MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁴⁹³ La sentencia de 2 marzo 1984 (Az: V ZR 54/83) dispuso que, cuando el daño surge entre predios vecinos, es necesario tener en cuenta los criterios de los §§ 906 y ss BGB para determinar si la injerencia dañosa es antijurídica o no a efectos del § 823 BGB: la perturbación es por defecto antijurídica si no existe el deber de soportarla de acuerdo con el § 906 BGB.

La antijuridicidad en Alemania *ex* § 823 I BGB se vincula fundamentalmente a la lesión dolosa o negligente de forma antijurídica de uno de los derechos absolutos en él enumerados: vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otro derecho de otra persona (se centra en el desvalor de resultado). La violación o lesión de cualquiera de los valores o derechos en él mencionados se presume ilícito y su autor tendrá la carga de probar que actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico¹⁴⁹⁴. La pieza clave de la creatividad de los Jueces se ha asumido y se ha transformado paulatinamente el § 823 I BGB en una regla mucho más amplia, incluyendo no sólo los típicos de los daños corporales, salud y propiedad, sino también otros como la protección de los derechos de la personalidad, cubriendo los daños por actividades empresariales, etc. Asimismo, se incluirían los perjuicios extrapatrimoniales derivados de los daños corporales, aunque con un criterio restrictivo a la hora de su cuantificación¹⁴⁹⁵.

En Italia, y Francia se ha pasado de una interpretación de la ilicitud en la vulneración de un Derecho absoluto a la lesión de un interés jurídicamente protegido y, finalmente, a una nuevas categorías de injustos, que se convierten, en definitiva, en tipos, como si de un sistema normativo se tratara¹⁴⁹⁶.

e) *Antijuridicidad y responsabilidad por riesgo.*

Existen supuestos de responsabilidad por riesgo, también denominada responsabilidad sin culpa o responsabilidad por el resultado, que no necesitan la previa conducta antijurídica, ya que suponen un riesgo lícito derivado de una actividad lícita. En estos casos, la responsabilidad ha de basarse en el peligro creado, debiendo el daño estar en relación con el riesgo de la cosa o empresa de que se responde. Se produce una imputación por la esfera de la responsabilidad del obligado a indemnizar y no acerca de la conexión de éste con el acto¹⁴⁹⁷. El agente responde porque conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo –aunque no necesariamente el curso del acontecimiento productor del daño- y porque obtiene provechos de aquella actividad que es origen del riesgo. Este es un caso especial de riesgo socialmente adecuado de bienes jurídicos, por lo que si estas actividades y explotaciones peligrosas admitidas por el ordenamiento se ejercitan observando todas las precauciones exigidas las infracciones que se produzcan no serán antijurídicas sino que radican en el riesgo permitido de una actividad autorizadas, compensándose los daños irrogados.

SANTOS BRIZ distingue la responsabilidad por riesgo de la responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas y permitidas, diciendo que estas últimas son las que la ley, en consideración al interés predominante de otro, permite un ataque contra el derecho protegido “*erga omnes*”, siempre que concurren circunstancias muy especiales, imponiéndoles un deber de tolerar o negándoles las facultades de defensa en otro caso dadas, reconociéndoles una compensación por la perturbación soportada. Según el autor, «El fundamento de este deber de indemnizar no radica en la antijuridicidad del acto, ya que éste es conforme a derecho, ni en la imputación de un determinado riesgo, sino en la exigencia de la justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho del otro, aunque en forma autorizada, ha de indemnizar al perjudicado que hubo de soportar la perturbación de su derecho»¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁴ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 177, 200.

¹⁴⁹⁵ VICENTE DOMINGO, E.: “El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal”, *Revista de derecho privado*, Año 74, Mes 10, 1990, p. 832.

¹⁴⁹⁶ VICENTE DOMINGO, E.: *op. cit.*, pp. 818-825.

¹⁴⁹⁷ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 311-312.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*: pp. 314-315.

Por su parte, DE MIGUEL PERALES sugiere que en los sistemas de responsabilidad objetiva por daños ambientales tradicionales, debe separarse ilicitud y culpabilidad. Aquí, el resultado dañoso integra la *fattiespecie* del acto ilícito, por lo que no es consecuencia ilícita de un acto lícito, sino que la consecuencia del acto ilícito está dada por la obligación de reparar el perjuicio¹⁴⁹⁹. El autor defiende que, dado que la norma *alterum non laedere* puede verse violada por la mera existencia del daño, en casos de responsabilidad objetiva basta con que éste no tenga que ser soportado por la víctima (no haya causa de justificación). No obstante, el autor entiende por ilicitud «la cualidad del acto que viola una norma positiva o, en su defecto, el principio *alterum non laedere*, pero en todo caso esa violación debe existir, ya que de otro modo no es posible imponer a nadie una obligación por un acto lícito del que, por definición, no ha podido surgir un daño injustificado y, por ello, reparable»¹⁵⁰⁰.

En mi opinión, la relación de la antijuridicidad con las actividades de riesgo puede provenir de diversas razones. Una de ellas puede basarse en que la actividad de riesgo es potencialmente dañina y mientras se mantenga en tales términos es lícita, pero una vez que causa el daño es actualmente dañosa e ilícita, ya que se infringe de dicha manera el principio *alterum non laedere*.

Otra razón descansa en el accionar humano del dueño o guardián, basado en que en el trasfondo de esta responsabilidad existe en forma subyacente una conducta humana que incurre en cierta negligencia, puesto que resulta siempre de una agravación del riesgo que encierra la cosa, como el uso erróneo, la falta de adopción de medidas de seguridad, etc. Por otro lado, en el caso de responsabilidad civil extracontractual por hecho de la cosa, la mediatez del daño descansa en la conducta de quien puso el riesgo en acción (dueño o guardián), independientemente de que la inmediatez de daño haya sido causado por la cosa misma. En cualquiera de los supuestos el riesgo de daños “alberga” una potencial ilicitud que se hace efectiva cuando se causa el daño y, el daño deriva, aún de forma mediata, de un obrar humano.

Con respecto a los DCC, debe quedar claro que la responsabilidad por riesgo debería ser aplicada solamente en los supuestos en los que esté previsto legalmente. En estos casos, el legislador decidirá si la responsabilidad objetiva la señala en razón de una serie de actividades debidamente listadas, o bien por un riesgo derivado de la actividad que produce un riesgo anormal. En cualquier caso, solamente sería de aplicación a los daños civiles por contaminación ocasionados de forma no conocida y no a los que pueden asimilarse a supuestos de negligencia o inmisiones. Estas reticencias a la responsabilidad objetiva por riesgo son las indicadas por GONZÁLEZ-ALEGRE, cuando critica que ningún artículo establece la responsabilidad objetiva y que lo que se busca en las relaciones de vecindad (se entiende que se está refiriendo a las inmisiones excesivas y nocivas) es regular el límite del ejercicio del propio derecho, no conferir acciones dirigidas a la indemnización o reparación¹⁵⁰¹.

En mi opinión, las soluciones jurisprudenciales son admirables desde el punto de vista de la salvaguarda de derechos de los particulares, pero también es cierto que puede causar una cierta confusión al industrial que pretenda conocer de antemano todas y cada una de las consecuencias jurídico-económicas que puede tener de llevar la actividad de una u otra forma. Convendría, por ello, deslindar la regulación de las inmisiones de la responsabilidad negligente y objetiva por riesgo.

¹⁴⁹⁹ CALVO COSTA, C.A.: *op. cit.*, pp. 89-96.

¹⁵⁰⁰ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 102, 104, 108.

¹⁵⁰¹ GONZÁLEZ-ALEGRE, B.M.: *op. cit.*, p. 148.

B) Causas de justificación.

a) Causas de justificación generales.

A pesar de que el Código Civil español no contiene referencia expresa a las causas de justificación, la doctrina civilista dispone que no hay obstáculo alguno a su aplicación. BUSTO LAGO¹⁵⁰² argumenta las siguientes razones: 1) Las normas de responsabilidad civil extracontractual tienen idéntico fundamento y función, y se regulan en el Código Penal solamente debido a que su promulgación fue anterior a la del Código Civil. 2) La aplicación analógica de tales normas a los supuestos civiles, dado que existe una *laguna iuris*, existe identidad de razón y no se trata de Derecho especial. 3) La anti-juridicidad es aplicable a todo el ordenamiento de modo unitario. 4) De la misma manera, las causas de justificación – o causas de exclusión de la antijuridicidad-, son categorías jurídicas aplicables al ordenamiento en general. Una vez acreditada la causa de justificación, desaparece uno de los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad civil y, con ello, la obligación de reparar el daño.

Las causas de justificación del daño tienen su correlación con la concepción de la antijuridicidad que se haya adoptado. En el caso de optar por el juicio de menosprecio basado solamente en el resultado (daño) y en las inmisiones basadas únicamente en el criterio de la normal tolerabilidad, todo daño inflingido será antijurídico salvo que exista causa de justificación. En el caso de optar por el desvalor de acción o una concepción mixta, las causas de justificación son independientes de la valoración de la infracción de un mandato o prohibición y la lesión del bien protegido.

BUSTO LAGO, defensor de la concepción de la antijuridicidad basada en el juicio de desvalor de resultado (daño injusto), atribuye relevancia al hecho de que la concurrencia de las causas de justificación implica una justificación del resultado. No obstante, matiza, «decir que el resultado dañoso producido en los derechos e intereses legítimos está justificado, puede equivaler a decir que ab initio la lesión es totalmente antijurídica, siendo el resultado justo solamente en virtud de algo positivo que lo contrapesa. Ello ocurrirá si se asumen las teorías de la colisión o ponderación de intereses. Para estas teorías, el daño es en sí antijurídico y sólo lo podrá justificar –eliminar su antijuridicidad- un interés preponderante». Continúa diciendo el autor que «el daño causado concurriendo una causa de exclusión de la antijuridicidad no es en sí antijurídico porque la lesión de los derechos e intereses de la contraparte –[...]– no es lesión de derechos subjetivos, ni de intereses legítimos, ni de bienes jurídicamente protegidos, pues estos derechos, intereses y bienes han perdido la protección que el Derecho les otorgaba». Las causas de exclusión de antijuridicidad borran la misma del comportamiento dañoso, por lo que el acto dañoso deviene lícito. El autor se justifica diciendo que en «[1]a lesión de derechos o intereses legítimos ajenos, la producción de un daño en sentido jurídico, resulta inocua desde el punto de vista de la antijuridicidad. El desvalor de resultado que ésta entraña no concurre en estos supuestos. La transgresión del vínculo jurídico que el daño requiere se ha verificado, pero al haber concurrido en el supuesto de hecho – potencialmente generador de responsabilidad civil- una de las llamadas causas de exclusión de la antijuridicidad, se elimina este presupuesto»¹⁵⁰³.

¹⁵⁰² BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, pp. 189-191.

¹⁵⁰³ *Ibid.*: *op. cit.*, pp. 249-252. Frente a la postura tradicional que considera a las causas de exclusión de la antijuridicidad de un modo predominante o totalmente objetivo, recayendo sobre la conducta del sujeto. Dispone el autor que (p. 251) «El resultado no es antijurídico, sino que lo conseguido es el necesario prevalecimiento y defensa del orden jurídico; esto es, utilizando la terminología penal, falta el desvalor de resultado».

Existen unas causas de justificación comunes en el Derecho en materia de antijuridicidad: la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento de la víctima:

- Un sector doctrinal acepta la *legítima defensa*, ya que el art. 118 CP, al establecer que «La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20, no comprende la de la responsabilidad civil», a *sensu contrario* se puede entender que el número 4º del art. 20 (legítima defensa) la exención de responsabilidad criminal sí comprende la civil derivada del delito y, por extensión, a la responsabilidad civil extracontractual¹⁵⁰⁴. Coincido con DE MIGUEL PERALES cuando advierte que, en materia de responsabilidad civil ambiental, «se hace muy difícil pensar en la necesidad racional de ese medio empleado que cause daño al medio ambiente».

- *El estado de necesidad* surge cuando la persona, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos establecidos por el art. 20.5º CP. No puede admitirse en lo que se refiere a la responsabilidad civil ambiental (responsabilidad objetiva), en el que los daños surgen de la realización de una actividad potencialmente peligrosa¹⁵⁰⁵. La exigencia de que la situación no haya sido provocada intencionadamente no podrá jugar nunca en este ámbito; por otro lado, el requisito de que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse no acontece, pues por su oficio tiene el deber de sacrificarse, en cuanto que el daño proviene de una actividad de riesgo. Solamente quedaría el requisito de que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

- *El consentimiento de la víctima* es causa de justificación del daño, siempre y cuando se trate de que el objeto dañado sean bienes de libre disposición patrimoniales, pero no los derechos de la personalidad dada su naturaleza, excepto que esté permitido por ley¹⁵⁰⁶. Pero el hecho de que una persona haya venido soportando una serie de actos dañosos perjudiciales para ella no significa que, en un momento dado, pueda cambiar de actitud y decidir poner fin a tales molestias, ya que de lo contrario se estaría contrariando los más elementales principios de justicia y equidad¹⁵⁰⁷.

b) *Efectos del cumplimiento de la licencia o autorización y de las normas reglamentarias reguladoras de la actividad.*

Para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias el daño injusto no se hace depender del cumplimiento de las normas administrativas¹⁵⁰⁸, sea por aplicación del principio *alterum non laedere* –en su vertiente más objetiva– o en materia de inmisiones. Para su análisis hay que estar a los diferentes supuestos de hecho:

- Una actividad es antijurídica aunque no sea contraria a las normas administrativas, puesto que está amparada por una licencia o autorización, cuando vulnera el principio general del *Neminem laedere*, ya que «la ilicitud del actuar deriva no sólo del incumplimiento de preceptos legales, sino también de la producción de un daño a bienes de terceros jurídicamente protegidos»¹⁵⁰⁹. En cualquier caso, en los daños a las personas no puede existir un derecho a lesionar¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902”, *op. cit.*, pp. 368-386.

¹⁵⁰⁵ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 114-116.

¹⁵⁰⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902”, *op. cit.*, pp. 368-386. DE MIGUEL PERALES, C., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁰⁷ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁰⁸ SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 310.

¹⁵⁰⁹ AMAT LLARÍ, Mª E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 4453.

¹⁵¹⁰ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *op. cit.*, p. 35.

- En materia de inmisiones, el principio de ilicitud ha sido objeto de una erosión parecida a la experimentada en tema de la culpa, por lo que la jurisprudencia ha tenido que admitir que existe obligación de resarcimiento, aun cuando el acto fuera inicialmente lícito, si el derecho se extralimitó (inmisión excesiva) o se ejercitó abusivamente¹⁵¹¹. DÍAZ ROMERO afirma que «la obtención de la correspondiente licencia administrativa para realizar la actividad inmitente y, es más, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho permiso administrativo, no legitiman la producción de daños a otros sujetos cuando excede de lo «normal y tolerable», según el principio que prohíbe el abuso del derecho y las normas que rigen las relaciones de vecindad». En mi opinión, el incumplimiento de la normativa puede determinar una actividad ajustada al uso normal y, por ende lícita¹⁵¹², mientras que el incumplimiento supone que la actividad se considera anormal, pero no culpable, lo que puede convertir automáticamente la inmisión que produce daños significativos en excesiva.

DE MIGUEL PERALES afirma que «al hablar de tolerabilidad, la situación de partida debe contar con un particular que vea perturbado su derecho de propiedad por otro particular el cual desarrolla una actividad contaminante y que tiene las autorizaciones necesarias para ello. De no existir tales autorizaciones, la actividad industrial podría considerarse directamente como ilícita y el problema de qué derecho debe prevalecer no existiría, ya que en realidad habría un sólo derecho, y por lo tanto no habría tolerabilidad alguna que analizar»¹⁵¹³. Por ejemplo, la normativa sobre zonificación y usos previstos en la zona puede influir a la hora de determinar si ha acaedido o no el daño que se reclama o si el daño se considera antijurídico o no.

Coincidimos con DE ÁNGEL YAGÜEZ en que la antijuridicidad en materia de responsabilidad civil por inmisiones se basa en la inmisión excesiva y nociva. Pero discrepo del modo en el que el autor sugiere cómo ha de hacerse la valoración de la tolerabilidad ante la falta de daño acreditable, por cuanto se remite únicamente al “estado de la ciencia”, es decir, a lo que las normas administrativas consideren perjudicial o nocivo a la salud. Si bien es cierto que en el terreno de inmisiones electromagnéticas no hay grados de molestias como puedan haber en casos de ruido, humos o demás inmisiones tradicionales, ya que aquéllas afectan directamente o no a la salud de las personas, y por lo tanto los niveles administrativos cobran si cabe una mayor importancia, éstos siguen siendo meras referencias para los jueces de lo civil.

En materia de contaminación electromagnética, DE ÁNGEL YAGÜEZ¹⁵¹⁴ cree que es difícil que los tribunales puedan estimar una acción de responsabilidad civil y/o negatoria sobre la base de una presunción *iuris tantum* de nocividad de las inmisiones cuando ésta se ajusta a las reglas legales. El fundamento del reproche en sede de responsabilidad civil es la *injusticia* o la *ilicitud del daño* (antijuridicidad), que se determinará en función de si supera o no el límite constituido que marcará si el perjudicado tiene la *necesidad* de soportarlo. Según el autor, en el fondo, el deber de soportar el daño vendrá determinado por la tolerabilidad de la inmisión, que deberá determinarse, al igual que en el caso del art. 590 C.c. (inmisiones) mediante juicio de peritos acerca del denominado «estado de la ciencia», que viene relacionado con la previsibilidad o no del daño y, por ende, en los supuestos de exoneración basados en el caso fortuito. El autor otorga mucha importancia a la existencia o no de daño.

¹⁵¹¹ DÍEZ-PICAZO, L.: “La responsabilidad civil hoy”, *op. cit.*, p. 736.

¹⁵¹² Por ejemplo en Cataluña o en Alemania.

¹⁵¹³ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 340.

¹⁵¹⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “De nuevo sobre la responsabilidad...”, *op. cit.* pp. 41-44.

Estas conclusiones la obtiene de la lectura de la STS 19.2.1010 (RJ 2010, 1287), que recoge la demanda presentada por unos propietarios de un edificio contra una distribuidora eléctrica en la cual demandaba la retirada del centro de transformación de energía eléctrica que la parte demandada tiene instalada en los bajos del edificio donde se hallan las viviendas de titularidad en que residen, fundamentándolo en el principio de precaución dado que se habían detectado procesos cancerosos en tres personas (de un total de 17) que habitan en el edificio en el periodo de tiempo comprendido entre el año 2001 y 2002, para lo cual los demandantes se basan en una serie de informes y estudios, pero sin que se tenga certeza sobre la existencia del riesgo a la salud, debiendo interpretarse estas estadísticas con mucha cautela¹⁵¹⁵. Asimismo, pone en entredicho la línea jurisprudencial que viene declarando que la justificación de haber aplicado las medidas reglamentarias que gobiernan una determinada actividad no excluye la responsabilidad, ya que el deber de diligencia va más allá, llegando hasta la contemplación de todos los daños que podrían haberse previsto, cuando el demandante no pueda probar más que su temor por la posibilidad de un daño. Procede acudir, según el autor «a lo que el estado de la ciencia nos hace saber hoy en torno a la peligrosidad o inocuidad de los campos electromagnéticos, que es tanto como hablar del límite entre ambas», nivel de tolerabilidad que sirve tanto para la acción negatoria como para la de responsabilidad civil y que encuentra en la normativa de aplicación¹⁵¹⁶.

En el derecho del *common law*, en los casos de *nuisance* y *strict liability* fundada en la regla *Rylands v. Fletcher* es posible la defensa del demandado basada en el cumplimiento de la ley o reglamentos, así como de la autorización¹⁵¹⁷.

c) *Causa de justificación en las inmisiones: la inmisión no excesiva, en función de su intensidad y efectos, o del ejercicio de la actividad.*

Entre las causas de justificación –eliminan la antijuridicidad del obrar- o entre los supuestos de “daño justificado” –desaparecen la “injusticia del daño”-, se menciona generalmente el ejercicio de un derecho (*qui iure suo utitur neminem laedit*). Si el ejercicio es regular, no puede constituir como ilícito ningún acto, por lo que resulta impropio hablar de antijuridicidad. El significado general de “regular” o “conforme a las reglas” se refiere al uso no abusivo o excesivo¹⁵¹⁸. Los límites del ejercicio se pueden encontrar en la ley, en los principios generales o en las costumbres. Se trata de un límite que calificará como ilícito el acto dañoso en caso de sea superado. Dicho de este modo, el uso del derecho no genera responsabilidad salvo que se convierta en abuso del mismo (art. 7.2 C.c.), o que haya colisión de derechos (1908.2 C.c.). El ejercicio regular del derecho se refiere a que la responsabilidad puede verse limitada o eliminada, cuando queda enmarcada dentro de los límites de lo tolerable por los ciudadanos como contrapartida al progreso y desarrollo tecnológico e industrial, sin que suponga una excusa para evitar las medidas de prevención y reparación de los daños medioambientales, sino que se trata de equilibrar ambas posiciones¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁵ Según la STS 19.12.1010 (RJ 2010, 1287) «el criterio pericial es el de estimar que la observancia de la medida de protección que consiste en respetar el límite de exposición de 100 microteslas [...] resulta, en principio y con carácter general, la medida adecuada para prevenir efectos perjudiciales en la salud».

¹⁵¹⁶ Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos y en el Real Decreto 1066/2001, de fecha 28 de septiembre de 2001, en las cuales se establece el límite máximo de 100 microteslas.

¹⁵¹⁷ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 272.

¹⁵¹⁸ WICHMANN ROVIRA, G. V.: *op. cit.*, p. 1076.

¹⁵¹⁹ SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, pp. 289-290.

El uso regular de la propiedad se analiza tanto desde el punto de vista pasivo como activo de la inmisión, es decir, además de haber cumplido con la normativa reguladora de la actividad, se ajusta, en el modo, a un uso normal de la propiedad, y, en su intensidad, a un uso no excesivo, respecto de los usos locales y características de la zona donde se ubican. El análisis de la normal tolerabilidad del daño es necesaria por cuanto de resultar el daño intolerable ello puede inducir que la inmisión es excesiva y por lo tanto no existir causa de justificación. Si la actividad incumple con lo reglamentariamente establecido, o con los usos del lugar, podría calificarse el uso anormal, excesivo o, en las invasiones no conocidas, ilícito (culpable o negligente), si se relaciona la actividad anormal con la negligencia *per se*. En cualquier caso, creo que, como mínimo, para que pueda aplicarse el uso regular del derecho *ex art. 1908.2 C.c.*, es necesario el cumplimiento de la normativa administrativa, *ex art. 590 C.c.*

En otros ordenamientos (italiano, alemán, catalán, argentino, etc.) es perfectamente posible la existencia de inmisiones lícitas dañosas, es decir, inmisiones que se ajustan al uso normal de la actividad y a las necesidades de la producción, que a su vez causen daños intolerables. En estos supuestos, la licitud de la inmisión repercute en la acción negatoria, que no será posible salvo para exigir las medidas correctoras exigibles o posibles para la reducción de las inmisiones a la normal tolerabilidad, pero no de la compensación económica, que cabrá en cualquier caso. Por ejemplo, el art. 844 C.c. italiano establece que el propietario de un fundo no puede impedir inmisiones si no superan la normal tolerabilidad, teniendo también en cuenta las condiciones del lugar. Las *inmisiones lícitas dañosas* son las que exceden de la normal tolerancia, siendo lícitas por exigencias de la producción, si bien sólo cuando no sea posible eliminarlas o reducirlas con medidas técnicas no excesivamente gravosas (844.2º C.c.); en estos casos el juez considera oportuno que se sigan produciendo y deban ser toleradas por el perjudicado a cambio de una compensación económica por el daño y la depreciación de su finca en lugar de permitir la acción negatoria y la de responsabilidad civil.

III) Atribución subjetiva de la responsabilidad.

1) Sistemas de responsabilidad en los daños civiles por contaminación.

Las orientaciones de la CEE tendían a la consideración de tres sistemas de responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente¹⁵²⁰:

a) *Responsabilidad objetiva estricta.* Es el sistema menos imperfecto a la hora de establecer sistemas de reparación ambiental afectado por actividades peligrosas, al requerir únicamente acreditar la existencia de una conducta (acción u omisión) causante del daño, simplificando los medios probatorios; asimismo, constituye un importante instrumento para la adopción de medidas de prevención y aseguramiento de los posibles daños a indemnizar o reparar, especialmente mediante la concertación de contratos de seguro voluntario u obligatorio. Se trata de un sistema en el que es necesario determinar la persona responsable así como qué tipo de instalaciones o actividades industriales son generadoras de un riesgo tal que su responsabilidad sea objetiva. Este tipo de responsabilidad puede dividirse en los siguientes subtipos:

1) *Responsabilidad objetiva prevista en supuestos legales por la legislación sectorial ambiental:* daños nucleares (Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos); Navegación Aérea (Ley 209/1964, de 24 de diciembre).

2) *Responsabilidad civil por inmisiones excesivas* (art. 1908.2 C.c.). La doctrina se divide entre los que piensan que éste recoge un supuesto de responsabilidad objetiva por razón del riesgo creado, y aquellos que defienden que recoge un principio de corrección en el comportamiento en las relaciones de vecindad.

3) *Responsabilidad por daños medioambientales (LRM) producido por actividades del Anexo III LRM.* La tutela frente a los daños medioambientales privados se ajustará a lo dispuesto en la LRM, si bien el procedimiento se podrá hacer a través de la vía dispuesta por esta Ley o a través del orden jurisdiccional civil. En ningún caso, la reparación del daño medioambiental podrá consistir en una indemnización a favor del particular y se prohíbe la doble reparación del bien.

b) *Responsabilidad civil cuasiobjetiva ex art. 1902 C.c.* por daños ocasionados por *actividades peligrosas*, no incluidos en los supuestos anteriores. Aplicable, en general, a actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas. Aquí el hecho dañoso se produce de forma no conocida por el operador, con efectos repentinos o graduales, con independencia de la clase de intereses afectados perjudicialmente. Aunque la jurisprudencia y la doctrina lo aplican también a las inmisiones.

c) *Responsabilidad civil subjetiva.* Se aplica en las inmisiones del art. 1908 4º C.c. y en el resto de DCC causados de forma desconocida para el operador (art. 1902 C.c.). Implica la necesidad de acción lesiva culpable y relación de causalidad entre la acción y el daño, siendo importante la normativa medioambiental protectora u otra actuación culpable. Antes de la aprobación de la LRM constituía el sistema básico de aplicación, tanto en lo referente a los daños tradicionales como a los ambientales. No obstante, se advirtió una tendencia a la objetivación en materia civil de daños producidos por una agresión ambiental, que a su vez se vió reflejada tanto en la normativa europea como en la nacional de los países miembros.

¹⁵²⁰ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., pp. 176-194. Establece en primer lugar, los supuestos de responsabilidad objetiva legal; en segundo lugar, los casos de responsabilidad ambiental para actividades peligrosas: cuasi-objetiva del art. 1902 C.c. u objetiva del art. 1908 C.c.; y en tercer lugar, los supuestos de responsabilidad subjetiva para actividades inocuas (art. 1902 C.c.).

d) *Responsabilidad objetiva por riesgo para actividades anormalmente peligrosas.* Se propone la aprobación de una ley especial que regule los daños civiles por contaminación ocasionados por actividades del Anexo I LPCIC. Generalmente, los daños producidos por este tipo de actividades no se deberían dilucidar en materia de inmisiones ni de responsabilidad civil por contaminación por hechos no conocidos del régimen común, pues de por sí ya contienen especial gravedad derivado de su alto riesgo contaminante y no deberían soportarse. Ello con independencia de si trata de inmisiones o de otro tipo de formas de contaminación con efectos jurídico-privados. En cambio, la jurisprudencia suele incluir este tipo de responsabilidad dentro de los supuestos anteriores, sin distinguir si se está en supuestos de actividades autorizadas o clasificadas o lo que es más grave, respecto de estas últimas, si se trata de inmisiones o de otro tipo de daños. La postura de la jurisprudencia es incompatible con los distintos grados de riesgo en la actividad industrial en la actualidad. No hay que vincular necesariamente¹⁵²¹ la responsabilidad por riesgo a los daños ocasionados por industrias peligrosas, independientemente de que los daños hayan sido ocasionados en forma de inmisiones o en forma de contaminación repentina, primando la actividad sobre la forma de contaminación. En caso contrario, es decir, de no venir previsto en legislación especial que lo refrende, creo que seguirán primando los intereses afectados y la causa de la contaminación por encima del concreto grado de peligrosidad de la actividad industrial.

2) Responsabilidad civil en materia de inmisiones.

A) *Inmisiones ocasionadas intencionalmente (dolo).*

La conducta dolosa será siempre constitutiva de negligencia grave, bastando el conocimiento del resultado dañoso de la acción y la asunción de sus consecuencias, no siendo necesario por otra parte ni la previsión de todos los efectos dañosos y ni la intención de perjudicar a la víctima¹⁵²².

En el Derecho comparado, en Alemania, el § 826 BGB es de aplicación si se prueba una lesión de bienes jurídicos individuales que se ha cometido de forma dolosa de manera contraria a las buenas costumbres. En EEUU la *private nuisance intentional* puede tener lugar por un daño ocasionado de forma maliciosa.

Según SANTOS BRIZ, no pertenece al dolo en sentido objetivo la llamada “conciencia de antijuridicidad, pues no se refiere a ninguna circunstancia de hecho, sino exclusivamente a la norma prohibitiva misma, o más exactamente, al ser y esencia de la prohibición, a la acción, la cual es parte integrante de la voluntad de ejecución. El autor designa solamente la actitud del agente frente a la ley fuera de la cual ha obrado, y es por ello objeto del juicio de culpabilidad: el agente ha realizado la acción, aunque conocía la prohibición de no obrar así»¹⁵²³.

B) *Inmisiones ocasionadas sin intención de dañar.*

a) *Atribución subjetiva de la responsabilidad en el art. 1908 C.c.*

Respecto del art. 1908 C.c. se ha discutido por la doctrina si se trata de un caso de responsabilidad objetiva (riesgo)¹⁵²⁴, cuasi objetiva o por culpa, sobretudo en los supuestos de los apartados 1º y 4º¹⁵²⁵.

¹⁵²¹ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 361-364.

¹⁵²² VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 215-217.

¹⁵²³ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 41-42.

¹⁵²⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: “La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, en Reglero Campos, L.F. [Coord], en *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Vol. 2, 2008, pp.

Nos parece correcta la clasificación efectuada por DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN respecto de los apartados contenidos en el art. 1908 C.c. Para los autores, la responsabilidad en sus distintos apartados es la siguiente 1) ap.1º, donde se utiliza un criterio de responsabilidad por culpa, pues no ha existido diligencia en el cuidado de las máquinas o en la seguridad y adecuación del lugar en que se colocaron las sustancias explosivas, si bien, debido al riesgo creado, la culpa se presumirá. 2) Ap. 2º, la responsabilidad se objetiviza y se establece por la excesividad y carácter nocivo, incluso aunque se hayan respetado los reglamentos que establecen el nivel de contaminación, pues si se causaron daños se evidencia que las medidas tomadas para alcanzarlos fueron insuficientes. 3) Ap. 4º, donde se establece una responsabilidad subjetiva o culposa, pues se insiste en la falta de precauciones, aunque limitándola a aquellas que deban ser adecuadas en la construcción en relación con el lugar en que se encuentran¹⁵²⁶.

Entre los autores que apuestan por una responsabilidad cuasi objetiva en el art. 1908 C.c., ATIENZA NAVARRO lo justifica en que en el caso de responsabilidad por culpa «cabría que el titular de la industria peligrosa, incómoda, insalubre o nociva se eximiera, por ej., de su responsabilidad por medio de la prueba de haber cumplido las disposiciones administrativas dictadas al respecto», mientras que con la objetivación de la culpa se produce una inversión de la carga de la prueba¹⁵²⁷.

La mayoría de autores defienden la existencia de una responsabilidad por riesgo en el art.1908 C.c. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA dice que hoy en día las empresas cuentan con más y mejores métodos de prevención de la contaminación, al tiempo que aumenta la importancia que se da a la protección del medio ambiente¹⁵²⁸. MONESTIER MORALES dice que se trata de «una responsabilidad ligada al riesgo o peligro inherente a ciertas formas de explotación, las cuales obligan a su titular al empleo de todos los medios necesarios para prevenir la producción del daño»¹⁵²⁹. Según ÁLVAREZ LATA, los arts. 590 y 1908 C.c. recogen también este tipo de actividades de riesgo y agravan el régimen de responsabilidad civil¹⁵³⁰. Según WICHMANN ROVIRA, «el art. 1908.2, a diferencia de los apartados 1º y 4º - que recogen un supuesto de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba-, no establece ningún parámetro de diligencia, por lo que «puede hablarse de responsabilidad objetiva»¹⁵³¹.

AMAT LLARÍ afirma que, si bien la responsabilidad que nace de la violación de las relaciones de vecindad es ajena a la culpa, indica que la escasa regulación de las inmisiones en el Código Civil y su ambigüedad han favorecido la evolución realizada por la jurisprudencia hacia la responsabilidad objetiva que resulta más acorde con la necesidad actual de protección del medio ambiente¹⁵³².

1328-1331. MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 10. ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *op. cit.*, p. 270. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, p. 897. YZQUIERDO TOLSADA, M.: *op. cit.*, p. 311.

¹⁵²⁵ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 227. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *op. cit.*, p. 1660. YZQUIERDO TOLSADA, M.: *op. cit.*, p. 311.

¹⁵²⁶ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *op. cit.*, pp. 350-351.

¹⁵²⁷ ATIENZA NAVARRO, Mª L.: *op. cit.*, p. 525. Según la autora, en el caso de responsabilidad por culpa «cabría que el titular de la industria peligrosa, incómoda, insalubre o nociva se eximiera, por ej., de su responsabilidad por medio de la prueba de haber cumplido las disposiciones administrativas dictadas al respecto, ya que podría entenderse que hay una inversión de la carga de la prueba».

¹⁵²⁸ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, p. 897.

¹⁵²⁹ MONESTIER MORALES, J.L.: *loc. cit.*

¹⁵³⁰ ÁLVAREZ LATA, N.: «La responsabilidad civil por actividades...», *op. cit.*, pp. 1328-1331.

¹⁵³¹ WICHMANN ROVIRA, G. V.: *op. cit.*, pp. 1136.

¹⁵³² AMAT LLARÍ, Mª E.: «Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...», *op. cit.*, p. 454.

En mi opinión, el art. 1908 C.c. recoge varios supuestos que son del todo diferentes en cuanto a los supuestos de hecho en los que se fundamentan, y si bien pueden responder todos a una responsabilidad ocasionada por actividades peligrosas, no necesariamente tiene por qué ser así, ya que puede ser aplicado a inmisiones domésticas. No obstante, centrándonos en el objeto del presente trabajo (responsabilidad civil por contaminación industrial) es viable aplicar el art. 1908 C.c. a todo tipo de daños por inmisiones provenientes de actividades peligrosas y ponerlo en conexión con el art. 590 C.c. en el ámbito de las relaciones de vecindad industrial. Desde este punto de vista, tanto el apartado 1º del art. 1908 C.c., relativo a las explosiones producidas por máquinas o sustancias en el ejercicio de la industria, en el que se recoge la expresión “que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia”, como en el párrafo 4º, que regula las emanaciones de cloacas o depósitos, matizando a continuación que hayan sido “construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuvieren”, podrían ser ejemplos clarividentes de cómo aplicar técnicas de objetivación de la culpa en este tipo de actividades, cuando se cause por este tipo de actividades.

Cuestión al margen de lo anterior es la regla recogida en el párrafo 2º, por cuanto no recoge ninguna medida de diligencia sino una responsabilidad por daño ocasionado por humos (que se puede hacer extensivo a cualquier tipo de inmisiones) excesivos, que sean nocivas a las personas o a las propiedades. Considero que en el párrafo 2º del art. 1908 C.c. se pueden incluir todos los supuestos de daños ocasionados por inmisiones en sede de las modernas relaciones de vecindad industrial no incluidos, por la naturaleza del hecho inmisivo, en los apartados 1º y 4º, convirtiéndose así en una regla especial y autónoma de la responsabilidad por riesgo. En definitiva, la responsabilidad del art. 1908 C.c. no se puede tratar de manera unitaria, por cuanto las soluciones recogidas en el mismo son dispares: el ap. 2º recoge una responsabilidad sin culpa, aunque no por riesgo, sino por un acto excesivo en sede de las relaciones de vecindad, mientras que el resto de artículo recoge casos de responsabilidad por culpa. No obstante, se podría entender que el art. 1908.2 C.c. recoge un supuesto de responsabilidad por riesgo, por cuanto ni exige una relación de vecindad, ni la necesidad de que los perjudicados sean titulares de un derecho de uso o disfrute de propiedad inmobiliaria.

b) *Responsabilidad objetiva basada en la inmisión excesiva ex art. 1908.2 C.c.*

Se ha dicho que el régimen del art. 1908.2 C.c. se basa en la idea de responsabilidad objetiva o sin culpa¹⁵³³, marcada por el hecho de que la inmisión sea excesiva y nociva, atendiendo a la gravedad del daño (o criterio de la tolerabilidad) y también, en su caso, al uso normal de la actividad. Sólo habrá responsabilidad por inmisiones, con independencia de la culpa, cuando tal inmisión resulte intolerable, desde un punto de vista general (como nivel de tolerancia), por mucho que la actividad sea lícita desde el punto de vista administrativo¹⁵³⁴. Lo “tolerable” (en general) marcará el límite que en el caso de superarse dará lugar al concepto “exceso” del art. 1908.2 C.c., analizado desde la óptica objetiva que deriva de la lesión al derecho de goce y disfrute de la propiedad (normal tolerancia)¹⁵³⁵, y por la forma de conducirse la parte causante del daño (uso anormal), aunque no exista en la actualidad jurisprudencia consolidada en este aspecto, por lo que habrá que hacerse el análisis de forma casuística.

¹⁵³³ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 392. HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 69.

¹⁵³⁴ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *op. cit.*, p. 352. JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 74. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 27.

¹⁵³⁵ GUIDO VILLEGAS, S.: *op. cit.*, pp. 19-21.

Es indiferente para que exista responsabilidad civil *ex art.* 1908.2 C.c. que se hayan cumplido las disposiciones reglamentarias, o la mera tenencia de licencia de actividad o autorización ambiental integrada, cuando el daño evidencie que tales medidas han sido insuficientes para evitar los daños a terceros en su salud o en su patrimonio, pues en estos supuestos, aunque los niveles de contaminación puedan ser cuantitativamente respetuosos con los límites reglamentarios, pueden ser también cualitativamente nocivos y causar daños a terceras personas totalmente ajenas a la explotación, lo que evidencia que las medidas adoptadas han sido insuficientes para evitar los daños a terceros¹⁵³⁶. La responsabilidad *ex art.* 1908.2 C.c. se produce cuando los niveles de contaminación sean excesivos y nocivos, con independencia de que se adoptaron las debidas precauciones o se cumplieran las reglamentaciones específicas, evidenciando los daños que las medidas adoptadas fueron insuficientes para evitar los daños¹⁵³⁷.

En muchas ocasiones se entremezcla la responsabilidad por riesgo con el de inmisión excesiva. Según JORDÁ CAPITÁN el art. 1908 2º C.c. se centra en un supuesto de responsabilidad objetiva basada en los humos excesivos¹⁵³⁸. NAVARRO MENDIZÁBAL ha afirmado que la imposibilidad de basar en conceptos subjetivos como la culpa la ilegitimidad de las mismas ha llevado a construir una responsabilidad objetiva por riesgo en algunos casos o a una presunción de culpa si se supera una determinada medida de molestia en otros, mediante la aplicación del art. 1908.2 C.c. al campo de las inmisiones¹⁵³⁹, en el cual se hace responder a los propietarios por los “humos excesivos” sin necesidad de culpa o negligencia. Una línea destacada de la jurisprudencia afirma que el art. 1908.2 C.c. es de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, por «humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades»¹⁵⁴⁰. Alguna sentencia afirma que es la vertiente objetiva que desarrolla el art. 1902 C.c. en materia ambiental¹⁵⁴¹. A veces, la jurisprudencia no acepta totalmente la responsabilidad objetiva. Por ejemplo, la STS 30.10.1963 (RJ 1963, 4231) consideró que, más allá de reconocer la evolución en el art. 1902 C.c. hacia una responsabilidad fundada en la mera creación de peligros para la comunidad, «en su desenvolvimiento posterior y al referirse al caso concreto de humos nocivos a las personas o propiedades, el nº 2º del art. 1908 aisladamente considerado casi se identifica con la responsabilidad objetiva».

Un sector de la doctrina y parte de la jurisprudencia niegan que el art. 1908.2 C.c. constituya un caso de responsabilidad objetiva, sino uno fundado en la culpa¹⁵⁴², por ejemplo, basándose en la necesidad de que el ruido –inmisión– sea molesto –excesiva-¹⁵⁴³, o en la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable, –conducta contraria el deber de cuidado exigible en el tráfico¹⁵⁴⁴.

¹⁵³⁶ SSTS 28.6.1979 (RJ 1979, 2553), 15.3.1993 (RJ 1993, 2228), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 7.4.1997 (1997, 2743), 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 14.3.2005 (RJ 2005, 2236), 31.5.2007, (RJ 2007, 3431); SAP Cáceres 8.6.2007 (JUR 2007, 293674).

¹⁵³⁷ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *op. cit.*, p. 352.

¹⁵³⁸ JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho...*, *op. cit.*, p. 308.

¹⁵³⁹ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 304.

¹⁵⁴⁰ SSTS 15.3.1992 (RJ 1993, 2284), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727).

¹⁵⁴¹ STS 30.10.1963 (RJ 1963, 4231).

¹⁵⁴² HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁵⁴³ CILLERO DE CABO, P.: *op. cit.*, p. 13. Según el autor «Si el ruido se estimara en todo caso intrínsecamente dañoso, la responsabilidad sería plenamente objetiva, pero la necesidad de que el ruido resulte molesto atribuye una nota de subjetividad a la responsabilidad. Y dado que es un cierto reproche, una nota de culpabilidad».

¹⁵⁴⁴ STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041).

Otros niegan que sea una manifestación o aplicación concreta de la teoría de la responsabilidad por riesgo, dada la ausencia de un texto explícito en que apoyarla y ser ésta de carácter excepcional en nuestro derecho, sino más bien una responsabilidad de construcción eminentemente jurisprudencial basado en la responsabilidad sin culpa, no reducible a ninguno de los moldes preestablecidos, y cuya fijación, aplicación y concreción se hará por los jueces con base al art. 1.7 C.c.¹⁵⁴⁵, de un principio general inducido de la propia legislación, en función de las circunstancias sociales y económicas de cada momento, haciendo prevalecer en cada caso, de entre los intereses en juego, los que sean de más digna protección¹⁵⁴⁶.

Otros autores han rechazado la responsabilidad objetiva del apartado 2º, basándose en los efectos negativos que podrían producirse. Por ejemplo, HEBRERO ÁLVAREZ¹⁵⁴⁷ dispone que de declarar la responsabilidad objetiva del art. 1908.2º C.c. se podría acabar en un modelo social más negligente e imprudente, en el que la ciudadanía, conociéndose protegida por un sistema de seguro obligatorio, no pondrá el menor cuidado en sus actividades diarias, menospreciando las más elementales reglas de la “*lex artis*”. DE ÁNGEL YAGÜEZ¹⁵⁴⁸ dispone que aceptar la responsabilidad objetiva en el art. 1908.2 C.c. nos llevaría a un “eclipse” la responsabilidad, pues el ciudadano, resguardado por la póliza, llegará a no percibir los efectos perjudiciales de su actuación negligente o inexperta, al ser éstos sobrellevados por la compañía de seguros”. Para dar solución al problema de la responsabilidad por riesgo, ÁLVAREZ LATA¹⁵⁴⁹ ha advertido una evolución en la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de volver sobre sus pasos objetivadores y poniendo coto a su creación, por ejemplo citando sentencias que reconocen el carácter excepcional de la doctrina del riesgo¹⁵⁵⁰.

En mi opinión, el art. 1908.2 C.c. no se limita exclusivamente a actividades peligrosas, sino que se aplica a todo tipo de daños ocasionados por inmisiones vecinales. Creo que la responsabilidad civil por inmisiones es objetiva, proveniente de la excesividad de la inmisión, pues en este momento su actuar se convierte en ilícito, no siendo relevante si el autor obró diligentemente. En cambio, nada impide que se puede fundamentar este tipo de responsabilidad en el riesgo. La intolerancia de la inmisión basado en la gravedad del daño tiene como consecuencia la extralimitación del derecho del agente inmitente: el criterio es objetivo, pues al establecer un límite al ejercicio del derecho de propiedad, obliga a extremar el deber de diligencia para evitar la producción de daños o el peligro de estos, por lo que la falta de precaución lleva a la producción de aquéllos, lo que conlleva la extralimitación en el ejercicio del derecho del causante. En cualquier caso, como dice DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en la práctica, da igual adoptar un sistema de responsabilidad civil que otro, puesto que mientras exista la tendencia a pensar que todos los daños deben ser reparados, se seguirá pensando que el agente que haya causado un daño no habrá obrado con diligencia.

¹⁵⁴⁵ El art. 1.7 Cc. dispone: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

¹⁵⁴⁶ CERDÁ OLMEDO, M.: *op. cit.*, p. 635.

¹⁵⁴⁷ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁴⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 1031.

¹⁵⁴⁹ ÁLVAREZ LATA, N.: “La responsabilidad civil por actividades...”, *op. cit.*, pp. 1321 y 1322. Afirma la autora que «Tal reacción a caso se deba a que, hoy por hoy, es difícil concebir una actividad empresarial que no genere un riesgo concreto y típico; o como se ha señalado, a que sea profundamente anacrónico continuar hablando de riesgo, de creación de riesgo y de doctrina de riesgo, como si estuviéramos en los años sesenta del pasado siglo».

¹⁵⁵⁰ SSTs 10.12.2002 (2002, 10435), 24.1.2003 (RJ 2003, 612), 16.3.2006 (RJ 2006, 5621).

En Italia, hay quien dice que la responsabilidad por inmisiones *ex art. 844 C.c.* es una especialidad de la responsabilidad objetiva. TRIMARCHI opina que «una actividad dañosa, la cual debería, según la regla general, ser prohibida, viene consentida, en consideración de su utilidad social; deviene por tanto lícita, pero obliga sin embargo al resarcimiento del daño. [...] esto [...] es atribuido a la situación típica generadora de la hipótesis de responsabilidad objetiva». El autor considera la regulación jurídica de la inmisión como la forma particular asumida del principio de la responsabilidad objetiva, allí donde la relación entre el dañante y el dañado no es fugaz y casual [...] sino estable y necesaria, por cuanto fundada a la vecindad del fundo»¹⁵⁵¹.

c) *Emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes (art. 1908.4º).*

Se ha dicho que la responsabilidad de este apartado no es por culpa, si bien dada la regla de la inversión de la carga de la prueba incluida en toda actividad por riesgo, el empresario deberá demostrar que cumplía todas las medidas exigibles en la normativa administrativa así como aquéllas que, según las circunstancias, fueran necesarias para evitar el daño «precauciones adecuadas», lo que le diferencia claramente del supuesto del art. 590 C.c. por cuanto añade criterios más exhaustivos que las reglas de distancia y obras de resguardo en éste recogidas¹⁵⁵². En estos casos, la simple causación del daño evidencia que no se adoptaron las precauciones necesarias¹⁵⁵³.

d) *Inmisiones “domésticas” o actividades inocuas: ¿responsabilidad por culpa?*

Nos surge la duda de si incluir las inmisiones domésticas en una responsabilidad objetiva, basada en la excesividad y nocividad de la inmisión, o por culpa. Por ejemplo, MONESTIER MORALES diferencia la responsabilidad civil derivada del daño producido por inmisiones sonoras procedentes de actividades industriales de la derivada de inmisiones generadas por la simple conducta humana dentro del ámbito de las relaciones vecinales o comunitarias¹⁵⁵⁴. Respecto de las inmisiones domésticas, el autor dispone que hay que tener en cuenta los siguientes extremos: «1.º La existencia de la acción u omisión culpable es indispensable para la aplicabilidad del art. 1902 [C.c.] 2.º La culpa no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en una actuación no ajustada a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios de bienes ajenos jurídicamente protegidos, [...] art 1104 [C.c.]. 3.º [...] se produce una inversión de la carga de la prueba (...), creando la presunción *iuris tantum* que medió culpa por parte del agente demandado, quien deberá acreditar que obró con toda la diligencia precisa para evitar el daño». 4.º El mero cumplimiento de formalidades administrativas no exonera de responsabilidad, pues cuando las mismas devienen insuficientes conforme a las circunstancias concurrentes, se impone, además, el empleo de todos los medios que la prudencia demande para prevenir y evitar el daño. [...]», a otros sujetos tutelares. Respecto del numeral 3º, creo que no se produce (o no se debe producir) una inversión de la carga de la prueba, dado que no se está en un supuesto de actividades de riesgo o peligrosas, salvo en los casos de dificultades en el ejercicio de la prueba del art. 217.7 LEC.

¹⁵⁵¹ TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, p. 348.

¹⁵⁵² SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2163. Afirma la autora: «en mi parecer, el apartado 4º del artículo 1908 exige un deber de diligencia superior al simple cumplimiento de la normativa y que lo que ha de prevalecer es la reparación del daño, porque la simple causación de él evidencia que no se adoptaron las precauciones necesarias aunque se hayan cumplido las disposiciones administrativas al respecto».

¹⁵⁵³ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 79.

¹⁵⁵⁴ MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, pp. 9-10.

En materia de inmisiones domésticas, ÁLVAREZ LATA dispone que la responsabilidad civil por contaminación producido por un individuo privado se sujeta a las reglas de la responsabilidad subjetiva, salvo que: a) se trate de un daño causado por una actividad cinegética, en cuyo caso responde el titular del coto aunque no sea empresario; y b) que sea propietario del fondo de donde se producen las emisiones (art. 1908 2º C.c.) o de los depósitos de materias infectantes (art. 1908 4º C.c.)¹⁵⁵⁵. Repetimos que, en mi opinión, la responsabilidad del art. 1908.2 C.c. no recoge un supuesto de responsabilidad por culpa, provenga el daño de una industria peligrosa o no, sino uno objetivo marcado por la excesividad y nocividad de la inmisión.

MACÍAS CASTILLO¹⁵⁵⁶ afirma que la teoría del riesgo ha sido invocada frecuentemente como criterio de atribución de la responsabilidad civil derivada de inmisiones vecinales, casi siempre sin acierto, pues, por regla general, los fenómenos inmisivos no responden ni a situaciones objetivadas en la Ley como tales, ni a supuestos de actividades que son realmente peligrosas. No obstante lo anterior, en los casos en que el riesgo sea real, es decir, producido por actividades peligrosas, podría admitirse tal consideración, y, en el caso de que sea subsumible en el supuesto de hecho del ar. 1908 C.c. calificarse de responsabilidad por riesgo u objetivada: en estos casos la vecindad pasa a ser un aspecto puramente circunstancial o coyuntural, por cuanto esta circunstancia no es connatural a las inmisiones vecinales como regla general. En las inmisiones puramente vecinales hay que aplicar el factor autónomo de atribución de responsabilidad basado en la *diligencia vecinal*, de variable resultado dado que:

a) La condición de vecino conlleva una serie de obligaciones y deberes recíprocos de buena vecindad, el principal de ellos el que obliga a no dañar al otro -si bien matizado por la situación concreta-, que se convierte en la medida de responsabilidad vecinal y varía según las circunstancias, convirtiéndose en tolerables determinadas actuaciones que, por su escasa entidad, su integración en la vida social o su intermitencia, no constituyen daño o molestia susceptible de reparación civil, lo que explica la insuficiencia de la aplicación de un solo criterio de determinación de la ilicitud, bien sea el uso normal, la normal tolerancia (daño grave), etc.

b) La mayor parte de los fenómenos inmisivos son culposos al no atender el inmisor a los más elementales deberes de vecindad -no causar molestias insoportables a sus vecinos-, parámetro mínimo y deber de actuación que determina la medida de diligencia, al desatender, en muchos casos, el requerimiento para cesar o aminorar su injerencia hasta hacerla tolerable¹⁵⁵⁷. Por lo tanto, dice el autor, la culpa en sede de daño inmisivo vecinal supone una desviación de un modelo de conducta vecinal determinado por el principio del *alterum non laedere* matizado por la propia situación de vecindad: la culpa de quien persiste en una conducta injerente y molesta.

c) La confección de la diligencia vecinal debe seguir haciéndose por la jurisprudencia, pero también por las normas más modernas -sobre todo de la Constitución- que ayuden a reinterpretar los arts. del Código Civil.

¹⁵⁵⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: "El daño ambiental...(I)", *op. cit.*, p. 813.

¹⁵⁵⁶ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 347-350.

¹⁵⁵⁷ La STS 3.9.1992 (RJ 1992, 6880) dispone que «acreditados en autos que el ahora recurrente no adoptó las medidas necesarias para evitar las inmisiones en la vivienda del actor de los ruidos procedentes de su industria mediante la insonorización de su local que redujese aquéllas a un nivel tolerable, teniendo conocimiento de las perturbaciones y molestias, que su instalación industrial causaba a sus vecinos, es evidente, la existencia del elemento culpabilístico definidor de la culpa aquiliana, que no resulta desvirtuado por el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias cuando éstas se han revelado insuficientes para evitar aquellas perturbaciones».

d) No obstante, el criterio de atribución no opera como un compartimiento estanco y completamente aislado del régimen general de la responsabilidad aquiliana, por lo que, cuando el agente causante de la inmisión es una industria que realiza una actividad peligrosa, pueden llegar a aplicarse la teoría del riesgo y de la responsabilidad objetivada, si bien las obligaciones de vecindad no desaparecen, pues el agente dañante no sólo debió acentuar al máximo su diligencia en virtud del riesgo, sino que también debió hacerlo por su condición de vecino y su proximidad con el perjudicado.

YANGUAS MONTERO dispone que cuando se trate del ejercicio de actividades inocuas y totalmente desprovista de peligrosidad, el elemento culpabilístico debería recobrar su virtualidad configuradora de la responsabilidad aquiliana (art. 1902 C.c.). No obstante, dice la autora que también es cierto que «la inocuidad no estará presente en el desarrollo de actividades generadoras de daños ambientales, resultando, por tanto, adecuada la aplicación de la responsabilidad objetiva»¹⁵⁵⁸.

Estoy en desacuerdo con los autores que determina que las inmisiones domésticas o producidas por actividades no peligrosas se produce por culpa, aunque sea por el incumplimiento de un deber de cuidado al que están sometidos todos los vecinos de no causar daños intolerables, pues creo que el art. 1908.2. C.c. se basa en un supuesto de daño injusto basado en el hecho excesivo de la inmisión, que es totalmente ajeno a cualquier tipo de género de culpa o negligencia, más allá de que la invasión tenga una causa desconocida por el operador, aplicándose el art. 1902 C.c.¹⁵⁵⁹.

3) Daños tradicionales causados al margen del ejercicio de la actividad.

A) *Actividades inocuas y responsabilidad por culpa ex art. 1902 C.c.*

a) *Criterios principales: la previsibilidad y evitabilidad del daño.*

Se aplica la responsabilidad por culpa a los DCC ocasionados por una invasión desconocida por el operador de actividades no peligrosas, invocándose el art. 1902 C.c. En cambio, cuando este tipo de daños haya sido ocasionados por actividades peligrosas, se les aplicará la responsabilidad cuasi objetiva basada en el riesgo, en la inversión de la carga de la prueba o en el aumento de la diligencia exigible.

La culpa o negligencia es la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, basándola en la infracción de los deberes de precaución, la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de deberes impuestos por el tráfico, concretado en la normativa, la *lex artis* y/o las circunstancias concurrentes.

En EEUU, el § 283 RST dice que el estándar de la conducta es el de un hombre razonable, entendido como una persona en ejercicio de aquellas cualidades de atención, conocimiento, inteligencia y juicio que la sociedad requiere a sus miembros para la protección de sus propios intereses y los intereses de otros. El estándar de un hombre razonable (“*reasonable man*”) es el demandado por la comunidad para la protección de otros contra un riesgo no razonable (“*unreasonable risk*”)¹⁵⁶⁰. El §284 RST dice que la conducta negligente se basa en una acción u omisión: a) en un acto que el actor como hombre razonable debe reconocer que implica un riesgo irrazonable de causar una invasión al interés de otro, o b) una omisión de un acto que es necesario para la protección o asistencia de otra y que el actor debe realizar.

¹⁵⁵⁸ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 194.

¹⁵⁵⁹ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 454.

¹⁵⁶⁰ Comentarios a. y b. § 283 RST.

En el derecho civil español, los elementos constitutivos de la imputación subjetiva son los juicios de *previsibilidad* y de *evitabilidad* del daño (art. 1105 C.c.):

- El *juicio de previsibilidad* consiste en un test en el que se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo o no prever las consecuencias de su conducta activa u omisiva: hay culpa no sólo cuando el sujeto debió prever el daño que se derivaría de una determinada actividad o conducta, sino también cuando según las reglas de la experiencia humana ordinaria debió prever el acaecimiento de un hecho o suceso dañoso, o cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo particulares circunstancias. Este juicio determinará el nivel de intensidad del elemento subjetivo. Así, en los casos de dolo significa asumir por el sujeto la máxima probabilidad de resultado; en los supuestos de culpa, hay una elevada probabilidad (más en la cuasi objetiva); en la culpa levísima, la previsibilidad es ínfima, y nula en el comportamiento diligente¹⁵⁶¹.

- El *juicio de evitabilidad* se hace con posterioridad al de previsibilidad y depende de si el sujeto disponía o no de los medios necesarios para impedirlo y no lo hizo, o que recaiga un deber de evitarlo mediante la adopción de las medidas necesarias para ello. Si no hubiera posibilidad de evitarlo, o no existiese ese deber concreto, no habrá culpa¹⁵⁶². En estos casos, la valoración de la culpa o diligencia del causante se confunde con el análisis de la concurrencia de un supuesto de exoneración de la responsabilidad, ya que el caso fortuito será el acontecimiento imprevisible o inevitable en función de las circunstancias (valoración según la diligencia)¹⁵⁶³.

El juicio de reproche se hace sobre la persona que ha causado el daño y no objetivamente sobre el cumplimiento o no del ordenamiento jurídico en su totalidad. Un acto, lícito en sí, dará lugar a que se preste la culpa si no se realiza la conducta con las circunstancias del caso requieran¹⁵⁶⁴. La falta de previsión en lo que pudo y debió preverse se produce: 1) bien por omitir normas de conducta inexcusable o aconsejadas por la más vulgar experiencia (imprudencia temeraria), 2) bien sin tomar las cautelas que requería el supuesto concreto contemplado, conforme a las pautas de tiempo y lugar, entorno físico y social, en no menor grado que el peligro inherente a la actividad den originaria del daño, en este caso negligencia simple¹⁵⁶⁵.

En el ámbito de la omisión sólo cabe la responsabilidad subjetiva por negligencia: en las omisiones puras, por la necesaria imputabilidad del incumplimiento del deber de actuar, y en las omisiones de diligencia -que se debe de aplicar a la acción realizada-, porque ellas mismas suponen la negligencia del demandado¹⁵⁶⁶. Las omisiones puras no se incorporan desde la fase de averiguación de las causas materiales del daño (la inactividad es improductiva), sino que lo hacen en la fase de imputación objetiva, donde concurrirá con algunos de los antecedentes causales, y, además, se someterá a la imputación subjetiva (salvo en casos de responsabilidad objetiva). En el *common law* inglés, no hay responsabilidad general por negligencia a causa de las omisiones salvo que el demandado se encuentre bajo un deber preexistente o se esté en una previa situación de garante. Por otro lado, la carga de la prueba del incumplimiento del deber generador de la negligencia corresponde al demandante-perjudicado¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶¹ REGLERO CAMPOS, L. F.: *op. cit.*, p. 289.

¹⁵⁶² STS 9.10.1999 (RJ 1999, 7245).

¹⁵⁶³ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, p. 230.

¹⁵⁶⁴ STS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673).

¹⁵⁶⁵ STS 3.3.1995 (RJ 1995, 2141).

¹⁵⁶⁶ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, pp. 131-132, 135-136

¹⁵⁶⁷ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 361.

En EEUU el estandar de la conducta de un hombre razonable se determina, según el § 285 RST: a) por disposición legislativa o regulación administrativa; b) por decisión judicial adoptada de una disposición legal o regulación administrativa que no la proporcione; c) establecida por decisión judicial; d) según los hechos del caso por el juez del caso o el jurado si no hay ley, regulación o decisión judicial. El riesgo es irrazonable y el acto es negligente si el riesgo es de tal magnitud que supera lo que la ley considera como utilidad del acto de la particular manera en que se ha dado (§ 291). La utilidad de la conducta del actor se determina a través del a) valor social que la ley atribuye al interés prevenido o protegido por la conducta; b) la probabilidad de que dicho interés sea protegido con dicha conducta, y c) por otra conducta menos peligrosa (§292). La magnitud del riesgo se determina por: a) el valor social atribuido al interés protegido; b) la probabilidad de que la conducta del actor cause una invasión de dicho interés; c) la entidad del daño probable¹⁵⁶⁸; y d) el número de personas cuyos intereses son probablemente invadidos si el riesgo se convierte en daño (§293).

En Francia, la póliza *Assurpol* cubre los daños tradicionales ocasionados de forma accidental, súbita e imprevista, así como la gradual ocasionada también de forma accidental, que produce una emisión, dispersión, expulsión o acumulación de toda sustancia sólida, líquida o gaseosa difundida por la atmósfera, el suelo, la producción de olores, ruidos, vibraciones, variaciones de temperatura, ondas, radiaciones, que excedan de las obligaciones ordinarias de vecindad. Creo que la mención que se hace a las “obligaciones ordinarias de vecindad” hay que relacionarlo con el umbral a partir del cual el daño se significativo y no confundirlo con el supuesto de inmisiones, que son las ocasionadas en el normal ejercicio de la actividad.

En el Derecho inglés, las *toxic torts* se aplica a los daños civiles por contaminación¹⁵⁶⁹. Tienen su origen en la exposición a productos químicos o sustancias dañosas, cuando el demandado causa al demandante daños personales, que normalmente se fundamentan en la responsabilidad por negligencia. Asimismo, las demandas por *emotional distress* también pueden reclamarse en supuestos de actuación negligente del demandado (aunque también cuando su actuación es intencional) cuando (a) la perturbación emocional provenga del daño corporal (*bodily harm*) o de la conducta que la causa, o (b) otras lesiones corporales resultantes de la perturbación emocional. En cambio, las demandas por daños psicológicos sin mediar daño corporal han sido tradicionalmente desestimadas por los tribunales¹⁵⁷⁰, aunque algunos de éstos han fallado a favor de entender los daños por *emotional distress* asociados con el miedo de contraer una futura enfermedad incluso sin demostrar un daño corporal pertenecer como fundamento de este miedo¹⁵⁷¹. Sin perjuicio de lo anterior, la tendencia moderna es recortar el alcance de la regla de responsabilidad estricta *Rylands v. Fletcher* e insistir en un requerimiento general de negligencia, basada en el requerimiento de un uso no natural y en las causas de justificación del daño. No obstante, se apunta que la regla del uso no natural no tiene por qué verse como una alternativa a la regla de responsabilidad objetiva, sino como un requisito añadido a la misma, en el razonamiento de que cuanto más causas de justificación del daño existan más nota subjetiva hay¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁸ Dice el comentario al párrafo c) del § 293 RST que «Si el acto conlleva solamente un riesgo de un daño leve incluso a un interés importante, puede ser justificado, aunque una probabilidad similar de causar un daño más grave podría hacer el riesgo no razonable».

¹⁵⁶⁹ CANE P.: *op. cit.*, pp. 827-828.

¹⁵⁷⁰ Ver *section 436A of RST*.

¹⁵⁷¹ *Potter v. Firestone Tire and Rubber Co.*, 863 P.2d 795.

¹⁵⁷² ROGERS, W.V.H.: *op. cit.*, pp. 125-126.

b) *Relación de las normas reguladoras de la actividad con la culpa.*

El incumplimiento de las normas reguladoras de la actividad tiene una enorme incidencia con la culpa. Cuando se incumpla la normativa de aplicación es posible que el agente que causa el daño pueda exonerarse de responsabilidad probando que ha actuado con la debida diligencia y cuidado en la situación concreta, siendo labor del juez evaluar dicha circunstancia. Por otro lado, la responsabilidad civil puede complementar los estándares administrativos, por cuanto la culpa no queda excluida por el mero cumplimiento de estos últimos, al exigir el Juez deberes de cuidado más exigentes¹⁵⁷³. En estos casos, la víctima del daño puede imputar culpa al empresario que aun cumpliendo con la ley cause un daño, por cuanto los patrones que marcan la legalidad no singularizan exactamente el principio general *neminem laedere*, por la insuficiencia e incapacidad de las garantías destinadas a evitar el daño. En cualquier caso, el juez civil tiene un amplio margen de apreciación y de decisión acerca de la atribución subjetiva de la responsabilidad. La vinculación de la culpa con los deberes establecidos en el ordenamiento se ve reflejada en la pág. 6 del Libro Verde:

«Cuando se aplica la responsabilidad por culpa debe demostrarse que el responsable ha cometido una negligencia o cualquier otra infracción que ha causado un daño. Para que exista culpabilidad, el responsable tenía que haber actuado según una determinada norma de prudencia o una disposición legal, y no lo hizo. En materia de medio ambiente, hay una fuerte interacción entre la responsabilidad por culpa y la regulación positiva. Las normas y procedimientos que establece esta normativa pueden servir de orientación para determinar si la actuación de una persona debe considerarse razonable o, por el contrario, negligente, dadas las circunstancias. El incumplimiento de normas sobre medio ambiente puede constituir una prueba de culpabilidad y, a la inversa, el cumplimiento de la normativa o de lo establecido en una autorización puede ser prueba de que el que actuó lo hizo de forma razonable».

En Alemania no se prescinde de la culpa en la cláusula general de responsabilidad civil (§ 823 BGB¹⁵⁷⁴). Haber respetado las exigencias y límites reglamentarios en la generación de la emisión sería indicativo de la ausencia de culpa, mientras que la vulneración de una “norma de protección” (§ 823 II BGB), o su carácter sustancial (§ 823 I BGB) presume lo contrario. No obstante, el que la instalación o la actividad haya sido administrativamente autorizada no excluye por sí solo el elemento culpabilístico en la lesión del bien jurídico y en la producción del daño.

En EEUU, el incumplimiento de las disposiciones administrativas ambientales es un caso de *negligencia per se* cuando así venga establecido en aquéllas. El estándar de negligencia en daños civiles por contaminación se determina en la *section 285 RST*: (a) establecido por una ley o regulación administrativa que lo proporciona; (b) adoptada por la corte desde la ley o regulación administrativa que no lo proporciona, (c) establecida por una decisión judicial, o (d) aplicada a los hechos del caso. El párrafo (a) suele contener aquellos supuestos en los que la ley prevé expresamente casos de responsabilidad civil que deberán ser tratados en el orden administrativo. El párrafo (b) es el que nos indica que los jueces podrán en ciertos tipos de casos adoptar los requisitos establecidos en las leyes y reglamentos como estándares de conducta necesarios para evitar (o no) la responsabilidad por negligencia. Si se prueba que una sustancia es dañina, en casos de violación de una norma medioambiental, la violación se considera como negligencia *per se* desde el punto de vista de la indemnización¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷³ BANFI DEL RÍO, C.: “De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”, Revista chilena de derecho privado, N° 2, 2004, p. 62.

¹⁵⁷⁴ Sentencia BGH 25.9.1970 (Az: V ZR 155/67).

¹⁵⁷⁵ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 378, 386.

En ausencia de un estándar de cuidado aplicable a la industria, la *Section 286 RST* norteamericano dice que la misma puede ser definida por disposición legislativa si la parte dañada por la violación es miembro de la clase de personas que la ley o regulación desea proteger. A este tipo de responsabilidad se le denomina en inglés *negligence per se* por el hecho de que el demandado viola una ley federal o estatal o una regulación. La demostración de la citada violación tiene como propósito, al menos: (a) proteger la clase de personas que incluye cuyos intereses son invadidos, (b) proteger el interés particular que es invadido, (c) proteger este interés contra la clase de daño que ha resultado, y (d) proteger este interés contra el particular peligro del cual resulta el daño. Los demandantes suelen tener dificultades en probar estas cuestiones, porque el lenguaje de muchas leyes medioambientales no dan soporte a este tipo de demandas civiles¹⁵⁷⁶. A pesar de que en estos casos no es necesario buscar ningún tipo de negligencia por parte del demandado, este tipo de demanda solamente tiene lugar cuando se demuestra que el legislador pretende que el demandante tenga un remedio civil, deduciéndose de la propia ley si no está expresamente previsto, aunque teniendo en cuenta que cuando mayor es la discreción mostrada por el legislador menor probabilidad de que exista un derecho del demandante para iniciar una acción civil de este tipo¹⁵⁷⁷. En ocasiones, el remedio civil está expresamente prohibida en la propia ley.

B) Actividades clasificadas y responsabilidad cuasi objetiva.

a) Fundamentación de la objetivización de la culpa.

La doctrina¹⁵⁷⁸ y jurisprudencia¹⁵⁷⁹ mayoritarias dicen que, en materia de daños civiles por contaminación *ex art. 1902 C.c.*, existe una tendencia hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido (“*cuius es commodum eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*”), y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada “teoría del riesgo”, ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante para desvirtuarla, el cumplimiento de Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar actos lesivos. Como se puede comprobar, se establece erróneamente por los tribunales este régimen de atribución subjetiva de la responsabilidad con independencia de si se está en un caso de responsabilidad civil por inmisiones o en otro tipo de daños civiles por contaminación.

¹⁵⁷⁶ BERRY, JAMES F./ DENNISON, MARK S.: *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁷⁷ *X (Minors) v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633.

¹⁵⁷⁸ ACUM MALDONADO, C. y PARRA SEPÚLVEDA, D.: *op. cit.*, p. 28. CAMPOS-DÍAZ BARRIGA, M.: *op. cit.*: p. 51. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 148. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Protección civil del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 32. GARCÍA Y VALLÉS, R.: *op. cit.*, p. 470. DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 355; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 201-203; “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 79-80. REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 203. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 197. SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, pp. 302-311. VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁷⁹ SSTs 16.10.1989 (RJ 1989, 6923), 8.5.1990 (RJ 1990, 3690), 8.11.1990 (RJ 1990, 8534), 26.11.1990 (RJ 1990, 9147), 28.5.1991 (RJ 1991, 3940), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 7.4.1997 (RJ 1997, 3727); SSAP Tarragona 21.9.1999 (AC 1999,7073), Castellón 25.6.1999 (AC 1999, 1357).

En España se sigue el método de “estirar” la responsabilidad cuando el daño haya sido ocasionado por polución originada por la industria (se entiende la clasificada). La objetivización de la culpa¹⁵⁸⁰ es una técnica utilizada por la doctrina y la jurisprudencia en materia de daños civiles por contaminación consistente en la adaptación del sistema basado en la culpa al riesgo específico puesto por el industrial al medio ambiente y que se basa en el aumento del nivel de cuidado¹⁵⁸¹ y, o mediante la aplicación de reglas específicas (*res ipsa loquitur*, *Anscheinsbeweis*, inversión de la carga de la prueba), en orden a facilitar la demandante la carga de la prueba¹⁵⁸². Con la objetivación de la culpa, ésta no se dará solamente cuando los daños sean provocados por el desarrollo que hoy en día ni siquiera la tecnología más avanzada puede evitar. Bien sea a través del criterio de la ampliación de la culpa, bien a través del agotamiento de la misma, el resultado es que la operatividad de la culpa es más retórica que real y la exoneración de la responsabilidad se limita a los casos de culpa exclusiva de la víctima y de fuerza mayor, o de exoneración en el caso una diligencia máxima.

Esto muestra una inclinación hacia la responsabilidad por riesgo, pero sin declararla y sin prescindir de los matices culposos variables en cada caso¹⁵⁸³. Hay autores que piensan que por la vía indirecta de la creación de una diligencia mayor a la ordinaria coincide la responsabilidad del sujeto agente con el riesgo típico de su actividad, agotando la exigencia de diligencia y conduciendo a la teoría del riesgo¹⁵⁸⁴. Sin embargo, Dice ÁLVAREZ LATA, «la regla del artículo 1902 C.c. no permite configurar una responsabilidad exclusivamente fundada en la creación de un riesgo [... sino cuasiobjetiva...], si bien se eleva la diligencia exigida [...] y, por supuesto, de que acreditado el daño no es suficiente, para agotar la diligencia, el cumplimiento u observancia de las medidas legales o reglamentarias [...]. [E]n la práctica, la operatividad de la culpa del agente [...] es más teórica que real [...] y la exoneración de responsabilidad se limita básicamente a los casos de culpa exclusiva de la víctima y de fuerza mayor [...], aunque queda abierta la puerta, como es obvio, de la exoneración en caso de que el agente haya adoptado todas las medidas tendentes a evitar el daño –y no sólo las reglamentariamente establecidas- En todo caso, la concurrencia de estos supuestos han de ser probados por el operador, sobre la base del principio de inversión de la carga de la prueba»¹⁵⁸⁵. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO¹⁵⁸⁶ se pregunta si sería conveniente que el TS diera un salto adelante y aceptara plenamente la responsabilidad objetiva *ex art.* 1902 C.c. con total independencia de la culpa del agente contaminante. Niega que ello sea posible por dos razones: 1) de índole jurídica, por cuanto a menos que se modifique legislativamente el citado artículo, el criterio de culpa sigue estando vigente; 2) de índole económica, pues si los empresarios respondieran aún a pesar de haber cumplido con los reglamentos y con toda la diligencia exigida respondieran por el daño causado, ninguna motivación tendrían para evitarlo, además de suponer un aumento del coste para las empresas, que internalizarían los costes repercutiéndolos a los ciudadanos. Este autor aboga por una solución intermedia, distinguiendo entre actividades peligrosas -responsabilidad objetiva-, y actividades no peligrosas –responsabilidad por culpa-.

¹⁵⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: “La responsabilidad civil hoy”, *op. cit.*, p. 736.

¹⁵⁸¹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Protección civil del medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁵⁸² JORI TOLOSA, J. L.: *op. cit.*, p. 24. RUIZ JIMÉNEZ, J., TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *op. cit.*, p. 1830.

¹⁵⁸³ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 330.

¹⁵⁸⁴ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 196-197.

¹⁵⁸⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, pp. 795, 804-806.

¹⁵⁸⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 20.

La solución de eliminar casi de forma definitiva la necesidad de la culpa en los DCC industrial ha sido duramente criticada por un sector doctrinal y jurisprudencial¹⁵⁸⁷. No en todos los casos hay razón para que se pueda trasladar un daño a quien ha actuado sin culpa, ya que este principio es básico en nuestro sistema, tal y como viene proclamado en el art. 1902 C.c. Por ejemplo, la STS 12.12.1984 (RJ 1984, 6039) critica que la doctrina del TS viene proclamando la imposibilidad de desechar esencialmente el básico principio culpabilístico, por más que la diligencia requerida abarque no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios sino también los que la prudencia imponga para evitar el daño, por lo mismo que la nota de la previsibilidad, como el de la evitabilidad, es componente del elemento culposo en que se asienta la obligación resarcitoria». Por su parte, la STS 27.2.2003 (RJ 2003, 2152) critica que: «las sentencias, denuncian una evidencia tuitiva en favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento culpa pues, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume. Si, como ocurre también, se identifica la diligencia no con un cuidado normal, sino con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento, llego a la conclusión de que los postulados clásicos han experimentado de hecho una vigorosa conmoción». Según DÍEZ-PICAZO, G. «el establecimiento sin medida de un sistema de responsabilidad objetivo no es otra cosa en definitiva que un falso proceso de socialización de la responsabilidad civil, que moviéndose tras la fachada revolucionaria del fin del señorío de la culpa, se preocupa de adaptar la responsabilidad civil a las necesidades del capitalismo moderno en el que la atención del legislador y de los jueces se ha trasladado de la responsabilidad a la reparación»¹⁵⁸⁸.

Por todo lo dicho anteriormente se puede hacer una primera conclusión: la responsabilidad por riesgo no puede ser erigida en fundamento único de la obligación de indemnizar en este tipo de daños. La STS 30.4. 2003 (RJ 2003, 3872) dispone que «[a]unque la jurisprudencia de las últimas décadas ha introducido mitigaciones o paliativos al principio de responsabilidad por culpa que consagra el artículo 1902 (presunción de culpa y consiguiente inversión de la carga de la prueba) esa misma jurisprudencia ha puntualizado que no por ello queda excluido de nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil el elemento culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador de dicha responsabilidad». O la STS 14.12.1999 (RJ 1999, 9197), que argumenta que «tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuándole rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa».

El BGH alemán (caso *Kupolofen*¹⁵⁸⁹) impone la carga de la prueba al operador de la planta industrial, lo mismo que sucede en el OGH austríaco (decisión *Sandstrahl*)¹⁵⁹⁰. Ambos tribunales extraen sus conclusiones de la interpretación de las normas sobre vecindad (inmisiones) bajo las cuales la carga de la prueba tradicionalmente corresponde al demandado, así como en la idea de que el operador está en mejor posición para probar su inocencia que el demandado la culpabilidad del demandado.

¹⁵⁸⁷ ÁLVAREZ LATA, N.: “La responsabilidad civil por actividades...”, *op. cit.* pp. 1332 y 1333. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 315. ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 213.

¹⁵⁸⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁸⁹ BGH 19.9.1984, BGHZ 92, 143, 150 f.

¹⁵⁹⁰ OGH 11.10.1995, 3 Ob 508/93, JBI 1996, 446.

En Francia y en Bélgica la aplicación de la culpa se ha vuelto también muy estricta, particularmente en daños civiles ocasionados por contaminación. Esto viene reflejado en los dos tipos de categorías de la culpa que hay en estos países: 1) Incumplimiento de un específico deber de cuidado (regla legal de conducta). El hecho de que en materia de ambiental existe una auténtica maraña legislativa refuerza este tipo de responsabilidad. 2) Incumplimiento de un genérico deber de cuidado. En este caso la objetivación viene relacionado con que las actividades contaminante exigen el cumplimiento por parte del demandado del estado del arte y buenas practicas en su profesión, de manera que la omisión en el mantenimiento de las instalaciones o el uso de tecnología desfasada constituirá culpa. Incluso, para determinadas actividades, hay previsiones legales que imponen la obligación del operador de tomar todas las medidas necesarias para prevenir el específico tipo de peligro o de daño por contaminación¹⁵⁹¹.

En países del *common law* como Inglaterra, Irlanda y Escocia, el demandante está legitimado para iniciar una acción por *negligence*, si bien debe demostrar que el demandado tenía un deber de cuidado, que lo ha incumplido y que el hecho y el tipo de daño eran previsibles. Los tribunales quizá facilitan la carga de la prueba por (i) elevación del deber de cuidado correspondiente a peligros inherentes a la actividad del demandado, y (ii) aplicando la regla *res ipsa loquitur* cuando solo una lógica explicación para el daño anormal sea la negligencia en nombre del demandado.

b) *Técnicas de objetivación de la culpa: el expediente de la inversión de la carga de la prueba y el del aumento de la diligencia exigible.*

Según el principio de la inversión de la carga de la prueba se presume la culpabilidad del causante del daño, por lo que éste deberá probar que había adoptado las medidas necesarias para evitar la causación del daño¹⁵⁹². La justificación se encuentra «en la dificultad de la prueba, que coloca en situación de inferioridad al demandante, contradiciendo los principios de equidad que deben presidir la realización de la justicia»¹⁵⁹³, así como en la peligrosidad intrínseca de ciertas actividades, que hace previsible por su titular la producción de accidentes¹⁵⁹⁴. Se trata de una cuestión de equidad¹⁵⁹⁵, ya que no resulta justo que el derecho del perjudicado a ser resarcido esté sujeto a condiciones exorbitantes. Se utiliza para las hipótesis de riesgo (riesgo + daño = culpa del agente)¹⁵⁹⁶, hasta tanto no se demuestre que el autor de los daños obró con prudencia y diligencia debida¹⁵⁹⁷, según las circunstancias de lugar y tiempo, adoptando todas las medidas precautorias para evitar el daño, a pesar del cumplimiento de las formalidades meramente reglamentarias. En ocasiones, el requisito de culpa o negligencia no se llega a valorar por el Tribunal Supremo, presumiéndose culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable (responsabilidad objetiva)¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹¹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 68-69.

¹⁵⁹² DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 211 y ss. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 194-195. REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 196.

¹⁵⁹³ STS 5.4.1963 (RJ 1963, 1956).

¹⁵⁹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, p. 56.

¹⁵⁹⁵ CAMPOS-DÍAZ BARRIGA, M.: *op. cit.*, p. 87.

¹⁵⁹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Evolución de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁹⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 340-342. DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 204. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 573. En la jurisprudencia, SSTS 30.6.1976 (RJ 1976, 3201), 31.1.1986 (RJ 1986, 444), 29.10.2008 (RJ 2008, 5801); SAP Asturias 10.4. 2000 (AC 2000, 996).

¹⁵⁹⁸ SSTS 7.4.1997 (RJ 1997, 2743) y 15.3.1993 (1993, 2284).

Se puede afirmar que, si bien este sistema puede calificarse de “culpa presunta”, en la práctica se prescinde de este elemento¹⁵⁹⁹. No obstante, en materia de contaminación acústica, se ha argumentado que la existencia del daño es indicativa de la culpa exigida por el art. 1902 C.c., por lo que al perjudicado le bastará con probar la existencia de la inmisión ruidosa para que los Tribunales deduzcan el daño y el elemento subjetivo¹⁶⁰⁰. Se ha criticado que esta presunción debería articularse por la vía del art. 1908.2 C.c. y no por la del 1902 C.c., ya que en este último depende más del arbitrio judicial la apreciación de la falta de diligencia o existencia de culpa¹⁶⁰¹.

También se ha establecido una presunción de culpa fundándose en la máxima *res ipsa loquitur*: los hechos hablan por sí solos, según la cual, la culpabilidad se incluye en la relación causal acción-daño¹⁶⁰².

La Sección 2ª de los Principios de derecho europeos de Responsabilidad Civil regula la regla de la inversión de la carga de la prueba de la culpa, indicando en su art. 4:201 - precepto que, según la doctrina, intenta entrelazar la responsabilidad por culpa tradicional con la responsabilidad objetiva¹⁶⁰³ - que: (1) Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta. (2) La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente. Según MARTÍN CASALS, el art. 4:201 EPTL «a diferencia de lo que ocurre en la práctica española, en la que la inversión de la carga de la prueba de la culpa es la regla general, el precepto pretende que sólo se lleve a cabo en aquellos supuestos en los que el riesgo sea superior al normal e inherente a toda actividad humana, pero sin llegar a ser el que conlleva una actividad “anormalmente peligrosa” que, de acuerdo con el art. 5:101 EPTL, da lugar a responsabilidad objetiva».

En la última década se ha venido produciendo una atenuación en la aplicación de esta técnica: 1) la misma ha de aplicarse con moderación, ya que no siempre su aplicación tiene como consecuencia la aceptación de culpa o una presunción de la misma por parte del demandado¹⁶⁰⁴. 2) En el uso o en los efectos de la misma, ya que aunque el demandado no acredite su falta de culpa ello no significa que se le haga responsable sin más cuando exista un tercero causante¹⁶⁰⁵.

Según la Corte Suprema Federal alemana es el demandado el que debe probar el cumplimiento de las normas administrativas. La autorización previa tiene el efecto de presunción de culpa del emisor que ha cumplido con las exigencias y límites reglamentarios en la generación de las emisiones. Correlativamente, se presume la culpa del emisor que supere los límites de emisiones (perjuicios sustanciales)¹⁶⁰⁶, así como cuando éste vulnere una norma de protección. En ambos casos se admite prueba en contrario. Las autorizaciones no excluyen por sí mismas el elemento culpabilístico en la lesión del bien jurídico y en la producción del daño.

¹⁵⁹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *op. cit.*, p. 222. YANGUAS MONTERO, G.: El daño no patrimonial..., *op. cit.*, p. 184.

¹⁶⁰⁰ MARTÍN VIDA, Mª.A.: *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁰¹ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, p. 904.

¹⁶⁰² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 20. El autor afirma que «La culpabilidad se halla inmersa en la relación causal acción-daño».

¹⁶⁰³ MARTÍN CASALS, M.: “Una primera aproximación...”, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

¹⁶⁰⁴ STS 27.2.2003 (RJ 2003, 2152)

¹⁶⁰⁵ STS 30.4.2003 (RJ 2003, 3872).

¹⁶⁰⁶ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 347.

Por otro lado, el *aumento de la diligencia exigible* provoca que una actuación que cumpla con las normas reglamentarias puede dar lugar a daños indemnizables cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencia de sus actos¹⁶⁰⁷. Cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia¹⁶⁰⁸, aplicándose a la culpa *ex art.* 1902 C.c. la teoría de la culpa contractual *ex art.* 1104 C.c.¹⁶⁰⁹, en la que no sólo se exige la culpa previsible, sino la que derive de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, y al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio¹⁶¹⁰, debiéndose entender que la creación de un riesgo conlleva consigo el acarreo de la responsabilidad derivada de aquel¹⁶¹¹. Los reglamentos y autorizaciones no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes para evitar eventos lesivos. Una actuación "lícita" puede dar lugar a daños indemnizables, cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencias de sus actos, lo que se ha venido asociando a la ilicitud que ha de predicarse del daño y no de la acción¹⁶¹².

Cuanto mayor sea el riesgo creado mayor será la diligencia exigible, por su trascendencia técnica y previsibilidad, en evitación de la vulneración de la norma genérica del *alterum non laedere*, y que para evitarlo impone no sólo las previsiones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia imponga para prevenir y evitar el daño (*res ipsa loquitur*). En estos casos puede no darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles¹⁶¹³.

¹⁶⁰⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Comentario al Artículo 1902 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 340-342. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 573. REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 197. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁶⁰⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: "Responsabilidad civil por daños...", *op. cit.*, p. 101. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "Comentario al Artículo 1902 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 340-342. GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 140. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 573. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 232. PARRA LUCÁN, M^a. A.: "El derecho civil del medio ambiente", *op. cit.*, p. 22. En la jurisprudencia, SSTS 30.10.1963 (RJ 1963, 4231), 12.2.1981 (RJ 1981, 530), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 29.3.1983 (RJ 1983, 1652), 25.4.1983 (RJ 1983, 2127), 6.5.1983 (RJ 1983, 2670), 17.5.1983 (RJ 1983, 2840), 8.10.1983 (RJ 1984, 4762), 3.12.1983 (RJ 1983, 6817), 13.12.1983 (RJ 1983, 6935), 9.3.1984 (RJ 1984, 1207), 21.6.1985 (RJ 1985, 3308), 1.10.1985 (RJ 1985, 4566), 24.1.1986 (RJ 1986, 329), 31.1.1986 (RJ 1986, 444), 2.4.1986 (RJ 1986, 1788), 8.5.1986 (RJ 1986, 2669), 19.2.1987 (RJ 1987, 719), 16.10.1989 (RJ 1989, 6923), 29.10.2008 (RJ 2008, 5801), 16.10.1989 (RJ 1989, 6923), 8.5.1990 (RJ 1990, 3690), 8.11.1990 (RJ 1990, 8534), 26.11.1990 (RJ 1990, 9047), 28.5.1991 (RJ 1991, 3940), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 7.4.1997 (RJ 1997, 2743); SSAP Tarragona 21.9.1999 (AC 1999, 7073), Córdoba 17.4. 2004 (JUR 2004, 150621).

¹⁶⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L.: "La culpa en la responsabilidad civil...", *op. cit.*, p. 1017. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 196. En la jurisprudencia, STS 21.6.1985 (RJ 1985, 3308).

¹⁶¹⁰ RUIZ BALLE, M.: "La responsabilidad civil extracontractual derivada del daño ilícito medioambiental", Comunicación al I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, 19 al 21 de abril de 1995, Sevilla, *Revista de derecho agrario y alimentario*, año nº 11, nº 26, p. 61. En la jurisprudencia, SSTS 25.3.1995 (RJ 1995, 2141), 19.12.1992 (RJ 1992, 10703), 2.4. 2004 (RJ 2004, 2607).

¹⁶¹¹ STS 30.10.1963 (RJ 1963, 4231).

¹⁶¹² YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 183-184.

¹⁶¹³ STS 8.5.1986 (RJ 1986, 2669).

Dado que los avances tecnológicos hacen que cada vez existan más y mejores técnicas para evitar la producción de daños, se viene produciendo una presión sobre el concepto de culpa que provoca la necesidad de que los agentes contaminantes tengan un deber de diligencia cada vez más acusado, por lo que donde antes podía darse un caso fortuito hoy quizás es ya una conducta negligente, al no haber utilizado el agente todas las vías que la nueva tecnología ofrece. El daño constituirá prueba de que no se ha observado la diligencia necesaria, sobre todo si existían medios técnicos para evitarlo.

La doctrina no suele coincidir en la justificación del aumento de la diligencia. Según dispone FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁶¹⁴, el plus de diligencia se produce como consecuencia de la obligación de no causar daño a otro, que es correlativa de los principios o derechos básicos a la integridad patrimonial y a la indemnidad personal que presiden este tipo de relaciones. Se produce el efecto del traslado de la medida de la diligencia exigible de las causas de un suceso a la prevención genérica del mismo, esto es, a la naturaleza y adecuación de las instalaciones, que se medirá en función del lugar y se apoyará en el art. 590 C.c., que se refiere a los «Reglamentos y usos del lugar» en relación a las obras de resguardo necesarias, y al art. 1908 4º C.c. relativo a «las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen». Asimismo, GUIDO VILLEGAS¹⁶¹⁵ se ha referido a la necesidad de aumentar la diligencia exigible al empresario como un criterio más de objetivación del art. 1902 C.c., llegando a parámetros de diligencia a estándares objetivos de conformidad con la “*lex artis*” que rija la actividad de un sujeto determinado. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO¹⁶¹⁶ dispone que el módulo general del «*bonus pater familiae*», válido para una sociedad preindustrial, no resulta válido cuando la actividad económica e industrial está plena expansión, en la que debe exigirse una diligencia mayor, esto es, la de un «ordenado empresario» según el campo de actividad de que se trate. Por su parte, REGLERO CAMPOS critica que la exigencia de una diligencia extrema introduce elementos de indefinición en el concepto de “diligencia”, traspasando los límites objetivos de la norma que impone un deber de seguridad¹⁶¹⁷.

En mi opinión, el aumento de la diligencia “necesaria” en materia de daños civiles por contaminación se fundamenta en el art. 1104 C.c., en general, y en el art. 590 C.c. y/o 1908.4º C.c., en concreto, siendo todas aquellas medidas que, siendo previsibles, pueden evitar la producción del daño. Pero es necesario diferenciar: cuando se esté en un caso de responsabilidad por riesgo, cuanto mayor sea éste, mayor será la diligencia exigibles; pero cuando se trate de un caso de inmisiones, será la excesividad de la misma la que imponga la diligencia exigible.

c) *Difuminación de las diferencias entre la responsabilidad de la responsabilidad objetiva o sin culpa del art. 1908.2 y la cuasi objetiva del 1902 C.c.*

La situación de la culpa no difiere mucho con un sistema objetivado u objetivo en materia de DCC industrial ocasionados por actividades peligrosas. P. ej. en materia de inmisiones el art. 1908.2º C.c. regula la responsabilidad civil con ausencia de culpa, basada en las inmisiones excesivas que sean nocivas a las personas o a las propiedades, mientras que el art. 1902 C.c. se centra en la responsabilidad civil extracontractual general, a través de técnicas de objetivación de la culpa¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, pp. 56-57.

¹⁶¹⁵ GUIDO VILLEGAS, S.: *op. cit.*, p. 18.

¹⁶¹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Evolución de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶¹⁷ REGLERO CAMPOS, L. F.: *op. cit.*, p. 282.

¹⁶¹⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 333. Según indica el autor: «los artículos 1902 y 1908 Cc [...] aparecen reflejados en la mayor parte de las resoluciones judiciales, y

En muchas ocasiones, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias paracen confundir ambos ámbitos de responsabilidad y, con ello, la aplicación de los arts. 1902 y 1908.2 C.c. Por ejemplo, el Tribunal Supremo a veces utiliza el art. 1902 C.c. en lugar del -o o junto al- art. 1908.2 C.c. a daños generados por inmisiones industriales utilizando criterios objetivadores que permiten presumir que la existencia del daño es indicativa de la existencia de culpa. Otras sentencias citan indiferentemente los arts. 1902 o 1908.2° C.c. dentro de la denominada responsabilidad por riesgo, en este supuesto en materia de inmisiones causadas por el ruido¹⁶¹⁹. Lo mismo sucede con un importante sector doctrinal. Por ejemplo, MARTÍN VIDA concluye que en materia de ruidos «al final al perjudicado parece ser que le basta sólo con probar la existencia de la inmisión ruidosa para que de ahí deduzcan los Tribunales la existencia del daño [...] y la existencia del elemento subjetivo requerido para poder aplicar el art. 1.902 CC»¹⁶²⁰. GOMIS CATALÁ señala que tanto el art. 1902 como el 1908 C.c., si bien parten de un régimen de responsabilidad subjetiva, el TS ha ido progresivamente aceptando un principio de responsabilidad objetiva fundado en la teoría del riesgo, sin hacer distinción entre ambos preceptos. La consecuencia suele ser una inversión de la prueba de la culpa, la no exoneración de responsabilidad cuando se han producido daños que indican que algo faltaba por prevenir, la apreciación de la prueba en beneficio del más débil y la elevación de la diligencia¹⁶²¹. VILALTA NICUESA y MÉNDEZ TOMÁS opinan que en el caso de art. 1902 C.c. se produce una ampliación del criterio de la culpa (sin agotarla), que se traduce en una concepción subjetiva con inversión de la carga de la prueba¹⁶²². Se ha dicho también que, en teoría, solamente diferirá en el caso de que el demandado consiga probar que actuó diligentemente, lo que según RUDA GONZÁLEZ¹⁶²³ resulta una meta inalcanzable, habida cuenta de la jurisprudencia que defiende la postura de entender que la mera producción del daño pone de manifiesto que faltaba algo por prevenir.

Otras veces, la doctrina y la jurisprudencia remarcan las diferencias entre uno y otro precepto, si bien no se aventuran a separar definitivamente su ámbito de aplicación, sobre todo en función del grado de conocimiento de la emisión. Según ÁLVAREZ LATA¹⁶²⁴ si bien el art. 1902 C.c. corrige o atenúa el protagonismo de la culpa en ningún caso prescindirá de este elemento, tal y como sí se hace el art. 1908 2 C.c., fundamentado en el riesgo; concluye que quienes se dedican a actividades altamente peligrosas deben soportar el coste de los daños ocasionados por ellas. También la jurisprudencia tiene algo que decir. Por ejemplo, la STS 24.5.1993 (RJ 1993, 3727) dice que el art. 1902 C.c. no permite configurar una responsabilidad exclusivamente fundada en la creación del riesgo, por lo que la culpa en este ámbito sigue jugando un papel importante, aunque ha sido arrinconada por la doctrina del riesgo.

no siempre en un mismo sentido o interpretación. De otro lado, [...] independientemente de la alegación de los arts. 1902 o 1908 Cc, la responsabilidad pued[e] revestir tintes objetivos. La regla general será, por tanto, que la invocación en la litis de uno y otro precepto no siempre es descriptiva del tinte de la responsabilidad aplicada».

¹⁶¹⁹ SSTS 3.9.1992 (RJ 1992, 6880), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 7.4.1997 (RJ 1997, 2743); SAP Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895).

¹⁶²⁰ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 20.

¹⁶²¹ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶²² VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *Acción de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 13. Para las autoras «la responsabilidad civil extracontractual por daños al medio ambiente sería una suerte de responsabilidad quasi-objetiva, es decir, subjetiva pero con inversión de la carga probatoria, que recaerá en el agente, que deberá probar su actuar diligente».

¹⁶²³ RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 14 de marzo de 2005”, *op. cit.*, p. 716.

¹⁶²⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, p. 100.

Para MACÍAS CASTILLO esta situación es inaceptable, pues ello demuestra la desconfianza en la autonomía y virtualidad del art. 1908 C.c., por lo que propugna una aplicación autónoma del mismo¹⁶²⁵. Según WICHMANN ROVIRA, el art. 1908.2 C.c., a diferencia de los apartados 1º y 4º -que recogen un caso de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba-, no establece ningún parámetro de diligencia, por lo que «puede hablarse de responsabilidad objetiva»¹⁶²⁶. Se ha criticado que la evolución jurisprudencial haya discurrido paralela a la propia descodificación de la responsabilidad civil, sin apenas roce o comunicación con ella, por cuanto, en primer lugar, no se aplican las normas especiales de responsabilidad civil como pueda ser la del art. 1908 2º C.c., sino solamente las del art. 1902 C.c.¹⁶²⁷; y, en segundo lugar, porque no se ha aprovechado ese principio de responsabilidad por riesgo de otros sistemas.

Por otra parte, se ha señalado por un sector doctrinal que, a pesar de que ambos artículos tienen fundamentos de atribución de responsabilidad diferentes, se llega a un resultado similar. Si bien, matiza SANTOS MORÓN¹⁶²⁸, esta responsabilidad civil común a ambos preceptos con una nota “cuasi-objetiva” se debe a la constante invocación que se hace en los tribunales de la presunción *iuris tantum* de culpa en el demandado, unido a las rigurosas exigencias en la prueba de la diligencia empleada por éste. Asimismo, LLODRÀ GRIMALT¹⁶²⁹, diferencia los efectos del cumplimiento de la normativa administrativa en sede de responsabilidad por riesgo del art. 1902 C.c. y en sede de responsabilidad objetivada del 1908 C.c., por cuanto en el primer caso dicho cumplimiento no es causa de justificación de la diligencia, ya que la misma producción del daño revela la insuficiencia de dichas garantías faltando algo por prever, y en el segundo caso no exonera de indemnizar los daños realmente producidos. Por su parte, MONESTIER MORALES confirma que la jurisprudencia ha venido residenciando generalizadamente la responsabilidad civil por inmisiones en el art. 1902 C.c., si bien aplicando criterios objetivos fundados en el riesgo creado o mediante el recurso a los distintos expedientes judiciales paliativos de la responsabilidad por culpa, que aproximan el tratamiento del art. 1908.2 C.c., por lo que sugiere la aplicación de este último¹⁶³⁰.

Finalmente, en materia de inmisiones, en algunas ocasiones se aprecia la responsabilidad objetiva sobre la base exclusiva del art. 1908.2 C.c.¹⁶³¹, pero siguen siendo muchas las sentencias en las que, aun con cita de este precepto, amparan la condena a indemnizar los daños ambientales en el art. 1902 C.c. y, pese a su literalidad, la jurisprudencia mayoritaria acepta la responsabilidad objetiva en el sentido de que se puede presumir la culpa o, incluso, obviarla¹⁶³². Por ello, en materia de inmisiones se sugiere una mayor aplicación del art. 1908.2 C.c.¹⁶³³, aunque las técnicas de objetivación aplicadas al art. 1902 C.c. aproximan el tratamiento de aquél¹⁶³⁴.

¹⁶²⁵ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., pp. 334, 344-345.

¹⁶²⁶ WICHMANN ROVIRA, G. V.: op. cit., p. 1136.

¹⁶²⁷ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, op. cit., p. 356. REGLERO CAMPOS, L. F.: op. cit., p. 248.

¹⁶²⁸ SANTOS MORÓN, M^a J.: op. cit., p. 3021.

¹⁶²⁹ LLODRÀ GRIMALT, F.: op. cit., pp. 96-97.

¹⁶³⁰ MONESTIER MORALES, J.L.: op. cit., p. 10.

¹⁶³¹ SAP Valencia 8.6.2004 (JUR 2005, 13486)

¹⁶³² YANGUAS MONTERO, G., *El daño no patrimonial...*, op. cit., pp. 181-182.

¹⁶³³ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, op. cit., p. 806. GUIDO VILLEGAS, S.: op. cit., p. 21.

¹⁶³⁴ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, op. cit., p. 260.

No creo que la distinción entre uno u otro artículo deba ser que en el art. 1908.2º C.c. se regula un supuesto de responsabilidad por riesgo y el art. 1902 C.c. se refiere a actividades no peligrosas, por cuanto, en ambos casos pueden existir ambos tipos de actividades, aunque estadísticamente la mayoría de industrias tengan un peligro inherente de producir daños civiles por contaminación. En la responsabilidad civil por inmisiones *ex art. 1908.2º C.c.*, tanto si la actividad es peligrosa como si no, para determinar el tipo de responsabilidad específica, habrá que estar a la regla de que la inmisión sea excesiva y haya causado un daño. Mientras que en el resto de daños civiles por contaminación *ex art. 1902 C.c.*, si la actividad es peligrosa habrá que situarse en un caso de responsabilidad cuasi objetiva, por cuanto habrá que aplicar técnicas de objetivación de la responsabilidad (inversión de la carga de la prueba, mayor diligencia, etc.). En definitiva, la distinción de ambos artículos no estriba en la naturaleza de la actividad sino en la forma de conducirse el hecho dañoso.

En el *English common law*, el *tort of nuisance* ha sido considerado tradicionalmente un supuesto de responsabilidad objetiva, pues la clave estriba en la superación o no del umbral a partir del cual la invasión se considera irracional o razonable, respectivamente. No obstante, como indica LARSSON¹⁶³⁵, a partir de la regla *Wagon Mound (No 2)* de 1967¹⁶³⁶, se ha discutido si algún elemento de culpa es necesario en muchos casos de *nuisance*, en el sentido de determinar si un daño debe haber sido razonablemente previsible, para lo cual hace un repaso a las distintas soluciones doctrinales: a) ello puede ser verdadero si el umbral no es superado, pero entonces la discusión parece concernir a otra causa de la acción; b) existe una confusión en muchos casos, pero concerniente a la previsibilidad de los mismos requisitos que deben aplicarse; c) el daño debe ser previsible, pero en caso de *nuisance* no se exige una conducta negligente; d) la *nuisance* como fuente de responsabilidad coincide completamente con la *negligence*, pues se centra no sólo en qué hace el actor sino en cómo lo hace.

En Italia, dice TRIMARCHI que la inmisión intolerable implica una responsabilidad sin culpa. En contra, se ha dicho que la inmisión no tolerable es ilícita ya que si esa constituye un fenómeno relacionado de modo permanente al ejercicio de una actividad productiva no puede ser ignorada por el propietario del fondo. Para contradecirla, el autor pone como ejemplo aquellas inmisiones que se produzcan de forma aislada, pero donde existe una situación de riesgo relativamente permanente, en cuyo caso, si se aplicara la hipótesis de “ninguna responsabilidad sin culpa”, cuando el incidente no sea debido a la negligencia el resarcimiento debería ser negado, lo que sería incoherente con el principio sobre el cual es inspirado el art. 844 C.c. Si bien reconoce que cuando la contaminación sea conocida no puede recabarse un argumento en favor de la responsabilidad por riesgo, porque en aquél caso se trata de un daño previsto como cierto, como consecuencia necesaria del ejercicio de la actividad en cuestión, mientras que en éste se trata de un daño cuya verificación no es cierta, si bien se puede considerar como “cierta” ante la existencia del riesgo (con sus diferencias). Por ello, afirma que «eso hace parte del pasivo social de una empresa del mismo modo del daño que ésta causa con certeza, y que no se vé porqué la empresa deba sufrir el peso de este último y no también el de aquél». En definitiva, concluye que «si a la empresa se debe atribuir el peso del riesgo creado, entonces se debe afirmar la responsabilidad objetiva para todo el daño que constituya la realización de aquel riesgo»¹⁶³⁷.

¹⁶³⁵ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 364-365.

¹⁶³⁶ *Overseas Tankship (UK) v Miller Steamship Co Pty* (1967) 1 AC 617 (*Wagon Mound No 2*).

¹⁶³⁷ TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, pp. 357-359.

En mi opinión, si bien la doctrina del riesgo impregna el ejercicio de una actividad industrial inherentemente peligrosa, tanto en el ámbito de la prevención de daño, en la de inmisiones y en la de daños ocasionados de forma no concida, tiene el inconveniente de que, más allá de esta “impregnación”, no evita que tanto en los casos de prevención de riesgos como los supuestos de inmisiones, la responsabilidad obedezca a criterios legales y del riesgo en general. Así, se deberá seguir distinguiendo de forma precisa los distintos ámbitos de aplicación de las normas.

C) *Responsabilidad objetiva por riesgo.*

a) *Responsabilidad objetiva por riesgo en el art. 1908.2 C.c. Determinación de las instalaciones o actividades anormalmente peligrosas.*

El fundamento de la responsabilidad por riesgo está en la justicia distributiva y no en la culpa: se han causado los daños en virtud del riesgo de la actividad de la que el causante obtiene su beneficio económico¹⁶³⁸, y no sólo reside en su función social de asegurar a la víctima la existencia de un sujeto responsable, sino también la de hacer socialmente responsable el coste de reparación a través de la distribución del mismo asegurando la sostenibilidad del sistema. Surge de la necesidad social de defender a la persona frente al desarrollo industrial desencadenado en beneficio de un determinado sector y sólo indirectamente de la totalidad de ellas¹⁶³⁹. La sociedad tolera la actividad peligrosa ya que la considera beneficiosa para la comunidad, entendiendo que, si se eliminara la actividad o se cambiara por una menos peligrosa, el coste de remoción sería superior al de los posibles accidentes que de ella se derivaran. Es el empresario quien está en mejor situación para afrontar económicamente el riesgo creado, asegurándolo o pagando la indemnización, si bien en realidad el empresario no soporta el riesgo directamente, sino que más bien lo redistribuye entre toda la comunidad¹⁶⁴⁰. Se produce una conexión entre el ámbito de la responsabilidad y el riesgo típico de la actividad, por la cual el titular de ésta responde porque tiene el poder de control sobre la misma, porque está en condiciones de asegurarse frente a sus consecuencias dañosas y porque al lucrarse de la actividad pesan sobre él las consecuencias dañosas¹⁶⁴¹.

La aplicación de la teoría del riesgo viene marcada por la prevalencia del nexo causal frente a la culpa como elemento para imputar el deber de reparación, cuando se han creado condiciones de riesgo o peligrosas¹⁶⁴². El quebranto ocasionado tiene que hallarse en relación con la fuente creadora del riesgo, de tal manera que si la víctima interfiere en la cadena causal, provocando con su proceder el desenlace del que es sujeto pasivo, quedará el agente exonerado de responsabilidad por tratarse de un suceso que frente a él se presenta como imprevisible e inevitable. Se percibe en la responsabilidad por riesgo una oportunidad para que el coste primario del accidente sea imputado a quien está en las mejores condiciones de evitarlo, (*cost-benefit analysis*)¹⁶⁴³. Se ha criticado que esta objetivación adolece de cierta incoherencia ya que puede resultar una *probatio diabólica* el hecho de que el demandado pruebe su no culpabilidad¹⁶⁴⁴.

¹⁶³⁸ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 212.

¹⁶³⁹ STS 29.10.2008 (RJ 2008, 5801).

¹⁶⁴⁰ REGLERO CAMPOS, L. F. *op. cit.*, p. 266.

¹⁶⁴¹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁶⁴² SSTs 12.12.1984 (RJ 1984, 6039), 18.5.1984 (RJ 1984, 2420), 14.2.1985 (RJ 1985, 552), 12.12.1984 (RJ 1984, 6039)

¹⁶⁴³ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por danos ambientales...”, *op. cit.*, p. 92.

¹⁶⁴⁴ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 260. REGLERO CAMPOS, L. F.: *op. cit.*, p. 285.

No existe unanimidad en si desaparece o no el reproche culpabilístico en los casos de riesgo. ÁLVAREZ LATA dispone que la responsabilidad subjetiva del art. 1.902 C.c. ha de ser matizada, sobre todo para los casos en que el daño sea causado por actividades industriales o empresas con elevada incidencia ambiental, con base a la aplicación de la doctrina del riesgo, dentro de la responsabilidad cuasi-objetiva, aunque sin llegar a prescindir de la responsabilidad objetiva también fundamentada en la misma idea de riesgo del art. 1.908 C.c. Según la autora, la jurisprudencia señala, mediante la teoría del riesgo, un principio de agravación de responsabilidad por las actividades que suponen, en general, un peligro o riesgo mayor para la sociedad¹⁶⁴⁵. Para la aplicación de la doctrina jurisprudencial del riesgo la autora señala dos presupuestos: 1º que el agente sea una empresa, explotación o actividad que, permitida por la ley, genere un interés propio y lucrativo; y 2º que se trate de una actividad que implique la creación de un riesgo considerable o anormal en relación con todos los estándares medios, lo que se cumpliría en todo caso en aquellas actividades empresariales que produjeran un riesgo considerable para el medio ambiente (p. ej. las del Anexo 2 de la LPCIC).

SÁNCHEZ-FRIERA critica que con base a la teoría del riesgo en materia de daños civiles por contaminación no existe responsabilidad objetiva, por cuanto la sola producción del daño no fundamenta la responsabilidad del causante, sino que probada la concurrencia de circunstancias objetivas que de modo regular producen daños, son esas circunstancias, normalmente apreciadas como manifestación de culpa o negligencia, las que pueden quedar englobadas en el supuesto de hecho para que produzcan directamente la responsabilidad, con lo que será el demandado quien tendrá que demostrar que no tuvo ninguna culpa (inversión de la carga de la prueba)¹⁶⁴⁶. Según la STS 28.11.1998 (RJ 1998, 9242), si de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del daño no intervino culpa alguna por parte del demandado, se excluirá su responsabilidad, el cual puede ser atribuible a un caso fortuito o incluso a culpa exclusiva de la propia víctima¹⁶⁴⁷.

El riesgo como factor de atribución es el criterio por el que se atribuye responsabilidad a un sujeto que causa daños mediante una actividad riesgosa, es decir, potencialmente peligrosa¹⁶⁴⁸. La cuestión es dilucidar qué se entiende por actividades peligrosas o potenciales generadoras de un riesgo de daño por contaminación. Algunos autores dicen que la doctrina del riesgo se aplica, en un sentido limitativo, no a todas las actividades de la vida sino sólo a aquellas merecen la calificación de actividad de riesgo o han sido definidos como tales por la legislación especial, tipificándolos de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva, o se aproximan a la categoría de daño ecológico, pues la entidad del suceso, como casi siempre sucede, demuestra la peligrosidad de dicha actividad¹⁶⁴⁹. La jurisprudencia mayoritaria haya afirmado que la doctrina del riesgo deba ser aplicada sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal. En mi opinión, la actividad riesgosa es aquella que genera una alta probabilidad de producir daños o la mera probabilidad de producir daños graves.

¹⁶⁴⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: "El daño ambiental... (I)", *op. cit.*, pp. 795, 804-806.

¹⁶⁴⁶ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁶⁴⁷ STS 28.11.1998 (RJ 1998, 9242).

¹⁶⁴⁸ DÍAZ FERNÁNDEZ, H., "Relación de atribución en la responsabilidad civil por daños al medio ambiente", *Revista crítica de derecho privado*, N^o 5, 2008, pp. 323-337.

¹⁶⁴⁹ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: *op. cit.*, p. 182. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 349. Según dispone el autor: «un local destinado a pub no constituye una actividad peligrosa, aunque resulte enormemente molesto y origine muchas inmisiones; una central nuclear es, por el contrario, una actividad que objetivamente podemos calificar como peligrosa».

A la pregunta de cuáles son consideradas actividades industriales de riesgo, la doctrina no se pone del todo de acuerdo (la cursiva es nuestra):

- Debe imputarse únicamente a quien *ejercita o maneja ciertas actividades o sustancias calificadas como peligrosas y recogidas en una lista*, atendiendo a criterios subjetivos, o si por el contrario, debe atender *únicamente al factor riesgo evidenciado por la existencia del daño*, al margen de la peligrosidad inherente a la actividad o a la sustancia en particular. En el primer supuesto, la autora dispone que se da una mayor seguridad al operador económico, pero se le puede achacar una excesiva rigidez. En el segundo caso, en cambio, el sistema es mucho más flexible y se determina en cada época y situación por criterios jurisprudenciales. Según la autora, el art. 1908 C.c. recoge una serie de actividades peligrosas o nocivas que ofrecen algún tipo de riesgo susceptible de afectar al medio ambiente (GOMIS CATALÁ)¹⁶⁵⁰.

- Concurrencia de una serie de requisitos: 1) *Empresa, explotación o actividad que, permitida por la ley, genere un interés propio y lucrativo para el agente*, para lo cual el empresario debe hallarse en una situación de especial aptitud para valorar la situación de riesgo y para proceder a su corrección, dado que el riesgo se origina en una actividad sometida primordialmente a su poder de dirección y control. 2) *La actividad ha de implicar la creación de un riesgo considerable o anormal en relación con los estándares medios*, por ejemplo cuando esté en riesgo la vida de una persona. Podrán referirse a cualquiera de las que tenga incidencia ambiental, p. ej. las establecidas en la legislación administrativa. 3) *La víctima no ha de lucrarse a su vez del riesgo creado o no ha de beneficiarse de su generación*. (ÁLVAREZ LATA)¹⁶⁵¹

- Según P. CANE, la delimitación de las *actividades altamente peligrosas* –entrañan un riesgo especial de resultar nocivas– es difícil, por cuanto el que una actividad lo sea o no, *depende en gran medida del modo en que se realice*, no de su naturaleza intrínseca. Más aun, no existe una razón clara que justifique que una actividad deba conllevar responsabilidad objetiva y no culposa simplemente por el hecho de ser altamente peligrosa. Otra posible justificación de la responsabilidad objetiva, según el autor, se trata en que *quienes desarrollan una actividad para obtener beneficios económicos, deben soportar el coste de los daños causados por dicha actividad*, lo que presenta el problema, según el autor, de ser demasiado amplio. El autor se muestra partidario de una responsabilidad civil extracontractual *por culpa*, dejando la *responsabilidad objetiva* para materias en que están relacionadas con *catástrofes de grandes dimensiones* –tales como la Talidomina o el caso del aceite de colza–, y a menudo tienen que ver con riesgos que atemorizan a la población (como los accidentes nucleares)¹⁶⁵².

- Según DE MIGUEL PERALES¹⁶⁵³, las actividades industriales pueden producir daños al medio ambiente, por lo que son peligrosas en sí mismas. Como su desarrollo implica un riesgo de daño puede considerarse que se está en presencia de una responsabilidad civil de carácter objetivo. *La condición peligrosa* en los daños medioambientales *se produce cuando el peligro reside en la cosa en sí misma considerada, y reúnen las siguientes características*: i) son actividades que *conlleven un riesgo de daño*; ii) cuando *el daño se produce suele ser grave*; iii) *no es posible eliminar el riesgo aunque se adopte una conducta razonablemente diligente*; iv) *se trata de actividades especializadas*; y vi) *generalmente son útiles para la comunidad*.

¹⁶⁵⁰ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 105-107, 122.

¹⁶⁵¹ ÁLVAREZ LATA, N., “La responsabilidad civil por actividades...”, *op. cit.*, pp. 1328-1331.

¹⁶⁵² CANE P.: *op. cit.*, pp. 840-841.

¹⁶⁵³ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 220.

- Según DÍAZ BARRIGA¹⁶⁵⁴, las actividades consideradas ambientalmente peligrosas (las que pueden provocar un daño ambiental), analógicamente se sitúan dentro de las *actividades consideradas como peligrosas en la legislación civil*, y que están contempladas dentro de la teoría del riesgo creado.

- PARRA LUCÁN propuga la aplicación del art. 1.908 C.c. a la producción de cualesquiera *daños que se originen con ocasión de una actividad industrial peligrosa o insalubre*, si bien se debe tener en cuenta que, como dispone la STS 9.7.1994, la «indiscriminada y genérica invocación» del art. 1.908, que tiene cuatro apartados distintos, no puede servir para formular una responsabilidad por riesgo, que sólo es aplicable a los *daños generados por actividades peligrosas*¹⁶⁵⁵.

- SANTOS ÁLVAREZ dispone que la responsabilidad objetiva se aplican directamente o por analogía a *toda clase de industrias peligrosas o nocivas que ofrezcan algún riesgo para las personas o las propiedades ajenas*¹⁶⁵⁶.

- Dice REYES LÓPEZ que *se entenderá*, salvo prueba en contrario, *que el daño o deterioro ambiental han sido originados por una actividad con incidencia ambiental concreta cuando se considere que ésta es susceptible de haberlos causado, a la vista de las circunstancias particulares de cada caso*¹⁶⁵⁷.

En el ámbito europeo, el art. 5:101 EPTL indica que «(2) Una actividad es anormalmente peligrosa si: (a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y (b) no es una actividad que sea objeto de uso común. (3) El riesgo del daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo».

Por otro lado, se ha producido una atenuación por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo consistente en la tendencia a limitar los criterios de atribución de responsabilidad objetiva a aquellos casos en los que esté legalmente previsto, o a aquellos casos en que se pueda hablar estrictamente de un *peligro potencial*, pues hay determinadas actividades que aun proviniendo de toda clase de automatismos han dejado de ser peligrosas al haberse convertido en comunes en nuestra vida diaria (por ejemplo el uso de escaleras mecánicas)¹⁶⁵⁸.

Las ventajas de crear un listado de empresas a las que se les aplique una responsabilidad por riesgo son varias. Por una parte, dota de mayor seguridad jurídica, ya que estas empresas saben de antemano que cualquier daño ambiental causado por su industria tendrá que ser resarcido, independientemente de las previsiones que puedan adoptar para evitarlos; por otra, asegura que estas empresas tomen todas las medidas posibles para evitar los accidentes, o bien asegurarán los gastos de reparación del daño a través de una póliza de seguro de este tipo de daños¹⁶⁵⁹, aunque evidentemente el asegurador será el que exija la adopción de medidas que eviten la producción de daños, al menos desde el punto de vista de la previsibilidad. No obstante, este sistema no tiene en cuenta el peligro derivado de una actividad que, sin ser clasificada como peligrosa, conlleva un riesgo inherente a la misma. Por lo tanto, la responsabilidad por riesgo debería proceder tanto de instalaciones como actividades peligrosas.

¹⁶⁵⁴ CAMPOS-DÍAZ BARRIGA, M., *op. cit.*, p. 91.

¹⁶⁵⁵ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad por daños...”, *op. cit.*, p. 945.

¹⁶⁵⁶ SANTOS BRIZ, J.: “Los daños ecológicos como actos ilícitos civiles”,... *op. cit.*, p. 105.

¹⁶⁵⁷ REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, pp. 204-205.

¹⁶⁵⁸ La STS 2.3.2000 (RJ 200, 1304) dice que la responsabilidad por riesgo se limita a actividades que impliquen un riesgo anormal en relación con los estándares medios.

¹⁶⁵⁹ SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 308.

En Alemania, el régimen de responsabilidad objetiva por actividades peligrosas debidas a las operaciones de instalaciones han sido desarrolladas incluyendo minas, plantas de gas, aeropuertos, instalaciones que contienen sustancias capaces de contaminar el agua y otras instalaciones de alto riesgo¹⁶⁶⁰.

En Italia, TRIMARCHI cree la mayor argumentación en favor del dañado deriva del hecho de que se tiene en cuenta el carácter estable de su exposición a la inmisión o al riesgo de inmisión, aunque sin olvidar la posición del dañante. La responsabilidad objetiva se justifica sobretodo en consideraciones de la oportunidad de adosar a cada actividad su coste social. No obstante, si se admitiese la responsabilidad objetiva solo en tema de relaciones de vecindad, se llegaría a un resultado injustificable: que el empresario, cuya empresa crea un riesgo que amenaza principalmente el fundo vecino, se encontraría en posición peor respecto del que crea un riesgo de iguales dimensiones, pero que amenaza a un público compuesto de sujetos variables¹⁶⁶¹.

EEUU, los términos de responsabilidad por inmisiones inintencionales lo son por actividades anormalmente peligrosas (*abnormally dangerous* o *ultra-hazardous*), y no el de uso no natural (*non-natural use*)¹⁶⁶², con independencia de que pueda producir todo tipo de daños a la propiedad y lesiones a las personas¹⁶⁶³. El término actividad peligrosa no se refiere a una actividad industrial por sí, sino a determinadas acciones individualmente consideradas. De esta forma la responsabilidad objetiva existe al margen de que la actividad haya sido llevada a cabo con permiso, licencia o autorización administrativa, sin que sea relevante tampoco que una industria cumpla con las MTD's. En realidad, se juzga si la conducta creada es efectivamente la causa del daño (relación causal) y no si la conducta crea tal condición, solución idéntica a la que ha llegado el Tribunal Supremo en nuestro país. El § 519 *RST* es aplicable a una actividad que es llevada a cabo con un razonable cuidado, y es de tal utilidad que el riesgo que conlleva no puede ser considerado en absoluto tan grande o tan irracional para que sea negligencia meramente su continuación. La actividad es peligrosa cuando el riesgo creado es inusual, por su magnitud o por las circunstancias que la rodea. El § 520 del *RST* establece los factores que hay que tener en cuenta para ver si una actividad es anormalmente peligrosa: «(a) existencia de un alto grado de riesgo de algún daño a las personas, bienes inmuebles o bienes muebles; (b) probabilidad de que el daño que resulta de ello será enorme; (c) incapacidad para eliminar el riesgo mediante el ejercicio de un cuidado razonable; (d) medida en que la actividad no es una cuestión de uso común; (e) inadecuación de la actividad para el lugar donde ésta se lleva a cabo; (f) medida cuya valoración de la comunidad supera sus atributos peligrosos». En cuanto a los apartados (a) y (b) se ha comentado en el apartado “g. Risk of harm” que una actividad es anormalmente peligrosa cuando conlleva ordinariamente un riesgo de daño serio a la persona, inmueble, bienes muebles u otros. El daño amenazado debe ser mayor en grado y suficientemente serio en sus posibles consecuencias para justificar la responsabilidad objetiva del causante. El apartado (c) exige que el riesgo no pueda ser eliminado con un cuidado razonable, y se refiere a un inevitable riesgo que remanece en la actividad, incluso aunque el actor haya adoptado todas las precauciones razonables y haya ejercitado todo el cuidado razonable. La combinación de los factores (a), (b) y (c), o a veces alguno de ellos aisladamente, se suele expresar como “ultrahazardous” o “extra-hazardous”.

¹⁶⁶⁰ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 344.

¹⁶⁶¹ TRIMARCHI, P.: *op. cit.*, p. 359.

¹⁶⁶² CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁶⁶³ *Comment “c.” del RST (§520).*

En Inglaterra, la regla *Rylands v. Fletcher* (1866)¹⁶⁶⁴ fija un principio de responsabilidad objetiva: «quien introduce o guarda en su finca alguna cosa susceptible de producir un daño si se escapa, está obligado a prevenir su fuga y responde de todas las consecuencias que se deriven de la misma, aunque no haya habido culpa o negligencia por su parte». Se requiere, además, que las sustancias acumuladas no sean producto natural, lo que se relaciona, a su vez, con la creación de un riesgo anormal. La responsabilidad alcanza al propietario y ocupante del lugar del que deriva el escape, así como por los actos de los empleados y contratantes independientes a cargo de aquéllos. Los principios aplicables son los del riesgo de localización y el del principio del beneficio¹⁶⁶⁵. El fundamento del resarcimiento es la contraprestación por la realización que producen un riesgo anormal. El daño debe producirse dentro del riesgo derivado de la actividad. Se asocia el concepto de previsibilidad del daño al daño mismo (efecto) y no al incidente que lo causa (proceso), siendo el uso no natural de la propiedad el que hace nacer un supuesto de responsabilidad objetiva. A diferencia del concepto de uso razonable en la *private nuisance*, en la *strict liability* este uso normal de los estándares industriales puede dar lugar a la responsabilidad si el daño es previsible¹⁶⁶⁶. No obstante, incluso en supuestos de responsabilidad objetiva, existen elementos de culpa. Por ejemplo, en la «regla de *Rylands y Fletcher*» existen varias alegaciones a la responsabilidad en el citado caso que incluyen elementos de culpa. En el caso *Cambridge Water* (1994) la Cámara de los Lores sostuvo que, si bien un contaminador podía ser responsable según la norma *Rylands v Fletcher* aunque hubiera puesto todo el cuidado razonable para evitar el escape, la responsabilidad se extendía solamente al daño que el contaminador debería haber previsto atendiendo al estado de la técnica y de los conocimientos científicos en el momento en que se produjo la contaminación¹⁶⁶⁷.

b) *Daños ocasionados por personas o cosas bajo guarda (art. 1903.4 C.c.).*

La responsabilidad de los dueños o principales por los actos ilícitos cometidos por sus subordinados o dependientes es un caso intermedio de responsabilidad por riesgo y culposa, derivada de la obligación de soportar los peligros derivados de la actuación de los auxiliaries, pero suele fundarse esa responsabilidad sin culpa en una presunción de culpa por falta de vigilancia o de defectuosa elección¹⁶⁶⁸.

En Francia, el art. 1384 C.c. recoge un supuesto de responsabilidad civil al margen de toda culpa derivada de las personas o cosas de las que el titular responde por estar bajo su dirección o guardia¹⁶⁶⁹. La noción de “custodia” ha sido interpretada de forma amplia: se aplica a la propiedad estática y movable y a las inmisiones producidas por humo¹⁶⁷⁰, vapores¹⁶⁷¹, vertidos e incluso ruido¹⁶⁷². No obstante, en materia de ruido, incluso en casos de humo y vertidos dice HINTEREGGER que los tribunales suelen acudir a la teoría de los *troubles du voisinage*¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁴ BERRY, JAMES F./ DENNISON, MARK S.: *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁶⁵ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 365-368.

¹⁶⁶⁶ WEIR, T.: “*Rylands v. Fletcher Reconsidered*”..., *op. cit.*, p. 217.

¹⁶⁶⁷ CANE P.: *op. cit.*, pp. 839-840.

¹⁶⁶⁸ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, p. 315.

¹⁶⁶⁹ Cass., chambres réunies, Audience publique du 2.12.1941, *Dalloz* 1941.

¹⁶⁷⁰ Cass. Civ. II, 11.6.1975, *Bulletin* II, N° 173, p. 141

¹⁶⁷¹ Cass. Civ. X, Audience publique du 17.12.1969, *Dalloz*, 1969.

¹⁶⁷² Cass. civ. III, Audience publique du 8.3.1978, *Dalloz*, 1978.

¹⁶⁷³ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 104.

En Italia, el art. 2051 C.c. se refiere a la responsabilidad civil por el daño causado por una cosa que se tiene en su custodia, y, de la interpretación que se le ha dado desde la jurisprudencia, se deriva una responsabilidad objetiva apoyado en el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba¹⁶⁷⁴.

En Austria, si la empresa contaminadora es una persona legal, responde por los daños causados por sus representantes y ejecutivos. Si no es una persona legal, solamente responde cuando la acción dañosa del agente del cual responde es notoriamente incompente o peligrosa¹⁶⁷⁵ (§ 1315 ABGB).

c) *Responsabilidad civil objetiva en la legislación especial.*

La mayoría de los supuestos recogidos por la legislación especial se establece una responsabilidad objetiva (Ley de Responsabilidad Medioambiental y su Reglamento; Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 (art. 120); y la Ley 12/2011, de 27 de mayo, de responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, etc.), debiendo probar el perjudicado la acción y omisión por parte del causante (en este caso la contaminación), el daño y la relación de causalidad. Una vez probados estos hechos, será el demandado al que le corresponderá probar, no sólo su ausencia de culpa, sino también que los hechos que alega el demandante se ha producido por un hecho imprevisible (caso fortuito) o que siendo previsible era inevitable (fuerza mayor), según el art. 1105 C.c. Incluso, en según que tipos de responsabilidad objetiva es posible que se responda del caso fortuito, si bien es necesario para ello que esté previsto en la norma que determine dicha responsabilidad¹⁶⁷⁶. La obligación de indemnizar en estos casos deriva de actividades que si bien encierran un peligro anormal son legalmente permitidas por razones de utilidad y beneficio social¹⁶⁷⁷.

En materia de daños nucleares, los Convenios de París y Bruselas establecen como principio fundamental la responsabilidad objetiva del explotador por los daños nucleares producidos como consecuencia de un accidente en una instalación nuclear con independencia de la causa origen, dentro de las instalaciones y en las condiciones que se establecen en los mismos. En concreto, el Convenio de París determina la responsabilidad mínima obligatoria a la que debe hacer frente el explotador, mientras que el de Bruselas establece las compensaciones complementarias, hasta un límite determinado, para indemnizar a las víctimas o reparar daños en caso de que los daños superasen la responsabilidad fijado para el primero.

En materia de responsabilidad medioambiental se establece un sistema de responsabilidad objetiva por daños producidos a los recursos naturales por las actividades industriales del Anexo III LRM¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁷⁴ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁶⁷⁵ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 80. La autora se apoya en la siguiente jurisprudencia: OGH 15.4.1971, 1 Ob 87/71, JB1 1972, 312 (Ostheim); 19.4.1984, 7 Ob 56/83, SZ 57/77.

¹⁶⁷⁶ Un ejemplo claro lo encontramos en los arts. 116 y 120 LNA en virtud de los cuales el transportista es responsable del daño o perjuicio causado durante el transporte por muerte, lesiones o cualquier otro daño corporal sufrido por el viajero, cualquiera que sea la causa del accidente incluso el accidente fortuito y, aun cuando el transportista o sus empleados justifiquen que actuaron con la debida diligencia.

¹⁶⁷⁷ GARCÍA Y VALLÉS, R.: *op. cit.*, p. 471.

¹⁶⁷⁸ Las actividades del Anexo III LRM son: 1. Explotación de instalaciones sujetas a una autorización conforme la LPCIC. 2. Actividades de gestión de residuos. 3. Todos los vertidos en aguas interiores superficiales sujetas a autorización previa. 4. Todos los vertidos en las aguas subterráneas sujetas a autorización previa. 5. Todos los vertidos en aguas interiores y mar territorias sujetos a autorización. 6. El vertido o la inyección de contaminantes en aguas superficiales o subterráneas sujetas a permiso, autorización o registro. 7. La captación y el represamiento de aguas sujetos a autorización previa. 8. La fabrica-

En Alemania, existe una ley especial de responsabilidad civil por daños civiles por contaminación. El § 1 UmweltHG¹⁶⁷⁹ recoge una responsabilidad objetiva que se aplica expresamente para aquellos atentados al medio ambiente que a su vez provoquen un daño al individuo limitado al ejercicio de actividades peligrosas. Enumera una serie de actividades peligrosas a las que se aplica la responsabilidad objetiva en el caso de que hayan producido un daño personal como consecuencia de un impacto ambiental, que a su vez coincide prácticamente con todas aquellas actividades que están sometidas a autorización en virtud de la Ley Federal de emisiones de 15 de marzo de 1974. No obstante, se ha criticado por algún autor que, dada la amplitud con que se ha definido el término instalación en la UmweltHG, el régimen de responsabilidad objetiva de la Ley afectará prácticamente a todas las instalaciones susceptibles de provocar daños al medio ambiente¹⁶⁸⁰. Por lo tanto, la Ley no tiene como defensa del demandado motivos relativos al “estado del arte”. La razón de esta exclusión se debe a que, en general, la dependencia y observancia a los generales estándares técnicos parecen relacionarse con el riesgo de la propia actividad peligrosa. Por lo tanto, la única exclusión de responsabilidad es la fuerza mayor, aunque también en los supuestos en los que no cabe responsabilidad al amparo de lo dispuesto en el § 906 BGB, siempre y cuando los daños sean patrimoniales en relación con el inmueble y no personales¹⁶⁸¹.

En los momentos previos a la hipotética aprobación del anteproyecto español de responsabilidad civil por daño o deterioro ambiental, la doctrina civilista¹⁶⁸² veía con buenos ojos, en líneas generales, la posible determinación de la responsabilidad objetiva en que pudieran incurrir las empresas que desarrollan actividades potencialmente nocivas o contaminantes, a fin de evitar la inseguridad jurídica que provoca incertidumbre acerca de los daños que continúan, o no, rigiéndose por el principio de la culpa. En el APL se recogía un supuesto de responsabilidad subjetiva cuando el daño se causaba por “actividades con incidencia ambiental” (art. 3.1), recogidas en el Anexo al Anteproyecto. Ello tendría como consecuencia que la observancia de la normativa aplicable, o la posesión y respeto de las autorizaciones correspondientes, no eximían de responsabilidad al operador (art. 4.3), debiendo probar el perjudicado solamente la acción u omisión del supuesto responsable, el daño o deterioro del medio ambiente causados, así como el alcance cuantitativo de los mismos y la mera relación de causalidad física entre la acción u omisión del responsable y el daño o deterioro del medio ambiente cuya reparación se reclama (art. 3.1). Para el resto de actividades no había mención alguna, por lo que debían remitirse a las soluciones establecidas en el Código Civil. Creo que es una lástima que este anteproyecto no viera la luz, por cuanto habrían acabado las dudas acerca de si la responsabilidad es objetiva o u objetivada.

ción, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte in situ de: a) sustancias peligrosas; b) preparados peligrosos; c) productos fitosanitarios; d) biocidas. 9. El transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminadas. 10. Explotación de instalaciones sujetas a autorización relativa a instalaciones industriales que liberan a la atmósfera sustancias contaminantes. 11. Toda utilización confinada, incluido el transporte, de microorganismos modificados genéticamente. 12. Toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente. 13. El traslado transfronterizo de residuos dentro, hacia o desde la Unión Europea. 14. La gestión de los residuos de las industrias extractivas.

¹⁶⁷⁹ MARTÍN VIDA, M^a A.: *op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁸⁰ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁸¹ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 348-349.

¹⁶⁸² SANTOS MORÓN, M^a J.: *op. cit.*, p. 3022.

IV) Relación causal, atribución objetiva del daño y causas de exención.

1) La determinación de la relación causal fáctica y jurídica.

A) Cuestiones generales.

a) La relación causal como cuestión fáctica y cuestión jurídica.

La acción u omisión debe vincularse causalmente con el daño cuya reparación se reclama, es decir, entre la conducta del sujeto y el daño ha de mediar una relación de causalidad, tal y como se deduce del término “causar” del art. 1902 C.c.¹⁶⁸³.

No obstante, una cosa es determinar si un daño es consecuencia de una determinada actividad –positiva o negativa- (cuestión que es puramente de hecho), y otra distinta decidir si ese daño se puede o no imputarse jurídicamente a un acto determinado. Para poder realizar esa imputación antes habría que haber determinado que la actuación del sujeto agente es, desde el mero punto de vista físico o material, causa del daño cuyo resarcimiento se está dilucidando. Por ello debe quedar claro que nos estamos moviendo en dos campos de naturaleza totalmente diversa: por un lado, el concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza; por otro lado, la imputación al sujeto agente del daño causado»¹⁶⁸⁴.

La causalidad material (o imputación fáctica) se centra en el establecimiento de una pluralidad de posibles causas del daño como cuestión de hecho, esto es, las condiciones que explican desde un punto de vista lógico-científico la producción final del daño (causas del mismo). En estos casos, la relación causal es la razón por la cuál el daño producido puede relacionarse con un determinado sujeto, haciéndole responsable del daño producido (es el tenor literal relativo a “el que cause daño a otro” del art 1902 C.c.). Por lo tanto, este es un elemento funcional del sistema de responsabilidad por daños que conecta el daño al hecho dañante, a modo de juicio fáctico de imputación¹⁶⁸⁵. La relación causal es ajena a criterios jurídicos, por lo que constituye una cuestión de hecho que deberá ser probada por la parte demandante y será sometida a libre consideración por los juzgados y tribunales de instancia, que sólo cabe revisar en casación por la vía del error en la valoración de la prueba¹⁶⁸⁶.

La causalidad jurídica (o imputación causal) determina la causa razonable del daño a la vista de las numerosas causas materiales existentes¹⁶⁸⁷. Se basa en que la identificación de la causa jurídicamente relevante es una cuestión jurídica, determinando si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta, puede o no ser puesto a cargo de aquella conducta, señalando los diferentes criterios jurídicos que permiten justificar una selección de los daños causados¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸³ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 33. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 173. ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *cit.*, p. 653. MOSSET ITURRASPE, J.: “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, N^o 1, 2004, p. 357. SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, pp. 314-315. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 143, 148-149.

¹⁶⁸⁴ DE MIGUEL PERALES, C.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶⁸⁵ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 154-155.

¹⁶⁸⁶ STS 23.6.2004 (RJ 2004, 3635), 4.11.2004 (RJ 2004, 2611). La STS 23.2.2003 (RJ 2003, 1174) señala que la fijación del nexo causal en su secuencia material tiene un carácter fáctico o probatorio, por lo que no es casacionalmente revisable mediante la invocación de un precepto como el art. 1902 C.c. que no contiene derecho probatorio.

¹⁶⁸⁷ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 454.

¹⁶⁸⁸ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*: pp. 17-18.

La aplicación de los criterios de imputación objetiva se trata de una cuestión de Derecho (jurídica), y por lo tanto revisable en casación como *questio iuris*¹⁶⁸⁹, si bien centrado en apreciar una actuación errónea o contraria a las reglas de la lógica y el buen criterio¹⁶⁹⁰. Entre la doctrina anterior se destaca a Luis Díez-PICAZO, para quien la teoría de la adecuación no se basa en una genuina teoría causal, sino más bien una teoría de imputación; dicho de otra manera «no se busca establecer si un elemento de hecho es la causa de un resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona»¹⁶⁹¹; dicho de otro modo, la teoría de la imputación objetiva tiene como finalidad fijar criterios normativos que atribuyan un resultado a un comportamiento, por lo que el problema consiste «en encontrar los fundamentos de la imputación y tipificar los supuestos que permitan verificarla o excluirla a través de criterios que sean de carácter puramente normativo». Según la STS 4.11.2004 (RJ 2004, 6717) los juicios de valor –referidos a la imputación objetiva– «toman como guía las reglas de la lógica, razón o buen sentido, pautas proporcionadas por las experiencias vitales o sociales, o criterios acordes con la normalidad de las cosas (“*quos plerumque accidit*”) o del comportamiento humano (“*quod plerisque contingit*”)», por lo que «la verificación casacional de estos juicios se limita a su coherencia y razonabilidad». Por su parte, la STS 27.10.1990 (RJ 1990, 8053) dispone que los elementos jurídicos de la culpa y la relación causal, merecen la consideración casacional de cuestiones de derecho en cuanto implican la calificación de una conducta humana como culpable, y la determinación de la suficiencia o insuficiencia del elemento causal productor del daño a indemnizar, pudiendo ser ambos factores revisados en casación por la vía del 1692.5º LEC; posición que se refuerza mucho más, cuando se da la circunstancia de que la conexión causal va unida a la imputabilidad del agente, necesaria para no dejar reducido el nexo causal a una mera responsabilidad por el resultado. La jurisprudencia ha ido decantándose gradualmente hacia la tesis de la consideración del elemento de la causa como una cuestión jurídica¹⁶⁹².

En mi opinión, el juicio de imputación objetiva de la responsabilidad civil extracontractual no es un juicio basado únicamente en la experiencia ni en la ciencia jurídica, sino que es sobretodo un juicio de relevancia jurídica, de manera que ni todos los antecedentes de un cierto resultado dañoso serán susceptibles de merecer la atribución de ese resultado, ni todas las consecuencias de un cierto comportamiento serán consideradas jurídicamente imputables a ese comportamiento. De hecho, las consecuencias materiales derivadas de un acto son casi infinitas, pues a medida que los daños se alejan del acto que los produjo, se van adhiriendo y mezclando con numerosas circunstancias que las llevan casi hasta el infinito. Por ello sería injusto que el agente responda por todas ellas, pues en algún momento dejará de haber responsabilidad. El nexo de causalidad no se ciñe solamente a la relación causa-efecto desde un punto de vista material, sino jurídico para imputar a éste un resultado. El criterio objetivo de la previsibilidad en abstracto es el más razonable para determinar la adecuación del resultado a su causa. En definitiva, el nexo o relación causal no se satisface con una pura relación de causalidad material, puesto que no es una física de las acciones humanas.

¹⁶⁸⁹ STS 21.1.2003 (RJ 2003, 1361), 12.4.2004 (RJ 2004, 2611).

¹⁶⁹⁰ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 18. En la jurisprudencia, STS 21.1.2003 (RJ 2003, 1361), 23.6.2004 (RJ 2004, 3635).

¹⁶⁹¹ Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños, op. cit.*, pp. 340-341.

¹⁶⁹² SSTS 27.10.1990 (RJ 1990, 54), 10.11.1992 (AC 1990, 246), 12.2.2003 (RJ 2003, 1010), 4.6.2001 (RJ 2001, 3878), 23.1.2004 (RJ 2004, 50); SAP Barcelona 10.6.2004 (JUR 2004, 204271).

La STS de 24.10.2003 (RJ 2003, 7519) introduce el método apropiado para determinar cada una de las secuencias de la causa: en primer lugar, la teoría de la equivalencia de las condiciones y *conditio sine qua non* para la causalidad material y, en segundo lugar, la causalidad adecuada para la causalidad jurídica. No basta, por tanto, con la constancia de la relación causal –a determinar según el criterio de la equivalencia de las condiciones–, sino que, además, se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél, como consecuencia lógica y natural de aquélla. En resumen, las fases por las que transcurre el análisis del nexo causal (causalidad fáctica y jurídica) son las siguientes:

1) *Causalidad fáctica*. Reconocimiento de la pluralidad de posibles causas del daño (cuestión de hecho). Se determinará mediante leyes físicas o de la naturaleza (sin valoración jurídica). Teorías de la equivalencia de condiciones o de la *conditio sine qua non*. Cabe la probabilidad en la demostración del nexo causal mediante prueba de presunciones y la inversión de la carga de la prueba en actividades de riesgo. Para poder realizar la imputación jurídica, primero es necesario confirmar que la actuación del sujeto agente es, desde el punto de vista físico o material, causa del daño¹⁶⁹³.

2) *Causalidad jurídica*. Identificación de la causa que sea jurídicamente relevante (cuestión jurídica). Se determinará mediante la atribución objetiva del hecho dañoso discriminando entre las causas. Se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquél, como consecuencia lógica y natural de aquélla. Se suele aplicar la teoría de la causalidad adecuada: consecuencia probable del hecho considerado como causa (valoración conforme a las reglas del criterio humano y conocimientos normalmente aceptados).

No obstante, un sector doctrinal opina que el nexo causal es un concepto puramente jurídico¹⁶⁹⁴. Dice SANZ SALLA que el nexo causal es el elemento sobre el que gira la imputación de la responsabilidad, ya que lo que se juzga en el ámbito privado no es el hecho de la contaminación en sí, sino la relación de causa-efecto entre el hecho contaminador y el daño patrimonial sufrido¹⁶⁹⁵. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido decantándose gradualmente hacia la tesis de la consideración del elemento de la causa como una cuestión jurídica¹⁶⁹⁶, si bien la jurisprudencia que la considera como una cuestión de hecho también ha sido defendida notablemente por los tribunales¹⁶⁹⁷. Me decanto por la línea jurisprudencial que distingue entre los aspectos fácticos y jurídicos del nexo causal¹⁶⁹⁸, en ocasiones denominándolas causalidad material y jurídica, ambas dentro de la fijación del nexo causal, ya que deben concurrir ambos supuestos en el análisis de la causa del daño para que éste pueda tener lugar.

¹⁶⁹³ STS 20.2.2003 (RJ 2003, 1174).

¹⁶⁹⁴ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 163. GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁶⁹⁵ SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 315.

¹⁶⁹⁶ SSTs 27.10.1990 (RJ 1990, 54), 10.11.1992 (AC 1990, 246), 12.2.2003 (RJ 2003, 1010), 4.6.2001 (RJ 2001, 3878), 23.1.2004 (RJ 2004, 50). A modo de ejemplo podemos citar la SAP Barcelona 10.6.2004 (JUR 2004, 204271) «(...) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad (...) es más bien un problema de imputación; esto es, que los daños y perjuicios que se deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar».

¹⁶⁹⁷ SSTs 14.7.1982 (RJ 1982, 4235), 13.6.1988 (RJ 1988, 4872).

¹⁶⁹⁸ SSTs 21.1.2003 (RJ 2003, 1361), 4.11.2004 (RJ 2004, 2611).

b) *Imputación objetiva: factores, daños continuados y omisiones.*

Existen distintos tipos de imputabilidad objetiva según el régimen de responsabilidad: por culpa o por riesgo, lo que nos sirve para trasladarlo a los distintos tipos de daños civiles por contaminación, si bien con las peculiaridades de la culpa objetivada y de responsabilidad civil extracontractual por inmisiones:

1) En la *responsabilidad por culpa* la imputabilidad es la conexión de cierta conducta injusta con una consecuencia ilícita. Esta conexión implica una “culpa” como parte integrante del supuesto de hecho del acto ilícito, que consiste en una relación específica determinada entre la conducta interior espiritual del agente y el resultado producido u omitido por su conducta externa, en su previsión o en su intención a aquél dirigida. Donde no exista tal relación específica habrá responsabilidad por el resultado, en cuyo caso el suceso no ha sido previsto¹⁶⁹⁹.

2) En la *responsabilidad cuasi-objetiva* el juicio de previsibilidad del daño se hace más estricto, acercándolo en ocasiones a la imputación objetiva señalada en los casos de responsabilidad por riesgo.

3) En la *responsabilidad objetiva por riesgo* la imputación objetiva se circunscribe a la esfera de responsabilidad del obligado a indemnizar en correspondencia con la idea fundamental de dominación o control del riesgo y la particularidad del peligro específico que sobre él recae.

4) En la *responsabilidad por inmisiones*, se aplica un principio propio de imputación positiva en la que, aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, en la mayoría de casos no hay ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños. Se dice que la relación de causalidad entre la conducta omisiva y las perturbaciones y molestias sufridas por el perjudicado son consecuencia natural y adecuada de esa falta de adopción, por el causante de las mismas, de las medidas que hubieran evitado el daño¹⁷⁰⁰.

El art. 3:201 EPTL añade a la previsibilidad del daño otros factores de imputación objetiva: la naturaleza y el valor del interés protegido; el fundamento de la responsabilidad; el alcance de los riesgos ordinarios de la vida; y el fin de la protección de la norma.

Por otro lado, el carácter de daños instantáneos o de tracto unitario, por una parte, y los daños continuados o de tracto sucesivo, por otra, tiene repercusión sobre la imputación objetiva del daño, pues la cualidad de previsibles que, para que proceda su reparabilidad, deben ostentar unos y otros daños produce, sin embargo, importantes diferencias en orden a la designación de los obligados al pago. En estos últimos «junto a la responsabilidad que pudiera incumbir al autor de acto inicial, así como la que correspondería a los autores de actos posteriores que coadyuven a producir nuevos daños, deben también imputarse éstos a cuantos por su relación de dominio o gestión con la cosa o actividad productora del año, se hallaban obligados a adoptar las medidas necesarias para impedir que se produjeran nuevos daños, cuya previsibilidad venía ya reforzada por la ocurrencia de otros anteriores». En cambio, en los daños instantáneos la responsabilidad recaerá, en principio, tan sólo sobre el autor o quien tenga la obligación de responder por él, STS 5 abril 1988 (RJ 1988, 2652)¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁹ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 89, 214, 312-315.

¹⁷⁰⁰ STS 3.9.1992 (RJ 1992, 6880), 19.12.1992 (RJ 1992, 10703).

¹⁷⁰¹ La STS 5.4.1988 (RJ 1988, 2652) recoge un supuesto de daños patrimoniales ocasionados por trabajos en una finca por trabajos realizados en otra lindante, desprendimiento de tierra que invaden la finca lindante produciendo daños.

Se ha afirmado por ARCOS VIEIRA que en el ámbito de la omisión sólo cabe la responsabilidad subjetiva por negligencia: en las omisiones puras, por la necesaria imputabilidad del incumplimiento del deber de actuar, y en las omisiones de diligencia, porque ellas mismas suponen precisamente la negligencia del demandado¹⁷⁰². En mi opinión, si bien es cierto que las omisiones de diligencia se pueden imputar con base a la culpa, también se pueden imputar por otro tipo de relaciones jurídicas especiales, como sucede en materia de inmisiones. A tal efecto, la imputación objetiva en estas últimas podría venir determinado por la omisión del demandado de no adoptar los medios necesarios para reducir las inmisiones a la normal tolerabilidad. No obstante, aunque pueda parecer un supuesto de omisión de diligencia, no convierte el acto del demandado en negligente, sino en excesivo, a la luz del art. 1908.2 C.c. Argumenta ARCOS VIEIRA que «[u]na vez apreciada la omisión negligente –imputable–, la relación entre ésta y el daño no puede establecerse sobre la base de una relación de causalidad material, basada en la *conditio sine qua non*, por varias razones:

1) Porque la falta de actuación, por principio, no puede materialmente ocasionar ningún efecto.

2) Porque en el proceso de alterar mentalmente los hechos no es lo mismo eliminar un antecedente ocurrido efectivamente –*a priori*– que incorporar *a posteriori* una conducta o situación hipotética: a) En primer lugar, porque «[e]n el ámbito de la causalidad material, eliminada mentalmente una inactividad *queda inalterado el proceso causal*, lo que justamente revela el carácter no causal de la omisión»; b) En segundo lugar, porque es fácil caer en la tentación de delimitar la conducta omitida sobre la base de qué hubiera sido necesario para evitar el daño, justificándose el reproche culpabilístico y, simultáneamente con él, la relación de causalidad.

3) La incorporación de conductas omitidas presenta el inconveniente de la certeza acerca de sus consecuencias, siendo dudoso el enlace entre la conducta omitida y la evitación del daño que realiza el órgano judicial, aplicándose en algunos casos criterios objetivos o científicos, pero en otros no, sobre todo en los supuestos de incumplimiento de falta de información.

Si bien las omisiones no se pueden fundamentar en su contribución causal, sí pueden hacerlo en su imputación objetiva, pues se tratan de valoraciones de tipo jurídico, y su aplicación puede llevarse a cabo incorporando los matices necesarios, como el del ámbito de protección de la norma infringida, por la necesaria existencia de un deber incumplido de forma imputable. En cualquier caso, imputar al demandado indiscriminadamente omisiones imputables puras o de diligencia al objeto de superar una causalidad dudosa trae como consecuencia la inseguridad jurídica. No obstante, frente a la tendencia dominante basada en el principio *pro damnato*, se viene observando una tímida corriente jurisprudencial que revisa estos planteamientos¹⁷⁰³.

En mi opinión, las omisiones de diligencia, aplicables en la mayoría de los supuestos de daños civiles por contaminación de naturaleza continua, sobretodo en las inmisiones, deben residenciarse en el ámbito de las conductas jurídicas y no en los hechos de la naturaleza, por lo que no podrán servir de base para la determinación de la relación de causalidad fáctica, pero sí de imputación objetiva. La clave, en definitiva, será determinar si ha existido una omisión de diligencia entre la conducta injusta y la consecuencias ilícita o excesiva, es decir, si el demandado ha actuado negligentemente *ex art. 1902 C.c.*, o de forma excesiva *ex art. 1908.2 C.c.*

¹⁷⁰² ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, pp. 136-144.

¹⁷⁰³ *Ibid.*

c) *Problemas de determinación de la relación causal fáctica y jurídica.*

El nexo causal es difícil probarlo por quien sufre el daño. Los principales factores de indeterminación del nexo causal son¹⁷⁰⁴: 1) A veces existe una notable *distancia* entre la instalación industrial emisora y los efectos producidos por las mismas. 2) *Multiplicidad de fuentes y causas contaminantes*, lo que se da especialmente en los casos de contaminación crónica, de donde surgen diversas posibilidades: concurrencia de pluralidad de causas y focos contaminantes que por separado pueden haberlo provocado; una causa por sí sola no hubiera ocasionado el daño, pero sin ella tampoco la que lo ocasionó lo hubiera hecho; una de las circunstancias o condiciones produce por sí misma un daño y este daño es a su vez causa de un daño posterior y así sucesivamente (contaminación por sinergia). 3) *Manifestación tardía del daño*. Esto es un efecto típico de los daños civiles por contaminación, debido a que se trata de daños que se transmiten por el medio ambiente y suelen manifestarse progresivamente en el tiempo. 4) *Falta de información* suficiente acerca de las actividades del demandado, siendo recomendable el establecimiento de un derecho de información a favor de aquéllos. 5) Los *estados del conocimiento*, duda científica, o complejidad de las verificaciones técnicas necesarias para poder demostrar el daño, sobre todo en materia de contaminación electromagnética. 6) Numerosos supuestos son *daños indirectos*. 7) En el hecho del hombre entran también las *omisiones*. 8) El daño puede conectarse con varias *causas próximas y remotas* en el tiempo y en el espacio, interferidas, además, por otros elementos ajenos, es decir, ser el resultado de una confluencia de factores.

En materia de inmisiones, MACÍAS CASTILLO opina que la relación de causalidad no presenta tal grado de dificultad, dado que tanto el sujeto causante y receptor del daño, como la acción dañosa misma están claramente predeterminados y, por lo tanto, será frecuente para encontrar prueba diversa sobre su existencia: «[e]n primer lugar porque el carácter reiterador de la inmisión aboca a que previamente a la sustanciación de un procedimiento civil se haya empleado por el actor toda suerte de requerimientos, notificaciones y, casi siempre, la incoación de algún procedimiento administrativo previo. En segundo lugar, la forma de producción del daño –como se ha visto casi nunca en una unidad de acto o con una sola acción– determina claramente la causalidad, de la que normalmente está advertido el propio agente dañador»¹⁷⁰⁵. En mi opinión, la relación del carácter reiterado de la inmisión con el hecho de que el autor haya podido iniciar algún expediente en vía administrativa es un factor meramente estadístico, pero no nos sirve a efectos jurídicos; no obstante, sí nos servirá el hecho de que se haya podido iniciar tal expediente. El carácter continuo de las inmisiones facilita encontrar la fuente de la inmisión, si bien no lo asegura en el caso de inmisiones provenientes de una zona industrial, con múltiples posibles focos de contaminación, especialmente en las intermitentes o periódicas, y, especialmente, cuando han cesado.

¹⁷⁰⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, p. 113, factores 1, 2, 8; El daño ambiental... (I)”, *cit.*, pp. 814-815, factores 2-5. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 83, factores 1-3, 5; “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, p. 20, factor 3. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 174, factores 2, 4. CILLERO DE CABO, P.: *op. cit.*, pp. 18-21, factor 1. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 144, factores 2-5. DE MIGUEL PERALES, C.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 73, factor 2; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 147 y p. 159, factores 3, 6. DÍEZ-PICAZO, L.: “La responsabilidad civil hoy”, *op. cit.*, pp. 735-736, factores 2, 5, 7. GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 161, factores 1-6. MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 16, factor 2. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 21, factores 2-5. SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 316, factores 2, 8. VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 335, factores 1-3. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 159-160, factores 1, 3-5, 8.

¹⁷⁰⁵ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 329-330.

Cuando hay una pluralidad de sujetos en la participación del daño, hay que distinguir los supuestos de coautoría, en los que hay que determinar en qué medida es responsable cada uno, y los supuestos de culpa anónima, en los que el daño se produce por una persona no individualizada pero que es componente de un grupo perfectamente determinado¹⁷⁰⁶. El primer caso se tratará en el apartado relativo a la legitimación pasiva, centrándonos ahora en supuesto de de culpa anónima¹⁷⁰⁷. En ésta, la participación de todos los miembros del grupo encubre al agente o agentes verdaderamente responsable/s. Para solucionarlo se han aplicado diversas teorías:

1) Negar la responsabilidad del agente. Solución adoptada por la STS 19.6.1980 (RJ 1980, 2410), en la que un titular de una mejillonera buscó la imputación a un armador de un petrolero los daños producidos en sus instalaciones por derrames de petróleo. El TS desestima el motivo alegado por el recurrente porque no existe relación de causalidad entre el actuar negligente y el perjuicio causado, «dado el hecho probado del gran número de buques sancionados en 1971 y principios de 1972 por vertidos de petróleo». Solución muy criticada, porque no es suficiente razón la acreditación de que otros agentes habían contribuido en el resultado dañoso. Lo que habría que dilucidar sería la medida en la que debe responder el demandado¹⁷⁰⁸.

2) Aplicar la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo fundamentado en la teoría del “*peligro originado por una colectividad*”, basada en que cuando un grupo de personas desarrolla, bien concertadamente, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia de la cual se causa daño a tercero, todos los componentes del colectivo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado si no puede acreditarse quién fue su autor directo¹⁷⁰⁹.

Algunos autores critican la solución de la solidaridad sin excepciones con base a que condenaría injustamente todos los miembros del grupo cuando el daño sólo se ha producido por la conducta de uno. Por ejemplo, DE ÁNGEL YAGÜEZ propone la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, juicio de reproche al grupo, etc., excluyendo la responsabilidad de aquel que acredite no haber sido el causante del daño. Además, si la víctima es a su vez un miembro del grupo y ha participado de la actividad de riesgo, la solución podría pasar por aplicar la regla del consentimiento de la víctima, lo que excluiría la responsabilidad de los demás participantes¹⁷¹⁰. Por su parte, YANGUAS MONTERO cree que se debería absolver a aquel o aquellos miembros del grupo cuya participación en el resultado dañoso pudiera considerarse insignificante o irrelevante, según conocimientos comúnmente aceptados o en las leyes de la experiencia científica, debiendo ser los demandados los que deberán probar su no pertenencia al grupo o bien su no participación o contribución al daño producido para poder liberarse¹⁷¹¹. No obstante, afirma la autora, la mayoría de supuestos en materia de inmisiones se reconducen al caso de coautoría, por ejemplo, por las emisiones producidas por una pluralidad de actividades situadas en un mismo polígono industrial.

¹⁷⁰⁶ YANGUAS MONTERO, G., *El daño no patrimonial...*, op. cit., pp. 170-171.

¹⁷⁰⁷ CILLERO DE CABO, P.: op. cit., p. 24.

¹⁷⁰⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., p. 85.

¹⁷⁰⁹ STS 11.4.2000 (RJ 2000, 2148).

¹⁷¹⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, op. cit., pp. 450-455.

¹⁷¹¹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., pp. 174-175. Por ejemplo, en el supuesto de ruidos provocados por establecimientos de ocio se debe plantear la posibilidad de que todos han producido conjuntamente el daño, siempre y cuando los agentes puedan exonerarse demostrando que no pertenecen al grupo en cuestión (por no generar ruidos) o que perteneciendo a tal grupo, no han participado en la producción del perjuicio (por haber adoptado las medidas necesarias de insonorización).

B) *Teorías de causalidad fáctica y jurídica.*

a) *Causalidad fáctica: equivalencia de las condiciones y conditio sine qua non.*

Las tesis tradicionales doctrinales y jurisprudenciales acerca del elemento de la relación causal se centran en el aspecto puramente fáctico que la realidad nos da y se pueden agrupar en los conceptos de la teoría de la *equivalencia de condiciones* y en la de la *conditio sine qua non*, aunque algún autor incluye también la de la teoría de la causa adecuada¹⁷¹², generalmente incluida en la causalidad jurídica. Las dos primeras han seguido un camino más conceptual en cuanto que no se han restringido a la idea de mediatez o inmediatez en la actividad generadora del daño, sino que han tratado de establecer principios abstractos de aplicación general¹⁷¹³.

La teoría de la *equivalencia de las condiciones* implica que todos los factores con relevancia causal presentan una trascendencia idéntica en la producción del resultado¹⁷¹⁴. Basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hayan mediado otros acontecimientos, aunque numerosos y de gran entidad. Se le ha criticado a esta teoría que no sirve de gran utilidad, aunque pueda servir sólo para preseleccionar un ámbito de eventuales responsables, eliminando del mismo a quienes carecen de toda relación con el daño.

Por su parte, la teoría de la *conditio sine qua non* se basa en que todo hecho sin el cual no se hubiera producido el daño ha de ser considerado como causa de su producción, aunque hayan existido otros acontecimientos. Esta teoría viene perfectamente descrita en el art. 3:101 EPTL, cuando dice que: «Una actividad o conducta es causa de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido», que denomina “*conditio sine qua non*”».

En Bélgica se exige una doble relación causal: primero, entre el uso del demandado de las instalaciones y la existencia de la inmisión; y, segundo, entre la inmisión y el daño. Dice HINTEREGGER que la causalidad se establece, en general, mediante la teoría de la *equivalencia de las condiciones*, según la cual el acto dando lugar a la responsabilidad es la causa del daño si el daño real podría no haber ocurrido sino por dicho acto. Creo que, en realidad, está describiendo la teoría de la *conditio sine qua non*. De este modo, cualquier condición necesaria del daño es considerada como causa. En estos casos, el demandado no puede eximirse de responsabilidad simplemente con la demostración de que el daño no era previsible o podría no haber ocurrido en el normal curso de los acontecimientos. Dice HINTEREGGER que si bien la doctrina de la *equivalencia de las condiciones* protege a la víctima, también quizás establece la responsabilidad cuando parece injusto para el demandado debido a la lejanía del daño. No obstante, la autora reconoce que la jurisprudencia ha intentado mitigar los efectos de esta doctrina pero no ha resultado del todo exitoso a la hora de establecer unas reglas racionales y consistentes que sirvan de excepción a la regla general¹⁷¹⁵.

¹⁷¹² ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 815. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 145.

¹⁷¹³ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁷¹⁴ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 27. Sigue diciendo la autora que «Entre ellos no cabe atribuir a uno o varios un carácter «más causal» que al resto».

¹⁷¹⁵ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 87-88. Pone como ejemplo de la falta de racionalidad de los tribunales el hecho de que (p. 88) «Un número de decisiones de los tribunales inferiores [lower courts] han rechazado la imposición de responsabilidad en los casos donde la responsabilidad podría de otra manera existir teóricamente».

Se ha afirmado que la omisión es *conditio sine qua non* cuando producido el hecho positivo omitido el daño no se habría producido¹⁷¹⁶. Se ha criticado este criterio resulta excesivo, por cuanto de aplicarse: 1) conduciría a una responsabilidad sin límites¹⁷¹⁷, ya que sería posible dirigir la reclamación contra sujetos sólo indirecta o remotamente implicados en el daño, con tal de que eliminada mentalmente su intervención, éste no hubiera acaecido; 2) impediría extender dicha responsabilidad a cualquier sujeto que haya permanecido al margen del curso causal, lo que en ocasiones desembocaría en una falta de indemnización a la víctima; 3) presupone en sí mismo el conocimiento de la existencia o no de la relación causal, por lo que sólo sirve en realidad para confirmar ese dato, o no se comprende en supuestos de causalidad acumulativa o alternativa o daños causados por miembros indeterminados de un grupo; 4) problemas de aplicación práctica de esta teoría en los casos de causalidad alternativa y concurrente¹⁷¹⁸, por cuanto en estos supuestos aun suprimiendo una de las causas, el daño se habría producido igualmente; 5) en casos de responsabilidad por culpa debería exigirse, además, que la conducta fuera negligente¹⁷¹⁹. No obstante las críticas que se le pueden achacar a este método, se le puede alabar que sirva como herramienta con la que generalmente se reconstruye el proceso de nacimiento del daño, sobre todo en el aspecto fáctico de la relación causal, aunque haya sido prácticamente abandonada a la hora de decidir la atribución objetiva de la responsabilidad como criterio de imputación¹⁷²⁰.

También se ha dicho que la falta de acreditación del nexo causal se suele compensar mediante la imputación del daño de alguna omisión negligente, teniendo en cuenta que las omisiones nunca forma parte del nexo causal¹⁷²¹. ARCOS VIEIRA critica que, en estos casos, «puede incluso llegar a descubrirse [...] ocasiones que, si se contradice la existencia de dicha omisión, no existe relación causal», siendo habitual el «método de imputar al demandado una conducta omisiva, calificarla como negligente, y sustituir por esta vía tanto una indemostrable relación causal como el juicio de imputación objetiva, todo ello generalmente bajo la cobertura de una más o menos matizada alusión a una atípica responsabilidad objetiva o por riesgo». La autora se apoya en su argumentación en la STS 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 5646), relativa a un caso de lesiones en la mano de un cliente de un hotel al quedar atrapada en una puerta giratoria del mismo, en la que el TS afirma que dicha puerta que no incumplía las condiciones de seguridad exigidas, ni constaba avería alguna, por lo que «resulta una consecuencia excesiva, [...], ya que la inversión de su prueba, exige un previo soporte fáctico causal que no está probado, al ignorarse las circunstancias precisas del accidente». Nos ha de quedarse con la técnica exagerada por parte de los tribunales de imputar las conductas “que debieron acaecer” para evitar el daño, analizado *ex post*.

¹⁷¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, *op. cit.*, p. 335.

¹⁷¹⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 411. Este principio «conduce a conclusiones que la razón rechaza, pues con él se hace responsable a la persona de todas sus consecuencias –aun remotas y desproporcionadas– que resulten de sus actos».

¹⁷¹⁸ DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, *op. cit.*, p. 335. Y al revés, si se considera que hay autoría múltiple, el daño se está imputando a persona o personas que no lo han causado.

¹⁷¹⁹ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, pp. 29-30, 79.

¹⁷²⁰ *Ibid.*: p. 33.

¹⁷²¹ Por ejemplo, la STS 12.4.2004 (RJ 2004, 2611) trata de un supuesto en el que un trabajador es golpeado en la espalda por un cubo vacío de una grúa que rebotó en el suelo tras caer al mismo a consecuencia de la rotura del cable de sujeción. El TS falló que «resalta de modo incuestionable la entidad de las omisiones de medidas de seguridad y su idoneidad para fundamentar la concurrencia de nexo causal con el resultado producido –juicio de imputación objetivo–, con independencia, hasta ese momento del discurso judicial, de la imputación subjetiva».

b) *Causalidad jurídica o imputación objetiva del daño. Teorías de la causa próxima, eficiente y adecuada. Omisiones e imputación objetiva.*

Al objeto de superar la teoría de la *conditio sine qua non*¹⁷²² la doctrina se inclinó por el juicio de previsibilidad del curso causal como factor sustancial; «al lado de la causalidad natural y paralelo a él, debe existir un nexo de voluntad que viene dado no sólo por la previsibilidad del resultado, sino también la previsibilidad de todo el desarrollo causal que conduce al evento dañoso», mediante una valoración objetiva que se hará de acuerdo con el criterio general del hombre medio. Sin olvidar las teorías que se inclinaban por la contraposición entre causa próxima y remota, basada en que el hecho origen de la responsabilidad ha sido causa directa e inmediata del daño. Las principales teorías basadas en el juicio de imputación objetiva son¹⁷²³:

- *Criterio del ámbito de protección de la norma infringida.* Sirve cuando entre los antecedentes causales del daño se encuentra una conducta que se caracteriza, además, por suponer el incumplimiento de ciertas normas. No obstante, este carácter ilegal (anti-jurídico) de la conducta no confiere, *per se*, especial relevancia de cara a la imputación de las consecuencias, salvo cuando la existencia de la norma se justifica en la evitación de los daños de naturaleza del producido. En Alemania, puede servir para imputar los daños ocasionados en el ámbito del § 823 II BGB.

- La *causa próxima* es aquella que temporalmente se halla más próxima al resultado, condenando a resarcir las consecuencias que se manifiestan inmediatamente en el momento del hecho dañoso. Las objeciones se centran en que no siempre es la causa del evento la última circunstancia actuante, sobre todo en aquellos casos en los que las condiciones se presentan con cierta complejidad. Teoría que parece haber sido acogida en el art. 1123 C.c. italiano, al limitar el resarcimiento del daño a las consecuencias inmediatas y directas del cumplimiento. En EEUU, los casos de negligencia requieren una relación causal próxima entre la falta y el daño actual. La causa próxima se establece cuando existe un elemento material o un factor sustancial causante del daño y cuando la conexión entre la acción y el daño es previsible¹⁷²⁴.

- La *causa eficiente*, desde un punto de vista cuantitativo, es aquella que ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado, la más eficaz o activa. Desde el punto de vista cualitativo, se considera causa al antecedente que desde el principio está contenido el efecto, por su mayor eficacia interna. Esta teoría ha tenido una buena aceptación por parte de la doctrina¹⁷²⁵.

- La *causa adecuada*, de mayor aceptación, parte de la distinción entre causa y simples condiciones, por lo que no es causa cualquier condición del evento, sino aquella que es idónea para determinarlo, de donde se colige que son efectos o consecuencias del obrar del agente los que se verifican según el curso ordinario de la vida. La causa adecuada produce efectos típicos; en cambio la causa fortuita o casual produce efectos atípicos y no existe responsabilidad¹⁷²⁶.

¹⁷²² ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 84. DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños, op. cit.*, pp. 336-338.

¹⁷²³ STS 2.3.2000 (RJ 2000, 1304).

¹⁷²⁴ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 386.

¹⁷²⁵ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 174.

¹⁷²⁶ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 80. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 87. ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *op. cit.*, p. 654. MOSSET ITURRASPE, J.: *op. cit.*, pp. 360, 363. El autor apuesta por la previsibilidad objetiva. REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 229. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 215-218. SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 315. En la jurisprudencia, 27.10.1990 (RJ 1990, 8053), 2.3.2000 (RJ 2000, 1304)

Se colocará el acontecer causal procedente del hombre en una relación con su voluntad, es decir, únicamente podrá decirse que se domina por la voluntad esa evolución causal cuando esa misma es previsible¹⁷²⁷. Un importante número de sentencias viene a coincidir en que a la relación fáctica es preciso aplicar el principio de causación adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente¹⁷²⁸:

«que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad¹⁷²⁹; debiéndose entender por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a conocimientos normalmente aceptados¹⁷³⁰; debiendo de valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente, que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido; no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo».

Se debe negar la imputación objetiva cuando la producción del evento dañoso causado por la conducta del responsable habría sido descartada, como excepcionalmente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión en el mismo momento en el que el dañante se dispuso a realizar la conducta causante del daño. Se trata de un criterio que hace uso de la imprevisibilidad como causa de exoneración de la responsabilidad. Se trata de un juicio de probabilidad de que una determinada causa venga seguida por un cierto resultado, estableciendo un juicio de previsibilidad, prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido (previsibilidad abstracta) como medida de adecuación, que no hay que confundir con el juicio de previsibilidad en sede de imputación subjetiva (el sujeto pudo o no prever las consecuencias de la conducta). Habrá que preguntarse si la acción u omisión era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas, de acuerdo con la experiencia de la vida. Cobra especial importancia el papel del estado actual de la ciencia, pues existen hoy en día muchas consecuencias que no se pueden conocer y que, por tanto, son inexigibles incluso para un experto en la materia¹⁷³¹. Esto provoca que las teorías tradicionales en las que se analiza la atribución desde un punto fáctico, pierdan relevancia en favor de aquéllas que tienen en cuenta criterios de imputación jurídicos basados no en la certeza de la relación causa-efecto, sino en una mera probabilidad de su existencia¹⁷³². No obstante, esto no debe impedir que la relación de causalidad deba ser considerada procesalmente como una cuestión de hecho, ya que une dos cuestiones de hecho (actividad ilícita y daño) y valora jurídicamente datos fácticos¹⁷³³.

¹⁷²⁷ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 215-218.

¹⁷²⁸ SSTs 20.6.1979 (RJ 1979, 2907), 18.10.1979 (RJ 1979, 2907), 7.11.1981 (RJ 1981, 4632), 10.2.1988 (RJ 1988, 774), 11.3.1988 (RJ 1988, 774), 17.12.1988 (RJ 1988, 9476), 27.10.1990 (RJ 1990, 8053), 2.3.2000 (RJ 2000, 1304).

¹⁷²⁹ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 287-288. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 98.

¹⁷³⁰ ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad...”, segunda parte”, *op. cit.*, p. 654. VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, p. 199.

¹⁷³¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *op. cit.*, pp. 31-32.

¹⁷³² AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 454. Según la autora «Es necesario que el daño sea consecuencia razonable del hecho». GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 165. SAP de Tarragona 21.9.1999 (AC 1999, 7073).

¹⁷³³ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 166-167.

En mi opinión, debe quedar claramente diferenciados el juicio de previsibilidad que se hace para determinar la imputación objetiva del daño, que se realizará *ex post* y de una manera abstracta, y el juicio de previsibilidad de la imputación subjetiva del daño, que se hará *ex ante* y como reproche personal. No obstante, ello no significa que no exista relación alguna entre ambos expedientes. Por ejemplo, si un agente comete un daño actuando de forma negligente (análisis subjetivo), difícilmente podrá exonerarse de responsabilidad alegando que el resultado dañoso era imprevisible con respecto a un determinado curso causal (análisis objetivo).

En casos de responsabilidad subjetiva la imputación del daño irá ligada a la idea de previsibilidad; sin embargo, en un sistema objetivo de responsabilidad este requisito no juega, por lo que la imputación de daño se amplía, acercándose a un enfoque casi puramente material, de tal manera que habiéndose probado que el acto u omisión fue la causa del daño, la imputación de éste al agente es casi automática, reduciéndose solamente a casos de inevitabilidad como causa de exención¹⁷³⁴. En estos casos ha de poder delimitarse la imputación del daño en relación con la idea de control del riesgo y del peligro específico que sobre él recae¹⁷³⁵. En casos de responsabilidad objetivada, el juicio de previsibilidad quedará reducido a la mínima expresión.

C) Aspectos probatorios de la relación de causalidad.

Es necesario distinguir la adecuación referida a la prueba del nexo, que se realiza a través del denominado *juicio de probabilidad* y, más en general, de las *presunciones*, de la adecuación referida a la imputación objetiva, que se basa en juicios de probabilidad acerca de la relación existente entre una causa y un resultado (o daño). En el primer caso permite calcular la probabilidad de que un antecedente ha sido causa del daño cuando esto no puede probarse de forma directa, lo que permite incorporar a la cadena causal elementos nuevos. En cambio, aplicada en relación con la imputación objetiva permite valorar en qué medida una causa ya acreditada suele encontrarse normalmente entre las que preceden a un tipo de daño, ayudando a distinguir que ciertos antecedentes lo son únicamente por la combinación de circunstancias extraordinarias, mediante la aplicación de la causa adecuada¹⁷³⁶.

a) *Facilidades en la prueba de la relación de causalidad material: el criterio judicial de la probabilidad cualificada y las presunciones.*

Para la declaración de responsabilidad civil extracontractual es precisa la existencia de una prueba terminante¹⁷³⁷, esto es cierta, relativa a la existencia del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos¹⁷³⁸, y sin que, en cualquier caso, pueda quedar desvirtuada por la aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba¹⁷³⁹.

¹⁷³⁴ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 155-156.

¹⁷³⁵ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 313.

¹⁷³⁶ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 88.

¹⁷³⁷ SSTS 20.2.2003 (RJ 2003, 1174), 12.2.2003 (RJ 2003, 1010), 2.3. 2000 (RJ 2000, 1304).

¹⁷³⁸ En la doctrina, VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, p. 205. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 157-158. En la jurisprudencia, SSTS 1.6.1996 (RJ 1996, 4763), 8.2.2000 (RJ 2000, 1235), 7.6.2002 (RJ 2002, 5216), 26.11.2003 (RJ 2003, 8354); SAP Sevilla 20.4.2011 (JUR 2011, 374515).

¹⁷³⁹ STS de 29.6.2001 (RJ 2001, 1470)

La regla general impone al demandante la carga de probar que el/los demandado/s la base fáctica del nexo causal¹⁷⁴⁰, según los arts. 1214 C.c. («Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de la extinción al que la opone») y 217.2 LECiv («Corresponde al actor y al demandado reconvigente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondientes a las pretensiones de la demanda y de la reconvención»). A este requisito no alcanza la presunción inherente a la inversión de la carga de la prueba¹⁷⁴¹. Por otro lado, cuando se aplica la prueba de presunciones a los daños ocasionados por actividades de riesgo basta con probar un hecho cierto y que existe probabilidad de nexo causal¹⁷⁴².

En las inmisiones más modernas, como las producidas por campos electromagnéticos o radiaciones ionizantes provenientes de antenas y teléfonos móviles, no es fácil acreditar la relación de causalidad¹⁷⁴³.

La teoría de la *conditio sine qua non* es revisada por un sector doctrinal que manifiesta la crisis de la aplicación de criterios meramente científicos, sobre todo dada la dificultad que representa para la víctima la necesidad de aportar una prueba terminante del nexo causal en aquellos supuestos en los que la actividad productora de los daños se caracterice por una notable complejidad técnica ajena al demandante, por ejemplo en el caso de inmisiones, y especialmente de las producidas por ruido¹⁷⁴⁴. Los Tribunales aplican recursos que matizan el rigor de la prueba terminante de la relación causal atenuando su exigencia a través del *criterio de la probabilidad cualificada*¹⁷⁴⁵, así como amparándose en la aplicabilidad de la *prueba de presunciones*¹⁷⁴⁶, tal y como posibilita el art. 386 de la LEC¹⁷⁴⁷. Si la relación causal se basa en términos de probabilidad, se favorece la presunción causal, medida de acuerdo con las circunstancias del caso¹⁷⁴⁸, por la cual cuando no se pueda probar con exactitud la causa del daño es el agente quien debe probar su propia diligencia¹⁷⁴⁹.

¹⁷⁴⁰ SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 315. VERDERA SERVER, R. y otros: *loc. cit.* SSTS 8.2.2000 (RJ 2000, 1235), 21.1.2003 (RJ 2003, 1361), 23.9. 2004 (RJ 2004, 5890).

¹⁷⁴¹ STS 30.6.2000 (RJ 2000, 5918), 14.2.1985 (RJ 1985, 552), 11.2.1986 (RJ 1986, 554), 20.7.2006 (RJ 2006, 4740); SAP Sevilla 20.4. 2011 (JUR 2011, 374515).

¹⁷⁴² STS 19.12.1992 (RJ 1992, 10703).

¹⁷⁴³ ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *op. cit.*, p. 654.

¹⁷⁴⁴ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 158, 160.

¹⁷⁴⁵ Según SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 318, esta técnica se usó en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la Responsabilidad Civil por los Daños y Perjuicios causados al Medio Ambiente originados por los Residuos, que estableció que «el demandante deberá probar el daño o los perjuicios causados al medio ambiente y establecer la existencia de una considerable probabilidad de presencia del nexo causal entre los residuos del productor y el daño sufrido o, en su caso, los perjuicios causados al medio ambiente». En la jurisprudencia, la STS 7.10.2004 (RJ 2004, 6692) dispone que «si bien no hay certeza absoluta, la relación causal aparece como probable en un juicio de probabilidad cualificada, sin que se proporcione una hipótesis alternativa de similar intensidad».

¹⁷⁴⁶ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, pp. 44, 84. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 22

¹⁷⁴⁷ Art. 386.1 LEC: «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o el demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

¹⁷⁴⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 816. Indica la autora «La introducción de estas referencias a la probabilidad (y no a la adecuación) vendría justificada sobre la base de que la evidencia científica referente a los efectos ambientales de las sustancias y agentes no es determinista sino estadística». VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, p. 205.

¹⁷⁴⁹ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(I)”, *op. cit.*, pp. 815-817. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 340-342, 434-435. JORDÁ CAPITÁN, E.: *El*

El desplazamiento del *onus probandi* –hablándose en la práctica de inversión de la carga de la prueba–, se producirá siempre que concurren una o varias de las siguientes circunstancias especiales: 1) *doctrina de la mayor facilidad probatoria*, cuando se dan las condiciones oportunas para la operatividad de las reglas especiales de la carga de la prueba, teniendo presente «la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio» (art. 217.7 LEC), siendo necesaria en materia de DCC, dada la dificultad probatoria de los perjudicados para conocer con exactitud las características del proceso dañoso. 2) Resultado desproporcionado o anómalo, del que se desprende la culpabilidad del actor en virtud de la regla “*res ipsa loquitur*”, especialmente útil en materia de inmisiones que resulten excesivas en razón de la gravedad del daño, así como en cualquier tipo de DCC con resultado de daños a la salud. 3) Generación o mantenimiento de una situación de riesgo en cuyo ámbito se ha producido un daño coherente con la misma¹⁷⁵⁰, lo que puede ser aplicado en la mayoría de daños civiles por contaminación ocasionados por actividades industriales o instalaciones que sean calificadas como peligrosas.

El juicio de *probabilidad cualificada* corresponderá al juez de instancia, cuya apreciación sólo podrá ser recurrida en casación si fuera arbitraria o contraria a un criterio de legalidad o buen sentido¹⁷⁵¹, dado que este juicio se considera eminentemente fáctico y no susceptibles de valoración jurídica. Este juicio requiere la prueba de que según las circunstancias y los informes aportados, la actividad contaminante es apta para producir el daño, presumiéndose que la actividad del demandado es la causa del daño. En la debida apreciación del nexo causal se puede acudir, en el desarrollo lógico-mental del juzgador, al carácter de la actividad que se realiza y que supone origen último del daño, y que con base a la peligrosidad inherente a la actividad, pueda llevar a la apreciación del nexo entre la actividad y el daño, para lo cual las partes deberán aportar los elementos fácticos que servirán de base para la labor judicial. El problema surge cuando los daños pueden haber sido producido por múltiples fuentes.

El juicio de probabilidad cualificada está íntimamente relacionado con el criterio judicial basado en la *prueba de presunciones*. Este último es especialmente útil en materia de inmisiones ruidosas, donde generalmente los daños son difícilmente acreditables (daños morales). En estos casos, la prueba de presunciones consiste en que la inmisión con unas determinadas características de intensidad y persistencia, es suficiente para que los Tribunales deduzcan la existencia de la lesión del derecho a la tranquilidad en el ámbito domiciliario, que automáticamente supone un daño moral indemnizable. Se tendrán en cuenta: 1) las condiciones cognoscibles de la situación del agente. 2) Causa adecuada entre la causa probable y el daño. 3) No atiende a la sensibilidad personal del molestado, sino al de una persona normal en situación de normalidad¹⁷⁵².

No obstante, la relación causal del daño a otros bienes jurídicos diferentes de los daños morales ha de ser debidamente probada¹⁷⁵³. A pesar de reconocer la utilidad de la *prueba de presunciones*, se ha criticado que el término probabilidad es un poco ambiguo y puede ser objeto de interpretaciones dispares¹⁷⁵⁴.

derecho..., *op. cit.*, p. 319. LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 573. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁷⁵⁰ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, p. 205.

¹⁷⁵¹ STS 30.11.2001 (RJ 2001, 9919).

¹⁷⁵² MARTÍNEZ PEREDA, J. M.: *op. cit.*, p. 1018.

¹⁷⁵³ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁵⁴ SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 318.

El Juez deberá apreciar un cierto grado de verosimilitud en relación con las pruebas suministradas por las partes, con las máximas de la experiencia y el dictamen de los peritos, acudiendo a criterios de sentido común¹⁷⁵⁵. No obstante, esta relación podrá ser probada no únicamente en su propia existencia, sino también en la ausencia de otros hechos que pudieran haber colaborado en la aparición última del daño, por ejemplo que se haya interrumpido el nexo causal¹⁷⁵⁶. Se añade el problema de que a menudo los informes periciales que se aportan no demuestran claramente el daño padecido y además constan informes por parte de la parte de la demandada, de mejor elaboración, e incluso informes de la Administración favorables al demandado. No por casualidad, del análisis de la jurisprudencia advertimos la ausencia de una teoría clara de la causa, lo que ha llevado a los tribunales y a la doctrina a aplicar soluciones concretas para cada caso, con el consiguiente peligro de cierta arbitrariedad¹⁷⁵⁷.

Para “compensar” estos efectos negativos en el demandado se admite la prueba en contrario de conformidad con el art. 386.2 LEC¹⁷⁵⁸. No admitir esta posibilidad, además de ir en contra de este precepto, supondría una derogación del elemento del nexo causal y una indefensión total del demandado¹⁷⁵⁹. Estoy de acuerdo con YANGUAS MONTERO en que la aplicación del art. 217.6 LEC no debe convertirse, sin más, en una presunción de la existencia del perjuicio y del nexo causal en aquellos casos en los que ni siquiera se prueba la conducta que, presuntamente, ha originado el menoscabo. Por ello, por ejemplo, en materia de ruidos, es necesario, al menos, que el demandante acredite, mediante prueba pericial sonométrica, que los ruidos superan los límites máximos establecidos en la normativa administrativa.

En las actividades de riesgo en algunos casos se dulcifica el requisito de la causalidad ante los obstáculos de prueba para el demandante perjudicado por el daño ambiental, proponiéndose la presunción del nexo causal, con inversión de la carga de la prueba¹⁷⁶⁰. En otros, se sugiere que se asiente la causalidad sobre la base de un juicio de verosimilitud, en los casos en los que la probabilidad resulta, además, muy cualificada y próxima a la certeza. También hay jurisprudencia que se refiere a la carga probatoria del demandante del nexo causal, alegando que el nexo causal no puede deducirse de teorías tales como el “*ubi emolumentum ibi onus*”, “*pro damnato*”, “*neminem laedere*” o *ubi commoda eius incommoda*” por servir solamente para la atribución subjetiva de la responsabilidad¹⁷⁶¹.

¹⁷⁵⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁵⁶ MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 247.

¹⁷⁵⁷ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 345; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 148-154. GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, pp. 162-164. SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, p. 288. En la jurisprudencia, se pueden ver algunas expresiones un tanto “vagas, como por ejemplo cuando la STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101) otorga indemnización al considerar que la relación de causalidad no resulta «ilógica o falta de razon»; o la SAP Madrid 24.3.2004 (JUR 2004, 248667) que admite indemnización por considerar que los daños morales se producen a raíz de «consecuencias lógicas según el normal devenir de los acontecimientos».

¹⁷⁵⁸ Art. 386.2 LEC: «Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior».

¹⁷⁵⁹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 161-162.

¹⁷⁶⁰ MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 256. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, p. 41. Según el autor «De *lege ferenda* puede considerarse conveniente la adopción en una futura ley sobre responsabilidad por daño ambiental de una presunción de causalidad semejante a la que aparece en la Ley alemana».

¹⁷⁶¹ STS 20.2.2003 (RJ 2003, 1174).

En mi opinión, la existencia de una responsabilidad por riesgo derivada de actividades anormalmente peligrosas debiera provocar, en la determinación de la relación causal (material) del daño, una presunción de producción del daño, cuando atendiendo a la naturaleza misma del daño o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiado para causarlo, como sucede con los daños medioambientales ocasionados por actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III LRM, o como establecía el art. 10 del Convenio de Lugano o el art. 3.2 APL. En este último se producía una inversión de la carga de la prueba del nexo causal articulada como *expediente de probabilidad como medida de la causa*, fundado en que los efectos dañinos para el medio ambiente vienen relacionados estadísticamente con la probabilidad del resultado, que será más o menos elevada en función de ciertos factores. No obstante, para adoptar esta solución es necesaria la creación de un listado de actividades peligrosas¹⁷⁶², que serviría también para declarar la responsabilidad estricta o para asegurar la reparación del daño. En materia de daños nucleares la relación de causalidad se centra entre la persona y el riesgo en cuyo entorno se da origen el daño¹⁷⁶³.

El § 6.1 de la *UmweltHG* alemana¹⁷⁶⁴ establece la presunción de causalidad entre el daño y una instalación, cuando ésta «dadas las circunstancias del caso particular»¹⁷⁶⁵, sea apropiada para originar el daño producido», ya que las empresas que rechacen la reclamación estarán obligadas a demostrar que no son las causantes del daño irrogado¹⁷⁶⁶. Sin embargo, no se aplica esta regla si la instalación se explota de conformidad con las disposiciones vigentes, para lo cual deberá cumplir con los deberes especiales de la explotación¹⁷⁶⁷ y siempre y cuando no exista anomalía alguna en dicha explotación, lo que premia el “buen hacer” de las empresas. Se excluye también la presunción de causalidad cuando haya otra circunstancia apropiada para generarlo (adecuado a las circunstancias del caso particular). Se ha afirmado que la *UmweltHG* no establece una responsabilidad objetiva propiamente dicha, sino que parte de una presunción de causalidad, que es en sí, una técnica de objetivación de la responsabilidad¹⁷⁶⁸. De esta manera, se establece un juego de presunciones vinculado a la adopción de las medidas correctoras y a la forma de explotación según la normativa administrativa.

¹⁷⁶² CAMPOS-DÍAZ BARRIGA, M.: *op. cit.*, p. 121. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a.: *op. cit.*, p. 173.

¹⁷⁶³ CARRO DEL CASTILLO, J. A.: “La responsabilidad civil en la industria nuclear”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Ed. Musini, Madrid 1994, p. 357.

¹⁷⁶⁴ Según el § 6.1 se tendrá en cuenta «(...) el funcionamiento de la empresa, los dispositivos utilizados, el tipo y concentración de los materiales almacenados y revertidos, las condiciones meteorológicas según el tiempo y lugar de la producción del daño, así como las restantes circunstancias que en el caso concreto hablen a favor o en contra de la causación del daño».

¹⁷⁶⁵ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 349. Sentencia del BGH de 17 junio 1997, Az: VI ZR 372/95, Neue Juristische Wochenschrift 1997, 2748).

¹⁷⁶⁶ MONTI, A.: *Riesgos ambientales y seguros...*, *cit.*, p. 28. CAÑIZARES LASO, A., Y RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: *op. cit.*, p. 211. Según los autores: «Los perjudicados deben establecer la conexión entre la fuente de las sustancias nocivas, la instalación y el lugar del daño, y conducir la prueba en el sentido de que en las sustancias nocivas liberadas y los mencionados daños existe una relación de lugar y tiempo».

¹⁷⁶⁷ Los deberes especiales de la explotación son aquellos que derivan de las licencias administrativas o de las cargas impuestas a éstas, de los mandamientos ejecutivos y de las disposiciones legales que intenten evitar dichos efectos en el medio ambiente y tengan relación con la causación del daño. Se presumirán cumplidos estos deberes especiales cuando: 1. Los controles se hayan realizado en el período de tiempo en el que el efecto en el medio ambiente en cuestión pudo ser originado por la instalación, y de estos controles no se haya desprendido ningún indicio de la infracción de los deberes de explotación. 2. En el momento del ejercicio de la pretensión de indemnización de los daños hayan transcurrido más de diez años del efecto medioambiental en cuestión.

¹⁷⁶⁸ GUIDO VILLEGAS, S.: *op. cit.*, p. 17.

La capacidad de una instalación para haber ocasionado o no el daño deberá, en cada caso concreto, ser determinado bajo la base de los procesos operacionales, el equipo y facilidades utilizadas, el tipo y concentración de materiales empleados y descargados, las condiciones meteorológicas, el tiempo y lugar en que el daño ocurrió. Es decir, habrá que estar a la naturaleza, la extensión del daño causado y todas las demás circunstancias, que en el caso dado, sugieran que el daño ha sido o no ocasionado por dicha instalación¹⁷⁶⁹. Por ello, si otra circunstancia es “inerentemente adecuada” para causar un daño, la presunción se rechaza, lo mismo que sucede en los supuestos de atribución de responsabilidad solidaria. El problema es que cuanto más abierta sea la construcción de la inerencia de la actividad para causar el daño, más argumentos de defensa tendrá el demandado para rechazarla¹⁷⁷⁰. También surgirán problemas, según MARTÍN VIDA, en los casos de que el daño haya sido causado por omisión, ya que se deberá probar que el agente estaba en posición de evitar la lesión, a modo de obligación «bien porque creó una situación de peligro, bien porque estaba en situación de controlar el peligro existente, o bien, aunque más discutible, porque, como propietario de la cosa emitente, está obligado a ello».¹⁷⁷¹ Con base a estas exclusiones, GOMIS CATALÁ concluye que el sistema alemán es bastante limitado¹⁷⁷².

b) *Flexibilidad en la apreciación de la imputación objetiva. Criterios de razonabilidad aplicados a las circunstancias del caso concreto.*

En la prueba de la causalidad adecuada (juicio de imputación objetiva) es difícil cuantificar la medida de la adecuación de la probabilidad de que una acción vaya seguida de un efecto, a falta de estadísticas fiables en la materia, por lo que los tribunales suelen calificar un factor causal como adecuado con base a valoraciones de razonabilidad o normalidad a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁷⁷³, lo que no es incompatible con el criterio de la causalidad adecuada, si bien ello añade un factor de incertidumbre, como por ejemplo, confundiendo las cuestiones de nexo causal, imputación (objetiva y subjetiva), carga de la prueba, etc.¹⁷⁷⁴. Los Tribunales suelen adoptar una posición realista y ajustada a las circunstancias de cada caso para determinar cuál es la causa, para lo cual no se contemplan todas las causas desde el punto de vista fáctico, sino sólo aquellas que pueden ser imputadas al presunto autor¹⁷⁷⁵. Otras sentencias rechazan la aplicación de una única teoría limitándose a acudir a las circunstancias específicas del caso, según las condiciones del evento acaecido¹⁷⁷⁶, sin que esto signifique que la cadena causal se pueda llevar más allá de lo que resulte razonable. De esta forma, «se intenta dar respuesta a la pregunta sobre si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona»¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁶⁹ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁷⁷⁰ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 350.

¹⁷⁷¹ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁷² GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *loc. cit.*

¹⁷⁷³ SAP Tarragona 21.9.1999 (AC 1999, 7073).

¹⁷⁷⁴ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, pp. 97-98. STS 11.11.2004 (RJ 2004, 6898).

¹⁷⁷⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 88. ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *op. cit.*, p. 654.

¹⁷⁷⁶ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 163. DÍEZ-PICAZO, L.: “La responsabilidad civil hoy”, *op. cit.*, p. 736. En la jurisprudencia, SSAP de Tarragona 21.9.1999 (AC 1999, 7073); Albacete 4.11.2003 (JUR 2004, 49901).

¹⁷⁷⁷ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 156-157.

En ocasiones, la doctrina y la jurisprudencia utilizan el criterio del “buen sentido” para la determinación del nexo causal, inspirándose en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como límite de la responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal¹⁷⁷⁸. La STS 14.7.1982 (RJ 1982, 4237) señala que la causa adecuada y determinante del daño es aquella que, aun concurriendo con otras, sea la decisiva y la determinante del evento dañoso, en relación con las circunstancias del caso y el buen sentido». La STS 19.12.1992 [RJ 1992, 10703] establece que, «la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal».

Esta flexibilidad tiene el inconveniente de la imprecisión en la utilización de conceptos jurisprudenciales, o la no explicitación de los criterios de imputación. Los Tribunales deberían realizar un esfuerzo tendente a señalar, de forma razonada, los motivos que han conducido a individualizar una causa determinada. Sólo así, la posición realista puede resultar idónea¹⁷⁷⁹. Se llega a extremos de considerar como criterio inseparable para determinar el nexo causal el de la apreciación de la culpa, lo que demuestra que no considera aisladamente la mera sucesión causal de acontecimientos y que ésta es indiferente si no lleva consigo imputabilidad para alguien¹⁷⁸⁰.

2) Causales exonerativas de responsabilidad (*in lato sensu*).

Las eximentes de responsabilidad interrumpen una de las relaciones de imputación, fáctica (relación causal) o jurídica (atribución) del hecho previsto por la norma jurídica, impidiendo que se verifique la conexión necesaria entre el daño y el hecho dañoso o entre el daño y el sujeto responsable, respectivamente. En cualquiera de los dos casos, se interrumpe el proceso de asignación de la responsabilidad: en el caso de la relación de causalidad siempre admite interrupción por causa eximente. La relación de atribución puede o no admitir interrupción por causa eximente, ya que es la propia norma la que establece bajo que factor de atribución se atribuye dicha responsabilidad y cuales son las causas que la interrumpen.

A) *Motivos generales de interrupción del nexo causal.*

La relación causal (*in lato sensu*) se interrumpe cuando entre la acción u omisión del agente presuntamente responsable y el resultado causado, existe un acontecer ajeno a la voluntad de aquél que desvirtúa o influye en el curso causal¹⁷⁸¹: 1) la imprevisibilidad y la inevitabilidad del caso fortuito o fuerza mayor¹⁷⁸²; 2) el hecho de tercero (matizando los supuestos en los que se produce una pluralidad de responsables); y 3) la culpa exclusiva de la víctima. El art. 7:102 EPTL recoge las causas de exoneración en casos de responsabilidad objetiva: «(1) La responsabilidad objetiva puede ser objeto de exoneración total o parcial si el daño fue causado por una imprevisible e irresistible: (a) fuerza de la naturaleza (fuerza mayor), o (b) conducta de un tercero».

¹⁷⁷⁸ CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario a la sentencia de 11 de marzo de 1988”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 17, abril-agosto 1988, pp. 379-388.

¹⁷⁷⁹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 154-155.

¹⁷⁸⁰ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷⁸¹ CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 147. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, pp. 98-99. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 164.

¹⁷⁸² STS 10.3.1992 (RJ 1992, 1823);

La quiebra del nexo causal en los casos de fuerza mayor y caso fortuito es una de las principales causas de oposición de los demandados junto a la relativa a que se había comportado diligentemente. No obstante, la más frecuente es la culpa exclusiva de la víctima, según recoge la jurisprudencia mayoritaria¹⁷⁸³, como por ejemplo cuando exista una gran desproporción o la actuación de la víctima es de tal gravedad que anula o absorbe aquélla. En cualquier caso, las causas relativas al hecho de tercero y de la culpa de la víctima, pueden provocar una reducción de la responsabilidad de aquéllos, plasmada en la reducción de la indemnización.

a) *Fuerza mayor y caso fortuito.*

Nuestro ordenamiento civil no distingue de un modo general entre caso fortuito y fuerza mayor, por lo que basta con tener en cuenta que, en virtud del art. 1.105 C.c.¹⁷⁸⁴, son dos los criterios que sirven para exonerar de responsabilidad civil en cuanto que rompen en nexo causal: la imprevisibilidad, por la cual el sujeto debe haber actuado con la diligencia máxima para exonerarse, y la inevitabilidad, como criterio subsidiario del anterior, es decir, cuando el hecho era previsible¹⁷⁸⁵. No obstante, como bien apunta De MIGUEL PERALES, por definición, cualquier acto que pueda incluirse en el círculo de actividad del sujeto agente no podrá interrumpir el nexo causal, ya que por su propia naturaleza, al estar en el ámbito de actividad del agente, debería haber sido previsto por éste¹⁷⁸⁶, lo que dificultará aplicar el caso fortuito como causal exoneratoria de la responsabilidad, sobre todo en la responsabilidad por riesgo.

La fuerza mayor se aplica en cualquier tipo de sistema de atribución de responsabilidad civil extracontractual (por culpa, por riesgo, objetiva) y, se caracteriza por producirse por sucesos inevitables producidos como consecuencia de acontecimientos extraordinarios, cuya carga probatoria recaerá sobre el industrial y no sobre el perjudicado. Se trata de un hecho ajeno a la esfera de control y protección del sujeto responsable, imprevisible e inevitable, mientras que el caso fortuito el sujeto agente sí tiene control sobre las causas¹⁷⁸⁷. La diferencia entre una y otra causa radica en la esfera de control (y protección) del responsable y no en la resistencia o previsión del acontecimiento, pues en ambos casos el acontecimiento es imprevisible o inevitable¹⁷⁸⁸. Según AMAT LLARÍ «El caso fortuito implica un impedimento que puede superarse. Supone el fracaso de las medidas que se han adoptado para evitar el daño, mientras que la fuerza mayor supone un hecho que excede por completo de la posibilidad de prever. El caso fortuito deriva de un hecho humano, mientras que la fuerza mayor se debe a un hecho de la naturaleza y, por tanto, totalmente ajeno a la actividad»¹⁷⁸⁹. En mi opinión, el daño producido por el caso fortuito puede ser una consecuencia razonable de la actividad, a diferencia del producido por la intervención de fuerza mayor.

¹⁷⁸³ SSTS 25.10.2000 (RJ 2000, 8550), 3.12.2001 (RJ 2001, 9857), 24.7.2002 (RJ 2002, 6490), 24.1.2003 (RJ 2003, 612).

¹⁷⁸⁴ Art. 1.105 C.c.: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

¹⁷⁸⁵ LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 98.

¹⁷⁸⁶ DE MIGUEL PERALES, C.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 76-77.

¹⁷⁸⁷ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, pp. 454-455. Según la autora, la fuerza mayor es extraña a la actividad, incluso una actividad carente de peligro puede producir daños si interviene una fuerza extraña.

¹⁷⁸⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁷⁸⁹ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 91-92.

Respecto de los daños civiles por contaminación se ven sentencias en las que se exime de responsabilidad por la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor sin que se aprecie ninguna especialidad respecto a otro tipo de perjuicios. Incluso, según YANGUAS MONTERO, podrán aplicarse estas causales exoneratorias entre la conducta y el daño no patrimonial, dado que –dice- existen unos perjuicios derivados de una responsabilidad objetiva –se refiere más bien a los casos de inmisiones-, donde no importa la no existencia de culpa en el causante, por lo que la controversia se dilucidará en el terreno de la imprevisibilidad o inevitabilidad¹⁷⁹⁰.

El *caso fortuito* consiste en un límite a la diligencia que debe desplegar el causante del daño en relación con la producción del resultado lesivo y con los deberes de prevención y evitación que recaen sobre él. En cuanto al deber de prevención, se debe prever un tipo genérico de daño (el que típicamente suele producir la actividad) desplegado con un nivel de diligencia medio (máxima en el caso de daños civiles y medioambientales por contaminación). No obstante, existe jurisprudencia que indica que cuando no haya intervenido en el daño culpa por parte del demandado sino que el mismo fue debido a un imprevisible acaecimiento, deberá excluirse la responsabilidad¹⁷⁹¹, por evidenciarse que ninguna medida preventiva hubiera sido suficiente¹⁷⁹².

Existe una corriente doctrinal y jurisprudencial¹⁷⁹³ que, en materia de responsabilidad por riesgo, niegan como causa de exclusión el caso fortuito, ya que se produce como consecuencia de la naturaleza de la actividad, que precisamente es peligrosa porque es previsible que produzca daños, en función del destino del local o de la maquinaria¹⁷⁹⁴. Según AMAT LLARÍ «El caso fortuito es, en principio, imprevisible, pero cuando se trata de una actividad que comporta un riesgo de inmisión el caso fortuito es siempre previsible. La experiencia industrial permite prever un número determinado de casos fortuitos al año, por tanto, el daño es perfectamente previsible globalmente. Una actividad es peligrosa cuando con el concurso de ciertas circunstancias, aunque no sean frecuentes, puede producir el daño y en principio en toda actividad que acaba generando inmisiones podía preverse más o menos remotamente el peligro»¹⁷⁹⁵. De hecho, se ha criticado que en los fenómenos inmisivos no pueden darse las causas de exoneración del nexo causal basadas en el caso fortuito y la fuerza mayor, dado que generalmente no se producirán en virtud de un solo acto, a diferencia de lo que sucede con el resto de los DCC ocasionados un escape desconocido para el operador¹⁷⁹⁶. En mi opinión, puede influir circunstancialmente el hecho de que la contaminación en las inmisiones sea diferida en el tiempo, pero ello no quiere decir necesariamente que deba entenderse excluido el supuesto de fuerza mayor, por cuanto podría este supuesto ser de aplicación a todo tipo de responsabilidad. Otra cuestión es que la responsabilidad civil por inmisiones del art. 1908.2º C.c. (humos excesivos y nocivos) no se exonera con la prueba de la diligencia y, por tanto, alegando caso fortuito, pero sí se podrá exonerar en casos de fuerza mayor o la culpa exclusiva de un tercero o concurrencia de culpas¹⁷⁹⁷.

¹⁷⁹⁰ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 164-166.

¹⁷⁹¹ STS 15.12.1996 (RJ 1996, 8979).

¹⁷⁹² STS 12.9.2002 (RJ 2002, 8555).

¹⁷⁹³ SSTs 28.6.1979 (RJ 1979, 2553), 18.11.1980 (RJ 1980, 4143), 6.5.1983 (RJ 1983, 2670), 11.5.1983 (RJ 1983, 2683).

¹⁷⁹⁴ AMAT LLARÍ, Mª E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 455.

¹⁷⁹⁵ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 91-92.

¹⁷⁹⁶ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 331.

¹⁷⁹⁷ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: *op. cit.*, p. 183.

b) *Culpa exclusiva de la víctima e intervención de tercero.*

La culpa de la víctima es una causal exoneratoria por la cual el demandado puede descargar la carga de la prueba en el demandado, ya que éste deberá probar lo que alega (que la causa es de un tercero). Si bien podría actuar como causa de quiebra del nexo causal, normalmente se aplica amortiguando la responsabilidad del demandado mediante una rebaja en la indemnización¹⁷⁹⁸.

Cuando existe una negligencia de la víctima hay que distinguir los supuestos de culpa exclusiva de los de concurrencia de culpas¹⁷⁹⁹. En el primer caso se rompe la relación de causalidad, ya que se anula la culpa del agresor, originando una absorción de culpas. En estos casos, la absolución del supuesto responsable (al menos en el régimen de atribución basado en la culpa) tendrá que venir justificada por la circunstancia, de que este presupuesto responsable no ha incurrido en culpa alguna¹⁸⁰⁰; el hecho de que el sujeto agente sea susceptible de responder objetivamente no implica en modo alguno que no deba tenerse en cuenta la conducta del perjudicado¹⁸⁰¹, si bien aquél no podrá exonerarse en caso de culpa exclusiva del perjudicado.

En cambio, cuando el daño sea resultado de conductas concausales, todas ellas reprochables culpabilísticamente, se produce una moderación del causal indemnizatorio, debiendo discernir el grado y naturaleza del respectivo aporte de culpabilidad y deducir, por vía de compensación, la disminución del *quantum* de la indemnización¹⁸⁰². La conducta del perjudicado ha contribuido al resultado dañoso en la misma medida de la intensidad y carácter de su aportación a la producción del daño, ya que es deber del dañado, impuesto por la buena fe (art. 7.1 Cc.) abstenerse de conductas que agraven su situación en un cálculo de previsibilidad normal, sobre todo si con su conducta riesgosa ha contribuido a la causación del daño. En muchas ocasiones se aplica el art. 1103 C.c. a la facultad de moderación de los tribunales¹⁸⁰³, que dispone que: «La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos». Sin embargo, un sector de la doctrina cree que no es necesario la aplicación de este artículo en materia de concurrencia de culpas, por otra parte ubicado en sede de responsabilidad contractual, siendo suficiente la invocación del art. 1902 C.c.¹⁸⁰⁴.

¹⁷⁹⁸ En la STS 17.3.1981 (RJ 1981, 1009) se da una rebaja en el quantum indemnizatorio dado que los daños sufridos por la víctima, además de influir en ellos se producen por descuido y abandono de los cultivos dañados por parte de ésta.

¹⁷⁹⁹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 168.

¹⁸⁰⁰ STS 13.12.2007 (RJ 2007, 8928); SAP Asturias 2.6.2006 (AC 2006, 1032).

¹⁸⁰¹ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, op. cit., p. 183.

¹⁸⁰² LLODRÀ GRIMALT, F.: op. cit, p. 99. En la jurisprudencia la SAP Castellón 21.10.2000 (JUR 2001, 159740) establece la concurrencia de causas en el lamentable estado actual del arbolado que, junto con la intoxicación causada por las inmisiones producidas en una industria del demandado contigua a la finca afectada, se advierten otras causas en la producción del daño, lo que lleva a ajustar el *quantum* indemnizatorio. O la SAP Madrid 25.1. 2008 (AC 2008, 520) en la que se recoge un supuesto de disminución de la cuantía indemnizable a favor del demandante perjudicado por molestias procedentes de las obras de instalación de un local y del desarrollo de su actividad hostelera debido a que el demandante solicitó al propietario del local que realizase obras de insonorización en el mismo, tras lo cual éste accedió y a partir de dicha fecha dejan de constar protestas del actor, así como constan negativas a la posibilidad del demandado de efectuar mediciones en su vivienda.

¹⁸⁰³ SSTS 21.6.1985 (RJ 1985, 3308), 7.10.1988 (RJ 1988, 7388) 1.2.1989 (RJ 1989, 650), 12.7.1989 (RJ 1989, 5606), 26.3.1990 (RJ 1990, 1731), 7.6.1991 (RJ 1991, 4431), 24.12.1992 (RJ 1992, 10656), 17.5.1994 (RJ 1994, 3588), 5.10.2006 (RJ 2006, 8705), 17.7.2008 (RJ 2008, 4483).

¹⁸⁰⁴ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 169.

La relevancia de la intervención en la cadena causal de la propia víctima ha de verse dentro del análisis de la imputación objetiva del daño, sobre todo la determinada por el criterio de la causalidad adecuada¹⁸⁰⁵, y no tanto en la fáctica de la de la relación causal, ya que en virtud de la teoría de la *conditio sine qua non* la víctima nunca resultaría ajena al proceso causal del daño que se reclama. No obstante, la jurisprudencia no proporciona ningún método de actuación para casos semejantes, sino que se limita a describir el resultado final de la valoración judicial, por lo que no existen parámetros que permitan diagnosticar este tipo de supuestos, ni en cuanto a las características que debe revertir la intervención del tercero para atraer, al menos parcialmente, la imputación del daño, ni en cuanto a los fundamentos que justifica que en unos casos ese exonere o se establezca la concurrencia de la responsabilidad¹⁸⁰⁶.

Según la STS 4.11.2011 (RJ 2001, 1301) los efectos de la culpa de la víctima en la relación causal pasan por seguir los siguientes tres criterios: 1) el de la absorción, que se manifiesta en que la culpa del perjudicado absorbe totalmente la del agente o viceversa; 2) el de la neutralización o compensación total de las culpas, cuando fuesen de igual grado e idéntica; y 3) el de la moderación, cuando al resultado han contribuido causalmente tanto el comportamiento del agente como el de la víctima o el de un tercero, con un distinto grado de concurrencia. Un supuesto de culpa exclusiva de la víctima se puede ver en la STS 12.1.2011 (RJ 2011, 305), que recoge un caso de inmisiones ruidosas producidas por una industria en pleno cumplimiento con la normativa jurídico-pública y la instalación de las viviendas de los demandantes en suelo no residencial, por lo que se podría decir que fueron las propias víctimas las que acudieron a la propia inmisión, y no al revés (FD 9º), afirmando que quien construye en una zona no residencial contigua a una industria sabe, o debe saber, a qué se expone¹⁸⁰⁷.

Los Tribunales deben moderar la responsabilidad del primero y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado, atribuyendo proporciones en la causación del daño, y como consecuencia, de resarcirlo mediante indemnización.¹⁸⁰⁸ En la mayoría de casos la conducta de la víctima es considerada negligente o imprudente en distintos grados; en otras ocasiones el TS se abstiene de calificar dicha conducta pero se atiene a la irrazonabilidad de la conducta; o se considera una acción libre de la víctima que entraña un peligro¹⁸⁰⁹.

Por su parte, el Capítulo 8 de los Principios Europeos de Responsabilidad Civil regula la “Actividad concurrente”, recogiendo en su art. 8:101 la “actividad concurrente de la víctima”:

«(1) Puede excluirse o reducirse la responsabilidad en la medida en que se considere justo en atención a la culpa concurrente de la víctima y a cualesquiera otras circunstancias que serían relevantes para establecer o reducir la responsabilidad de la víctima si fuera causante del daño. (2) Si se solicita la indemnización con relación a la muerte de una persona, su actividad excluye o reduce la responsabilidad conforme en el apartado 1. (3) La actividad concurrente de un auxiliar de la víctima excluye o reduce la indemnización que ésta puede reclamar conforme a lo dispuesto en el apartado 1»

¹⁸⁰⁵ Según la STS 25.2.2000 (RJ 2000, 1017) cuando la conducta del perjudicado «sea fundamentalmente determinante de dicho resultado» habría que estarse al principio de la “causalidad adecuada”.

¹⁸⁰⁶ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 97, 98, 100.

¹⁸⁰⁷ RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 12 de enero de 2011...”, *op. cit.*, pp. 229-233.

¹⁸⁰⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 445. En la jurisprudencia, SSTS 5.7.1993 (RJ 1993, 5795), 16.1.2002 (RJ 2002, 8).

¹⁸⁰⁹ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 107.

En el caso de daños nucleares, el art. 6.2 LRCDN dispone que «Si el explotador prueba que los daños nucleares se debieron total o parcialmente a la acción u omisión dolosa o con negligencia grave de la persona que los sufrió, el órgano jurisdiccional competente podrá exonerar total o parcialmente al explotador de su responsabilidad frente a esa persona». En este tipo de daños la culpa de la víctima no suele ser determinante¹⁸¹⁰, sino solamente valorativa.

En el Convenio de Lugano la conducta culposa de la víctima que hubiera contribuido al daño puede provocar la reducción o supresión de la responsabilidad del causante, teniendo en cuenta todas las circunstancias (art. 9), decidiendo el juez en cada caso a quien corresponde la carga de la prueba.

Por su parte, la intervención de un tercero (distinto del responsable y de la víctima o de cualquier otra persona por quien se deba responder), en el íter causal que une el daño con una determinada actividad, puede moderar o extinguir la responsabilidad final del sujeto agente. Para que su intervención tenga virtualidad interruptiva ha de interferir de tal modo en el curso de los acontecimientos que el daño no pueda ser atribuido al agente, y además, por aplicación del art. 1105 C.c. es preciso que su actuación sea imprevisible o siendo previsible sea inevitable, pues en caso contrario podría imputarse al agente, no pudiendo venir condicionada ni determinada por la conducta del demandado¹⁸¹¹. Según YANGUAS MONTERO, esta causa de interrupción surge a menudo en materia de daños no patrimoniales, como por ejemplo cuando el demandado hubiera producido ruidos en su actividad como consecuencia de los defectos en los materiales de construcción, pero se queja de que en la jurisprudencia no se analizan de forma específica los elementos de la causa de interrupción¹⁸¹².

En Alemania, la regla general de responsabilidad civil por negligencia del § 823 BGB tiene como defensa del demandado el estado del arte¹⁸¹³.

En materia de daños medioambientales, el art. 14 ap. 1º LRM regula los supuestos de inexigibilidad de sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, de evitación y de reparación amenazas o de daños medioambientales: «a) La actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independientemente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas.

c) *Otros motivos generales de inimputabilidad objetiva.*

Sin perjuicio de lo anterior, algunos de estos criterios y otros han sido generalmente admitidos y definidos por la doctrina¹⁸¹⁴:

1) *El riesgo general de la vida.* No se imputarán los daños al autor mediato cuando en el curso causal de un resultado lesivo que ha sido puesto en marcha por él, han intervenido acciones de terceros que actualizan el riesgo habitualmente ligado a la existencia natural del dañado.

¹⁸¹⁰ CARRO DEL CASTILLO, J. A.: *op. cit.*, p. 359: «La culpa de la víctima resulta así un elemento tan sustancial y de tan cualificada intensidad que hace inoperantes las razones que llevan a imputar al explotador la responsabilidad, por lo que es lógico que ésta decaiga en virtud de principios más generales, que dirigen a la víctima todos los juicios conducentes a la imputación de los daños producidos».

¹⁸¹¹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 166-167. Respecto de esto último, la autora dispone que «en el supuesto de que el demandado hubiera determinado la producción del resultado dañoso estaríamos ante un caso de culpa de la propia víctima».

¹⁸¹² YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 167.

¹⁸¹³ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 347.

¹⁸¹⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Comentario al Artículo 1902 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 411-413. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *op. cit.*, pp. 29-31. Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, *op. cit.*, pp. 346-349.

Este criterio es útil en materia de inmisiones, dado que en muchos casos habrá que tolerar los daños tolerables que sean consecuencia del uso normal y autorizado desarrollo de la actividad. El riesgo general de la vida sería en estos casos la tolerancia que todo vecino ha de soportar por las molestias típicas de las relaciones de vecindad. No obstante, este criterio no nos servirá para excluir la imputación objetiva en el resto de daños civiles por contaminación ocasionados por escapes desconocidos, dado que éstos se producen de forma extraordinaria.

2) *Incremento del riesgo.* No podrá imputarse a una determinada conducta un concreto evento dañoso, si, suprimida idealmente aquella conducta, el evento dañoso se hubiera producido con seguridad o alta probabilidad, y si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso. Y no habrá incrementado este riesgo cuando se constate con seguridad o con una alta probabilidad, que ralle la certeza, que se habría producido un resultado sustancialmente idéntico de haber obrado el dañante diligentemente o de no haber omitido la diligencia debida. Este criterio es útil para las empresas que desarrollen actividades peligrosas para que sean diligentes y cumplan con los deberes impuestos.

3) *Criterio de la prohibición de regreso.* No se imputarán objetivamente los daños a quien inició el curso causal, cuando en éste intervenga sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, salvo que dicha conducta se haya visto significativamente favorecida por la actuación del demandado o sea una de aquéllas que la norma de cuidado infringida tenía la finalidad de prevenir. El problema es que mantener la eficacia de este criterio de la inimputabilidad puede desembocar en el incumplimiento de deberes de protección o de seguridad del causante del daño, aunque no deriven de normas en sentido estricto¹⁸¹⁵.

4) *Criterio de provocación.* Hay que distinguir dos supuestos¹⁸¹⁶: a) Una persona resulta lesionada (o lesiona a un tercero) en un accidente sufrido en la persecución de un delincuente o de un dañante que huía del lugar de los hechos. Se propone la imputación objetiva de quien huía, siempre que pueda estimarse que la persecución fue provocada por él y que la conducta del perseguidor es razonable, atendiendo su condición y tras una ponderación *ex ante* de los riesgos reconocibles de la persecución frente a la importancia de llevarla a cabo, así como las probabilidades de éxito de la misma. b) El dañado asume el riesgo del que finalmente resulta víctima (o causa daño a tercero) en su intento de salvar su vida, integridad física o bienes, o la vida (o la de un tercero), de una situación de peligro cierto creada culpablemente por el responsable. Este criterio no tiene virtualidad práctica en los daños civiles por contaminación.

5) *Fin de protección de la norma.* No podrán ser objetivamente imputados a la conducta del autor aquellos resultados dañosos que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma violada por el agente al producir el daño. En mi opinión, este criterio se aplica mejor en su vertiente positiva, es decir, que atribuye objetivamente la responsabilidad cuando el agente causante del daño vulnera la norma de protección que pretendía evitar el daño que protege, por lo que nos remitimos a lo dicho en su momento en cuanto a las teorías de atribución objetiva.

6) *Supuestos de competencia de la víctima.* Si el control de la situación dañosa corresponde a la víctima es a ella a quien deben imputarse las consecuencias lesivas y no al comportamiento del autor mediato.

¹⁸¹⁵ ARCOS VIEIRA, M^a. L.: *op. cit.*, p. 118.

¹⁸¹⁶ DíEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños, op. cit.*, pp. 348.

B) Causales exonerativas especiales de responsabilidad civil en los daños civiles por contaminación y en los daños medioambientales.

Las exenciones de responsabilidad en el Convenio de Lugano eran las típicas de: a) actos de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable e irresistible; b) acto cometidos por un tercero con la intención de causar un daño, a pesar de las medidas de seguridad adoptadas al tipo de actividad peligrosa en cuestión; c) órdenes o medida imperativas procedentes de una autoridad pública; d) que resulte de una contaminación de un nivel aceptable, teniendo en cuenta las circunstancias locales pertinentes; o e) que resulte de una actividad peligrosa llevada lícitamente en interés de la víctima, en la medida en que fuera razonable su exposición a los riesgos de esta actividad peligrosa (art. 8). Sin perjuicio de lo dicho con respecto a la culpa exclusiva de la víctima.

En el Libro Blanco se establecen eximentes de responsabilidad para los daños de escasa cuantía, el de fuerza mayor y el de los que doctrinalmente se denominan “riesgos del desarrollo” (aquellos que no se puedan prever o evitar teniendo en cuenta el estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento en que se produjeron). Tampoco podía dar lugar a responsabilidad los supuestos de contaminación generalizada (también llamada “de carácter difuso”) en la que no se pueden relacionar los efectos con las actividades de determinados agentes (por ejemplo el cambio climático como consecuencia de los altos niveles de CO₂).

En Bélgica, en materia de inmisiones vecinales, la defensa del demandado es muy limitada, ya que puede eximirse solamente demostrando que la inmisión no es consecuencia del uso de las instalaciones, pero no por un acto de un tercero o por fuerza mayor¹⁸¹⁷. Cuando el demandante contribuye al daño de forma negligente, la responsabilidad del demandado se reduce¹⁸¹⁸. Pero no es responsable cuando el demandante acude al área donde ya operaba el demandado “(*coming to the nuisance*” en terminología anglosajona” o pre-ocupación en la española), salvo cuando el establecimiento del demandado determine el carácter de la vecindad y de este modo también el nivel de tolerancia de los inconvenientes. Por otra parte, la falta concurrente de una tercera parte (por ejemplo un contratista llevando a cabo la construcción de un edificio) no previene de la imposición de responsabilidad, pero el demandado o propietario quizás tenga una acción de repetición contra esta tercera parte. Finalmente, al contrario que sucede en la regla de responsabilidad por culpa, una sensibilidad anormal del demandado quizá limita o excluye la responsabilidad bajo el derecho de inmisiones¹⁸¹⁹.

En EEUU, las defensas disponibles del demandado en casos de negligencia son: la adopción de precauciones razonables; el estado del arte; o el cumplimiento con los permisos y licencias gubernamentales. En materia de *private nuisance*, si la actividad cumple con lo estipulado en la licencia, la acción de cesación (*injunction*) no tendrá lugar, pero sí será aplicable la acción indemnizatoria. En casos de responsabilidad objetiva, la defensa del demandado podrá basarse en que la actividad se lleva a cabo bajo deber público; el demandante asume el riesgo, en el sentido voluntario y conocido; o que éste es anormalmente sensible al daño. No lo serán, sin embargo, la negligencia del demandante; la conducta de un tercero o la fuerza mayor¹⁸²⁰.

¹⁸¹⁷ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 88.

¹⁸¹⁸ STIJNSS, S., Y VUYE, H.: “Burenhinder”, en *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, V. Zakenrecht, Book iv, Kluwer, 2000, pp. 347-62.

¹⁸¹⁹ HINTEREGGER, M.: *loc. cit.*

¹⁸²⁰ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 386-388.

Dice LARSSON que en el *English common law* se establecen las siguientes defensas del demandado en casos de negligencia: consentimiento del demandado, contribución negligente del demandante y accidente inevitable¹⁸²¹. En materia de *private nuisance* las defensas del demandado son: la prioridad (*comming to the nuisance*), múltiples causas, utilidad de la actividad, prescripción, contribución negligente del demandado e incumplimiento de la normativa (negligencia *per se*). La ley (*statutory authority*) es una defensa cuando la *nuisance* es inevitable consecuencia de una conducta que ha sido expresa o implícitamente permitida por la ley¹⁸²², si bien no se extiende las licencias (*pollution control licences*) otorgadas por la Agencia Ambiental¹⁸²³ (*Environmental Agency*) o a las licencias urbanísticas (*planning permission*) otorgadas por las autoridades locales. En aplicación de la regla *Rylands v Fletcher* las causas de exoneración son: el consentimiento del perjudicado-demandante; la acumulación de materiales en beneficio de ambas partes demandante y demandada; un acto de tercero extraño; acto u omisión del demandante; fuerza mayor (*act of God*)¹⁸²⁴. No obstante, HINTEREGGER dice que la única defensa posible es la invasión permitida mediante ley¹⁸²⁵.

En la *UmweltHG* alemana son causas de exclusión de responsabilidad la fuerza mayor, así como aquellos daños no sustanciales o perjuicios que sean razonables de acuerdo con las condiciones locales si la instalación ha venido desarrollando sus actividades adecuadamente o de acuerdo con la normativa vigente, es decir, de acuerdo con la normativa aplicable y sin que se haya producido ninguna interrupción de la actividad. Están excluidos de la ley los daños que den lugar a una indemnización superior a 320 millones de marcos, pero no los riesgos del desarrollo. Al igual que en § 906 BGB (instalaciones no comprendidas en la *UmweltHG*), si la instalación se explota conforme a las disposiciones vigentes se excluye el deber de indemnizar los daños en las cosas si estas se dañan de forma insignificante o en una medida tolerable de acuerdo con las condiciones del lugar. Por otro lado, la defensa del demandado en los casos de responsabilidad civil por daños ocasionados por introducción, descarga o impactos en el agua por sustancias emitidas por su industria, según la § 22 2º WHG¹⁸²⁶.

En el Protocolo de 27 de noviembre de 1992, de enmienda del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969, la responsabilidad del propietario del buque resulta exonerada cuando pruebe la concurrencia de alguna de las siguientes causas: a) los daños por contaminación resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección de un fenómeno de carácter excepcional, inevitable e irreversible; b) tales daños fueron totalmente causados por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños; c) por la negligencia y otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función; o d) por la acción u omisión intencionada o negligente de la persona perjudicada –y en el caso de que la culpa de la víctima sea concurrente, la exoneración será también parcial (art. 3º, 2 y 3).

¹⁸²¹ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 361.

¹⁸²² *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd* [1981] AC 1001, por Lord Wilberforce; *Lyle Industries Ltd and Another v. Greater London Council and Another* [1983] 2 AC 509. En esta última la defensa argumentada en la ley fue rechazada por el tribunal.

¹⁸²³ *R v. Carrick District Council, ex parte Shelley* [1996] Env LR 273; *Blackburn v. ARC Ltd* [1998] Env LR 469.

¹⁸²⁴ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 361.

¹⁸²⁵ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 100.

¹⁸²⁶ *Ibid.*: p. 182.

En materia de daños medioambientales, el art. 14.2 LRM dispone que el operador no estará obligado a sufragar el coste imputable a las medidas reparadoras cuando demuestre que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia y que concurre alguna de las siguientes circunstancias:

«a) Que la emisión o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el anexo III. Adicionalmente, será necesario que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la referida autorización y a la normativa que le sea aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental).

b) Que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento».

La prueba de las circunstancias recogidas en el párrafo 2º de la letra a) corresponderán al operador. Este apartado demuestra la importancia que tiene para el operador de una actividad enumerada en el Anexo III, del cumplimiento de las normas que regulan la actividad, en especial la que establece los niveles máximos de emisión en relación con la asunción de los costes de reparación. No obstante, esta exoneración de la asunción de costes del operador no se aplica a la hora de adoptar las medidas preventivas y de evitación del daño (art. 17.1 y 2 LRM), independientemente de la calificación de la actividad. Por su parte, las actividades no enumeradas en el Anexo III sólo asumirán los costes de las medidas de reparación cuando el daño haya sido ocasionado con culpa, dolo o negligencia (art. 19.2 LRM). No obstante, y como se analizará a lo largo de este estudio, los efectos del cumplimiento de las normas reglamentarias o de la licencia o autorización no eximen de responsabilidad civil por contaminación, si bien en el caso de DCC causados por un escape desconocido para el operador la prueba de la culpa tendrá que resultar de la aplicación del principio del *alterum non laedere*. Por tanto, el cumplimiento de las normas es crucial¹⁸²⁷.

Por su parte, la previsión del apartado b) se refiere a los “riesgos del desarrollo”, que asimismo son extraídos normalmente de la responsabilidad de los agentes, debido a la atipicidad e imprevisibilidad propia de aquéllos y en atención a la onerosidad que llegaría a suponer su cobertura. En estos casos, la prueba de la inocuidad de la emisión de la actividad para que el operador se pudiera liberar de la responsabilidad mediante la prueba efectuada sobre la base de un sistema de gestión para la evaluación del riesgo ambiental, en coherencia con el principio de precaución¹⁸²⁸. En cualquier caso, cuando concurren las circunstancias previstas en los apartados 1 y 2 del art. 14 LRM, el operador estará obligado, en todo caso, a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales. Los costes en los que se hubiera incurrido se recuperarán en los términos del art. 15 LRM.

¹⁸²⁷ FORTES MARTÍN, A.: *op. cit.*, p. 20. Dice el autor que en En EEUU la sección 301 (a) de la *Clean Water Act* prohíbe cualquier tipo de vertido a las aguas por persona alguna excepto cuando dicho vertido sea conforme con los requerimientos del permiso otorgado en su caso, las limitaciones existentes, u otro tipo de prescripción legal, recayendo sobre el operador la carga de probar que el vertido se practicó de conformidad con la legislación.

¹⁸²⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, p. 61.

Capítulo 2. Tutela reparadora y de evitación del daño civil por contaminación. Elementos procesales de la acción de responsabilidad civil.

I) *La tutela del particular frente al daño civil por contaminación.*

1) La tutela reparadora.

A) *La obligación de reparar.*

a) *Reparación en especie vs reparación por equivalente.*

La finalidad principal de la responsabilidad civil es la de la reparación del daño¹⁸²⁹. La reparación del daño se constituye como la función esencial de la responsabilidad civil, que persigue que el perjudicado quede indemne¹⁸³⁰. Supone el cumplimiento de un deber general extracontractual directamente derivado de la infracción del principio “*alterum non laedere*”¹⁸³¹. No obstante, hay autores que indican que el objetivo de un sistema de responsabilidad civil medioambiental es el desarrollo de un sistema justo y eficiente de indemnización por los daños ocasionados, por lo que «el objetivo principal al diseñar el Derecho de responsabilidad civil debe consistir en distribuir los costes previos de la contaminación»¹⁸³². La inmisión o resto de daños tradicionales deben producir un daño para que se genere la obligación de indemnizar¹⁸³³. La finalidad de la responsabilidad civil es la de reparar el daño, pero sin olvidar que dentro de la reparación en especie se incluirá la remoción de las causas del daño.

El derecho de daños alemán se adhiere al principio universal del *restitutio in integrum* como punto de partida, solamente limitado por la política consistente en que el derecho de daños no puede provocar enriquecimiento¹⁸³⁴, o en el caso de las cuantías límite recogidas en la UmweltHG.

En Reino Unido se establecen reglas en materia de indemnización de daños y perjuicios¹⁸³⁵: 1) La regla básica es la completa reparación (*restitutio in integrum*) si el demandante puede probar su pérdida con una razonable certeza, debiendo ser reinstaurado en la misma posición que tendría de no haber sucedido el daño. 2) La regla “*once-and-for all rule*” significa que el demandante no puede plantear nuevas reclamaciones por el mismo daño una vez fijados por los tribunales, ya que éstos tienen la discreción de calcular la indemnización. 3) El demandante tiene el deber de mitigar los daños o pérdidas, dado que las pérdidas innecesarias quizás reducen la indemnización. 4) Si la clase de daños sufrido es irrazonable, no es importante si el daño concreto se ha producido de manera irracional, puesto que esto último pertenece al terreno de las pérdidas y gastos. 5) En los daños materiales o corporales (*physical damages*) el cálculo de la indemnización se basa en el momento en que el daño ocurre.

¹⁸²⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 900. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad civil extractcontractual”, *op. cit.*, p. 867.

¹⁸³⁰ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁸³¹ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, p. 253.

¹⁸³² CANE, P.: *op. cit.*, p. 830. Según el autor: «Creo que es mejor considerar la normativa indemnizatoria como aquella encaminada ante todo a proporcionar una solución jurídica para los daños sufridos, más que como un instrumento para influir sobre el futuro comportamiento de la gente».

¹⁸³³ EVANGELIO LLORCA, R.: “El perjuicio derivado de las inmisiones: ...”, *op. cit.*, p. 54. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 26.

¹⁸³⁴ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 351.

¹⁸³⁵ *Ibid.*: pp. 374-376.

La reparación del daño debe estar presidida por la necesidad de buscar una equivalencia entre el daño mismo y la reparación que ha de realizar, debiendo adaptarse en la forma a compensar a la víctima del daño, sancionar a su autor e impedir que vuelva a producirse¹⁸³⁶. Su finalidad es equilibrar la diferencia entre el estado actual del patrimonio del perjudicado por el acto dañoso y el que tendría ese patrimonio en el caso de que ese hecho no se hubiera producido¹⁸³⁷. La naturaleza de esta obligación es la siguiente: 1) se trata de una deuda de valor; 2) es una obligación no personalísima; 3) es una obligación renunciabile; 4) y además es ilíquida.

La fuente de obligaciones viene establecida en el art. 1089 C.c.: «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y de los cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». Por otra parte, el art. 1092 C.c. recoge las obligaciones nacidas de actos negligentes o culpables «Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del Capítulo II del Título XVI de este Libro», refiriéndose a los arts. 1902 y ss. C.c. Este artículo se convierte en instrumento técnico del Ordenamiento para cumplir los fines del Derecho de Daños, al evitar tener que articular un sistema autónomo de reparación del daño. Las causas de extinción de las obligaciones se recogen en el art. 1156 C.c.: pago o cumplimiento; pérdida de la cosa debida; condonación de la deuda; confusión de los derechos de acreedor y deudor; compensación y novación. Por otra parte, la reparación vía convenio se puede realizar conforme acuerdo por el que la víctima y el responsable del daño estipulan la forma de indemnización: cuantía y pago constituye una transacción y dimana de la autonomía privada (art. 1255 C.c.)¹⁸³⁸. Vienen regulados en el Título XIII, Capítulo I del Código Civil, en cuyo art. 1809 («Contrato de transacción») dispone que: «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que había comenzado». Asimismo, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 1812 («Capacidad de transigir de las personas jurídicas»); 1813 («Transacción sobre la acción civil de un delito»); 1815 («Amplitud de las transacciones»); 1816 («Autoridad de cosa juzgada»); 1817 («Error, dolo, violencia o falsedad de documentos en la transacción»); 1819 («Rescisión de la transacción habiendo previa sentencia firme»).

En materia de Derecho procesal, el art. 19 LEC regula el derecho de disposición de los litigantes mediante la transacción y la suspensión. Los problemas que suelen acontecer en este tipo de acuerdos es que se haya concertado el convenio en base a una incorrecta representación de los daños. En primer lugar, es de destacar que, en virtud del principio de seguridad jurídica, habrá que estar a lo dispuesto en el Convenio, pues esto es lo que las partes desearon. No obstante, ello no puede ser impedimento de reclamación por parte de la víctima cuando acontezcan daños nuevos (sobrevenidos) o cuando los conocidos aumenten de intensidad de tal manera que permita calificarlos también como “nuevos”. El error sólo puede invalidar la transacción cuando recaiga sobre aquellos hechos que son incontrovertibles (*caput non controversum*), o que no suele coincidir con aquellos que suelen ser objeto de disputa, como por ejemplo los relativos a la descripción de los daños¹⁸³⁹. Por otro lado, habrá que tener en cuenta que no serán transaccionables los derechos de la personalidad.

¹⁸³⁶ SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, p. 290.

¹⁸³⁷ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, p. 252.

¹⁸³⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 887.

¹⁸³⁹ *Ibid.*: p. 888.

Dada la generalidad del art. 1902 C.c., se establecen cuantas formas de reparación sean eficaces para conseguir la del daño causado, pero no faculta a los responsables para elegir a su arbitrio la manera de cumplir la obligación¹⁸⁴⁰. Se plantean dos formas distintas: la reparación en forma específica o *in natura* y la reparación “por el equivalente”¹⁸⁴¹, sin perjuicio de que existan otros elementos, como las medidas preventivas, que maticen ese carácter esencialmente reparador¹⁸⁴². En la mayoría de daños patrimoniales prevalece la restitución de las cosas a su estado original¹⁸⁴³. No obstante, en la mayor parte de los casos se conceden indemnizaciones bien porque es el único modo posible de reparar tales perjuicios¹⁸⁴⁴ o porque resulta la forma menos gravosa de resarcir el daño; en este tipo de daños la reparación está encaminada a compensar a la víctima por la privación o menoscabo del bien personal que se haya visto afectado, habiendo una preeminencia de la indemnización pecuniaria¹⁸⁴⁵.

La reparación en especie tiene por finalidad reponer al perjudicado a un estado igual al que poseía antes de que se produjera la causación del perjuicio, debiendo tener carácter preferente¹⁸⁴⁶. Por otro lado, existe la posibilidad de evitar la continuación de la inmisión, pudiendo realizarse a través de una obligación de dar o de hacer, es decir, en la remoción de la causa del daño (tutela inhibitoria) y en la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo. Sería paradójico que los mismos tribunales permitiesen que tales perjuicios siguieran cometándose, por lo que la solución correcta es aquella que autoriza a los Tribunales no solo a la indemnización del daño sino también el cese de la actividad, a fin de evitar ulteriores daño, teniendo la acción carácter personal y no real.

Caben dos pretensiones en materia de responsabilidad civil por inmisiones: a) la reparación *in natura* o indemnización (también en el resto de DCC), y b) cese de los hechos causante de las inmisiones y las medidas de evitación de otros futuro. En la mayoría de casos en materia de inmisiones se darán los dos tipos de tutela conjuntamente: la indemnizatoria por los daños ya ocasionados, y la inhibitoria o en especie para la remoción del daño¹⁸⁴⁷. La reparación *in natura* pierde importancia en favor de la indemnización, dada la naturaleza de los daños tradicionales ocasionados con un carácter marcadamente restitutorio, tratándose de la forma natural y primera de indemnización, entendido como acción de dejar indemne a la víctima. Solo cuando ésta no pueda darse será posible la reparación en metálico o por equivalente¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁰ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, p. 273.

¹⁸⁴¹ BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *op. cit.*, p. 656. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 275-276 y 396-397. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 105. VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 345.

¹⁸⁴² DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁸⁴³ REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, pp. 219-220. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 196. En la jurisprudencia: SSTS 23.9.1988 (RJ 1988, 6853), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284).

¹⁸⁴⁴ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 426. REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 220.

¹⁸⁴⁵ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 195, 198-199.

¹⁸⁴⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 906. En el derecho civil francés, ROBERT, A.: *Les relations de voisinage, op. cit.*, p. 117.

¹⁸⁴⁷ BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *op. cit.*, p. 656.

¹⁸⁴⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 103. SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 253, 270.

En materia de inmisiones, cualquier persona responsable por una inmisión excesiva debe compensar por cualquier daño causado, siempre que exceda del nivel de tolerancia existente en la zona o área analizada¹⁸⁴⁹.

El *petitum* más frecuente en casos de inmisiones perjudiciales en sede de las relaciones de vecindad que hayan causado un daño son la petición de condena a la reparación de los daños producidos, la pretensión de cesación de las inmisiones que puedan seguir produciéndose y la adopción de las medidas necesarias de prevención, incluso mediante el cese de la actividad causante del daño si no existe otra vía de conseguirlo¹⁸⁵⁰. Se ha señalado que la devolución a la zona geográfica dañada del equilibrio ecológico¹⁸⁵¹, se entiende referido a los daños a *bienes medioambientales de condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular*.

Se puede citar la siguiente jurisprudencia en relación a las peticiones en materia de daños civiles por contaminación realizada en sede de la acción de responsabilidad civil, sobre todo casos de inmisiones: 1) supuestos en los que únicamente se ejerce la reclamación de daños y perjuicios¹⁸⁵². 2) Reclamación de indemnización de daños y perjuicios junto con la cesación de las inmisiones, si bien habría que diferenciar: 2.1) aquellos supuestos que parecen ser un efecto indirecto o añadido de la anterior dado que suele decirse que la acción ejercitada es de reclamación de cantidad y los fundamentos que se citan son los arts. 1902 y 1908 C.c.¹⁸⁵³; 2.2) a falta de concreción, se podría entender la acumulación de acciones independientes¹⁸⁵⁴. 3) Solicitud de indemnización de daños y perjuicios hasta que no cesen las inmisiones, lo que trae como consecuencia que el tribunal nunca llega a exigir el cese de la actividad inmisible y, por tanto, se reconduce el asunto a una mera cuestión económica¹⁸⁵⁵.

En definitiva, la acción de responsabilidad por contaminación se tratará en forma de reparación económica y, si se trata de inmisiones que se están produciendo al tiempo de la demanda, se solicitará, además, su cesación.

¹⁸⁴⁹ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 88.

¹⁸⁵⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 23. SANTOS MORÓN, M^a J.: *op. cit.*, pp. 3032-3033. SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, p. 290. VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M.: *Acción de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁵¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *loc. cit.*

¹⁸⁵² SSTS 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 14.7.1982 (RJ 1982, 4237); 31.1.1986 (RJ 1986, 444), 27.10.1990 (RJ 1990, 8053), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 22.5.1995 (RJ 1995, 4088); 7.4.1997 (RJ 1997, 2743), 2.2.2001 (RJ 2001, 1003), 16.1.2002 (RJ 2002, 8), 29.4.2003 (RJ 2003, 3041), 14.3.2005 (RJ 2005, 2236), 12.6.2008 (RJ 2008, 4690), 29.10.2008 (RJ 2008, 5801); SSAP Cáceres 21.11.1996 (AC 1996, 2258), Lugo 11.9.1998 (AC 1998, 1838), Tarragona 21.9.1999 (AC 1999, 7073), Lugo 26.12.2000 (JUR 2001, 67558), Castellón 21.10.2000 (JUR 2001, 159740), Cáceres 8.6.2007 (JUR 2007, 293674).

¹⁸⁵³ SSTS 16.7.1991 (RJ 1991, 5393), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), 28.1.2004 (RJ 2004, 153); SSAP Asturias 16.7.1998 (AC 1998, 1302), Asturias 10.4.2000 (AC 2000, 996), Jaén 29.7.2004 (JUR 2004, 255522).

¹⁸⁵⁴ SSTS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), 30.10.1963 (RJ 1963, 4231), 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176) –en este supuesto la reparación se hace *in natura*–, 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 28.1.2004 (RJ 2004, 153), 13.7.2005 (RJ 2005, 9154), 19.7.2006 (RJ 2006, 4731), 26.11.2010 (RJ 2011, 1317); SSAP Granada 18.2.1997 (AC 1997, 780), Cantabria 24.12.1997 (1997, 2410), Asturias 15.5.1999 (AC 1999, 1004), Castellón 25.6.1999 (AC 1999, 1357), Zaragoza 19.2.2001 (JUR 2001, 117480), Murcia 10.5.2001 (JUR 2001, 265049), A Coruña 28.5.2004 (AC 2006, 130), Valladolid 20.7.2004 (JUR 2004, 211055), Islas Baleares 31.10.2006 (AC 2006, 1907), Asturias 8.11.2007 (JUR 2008, 67179), Islas Baleares 28.10.2010 (AC 2010, 2059), Asturias 2.6.2011 (AC 2011, 1351).

¹⁸⁵⁵ SSTS 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 7.4.1997 (RJ 1997, 2743), 29.4.2003 (RJ 2003, 3041), 14.3.2005 (RJ 2005, 2236); SAP Valladolid 20.7.2004 (JUR 2004, 211055).

b) *La indemnización en forma específica o in natura.*

La reparación *in natura* consiste en la desaparición de los daños ocasionados sobre la propiedad de la víctima¹⁸⁵⁶. No obstante, el daño civil por contaminación en forma de inmisiones, dada la continuidad de las mismas, no es únicamente la reparación en especie sino también la eliminación de la fuente generadora de la inmisión, lo cual más que una reparación *in natura* del daño, se ubica en una acción de cesación o de abstención de la perturbación molesta¹⁸⁵⁷. En cualquier caso, los tribunales insisten en que la cuantificación de la indemnización es de valoración discrecional y de la exclusiva y soberana aplicación judicial: dado que la reparación material ha de tener lugar en tiempo y lugar oportunos y en forma adecuada, será necesario con frecuencia añadir el complemento de una indemnización en dinero¹⁸⁵⁸.

En otros casos se torna inútil o imposible la reparación por degradación, destrucción o pérdida del objeto reparable¹⁸⁵⁹. Así, en nuestro país esta regla tiene como límites: i) que la reparación fuese muy costosa (desproporcionada) o requiriese mucho tiempo; ii) implicara ruina o cierre de empresa; iii) se encontrara en frente con motivos de política económica de interés nacional en cuyo caso deberían armonizarse los intereses económicos y los del medio ambiente, en virtud del conflicto suscitado entre los principios de protección del medioambiente (art. 45 CE) y los de desarrollo económico (arts. 38, 40, 128 y 130 CE), sin dar prioridad a ninguno de los dos.

El instrumento para reclamar este tipo de reparación viene regulados en el art. 1098 C.c. (Ejecución de obligación de hacer), art. 1099 C.c. (Ejecución en la obligación de no hacer) y art. 706 LEC (Hacer no personalísimo):

Art. 1098 «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».

Art. 1099 «Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que había sido prohibido».

Art. 706 «1. Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el Secretario judicial, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios. Cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquél, sin que el ejecutante pueda optar entre la realización por tercero o el resarcimiento.

2. Si, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, el ejecutante optare por encargar el hacer a un tercero, se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el Secretario judicial y, si el ejecutado no depositase la cantidad que éste apruebe mediante decreto, susceptible de recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución, o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria. Cuando el ejecutante optare por el resarcimiento de daños y perjuicios, se procederá a cuantificarlos conforme a lo previsto en los artículos 712 y siguientes».

¹⁸⁵⁶ ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, op. cit., p. 117.

¹⁸⁵⁷ MARTÍN VIDA, M^a A.: op. cit., p. 21.

¹⁸⁵⁸ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, op. cit., p. 255.

¹⁸⁵⁹ DE MIGUEL PERALES, C.: «La responsabilidad...», op. cit., p. 82. Según el autor «no cabe duda de que ésta es la forma natural y primera de indemnización, entendido este concepto como acción de «dejar indemne» a la víctima». ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, op. cit., p. 117.

Tradicionalmente, en materia del daño medioambiental y tradicional existe preferencia en la reparación *in natura* (restauración de las cosas al estado anterior al daño)¹⁸⁶⁰, pero, dado que esto no siempre es posible, en muchos casos se optaba por una reparación por equivalente¹⁸⁶¹, mediante indemnización o reparación en especie subsidiaria, o preferente en aquellos casos, si bien si la reparación resulta excesivamente costosa (desproporcionada), o si requiriese de mucho tiempo para hacerse efectiva, se aceptará la indemnización¹⁸⁶². Además, la indemnización pecuniaria ha tendido tradicionalmente a proteger a la industria en general, por cuanto los daños al Medio Ambiente son, en muchos casos, inasumibles por el alto coste de reparación¹⁸⁶³.

En el caso de los daños medioambientales no cabrá la indemnización sustitutoria, sino habrá que estar a lo establecido en la LRM en cuanto a la forma de reparar, a diferencia de lo que sucede en el caso de DCC, donde esta forma de reparación es la más habitual en el análisis de la jurisprudencia en la materia.

En Bélgica la reparación en especie es posible, si bien suelen solicitarse en su lugar compensaciones monetarias¹⁸⁶⁴.

c) *La reparación por equivalente o indemnización.*

Los EPTL definen indemnización como «pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecer, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño» (art. 10:101). No obstante, la realidad es que los daños a la salud o al patrimonio de las personas suelen acabar solucionándose judicialmente con el pago de una indemnización, sobre todo porque ésta es la forma más fácil de reparación del daño patrimonial, y la única en el caso de daños morales o a la salud¹⁸⁶⁵.

La reparación por el equivalente se trata de un medio apto para satisfacer o reponer todo tipo de intereses, sirviendo el pago a modo de valoración del daño. Esta suele ser la forma típica o normal de resarcimiento en el Derecho Civil, fomentado por el silencio del art. 1902 C.c. y por la previsión de indemnización (valor) que se extrae del art. 1106, aunque se refiera a la responsabilidad contractual, así como a la doctrina y pronunciamientos judiciales al efecto¹⁸⁶⁶.

El deudor deberá entregar una cantidad de dinero equivalente al valor actual del daño. En las deudas de valor, entre las que se encuentran las resarcitorias, al ser el dinero la medida de valor de otras cosas o servicios respecto de las cuales funciona como equivalente o sustitutivo, la reintegración económica habrá de responder a la finalidad de restablecer la situación al tiempo del daño, por lo que la indemnización habrá de ajustarse en lo posible, al poder adquisitivo del importe que va a recibir¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶⁰ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 249.

¹⁸⁶¹ SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, p. 290.

¹⁸⁶² DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 359. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 105.

¹⁸⁶³ MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, pp. 277.

¹⁸⁶⁴ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, p. 88.

¹⁸⁶⁵ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 821.

¹⁸⁶⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 904.

¹⁸⁶⁷ SAP Sevilla 9.2007 (JUR 2008, 50267), F.D. 1°. Concluye la sentencia que «procede actualizar el importe a la indemnización conforme al baremo actualizado por la Resolución de 24 de enero de 2006 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones».

Para la cuantificación ha de atenerse al momento del pago o resarcimiento¹⁸⁶⁸, esto es, la fecha en que se liquide el importe, en ejecución de sentencia, si bien no podrá exceder, por el principio de congruencia, de la que el demandante solicitara.

El deber de indemnización se fundamenta en el art. 1.106 C.c., en cuanto la indemnización comprende el valor de la pérdida sufrida y el valor de la ganancia dejada de obtener; o en el art. 1902 C.c., por cuanto éste, al ordenar reparar el daño causado, está obligando a dejar las cosas tal como estarían de no haberse producido el evento dañoso. No se trata tanto de evaluar el daño, sino de evaluar los medios precisos para su reparación¹⁸⁶⁹. En algunas ocasiones el importe de la indemnización puede llegar a cifras muy elevadas, por lo que se ha sugerido por algún autor que quizá sería interesante una reforma legislativa que pusiera un tope máximo de indemnización¹⁸⁷⁰. Esta sería, en mi opinión, la solución idónea en el supuesto de que se implantara un régimen de responsabilidad civil objetiva por daños ocasionados por actividades de riesgo, al modo que se establece en otras normas (LRM, LN, etc.)

En materia de daños no patrimoniales (morales), la función de la indemnización es satisfactoria o compensatoria, en la medida en que se pretende que el sujeto agraviado obtenga algún beneficio que le ayude a mitigar los trastornos y sufrimientos del equilibrio emocional que padece la víctima¹⁸⁷¹. Implica una reducción del nivel de satisfacción o utilidad, personal o íntima, que ni el dinero ni otros bienes pueden llegar a reponer, aunque el dinero sirva a modo compensatorio¹⁸⁷². La indemnización pecuniaria limita el padecimiento intelectual y actúa como rudimentario medio de equilibrar y neutralizar el menoscabo sufrido con origen en el daño, por lo que no se entiende que se establezca como medida de solución el tratamiento psicológico¹⁸⁷³.

Puede tener una notable incidencia en la evaluación o liquidación de los daños los sucesos o acontecimientos acaecidos desde el momento de su producción hasta aquel en que sean definitiva y totalmente reparados, sobretudo en aspectos relativos a los intereses, costos de materiales o servicios para la reparación¹⁸⁷⁴. Será en la demanda (o en la contestación) cuando se presenten las pruebas y las alegaciones pertinentes en torno a los daños producidos (o a su negación). Cuando se establezcan las bases para la liquidación del daño, se deberá dar cumplimiento a las siguientes premisas, según el autor: 1) hay que evaluar los medios que se necesitan para reparar el daño y no el daño en sí mismo; y 2) la finalidad del resarcimiento del daño es la total reintegración económica del perjudicado, que se alcanza con el efectivo desembolso de la cantidad que resulte de los daños realmente sufridos por el perjudicado. Por ello, la condena deberá alcanzar el importe de los daños realmente sufridos por el perjudicado: a) el aumento del precio de las reparaciones, y b) la pérdida de valor adquisitivo de la cantidad que la propia víctima hubiera invertido para reparar por su cuenta el daño, que se pueden circunscribir al interés y a la depreciación propiamente dicha.

¹⁸⁶⁸ STS 2.4.2004 (RJ 2004, 2607). El objetivo, según el fallo, es compensar el quebranto devaluatorio de la moneda o instrumento dinerario.

¹⁸⁶⁹ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁸⁷⁰ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁷¹ MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, p. 24. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 431.

¹⁸⁷² MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁷³ *Ibid.*: p. 24.

¹⁸⁷⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, pp. 914-923.

En la UmweltHG el alcance de la indemnización se regula en el § 12 (muerte) y en el § 13 (lesión corporal o daño a la salud). Por otro lado, las indemnizaciones tendrán en todo caso un tope máximo total de 85 millones € para cubrir los supuestos anteriores, y otro tanto para los daños a cosas (§ 15), si bien no excluye la aplicación de otras normas (generalmente BGB) para cubrir aquellas responsabilidades a las que la propia ley no alcance (§ 18 I). En cambio, en los daños a las cosas producidos por instalaciones que funcionaban de acuerdo con la normativa reglamentaria (§ 6 II 2), se excluye la indemnización cuando el daño sea insustancial o la cosa se afecte en una medida soportable, de acuerdo con la costumbre local (§ 5). Si se sobrepasaran esta cantidad, la indemnización por cada concepto se reducirá en la proporción en que la suma total esté respecto del máximo indemnizable. El § 13 establece que: «también se puede exigir una indemnización equitativa monetaria por el daño no patrimonial de acuerdo con [lo regulado en] el art. 253.2 BGB». Dicha novedad afecta a los daños producidos a consecuencia de un atentado a la salud, si bien la doctrina lo ha ampliado a otro tipo de daños y molestias, tales como la intranquilidad frente a ruidos excesivos, etc.

En Italia se ha señalado que la naturaleza jurídica de la indemnización no está en relación a la supuesta naturaleza lícita del daño reparable, sino en función de la necesidad de evitar el resarcimiento en forma específica: la indemnización o compensación reviste así la naturaleza de un resarcimiento por equivalente y la previsión de eso en lugar del remedio del resarcimiento deriva de una valoración preventiva, operada por el legislador, de la excesiva onerosidad del resarcimiento en forma específica, y por lo tanto de la oportunidad de evitarlo. Teniendo presente esto, no puede considerarse que, aplicando el art. 844 c.c. también a la salud del propietario, la relativa tutela pueda ser limitada a la atribución de la compensación, en coherencia a la opinión dominante que atribuye al juez el poder discrecional de excluir el resarcimiento en forma específica, cuando lo reclame la razón de la producción»¹⁸⁷⁵.

En Bélgica, según HINTEREGGER, en la práctica no existe distinción, o como mucho ésta es mínima, entre la compensación otorgada bajo la regla general del *tort law* (ilícito civil) y las reglas del *law of nuisance* (derecho de inmisiones)¹⁸⁷⁶.

Se han denominado «terceras vías» aquéllas que «intentan compatibilizar la existencia de la obligación de indemnizar los daños derivados necesariamente de la relación 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 está amparadas por una licencia orientada a verificar dicho cumplimiento)¹⁸⁷⁷ y, se podría añadir, cuando se ajusten al uso normal según las condiciones locales. Se debe a la excesiva onerosidad que la misma pudiera suponer para el responsable la cesación de la actividad. Se cree que se corre el riesgo de originar nuevos problemas de aplicación, dado que supondrá la superposición parcial de los daños futuros entre patrimoniales y morales, la distribución de la indemnización entre el propietario actual y los que le sucedan y, finalmente, problemas entre los propietarios y titulares de derechos de uso sobre los inmuebles inmitidos. Nos remitimos a lo dispuesto en el capítulo relativo a la acción negatoria de inmisiones.

¹⁸⁷⁵ TORREGROSA, G.: *op. cit.*, p. 1426.

¹⁸⁷⁶ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 88-89.

¹⁸⁷⁷ LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *op. cit.*, p. 787.

d) *Régimen comparado medioambiental y civil español y catalán. Especialidades en los daños medioambientales de titularidad privada.*

En la presente tabla se comparan las diferentes acciones posibles del particular es en el sistema privado español y catalán de inmisiones y otros DCC, y el sistema de la Ley de Responsabilidad Medioambiental:

Legislación	Supuesto de hecho	Tutela	Pretensiones posibles	Norma de aplicación
C.c. Español	Incumplimiento de las normas reguladoras de la actividad y amenaza de invasión en el uso y disfrute de la propiedad, que cause daño.	Preventiva pura (Acción Negatoria – AN-)	Abstención pura: adecuar la actividad a las medidas reglamentarias o que sean necesarias para evitar las inmisiones ilegítimas o contaminación que puedan generar daños.	590 C.c.
	Inmisiones intolerables que no hayan causado un daño efectivo y que se sigan produciendo en la actualidad.	Inhibitoria (AN)	Cesación de inmisiones presentes y abstención de las futuras del mismo grado	590 C.c.
	Inmisiones excesivas que sean nocivas a las personas o a sus bienes y que sigan produciéndose en la actualidad	Evitación de nuevos daños (Acción de responsabilidad civil –ARC-)	Cesación de inmisiones presentes y abstención de las futuras del mismo grado	1908 C.c. o 590 C.c.
			Reparación de los daños	1908.2 C.c.
	Otros DCC	Reparadora (ARC)	Reparación de los daños	1902 C.c.
C.c. Catalán	Inmisiones ilegítimas que se siguen produciendo en la actualidad	Inhibitoria o de evitación de nuevos daños (AN)	Cesación de inmisiones presentes y abstención de las futuras del mismo grado	544.4.1 y 544.6.1 C.c.c.
	Daños presentes por inmisiones ilegítimas	Indemnizatoria (AN)	Indemnizar daños presentes	566.6.2 C.c.c.
LRM	Amenaza inminente de daños	Preventiva (ARM)	Medidas preventivas de evitación del daño aún no acaecido	17.1 LRM
	Cuando se ha producido un daño medioambiental	Evitación de nuevos daños (ARM)	Medidas de evitación de nuevos daños	17.2 LRM
	Daños producidos	Reparadora (ARM)	Reparación de los daños	19 LRM

Tabla 9. Tutela del particular ante inmisiones y daños civiles por contaminación en el Derecho civil español y el catalán. Comparación con la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

Esta clara separación que hace el legislador catalán entre pretensión de cesación (inmisiones ilegítimas) e indemnizatoria (daños ocasionados por dichas inmisiones) no se contiene en el ordenamiento español, por lo que habrá que acogerse a la interpretación doctrinal y jurisprudencia que se hace de los arts. 590 y 1908.2 C.c.: si continúan las inmisiones, se exigirá la evitación de daños futuros, si bien no existe acuerdo sobre si se trata de un efecto indirecto de la acción de responsabilidad civil o de una acción independiente. En mi opinión, la acción de responsabilidad requeriría la demostración del daño, salvo que el daño sea moral.

Los *daños medioambientales* pueden tener la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular*. El particular podrá plantear la iniciación del procedimiento de responsabilidad medioambiental a través del procedimiento de la LRM o dirigirse ante la jurisdicción civil, teniendo en cuenta que el particular no podrá exigir indemnización como si se tratara de un bien privado no medioambiental (art. 5.1 y 2LRM), y la D.A. novena LRM obliga a la aplicación de las reglas del Anexo II a la reparación del daño medioambiental, con independencia de que tal obligación se exija en el procedimiento que sea¹⁸⁷⁸:

«Las normas del anexo II o las dispuestas con carácter complementario por la normativa autonómica con el mismo objeto se aplicarán en la determinación de la obligación de daños medioambientales, con independencia de que tal obligación se exija en un proceso judicial civil, penal o contencioso-administrativo o en un procedimiento administrativo».

Dice MARTÍN DIZ que los particulares perjudicados por daños medioambientales de su propiedad o titularidad podrán ejercitar su pretensión indemnizatoria en sede civil, con destino a la reparación del propio bien medioambiental del cual son propietarios, con independencia de las actuaciones administrativas de prevención y reparación de la LRM, quedando separados ambos procedimientos, siempre y cuando no se haya producido ya la reparación vía LRM, en cuyo caso se estaría dando cobertura a un enriquecimiento injusto del perjudicado y procedería la devolución o compensación de lo indebidamente percibido¹⁸⁷⁹. ÁLVAREZ LATA sugiere que el mismo principio informador de reparación *in natura* se habría de proyectar sobre los bienes privados¹⁸⁸⁰.

También podría plantearse en el procedimiento civil una cuestión prejudicial administrativa, al objeto de conocer si dicha responsabilidad ha sido satisfecha, total o parcialmente, con anterioridad, o incluso si está siendo resuelta en ese momento, tal y como permite el art. 42 LEC. El órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto que pueda resolver la cuestión a los solos efectos prejudiciales civiles, salvo que las partes, de común acuerdo, o una de ellas con el consentimiento de la otra, pidan que se suspenda el proceso hasta que la cuestión prejudicial quede resuelta por la Administración competente, queda desde ese momento el tribunal civil vinculado a la decisión del órgano administrativo acerca de la cuestión prejudicial, si bien en caso de reclamar por la vía judicial civil deberá sujetarse a lo establecido en la LRM (DA 9ª):

Respecto de este último supuesto, creo que aunque se inste en sede jurisdiccional civil la reparación de los daños, si la acción de responsabilidad se fundamenta no sólo en el art. 1902 C.c., en cuanto bien privado, sino también en los artículos de la LRM que sean de aplicación, en cuanto bien medioambiental, sería posible la aplicación de preceptos de esta última que resulten más beneficiosos para el particular. En materia de reparación de daños, además, hay que tener en cuenta que la propia D.A.9ª LRM exige la aplicación del anexo II con independencia de que la obligación se exija en un proceso judicial civil. El Anexo II establece como medidas de reparación la “reparación primaria”, la “reparación complementaria” y la “reparación compensatoria”. En ningún caso, indica el Anexo II, la reparación compensatoria consistirá en una compensación financiera o económica al público.

¹⁸⁷⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, p. 59. LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, 1ª Edición, Madrid, 2010, pp. 404 y 405.

¹⁸⁷⁹ MARTÍN DIZ, F.: “Responsabilidad por daños medioambientales: novedades legales y cuestiones procesales”, *Práctica de derecho de daños: Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 61, 2008, p. 32.

¹⁸⁸⁰ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 820. En estos supuestos «la reparación del daño ambiental tradicional [...] arrastra la propia restauración del medio y, por ende, la reparación del daño ecológico, aunque sea de forma parcial, lo cual aporta, como es obvio, un efecto favorable».

Han surgido varias críticas a este régimen de responsabilidad aplicable a los daños medioambientales de propiedad o titularidad privada. RUDA GONZÁLEZ dice que los particulares no disponen de legitimación para reclamar una indemnización, sino sólo de un poder para solicitar a la autoridad competente que actúe¹⁸⁸¹. CARRASCO PERERA afirma que la prohibición de doble recuperación de costes significa que se habrá dado entrada en el procedimiento de la LRM a la posibilidad de reclamar y liquidar daños particulares, cosa que la ley no admite expresamente. Además, aunque admitiera la posibilidad de que la LRM permitiera la reclamación y liquidación de estos daños «no se ve cómo podría en tal caso reclamar el responsable una devolución o compensación al perjudicado, pues éste no habría recibido sino lo que era debido»¹⁸⁸².

En mi opinión, la doble recuperación no significa más que esta reclamación no podrá hacerse en ambos procedimientos por separado, pero no se refiere a la pretensión de resarcimiento. Otra cuestión diferente son los daños estrictamente privados que puedan causarse con ocasión del daño medioambiental de titularidad privada, es decir, los posibles daños a cultivos, daños a la salud, morales, etc., que se considerarán estrictamente privados y, por lo tanto, no se someterán a la LRM, y, en definitiva, no podrán dar lugar a supuestos de doble recuperación de costes. La LRM prohíbe la compensación económica al particular y se centra en la reparación *in natura*. Este procedimiento de la LRM puede tener sus ventajas: 1) el particular podría solicitar a la Administración el inicio del procedimiento de responsabilidad medioambiental, que se tramitaría y ejecutaría de oficio por ésta, por lo que no sería necesario sufrir el coste judicial tanto de honorarios como sobre todo de peritos. 2) En el caso de que el daño haya sido ocasionado por actividades incluidas en el Anexo III y no extén exentas de constituir garantía obligatoria, las medidas de prevención, evitación y reparación quedarán garantizadas, normalmente a través de seguro de responsabilidad medioambiental.

En Alemania, la indemnización por daños patrimoniales sufridos en una propiedad con elementos ecológicos se garantiza solamente a las personas lesionadas con derecho a indemnización que realmente restauran el medio ambiente a su condición previa. En primer lugar, solamente los intereses privados parecen estar incluidos. En segundo lugar, el último requisito es muy importante y único dado que el derecho de daños general no contiene ninguna condición en cuanto a lo que realmente hace el demandante con su recompensa. En cambio, la UmweltHG limita esta “liberalidad” del perjudicado respecto de la cuantía recibida, dado que la vincula a la restauración medioambiental del terreno afectado por la contaminación¹⁸⁸³. Hay que estar al § 16 UmweltHG, que dice: «(1) Si el daño a la propiedad también conlleva un perjuicio a la naturaleza o paisaje, entonces, en la medida en que la persona lesionada restaura la condición que existiría de no haber tenido lugar el hecho perjudicial, el §» 251 (2) del Código civil se aplicará, pero los gastos incurridos en la restauración a la condición previa no serán considerados irrazonables por la sola razón que ellos excedan del valor de la propiedad. (2) Tras la demanda interpuesta por el demandante para solicitar la indemnización, la persona responsable anticipará el pago por los gastos necesarios». Algún autor ha afirmado que aunque pudiera parecer una vía abierta para la reparación del daño ecológico, más bien se refiere al resarcimiento de los daños causados a la propiedad, que al mismo tiempo supongan un perjuicio a la naturaleza o al paisaje¹⁸⁸⁴.

¹⁸⁸¹ RUDA GONZÁLEZ, A.: “En tierra de nadie...”, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

¹⁸⁸² CARRASCO PERERA, A.: “El régimen civil de la responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 160.

¹⁸⁸³ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 353.

¹⁸⁸⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 128.

B) Cuantificación de los daños civiles por contaminación.

a) Reglas generales para la cuantificación del daño. Especialidades en los daños afectados por un elemento temporal: continuados y permanentes.

Para el cálculo de los daños y perjuicios, hay que respetar las reglas establecidas en la responsabilidad civil del derecho común, tanto en cuanto a la parte sufrida (*damnum emergens*) como a la ganancia perdida (*lucrum cessans*). La cantidad asignada deberá permitir el reemplazo o la rehabilitación de la misma¹⁸⁸⁵. En todo caso, la apreciación monetaria deberá hacerse a la fecha de la decisión judicial. La cuantificación del daño causado debe hacerse en la demanda con base a los arts. 399.1 y 253 LEC:

Art. 253 LEC: «1. El actor expresará justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda. Dicha cuantía se calculará, en todo caso, conforme a las reglas de los artículos anteriores. La alteración del valor de los bienes objeto del litigio que sobrevenga después de interpuesta la demanda, no implicará la modificación de la cuantía ni de la clase de juicio.

2. La cuantía de la demanda deberá ser expresada con claridad y precisión. No obstante, podrá indicarse en forma relativa, si el actor justifica debidamente que el interés económico del litigio al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al juicio ordinario, o que no rebasa la máxima del juicio verbal. En ningún caso podrá el actor limitarse a indicar la clase del juicio a seguir, ni hacer recaer en el demandado la carga de determinar la cuantía.

3. Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario».

La función de calcular las indemnizaciones se atribuye exclusivamente por la jurisprudencia a los órganos judiciales, que lo harán caso por caso, valorando las pruebas y sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto¹⁸⁸⁶. Los criterios de fijación de la cuantía indemnizatoria, aparte de la vía convencional, y de la obligación de reposición *in natura*, no tienen en el art. 1902 C.c. una regla secundaria relativa a la valoración del daño, por lo que el juez deberá valorar los daños desde un punto de vista objetivo, teniendo en cuenta el lugar y las circunstancias concretas de la inmisión: duración, clase, intensidad y efectos, sin que tal fijación sea revisable en casación excepto en el supuesto en que al señalarla se hubiera incurrido en error de hecho y tal error se combata por el cauce adecuado¹⁸⁸⁷. De hecho, la apreciación de la prueba pericial es función privatista del Tribunal “*a quo*”, a cuyo riesgo debe estarse, ya que sujeto su proceso valorativo sólo a las reglas de la sana crítica y no constatadas estas reglas en normas legales preestablecidas, no puede ser sometido a revisión cuando es razonable a la apreciación subjetiva e interesada de la parte recurrente¹⁸⁸⁸.

¹⁸⁸⁵ ROBERT, A.: *Les relations de voisinage, op. cit.*, pp. 117-118. Dice el autor (p. 117) que «las soluciones particulares establecidas para las hipótesis de degradación, destrucción o pérdida de un bien deben ser aplicadas».

¹⁸⁸⁶ MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, p. 28. En la jurisprudencia, SSTS 25.3.1991 (RJ 1991, 2443), 26.3.1997 (RJ 1997, 1864), 19.6.1997 (RJ 1997, 5423), 2.4. 2004 (RJ 2004, 2607).

¹⁸⁸⁷ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 269. En la jurisprudencia, SSTS 15.12.1981 (RJ 1981, 5157), 21.10.1983 (RJ 1983, 5335), 8.4.1985 (RJ 1985, 1684), 30.5.1985 (RJ 1985, 2833), 15.7.1986 (RJ 1986, 4566), 9.7.1987 (RJ 1987, 5213), 7.10.1988 (RJ 1988, 7388), 18.10. 1989 (RJ 1989, 6933), 19.10. 1990 (RJ 1990, 7982), 22.5.1995 (RJ 1995, 4088).

¹⁸⁸⁸ SSTS 10.6.1991 (RJ 1991, 4435), 12.11.1985 (RJ 1985, 5576), 5.11.1986 (RJ 1986, 6209), 27.1.1988 (RJ 1988, 150), 29.2.1988 (RJ 1988, 1311), 14.2.1989 (RJ 1989, 834), 13.6.1989 (RJ 1989, 4629), 30.5.1990 (RJ 1990, 4100).

En la valoración de los daños se pueden distinguir dos elementos capitales que están íntimamente unidos: las bases y el *quantum* indemnizatorio¹⁸⁸⁹. En su determinación deberán aplicarse los criterios generales de evaluación y cálculo del daño¹⁸⁹⁰, teniendo en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1106 C.c.)¹⁸⁹¹ con base al criterio general de reparación integral del daño¹⁸⁹². Por poner algún ejemplo, la depreciación de una finca por causa de la contaminación es considerada por los jueces como daño emergente, en el caso de que haya sido irremediablemente producido, ya que el valor de venta de una vivienda es un elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos¹⁸⁹³.

Existen varias teorías doctrinales sobre el daño: 1) concepción objetiva, según la cual el daño equivale al valor objetivo de mercado del bien destruido o el minusvalor del bien deteriorado; 2) concepción abstracta (teoría de la diferencia): comparación entre las situaciones patrimoniales de la víctima, calculándose el patrimonio del dañado si el daño no se hubiera producido y el efectivo tras la producción del daño, de mayor amplitud que la anterior¹⁸⁹⁴; 3) la concepción subjetiva (se tendrán en cuenta las específicas circunstancias del concreto dañado) y real-concreta del daño (se tendrán en cuenta los singulares factores del daño), y 4) el daño entendido como lesión de un interés valorable en dinero (cualquier disminución de la utilidad). Esta última teoría contempla una heterogeneidad de daños (lesiones corporales, daños morales, pérdidas o deterioros de bienes ya incluidos en el patrimonio y aquellos que no llegan a entrar), así como existe dificultad en la identificación de tales intereses cuya lesión constituye un daño, pues no existe un listado previo¹⁸⁹⁵.

Según argumenta DE ÁNGEL YAGÜEZ¹⁸⁹⁶ la doctrina española se divide, sobre todo en materia de cuantificación de las indemnizaciones, entre los que abogan por la independencia del dolo o culpa a la hora de establecer el *quantum* indemnizatorio, y los que afirman que, en virtud del art. 1107 C.c. –que consideran aplicable también a la responsabilidad civil extracontractual–, el deudor de buena fe responde de los daños y perjuicios «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», mientras que en caso de dolo, responderá el deudor de todos los daños «que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Estas posturas son correctas y pueden ser compatibles desde el punto de vista de la relación causal y el grado de culpabilidad, pues la relación causal sí está afectada por el grado de culpabilidad, respondiendo de más consecuencias por la gravedad de la conducta (art. 1107 C.c.), pero, una vez que se han delimitado o definido los efectos lesivos de que se debe responder, entonces se responde íntegramente, sin consideración al grado de culpabilidad.

¹⁸⁸⁹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 202.

¹⁸⁹⁰ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 266.

¹⁸⁹¹ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(I)”, *op. cit.*, p. 821.

¹⁸⁹² STS 5.10.1999 (RJ 1999, 7015).

¹⁸⁹³ Según indica la STS 31.5.2007 (RJ 2007, 3431): «el valor en venta de una finca o las expectativas de alquilarla por más o menos precio constituyen un elemento patrimonial indemnizable» (en parecido sentido la STS de 13.7.2005 (RJ 2005, 9154).

¹⁸⁹⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 900.

¹⁸⁹⁵ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 128-131. Los autores critican de las dos primeras teorías que resultan de difícil aplicación a los daños morales. De la primera, en concreto, que no pretende tutelar derechos subjetivos lesionados e impone una valoración parcial; de la segunda, que es de difícil aplicación a la reparación natural mediante entrega de cosa nueva.

¹⁸⁹⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 435-438.

Cuando el daño no sea doloso no cabría graduar la responsabilidad ya que la obligación de reparar el daño causado es indivisible, puesto que «no trata de castigar al agente sino de resarcir a la víctima»¹⁸⁹⁷. A ello contribuye el que el art. 1902 C.c. hable de reparar el daño causado, sin matices ni restricciones, lo que «induce a pensar que no es posible fragmentar el *quantum* de la reparación».

No obstante, los jueces se hallan influidos por el juicio que moralmente le merezca el comportamiento del sujeto, sobre todo si se está en el caso de daños morales, pues al no existir una cuantificación fija, es inevitable que la discrecionalidad se halle influida por la valoración de la culpa del agente. Por ejemplo, existe doctrina¹⁸⁹⁸ y jurisprudencia en materia de inmisiones ruidosas, en la que se argumenta que si bien la preexistencia del ruido no es obstáculo para la existencia de una inmisión ilícita, sí deberá considerarse a la hora de realizar una valoración de la vivienda supuestamente depreciada¹⁸⁹⁹. Asimismo, el art. 10:401 PETL establece que: «En casos excepcionales, puede reducirse la indemnización si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes. Para determinar si esta reducción procede, deberá tenerse en cuenta, de modo especial, el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101), el alcance de la protección del interés (artículo 2:102) y la magnitud del daño», solución que, según MARTÍN CASALS, los tribunales en la práctica llevan a cabo tratando de armonizar los intereses¹⁹⁰⁰.

Asimismo, se puede producir una compensación por la carga que representa la tolerancia de futuro de las inmisiones por parte del perjudicado ante la persistencia de las mismas y la dificultad, o más bien imposibilidad, para su erradicación, no obstante las medidas correctoras adoptadas o aplicables al efecto, cuando no proceda la cesación o clausura de la actividad inmitente¹⁹⁰¹. No se trata en rigor de una indemnización¹⁹⁰², por cuanto la compensación se valora mediante criterios expropiatorios y la indemnización se valora estrictamente en función del daño o perjuicio. Como se ha dicho con anterioridad, la compensación del daño en España no es una práctica habitual.

También existen casos en los que se pueden compensar los perjuicios sufridos por la víctima con los beneficios que ésta obtiene como consecuencia del propio daño (*compensatio lucri cum danno*), basándose en la doctrina de la prohibición del enriquecimiento injusto, siendo necesario para ello que el beneficio a compensar sea consecuencia de la conducta dañosa, pero no de un acto posterior de la propia víctima ajeno al mismo. Los perjudicados obtienen así un beneficio a partir del daño sufrido, incluso agravando el daño para conseguirlo¹⁹⁰³. Si bien no se deducirán las cuantías percibidas por otras fuentes indemnizatorias (p. ej. seguro).

¹⁸⁹⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 435-438.

¹⁸⁹⁸ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁸⁹⁹ La SAP Cádiz 23.5.2008 (JUR 2008, 233628) dice que la pérdida de valor de la vivienda «no puede ser estimada, de una parte ya que la misma no es propiedad de los actores, y de otra porque cuando se edificó la misma los ruidos ya existían, por lo que su valor es el mismo que cuando se edificó».

¹⁹⁰⁰ MARTÍN CASALS, M.: “Una primera aproximación...”, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁰¹ De la jurisprudencia analizada se puede citar un ejemplo de esta medida en la SAP Murcia 24.5.1997 (AC 1997, 1040), en la que, al considerar que la cercanía de la fábrica inmitente a la vivienda del inmitido impide la total erradicación del daño, condenó a abonar a los actores «el importe de una vivienda en las mismas condiciones, para que puedan abandonar el lugar haciendo entrega los actores de los terrenos y vivienda a los demandados».

¹⁹⁰² HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 272.

¹⁹⁰³ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 226-227. VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 147-148.

Otros autores, además, de referirse al criterio anterior, añaden el del deber de la víctima de mitigar el daño¹⁹⁰⁴. Este último se basa en que no son indemnizables los daños sufridos por la víctima que ésta hubiera podido evitar adoptando medidas razonables, criterio que se puede extraer del art. 7.1 C.c.: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», o, específicamente, del art. 17 LCS («Deber de emplear los medios al alcance para aminorar las consecuencias del siniestro»)¹⁹⁰⁵. Este deber tendrá sus efectos jurídicos en el ámbito del seguro, si bien los jueces lo podrán tener en cuenta como un supuesto de culpa del agente causante del daño, basada en una omisión del deber de diligencia.

Por otra parte, los daños continuados que sean imposibles de cuantificar anualmente se podrán estimar mediante la pérdida de la producción de la finca, en función de su desarrollo y rendimiento. La dilación en su manifestación puede provocar la carencia de elementos suficientes de valoración y cuantificación del daño en los diversos momentos procesales, especialmente en el momento de la demanda. El art. 219.1 LEC obliga al demandante a cuantificar «exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, si bien se podrá fijar claramente la bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética», siempre y cuando se fijen las bases para ello pero difiriendo la determinación cuantitativa a la ejecución de la misma¹⁹⁰⁶.

Asimismo, en los daños permanentes (en cuanto a sus efectos) nada impide que la indemnización fijada judicialmente consista en una renta más o menos duradera o vitalicia, en función de la naturaleza persistente del daño, si bien se le puede achacar la posibilidad de pérdida de valor adquisitivo del dinero¹⁹⁰⁷. Según el art. 10:102 EPTL «La indemnización se otorga mediante suma alzada o renta periódica según resulte apropiado en atención, de modo especial, a los intereses de la víctima». Por su parte, el art. 10:103 dispone que «Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ellos sea incompatibles con la finalidad del beneficio».

Finalmente, la fijación y cálculo del lucro cesante sólo podrá realizarse a partir de un juicio de probabilidad o verosimilitud, y deberá ser probado, así como los demás hechos en que se fundamente el derecho, con exclusión de los denominados “sueños de fortuna”¹⁹⁰⁸. Podrá ser actual o futuro, según el momento de liquidación del daño. La existencia del lucro cesante es independiente de otro tipo de daños, es decir, no tiene por qué concurrir con otros daños materiales o extrapatrimoniales. Tampoco puede confundirse con el daño futuro, aunque finalmente acaba acaeciendo en el futuro la mayor parte de las veces en lo relativo al momento en el que se produce¹⁹⁰⁹. Los lucros frustrados se entenderán como ganancia líquida en aquellos casos en que el perjudicado para obtenerlos hubiera tenido que llevar a cabo desembolsos¹⁹¹⁰.

¹⁹⁰⁴ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 147-148.

¹⁹⁰⁵ Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, *op. cit.*, p. 323. Añade el autor que este deber «pesa sobre el eventual perjudicado desde el momento en que es previsible la producción misma del daño y subsiste, tras la producción de éste, respecto de sus consecuencias o secuelas».

¹⁹⁰⁶ MARTÍN DIZ, F.: *op. cit.*, p. 29.

¹⁹⁰⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 944.

¹⁹⁰⁸ Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, *op. cit.*, p. 323. En la jurisprudencia, SSTS 5.11.1998 (RJ 1998, 8404) y 14.3.2005 (RJ 2005, 2236).

¹⁹⁰⁹ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 381.

¹⁹¹⁰ Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, *op. cit.*, p. 324.

b) *Reglas de cuantificación del daño patrimonial.*

La determinación de la cuantía del daño patrimonial tiene como objeto conocer con precisión cuál es la cuantía que sirve para su indemnización¹⁹¹¹.

La cuantificación del daño patrimonial directo (daño emergente) consiste en la disminución del patrimonio de la víctima causada por el daño, y se determinará del modo más concreto posible, aunque no obsta para que pueda realizarse en abstracto con relación al mercado, cuando resulte pertinente (art. 10:201 PETL). En los daños patrimoniales por pérdida, destrucción y daño de las cosas, «la indemnización es su valor y, a estos efectos, es indiferente que la víctima quiera sustituir la cosa o repararla. No obstante, si la víctima la ha sustituido o reparado (o lo va a hacer) puede recuperar el mayor gasto si tal actuación resulta razonable» (art. 10:203) (1).

El deterioro patrimonial deberá cuantificarse, de manera que se pueda distinguir nítidamente entre las partidas de indemnización, en el caso de que hubiera otros daños patrimoniales o de otra naturaleza¹⁹¹². Ante la falta de especificación –por imposibilidad– de la valoración de los daños, cabe recurrir a cifras globales prudentemente calculadas, con relación a los valores de mercado. La pérdida suele calcularse según la depreciación económica del bien o del coste real de la reparación¹⁹¹³.

En el caso de que tengan que abandonarse las viviendas por sus moradores a causa de las inmisiones insoportables, la indemnización se calculará con la cantidad equivalente al gasto que hubieran tenido que efectuar para trasladar a los vecinos de sus casas actuales a otras viviendas semejantes durante las obras¹⁹¹⁴. Si la finca es productiva, el daño se determinará en función de la pérdida de valor de uso, es decir, la diferencia de productividad de la finca antes y después de la contaminación¹⁹¹⁵. Asimismo, habrá que analizar el daño a los materiales e instalaciones de los perjudicados, así como los sufridos por éstos en función del tiempo y de la condición jurídica que les unen a las citadas fincas o explotaciones (propietarios, usufructuarios, aparceros, etc. El daño a animales se cuantificará por el valor de mercado del animal, es decir, el valor que tendría de estar sano en el momento de la confirmación del diagnóstico¹⁹¹⁶, a través de informe de veterinario¹⁹¹⁷. En los daños patrimoniales derivados del daño corporal y muerte (art. 10:202) la indemnización incluye «la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica».

¹⁹¹¹ MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, p. 23.

¹⁹¹² RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 12 de enero de 2011...”, *op. cit.*, p. 231. En la jurisprudencia, citamos la STS 2.2.2011 (RJ 2001, 1003).

¹⁹¹³ REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 219.

¹⁹¹⁴ SAP Murcia 24.5.1997 (AC 1997, 1040). En la sentencia se establecen a razón de 150.000 pts. al mes, durante los 10 meses, equivalente a la renta que podría haberse cobrado por el alquiler de la vivienda afectada, incrementada en un 20% como precio de afección. La STS 13.7.2005 (RJ 2005, 9154) incluye los conceptos de ejecución de las obras y resultado y destino de las mismas y que establecía en 3.000.000 pesetas por las molestias padecidas como consencuencia del trazado de las vías, la frecuencia de utilización y su destino: el transporte de arrabio hasta los altos hornos de Gijón

¹⁹¹⁵ HERRERA DEL REY, J.: *La defensa...*, *op. cit.*, p. 269. La SAP Lugo 18.1.2004 (JUR 2005, 50077) dice que la contaminación procedente de unas explotaciones industriales merma el rendimiento de producción de la finca afectadas en un 90 por ciento.

¹⁹¹⁶ SAP Cantabria 24.12.1997 (AC 1997, 2410), posteriormente ratificada en la STS 28.1.2004 (RJ 2004, 153).

¹⁹¹⁷ STS 22.5.1995 (RJ 1995, 4088), en un caso de daños a huevos embrionados y alevines de una piscifactoría.

Un caso polémico es el de la consideración o no como daños patrimoniales la depreciación o disminución del valor de venta o el precio de alquiler de una vivienda similar¹⁹¹⁸ en los casos en los que se edifique la vivienda cuando las inmisiones ya existan. Existe jurisprudencia que niega este tipo de daños por cuanto su valor es el mismo que cuando se edificó, no habiéndose depreciado por este motivo, pues si bien la preexistencia de la inmisión no es óbice para que se estime la inmisión ilícita, sí debe considerarse a la hora de valorar la vivienda en cuestión¹⁹¹⁹. La STS 2.2.2001 (RJ 2001, 1003) afirma que los actores adquieren la vivienda y terreno por un precio ínfimo en la fecha en la que las actividades industriales contaminantes ya estaban instaladas y en funcionamiento, realizando las mismas labores, extracciones y transportes, habiéndose aceptado tales condiciones al realizarse la compra, así como que el demandante participara a título lucrativo en el proceso productivo de una de las industrias demandadas, vendiéndole el agua que precisaba para su actividad.

Por otra parte, la dificultad para cuantificar la ganancia frustrada (lucro cesante) reside en que las bases a partir de las cuales se puede llevar a cabo esa valoración no resultan fáciles de determinar y de acreditar, por lo que, en la práctica, se ha tendido por los tribunales a acudir a criterios estandarizados, cuyo fundamento se encuentra en la propia experiencia humana y en el principio de normalidad. No creo que la aplicación de estos criterios deban constituirse como el parámetro fundamental que desplace a la verdadera prueba del daño, sino de manera subsidiaria, con el objetivo de impedir que el daño quede sin resarcimiento por falta de cumplida prueba de su cuantía. El parámetro fundamental deberá seguir siendo el de la prueba de la entidad del daño a partir de datos que lo intenten determinar de manera más concreta, si bien, tratándose de un daño hipotético, siempre han de ser una medida relativa del daño que supongan una medida objetiva del mismo, lo que se puede conseguir acudiendo tanto a datos internos como externos, es decir, datos pertenecientes a la esfera interna de la actividad del que ha sufrido el daño o bien ajenos a ella y pertenecientes a la experiencia de otro con el que exista una situación parecida.

En todo caso caso, creo que el art. 1103 del C.c. faculta al juez para moderar la responsabilidad, aunque lo más usual es que sirva a los tribunales para reducir el importe del resarcimiento. La facultad moderadora que tienen los Tribunales del *quantum* indemnizatorio no es revisable en casación, al no constituir un mandato para el juzgador, a no ser que el juzgador de instancia (STS 6.2.2008 [RJ 2008, 1215]) haya hecho uso de tal facultad de modo irracional y desmesurado¹⁹²⁰ para lo cual habrá de atenderse al *factum* establecido como probado y que éste ponga de manifiesto las responsabilidades que postula (STS 5.7.1993 [RJ 1993, 5795]).

No existe limitación máxima de la indemnización, pues todo daño debe ser resarcido. Además, la declaración de responsabilidad implicará la adopción de medidas preventivas para evitar que suceda en el futuro. No obstante, la doctrina en este punto no está totalmente de acuerdo, por cuanto hay autores que defienden la posibilidad de que se pusiera un tope máximo a las indemnizaciones¹⁹²¹, mediante iniciativa legislativa, porque de lo contrario las cifras serían astronómicas.

¹⁹¹⁸ HERRERA DEL REY, J.: *op. cit.*, p. 269. «Desgraciadamente, [según el autor], algunas [sentencias] no admiten esta valoración si el perjudicado efectivamente no ha cambiado de domicilio».

¹⁹¹⁹ SAP Cádiz 23.5.2008 (JUR 2008, 233628), FD 4º.

¹⁹²⁰ SSTS 31.12.1996 (RJ 1996, 9476), 15.12.1999 (RJ 1999, 9200), 5.12.2000 (RJ 2000, 9887), 6.11.2002 (RJ 2002, 9637).

¹⁹²¹ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 23.

Los tribunales franceses calculan la indemnización en función de las circunstancias particulares del caso, incluyendo normalmente la disminución de valor del fondo afectado, así como los daños materiales y personales ocasionados. En materia de inmisiones, la indemnización podrá consistir en una cantidad de dinero o bien en una renta periódica, pagadera en cuanto persista la perturbación excesiva.

En el derecho de daños alemán, en la evaluación de los daños el principio básico en el daño patrimonial es la teoría de la diferencia, mediante la evaluación acorde a la situación previa y posterior al hecho dañoso. Los métodos generalmente aplicables son el de reemplazo o el coste de reparación, cualquiera que sea el menor; en estos casos, el demandante tiene el deber de mitigar sus pérdidas. Una indemnización pecuniaria es la regla aplicable cuando la reparación en especie es imposible¹⁹²². La evaluación del lucro cesante incluye el coste de sustitución del alquiler y pérdida de la renta. Los tribunales parecen tratar tales pérdidas como patrimoniales, tratando de evitar la limitación por las pérdidas económicas. Por otra parte, el § 16 UmwltHG regula el caso de un daño en una cosa que a su vez supone un perjuicio a la naturaleza o el paisaje, en cuyo caso si el perjudicado es el propietario del lugar natural deteriorado y que haya procedido efectivamente a su reparación, el responsable del daño no podrá invocar el § 251 BGB, según el cual la reparación debida está limitada únicamente al valor de la cosa deteriorada. Como se puede observar, incluso en un régimen especial de responsabilidad civil por contaminación se aplican soluciones parecidas al § 906 BGB cuando se trata de daños a las cosas. Se deben aplicar las reglas universales de restauración de las especies, replantación y recultivo de las tierras¹⁹²³ y al § 16 UmweltHG.

En Inglaterra, los daños a las cosas se valorarán conforme a los criterios generales del derecho de los *torts*, y cubrirá el coste de la reparación del bien o la disminución de valor. En el caso de daños materiales (*physical damages*), hay que tener en cuenta las siguientes formas y cálculo de reparación¹⁹²⁴: 1) La regla general de valoración se hace mediante el coste o pérdida actual. 2) La principal regla de indemnización es la disminución del valor de mercado del bien (*replacement*), o el coste de reparación (o reposición–*reinstatement*–), aplicando el juez el de menor coste, o incluso ambos en caso de que sea necesario. Las pérdidas de valor en el mercado del bien se realizan en comparación con el valor del bien antes y después del daño, o bien el precio de la renta que podría resultar de su uso (*lost use value*). 3) En caso de destrucción de edificios, el coste de reconstrucción si aquél tiene un uso residencial o comercial se valora mediante el coste de reparación (*reinstatement*). Si el edificio tiene un uso industrial se aplica la disminución del valor de mercado del bien (*replacement*). En caso de destrucción de bienes muebles se tiene en cuenta el coste de disminución del valor del mercado del bien (*replacement*). En ambos casos, daños a la propiedad o bienes inmuebles, el lucro cesante (*losses of profit*) y/o gastos son compensables, solo limitado por un test de improbabilidad. En materia de *private nuisance* los daños patrimoniales por depreciación o ganancias dejadas de obtener se suelen valorar en función del valor comparado que resulte del valor de la propiedad afectada antes y después de la *nuisance*, calculado generalmente mediante la diferencia en el valor de renta durante su producción, aunque no es descartable la posibilidad de valorarlos mediante los costes de operación de limpieza necesarios para recuperar la propiedad a su estado inicial¹⁹²⁵.

¹⁹²² LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 353.

¹⁹²³ *Ibid.*: p. 354.

¹⁹²⁴ *Ibid.*: pp. 375-376.

¹⁹²⁵ BELL, S. & MC GILLIVRAY, D.: *op. cit.*, p. 276.

c) *Reglas de cuantificación del daño corporal y a la salud.*

En general, han sido detectados una serie de problemas relativos a la valoración del daño no patrimonial debidos principalmente a la carencia de un mercado de referencia que genera incertidumbre en su cuantificación¹⁹²⁶. Ello trae como consecuencia la tendencia restrictiva de los tribunales en la fijación de las cuantías, o, en el terreno legal, la fijación de previsiones específicas o baremos, como por ejemplo el de accidentes de circulación (RD 8/2004). Éstos sirven fundamentalmente para reducir la discrecionalidad judicial y para favorecer la implantación de un seguro de responsabilidad civil por responsabilidad objetiva, al fijar ex ante el valor del daño.

En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de la salud física o psíquica. En la cuantificación de las indemnizaciones se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares (art. 10:301 EPTL inciso (3)). La cuantificación de los daños corporales requerirá la valoración de la integridad psicofísica (incapacidad temporal o permanente). En las inmisiones por ruido existe una relación entre el ruido y la enfermedad¹⁹²⁷. Para cuantificar estos daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo (art. 10:301 EPTL inciso (2)).

Según MARTÍN CASALS, que hace referencia a su vez al proyecto Busnelli-Lucas, de Baremo Europeo, este tipo de daños incluirán los daños que el médico pueda evaluar con mayor o menor precisión¹⁹²⁸: 1) los anatómicos-fisiológicos, el daño a un órgano, o el daño a un órgano sensorial. La pérdida o lesión supone la supresión o alteración automática de la función realizada por dicho miembro y se valora desde el 0% (integridad absoluta) al 100% (pérdida total de funciones). 2) Perjuicios particulares, que tienen un carácter cerrado: i) el perjuicio estético, entendido como la repercusión del daño anatómico o anatómico-fisiológico en la persona y que produce en la víctima una alteración de la imagen que tiene de sí misma, de la imagen que los demás tienen de ella y, normalmente, un daño psicológico limitado; ii) el perjuicio sexual, que se considera distinto del daño a la función reproductora (anatómico-fisiológicos), y que se relaciona con la pérdida de placer en la realización del acto sexual; iii) el perjuicio a las actividades específicas del ocio, provocado por la imposibilidad de llevar a cabo las actividades normales de esparcimiento; iv) los daños excepcionales, que serían aquellos que, al ser más intensos de lo habitual en una situación clínica, no estarían totalmente incluidos en el baremo médico. Quedarán excluidos del daño corporal: a) Daños patrimoniales: efectos patrimoniales perjudiciales derivados de aquéllos, tanto el daño emergente (gastos hospitalarios), como el lucro cesante (ganancias dejadas de obtener); b) *pretium doloris*: daño moral como consecuencia del daño corporal basado en dolores físicos y sufrimiento psíquico¹⁹²⁹, como el temor, la ansiedad y los padecimientos psíquicos que no comporten enfermedad psíquica, por cuanto son daños no susceptibles de valoración o constatación médica. c) La indemnización por causa de muerte.

¹⁹²⁶ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 144-146.

¹⁹²⁷ LORANCA RUILÓPEZ, A.: *op. cit.*, p. 621.

¹⁹²⁸ MARTÍN CASALS, M.: “¿Hacia un baremo europeo...”, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁹²⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 389. Este autor centra los daños morales en los inflingidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 21.

Según el Proyecto Busnelli-Lucas, los daños psicofísicos deberían ser evaluados e indemnizados sobre la base de criterios que respetasen el principio de igualdad y que produjeran resultados uniformes, lo que se solucionaría con: a) un “baremo médico”, que cuantificaría en porcentajes los perjuicios a la integridad física o psíquica en toda Europa; b) un “baremo de indemnización”, que indicaría el número de puntos relativo a cada porcentaje de lesión a la integridad psico-física tendiendo en cuenta la edad de la víctima (en función decreciente) y la importancia del porcentaje de perjuicio a la integridad psicofísica (función creciente), único en toda Europa; c) valor monetario asignado a cada punto del baremo de indemnización, en el que se reflejen las condiciones económicas de cada país. El nuevo sistema que se introdujera no debería suponer una alteración radical de los niveles de indemnización existentes en cada país, manteniendo las primas asegurativas. Lo positivo, según MARTÍN CASALS es que con esta estructura se facilitaría la comparación entre países que tuvieran distintas asignaciones al “valor del punto”, lo que conllevaría, a largo plazo, un acercamiento¹⁹³⁰.

En Alemania, el alcance de la indemnización está expresamente reconocida en su § 12 UmweltHG en los casos de muerte, mientras que en los casos de lesión corporal o daño a la salud en el § 13. Las indemnizaciones tendrán un tope máximo total de ochenta y cinco millones de euros para cubrir estos supuestos, así como otro tanto para cubrir los daños a las cosas (§ 15).

d) *Reglas de cuantificación de los daños morales.*

En los daños morales, el resarcimiento consiste en compensar a la víctima por la privación o menoscabo del bien personal¹⁹³¹.

La nota más relevante de los daños morales es la dificultad para cuantificar la indemnización pecuniaria¹⁹³², pues el daño moral es siempre incuantificable por naturaleza al carecer de toda posible determinación precisa¹⁹³³. Deberán tenerse en cuenta para fijar la cuantía de la indemnización, en todo caso, las circunstancias de cada caso concreto, dándose así una solución socialmente justa¹⁹³⁴, lo que conlleva a una gran imprecisión, al no detallarse las partidas ni los motivos. Esto es trasladable a los daños morales producidos por daños civiles por contaminación¹⁹³⁵, donde los Tribunales fijan una cantidad a tanto alzado de manera discrecional, fijando el *quantum* de la indemnización sin mencionar o sin precisar las bases¹⁹³⁶. En estos casos, el *quantum* es una cuestión inatacable, confiada al prudente arbitrio y a la valoración equitativa de los Tribunales de Instancia. Esta solución ha sido criticada¹⁹³⁷ pues una cuestión es la necesaria capacidad que debe reconocerse al juzgador a la hora de fijar el concreto importe de una indemnización por daño moral, y otra bien distinta, introducir el peligroso criterio de la equidad que, en cuanto a ponderación generalizada, es un principio general del Derecho, a no ser que una norma expresamente habilite para ello¹⁹³⁸.

¹⁹³⁰ MARTÍN CASALS, M.: “¿Hacia un baremo europeo...”, *op. cit.*, pp. 33.

¹⁹³¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 900.

¹⁹³² MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁹³³ MACIÀ GÓMEZ, R. I.: *op. cit.*, p. 28.

¹⁹³⁴ SSTs 22.6.1988 (RJ 1988, 513); SAP Barcelona 31.12.1997 (AC 1997, 2518).

¹⁹³⁵ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 205.

¹⁹³⁶ STS 20.10.1992 (RJ 1992, 8087); SSAP Asturias 14.9.1993 (AC 1993, 1631), 15.5.1999 (AC 1999, 1004), Palencia 9.11.2000 (ARP 2000, 2659), Baleares 11.1. 2002 (JUR 2002, 71764), Zaragoza 10.5.2005 (JUR 2005, 113001); STSJ Navarra 29.1.1997 (RJCA 1997, 446).

¹⁹³⁷ MACÍAS CASTILLO, A.: “Protección civil frente al ruido”, *op. cit.*, p. 58.

¹⁹³⁸ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 207.

En ocasiones, los juzgados identifican una serie de criterios para proceder a la cuantificación del daño no patrimonial, si bien éstos se reducen a casos en los que se tienen en cuenta todas las circunstancias concurrentes y especialmente el de la gravedad, duración¹⁹³⁹, intensidad, frecuencia y momento¹⁹⁴⁰ de la inmisión. También se tiene en cuenta la normalidad o anormalidad de los usos que las generan¹⁹⁴¹; el período de tiempo en que la misma superó los límites¹⁹⁴²; la positiva actitud de la demandante a la hora de acometer con prontitud las últimas obras correctoras para las que fue requerida¹⁹⁴³; la zona donde se ubica o la situación particular de cada uno de los demandantes¹⁹⁴⁴; la cantidad equivalente al gasto que hubiera tenido que efectuar el perjudicado para evitar el ruido¹⁹⁴⁵, etc. YANGUAS MONTERO ha criticado que esta solución judicial no evita cierta inseguridad por cuanto no se puede establecer una relación entre la concurrencia de estas circunstancias y el importe de las indemnizaciones¹⁹⁴⁶.

En ocasiones se justifican las bases empleadas tomando en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso, sin determinar cuáles son¹⁹⁴⁷, lo que puede equipararse a la ausencia total de justificación¹⁹⁴⁸.

Cuando las inmisiones afectan al domicilio se calculan las indemnizaciones atendiendo al coste hipotético del alquiler de la vivienda o de otra similar, lo que mitiga, en cierto modo, la inseguridad jurídica¹⁹⁴⁹. En ocasiones, esta indemnización se incrementa en un 20% como precio de la afección por el hecho de haber tenido que abandonar la casa¹⁹⁵⁰; en otras, se reduce a la mitad del importe, atendiendo al lugar en que se encuentre ubicada¹⁹⁵¹; a veces la indemnización será del 75% de las rentas mensuales que pudiera haber recibido, atendiendo a las características y zona donde se ubica la vivienda¹⁹⁵². Si bien las anteriores resoluciones ofrecen un criterio objetivo, estoy de acuerdo con aquellos autores que creen que, lo que en realidad se indemniza en estos casos, no es el daño moral sino el lucro cesante derivado de la imposibilidad de continuar habiendo la propia vivienda por la persistencia de las molestias¹⁹⁵³.

¹⁹³⁹ SAP Valencia 20.7.2004 (JUR 2004, 211055).

¹⁹⁴⁰ SSAP Córdoba 27.4. 2004 (JUR 2004, 150621), Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895).

¹⁹⁴¹ SAP Córdoba 27.4. 2004 (JUR 2004, 150621).

¹⁹⁴² SAP Valencia 20.7.2004 (JUR 2004, 211055).

¹⁹⁴³ HERRERA DEL REY, J.: *op. cit.*, p. 278. Según el autor «para compensar el mayor sufrimiento que a éste hubiera podido ocasionar la indiferencia o el desprecio que el autor hubiera evidenciado por la suerte de sus vecinos».

¹⁹⁴⁴ SAP Córdoba 23.12.2008 (JUR 2009, 200426).

¹⁹⁴⁵ SAP Madrid 20.11.2000 (AC 2001, 168), FD 8º.

¹⁹⁴⁶ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 215-216.

¹⁹⁴⁷ SSAP Asturias 28.2.2000 (AC 2000, 264), Lleida 15.9.2000 (AC 2000, 1619), Barcelona 14.1.2000 (JUR 2002, 115540), Alicante 7.4.2003 (JUR 2003, 203706), Madrid 24.3.2004 (JUR 2004, 248667), Baleares 21.2.2005 (JUR 2005, 118262), Madrid 31.5.2005 (AC 2005, 1217); STSJ Cantabria 7.7. 2004 (JUR 2004, 202933).

¹⁹⁴⁸ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 210, 212.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*: pp. 216, 223.

¹⁹⁵⁰ SAP Murcia 24.5.1997 (AC 1997, 1040).

¹⁹⁵¹ SAP Murcia 10.10.2001 (JUR 2001, 6031).

¹⁹⁵² SAP Albacete 18.10.2004 (JUR 2005, 8206).

¹⁹⁵³ CILLERO DE CABO, P.: *op. cit.*, p. 17. MACÍAS CASTILLO, A.: "Protección civil frente al ruido", *op. cit.*, p. 59. Para el autor «La pérdida del valor de la vivienda o lo que se conoce como depreciación es una partida netamente económica, patrimonial, nunca moral o extrapatrimonial». YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 216.

La valoración de los daños morales ocasionados por ruidos molestos no es una excepción de lo dicho anteriormente, ya que no se sigue un criterio uniforme en la jurisprudencia, determinándose a tanto alzado, teniendo en cuenta la valoración de las circunstancias, y en especial la duración, intensidad y frecuencia del trastorno producido, con particular incidencia a altas horas de la noche¹⁹⁵⁴, e incrementando o reduciendo, en apelación y casación, los pedimentos queridos por los demandantes, sin que, en algunos casos, se justifique la decisión de forma clara y rotunda¹⁹⁵⁵. CILLERO DE CABO¹⁹⁵⁶ critica la disparidad de soluciones en los tribunales de justicia: en unos casos, se determina el importe de la indemnización según apreciación discrecional del juzgador sin más argumentación; en otros se recurre a criterios que otras instancias y órganos jurisdiccionales no siguen; o se utilizan razonamientos poco o nada coherentes con la singularidad que ofrece el conflicto jurídico que se está enjuiciando.

Estoy de acuerdo con YANGUAS MONTERO cuando propone «desglosar todas las partidas indemnizatorias y motivar las cantidades concedidas justificando los parámetros empleados para calcular tal cantidad e indicando, allí donde se han tenido en cuenta las «circunstancias concurrentes». Una vez hecho esto, «será posible extrapolar criterios comunes de modo que se pueda anticipar, al menos de manera aproximada, las cuantías de las indemnizaciones». No obstante, prosigue la autora, las dificultades existentes para proceder a cuantificar este tipo de daños en ningún caso puede justificar la utilización de baremos legales, pues «supondría encorsetar este tipo de indemnizaciones y puede desvirtuar la función reparadora de la responsabilidad civil»; tampoco sirven las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia de utilizar criterios objetivos tales como el cálculo de la indemnización sobre la base de la renta hipotética de alquiler, «por cuanto tampoco guarda relación con el perjuicio efectivamente sufrido». Concluye, por tanto, que con esta forma de valoración no se atiende al daño efectivamente sufrido, provocando cierta arbitrariedad, o que sólo puedan valorarse daños no patrimoniales en el ámbito domiciliario, ni que se basen en perjuicios económicos¹⁹⁵⁷.

Finalmente, el grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo¹⁹⁵⁸.

En mi opinión, los daños civiles por contaminación no conocida por el operador se nutren de las reglas generales acerca de la valoración del daño moral, mientras que si este tipo de daños se producen por inmisiones, debe atenderse a las especialidades determinadas por la duración, momento y lugar.

En Inglaterra, los daños patrimoniales y morales (*non-pecuniary losses*) se determinarán conforme a los criterios del *tort de negligence*, aunque estos últimos atenderán a las siguientes reglas: en primer lugar, el cálculo de la indemnización se hará en la fecha del juicio; en segundo lugar, no se tendrá en cuenta los daños puramente económicos. En cualquier caso, el clásico ejemplo de daño moral indemnizable en los casos de inmisión (*nuisance*) el la angustia mental (*mental distress*)¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁴ SSAP Barcelona 3.3.1999 (AC 1999, 6683), Asturias 28.2.2000 (AC 2000, 264), Lérida 15.9.2000 (AC 2000, 1619), Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), FD °1. La SAP Burgos 21.1.2003 (PROV 2003, 75653), en su F D° 2°, reduce el importe de la indemnización en consideración al tiempo que permaneció el demandante expuesto al ruido, al objeto de evitar el lucro desmedido.

¹⁹⁵⁵ STS 2.2.2001 (RJ 2001, 1003); SAP Barcelona 14.1.2002 (PROV 2002, 110540).

¹⁹⁵⁶ CILLERO DE CABO, P.: *op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁵⁷ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 221-223.

¹⁹⁵⁸ Art. 10:301 PETL, inciso (2).

¹⁹⁵⁹ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 375-376.

2) La tutela de evitación del daño.

A) *La remoción de la causa o evitación del daño.*

a) *Finalidad y requisitos de la pretensión de evitación del daño.*

Es doctrina mayoritaria consolidada la que dice que la tutela de inhibitoria o de evitación es una consecuencia lógica de la reclamación contra un acto dañoso ilícito o anti-jurídico, pues sería absurdo continuar soportándolo¹⁹⁶⁰. De lo contrario, el principio “el que contamina paga”, se convertiría en “el que paga contamina”¹⁹⁶¹. Se suelen utilizar por la jurisprudencia indistintamente la terminología “medidas preventivas”¹⁹⁶², “inhibitorias”¹⁹⁶³ o de “evitación”¹⁹⁶⁴. En ocasiones, existen expresiones que dicen que “la tutela inhibitoria del daño es preventiva del daño amenazante”¹⁹⁶⁵. En mi opinión, no se debería denominar a esta pretensión “medidas preventivas” sino “evitación de posteriores daños”, pues en la responsabilidad civil el daño ya ha acaecido. En sede de acción negatoria de inmisiones, por el contrario, se seguirá denominando “tutela inhibitoria típica” o “pretensión de cesación y abstención de inmisiones”.

Esta tutela de evitación o inhibitoria de futuros daños en sede de responsabilidad civil por inmisiones se ha apoyado en el art. 1908.2 C.c.¹⁹⁶⁶, en el art. 1902 C.c.¹⁹⁶⁷ o en ambos¹⁹⁶⁸; o en el 1106 C.c.¹⁹⁶⁹. Con base a estos fundamentos, la reparación en forma específica consiste en eliminar la causa del daño, constituyendo la forma natural y primera de indemnización, mediante la adopción de medidas correctoras que hagan cesar la fuente originadora del daño, aminorando o eliminando los efectos nocivos de la fuente causante del daño¹⁹⁷⁰, o reduciéndolas a la normal tolerabilidad¹⁹⁷¹, es decir, medidas de prevención que razonablemente impidan posteriores lesiones patrimoniales. En definitiva, la tutela inhibitoria o de evitación pretende evitar la producción de más daños, siendo especialmente útil en los daños a la salud al ser ésta un bien primario de la persona tutelado constitucionalmente¹⁹⁷². Además, esta tutela contribuye a señalar el nivel de diligencia que los agentes deben observar en el tráfico.

¹⁹⁶⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 25-28. REYES LÓPEZ, M. J.: *op. cit.*, pp. 202, 221-222. En la jurisprudencia, SSTS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), 5.4.1960 (RJ 1960, 1670), 14.5.1963 (RJ 1963, 2699), 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 19.7.2006 (RJ 2006, 4731); SAP Castellón 25.6.1999 (AC 1999, 1357).

¹⁹⁶¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, p. 154.

¹⁹⁶² DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 359.

¹⁹⁶³ BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *op. cit.*, p. 657. DÍAZ BRITO, F.J.: *op. cit.* p. 66. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1605.

¹⁹⁶⁴ YAGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁹⁶⁵ MACÍAS CASTILLO, A.: “Protección civil frente al ruido”, *op. cit.*, p. 59 y 61. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, p. 1605.

¹⁹⁶⁶ BUSTO LAGO, J. M.: *op. cit.*, p. 156. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1908 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 152. PARRA LUCÁN, M. A.: “Responsabilidad civil extracontractual”, *op. cit.*, p. 867. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *op. cit.*, pp. 894 a 896.

¹⁹⁶⁷ ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 4794.

¹⁹⁶⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 418-419 y 439-441. EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁹⁶⁹ SANTOS MORÓN, M. J.: *op. cit.*, p. 3021.

¹⁹⁷⁰ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 418-419 y 439-441.

¹⁹⁷¹ BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *op. cit.*, p. 657. LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: *op. cit.*, p. 1078.

¹⁹⁷² EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Condiciones medioambientales...”, *op. cit.*, p. 331.

Los requisitos de la tutela inhibitoria en sede de responsabilidad civil son: a) la existencia de un daño amenazante, en el que el daño inicial sirva para anunciar los efectos más perjudiciales y gravosos si el agente persiste en su conducta; b) el carácter anti-jurídico del daño temido que pretende evitarse, apreciado no desde el punto de vista de la conducta, sino de la antijuridicidad del daño amenazante; c) debe acreditarse una relación causal entre el daño amenazante y la conducta del agente; y d) debe existir posibilidad de evitar la causación del daño¹⁹⁷³. En cualquier caso, aunque se trata de medidas de prevención del daño previsible, se debe partir de la base de un daño ya producido, para evitar que siga produciéndose en el futuro¹⁹⁷⁴.

Otro sector doctrinal afirma que las medidas de evitación de ulteriores daños no son un efecto jurídico del agravio dentro del instituto de la responsabilidad civil, sino más bien un efecto independiente de la acción negatoria o del abuso de derecho. Por ejemplo, SÁNCHEZ-FRIERA dice que las medidas de evitación de ulteriores daños debería llevarse a cabo con base al art. 590 C.c. complementado, en su caso, por el art. 49 TRLS08, pues el único efecto del art. 1908 C.c. es indemnizatorio, y, en el caso de que se incumpla con el art. 590 C.c., además, cabe solicitar medidas correctoras necesarias¹⁹⁷⁵. HERNÁNDEZ GIL cree que el art. 1908.2 C.c. permite solicitar una indemnización por los daños ocasionados por inmisiones, debiendo remitirse a la aplicación de los efectos del art. 590 C.c. la exigencia de medidas precautorias¹⁹⁷⁶. De lo contrario, se ha afirmado, podría pensarse que existe un derecho de la industria a seguir contaminando mientras pagara la correspondiente indemnización¹⁹⁷⁷. Incluso, según dice MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO¹⁹⁷⁸, los efectos de la acción negatoria (590 C.c.) se acumulan a la acción de responsabilidad civil (1908.2 C.c.), independientemente de lo dispuesto en los reglamentos o autorizaciones. En parecido sentido PARRA LUCÁN¹⁹⁷⁹ señala que aunque la condena a adoptar estas medidas preventivas de ulteriores daños se fundan en la teoría del abuso del derecho pues aunque el causante del daño cuenta con las autorizaciones administrativas y ha cumplido la normativa administrativa ha sobrepasado los límites normales del ejercicio de la actividad. Ello requiere, según el autor, una interpretación correctora del art. 590 C.c. ya que literalmente sólo se pueden pedir medidas correctoras cuando se ha incumplido el mismo. Por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ apoya este tipo de acción en los arts. 590 y 7.2 C.c.¹⁹⁸⁰. YANGUAS MONTERO no considera las medidas de evitación de ulteriores daños como una modalidad de reparación, sino que más bien aparece unida a ésta en la medida en que se imponen en la sentencia¹⁹⁸¹. Por su parte, EGEA FERNÁNDEZ¹⁹⁸² dice que la protección frente a las inmisiones ilegítimas ha sido canalizada en el Código Civil por la vía de la responsabilidad por acto ilícito, es decir, del art. 1902 C.c., o específicamente de los arts. 1907 y 1908 C.c., las cuales contienen previsiones de ejercicio de la acción negatoria.

¹⁹⁷³ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., pp. 304-326.

¹⁹⁷⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: "El daño ambiental...(I)", op. cit., p. 822. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: op. cit., p. 186. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., pp. 298-299.

¹⁹⁷⁵ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 27, 162-163, 177.

¹⁹⁷⁶ HERNÁNDEZ GIL, A.: op. cit., p. 129.

¹⁹⁷⁷ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, op. cit., p. 249. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 19.

¹⁹⁷⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 29.

¹⁹⁷⁹ PARRA LUCÁN, M^a. A.: *La protección al medio ambiente...*, op. cit., p. 155.

¹⁹⁸⁰ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: op. cit., p. 154.

¹⁹⁸¹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, op. cit., p. 200.

¹⁹⁸² EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria...*, op. cit., pp. 22-23.

En mi opinión, cuando se ha producido una inmisión excesiva y nociva la tutela de evitación se puede incluir como efecto del propio agravio, en cuyo caso se regula a través de la acción de responsabilidad civil *ex art.* 1908.2 C.c., y se centra en evitar la producción de daños del mismo grado. No obstante, la tutela inhibitoria de las inmisiones puede (y en nuestra opinión debe) incluirse como efecto típico de la acción negatoria, de forma independiente a la acción de responsabilidad civil. En cualquier caso, a efectos prácticos, el resultado es similar para el perjudicado.

No obstante, existe regulación específica que permite la tutela de evitación de ulteriores daños en materia de inmisiones cuando el hecho es abusivo. Por ejemplo, el art. 7.2 C.c. dice que «Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Asimismo, el art. 7.2 LPH dice que, ante la realización de actividades prohibidas en los estatutos por parte de un vecino, «El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas». Por su parte, el art. 9.2 LO 1/1982 (intromisiones ilegítimas) establece que: «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados».

b) *Alcance de la tutela inhibitoria.*

La tutela inhibitoria del daño en sede de responsabilidad civil comprende tanto la acción o pretensión de cesación como la de abstención del daño. Aunque las medidas a adoptar se centran en el daño, a diferencia de la acción negatoria, coincide con ésta en que, en materia de daño ocasionado por inmisiones o daño continuado, el foco de las medidas a adoptar hay que ponerlo bien sobre los efectos de la inmisión o contaminación, bien sobre la causa del daño materializada en la actividad inmisiva. De esta forma, las posibles pretensiones se centran en la propia inmisión o en la causa que las produce (actividad). En el primer caso las medidas de cesación y abstención del daño se centrarán en la adopción de una serie de medidas tendentes a eliminar o atenuar las inmisiones perjudiciales, evitando que continúe en lo sucesivo¹⁹⁸³ (se impide un daño amenazante y cierto), o impidiendo que se agraven los efectos perjudiciales de un daño apenas iniciado o materializado¹⁹⁸⁴, correspondiendo con la obligación de hacer del art. 1098 C.c. Por su parte, la acción o pretensión de abstención centrada en la actividad tiene como objeto paralizar o eliminar la actividad productora del daño. En este último caso, existe un mandato de abstenerse de actos lesivos, que se correspondería con una obligación de no hacer contenida en el art. 1099 C.c.¹⁹⁸⁵

¹⁹⁸³ SAP Asturias 16.7.1998 (AC 1998, 1302)

¹⁹⁸⁴ ALGARRA PRATS, E.: “Comentario a la STS de 7 de abril 1997”, *op. cit.*, p. 854; “Responsabilidad por daños...”, *cit.*, p. 643. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1908 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 152. Este autor se refiere al art. 1908. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, pp. 106-107. MACÍAS CASTILLO, A.: “Protección civil frente al ruido”, *op. cit.*, p. 61. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad por daños...”, *op. cit.*, p. 945.

¹⁹⁸⁵ STS 5.4.1960 (RJ 1960, 1670).

En la jurisprudencia se enumeran las siguientes pretensiones: 1) dotar al emisor de las medidas necesarias o precautorias para que no se siga repitiendo el evento dañoso¹⁹⁸⁶, recogidas en el informe pericial, cesando las inmisiones contaminantes que sobrepasen los límites tolerables en la legislación vigente. 2) Medida provisional de paralización de la actividad, absteniéndose de realizar la emisión de sustancias contaminantes o dejando de producir cualquier actividad que engendre contaminación, hasta que se realicen las obras necesarias para el cese de emisiones, o hasta que se cumplan las normas administrativas sobre instalación y funcionamiento de la industria acreditándose la inexistencia de inmisiones dañosas¹⁹⁸⁷. Se trata de medidas cautelares *ex art. 727.7º LEC*¹⁹⁸⁸ 3) Condenar al cese de la actividad industrial si esta fuera la única manera de evitar la producción de perjuicios¹⁹⁸⁹, incluso retirando los elementos productores de las inmisiones, procediendo además al cierre de las instalaciones¹⁹⁹⁰.

Las medidas de cesación y abstención de inmisiones se basan en la adopción de medidas técnicas para eliminar o aminorar éstas, lo que constituye el mecanismo más útil para atemperar los intereses vecinales en conflicto: al perjudicado le evita el perjuicio que suponen las inmisiones o lo reduce a molestia tolerable, y al causante le permite continuar con su actividad¹⁹⁹¹, si bien estas pretensiones deberán concretar las medidas tendentes a evitar futuros daños y no limitarse a condenar al demandado a abstenerse de continuar con su actividad en lo sucesivo¹⁹⁹². Se ha dicho que los tribunales civiles podrán establecer medidas correctoras con independencia de que el industrial cumpla con las autorizaciones y licencias y observen la normativa administrativa, sin perjuicio de que la validez formal de la licencia se mantenga en la vía civil¹⁹⁹³. En cambio, en los supuestos en que se soliciten medidas preventivas del daño aún no acaecido, los jueces civiles suelen abstenerse de conocer argumentando falta de competencia y se centran en la existencia de licencia¹⁹⁹⁴. En cambio, cuando el industrial supere los valores límite de inmisión (por ejemplo en materia de ruidos), se entiende que se produce una presunción de excesividad de la misma, por lo que será el demandado quien deba acreditar que la inmisión no es excesiva ni produce efectos nocivos.

¹⁹⁸⁶ SSTS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), 5.4.1960 (RJ 1960, 1670), 30.10.1963 (RJ 1963, 4231), 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), .12.1987 (RJ 1987, 9176), 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), 26.11.2010 (RJ 2011, 1317) 28.1.2004 (RJ 2004, 153); SSAP Castellón 25.6.1999 (AC 1999, 1357), Asturias 14.9.1993 (AC 1993, 1631), 28.2.2000 (AC 2000, 264), 10.4.2000 (AC 2000, 996), Ciudad Real 29.10.2002 (AC 2002, 2317), Jaén 29.7.2004 (JUR 2004, 255522), Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), Islas Baleares 31.10.2006 (AC 2006, 1907).

¹⁹⁸⁷ STS 3.12.1987 (RJ 1987, 9176); SSAP Asturias 16.7.1998 (AC 1998, 1302), Asturias 15.5.1999 (AC 1999, 1004), Islas Baleares 28.10.2010 (AC 2010, 2059), Zaragoza 19.2.2001 (JUR 2001, 117480).

¹⁹⁸⁸ Art. 727.7 LEC: «(...) la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo».

¹⁹⁸⁹ SAP Cantabria 24.12.1997 (AC 1997, 2410), Asturias 2.6.2011 (AC 2011, 1351).

¹⁹⁹⁰ STS 19.7.2006 (RJ 2006, 4731). En materia de contaminación electromagnética, se solicita la retirada de centro de transformación (STS 19.2.2010 [RJ 201, 1287]).

¹⁹⁹¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 431; “Comentario a la STS de 7 de abril 1997”, *op. cit.*, p. 854; “Responsabilidad por daños...”, *op. cit.*, p. 643. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: *op. cit.*, pp. 785-786. MACÍAS CASTILLO, A.: “Protección civil frente al ruido”, *op. cit.*, p. 61.

¹⁹⁹² MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 313-314. Razona el autor: «Máxime cuando los intereses en juego son de carácter netamente extrapatrimonial. Sólo de este modo se concede una eficaz tutela al dañado, pues ante el incumplimiento del demandado puede esgrimir y ejecutar aquella Sentencia, evitando de este modo el planteamiento de un nuevo procedimiento judicial».

¹⁹⁹³ ALGARRA PRATS, E.: “Responsabilidad por daños...”, *op. cit.*, p. 643.

¹⁹⁹⁴ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2166.

Asimismo, existe la posibilidad de que el perjudicado actúe contra la fuente de la inmisión de manera provisional cesando la actividad productiva que las genera, a través de medidas cautelares adoptadas por razones de urgencia y temporalidad¹⁹⁹⁵. La LEC prevé la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en su art. 727.7º, con los requisitos que se recogen en el art. 728. Se pretende con esta acción que el daño continúe produciéndose, si bien no refiriéndolo solamente al momento presente, sino también al futuro, por lo que es habitual que, una vez interesadas las medidas cautelares se adopten con el fin de no causar más daños en lo sucesivo.

Finalmente, existe la posibilidad de que el perjudicado pueda instar la medida de condena al cese definitivo de la actividad industrial solamente cuando las medidas anteriores (correctoras y/o provisionales) no dieran resultado, siendo por tanto una medida radical y excepcional, para cuya adopción por el juez civil¹⁹⁹⁶ es necesario deducir que, ante la falta de medios técnicos o de voluntad de la parte contaminante, se hace necesario preservar los derechos gravemente afectados del perjudicado. Alrededor de esta medida se han vertido multitud de opiniones, encaminadas a advertir de la radicalidad de lo que puede suponer el cese de una actividad industrial ante la falta de una consistencia argumentativa en sede judicial civil. Al respecto, existen diversas corrientes doctrinales que niegan o aceptan, con matices, esta pretensión.

En ocasiones, se ha negado la posibilidad de solicitar el cese definitivo de la actividad con el argumento de que si se ordenase la suspensión de la actividad que cumple con las medidas reglamentarias, se estaría cuestionando la licencia misma y anulando con ello un acto de la Administración, pues se estaría cuestionando la intervención administrativa, con carácter preventivo, en actividades en las que se considera necesario ejercer una función de inspección y control al cumplimiento de determinadas reglamentaciones técnicas (ALGARRA PRATS)¹⁹⁹⁷. La autora se justifica en que la jurisprudencia puede considerarse equitativa en esta materia, pues no decreta el cese terminante de la actividad, pero sí la imposición de las medidas necesarias para evitar la producción de las inmisiones, sin atender a intrínsecas cualidades de la actividad de la empresa y su importancia económico-social; tampoco al hecho de estar amparada por la correspondiente licencia ni haber cumplido las disposiciones administrativas. En mi opinión, se busca un equilibrio lógico y justo entre la seguridad jurídica del industrial que cumple con las medidas exigidas administrativamente y los perjudicados afectados en su persona o propiedades. No obstante, nada se dice acerca de qué sucede si no se adoptan tales medidas cuando fueran inviables técnica o económicamente.

MACÍAS CASTILLO dice que cuando las medidas sean inevitables (aunque reconoce que no es lo habitual), habría que establecer un equilibrio económico entre la actividad económica (desarrollo económico) y los derechos de los particulares, si bien exceptuando los casos en que se produzcan daños personalísimos, donde la tutela no puede fundamentarse en criterios económicos¹⁹⁹⁸. Parece estar refiriéndose el autor a la posibilidad de ponderar aquellos casos en los que se produce una inmisión intolerable por una actividad que se ajusta al uso normal, incluyendo el cumplimiento de las normas reguladoras de la actividad y que, ante la imposibilidad de evitar el daño patrimonial (no personalísimo), sugiere una compensación económica.

¹⁹⁹⁵ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 312-313. Según el autor, «Esta práctica constituye el ejercicio de una medida cautelar, así consagrada en otros ordenamientos jurídicos, y también en el nuestro como herramienta de la Ley rituarial civil».

¹⁹⁹⁶ ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁹⁹⁷ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.* pp., 430-441.

¹⁹⁹⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 310-312.

Por su parte, dice AMAT LLARÍ¹⁹⁹⁹ que cuando la inmisión excesiva no pueda ser evitada con la adopción de medidas correctoras los Tribunales civiles pueden ordenar la paralización de la actividad, a pesar de que ésta cuente con las licencias correspondientes y no vulnere la legislación administrativa, puesto que «de hecho el juez no exigirá nunca directamente la paralización, porque siempre existirán medidas, más o menos costosas, para impedir la inmisión», excepto cuando, a pesar de no existir este tipo de medidas, la actividad se considere de importancia vital para la sociedad. Como se puede ver, la autora introduce el concepto italiano de “las exigencias de la producción” que se ponderarán con las “razones de la propiedad”.

La mayoría de autores piensa que se podría cesar la actividad dañosa, a través de una clausura provisional o temporal, aun contando con las debidas autorizaciones, ya que ello no supone incompetencia de jurisdicción alguna, siempre y cuando la clausura sea consecuencia misma de la producción de los daños que se reclaman y que no se pida al juez civil valoración alguna sobre la legalidad o no de la autorización administrativa que posibilita la actividad en cuestión²⁰⁰⁰, esto es, señalando los límites de un derecho subjetivo pero sin prejuzgar la licitud de la actividad²⁰⁰¹.

En Francia, la jurisprudencia suele aplicar dos límites a la posibilidad de cese de la perturbación: desde un punto de vista técnico, cuando se prevé una mayor gravedad al acordar el cese de la perturbación que al ordenar la reparación por equivalente, lo que sucede cuando el cese de la actividad es desproporcionado por los intereses afectados o por la cuantía de las medidas a adoptar, o cuando es imposible técnicamente hacerlo; desde un punto de vista jurídico, los tribunales ordinarios no pueden cesar una actividad cuando ésta es de carácter público o cuando se trata de una actividad autorizada administrativamente, por cuanto violarían el principio de separación de poderes si cerraran la actividad o exigieran medidas que imposibilitaran la viabilidad de la misma. Se establece en estos casos una compensación económica²⁰⁰².

En mi opinión, la medidas en sede judicial civil de paralización temporal o definitiva de la actividad industrial autorizada es una medida radical de difícil aplicación cuando aquélla cumpla con las normas de prevención exigidas y no sobrepase los valores límite de contaminación de emisión. Se entiende que solamente en el caso de que la actividad no cumpliera con la normativa administrativa y usos del lugar, y las medidas a adoptar fueran inviables técnica y económicamente, y el daño fuera solamente de carácter patrimonial, podría decretarse la paralización provisional y, en su caso, definitiva, de la actividad como medida excepcional. Esta solución ya estaba prevista en el art. 9 del APL, que facultaba para exigir al responsable la adopción de «las medidas necesarias que eviten en el futuro la continuación o la repetición del daño o deterioro del medio ambiente y que podrán incluir la instalación de elementos que prevengan la causa del daño o del deterioro ambiental, la paralización temporal de la actividad y la clausura temporal total o parcial, de las instalaciones». Por lo tanto, si el daño fuera patrimonial, los jueces deberían ponderar la utilidad de la actividad empresarial con los de los particulares, pudiendo establecer una compensación económica. No obstante, en la realidad jurisprudencial no viene reconocida esta posibilidad, por cuanto no se hace distinción en función de los intereses perjudicados por las inmisiones.

¹⁹⁹⁹ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones en el Código Civil...”, *op. cit.*, p. 82.

²⁰⁰⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 111. JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, pp. 75-76.

²⁰⁰¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *op. cit.*, p. 60.

²⁰⁰² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 120-121.

c) *Coordinación con la acción negatoria de cesación y abstención.*

En materia de inmisiones excesivas y nocivas la mayoría de la doctrina entiende que se deben acumular los efectos previstos en el art. 590 C.c. (acción negatoria) en cuanto a la imposición de medidas preventivas del daño, y los de reparación estricta del daño *ex art.* 1908.2 (acción de responsabilidad civil), permitiendo así que los perjudicados soliciten la cesación y/o abstención de las inmisiones intolerables y el resarcimiento de los daños ocasionados por las mismas²⁰⁰³. La misma se puede argumentar procesalmente en virtud de lo dispuesto por el art. 71.2 LEC: «El actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí».

Entre la doctrina anterior, dice MASFERRER DOMINGO no debe confundirse la tutela inhibitoria de la responsabilidad civil con la de la acción negatoria, pues ésta, aún gozando de plena autonomía en el ordenamiento español, constituye una vía independiente para ejercer dicha tutela²⁰⁰⁴. Asimismo, CABANILLAS SÁNCHEZ critica que el TS venga contemplando la cesación de la perturbación causada por una inmisión desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual, cuando la acción negatoria permite la protección de la propiedad y de los intereses relacionados con ella de una manera más específica. Ambas acciones tienen distinta naturaleza y por lo tanto no pueden confundirse: la negatoria tiene un carácter real, mientras que la de responsabilidad civil un carácter obligacional²⁰⁰⁵. SÁNCHEZ-FRIERA cree que difícilmente se concedería la tutela de evitación de ulteriores daños a través del art. 1908 C.c., pero sí por el art. 590 C.c. a través de la acción negatoria²⁰⁰⁶. MACÍAS CASTILLO critica que se “enmascare” la acción negatoria en su pretensión de cesación de inmisiones ilegítimas dentro de la responsabilidad civil extracontractual, sin que se proceda a acumular ambas acciones; lo conveniente es que el art. 590 C.c. aparezca junto a la responsabilidad para la mejor resolución de los conflictos vecinales, si bien de forma acumulada²⁰⁰⁷.

ÁLVAREZ LATA²⁰⁰⁸ señala tres ventajas de la acción negatoria frente a la de responsabilidad civil: 1) al tratarse de un remedio jurídico de honda tradición en la defensa del propietario permite que ciertos aspectos, necesitados de precisión como la carga de la prueba, la prescripción y la legitimación, queden definidos, lo que aporta mayor seguridad jurídica. 2) Frente a lo señalado en el art. 590 C.c., la acción negatoria resulta más definida en su contenido y alcanza supuestos que no abarcaría el citado artículo, citando como ejemplo el depósito o artefacto se haya construido guardando las distancias de seguridad pero que, a pesar de ello, interfiera en el disfrute de la propiedad vecina. 3) Frente al cauce de los arts. 1908 o 1902 C.c., la acción negatoria no necesita daño actual ni tampoco prueba del mismo, sino que basta la injerencia, la inmisión, eso sí, intolerable o anormal, para fundamentar la interposición de la acción.

²⁰⁰³ ÁLVAREZ LATA, N.: “Tutela ambiental y acción negatoria ...”, *op. cit.*, p. 1198. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, pp. 111-113. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 304-326; “Protección civil frente al ruido”, *op. cit.*, p. 57. MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, pp. 1605-1606. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 97.

²⁰⁰⁴ MASFERRER DOMINGO, A.: *op. cit.*, pp. 1605-1606.

²⁰⁰⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, pp. 111-113.

²⁰⁰⁶ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 97.

²⁰⁰⁷ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 304-326; “Protección civil frente al ruido”, *op. cit.*, p. 57.

²⁰⁰⁸ ÁLVAREZ LATA, N.: *loc. cit.*

La jurisprudencia sigue diferentes teorías a la hora de aplicar la tutela inhibitoria de las inmisiones: 1) la mayor parte refleja pretensiones de indemnización conjuntamente con la acción de cesación y/o evitación de daños futuros, sin indicar expresamente si esta última se acumula a la anterior o es un mero efecto indirecto de aquélla²⁰⁰⁹. Se entiende que más bien se refiere a esto último, por cuanto se está haciendo hincapié por los tribunales en la evitación del daño, más que de la inmisión. 2) Se afirma expresamente que se está ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, en cuyo caso se asume que las medidas de evitación de futuros daños son un mero efecto indirecto de aquélla²⁰¹⁰. A veces se solicitan medidas correctoras en sede de la acción de responsabilidad civil fundamentadas en los arts. 1902 y ss. C.c., a pesar de no solicitarse indemnización por daños y perjuicios²⁰¹¹; en otras junto con el art. 590 y el 1908 C.c.²⁰¹². 3) Se reconoce expresamente la posibilidad de solicitar conjuntamente (se entiende de forma acumulada) la cesación vía acción negatoria y la indemnización de daños y perjuicios²⁰¹³. En este último supuesto, el TS disecciona con nitidez el contenido de una y otra acción, aunque ello suponga la excepción y no la regla dentro de la práctica jurisprudencial. En algunos casos mediante la aplicación directa de la acción negatoria a partir del art. 590 C.c.²⁰¹⁴, o supeditando la acción negatoria al ejercicio de la acción de daños. Se ha dicho por algún autor que en la jurisprudencia el ámbito de aplicación de la acción indemnizatoria y la de cesación de la actividad inmisiva está perfectamente claro y diferenciado, si bien en la práctica judicial la acción de cesación tiende a ser absorbida por la de responsabilidad civil extracontractual²⁰¹⁵.

²⁰⁰⁹SSTS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), 5.4.1960 (RJ 1960, 1670), 30.10.1963 (RJ 1963, 4231), 12.12. (1980, 4747), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 16.7.1991 (RJ 1991, 5393), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), 28.1.2004 (RJ 2004, 153), 13.7.2005 (RJ 2005, 9154), 19.7.2006 (RJ 2006, 4731), 29.6.2009 (RJ 2009, 4761); 19.2.2010 (RJ 2010, 1287), 26.11.2010 (RJ 2010, 1317); SSAP Asturias 14.9.1993 (AC 1993, 1631), Tarragona 21.11. 1996 (AC 1996, 2258), Granada 18.2.1997 (AC 1997, 780), Asturias 16.7.1998 (AC 1998, 1302), Castellón 25.6.1999 (RJ 1999, 1357), Cáceres 21.9.1999 (AC 1999, 7073), Asturias 28.2.2000 (AC 2000, 264), Asturias 10.4.2000 (AC 2000, 996), Zaragoza 19.2.2001 (JUR 2001, 117480), Murcia 10.5.2001 (JUR 2001, 265049), A Coruña 28.5.2004 (AC 2006, 130), Jaén 29.7.2004 (JUR 2004, 255522), Baleares 31.10.2006 (AC 2006, 1907), Asturias 8.11.2007 (JUR 2008, 67179), Islas Baleares 28.10.2010 (AC 2010, 2059), Asturias 2.6.2011 (AC 2011, 1351).

²⁰¹⁰ STS 28.1.2004 (RJ 2004, 153); SSAP Asturias 10.4.2000 (AC 2000, 996), Ciudad Real 29.10.2002 (AC 2002, 2317), Jaén 29.7.2004 (JUR 2004, 255522), Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895).

²⁰¹¹ STS 13.12.2007 (RJ 2007, 8928); SSAP Ciudad Real 14.6.2000 (AC 2000, 304977), Segovia 22.12.1999 (AC 1999, 2413); SAP Ciudad Real 14 junio 2000 (JUR 2000, 304977).

²⁰¹² SAP Ciudad Real 29.10.2002 (AC 2002, 2317).

²⁰¹³ SSAP Madrid 9.6.1999 (AC 1999, 1464), FD 3º, Lleida 15.9.2000 (AC 2000, 1619), FD2º.

²⁰¹⁴ Un ejemplo paradigmático lo podemos ver en la SAP Asturias 26.4.1994 (AC 1994, 632), FD 2º y STS 16.7.1991 (RJ 1991, 5393). Esto sucede cuando se ejercita la tutela inhibitoria del daño al amparo de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, sin hacer mención alguna al carácter específico de la acción negatoria o, al menos, sin citar el art. 590 C.c. Véase el tenor literal de lo solicitado por la parte de la demandante: «indemnización de daños y perjuicios por inmisiones nocivas de vaquería y el cierre de las misma». En mi opinión, esta simplicidad es nociva para la coherencia del sistema, teniendo en cuenta que el régimen jurídico que regula las inmisiones, por una parte, y la responsabilidad civil, por otra, son distintos, pese a que en el caso de que acaezcan daños, se sustancien ambos supuestos en sede de la acción de responsabilidad civil del art. 1908.2º o 4º C.c., en el primer caso, o del art. 1902 C.c. en el segundo. Las industrias y los particulares acaban sufriendo un sistema excesivamente casuístico que deja exclusivamente en manos de los jueces la solución al caso.

²⁰¹⁵ LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: *op. cit.*, p. 1068. Los autores explican que «En concreto, la adopción de medidas de corrección o cese de la inmisión suele vincularse a la verificación del daño, cuando lo cierto es que la acción negatoria goza de perfecta autonomía en nuestro ordenamiento, conforme a lo establecido en el art. 590 CC».

Siguiendo la línea jurisprudencia mayoritaria, hay quien afirma que la pretensión resarcitoria a través de la acción de responsabilidad civil es accesoria, eventual y subordinada de la pretensión de cesación de la negatoria. Por ejemplo, MONESTIER MORALES dice que aquélla es accesoria porque complementa la principal de cesación; eventual, porque su inserción en la demanda no resulta necesaria sino meramente posible; y subordinada, porque sólo las inmisiones cuya intolerabilidad viabiliza la prescripción de cesación pueden dar lugar a la de resarcimiento²⁰¹⁶.

En mi opinión, las diferencias entre la tutela inhibitoria en sede de la acción de responsabilidad civil extracontractual del art. 1908.2 C.c. o de la negatoria ex art. 590 C.c. son más que notables, por lo que no cabe confundirlas, sobre todo en cuanto a su naturaleza jurídica, requisitos y efectos procesales. En la doctrina, CABANILLAS SÁNCHEZ, ve incompatible la acción negatoria, de carácter real, con la acción del art. 1902 C.c. de carácter personal²⁰¹⁷, por lo que debe distinguirse la acción de cesación de la responsabilidad civil. Aquélla se dirige a conseguir el *contrarius actus* de la perturbación, mientras que ésta se trata de una acción indemnizatoria que se dirige a la reparación del daño. Por tanto, la acción negatoria no está destinada a reparar el daño causado, sino a evitar que se cause paralizando las actividades que causan perturbaciones ilegítimas dañinas, mientras que la acción de responsabilidad civil no es la más adecuada para solicitar este tipo de medidas. EVANGELIO LLORCA²⁰¹⁸ destaca una serie de diferencias entre la acción de cesación (590 C.c.) y la de resarcimiento en forma específica (1908.2 C.c.): a) la pretensión de cesación no requiere la existencia de culpa en el demandado, a diferencia de la de resarcimiento; b) las medidas que hacen cesar el evento dañoso actúan sobre el origen del perjuicio, no sobre el perjuicio mismo; c) la pretensión de cesación implica la existencia de inmisiones en el momento de su ejercicio, mientras que la de resarcimiento exige que el daño se haya producido en su totalidad. MACÍAS CASTILLO dice que la tutela inhibitoria atípica (acción de responsabilidad civil), pretende evitar que la inmisión continúe en lo sucesivo, de forma tal que evite un daño amenazante y cierto o impida que se agraven los efectos perjudiciales de un daño apenas iniciado o materializado, por lo que la amplía a los casos de amenaza cierta de daño. Es necesaria la existencia de un daño amenazante, que en el caso de inmisiones resulta más sencillo pues el daño inicial sirve para anunciar lo efectos más perjudiciales y gravosos si el agente persiste en su conducta, aunque ello no significa que no pueda darse la tutela inhibitoria respecto de una actividad o conducta que, sin haberse iniciado, sea cierta e inminente²⁰¹⁹. Por el contrario, la tutela inhibitoria típica (acción negatoria) puede prosperar aun no habiéndose producido el daño, bastando con que la inmisión excede de la normal tolerabilidad²⁰²⁰. Al menos –dice- deberían diferenciarse y acumularse las pretensiones de evitación y de reparación del daño en la acción de responsabilidad civil, por cuanto de lo contrario la desestimación por parte de los tribunales de la existencia del daño conduciría inexorablemente a la desestimación de la acción de cesación del daño. La ventaja de acumular ambas acciones, según el autor, se basa en que «los pronunciamientos contenidos en el fallo de la Sentencia serán independientes, uno sobre la cesación y otro sobre la pertinencia de reparar los daños causados²⁰²¹.

²⁰¹⁶ MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 9.

²⁰¹⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 25, 27.

²⁰¹⁸ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, p. 23.

²⁰¹⁹ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 306, 308.

²⁰²⁰ *Ibid*: “Protección civil frente al ruido”, *op. cit.*, p. 59 y 61.

²⁰²¹ *Ibid*: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 318.

DE MIGUEL PERALES opta por una solución de complementariedad de ambas acciones, siempre que sea posible. En cualquier caso, la acción negatoria no tiene regulación positiva propia, lo que puede hacer arriesgado su ejercicio sobre la base exclusiva de la jurisprudencia y la doctrina. Esto hace comprensible la apuesta preferente de la mayor utilización de la acción de responsabilidad civil²⁰²².

En mi opinión, la acción resarcitoria se sitúa en situación de igualdad jurídica con la de cesación, por cuanto son independientes entre sí, no habiendo una acción accesoria o complementaria, ni eventual o necesaria, sino que las mismas tienen fundamentos, presupuestos de hecho y naturaleza distinta, pudiendo coincidir en su aplicación acumulada o no, según el caso concreto. No obstante, la acción de responsabilidad civil por inmisiones sí guarda una cierta relación respecto del acto inmisivo excesivo y nocivo (1908.2 C.c). En este punto cabe recordar que en la determinación de la excesividad de las inmisiones la jurisprudencia la viene residenciando en la intolerancia de las mismas, generalmente predicado de su entidad y efectos, aunque en ocasiones se añada el aspecto activo de la inmisión (uso normal). En definitiva, la existencia de inmisiones y amenaza de otras futuras es requisito imprescindible para la tutela inhibitoria de la acción negatoria, mientras que en la de responsabilidad civil deberá haberse producido y daño y temerse la producción de otros futuros del mismo grado. En cualquier caso, el resultado práctico será el mismo de optar por una pretensión u otra, por cuanto se actúa sobre la inmisión reconduciéndola a la normal tolerabilidad.

B) Tutela preventiva pura. Dificultades de aplicación en la acción de responsabilidad civil. Remisión a la acción negatoria de inmisiones.

Es bastante habitual que la doctrina utilice, generando confusión, el término “prevención” para referirse indistintamente a la tutela de evitación como a la preventiva pura. Por ejemplo ATIENZA NAVARRO dice que, en aplicación del art. 1908 C.c. la jurisprudencia condena no sólo a reparar los daños causados, sino también a adoptar las medidas necesarias para prevenir su producción futura (tutela preventiva)²⁰²³. La autora se está refiriendo en realidad a la tutela de evitación. En otras ocasiones, aun utilizando un único concepto de “medidas preventivas” ZUBIRI DE SALINAS distingue las adoptadas antes de la producción de daño (preventivas puras) y después del mismo e incluso tras su reparación para prevenir daños futuros (evitación)²⁰²⁴. En mi opinión, es necesario precisar los conceptos de “tutela preventiva” y “pretensión de evitación de ulteriores daños” en materia de responsabilidad civil, por cuanto de lo contrario ambas se confundirán constantemente. La primera de éstas se centra antes de la producción del daño, mientras que la segunda surge una vez producido éste. De esta manera, la acción de responsabilidad civil extracontractual por inmisiones *ex* art. 1908.2 C.c. requiere la presencia de un daño (nocividad) ocasionado por una inmisión excesiva, por lo que la pretensión de evitación surgirá para evitar ulteriores daños. No cabe, por lo tanto, la denominada “tutela preventiva pura” del daño, pues en estos casos el daño no ha tenido lugar, aunque se teme fundadamente su inminente producción (la situación premonitoria del daño es el peligro)²⁰²⁵, por cuanto estas medidas, adoptadas antes de que el daño se produzca, constituyen una cierta anticipación del daño, es decir, si no se hubiesen adoptado, éste seguramente se habría producido²⁰²⁶.

²⁰²² DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 404.

²⁰²³ ATIENZA NAVARRO, M^a L.: *op. cit.*, p. 526.

²⁰²⁴ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 186.

²⁰²⁵ ROCA JUAN, J.: *op. cit.*, pp. 779, 781.

²⁰²⁶ RUDA GONZÁLEZ, A.: “Sentencia de 14 de marzo de 2005”, *op. cit.*, p. 722.

Por otro lado, hay autores que, si bien no niegan las dificultades intrínsecas de la responsabilidad civil extracontractual para tratar la tutela preventiva pura del daño, exigen una probabilidad elevada de la producción del daño. Por ejemplo, VILLAGOMEZ RODIL sostiene que, pese a reconocer que habría que modificar el art. 1902 C.c. para que recogiera expresamente la tutela preventiva del daño, cabe responsabilidad por aquellas actividades que, en inevitable relación causal, puedan ser susceptibles de producir daños graves o intolerables. El riesgo ha de ser potencialmente eficaz y debidamente demostrado por hechos futuros previsibles y con constancia de darse su materialidad, aunque no manifiestos de momento, pero que inevitablemente se ocasionarán, siguiendo el proceso de la funcionalidad operativa de las instalaciones o medios que lo generarán²⁰²⁷. CABANILLAS SÁNCHEZ tampoco niega la posibilidad de que la prevención pura del daño pueda darse en los casos de temor fundado en circunstancias objetivas que avisen de su futura producción, justificándose en que «tanto da que el daño se siga produciendo, que evitar que el daño llegue a producirse»²⁰²⁸.

En mi opinión, la tutela preventiva pura del daño en sede de responsabilidad civil por contaminación no existe. En la doctrina, DE MIGUEL PERALES dice que la acción preventiva «se trata de una figura que no entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad civil tradicional, cuya misión ha sido siempre esencialmente reparadora»²⁰²⁹. La tutela preventiva pura *ex art.* 590 C.c., es de aplicación cuando las actividades no cuenten con las medidas reglamentarias en cuanto a distancias u obras de resguardo, por cuanto la mera infracción de la normativa administrativa aplicable a la actividad permite exigir la adopción de las correspondientes medidas precautorias²⁰³⁰, en cuyo caso la situación de riesgo la identifica el propio legislador. Por lo tanto, la tutela preventiva pura no se circunscribe en el ámbito de la acción negatoria²⁰³¹, sino simplemente como un efecto del tenor literal del art. 590 C.c. La acción negatoria se aplica cuando se están produciendo inmisiones excesivas y nocivas: ésta surge cuando se estén causando inmisiones que por su excesividad se teme que estén produciendo o puedan producir daños graves en el futuro²⁰³². En cualquier caso, la tutela preventiva pura, tanto en su vertiente normativa como de inmisiones que se prevén nocivas, como todo riesgo, ha de ser probado objetivamente por aquellas personas que crean razonablemente que pueden ser perjudicadas por una actividad que comporta riesgo de producir inmisiones, exigiendo ante los tribunales medidas adecuadas para evitar el daño²⁰³³.

²⁰²⁷ VILLAGOMEZ RODIL, A.: “Responsabilidad Civil por daños ecológicos”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Madrid, septiembre 1995, p. 543.

²⁰²⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 117.

²⁰²⁹ DE MIGUEL PERALES, C.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 67-68.

²⁰³⁰ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 286. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 93, 94. COCA PAYERAS, M.: *op. cit.*, p. 1498. DÍAZ BRITO, F. J.: *op. cit.*, pp. 34, 36. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 23, 163, 298. NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A.: *Las inmisiones...*, *op. cit.*, p. 417.

²⁰³¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 285-288. Según la autora, el mero peligro de daño no tiene, en rigor, la consideración de «inmisión». SANTOS MORÓN, M^a J.: *op. cit.*, p. 3034. Dice la autora que si «no hay incumplimiento de la normativa reguladora de la actividad de que se trate, en tanto que no exista una inmisión actual no puede saberse si la misma genera un daño o perturbación que supere el límite de lo tolerable».

²⁰³² AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 85. MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, p. 92. ROCA JUAN, J.: *op. cit.*, pp. 782-783, 779, 792. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 261.

²⁰³³ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por daños ambientales...”, *op. cit.*, p. 96. Dice el autor que «El peligro del daño es un daño en sí mismo».

La acción preventiva de inmisiones en sentido amplio permite solicitar la condena para impedir que la injerencia se produzca en el futuro, para lo cual se pide que el demandado acondicione el ejercicio de su actividad en tal sentido, exigiendo el cumplimiento de las normas reglamentarias relativas al funcionamiento y emplazamiento de la actividad, en el caso de que se incumplan, o, incluso, exigiendo aquéllas que se estimen necesarias en virtud de dictamen pericial a tal efecto. También se suele usar cuando la inmisión ha cesado, y se teme que en el futuro puedan reproducirse en igual o mayor grado²⁰³⁴. Según se ha sugerido por algún autor, el contenido de la acción de abstención es el que desarrolla el auténtico fin preventivo de la misma²⁰³⁵. La pretensión de prevención o de abstención “pura” se ejercita cuando el daño la inmisión no se ha producido, o habiéndose producido se teme que la misma pueda convertirse en excesiva y nociva. Puede servir para fijar de forma incidental el *quantum* de los daños, preparando el camino a una hipotética acción futura de responsabilidad civil, sobre todo en el caso de que la acción de abstención sea rechazada.

En la siguiente tabla se comparan las acciones y fundamentos respecto de la tutela preventiva y reactiva del daño civil, en el ordenamiento civil español como catalán y en la responsabilidad medioambiental:

Fundamentos/acciones	Tutela preventiva del daño		Tutela reactiva frente al daño	
	Tutela preventiva pura	Tutela inhibitoria de inmisiones	Resarcimiento del daño	Tutela de evitación de ulteriores daños
Acción negatoria según la doctrina española	Distancias prescritas y precauciones necesarias (590 C.c.). Inmisiones que se temen excesivas. Inmisiones que han cesado, pero se teme vuelvan a producirse.	Cesación y abstención inmisiones actuales excesivas, (590 C.c.)		
Acción negatoria catalana (C.c.c.)		Cesación y abstención inmisiones actuales ilegítimas (544-4 C.c.c.)	Indemnización de daños y perjuicios (544-6 C.c.)	
Acción de responsabilidad civil (C.c.)			Reparación/indemnización del daño (1908.2 C.c.)	Evitación de ulteriores daños (1908.2 C.c.)
Acción de Responsabilidad Medioambiental	Ante la amenaza inminente de un daño medioambiental, medidas preventivas apropiadas (17.1 LRM)		Adoptar medidas de reparación que procedan (19.1 LRM)	Adoptar medidas de evitación de nuevos daños (17.2 LRM)

Tabla 10. Tipos de tutela frente al daño civil por contaminación, en su vertiente preventiva y reactiva, en los ordenamientos privados español y catalán y con la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

²⁰³⁴ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 93.

²⁰³⁵ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, p. 324. «el contenido de la acción de cesación resulta preventivo sólo relativamente, pues lo que pretende es no agravar las consecuencias de una conducta ilícita que ya existe y que normalmente ya ha causado algún efecto dañoso».

II) *Elementos procesales de la acción.*

1) Legitimación y prescripción de la acción.

A) *Legitimación activa.*

a) *Legitimación activa individual.*

En materia de responsabilidad civil por inmisiones se ha dicho que el problema de vecindad no se plantea por razón de propietarios sino por razón de vecinos²⁰³⁶, lo que viene a corroborar la configuración del art. 1908.2 C.c. cuando se refiere a inmisiones excesivas que sean nocivas a la propiedad o a las personas, que recoge una acción obligacional, no real. Las obligaciones y límites en relación con las fincas vecinas frecuentemente recaen sobre cualquiera que por cualquier título haga uso del inmueble. De esta forma, la legitimación activa la ostentarán los propietarios o titulares de algún otro derecho real (y sus herederos) sobre las fincas que les faculte para su uso y disfrute, que hayan sufrido la inmisión dañosa en su persona o en sus bienes patrimoniales²⁰³⁷, en la medida en que las inmisiones no se agotan en la producción de un único acto, sino que se producen con una cierta reiteración, requiriéndose una cierta relación de estabilidad con el inmueble²⁰³⁸. Incluso se ha ampliado por algún autor a toda aquella persona que tenga derecho a permanecer en la finca afectada, aunque no sea titular de un derecho de goce sobre la misma²⁰³⁹, bastando que el damnificado habite o deba permanecer determinado tiempo por razones laborales o de otra índole²⁰⁴⁰. Es decir, pueden ejercitar la acción de responsabilidad civil por inmisiones aquellos que acrediten haber sufrido un perjuicio real, en su propiedad o en su persona²⁰⁴¹, cuando tengan una relación de estabilidad respecto del inmueble que las sufre²⁰⁴². Se ha conseguido con la aplicación de la responsabilidad del art. 1908.2 C.c. ampliar la legitimación desde una óptica exclusivamente jurídico-real (art. 590 C.c.) a una jurídico-personal²⁰⁴³ (espiritualización del concepto de vecindad)²⁰⁴⁴. En esta línea se ha situado la jurisprudencia que, ante la ausencia de una regulación específica de las inmisiones en el Derecho común, ha canalizado la defensa contra las mismas en sede de responsabilidad²⁰⁴⁵.

²⁰³⁶ ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, cit., p. 654.

²⁰³⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, p. 22; *La reparación de los daños...*, cit., p. 89. HERRERA DEL REY, J.: *op. cit.*, p. 266. JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 78. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 28.

²⁰³⁸ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 448.

²⁰³⁹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 65-66. Dice la autora que «la concurrencia de derechos que aquí se va a resolver va a estar enmarcada en el plano general del ejercicio de los derechos», si bien exige el carácter de vecino.

²⁰⁴⁰ ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad..., segunda parte”, *op. cit.*, p. 654.

²⁰⁴¹ LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 102.

²⁰⁴² MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 10. Según el autor, en los daños patrimoniales, la legitimación activa sólo podrá ser exigida por los propietarios de los bienes (perjudicados) por el ruido o por los titulares de derechos de goce sobre los mismos.

²⁰⁴³ MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, *op. cit.*, pp. 272-273.

²⁰⁴⁴ LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: *op. cit.*, p. 1064. En materia de ruidos, dicen los autores que los legitimados activos serían aquellos que, en su condición de moradores o usuarios habituales de la propiedad dominical que padece la inmisión, sufren un daño injusto en su persona o en sus bienes a consecuencia de la injerencia o intromisión ilegítima.

²⁰⁴⁵ Por ejemplo, la SAP Lugo 26.12.2001 (JUR 2001, 67558) dispone que, para ejercitar la acción de responsabilidad civil derivada de inmisiones perjudiciales, «basta con la posesión de buena fé a título de dueño, y la buena fe se presume».

En materia de daños producidos por otros DCC serán legitimados activos únicamente quienes sufran el perjuicio (art. 1902 C.c.)²⁰⁴⁶. Ello significa que si no hay daño a particulares, ninguno ostentará legitimación alguna para iniciar la acción. Como se ve, la legitimación activa se centra en el sujeto que ha sufrido el daño y se restringe a sus derechos subjetivos o a sus intereses (bienes o derechos) jurídicamente protegidos o, en general, a su esfera de intereses o atributos personales²⁰⁴⁷. En estos supuestos se tratará la legitimación activa que el art. 10 LEC otorga a quienes comparecen y actúan en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se reconoce legitimación activa también al propietario de un inmueble con independencia de no tener fijada su residencia en el lugar litigioso, por cuanto ostenta una acción como titular de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble situado en el lugar donde se producen las reseñadas inmisiones y, en definitiva, tiene interés inmediato al ver su entorno negativamente afectado²⁰⁴⁸. No obstante, en este caso no podrá instar la indemnización por daño moral. Cabe, por tanto, la indemnización por daños en la segunda residencia²⁰⁴⁹. Se presume que los empadronados en un determinado municipio son titulares de las viviendas ubicadas en el mismo, lo que puede ser desvirtuado por parte del demandado sin que se le considere “*probatio diabólica*”. No será necesario que las personas que se digan perjudicadas no tengan su domicilio, entendido como residencia permanente, en las viviendas afectadas,

No es necesario ser propietario de la finca en el momento (se entiende inicial) de la producción de los daños, ya que, como “perjudicados” pueden reclamar todo el daño que se les haya producido hasta el momento de la interposición a la demanda –y los posteriores-²⁰⁵⁰. Basta para ejercer la acción de responsabilidad civil que sean propietarios en el momento de la interposición de la demanda, o que lo hayan sido con anterioridad y no haya transcurrido más de un año desde que dejaron de serlo, en virtud del plazo prescripción de la acción del art. 1968.2 C.c.

En el caso de indemnización por causa de muerte la legitimación activa la ostentarán los perjudicados por la misma, según la jurisprudencia concretados en sus herederos por su condición de tales “*iure hereditatis*”. En las indemnizaciones por lesiones corporales, los legitimados serán las víctimas de las lesiones y los perjudicados por las mismas²⁰⁵¹. En Alemania la sucesión universal está establecida en § 1922 1º BGB. En el caso de responsabilidad objetiva *ex* § 12 UmweltHG los sucesores podrán reclamar *ex* 844 BGB los gastos sueltos y la compensación por mantenimiento de personas dependientes, y, en virtud del § 845 BGB una indemnización para la persona a quien el fallecido debía una obligación legal de proveer servicios.

b) *Intereses colectivos, las class actions y los intereses difusos.*

A la hora de determinar la legitimación activa en el supuesto de que el daño produzca efectos masivos, es necesario diferenciar entre daños difusos, que son daños pro-

²⁰⁴⁶ CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 142. JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 74. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁴⁷ ÁLVAREZ LATA, N.: “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, p. 126.

²⁰⁴⁸ SAP Asturias 28.2.2000 (AC 2000, 264). En el caso concreto, este interés afectado era el «mantenimiento del contrato de arrendamiento suscrito con los actuales ocupantes, e interés inmediato en relación con el precio de venta de dicha vivienda o con un hipotético retorno a la misma, una vez finalizado aquél».

²⁰⁴⁹ MALDONADO RAMOS, J.: *op. cit.*, p. 56. STS 12.1.2011 (RJ 2011, 305).

²⁰⁵⁰ STS 12.6.2008 (RJ 2008, 4690).

²⁰⁵¹ VERDERA SERVER, R. y otros: *op. cit.*, pp. 156-158.

ducidos a la colectividad (daños ecológicos puros), donde no existe una persona determinada que pueda estimarse perjudicada, de los daños “colectivos”, que son aquellos daños que se generan a una colectividad de personas frente al mismo demandado y se pueden asimilar a las *class actions*)²⁰⁵². Los “intereses colectivos” afectan a un grupo de personas perfectamente determinados o fácilmente determinables (art. 11 2º LEC y 7.3 LOPJ)²⁰⁵³. Son intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo o clase de personas ligadas entre sí por una relación jurídica base. Se ha criticado que el art. 7.3 LOPJ sólo permite ejercer acciones de cesación de conductas peligrosas, pero no la indemnización de daños y perjuicios.

Los intereses difusos son aquellos daños que afectan a una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, y la legitimación corresponderá a las asociaciones (de consumidores) que conforme a la Ley sean representativas (art. 11.3 LEC)²⁰⁵⁴. La doctrina mayoritaria niega la legitimación activa del individuo para la reparación del daño ecológico (difuso), al no existir menoscabo de interés privado del individuo²⁰⁵⁵. Uno de los problemas con los que se encuentra la reparación de este tipo de daños es la de la titularidad del bien jurídico, puesto que los bienes que componen el medio ambiente suelen ser *res nullius* o la *res omnium communes*. Para negar la legitimación activa se han esgrimido por la doctrina las siguientes razones: 1) el art. 45 CE no recoge la configuración de un derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado, pudiendo sólo ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan (art. 53.3 CE), por lo que no tiene un interés perfectamente individualizado en aras a obtener dicha acción. 2) El mero interés del ciudadano por un medio ambiente adecuado no tiene un interés perfectamente individualizado en aras a obtener dicha acción. 3) Para que una asociación pueda tener legitimación activa sería necesaria habilitación legal expresa (p. ej. arts. 6.1.7º y 11 LEC -consumidores y usuarios-), que no existe en el caso de defensa del medio ambiente²⁰⁵⁶.

En materia de daños civiles por contaminación algunas jurisdicciones proporcionan acción colectiva cuando la contaminación afecta un gran número de personas (Austria, Bélgica, Alemania, Finlandia, Irlanda, Escocia y España). Cuando la pluralidad sea in-

²⁰⁵² ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, pp. 281 y ss.

²⁰⁵³ Art. 11 2º LEC: «Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componente estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados». Art. 7.3 LOPJ: «Para la defensa de [intereses colectivos] se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

²⁰⁵⁴ Art. 11.3 LEC: «Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios de indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar el juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a esta Ley, sean representativas».

²⁰⁵⁵ ÁLVAREZ LATA, N., “El daño ambiental...(I)”, *op. cit.*, pp. 790, 831-832. CÁRCABA FERNÁNDEZ, Mª.: *op. cit.*, p. 152. CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 175. DE MIGUEL PERALES, C.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 88-90; *Derecho español del medio ambiente*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 374. GUIDO VILLEGAS, S.: *op. cit.*, p. 16. JORDANO FRAGA, J.: *La protección del derecho...*, *op. cit.*, pp. 500, 529. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, pp. 40, 43. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 22. PARRA LUCÁN, Mª. A.: “El derecho civil del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 5. SANTOS MORÓN, Mª J.: *op. cit.*, p. 3023. SERRANO GÓMEZ, E.: *op. cit.*, p. 285. VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 323. ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 283.

²⁰⁵⁶ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, pp. 375. VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 325.

derminada o de difícil determinación sólo se admitirá la legitimación de las asociaciones representativas²⁰⁵⁷. La acción de cesación (*injunction*) es la más sensible de todas a este tipo de daños, p. ej., si varias personas sufren un daño a la salud, por pequeño que sea, la interferencia siempre superará el nivel de tolerancia. En cambio, la acción de responsabilidad civil (*action for damages*) a pesar de estar también disponible, debido a la naturaleza del daño y a las víctimas probablemente no reclamarán y en su lugar utilizarán los sistemas de protección de la seguridad social, sobre todo debido a los problemas de falta de prueba y de los altos costes de litigación²⁰⁵⁸.

En Francia, los perjudicados por la contaminación pueden acudir a las autoridades públicas antes de hacerlo ante los tribunales contenciosos por incumplimiento del deber de evitar el daño. Por otro lado, las demandas individuales pueden ser también interpuestas por asociaciones ambientales representativas, que tienen derecho a demandar contra el contaminador que ha incumplido una regulación o principios generales del derecho ambiental en virtud del art. L. 142-2 del Código del Medio ambiente, antes de acudir a los tribunales civiles o contencioso-administrativos.

En Bélgica, la Ley de 12 de enero de 1993 legitima a las asociaciones ambientales para accionar en orden a prevenir violaciones de la legislación ambiental, pero no para reclamar daños de terceros. Los daños producidos por una inmisión a un número amplio de personas se conducen procesalmente mediante la representación *ad litem* de los intereses de los afectados mediante su asociación con este único propósito, o bien juntándose algunas partes, según las técnicas tradicionales. Como se puede comprobar, la *class action* es desconocida en Bélgica²⁰⁵⁹.

En EEUU, la *class action* norteamericana no constituyen un remedio para los daños colectivos o difusos, sino que tratan de resolver daños personales con sujetos indeterminados o plurales, lo que no es nada desdeñable en los daños masivos. Estas acciones reúnen todas las demandas de un elevado número de demandantes frente al mismo demandado y se caracteriza por: 1) los miembros de la clase deben ser tan numerosos que hagan imposible el litisconsorcio; 2) debe haber cuestiones comunes a la clase; 3) los representantes de la clase tienen que tener las cualidades necesarias para defender los intereses de la clase, y 4) el enjuiciamiento de acciones separadas daría lugar a que el demandado no pudiera cumplir frente a todos los demandantes, o porque deban prevalecer elementos comunes en el proceso. La *class action* es el resultado de agregar una serie de acciones particulares. Se diferencian del litisconsorcio activo en que las acciones en la *class action* pueden no nacer de un mismo título o causa de pedir. DE MIGUEL PERALES vería posible la adaptación de esta figura a nuestro derecho, tanto para la adopción de medidas de prevención de nuevos daños como para la reparación de los daños en sentido estricto, si bien en este último caso remitiendo a procesos individuales posteriores la forma precisa de reparación, partiendo de que la responsabilidad ya existe²⁰⁶⁰. Otra ventaja de esta acción es que permite organizar de modo más eficiente el proceso y evita el riesgo de soluciones contradictorias, puesto que las primeras resoluciones prejuzgan, *de facto*, las sucesivas.

En las *class actions*, las asociaciones necesitan ser directamente perjudicadas por el daño (por ejemplo por haberse asociado los afectados para compartir gastos procesales, o por sufrir daños patrimoniales directos), con base en una interpretación racional de los

²⁰⁵⁷ YANGUAS MONTERO, G., *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 238, 242-243.

²⁰⁵⁸ HINTEREGGER, M.: *op. cit.*, pp. 77-78.

²⁰⁵⁹ *Ibid.*: p. 90.

²⁰⁶⁰ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 315, 324-325 y 327-335.

artículo 9.2 y 24 CE, así como de los arts. 7.3 LOPJ y 35 LOTC)²⁰⁶¹. Sin embargo, otros autores²⁰⁶² se posicionaron a favor de legitimación activa de estas asociaciones con independencia de resultar perjudicadas directamente o por parte de sus asociados, con base a la aplicación analógica (art. 4.1 C.c.), por haber identidad de razón con el art. 11.2 LEC, si bien limitándose a reclamar el cese de una actividad o la introducción de medidas correctoras²⁰⁶³. La mayoría de autores ha negado²⁰⁶⁴ el ejercicio de las “acciones de clase” para la protección de intereses “difusos” por cuanto el art. 11.2 LEC no concede legitimación plural frente al daño colectivo, sino la de una pluralidad de afectados más o menos determinados por un daño individual.

En Inglaterra se permite la *public nuisance*, en virtud de la cual la autoridad local o el Fiscal General puede iniciar procedimientos criminales en representación del público. Este remedio incluye compensación por los daños personales, a diferencia de la *private nuisance*. La acción civil está disponible solamente a los demandantes que han sufrido el mismo daño que el público general y se les compensará directamente. Existe presunción de culpa por parte del demandado en estos casos.

c) *Legitimación en supuestos de transmisión del terreno “pendente lite”.*

En Italia, la jurisprudencia y la doctrina no se ponen del todo de acuerdo en quién tiene derecho –y por tanto quien es legitimado activo- para solicitar la indemnización/compensación por la depreciación del inmueble en el caso de daños continuados, si se ha producido en ese ínterin la transmisión de la propiedad.

La sentencia de la *Corte di cassazione* de 9 de abril-21 de julio de 1975, n. 1302 (*Riv. giur. edil.* 1976, I, pág. 288) dice que la venta del fundo sujeto a la inmisión no explica ninguna influencia sobre la legitimación del vendedor a promover y continuar la acción para el resarcimiento del daño ya producido en el acto de transferencia, si no resulta que el actor había cedido al adquirente el derecho de crédito relativo a tal daño. Es en el momento y en el precio de la compraventa donde se refleja, sin transferirse al comprador, la depreciación del fundo. En otras palabras, la disminuida rentabilidad opera como presunción, *iuris et de iure*, del daño sufrido al propietario-vendedor en términos de evaluación del valor venal de su propiedad. Habrá que calcular el valor actual daño futuro, teniendo en cuenta la depreciación anual y el tipo del dinero²⁰⁶⁵:

$$Va = \frac{D}{1+r} + \frac{D(1+r)^2}{(1+r)^2} + \frac{D}{(1+r)^3} + \dots + \frac{D}{(1+r)^n}$$

Por ejemplo, si como resultado de la fórmula anterior la venta de un inmueble afectado por inmisiones debiera arrojar un precio de 30 (su precio de mercado sin las inmisiones sería de 50) el vendedor podrá reclamar los 20 restantes. En estos casos, la depreciación está computada en el precio de compraventa.

En cambio, la sentencia de la *Corte di cassazione* de 13 de enero de 1975, n. 111 (*Giust. Civ.*, 1975, I, pág. 363), defiende que el vendedor está privado de la legitimación de pedir por el daño producido después de la cesión, pues esta facultad se entiende

²⁰⁶¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a: *op. cit.*, p. 181.

²⁰⁶² HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 34.

²⁰⁶³ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 35. MARTÍN DIZ, F.: *op. cit.*, p. 40.

²⁰⁶⁴ ÁLVAREZ LATA, N., “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, pp. 39, 41 y 129; “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)”, *op. cit.*, pp. 831-832. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M^a: *op. cit.*, p.152. SANTOS MORÓN, M^a J.: *op. cit.*, p. 3024.

²⁰⁶⁵ Donde “Va” es el valor actual del daño futuro, “D” la disminución de rendimiento del fundo en un año, y “r” el interés legal del dinero.

transferida con el bien. En este caso se deberá prescindir de la medida en la cual la evaluación del fondo es repercutida en el precio de adquisición. Si, por ello, A vende a 30 (habiendo podido vender a 50 en ausencia de inmisión), él sufre un daño imputado exclusivamente a su desconocimiento jurídico. Se trata de defender los derechos de quien efectivamente soporta en el tiempo la inmisión.

PARDOLESI²⁰⁶⁶ critica que la sentencia n. 132 no resuelve el problema de la titularidad del derecho al resarcimiento, ya que establece una indemnización del tipo *una tantum*. También critica la sentencia n. 111 por cuanto vincula la indemnización al «propietario que en la cadena de transferencias asuma la titularidad», sin tener en cuenta que «la eventual inercia del vendedor acerca de la cesión no incide de ninguna manera sobre la legitimación para pedir la reparación del daño sufrido. Él puede ciertamente promover la acción a posteriori, al menos en el plazo quinquenal de prescripción. El autor se postula por la solución derivada del art. 844 C.c., donde el magistrado tiene en cuenta solamente el hecho lesivo y su incidencia objetiva sobre la esfera patrimonial del propietario en cada momento, prescindiendo de cualquier mediación contractual que incluye la depreciación en el precio de compraventa, abandonando, por tanto, el carácter personal de la acción. Según el autor, el art. 844 C.c. tiene dos funciones íntimamente conectadas: una primera, compensatoria, de recuperación para el propietario al que se le haya impuesto sufrir la actividad perjudicial; una segunda, disuasoria, consistente en integrar al proceso productivo el coste que eso proyecta al exterior.

B) Legitimación pasiva.

a) Del titular del terreno, de la obra o de la actividad.

En materia de responsabilidad civil *ex art. 1902 C.c.* cualquiera puede tener la condición de sujeto responsable si causa daño a otro con culpa²⁰⁶⁷.

En Alemania, en virtud del § 823 BGB, será responsable el actor cuando las actividades *per se* sean el foco de las disposiciones, en concreto: la persona a quien se puede imputar la lesión del derecho o bien jurídico que ha provocado el daño, determinado por el principio de causalidad; la persona que responde de la actuación de otra, y la que permite o no impide la producción del daño, pudiendo jurídicamente hacerlo²⁰⁶⁸.

En materia de responsabilidad objetivada *ex art. 1902*, cuando la actividad causante del daño sea industrial, requiere una actuación material del agente en la producción del daño, no siendo suficiente que el hipotético responsable se haya beneficiado del hecho ilícito si no ha realizado actuación material alguna.

En materia de inmisiones excesivas y nocivas, según el art. 1908.2 C.c., responderán los “propietarios” de los daños causados por las mismas. Según la jurisprudencia y la doctrina, el término “propietarios” abarca:

1) los titulares del terreno²⁰⁶⁹ o del local²⁰⁷⁰ donde se desarrolla la actividad causante del daño, por consentir la misma.

2) En general, la persona bajo cuyo control se realiza la actividad generadora de la inmisión, generalmente aquellas personas que tengan el uso y disfrute de la finca y realicen en ellas actividades.

²⁰⁶⁶ PARDOLESI, R.: *op. cit.*, pp. 401-412.

²⁰⁶⁷ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 374. Ídem en Inglaterra.

²⁰⁶⁸ MARTÍN VIDA, M^a.A.: *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁶⁹ CONDE ANTEQUERA, J.: *op. cit.*, p. 138.

²⁰⁷⁰ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, *op. cit.*, p. 452.

3) Si la actividad es peligrosa, será legitimado pasivo el titular de la actividad empresarial bajo cuyo control se realiza la actividad generadora del daño, sea propietario o arrendatario de la actividad²⁰⁷¹. Viene posibilitado por el hecho de que además del arrendatario de la explotación, también se ha condenado al propietario arrendador de la actividad, pues pudo ejercitar las acciones propias del contrato de arrendamiento para poner fin a la actividad molesta²⁰⁷². En estos casos, la expresión “propietario”, de acuerdo con el destino y la naturaleza de las cosas nocivas, más parece que se trata de un empresario en el ejercicio de una empresa²⁰⁷³. Vendrá determinada por el principio de causalidad (causación directa o indirecta de la lesión del bien jurídico y/o del daño), siempre que la persona sea responsable de sus actos.

4) Finalmente, no hay que descartar la legitimación pasiva de las compañías de seguro, en caso de que éste exista²⁰⁷⁴.

En el art. 1908.2 C.c. el responsable será el titular de la explotación, con base en el principio de que debe responder del daño aquella persona que lo causa y el hecho de que, en el caso de instalaciones industriales, dicha persona es el empresario que tiene el control sobre las mismas. La legitimación pasiva se extiende también a los propietarios del terreno, mientras que en el segundo la responsabilidad es de quien, únicamente causa un daño. En el ap. 4º del art. 1908 C.c., corresponderá la legitimación pasiva al propietario del terreno por los daños causados por cloacas o depósitos de materias infectantes, si bien podrá serlo también el titular de éstas²⁰⁷⁵.

En sede del § 906 BGB alemán la legitimación pasiva la ostentará, como primera opción, el dueño de la finca en supuestos en que el uso de la finca cause inmisiones a los vecinos²⁰⁷⁶. Será responsable del daño el titular de la instalación industrial no terminada cuando la instalación no está en funcionamiento todavía, pero el influjo esté en función del riesgo de la instalación ya terminada, y el titular de la instalación en el momento de su cierre cuando hubiere dejado de funcionar pero el influjo medioambiental se base en la circunstancia del riesgo de la instalación antes de su cierre. Se defiende, por tanto, la idea de la prevención del daño²⁰⁷⁷.

En materia de *nuisance* en el *English common law* la legitimación pasiva se suele centrar en la empresa explotadora como única demandada, aunque en muchos casos puede haber responsabilidad individual, basada en la ocupación: 1) si hay un escape de

²⁰⁷¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, op. cit., p. 448. AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, op. cit., p. 452. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., p. 89. CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: op. cit., p. 181. CONDE ANTEQUERA, J.: loc. cit. HERRERA DEL REY, J.: op. cit., pp. 258, 266, 268. JUNCEDA MORENO, J.: op. cit., p. 85. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 22. ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños...*, op. cit.: p. 270. PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad por daños...”, op. cit., pp. 287-288. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: op. cit., p. 1660. YZQUIERDO TOLSADA, M.: op. cit., p. 312. WICHMANN ROVIRA, G. V.: op. cit., pp. 1136.

²⁰⁷² MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 28.

²⁰⁷³ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: op. cit., p. 352.

²⁰⁷⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., p. 88.

²⁰⁷⁵ AMAT LLARÍ, M^a E.: “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989...”, op. cit., p. 452. CONDE ANTEQUERA, J.: op. cit., p. 138. MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido...*, op. cit., p. 239.

²⁰⁷⁶ LARSSON, M-L.: op. cit., p. 354.

²⁰⁷⁷ CAÑIZARES LASO, A., y RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: op. cit., p. 211. Para estos autores «El sentido de la responsabilidad por riesgo es que aquéllos que producen y que se benefician de una fuente de riesgos, en compensación por la aceptación de dicho riesgo se impone una responsabilidad como obligación independiente, incuyéndose el normal funcionamiento puesto que este normal funcionamiento es en particular una fuente de riesgos».

sustancias desde un fundo el responsable será el propietario o ocupante²⁰⁷⁸. La responsabilidad del ocupante será por acción y por omisión (negligencia de no evitarla). Si la ocupación cesa la responsabilidad también, con excepción del abuso de derecho donde la responsabilidad está basada en el hecho creador de la *nuisance*, incluso después de la venta. 2) Cuando no hay ocupante, se puede designar responsable al causante del daño (acto positivo) por la creación de un estado de cosas que se acontecen de modo continuo. 3) Omisión por actos de dependientes (*servants*) independientemente de que el ocupante conociera los actos de aquéllos, o el ocupante por los contratistas independientes en el caso de deberes no delegables. 4) En el caso de que la *nuisance* sea ocasionada por un tercero ajeno a la actividad (*trespasser*), el ocupante será responsable por *negligence* si éste conoce o debiera haber conocido la *nuisance*, completada por el deber de evitarla y de mitigar el daño, ya que el ocupante puede excluir a estos terceros de sus instalaciones. 5) La responsabilidad está implícita en la continuación de la *nuisance*, heredándola el comprador en virtud de la doctrina “*caveat emptor*” en el caso de que conociera o debiera haber conocido de la contaminación causada por su predecesor, si las medidas correctivas son disponibles con un razonable coste, y si aquél falla en la mitigación de las consecuencias de la contaminación.

En materia de responsabilidad objetiva por daños civiles por contaminación industrial, en Inglaterra se puede fundamentar la legitimación pasiva en las siguientes reglas²⁰⁷⁹: 1) En el caso *Rylands v Fletcher* la responsabilidad se asocia al ocupante por su acción (*active acts*) que causan perturbaciones con la defensa de acciones por terceras partes (*trespasser*). 2) El ocupante que tiene el control actual sobre las mismas es designado responsable pues está en la mejor posición para prevenir accidentes, lo que está en línea con el principio de “quien contamina paga”. 3) Una regla suplementaria otorga responsabilidad al sujeto que tiene el control legal de las instalaciones sin que sea necesaria en estos casos la posesión física de las mismas. 4) En caso de instalaciones alquiladas, el arrendatario es responsable como primera opción, pero se deberán tener en cuenta las condiciones del contrato de arrendamiento.

Por su parte, en el *common law* norteamericano los legitimados pasivos son los titulares de las industrias que llevan a cabo una actividad anormalmente peligrosa, según se deduce de lo indicado en el § 519 RST.

En Alemania, la UmweltHG indica que responde del daño causado sólo el titular de la instalación, que es la persona física o jurídica que utiliza por cuenta propia la instalación que provoca el daño, esto es, el operador (“*Inhaber*”), que tiene el poder de disposición sobre ella y que costea su mantenimiento, siempre que la actividad esté incluida en el Anexo 1 de la Ley²⁰⁸⁰. Por su parte, el § 9 III permite a los perjudicados obtener información de las autoridades para identificarlo²⁰⁸¹.

²⁰⁷⁸ EEKELAAR, J.M.: *op. cit.*, p. 204.

²⁰⁷⁹ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, pp. 372-374. Según el autor, algunas reglas básicas han sido encontradas en la doctrina de la *nuisance* así como en la *Occupiers' Liability Act 1957* en cuanto a instalaciones peligrosas. En ambos casos la responsabilidad se basa en la ocupación o control, no en la propiedad.

²⁰⁸⁰ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 346.

²⁰⁸¹ El § 9 III UmweltHG dispone «Todo titular o poseedor de derechos mineros reconocidos en esta Ley será responsable de los daños y perjuicios que ocasione con sus trabajos, así como de los producidos a aprovechamientos colindantes por intrusión de labores, acumulación de agua, invasión de gases y otras causas similares y de las infracciones que cometa de las prescripciones establecidas en el momento del otorgamiento para la protección del medio ambiente que se sancionarán en la forma que señale el Reglamento, pudiendo llegarse a la caducidad por causa de infracción grave».

b) *Responsabilidad del empresario por dependientes y agentes de la construcción.*

En virtud del art. 1903 párrafo 4º C.c. responderán directamente los dueños o directores de un establecimiento o empresa por los daños hayan sido producidos por sujetos dependientes de éstos cuando: 1) Existe dependencia entre el empresario y quien causa el daño, más o menos intensa según las situaciones concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad²⁰⁸². 2) Que la actuación del dependiente se produzca en los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. 3) Que exista culpa o negligencia por parte del dependiente, no sólo por los actos u omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Se trata de una responsabilidad por hecho ilícito ajeno fundamentada en una presunción de culpa “*in eligiendo*” o “*in vigilando*” o en la creación de un riesgo²⁰⁸³, de la que no queda exonerado el principal salvo que demuestre que ha procedido con la diligencia necesaria²⁰⁸⁴. La responsabilidad que se predica de este artículo es directa del principal, sin que el tercero perjudicado tenga necesidad de reclamar primero contra el causante real del daño.

Asimismo, el art. 1904 C.c. permite ejercitar la acción de regreso por parte del vigilante, cuando dice que «el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho».

El art. 1.909 C.c. recoge la responsabilidad del promotor por los daños ocasionados por defecto de construcción: «Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultar por defecto de construcción, el tercero que lo sufre sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal». Se trata de un supuesto en el que los daños son producidos como consecuencia de un defectuoso control técnico o inspección de la actividad inmitente, en cuyo caso se establece una responsabilidad propia y directa del propietario o empresario que explota la fábrica y de cuyo funcionamiento se beneficia, sin que surja frente al tercero perjudicado, litisconsorcio pasivo necesario²⁰⁸⁵. Y es que, aunque exista un defecto de diseño o de dirección de la construcción e instalación de la fábrica, ésta ha estado en funcionamiento por la voluntad del empresario propietario produciéndose así la inmisión excesiva y nociva para el tercero²⁰⁸⁶. El empresario puede repetir contra el técnico correspondiente²⁰⁸⁷. Entre los supuestos del art. 1909 C.c. se responde también cuando se suministra material defectuoso utilizado por la instalación que causa el daño²⁰⁸⁸. Esta posibilidad suele ser recomendable, según JUNCEDA MORENO, «de cara a la satisfacción de la indemnización final, como quiera que los técnicos suelen tener suscritas pólizas de aseguramiento que permiten ser ejecutadas en estos supuestos»²⁰⁸⁹.

²⁰⁸² SAP Madrid 20.11.2000 (AC 2001, 168). En el supuesto enjuiciado la Comunidad de Propietarios entabló la demanda contra el contratista de obra y no contra el constructor de la misma.

²⁰⁸³ CAMAZÓN LINACERO, A.: *op. cit.*, p. 106.

²⁰⁸⁴ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 285-285.

²⁰⁸⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 28. SSTS 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), 10.3.1989 (RJ 1989, 2034), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284); SAP Valencia 22.7.2011 (JUR 2011, 392713).

²⁰⁸⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 88; “La responsabilidad por inmisiones industriales...”, *op. cit.*, p. 1989.

²⁰⁸⁷ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *loc. cit.* En la jurisprudencia, STS 15.3.1993 (RJ 1993, 2284).

²⁰⁸⁸ En la STS 27.10.1983 (RJ 1983, 5346) una empresa suministró materia contaminante (fuel-óleo con un mayor contenido de azufre al pactado) a una central térmica, que posteriormente causa daños en plantaciones de cítricos colindantes a la misma debidos a los humos que producía.

²⁰⁸⁹ JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 78.

La razón de la atribución de responsabilidad solidaria en los supuestos del art. 1909 C.c., en conjunción con el art. 1908.2 C.c., se basa en que, en el primer caso, existe una responsabilidad por culpa o negligencia del causante originario del daño, y, en el segundo, una responsabilidad directa del empresario propietario de la industria por los daños ocasionados a terceros por inmisiones nocivas, basado en una culpa *in eligendo* y, por lo tanto, en la voluntad del empresario propietario, conducta que supone el consentimiento de que la actividad continúe a pesar de emitir sustancias nocivas, sin adoptar las medidas necesarias para que deje de producirlas²⁰⁹⁰.

La expresión “tiempo legal” del art. 1909 C.c. se interpreta como el momento en que debe aparecer el defecto para que pueda ser atribuido a los técnicos que han intervenido en la construcción que ha producido el daño, para lo cual habrá que estar a los plazos previstos en la LOE (10 años para daños estructurales, 3 para vicios o defectos de los elementos constructivos y 1 para los vicios o defectos de ejecución), sin perjuicio de que habrá que estar también al plazo de prescripción de 1 año que se establece para la acción de responsabilidad civil extracontractual del art. 1968.2 C.c.²⁰⁹¹. El art. 18 LOE señala un plazo de prescripción de dos años para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior a contar desde que se produzcan dichos daños.

En materia de *troubles de voisinage*, la jurisprudencia francesa ha establecido una tendencia desfavorable al *maître de l'ouvrage* (propietario de la obra) sin distinguir si éste es empresario o un simple privado que intenta construir o mejorar la casa, y paralelamente una tendencia favorable al constructor cuya eventual responsabilidad emana condicionada a la prueba de una culpa en la ejecución de los trabajos, lo que favorece el desarrollo de la gran empresa edificatoria, que construyendo por cuenta de otro no tiene la cualidad de propietario vecino (cualidad necesaria para incurrir en la obligación de pagar la indemnización), y supone, finalmente, una rotura del equilibrio en presencia de un *trouble* originado en la nueva construcción²⁰⁹².

c) *En caso de pluralidad de sujetos responsables.*

Las inmisiones acumuladas se producen cuando las mismas provienen del efecto acumulado de varios puntos de origen, y se dan normalmente en zonas de alta concentración industrial, pudiendo producirse un efecto acumulativo (acumulación sinérgica). Las inmisiones cumulativas pueden provocar que cada una de las emisiones por sí sola no supere el límite de normal tolerabilidad. En las alternativas, cada una de aquéllas sí lo supera con independencia de las demás²⁰⁹³.

Los daños con una pluralidad de causantes se dan sin una prelación temporal ni causal y participan conjuntamente en la realización del acto ilícito²⁰⁹⁴. En el supuesto de coautoría, existe hoy la duda acerca de si aplicar la responsabilidad mancomunada o solidaria cuando existan varios intervinientes en el daño. Se ha dicho que en los arts. 1.137²⁰⁹⁵ y 1.138²⁰⁹⁶ C.c. parece residenciarse la regla general de la mancomunidad, ya

²⁰⁹⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 97.

²⁰⁹¹ SAP Valencia 22.7.2011 (JUR 2011, 392712).

²⁰⁹² VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro... (I)”, *op. cit.*, p. 711.

²⁰⁹³ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 312. EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 305-306 y 330-336.

²⁰⁹⁴ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 287.

²⁰⁹⁵ Art. 1137 C.c.: “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a eso cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”.

que se presume que toda relación obligatoria se rige, en caso de pluralidad de sujetos, por el principio de la mancomunidad, salvo que de la propia obligación se derive expresamente la solidaridad.

Un sector doctrinal y de la jurisprudencia pone en duda el principio de la presunción de solidaridad. Se critica que este principio surgió debido al auge del solidarismo económico, social y político²⁰⁹⁷. ALBALADEJO GARCÍA²⁰⁹⁸ dice que la regla general del art. 1137 C.c. es la mancomunidad. El principio de interpretación de las normas *odiosa sunt restringenda* determina que la solidaridad, al ser más gravosa para los participantes de un hecho ilícito, no debe aplicarse de forma extensiva o analógica. La regla de la mancomunidad rige tanto en casos de pluralidad de obligados por casos de responsabilidad objetiva, como en daños ocasionados por humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades (art. 1908.2 C.c.). Lo mismo sucede cuando exista cotitularidad sobre los bienes desde donde proceden los daños, en cuyo caso cada obligado lo está en proporción al derecho que tenga sobre la cosa. Si el daño se causa por culpa, esta se dará, se entienda o no que también subsiste la objetiva. En el caso de que se entienda que subsiste la responsabilidad objetiva, el dañado podrá dirigirse bien contra el culpable o bien contra los responsables objetivos. Por el contrario, si se entiende que la responsabilidad subjetiva borra la objetiva, sólo le cabe al dañado dirigirse contra el culpable. En cualquier caso, si entre los responsables objetivos alguno obró diligentemente y otro no, aquéllos podrán reclamar a éste la parte que le hubiese tocado reparar²⁰⁹⁹. Para el autor, “haber sido establecida expresamente” es una expresión que no significa que la solidaridad se deba incluir en una cláusula explícita, sino debe haber sido verdaderamente querida como solidaria por los interesados o por la ley.

La mayoría de autores y de la jurisprudencia aplican la regla de la solidaridad sólo en el caso de que no pueda determinarse el grado de participación de cada uno de los responsables en la realización del daño²¹⁰⁰. Esta línea doctrinal se basa en que la responsabilidad solidaria se aplicará de forma directa en los casos en que las fuentes de contaminación son equivalentes y cualquiera de ellas puede ser apta para producir el daño, sin que pueda probarse qué inmisión en concreto fue la causante del daño, de modo que cada uno de ellos, por separado, podía haber causado el daño completo²¹⁰¹. Debe primar el interés de facilitar el resarcimiento del perjudicado frente al principio de personalidad de la responsabilidad. Por ello, mientras que no se establezca para los daños tradicionales (refiriéndose a los no patrimoniales) una regla especial que prevea la solidaridad, «su aplicación se encontrará legitimada por la mayor severidad en la apreciación de la responsabilidad en los supuestos de daños ambientales»²¹⁰².

²⁰⁹⁶ Art. 1138 C.c.: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

²⁰⁹⁷ JORDANO FRAGA, J.: “Administración y responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 308.

²⁰⁹⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”; *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 16, n° 2, 1963, pp. 368 y ss.

²⁰⁹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *op. cit.*, pp. 369-373.

²¹⁰⁰ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 457. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 91. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 448. DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 189. REYES LÓPEZ, M^a. J.: *op. cit.*, p. 207. SANTOS MORÓN, M^a. J.: *op. cit.*, p. 3020. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 172-173. SSTS 14.2.1984 (RJ 1984, 657), 14.7.1982 (RJ 1982, 4237), 29.4.2003 (RJ 2003, 3041).

²¹⁰¹ CARRASCO PERERA, A., “El régimen civil de la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 154 y 155. DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 189.

²¹⁰² YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 172-173.

SANTOS BRIZ aplica la regla de la solidaridad basándose en que a cada autor se le aplicará el artículo 1902, y de ahí que todos sean responsables, salvo si según las circunstancias puede delimitarse el daño causado por cada uno, en cuyo caso ya no se está ante un caso de responsabilidad conjunta, que se da sólo cuando hubo daño con participación de varios. Según el autor, la solidaridad de responsables puede derivar: a) de los casos de coautoría principal o coautoría secundaria; b) cuando uno es responsable como autor inmediato o directo y otro como dueño del negocio o encargado de su vigilancia por infracción de su deber de diligencia; etc²¹⁰³.

DE ÁNGEL YAGÜEZ²¹⁰⁴ apuesta por aplicar la regla de la solidaridad a este tipo de daños, basándose en que existe una pluralidad de obligaciones independientes entre sí entre los sujetos y unificada sólo frente al acreedor o al deudor en el terreno objetivo de la idéntica prestación, distinguiendo así el aspecto interno y el externo de la relación que liga a los sujetos activos y pasivos; el art. 116.2 CP²¹⁰⁵ se puede aplicar analógicamente; circunscribe los artículos 1137 y 1138 C.c. únicamente a las obligaciones nacidas de convenio (contrato). En definitiva, si cada uno de los productores del daño se beneficia de la actividad y del crédito de los demás, la responsabilidad de los agentes deberá llevarse hasta sus últimas consecuencias, otorgándose de esta manera una mayor seguridad en el tráfico jurídico pues desempeña una función de garantía.

MORENO TRUJILLO dice que se aplicará la regla de la solidaridad en la prueba de la determinación de los sujetos participantes en la contaminación, así como la participación de cada uno de ellos en la misma; o el caso de que, ante supuestos de insolvencia de uno o varios de los copartícipes en el daño, que el perjudicado tuviera serios problemas para ser resarcido íntegramente. Aplicando la regla de la solidaridad se aliviará la carga de la prueba del demandante, tan necesario en los daños derivados de la contaminación, dada la dificultad en la demostración del daño, su cuantificación y la designación de los causantes y verificación de la relación de causalidad²¹⁰⁶. Lo habitual es que acaben respondiendo solidariamente (denominada “solidaridad impropia”), sin perjuicio de la acción de regreso de cada uno en su esfera interna²¹⁰⁷.

En virtud de la teoría del riesgo, la jurisprudencia aplica la responsabilidad solidaria entre los co-responsables: cuando los hechos se sucedieron en fechas anteriores y posteriores a la subrogación de los potenciales demandados; cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las respectivas responsabilidades (STS 28.4.1992 [RJ 1992, ...]); o ante la ausencia de prueba de la causa determinante del daño cuanto sean varios los causantes²¹⁰⁸. Esta regla es la que se recoge en la LRCDN (art. 4.3) o LRJPAC (art. 130.3), o en el APL (art. 3.4), el Libro Blanco, el Convenio de Lugano (art. 11), el Reglamento de Aguas (art. 325); Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales; etc. La LRM, en su art. 11 establece la regla de responsabilidad mancomunada en los supuestos en los que exista una pluralidad de operadores y se pruebe su participación en la causación del daño o de la amenaza inminente del daño o de la amenaza para causarlo.

²¹⁰³ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, op. cit., pp. 289-290, 292.

²¹⁰⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, op. cit., pp. 447-448.

²¹⁰⁵ El art. 116.2 CP dispone: «Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables».

²¹⁰⁶ MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, op. cit., p. 221.

²¹⁰⁷ JUNCEDA MORENO, J.: op. cit., p. 75. MARTÍN VIDA, M^a.A.: op. cit., p. 16. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: op. cit., p. 23. SERRANO GÓMEZ, E.: op. cit., p. 288.

²¹⁰⁸ STS 15.3.1993 (RJ 1993, ...), 8.5.1986 (RJ 1986, ...) y 2.4.1996 (RJ 1996, ...), etc.

En el *Code Francés* (art. 1202), en la línea del art. 1137 del C.c. español, se establece que la solidaridad no se presume, sino que deberá estar estipulada expresamente, o recogida en virtud de disposición de la ley. No obstante, la jurisprudencia francesa viene declarando la solidaridad de los responsables del daño cuando no sea posible determinar la proporción en que los causantes han contribuido al mismo²¹⁰⁹.

En Alemania, los artículos 830 I²¹¹⁰ y 840²¹¹¹ BGB recogen la regla de la solidaridad en el caso de que exista más de un agente causante del acto ilícito dañoso, sea imposible determinar individualmente la cuota de responsabilidad, o los causantes hayan actuado conjuntamente. Siempre que cada una de las emisiones sea, por separado, potencialmente susceptible de provocar el daño, sin que sea posible determinar cuál de ellas concretamente lo ha producido (hecho habitual en los daños ambientales tradicionales) será de aplicación la segunda regla del § 830 I. La regla primera no se puede aplicar, ya que ésta acontece cuando existe una actuación coordinada de los emitentes. Si las emisiones no son por sí solas suficientes para causar el daño (supuesto habitual en materia de ruidos en zonas acústicamente saturadas), no podrán ser aplicadas ninguna de las normas anteriores. En estos casos, será necesario determinar qué parte del daño se produce por la efectiva contribución de cada uno de los emitentes a la causación del perjuicio (incremento lineal), y que parte del daño se produce sólo por el efecto conjunto de ambas inmisiones (incremento progresivo), estableciéndose la responsabilidad mancomunada en el primer caso y la solidaria en el segundo²¹¹².

En la *UmweltHG* alemana la responsabilidad es conjunta y solidaria cuando existen múltiples fuente de contaminación y cuando el daño no puede ser atribuido a cada responsable en su justa medida. En estos casos, el demandado puede repetir contra los no demandados en la acción principal²¹¹³.

En Italia, se establece como regla general la solidaridad pasiva en el art. 1.294 del C.c.: «Los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o del título no resulta otra cosa», viniendo reforzado en el art. 2.055, 1º «Si del hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño». Se establece la regla de la solidaridad, es decir, si el acto perjudicial deriva de múltiples acciones y omisiones dolosas o culposas, siempre que ésta haya contribuido de manera eficiente a la producción del daño. En otras palabras, sólo se requiere que el acto perjudicial haya sido debido a más gente, incluso si se apoya en diferentes títulos de responsabilidad contractual o extracontractual, dado que el hecho viene referido singularmente al daño y no a la norma jurídica que se haya podido violar²¹¹⁴.

En el *English common law* (Inglaterra) la regla general es la de la responsabilidad solidaria cuando son varios los causantes de la *nuisance*²¹¹⁵, pudiendo repetir la parte declarada responsable contra el resto²¹¹⁶.

²¹⁰⁹ Cour. Cass. 23 de marzo de 1927 (D, 1928-I, p. 73).

²¹¹⁰ § 830 I BGB: «Si varias personas han causado un daño a través de un acto ilícito cometido en común, cada uno de ellos será responsable del daño. Lo mismo se aplica si no puede descubrirse quién, de entre varios partícipes, ha provocado el daño con su actuación»,

²¹¹¹ § 840 I «Si varias personas son conjuntamente responsables del daño causado como consecuencia de un acto ilícito, responderán solidariamente» (“solidaridad impropia”).

²¹¹² Sentencia del BGH de 13 de febrero de 1976 (BGHZ, 66, 70 y ss.).

²¹¹³ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 349.

²¹¹⁴ *Sentenza Unite Civili, della Suprema Corte di Cassazione*, 15 luglio 2009, n. 16503.

²¹¹⁵ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 146.

²¹¹⁶ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 374.

2) Otras cuestiones procesales.

A) *Jurisdicción y competencia.*

a) *Conflicto de normas de derecho internacional privado.*

La jurisdicción civil conocerá de las pretensiones de resarcimiento de los daños civiles por contaminación *ex arts.* 1902 y ss. C.c. La estimación o no de la demanda corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia según lo dispuesto en los arts. 85 LOPJ y 45 LEC. La competencia territorial se rige por las normas generales (arts. 50 a 60 LEC), que distinguen si el demandado es persona física, jurídica o ente sin personalidad. El proceso a seguir será el ordinario si la cuantía excede de tres mil euros o verbal cuando no alcance dicha suma (arts. 249 y 250 LEC).

Ante la falta de norma de derecho internacional privado aplicable a los daños civiles por contaminación, y dada la ausencia en el ordenamiento español de normas de conflicto específicas en materia de ilícitos ambientales, los tribunales españoles para determinar el derecho aplicable deben recurrir a la aplicación del ar. 10.9.1 C.c.²¹¹⁷, que se trata de la norma de conflicto de derecho internacional privado autónomo en materia de obligaciones no contractuales (*lex loci delicti commissi*). Según VINAIXA MIQUEL, esta regla de conexión tiene un marcado carácter territorial fácil de localizar y de aplicar en los ilícitos ambientales simples, pero no en los más comunes, los ilícitos transfronterizos o a distancia, por lo que lo más probable es que dependerá en cada caso del órgano jurisdiccional competente el que se utilice la ley del lugar del acto o la ley del lugar del resultado dañoso como criterio de localización del *locus delicti commissi*. No obstante, esta regla de aplicación no es la solución más apropiada con relación a adopción de acciones preventivas de cese o de prohibición de las actividades contaminantes, pues en estos casos, al no haber todavía daño no sería aplicable el foro del lugar del resultado dañoso. En estos supuestos, la regla de la *lex loci delicti commissi* se debería referir única y exclusivamente a la ley del lugar del acto. No obstante, la aplicación de esta regla tampoco le parece al autor una regla idónea para solucionar los daños por contaminación transnacionales producidos por filiales de sociedades multinacionales por los problemas de localización del lugar del acto generador del daño y por que el juez debe solucionar este conflicto antes de entrar en el derecho material²¹¹⁸.

En sede de responsabilidad medioambiental el art. 8.1 LRM regula el procedimiento para la solución de daños medioambientales o amenazas inminentes producidas por instalaciones españolas a Estados miembros, y el apartado 2º señala las medidas que podrá adoptar la Administración española, en colaboración con la del Estado miembro: información relevante para que se puedan adoptar las medidas que se estimen oportunas; colaboración; adopción de medidas necesarias, etc. Por su parte, el art. 8.3 regula el procedimiento a seguir por las autoridades españolas en el caso de que se haya ocasionado un daño o amenaza del mismo desde una instalación ubicada en un Estado miembro de la Unión Europea, así como las medidas a adoptar.

²¹¹⁷ El art. 10.9.1 C.c. dispone: «Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven».

²¹¹⁸ VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 482-483, 492-493. Respecto de la interpretación restrictiva de la regla *locus delicti commissi* en los casos de adopción de medidas preventivas dispone la autora que «la ley del lugar del acto generador del daño es sin duda alguna la que mejor puede prevenir la materialización de los daños por contaminación al ser la ley que fija las condiciones o requisitos para que la actividad pueda desarrollarse, la que establece las normas de comportamiento y de seguridad que los operadores deben tomar en consideración durante su ejercicio, así como también la ley que debe concretar cuándo y en que situaciones debe producirse su cese o prohibición».

En el derecho de daños general alemán una acción podría ser ejercitada donde el daño haya sido cometido, según la regla del *forum delicti commissi* (*lex loci delicti*) establecida en el § 32 *Zivilprozessordnung* (ZPO). No obstante, la UmweltHG establece una regla nueva y distinta a la anterior: la acción se podrá ejercitar donde la instalación se localice, siempre que esta localización se encuentre dentro de las fronteras alemanas, por lo que la opción del demandante bajo la regla de la *lex loci delicti* es abolida en los casos domésticos. En cambio, en los supuestos transfronterizos, esta nueva provisión no se aplica, por lo que los operadores de instalaciones ubicadas fuera de las fronteras de Alemania pueden ser demandadas en este país para compensar los daños ocurridos en el mismo, según previsiones de la UmweltHG²¹¹⁹.

b) *Efectos de las normas administrativas y licencias o autorizaciones reguladoras de la actividad en la competencia del orden jurisdiccional civil.*

La protección del medio ambiente ha sido objeto del Derecho Público, mientras que la responsabilidad civil por daños ambientales tradicionales ha sido objeto de tratamiento en el Derecho privado²¹²⁰. Es doctrina consolidada la que afirma que en esta zona de tangencia entre una jurisdicción común y la contencioso-administrativa hay que distinguir entre lo que es materia que atañe a la propiedad privada y a su protección, de inquestionable carácter civil, y lo que afecta a los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa²¹²¹. Se separarán las cuestiones civiles de las administrativas, resolviéndose cada una en el orden jurisdiccional correspondiente, dado que responden a fines diferentes y se rigen por principios y normas distintas²¹²².

El procedimiento administrativo depende de la existencia de un “acto administrativo” y la jurisdicción contencioso-administrativa sólo puede conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la administración pública sometidos al derecho administrativo²¹²³. Las disposiciones administrativas sobre adopción de medidas protectoras que se están refiriendo a estados generales de perturbación del medio ambiente con graves situaciones para la población situada en determinadas zonas que por su generalidad están contemplando intereses públicos, lo que no puede equipararse a la lesión patrimonial por inmisiones dañosas en propiedades determinadas, cuyos titulares demandan el pertinente resarcimiento y el consiguiente remedio a la actividad ocasionadora del menoscabo, cuestiones estas que son de exclusiva competencia de los Tribunales del orden civil. El hecho de que a la Administración le corresponde ordenar y controlar la adopción de medidas protectoras, ciertamente le interesa en aquellos aspectos generales, pero cuando afecta a derechos subjetivos privados pierde aquel carácter para entrar de plano en el campo propio del Derecho Civil: artículo 590 del Código Civil y no menos 1908 del propio Código, y que de incurrir en responsabilidad, se hará efectiva bajo el dictado de la legislación civil²¹²⁴.

²¹¹⁹ LARSSON, M-L.: *op. cit.*, p. 351.

²¹²⁰ SSTs 28.1.2004 (RJ 2004, 153), 14.3.2005 (RJ 2005, 2236)

²¹²¹ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 832. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 66. En la jurisprudencia: STS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747); SSAP Asturias 14.9.1993 (AC 1993, 1631), Huesca 10.12.1997 (AC 1997, 2413), Islas Baleares 31.10.2006 (AC 2006, 1907), Asturias 2.6.2011 (AC 2011, 1351).

²¹²² DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...* *op. cit.*, p. 379.

²¹²³ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 405-406, 411-412; “Comentario a la STS de 7 abril de 1997”, *op. cit.*, p. 853. AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 80. En la jurisprudencia, STS 3.12.1987 (RJ 1987, 9176).

²¹²⁴ STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101).

El ordenamiento jurídico-privado tiene primacía en los casos de conflictos entre personas físicas y jurídicas de naturaleza privada. Tratándose de cuestiones entre particulares que atañen a la propiedad privada y a su protección, como de conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones de vecindad, de culpa extracontractual o de abusos de derecho o ejercicio antisocial del derecho, corresponde conocer a la jurisdicción civil por ser el ordenamiento privado el que puede y debe intervenir²¹²⁵. Una cosa es el permiso de instalación de una industria y de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros, cuya determinación corresponde a la administración y otra bien distinta que, cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o insuficientes, se produce un daño en la propiedad de un tercero, cuyo conocimiento compete a los Tribunales ordinarios²¹²⁶. El ejercicio de una industria, no obstante su importancia económica, no autoriza el menoscabo o limitación de la propiedad privada ajena, ni concede una prevalencia o superioridad sobre otras actividades que se puedan desarrollar en fincas contiguas²¹²⁷. En todo caso, los Tribunales civiles son los únicos competentes para pronunciarse sobre la acción indemnizatoria²¹²⁸. No obstante, en materia de inmisiones, incumbe también a la jurisdicción civil la adopción de las medidas adecuadas para que cese la producción de un perjuicio dimanante de la actividad industrial siempre y cuando sea civil la acción que se ejercite y no se impugne acto administrativo concreto²¹²⁹.

La legislación sobre el medio ambiente y sus efectos es de inspiración esencialmente administrativa, lo que no es óbice para que el ordenamiento privado pueda y deba intervenir en cuantos problemas o conflictos se originen en el ámbito de las relaciones de vecindad, en los supuestos de culpa extracontractual y en aquellos otros que impliquen un abuso del derecho ex art. 7.2 C.c.²¹³⁰, con independencia de la regulación administrativa más o menos extensa de la actividad y de la remisión que hace el art. 590 C.c.²¹³¹, porque hay que distinguir el interés general de los intereses privados²¹³². En el caso de responsabilidad civil por inmisiones, existe jurisprudencia consolidada que afirma la aplicación de mecanismos tutelares civiles por los órganos jurisdiccionales del orden civil, sin que sea obstáculo la regulación administrativa más o menos extensa de la actividad, que las origina, en consideración a los intereses generales, singularmente urbanísticos y medioambientales, eventualmente afectados por ella, porque hay que distinguir lo relativo a la tutela preventiva de los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa, de lo que atañe a la propiedad de intereses privados y a su protección, de incuestionable carácter civil²¹³³.

²¹²⁵ CAMPOS-DÍAZ BARRIGA, M., *op. cit.*, pp. 237-238. DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 352. En la jurisprudencia, citamos la SAP Cáceres 21.11.1996 (AC 1996, 2258).

²¹²⁶ STS 19.2.1971 (RJ 1971, 916).

²¹²⁷ SAP Huesca 10.12.1997 (AC 1997, 2413)

²¹²⁸ AMAT LLARÍ, E.: “La regulación de las inmisiones...”, *op. cit.*, pp. 80 y 81. DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, pp. 379-380.

²¹²⁹ En la doctrina, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 66. En la jurisprudencia, STS 17.3.1981 (RJ 1981, 1009).

²¹³⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 68.

²¹³¹ ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, pp. 405-406, 411-412; “Comentario a la STS de 7 abril de 1997”, *op. cit.*, p. 853.

²¹³² SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176) y 16.1.1989 (RJ 1989, 101).

²¹³³ SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), 16.1.1989 (RJ 1989, 101); SAP Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), Córdoba 23.12.2009 (JUR 2009, 200426), FD 4º; SAP Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), Islas Baleares 31.10.2006 (AC 2006, 1907).

No será óbice a la aplicación del instituto de la responsabilidad civil por contaminación la posible remisión de la norma civil de vecindad a disposiciones administrativas²¹³⁴. Las reglamentaciones sólo constituyen disposiciones técnicas de carácter general y preventivo, que no impiden que el perjudicado ejercite sus acciones civiles²¹³⁵. La tutela civil no prejuzga la procedencia y regularidad de las licencias, al limitarse a imponer en su ejercicio la observancia de los deberes de vecindad, por cuanto el juez civil no emite un juicio de valor acerca del acto administrativo ni revisa la licencia concedida. La licencia no es una especie de “salvoconducto” que consagre definitivamente la actividad ni enerve el ejercicio posterior de facultades de inspección por los agentes locales, dado que aquéllas son de tracto continuo y, además, lo que acreditan es el cumplimiento por la instalación de las disposiciones establecidas en interés general para su puesta en funcionamiento y las relativas a su emplazamiento, pero no alcanza a asegurar que no se puedan causar daños, ni llega ni mucho menos, a legitimar las inmisiones nocivas o molestas que puedan derivarse a terceros²¹³⁶.

La actividad ejercida con licencia puede ser impedida por los Tribunales civiles a instancia de los particulares cuyos derechos lleguen a verse lesionados por ella²¹³⁷, dado que: a) tienen un carácter limitado, por lo que no excluyen por sí sola la competencia del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de las acciones civiles ejercitadas por terceros en defensa de la propiedad y demás derechos subjetivos reales afectados por las inmisiones que genera²¹³⁸; b) tienen un carácter neutral, por lo que las relaciones entre Administración y el sujeto son independientes respecto de los derechos privados de terceros pudiendo ser impedida por los tribunales del orden civil a instancias de los particulares cuyos derechos sean lesionados por aquella²¹³⁹, sin olvidar que la licencia se concede siempre sin perjuicio de tercero²¹⁴⁰. El control civil no se hace de la licencia²¹⁴¹, sino de la actuación del tercero que, amparado en ella, incumple los deberes de las relaciones de vecindad, por lo que, al adoptar el Juez civil medidas correctoras, declara que no es competente para revisar la concesión de licencia administrativa²¹⁴². La cesación y la indemnización del daño es independiente de la concesión de la licencia, pues afectan a las relaciones de índole estrictamente civil entre particulares²¹⁴³.

²¹³⁴ SAP Segovia 28.5.1993 (AC 1993, 957), Asturias 28.2.2000 (AC 2000, 264)

²¹³⁵ SSTS 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 31.1.1986 (RJ 1986, 444), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176); 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 25.3.1995 (RJ 1995, 2141), 29.4.2003 (RJ 2003, 3041), etc.

²¹³⁶ Córdoba 23.12.2009 (JUR 2009, 200426), FD 4º.

²¹³⁷ STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041); SSAP A Coruña 28.5.2006 (AC 2006, 130), Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), Córdoba 23.12.2009, FD 4º (JUR 2009, 200426).

²¹³⁸ SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), 30.5.1997 (RJ 1997, 4331), 29.4.2003 (RJ 2003, 3041), 12.1.2011 (RJ 2011, 305); SSAP Cáceres 21.11.1996 (AC 1996, 2258), Asturias 4.4.2000 (AC 2000, 1533), Córdoba 23.12.2009, (JUR 2009, 200426).

²¹³⁹ HUALDE MANSO, Mª. T.: “La pre-utilización de los inmuebles...” , *op. cit.*, pp. 31-42. VILALTA NICUESA, E. Y MÉNDEZ TOMÁS, R.M.: *Acción de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 25. En la jurisprudencia, SSAP Islas Baleares 31.10.2006 (AC 2006, 1907), Asturias 4.4.2000 (AC 2000, 1533) y 8.11.2007 (JUR 2008, 67179), Córdoba 23.12.2009 (JUR 2009, 200426).

²¹⁴⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 111. SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Mª. C.: *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 109.

²¹⁴¹ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Irrelevancia del uso previo...” , *op. cit.*, p. 7.

²¹⁴² SSTS 19.2.1971 (RJ 1971, ...), 3.12.1987 (RJ 1987, ...), 23.9.1988 (1988, ...), entre otras.

²¹⁴³ SSAP Vizcaya 24.6.1999 (AC 1999, 6850), Cáceres 21.11.1996 (AC 1996, 2258), Pontevedra 5.4.1999, Asturias 4.4.2000 (AC 2000, 1533).

Tampoco será obstáculo para la aplicación de los medios de tutela civil el que la actividad se viniera desarrollando con observancia de las normas y medidas administrativas requeridas al efecto²¹⁴⁴, pues el acatamiento y o observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados²¹⁴⁵, ni alteran la responsabilidad de quienes las cumplen cuando las medidas reglamentarias se revelan insuficientes para evitar eventos lesivos²¹⁴⁶, puesto que si aquellos contemplan intereses públicos sociales ésta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y, en su caso, la adopción de medidas para ponerle fin²¹⁴⁷. En el supuesto de que se haya producido daño efectivo como consecuencia de la inmisión es posible la solicitud de medidas correctoras, de cesación y de abstención de inmisiones futuras independientemente de que el causante de las mismas haya cumplido con la normativa administrativa²¹⁴⁸. El cumplimiento de la normativa administrativa no marca el límite para deducir la responsabilidad ex art. 1908 C.c.²¹⁴⁹. La responsabilidad se fundamenta en la producción de un daño que no hay obligación de tolerar, cuyo cese exige la adopción de las necesarias medidas correctoras para reducir las inmisiones a lo reglamentariamente previsto, sin que ello suponga un control de la legalidad por la vía civil, si bien la acción de cese y/o de imposición de medidas correctoras será posible siempre y cuando el Juez no revise la licencia que legitime la actividad²¹⁵⁰. No obstante, la adopción de medidas correctoras o de cese de la actividad por el orden jurisdiccional civil ha sido motivo de oposición, con base al exceso de jurisdicción civil e invasión de la del orden contencioso-administrativo, por cuanto dicha medida drástica no deriva del simple cese de las inmisiones, sino que conlleva la paralización, el cierre o la prohibición de la ubicación de las instalaciones, solución que se considera drástica, desproporcionada e innecesaria, pues se suele entender por los demandados que siempre se puede ordenar la asunción de todas aquellas medidas que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, lo que sí se considera competencia del orden jurisdiccional civil, ordenando las medidas correctoras procedentes de la prevención de moletias. La jurisprudencia se ha opuesto a este motivo alegando que existen supuestos en los que la causación del daño o perjuicio sólo se consigue con el cese o fin de la actividad²¹⁵¹.

En Francia, el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias no exime al autor de la perturbación de indemnizar los perjuicios que su actividad haya irrogado, ya que la sujeción a estas disposiciones reglamentarias no incide en la determinación de la norma-
lidad o no de la perturbación²¹⁵².

²¹⁴⁴ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “Responsabilidad por daños...”, *op. cit.*, p. 947. RUIZ JIMÉNEZ, J., TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes...”, *op. cit.*, p. 1830. En la jurisprudencia, citamos la STS 24.5.1993 (RJ 1993, 3727); SAP Asturias 28.2.2000 (AC 2000, 264).

²¹⁴⁵ SSTS 30.5.1997 (RJ 1997, 4331); SAP Huesca 10.12.1997 (AC 1997, 2413), FD 4^o, Córdoba 23.12.2009 (JUR 2009, 200426), FD 4^o.

²¹⁴⁶ SSTS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747).17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 28.5.1991 (RJ 1991, 3940), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727); SSAP Badajoz 25.10.2004 (AC 2004, 1895), Islas Baleares 31.10.2006 (AC 2006, 1907), Asturias 8.11.2007 (JUR 2008, 67179), Córdoba 23.12.2009 (JUR 2009, 200426), Asturias 2.6. 2011 (AC 2011, 1351).

²¹⁴⁷ STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101); SAP Cáceres 21.11.1996 (AC 1996, 2258).

²¹⁴⁸ EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones...*, *op. cit.*, pp. 81-82; “El límite entre las inmisiones...”, *op. cit.*, p. 921.

²¹⁴⁹ SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a. C.: “Las relaciones de vecindad...”, *op. cit.*, p. 2164 y ss.

²¹⁵⁰ STS 3.12.1987 (RJ 1987, 9176).

²¹⁵¹ STS 30.5.1997 (RJ 1997, 4331).

²¹⁵² ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil...*, *op. cit.*, p. 120.

B) *Prescripción de la acción.*

a) *Plazo de prescripción y dies a quo. Aplicación restrictiva.*

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil por contaminación, tanto en el caso del art. 1902 como del 1908 C.c., viene determinada generalmente por el art. 1968.2 C.c.: «Prescriben por el transcurso de un año: 1º (...). 2º La acción para exigir la responsabilidad civil por (...) las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 C.c.»²¹⁵³.

Por otra parte, el plazo de prescripción se computa «desde que lo supo el agraviado» (art. 1968.2 C.c.), y «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» (art. 1969 C.c.). Una parte de la jurisprudencia ha declarado que, conforme a un criterio subjetivo, el art. 1968.2 C.c. sustituyó la referencia a la posibilidad abstracta de ejercicio del art. 1969 C.c. por una posibilidad concreta, al señalar como el *dies a quo* de la acción del art. 1902 aquel en que «lo supo el agraviado»²¹⁵⁴. Este último artículo, en cambio, según jurisprudencia mayoritaria, recoge el principio tradicional de la *actio nata*, según la cual la acción nace cuando puede ser realizado o puesto en ejercicio y no cuando el derecho haya sido lesionado o violado²¹⁵⁵.

Entorno al cómputo del plazo de prescripción surgen dudas acerca de qué criterio adoptar. Por ejemplo, según YAGUAS MONTERO apuesta por un criterio objetivo, al margen del conocimiento subjetivo del daño: «se corre el riesgo de que estas exigencias propicien situaciones de inseguridad jurídica, al estar temporalmente indefinido el ejercicio de la acción, por lo que en ocasiones se suele atender únicamente al criterio objetivo de verificación del propio daño, prescindiendo del momento en que éste es efectivamente conocido por el agraviado». La autora se defiende en que, en los daños morales, es difícil utilizar el criterio subjetivo del conocimiento del daño, pues el carácter personal de este tipo de perjuicios que pueden afectar a la esfera más íntima del perjudicado, «determina que el sujeto conocerá normalmente el daño en el mismo momento en el que se produce». Por su parte, en los daños corporales «el plazo deberá comenzar a contarse desde el alta médica definitiva o parte definitivo de secuelas, pues hasta entonces, no existe seguridad sobre el daño completo». De esta forma, «sólo podría evitarse la prescripción de la acción en el caso de que no se conociera al causante o si se desconoce la causa del perjuicio ambiental»²¹⁵⁶.

Se observa jurisprudencia que también defiende el criterio objetivo. Así, la STS 16.12.1987 (RJ 1987, 9511) señala que el art. 1968.2 C.c. «no puede interpretarse aisladamente de modo sistemático, [del] art. 1969, al no existir un específico precepto para la determinación del momento en que deba iniciarse la computación del plazo prescriptivo», por lo que el punto de partida no puede iniciarse hasta que las acciones pudieran ejercitarse, «lo que impide conocer su alcance a los efectos del resarcimiento hasta tanto que la posible y no siempre absoluta seguridad de restablecimiento completo o de irreversibilidad plena, ofrezcan debida garantía». Dado que el Código Civil «no señala para estos casos cuál es ese «momento», corresponde determinarlo al juez de instancia con arreglo a las normas de la «sana crítica», en cuanto el citado art. 1969 C.c. no es, a estos efectos, un precepto imperativo y sí de «*ius dispositivum*».

²¹⁵³ ÁLVAREZ LATA, N.: «El daño ambiental... (I)», *op. cit.*, p. 833.

²¹⁵⁴ SSTs 21.3.2005 (RJ 2005, 3878), 13.2.2007 (RJ 2007, 4612)

²¹⁵⁵ STS 8.6.1970 (RJ 1970, 2846).

²¹⁵⁶ YAGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 249-250.

Otro sector apuesta por un concepto mixto objetivo-subjetivo. Así, SANTOS BRIZ ve compatibles ambos artículos pues, a pesar de que el art. 1968 2º C.c. contiene una disposición especial, no es suficiente que el agraviado haya sabido de la obligación de reparar daño; se ha de requerir, además que haya podido ejercitar la acción²¹⁵⁷.

Por su parte, DE ÁNGEL YAGÜEZ²¹⁵⁸ dice que hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta medica, pues sólo entonces está el interesado en condiciones de ejercitar la acción. No obstante, esta regla no surge del art. 1968.2 ni del 1969 C.c., sino en la «pura y simple aplicación del concepto mismo de prescripción», basada en la regla de que el inicio del cómputo tendría que ser cabalmente el del conocimiento del hecho dañoso, aunque no sea el de todas las consecuencias definitivas. Para ello, es necesario que el causante del daño supiera, previa puesta en conocimiento por parte del perjudicado, de las circunstancias explicativas de por qué el titular del derecho retrasa o demora su ejercicio (fundamento objetivo), lo que le permitirá a éste desautorizar la presunción de abandono de la acción (fundamento subjetivo). La posible alegación del demandante en torno a su desconocimiento del daño deberá juzgarse, «a la luz del criterio de la excusabilidad o inexcusabilidad de la ignorancia, según es habitual en Derecho»²¹⁵⁹.

En mi opinión, el día a partir del cual se puede entender que comienza el cómputo del plazo de prescripción, depende del criterio que se adopte: 1) el criterio subjetivo del conocimiento del daño que, en virtud del art. 1968.2 C.c. que se refiere al momento desde que lo supo el agraviado. 2) El criterio objetivo de la verificación (se entiende total) del daño que, en virtud del art. 1969 C.c., determina el momento a partir del cual la acción puede ejercitarse. 3) El criterio objetivo-subjetivo (o mixto), que tiene en cuenta el momento en que el perjudicado conoce al causante, la causa y los propios daños²¹⁶⁰, aplicando conjuntamente los arts. 1968.2 y 1969 C.c.

La brevedad del plazo de prescripción y el hecho de que no es un instituto basado en la justicia intrínseca sino en la seguridad jurídica, han motivado que se aplique de forma restrictiva, lo que significa que no tendría lugar cuando existan dudas sobre si ha operado o no, al no aparecer claramente determinada la fecha del evento que causó los daños que se reclaman²¹⁶¹, sobre todo en el extremo relativo al término inicial del cómputo del plazo de la acción, de forma que la indeterminación de ese día o las dudas que en general puedan suscitarse no deben resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción con base en la extemporeaneidad de la pretensión adversa, sobre la que pueden existir hechos impeditivos o extintivos²¹⁶². Ello se debe a que el instituto de la prescripción «no se asienta en una idea de justicia intrínseca y sí de limitación en el ejercicio de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica, conectado a una cierta dejación o abandono de aquellos derechos por su titular»²¹⁶³.

²¹⁵⁷ SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños, op. cit.*, p. 18.

²¹⁵⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, pp. 951-966.

²¹⁵⁹ *Ibid.*: p. 943.

²¹⁶⁰ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 347. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 105. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 249.

²¹⁶¹ ACUM MALDONADO, C. y PARRA SEPÚLVEDA, D.: *op. cit.*, p. 29. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, pp. 967-968. LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: *op. cit.*, p. 1074. En la jurisprudencia, SSTS 16.3.1981 (RJ 1981, 916), 16.12.1987 (RJ 1987, 9511), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284).

²¹⁶² STS 10.3.1989 (RJ 1989, 2034).

²¹⁶³ STS 24.5.1993 (RJ 1993, 3727).

Hay que tener en cuenta las posibles actuaciones judiciales y extrajudiciales²¹⁶⁴ y administrativas que el perjudicado pueda haber realizado durante el plazo de prescripción de la acción, cuyas actuaciones sucesivas eliminan o excluyen toda idea de abandono o dejación²¹⁶⁵ y que tienen valor interruptivo de acuerdo con el art. 1973 C.c.²¹⁶⁶. Además, el art. 1969 C.c. es de *ius dispositivum* y *no imperativum*, debiendo determinar el *dies a quo* el Juzgador según las reglas de la sana crítica²¹⁶⁷. Por ejemplo, si se produce una interrupción en el cómputo del plazo de prescripción el efecto consiguiente será que habrá de contarse el plazo de nuevo por entero²¹⁶⁸.

Finalmente, hay que tener en cuenta la regla comúnmente aceptada relativa a que cuando las inmisiones causen daños a personas, perjudicado su salud (incluida claro está los casos de muerte), la acción es imprescriptible. También lo serán los derechos de la personalidad como la integridad física²¹⁶⁹.

En Cataluña, el art. 121-21-d) C.c. establece un plazo de prescripción de tres años. En Navarra, el plazo para la reclamación de responsabilidad civil por daños en patrimonio ajeno causados por negligencia es de un año (Ley 488 2º FNN).

En Alemania, el § 195 y § 823 BGB, y el § 17 UmweltHG establecen un plazo de prescripción de tres años para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios contados desde el momento en que el demandante es consciente del daño y de la identidad de la persona responsable de ello, o los desconoce por negligencia grave a él imputable (§ 199 I BGB). En sede del § 906 BGB se establece un periodo de 30 años a contar desde el momento en que en que se produce el hecho dañoso²¹⁷⁰.

La LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, establece, en su art. 9.5, un plazo de caducidad de 4 años para el ejercicio de las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas desde que el legitimado pudo ejercitarlas²¹⁷¹.

En materia de daños nucleares, el art. 15 LRCDN establece un plazo de garantía y otro de prescripción de la acción. El de garantía (apartado 1º) establece un plazo de treinta años, a contar desde el accidente nuclear, para reclamar el daño a las personas y un plazo de diez años para reclamar cualquier otro tipo de daño nuclear. El plazo de prescripción de la acción será de tres años a contar desde el momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño y del explotador responsable, o bien desde el momento en que debió razonablemente tener conocimiento de ello, sin que puedan superarse los plazos de garantía. No obstante, en el caso de que se haya formulado la demanda en plazo, si el daño se agrava pasados los plazos de garantía, podrá entablarse una acción complementaria (art. 15, apartados 2º y 3º).

²¹⁶⁴ El hecho de haber instado el actor un acto de conciliación interrumpe el plazo de prescripción y otorga un nuevo plazo de un año para recurrir (SAP Tarragona 21 septiembre 1999 [AC 1999, 7073]).

²¹⁶⁵ SSTS 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727).

²¹⁶⁶ Art. 1973 C.c.: «La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de deuda por el deudor».

²¹⁶⁷ STS 10.10.1988 (RJ 1988, 7400).

²¹⁶⁸ Por ejemplo, desde el momento en que se sobrepasan las diligencias previas (SSTS 8.6.1970 [RJ 1970, 2846], 31.1.1986 [RJ 1986, 444]), por cuanto «la interrupción elimina ese recurso de manera que el lapso legal de prescripción ha de ser iniciado en su cuenta una vez desaparecida la causa que tal interrupción produjo».

²¹⁶⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., p. 121.

²¹⁷⁰ LARSSON, M-L.: op. cit., p. 354.

²¹⁷¹ LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: op. cit., p. 1073.

b) *Especialidades para daños afectados por un elemento temporal. Los daños continuados, permanentes, progresivos y sobrevenidos.*

Los *daños continuados* son producidos o bien porque el hecho permanente (daños continuados), o una serie de hechos constantes (daños repetidos), provocan una serie sucesiva de hechos dañosos²¹⁷² que en materia de inmisiones suele consistir en «la conducta reprochable no es tanto la activa que en su día dio origen a la aparición del daño, sino la omisiva y continuada consistente en no haber puesto en práctica las acciones necesarias para eliminar la causa del perjuicio»²¹⁷³. Los daños continuados suelen aparecer con frecuencia en los supuestos de inmisiones, por cuanto se hace depender el inicio del cómputo a la inmisión y no al daño²¹⁷⁴, sobretodo en casos de daños morales²¹⁷⁵, si bien también en los daños patrimoniales.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias establecen que, cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia ("dies a quo") hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida²¹⁷⁶, pues no puede hacerse una división artificial de los daños²¹⁷⁷. De lo contrario, fraccionaría de manera artificiosa la prescripción, creando tantos términos iniciales cuantos fuesen los días en que se realizase, a través del tiempo, la acción lesiva para la esfera jurídica ajena²¹⁷⁸. No obstante, no siempre resulta fácil determinar cuándo se ha producido ese «definitivo resultado» que se ofrece como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección²¹⁷⁹. El momento ha de determinarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el art. 1969 C.c. es, a estos efectos, un precepto de "*ius dispositivum*"²¹⁸⁰. De esta forma, se fija el cómputo en criterios objetivos (día de verificación total) sin atender al criterio subjetivo de «conocimiento del daño por el agraviado»²¹⁸¹.

²¹⁷² CARRASCO PERERA, A., "El régimen civil de la responsabilidad...", *op. cit.*, p. 156. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 94. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 251.

²¹⁷³ ACUM MALDONADO, C. y PARRA SEPÚLVEDA, D.: *op. cit.*, p. 29. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 119.

, D., "Algunas consideraciones sobre inmisiones y Responsabilidad Civil...", *cit.*, p. 27». PARRA LUCÁN, M^a. A.: "Responsabilidad por daños...", *op. cit.*, p. 948.

²¹⁷⁴ LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: *op. cit.*, p. 1072. WICHMANN ROVIRA, G. V.: *op. cit.*, p. 1135.

²¹⁷⁵ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 251.

²¹⁷⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 945. SANZ SALLA, C. O.: *op. cit.*, p. 322. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 255. En la jurisprudencia, SSTs 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), 12.2.1981 (RJ 1981, 530), 19.9.1986 (RJ 1986, 4777), 25.6.1990 (RJ 1990, 4889), 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), 20.3.1993 (1993, 3727), 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), 25.6.1999 (RJ 1990, 4889), 28.1.2004 (RJ 2004, 153), 14.7.2010 (RJ 2010, 4387), 30.11. 2011 (RJ 2011, 8213); SAP Coruña 4.4.2012 (JUR 2012, 189865).

²¹⁷⁷ DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 344-345. JUNCEDA MORENO, J.: *op. cit.*, p. 75. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 104.

²¹⁷⁸ STS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747).

²¹⁷⁹ SSTs 25.6.1990 (RJ 1990, 4989), 15.3.1993 (RJ 1993, 284), 24.6.1993 (RJ 1993, 5381); SAP Lleida 15.9.2000 (AC 2000, 1619).

²¹⁸⁰ SSTs 16.12.1987 (RJ 1987, 9511), 15.7.1991 (RJ 1991, 5384).

²¹⁸¹ ÁLVAREZ LATA, N.: "El daño ambiental... (I)", *op. cit.*, p. 834. YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 255.

El plazo de prescripción en los daños continuados no empieza a contar sino desde que cesa la actividad dañosa o se sustraiga a sus influjos el afectado²¹⁸²; o lo que es lo mismo, dado que las inmisiones no son individualizables y se caracterizan por la permanencia y la causación de daños continuados, mientras sigan produciéndose las injerencias se mantendrá la acción para hacerlas cesar²¹⁸³. En este tipo de daños se reclamará por los daños causados desde el inicio de la actividad dañosa continuada²¹⁸⁴. Otros establecen que sólo serán resarcibles los daños causados durante el año inmediatamente anterior a la interposición de la demanda²¹⁸⁵. Además, no hay razón para limitar la reclamación a los daños manifestados en el último año²¹⁸⁶.

Por su parte, a los *daños repetidos* les será de aplicación la regla jurisprudencial mayoritaria para daños continuados, es decir, el *dies a quo* comenzará con el resultado definitivo de los daños. Un claro ejemplo de daños repetidos lo recoge la STS 12.2.1981 (RJ 1981, 530) cuando se refiere a un número indeterminado de explosiones o voladuras que se verificaban cada tres o cuatro días, o con cierta periodicidad, en distintos frentes de explosión de una cantera próxima a los perjudicados. Según la sentencia, de computarse el plazo de prescripción de la acción desde el inicio de una acción ilícita continuada, se daría la paradoja de que «quien por tolerancia o por cualquier otro motivo legítimo y hasta digno de encomio, hubiese dejado pasar el plazo de inicio [...] tendría que padecer indefinidamente los males [...], aspectos que pugnarían [...] con los principios más elementales de justicia y equidad».

Por otro lado, los *daños sobrevenidos* son aquellos en los que se da una conducta dañosa, que produce ciertos daños y que al cabo del tiempo surgen, de esa misma conducta, unos daños distintos (daños nuevos). Un típico ejemplo de este tipo de daños es el caso de un lesionado que recibe una indemnización y años después aparece con una secuela no prevista anteriormente²¹⁸⁷. En estos casos se considera que se ha producido otro daño distinto del anterior (incluso si se trata de la agravación del daño), por lo que el plazo de prescripción empezará a contar desde que fue conocido por el agraviado²¹⁸⁸, con independencia de que los daños originarios hubieran dado o no lugar a la correspondiente reclamación, o de que incluso hubieran sido ya indemnizados²¹⁸⁹; ni siquiera le afectará la renuncia que en su día se pudiera haber hecho por el perjudicado de los daños pasados, pues no puede alcanzar a percibir indemnización por los daños futuros, que no se podían conocer²¹⁹⁰. En este tipo de daños no tendrá sentido alegar excepción de cosa juzgada al no concurrir identidad de *petitum* como elemento objeto de la acción (art. 1252 C.c.²¹⁹¹), ya que se está ante una nueva situación.

²¹⁸² MONESTIER MORALES, J.L.: *op. cit.*, p. 11.

²¹⁸³ EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relaciones de Vecindad...”, *op. cit.*, p. 423.

²¹⁸⁴ MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 311. En la jurisprudencia, SSTs 29.6.2007 (RJ 2007, 3872) y 12.6.2008 (RJ 2008, 4690), entre otras.

²¹⁸⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 945. DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 378.

²¹⁸⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 120.

²¹⁸⁷ SAP Coruña 4.4.2012 (JUR 2012, 189865).

²¹⁸⁸ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 377; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 341-342. LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 105.

²¹⁸⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 950.

²¹⁹⁰ STS 23.11.2007 (RJ 2007, 7771).

²¹⁹¹ Art. 1252 C.c. (párrafo 1º): «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron».

Por otra parte, los *daños progresivos* son aquellos producidos por actos sucesivos que suponen un daño mayor como resultado que el que resultaría de la suma de cada daño individual producido por cada acto lesivo. En este tipo de daños no se puede decir que, mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico empieza a correr el plazo del año para la prescripción, al no resultar alterada tal actuación²¹⁹², puesto que la acción dura y el plazo no transcurre mientras no desaparezca la causa (acción-omisión) del resultado más acusado, iniciándose el cómputo con la alteración de la situación por la actividad perjudicial progresiva, entendiéndose que la agravación ulterior del daño constituye un daño nuevo²¹⁹³.

Asimismo, los *daños duraderos* son consecuencia de un acto definido en el tiempo, persisten en su desarrollo de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. Se ha dicho por la doctrina que el *dies a quo* iniciará «desde que lo supo el agraviado», según dispone el art. 1968.2 C.c., es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en el caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada pro el art. 9.3 CE y fundamento, a su vez de prescripción²¹⁹⁴.

En cualquiera de los casos anteriores, dado que la perturbación suele continuar al tiempo de producirse la demanda, se entiende que el daño persiste y, por ello, que la acción no ha prescrito al no haberse producido todavía el inicio del cómputo «desde el día en que pudo ejercitarse» *ex* art. 1969 C.c.²¹⁹⁵. En cualquiera de estas variantes del daño continuado es de aplicación la concepción objetivo-subjetiva del daño, por lo que habrá que establecer el plazo de prescripción desde que lo supo el agraviado y/o desde que se produzca el resultado definitivo del daño.

Finalmente, los *daños futuros* (previsibles) se definen como un resultado nuevo, de cuya plenitud o mera aparición no se tuviera conocimiento en el instante de plantear la primera demanda²¹⁹⁶ y sólo se admiten en el presente si son prolongación inevitable de un daño actual²¹⁹⁷. En este tipo de daños, en principio regiría la norma general de un año como plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil, si bien cabe que el nuevo resultado lesivo pueda ser encuadrado dentro de la categoría de los daños continuados. En este tipo de daños no cabría alegarse por el demandado cosa juzgada, aunque procedan de la misma causa y produzcan los mismos efectos lesivos. Dentro de los daños futuros, los daños eventuales son aquellos que pueden derivar de forma directa de unos daños primeros u originarios, en cuyo caso los Tribunales pueden declarar en la sentencia que la indemnización sea la que en definitiva resulte de la producción de los nuevos hechos o consecuencias del daño originario²¹⁹⁸.

²¹⁹² LLODRÀ GRIMALT, F.: *op. cit.*, p. 94. DE MIGUEL PERALES, C.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 94. En la jurisprudencia, STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101).

²¹⁹³ STS 26.10.1971 (RJ 1971, 4158).

²¹⁹⁴ En la doctrina, DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, pp. 378; *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 343-344. En la jurisprudencia, SAP A Coruña 4.5.2012 (RJ 2012, 189865).

²¹⁹⁵ LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: *op. cit.*, p. 1073.

²¹⁹⁶ MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 311.

²¹⁹⁷ Por ejemplo, la STS 25.10.1973 considera indemnizables los «gastos de operaciones y tratamientos médicos y sanitarios, no sólo realizados, sino que se consideren necesarios para su rehabilitación y tendentes a devolverse en lo posible su capacidad funcional para el futuro».

²¹⁹⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, pp. 966-967.

C) *Prueba, ejecución de condena y supuestos casacionables.*

a) *Carga probatoria y facilitación de los medios de prueba.*

En materia probatoria el art. 1214 C.c.: dice que «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone». Asimismo, de conformidad con el art. 217.2 y 3 LEC corresponde a la parte actora acreditar los hechos en los que basa su pretensión, así como al demandado probar los extintivos o impositivos. La prueba se convierte en un elemento crucial a nivel procesal para la concreción del daño ambiental (consecuencias) y su individualización con respecto a los intereses y derechos perjudicados²¹⁹⁹, ya que es requisito de la demanda la determinación «con claridad y precisión de lo que se pida» (art. 399 LEC), momento a partir del cual se fija el objeto del proceso y del debate, así como el posterior deber de congruencia por parte del juez en el contenido de la sentencia (art. 218.1 LEC). Si se atribuyen las consecuencias de la insuficiencia probatoria a quien no debía soportar la carga, se puede revisar vía casacional, pero es inaplicable cuando los hechos básicos, como ocurre en muchos casos, están probados sea cualquiera la parte que produjera la prueba, conforme al principio de adquisición procesal²²⁰⁰.

En materia de DCC causados por un escape desconocido por el operador de una actividad peligrosa, al aplicarse la doctrina jurisprudencial de la objetivización de la culpa se facilita la apreciación de la prueba en beneficio del más débil cuando no se pueda probar con exactitud la causa del daño, por ejemplo cuando la actuación es lícita desde el punto de vista del cumplimiento de las normas reglamentarias, licencias o autorizaciones, debiendo el causante probar su propia diligencia²²⁰¹. Otra cuestión es la carga de la prueba que tiene el causante de las inmisiones supuestamente intolerables de probar que éstas no sobrepasan tal límite. Tratándose de daños morales, la carga de la prueba del daño presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas con que puede presentarse el daño²²⁰².

La demanda contendrá una relación de hechos que deberán señalarse y acompañarse de los documentos en que la parte funde su derecho (art. 265.1 1º LEC en relación con el art. 299.1 apartados 1º, 2º y 3º), así como demás medios de prueba que sean relevantes para el proceso (art. 265.1 2º LEC en relación con el art. 299.2). Será conveniente la aportación dictámenes de parte en la demanda en el que el actor apoye sus argumentos y pretensiones (art. art. 265.1 4º LEC en relación con el art. 299.1 4º), siempre que sea posible, o de oficio, previa solicitud por el demandante de su designación o, aún sin serlo, si la parte entiende conveniente o necesario; solución especialmente conveniente cuando no resulte fácil efectuar la evaluación exacta del daño²²⁰³. Asimismo, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda (art. 265.3 LEC).

²¹⁹⁹ MARTÍN DIZ, F.: *op. cit.*, p. 27. En la jurisprudencia, SSTS 25.7.2009 (RJ 2009, 4237), 13.7.2009 (RJ 2009, 4466), 19.2.2010 (RJ 2010, 1287). Según la STS 28.1. 2004 (RJ 2004, 1531) la carga de la prueba, por ende, tiene como función determinar a quién se debe imputar las consecuencias desfavorables cuando un hecho controvertido no ha sido probado.

²²⁰⁰ STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041).

²²⁰¹ REYES LÓPEZ, Mª. J.: *op. cit.*, p. 196: «Una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables cuando el agente no se asegura diligentemente sobre el alcance y consecuencias de sus actos».

²²⁰² Auto AP Islas Baleares 6.3.2001 (AC 2001, 1200).

²²⁰³ STS 16.1.2002 (RJ 2002, 8).

En el ordenamiento predomina la libre apreciación de la prueba (art. 218.2 LEC), pudiendo el juez hacer uso de presunciones (art. 386 LEC) para llegar al convencimiento de un hecho y debiendo tener en cuenta el conjunto de los medio probatorios empleados. La prueba de presunciones no será admisible «sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado» (art. 1249 C.c.). Además, para que aquellas que no estén establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 C.c.). YANGUAS MONTERO opina que, respecto de los daños no patrimoniales sólo se podrá prescindir de ella, excepcionalmente, cuando no sea posible demostrar el perjuicio pero sea razonable inferir que existe a la luz de unos determinados hechos, que siempre han de ser constatados (como es el caso de la superación de los límites reglamentarios)²²⁰⁴.

El informe pericial es el medio de prueba más importante en materia de responsabilidad civil por contaminación²²⁰⁵. No obstante, puede haber suficiencia probatoria de los informes periciales sin necesidad de realizar ningún análisis²²⁰⁶. Aunque no siempre: por ejemplo, la prueba pericial consistente en estudio químico de composición de las inmisiones completa mejor el elemento probatorio²²⁰⁷. La prueba pericial no tiene el carácter de medio probatorio de alcance documental exigido por el art. 1692 4º LEC 1881 “para evidenciar secuencia de error en su apreciación, dado que, como se deduce del art. 632 LEC 1881 (hoy art. 348 LEC), es de estimación discrecional según la reglas de la sana crítica, no constantes ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba y, por tanto, sin eficiencia para fundamentar el recurso de casación²²⁰⁸”.

En los supuestos de contaminación atmosférica, la práctica de la prueba consiste normalmente en instalar estaciones de captación de elementos químicos en el aire (elemento transmisor), en la industria (foco emisor) y en la propiedad de los perjudicados (sujeto que padece la inmisión), dependiendo del elemento químico causante de la contaminación²²⁰⁹. En el caso de la contaminación acústica, las mediciones cobran una importancia clave, por cuanto el hecho de que se superen los decibelios será un perfecto indicador para que el juez civil afirme la intolerabilidad de la inmisión, si bien teniendo en cuenta la independencia del criterio de este último con respecto a los límites administrativos, en este caso los decibelios que marquen las ordenanzas²²¹⁰. Lo mismo desde el punto de vista de la necesidad de que el demandado pruebe lo contrario²²¹¹. Por tanto, se concluye que en el ámbito de las inmisiones acústicas, la medición del ruido interno no es el único medio de prueba para acreditar el daño²²¹².

²²⁰⁴ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 129. Según la autora «esta presunción debería aplicarse de forma restrictiva por cuanto puede dar lugar a soluciones injustas».

²²⁰⁵ Por ejemplo, en el supuesto de daños a animales los informes de veterinarios son cruciales para probar que la muerte de reses ha sido debida a contaminación por fluorosis (SAP Cantabria 24.12.1997 (AC 1997, 2410); o informe de arquitecto para comprobar los daños sufridos por un inmueble debido a vibraciones emitidas por un local situado debajo de la vivienda que reclama los daños (SAP Valencia 13.4.2005 [jur 2005, 129904]).

²²⁰⁶ SAP Cáceres 8.6.2007 (JUR 2007, 293674).

²²⁰⁷ SAP Castellón 21.10.2000 (JUR 2001, 159740).

²²⁰⁸ SSTS 15.10.1982 (RJ 1982, 5556), 12.5.1983 (RJ 1983, 2685), 6.2.1984 (RJ 1984, 578), 10.5.1986 (RJ 1986, 860), 19.7.2006 (RJ 2006, 4731).

²²⁰⁹ SAP Cantabria 24.12.1997 (AC 1997, 2410).

²²¹⁰ SAP A Coruña 5.4.2011 (AC 2011, 1841).

²²¹¹ SAP Murcia 24.5.1997 (AC 1997, 1040), FD 6º.

²²¹² EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Relevancia constitucional...”, *op. cit.*, p. 99.

Se pueden citar otros medios de prueba recogidos en la jurisprudencia, por ejemplo: 1) certificado de Cooperativa agrícola en la que se acredita que la finca del actor presenta un rendimiento decreciente debido a las inmisiones sufridas; 2) muestras de laboratorio sobre muestras obtenidas en la zona y recogidas ante Notario; 3) actas notariales de presencia acreditativas de los daños, y suposiciones lógicas acerca de la composición química del elemento contaminado en relación con el tipo de industrias que emite este tipo de agentes químicos²²¹³, debiendo garantizarse unas formalidades en el proceso de toma y remisión al laboratorio²²¹⁴; 4) acto de incoación de inicio de expediente sancionador por infracción administrativa que suele justificarse por análisis previos efectuados por personal de la Administración, por las alegaciones efectuadas por las partes implicadas en el procedimiento y por los resultados de las inspecciones realizadas por la Administración *in situ*²²¹⁵, o las actuaciones administrativas determinadas por el hecho de imponer medidas correctoras²²¹⁶; 5) mediciones acústicas efectuadas por la Policía Local²²¹⁷; 6) testifical practicada a vecinos del lugar y personas que han estado en la vivienda de los actores y de la declaración del propio arquitecto²²¹⁸, o a miembros de una comunidad de propietarios, incluido el presidente²²¹⁹.

En el Derecho del *common law*, y en lo que se refiere a la *strict liability* (responsabilidad objetiva) procedente de actividades peligrosas, los Tribunales requieren la prueba de tres factores²²²⁰: 1. Un instrumental (maquinaria) capaz de producir un daño; 2. circunstancias y condiciones de uso que, con independencia de los objetivos lícitos o cumplimiento de la normativa reglamentaria, conlleve un riesgo probable de daño de tal nivel que con justicia pueda decirse que tiene un riesgo intrínseco de daño a personas o propiedades de otros; 3. una relación causal entre la actividad y los daños y perjuicios para lo cual han sido reclamados²²²¹.

En Austria, en materia de inmisiones, los perjudicados deberán demostrar que la inmisión supera el nivel de tolerancia y que la misma es o fue causada por un sujeto, o, al menos, que este sujeto es el propietario del inmueble de donde se origina o ha originado la interferencia. Por su parte, el demandado tiene la carga de la prueba de demostrar que la interferencia no supera el nivel de tolerancia²²²².

b) *Contenido y ejecución de condena.*

Las obligaciones de hacer y no hacer se recogen en los arts. 705 a 711 LEC, dando cobertura a las medidas coercitivas en forma de multas en caso de incumplimiento. También se pueden solicitar medidas cautelares (art. 727.7 LEC), que permite acordar con carácter cautelar la cesación de una actividad, o la abstención de una conducta inmisiva, permitiendo así fuera del estricto ámbito de la propiedad horizontal que cesen provisional y temporalmente las inmisiones.

²²¹³ SAP Castellón 21.10.2000 (JUR 2001, 159740).

²²¹⁴ STS 2.11.2007 (RJ 2008, 13).

²²¹⁵ STS 2.11.2007 (RJ 2008, 13).

²²¹⁶ STS 31.1.1986 (RJ 1986, 444); SAP Valencia 13.4.2005 (JUR 2005).

²²¹⁷ SAP León 25.3.2011 (AC 2011, 470).

²²¹⁸ STS 29.4.2003 (RJ 2003, 3041).

²²¹⁹ SAP Valencia 13.4.2005 (JUR 2005, 129904).

²²²⁰ *Albahary v. City and Town of Bristol, Connecticut*, 963 F.Supp. 150, 27 Env'tl. L. Rep. 21,281. D.Conn., 1997. March 24, 1997.

²²²¹ BERRY, JAMES F./ DENNISON, MARK S.: *op. cit.*, pp. 18-19.

²²²² OGH 11.10.1995, 3 Ob 508/93, JB1 1996, 446 (decisión *Sandstrahl*).

La casuística jurisprudencial es del todo variada. En ocasiones, se pueden ver condenas a la parte demandada para que abone indemnización de daños y perjuicios por los daños causados y a que proceda a adoptar las medidas de prevención que razonablemente impidan lesiones ulteriores²²²³, o que adopten las medidas que técnicamente sean necesarias para que dejen de producirse daños litigiosos²²²⁴. También es posible encontrar en las sentencias condenas únicamente al pago de una cantidad de dinero en reclamación de daños y perjuicios ocasionados al demandante, no habiéndose solicitado acción de cesación por parte del demandante²²²⁵.

La jurisprudencia en materia de inmisiones, dada la naturaleza normalmente continua de las mismas, otorga una importancia notable a la condena de hacer (adoptar las medidas correctoras que sean necesarias para reducir las inmisiones a la normal tolerancia) o de no hacer (cesar la actividad o cierre de la misma). No obstante, se suelen dar problemas de ejecución de sentencia cuando se trata de obligar al demandado a hacer los trabajos necesarios para hacer cesar la inmisión dañosa. Se trata de una obligación de hacer que el Código civil no ignora. En estos casos, el acreedor está autorizado a ejecutar, a su costa, la obligación a cargo del deudor.

Por otra parte, el art. 710 LEC recoge la medida ejecutiva de la condena de no hacer: requerirle al demandado ejecutado a que «deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial. Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará por el Secretario judicial con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo».

Asimismo, el art. 220 LEC permite las condenas de futuro cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte. Existe jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de inmisiones dañinas en la que se establece la condena de daños futuros y la reserva de la determinación exacta de la cantidad a la ejecución de la sentencia²²²⁶. Esta solución es especialmente útil cuando se establezca por el tribunal el establecimiento de una compensación para aquellos daños patrimoniales sustanciales o intolerables producidos por actividades ajustadas al uso normal.

Los perjudicados generalmente preferirán acudir a la vía civil para el resarcimiento económico del daño sufrido, así como en su caso para solicitar medidas de corrección y/o cesación del daño, y no a la vía administrativa, que permite la paralización de la inmisión nociva y la imposición de una sanción al causante de la misma²²²⁷. Por ello, se ha distinguido entre las medidas preventivas a adoptar en el ordenamiento administrativo y las adoptadas por los jueces y tribunales civiles: en el primer supuesto, las medidas se refieren a las impuestas por la autoridad en el cumplimiento de su deber de velar por el interés general, que es independiente de las medidas preventivas que, aunque compatible con aquéllas, los Tribunales civiles imponen a un particular para evitar que cause un daño a otro particular, si bien su *ratio* última es la misma, conseguir un medio ambiente para ser disfrutado por el hombre²²²⁸.

²²²³ STS 12.12.1980 (RJ 1980, 4747).

²²²⁴ STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101).

²²²⁵ STS 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), 14.7.1982 (RJ 1982, 4237), 31.1.1986 (RJ 1986, 444).

²²²⁶ STS 26.11.2010 (RJ 2011, 1317).

²²²⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad por daños ambientales...”, *op. cit.*, pp. 89-90.

²²²⁸ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 337.

La *Corte di cassazione* italiana, en el fallo de 9 de abril de 1975²²²⁹, recoge la posibilidad de que el particular pueda solicitar al juez ordinario la realización por parte de la Administración responsable de la contaminación a a realizar una prestación de hacer en forma específica, por cuanto condenar a la administración a un *facere* específico no hace menor la afirmada jurisdicción. Pero representa un límite interno, que restringe el poder decisorio del juez ordinario, por cuanto al juez no se le inhibe de emitir un pronunciamiento de simple comprobación de la obligación gravante sobre la administración pública en orden a aquel *facere: declaratoria iuris* que, como lógica premisa de la medida necesaria de condena, está en cualquier caso implícita en la demanda. No obstante, este poder del juez ordinario de exigir medidas inhibitorias a la administración tiene otro límite extrínseco: evitar que un procedimiento judicial ordinario pueda interferir en la esfera de la competencia institucional de la administración pública, cuando interfiera en la actividad pública de la administración, o cuando, en su actividad privada, afecte una potestad discrecional de la administración o al destino que ésta haya adoptado a un determinado bien o a una concreta obra o servicio.

c) *Materia revisionable en casación.*

La función del TS es velar por la aplicación del derecho, revisar el juicio emitido sobre el fondo del asunto y comprobar que la ley adjetiva y material se ha aplicado correctamente²²³⁰. Es el juicio jurídico sobre el enjuiciamiento, por lo que no se le puede considerar como una tercera instancia al no entrar en los hechos, revisar la prueba o mantener una versión fáctica favorable a sus intereses²²³¹. No es revisionable en casación el enjuiciamiento de la conducta, pues ésta «ha de partir de su intervención en los hechos que se declaren probados»²²³². No cabe pretender una nueva valoración de la prueba ni hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos probados distintos a los declarados, sin combatir adecuadamente éstos²²³³. Lo único que podría realizarse respecto de la prueba sería promover la denuncia del error del derecho en la apreciación de la prueba, que exige la articulación del motivo de casación con la cita de la norma que, conteniendo la regla legal de prueba, ha sido vulnerada²²³⁴. También es revisionable en casación la calificación de la conducta culposa²²³⁵.

En vía casacional se ha venido alegando error en la apreciación de la prueba en relación a las pruebas testifical y pericial, basándose principalmente en que tanto unos como otros no tienen el carácter de documento, a efectos de casación, pues al ser un medio de prueba que viene atribuido en su apreciación a las reglas de la sana crítica, que no tienen una definición legal, carecen de la consideración de evidencia clara e inequívoca sin necesidad de tener que acudir a razonamientos o deducciones, que se exige para apreciar error de hecho atribuible a la Sala sentenciadora de instancia, en virtud del art. 1248 C.c. y arts. 376²²³⁶ y 378 LEC²²³⁷.

²²²⁹ Cass. –Sez- un.- de 9 de abril de 1975, n. 1281, *Gius. civ.*, 1975-I, pp. 1120-1121.

²²³⁰ SSTS 31.5.2000 (RJ 2000, 4397), 28.10.2004 (RJ 2004, 7208), 19.5.2005 (RJ 2005, 4084).

²²³¹ SSTS 9.2.1999 (RJ 1999, 646), 13.7.1999 (RJ 5903), 21.1.2000 (RJ 2000, 225), 31.5.2000 (RJ 2000, 4397), 24.1.2004 (RJ 2004, 153), 14.3.2005 (RJ 2005, 2236), 27.10.2005 (RJ 2005, 7357).

²²³² STS 3.4.1984 (RJ 1984, 1924).

²²³³ SSTS 18.10.1999 (RJ 1999, 7616), 23.12.1999 (RJ 1999, 9143), 21.11.2002 (RJ 2002, 10269).

²²³⁴ SSTS 31.5.2000 (RJ 2000, 4397), 27.10.2005 (RJ 2005, 7357), 21.11.2006 (RJ 2006, 8076), 26.6.2009 (RJ 2009, 4761).

²²³⁵ STS 3.4.1984 (RJ 1984, 1924).

²²³⁶ El art. 376 LEC dispone: «Los Tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que

Por otro lado, es factible hacer una serie de distinciones sobre si el elemento potencialmente revisable es una cuestión fáctica o jurídica:

- La relación causal fáctica es una cuestión de hecho no revisable en casación («*quaestio facti*»²²³⁸), a no ser que se promueva su revisión y sustitución por el exiguo cauce que abre la denuncia del error de derecho en la apreciación de la prueba, que exige la articulación del correspondiente motivo de casación con la cita de la norma que, conteniendo la regla legal de prueba, ha sido vulnerada²²³⁹. La relación causal jurídica («*quaestio iuris*») es una cuestión eminentemente jurídica y, por lo tanto, revisable en casación (p.ej. el juicio de causalidad adecuada). Esta última, como precisa de un juicio o comparación de ideas para establecer la relación de causa a efecto, ha de acudir-se a las reglas del criterio humano que no son otras que las de la lógica y recta razón, y puede resultar tratable y revisables en casación²²⁴⁰.

- La determinación del resultado dañoso constituye cuestión fáctica, por lo que se atribuye su conocimiento al Juzgado de instancia, y cuya impugnación en casación ha de hacerse por la vía del núm 4º del art. 1692 LEC 1881. En caso contrario, quedarán inalteradas las declaraciones que pueda hacer sobre la existencia del daño la sentencia recurrida después del examen de las pruebas²²⁴¹.

- No tienen carácter de documento, a efectos de casación, las manifestaciones testificales, pues al ser un medio de prueba que viene atribuido en su apreciación a las reglas de la sana crítica, y no tener por tanto una definición legal, carecen de la consideración de evidencia clara e inequívoca sin necesidad de tener que acudir a razonamientos o deducciones que se exigen para apreciar error de hecho atribuible a la Sala sentenciadora de instancia²²⁴²; además de que las reglas de la sana crítica son simples máximas de experiencias que no han sido codificadas²²⁴³.

- La prueba pericial no tiene carácter de medio probatorio de alcance documental para evidenciar secuencia de error en su apreciación, sino que es de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, no constantes ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba, y, por tanto, no revisable en casación²²⁴⁴.

- Finalmente, la determinación de la anormalidad o excesividad de la inmisión es una cuestión de derecho y no de puro hecho²²⁴⁵, por lo que el juicio de antijuridicidad de la inmisión será revisable en casación.

hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado».

²²³⁷ STS 3.12.1987 (RJ 1987, 9176).

²²³⁸ SSTS 19.4.2000 (RJ 2000, 2979), 16.5.2001 (RJ 2001, 6214), 3.11.2001 (RJ 2001, 9693), 25.9.2003 (RJ 2003, 7004), 30.3.2006 (RJ 2006, 1869), 19.7.2006 (RJ 2006, 4731).

²²³⁹ SSTS 16.1.1989 (RJ 1989, 101), 19.7.2006 (RJ 2006, 4731)..

²²⁴⁰ STS 16.1.1989 (RJ 1989, 101).

²²⁴¹ STS 3.9.1992 (RJ 1992, 6880).

²²⁴² SSTS 23.4.1956 (RJ 1956, 1644), 21.1.1961 (RJ 1961, 112), 3.11.1962 (RJ 1962, 4416), 29.11.1969 (RJ 1969, 5837), 9.4.1970 (RJ 1970, 1891), 14.2.1983 (RJ 1983, 1034), 22.3.1983 (RJ 1983,1607), 27.9.1983 (RJ 1983, 4681), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176).

²²⁴³ SSTS 1.12.1982 (RJ 1982, 7454), 26.9.1983 (RJ 1983, 4681), 31.10.1983 (RJ 1983, 5850) , 22.12.1983 (RJ 1983, 6993), 7.6.1984 (RJ 1984, 3212), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176)

²²⁴⁴ SSTS 15.10.1982 (RJ 1982, 5556); 6.2.1984 (RJ 1984, 578); 27.2.1986 (RJ 1986, 860), 8.5.1986 (RJ 1986, 2669) , 10.5.1986 (y RJ 1986, 2677), 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), 5.4.1988 (RJ 1988, 2652).

²²⁴⁵ CABALLERO, F., *op. cit.* p. 249.

Capítulo 3. El aseguramiento de los daños civiles por contaminación. Comparación con el seguro de responsabilidad medioambiental.

I) Evolución del aseguramiento del daño civil y ambiental por contaminación.

1) El aseguramiento tradicional del daño civil por contaminación.

A) *Cuestiones generales acerca del seguro de responsabilidad civil.*

El art. 1 establece el concepto de contrato de seguro:

«El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta y otras prestaciones convenidas».

El seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños en interés propio del asegurado, en cuanto tiende a que el asegurado se libere del pago de la deuda²²⁴⁶. Surgieron históricamente para amparar las consecuencias económicas que ha de soportar el patrimonio del asegurado por el hecho de tener que afrontar el resarcimiento de daños causados a terceros. El seguro cumple una función vital para las empresas, especialmente las que tienen actividades de riesgo, por cuanto se produce un desplazamiento del riesgo patrimonial a la aseguradora garantizando la solvencia del asegurado en caso de tener que satisfacer indemnización al particular, quedando la obligación de reparar absorbida por la ejecución de la prestación debida de la aseguradora²²⁴⁷.

El seguro de responsabilidad civil se constituye como un importante mecanismo de indemnización en casos de daños producidos de forma accidental y, en el caso de que se vincule la concesión a los riesgos de la empresa, puede tener un efecto disuasorio y preventivo de futuros accidentes²²⁴⁸.

La responsabilidad por culpa es radicalmente incompatible con cualquier instrumento normativo de limitación abstracta y prefijada de los daños resarcibles y con los mecanismos de aseguramiento. La sucesiva desaparición de los requisitos de injusto, de culpa o de nexo causal, se produce en aquellos casos en que la responsabilidad está cubierta por un seguro²²⁴⁹. Adoptar un sistema de responsabilidad objetiva lleva consigo la necesidad por parte de las empresas de internalizar los costes mediante la repercusión de los productos y de las aseguradoras de aumentar las primas²²⁵⁰. Este campo debería llevar a una completa socialización de los riesgos, a un pago de las reparaciones por un organismo público y a medir cuidadosamente el derecho de regreso contra alguna persona individualizada²²⁵¹. Se ha criticado que la responsabilidad civil se ha convertido en un complemento de los sistemas públicos de previsión social²²⁵².

²²⁴⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 984. PAVELEK ZAMORA, J. E.: “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de Responsabilidad Civil General (Mención especial a los países iberoamericano)” en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, p. 201. ZUBIRI DE SALINAS, M.: op. cit., p. 72.

²²⁴⁷ VERDERA SERVER, R. y otros: op. cit., p. 150.

²²⁴⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., p. 277.

²²⁴⁹ Díez-PICAZO, L.: “La responsabilidad civil hoy”, op. cit., pp. 737-738.

²²⁵⁰ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.: op. cit., p. 9.

²²⁵¹ Díez-PICAZO, L.: “La responsabilidad civil hoy”, op. cit., pp. 737-738.

²²⁵² GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M.: op. cit., pp. 64.

Todo seguro de responsabilidad civil tiene varios elementos: 1º el nacimiento de una deuda de responsabilidad; 2º que dicha deuda sea responsabilidad del asegurado; 3º que se deba pagar una deuda indemnizatoria a favor de tercero perjudicado que sea ajeno a la relación contractual del seguro; 4º que el hecho dañoso esté previsto en el contrato de seguro; 5º que no haya habido dolo del asegurado, y 6º que el daño se haya producido dentro del período de cobertura.

En el caso de que el responsable esté asegurado, el demandante podrá dirigirse, mediante la acción directa, contra la compañía aseguradora del causante del daño (art. 76 LCS)²²⁵³, si bien esta solución es infrecuente en la práctica²²⁵⁴. Es necesario que el perjudicado pruebe los hechos en base a los cuales se declare la responsabilidad del asegurado y que esta responsabilidad se encuentre amparada por la compañía aseguradora a la que demanda (hechos constitutivos de su pretensión, ex art. 217.2 LEC). El demandado (compañía aseguradora) deberá probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de esa pretensión “conforme a las reglas que sean aplicables” (ex art. 217.3 LEC) que, con base al art. 76 LCS, son la inoponibilidad de las excepciones personales que le puedan corresponder al asegurador contra el asegurado y la oponibilidad frente al tercero de las excepciones que limiten objetivamente los riesgos a cubrir por el contrato, emanadas de la Ley o de la voluntad pactada de las partes, «cuando la excepción objetiva contemplada en la póliza tenga una relación directa, o sea, un factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier otro caso».

Los hechos constitutivos que deberá probar el demandante son: la existencia de responsabilidad civil del asegurado, los daños y perjuicios causados, la relación de causalidad y la imputación de los mismos al asegurado que, dado que se ubica en una responsabilidad por riesgo, no deberá probar la culpa del asegurado, sino que será el asegurador el que deba probar la ausencia de la misma. Y, en segundo lugar, la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil por contaminación válido. Por el otro lado, para que el asegurador se exonere de responsabilidad civil y, por ende, no pague la indemnización, deberá probar la no ocurrencia de la contaminación, la falta de consecuencia dañosa, la ruptura de la relación de causalidad o la actuación diligente del asegurado. No obstante, al tratarse en estos casos de una responsabilidad por riesgo si no se consigue probar la ausencia de culpa se declarará la responsabilidad del asegurado, pero también si éste ha obrado de forma culpable, porque la responsabilidad por riesgo abarca la responsabilidad por culpa. Por esta razón, en numerosas pólizas se recoge una cláusula de exclusión del riesgo asegurado en el caso de que el asegurado actúe de forma negligente, lo no deja de ser un sinsentido²²⁵⁵.

²²⁵³ Art. 76 LCS: «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

²²⁵⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “El daño ambiental”, *op. cit.*, p. 21. Como indica este autor «No obstante, es muy significativo que ninguna de las sentencias citadas condene a una compañía de seguros; lo cuál sólo puede explicarse por el escaso arraigo del seguro en el ámbito de la responsabilidad por daño ambiental. En nuestro país es usual la exclusión de la cobertura de la contaminación en las pólizas de responsabilidad civil, quedando sólo como garantía opcional».

²²⁵⁵ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, pp. 289 y 290. Como afirma esta autora, «El régimen sólo tiene sentido si (...) el asegurador responde frente a tercero sin perjuicio de que pueda repetir frente al asegurado si la actuación de éste ha influido en la causación del riesgo».

Asimismo, suelen ser excepciones oponibles del asegurador frente al perjudicado la compensación y la culpa exclusiva del perjudicado (si bien esta última se podría configurar como un medio de defensa más, ya que lo que se debe probar es un hecho impeditivo de la pretensión del actor, no debiendo incluirse como hechos en base a los cuales no se declara la responsabilidad). No obstante, las excepciones más problemáticas son las que se centran en las relaciones entre el asegurador y el asegurado, por cuanto la regla general es la de la inoponibilidad, si bien se podría aplicar con una cierta analogía el art. 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que distingue entre:

1) *excepciones personales* que tenga el asegurador contra el asegurado: el incumplimiento del deber de declaración del riesgo –art. 10 y 11 LCS-; la suspensión del contrato por impago de la prima –art. 15-; el incumplimiento del deber de salvamento –art. 17-; el incumplimiento del deber de comunicación del objeto asegurado –art. 34- y el de colaborar en la dirección jurídica asumida por el asegurador –art. 74-; la falta de comunicación de la existencia de otros seguros –art. 32-); y

2) *excepciones reales*: son oponibles por cuanto derivan del propio contrato de seguro y, con base al art. 73 LCS, el asegurador responde «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho». Son causas oponibles reales, por ejemplo: la inexistencia del contrato de seguro (contrato declarado nulo, rescindido o resuelto antes del siniestro, impago de la prima con resultado de resolución del contrato –no de suspensión-, etc.) y las excepciones nacidas del clausulado de la póliza (límites temporales, de cantidad y las cláusulas de exclusión de la responsabilidad).

Las cláusulas de exclusión tienen una importancia crucial en materia de daños medioambientales y civiles por contaminación, dado que establecen el alcance de la cobertura del riesgo. De hecho, se ha sugerido por ZUBIRI DE SALINAS²²⁵⁶ que, pese a considerarse jurídicamente válidas, pueden vaciar de contenido el seguro de responsabilidad civil, (por ejemplo la cláusula que pacte la exoneración del asegurador en el caso de conducta culpable no grave del asegurado). Además, aún en el supuesto que fueran inoponibles frente a tercero, el asegurador podrá repetir contra el asegurado y, por ende, quedarse éste sin cobertura. No obstante, se ha llegado a afirmar que en la utilización de estas cláusulas, especialmente en el caso de los “seguros de grandes riesgos”, debe primar la libertad de las partes, por lo que los asegurados deberán mirar “con lupa” las condiciones que supuestamente van a aceptar. Estas cláusulas de exención, en términos generales, se refieren a los supuestos en que el asegurado ocasiona el daño intencionalmente (dolo); consecuencia normal y prevista del uso de las instalaciones o de un hecho previsto y consentido por el operador (supuesto encuadrable perfectamente en materia de inmisiones vecinales); incumplimiento conocido por el asegurado, o que no podía ser ignorado por el mismo, de la normativa reguladora de la actividad (culpa grave); mala utilización consciente o falta o defecto de mantenimiento, reparación o reposición, o abandono o falta prolongada del uso (culpa grave).

²²⁵⁶ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 291. Si bien admite la validez jurídica de las cláusulas de exclusión, se muestra proclive por cuanto «su admisión vacía de contenido el contrato de seguro (...). El problema es que en nuestro ordenamiento [...], no tiene la consideración de seguro obligatorio salvo para algunos sectores concretos, por lo que el criterio no puede ser aplicable sin una determinación expresa del legislador, la cual sería conveniente. Por otra parte, si el asegurador no puede oponer el dolo, por prohibirlo expresamente el art. 76, con mayor motivo debe estimarse la inoponibilidad de las cláusulas que se refieran a conductas menos graves, como son las de la actuación culpable del asegurado».

B) El seguro tradicional de responsabilidad civil por contaminación.

a) Significado del seguro de responsabilidad civil por contaminación.

Existe interdependencia entre la responsabilidad civil y su aseguramiento, si bien no se pueden situar en un plano de igualdad, ya que la primera tiene mayor relevancia. Un ejemplo de esta interdependencia la sitúa SÁNCHEZ CALERO en la evolución que ha experimentado la responsabilidad civil a favor del perjudicado, porque el resarcimiento de éste ha venido asumiendo una primacía absoluta en la finalidad de aquélla, pasando a un segundo plano la preocupación por la búsqueda de un comportamiento diligente de los posibles causantes del daño producido por contaminación²²⁵⁷.

El seguro de responsabilidad civil ambiental se ha criticado por varias razones. JUST ESCRIVÁ ha criticado que el Seguro de Responsabilidad por Contaminación no da solución a todos los problemas que suscita la reparación de los daños causados al medio ambiente, si bien su eficacia puede referirse tanto al ámbito de reparación de los daños y, de forma indirecta, en el ámbito de la prevención, dado que el asegurador se convierte en depositario de la información estadística derivada de los siniestros y repercute los costes de la siniestralidad en aquellas actividades objetivamente más peligrosas o cuyo comportamiento genera más peligro²²⁵⁸. En parecido sentido, HEBRERO ÁLVAREZ afirma que el seguro de responsabilidad civil ni origina una situación más segura para el entorno social, ni puede ser considerado como una compensación social. Sí se considera, sin embargo, una de las mejores formas de transferir la preocupación sobre las industrias o instalaciones potencialmente contaminantes ante siniestros inevitables con consecuencias negativas para el medio ambiente, a pesar de haber cumplido con todas las medidas exigidas reglamentariamente. A tal efecto, las funciones del seguro de responsabilidad civil no deben limitarse a proteger el patrimonio del asegurado ante un hecho imprevisto, o a una compensación justa y eficaz a los terceros perjudicados, sino que existe además una verdadera función social del seguro en el hecho de procurar que no se produzca el daño, para lo cuál las medidas preventivas cobran importancia capital²²⁵⁹. Por su parte, CABANILLAS SÁNCHEZ critica que el seguro no es un sistema de compensación social, por lo que nunca podrá suplirlas lagunas inherentes a los sistemas de responsabilidad civil, ni hacer frente a los daños ocasionados por contaminaciones antiguas, por contaminaciones inherentes a las operaciones normales de determinadas instalaciones o por conductas dolosas o que incumplan la normativa, sino soluciones parciales dentro de la técnica aseguradora, contribuyendo sobre todo a la protección del medio ambiente en el campo de la prevención al condicionar el otorgamiento del seguro al cumplimiento de determinados requisitos. El autor propone para solucionar los problemas relacionados con la cobertura del daño ecológico la constitución de mecanismos colectivos de respuesta, tales como los Fondos de compensación²²⁶⁰.

²²⁵⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: "Evolución de la responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 15-34.

²²⁵⁸ JUST ESCRIVÁ, J. J.: "La obligatoriedad de aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente", en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, p. 274.

²²⁵⁹ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: "Prevención y Seguro de Responsabilidad Civil por daños al medio ambiente", en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, p. 285. Según este autor "El seguro de responsabilidad civil ofrece protección financiera contra posibles demandas de indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, sólo pueden asegurarse los eventos de carácter fortuito. La producción consciente de una contaminación del medio ambiente o aquélla debida a una omisión consciente de alguna norma se opone al criterio de causalidad, mientras que los accidentes son asegurables".

²²⁶⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 294.

La cobertura de la responsabilidad civil por contaminación en este tipo de seguros generales de la industria se configura como un riesgo complementario y casi marginal de la póliza, ya que los riesgos principales se decantan hacia las responsabilidades provenientes de los riesgos propios de la explotación, productos o accidentes laborales, comportando un tratamiento de suscripción secundaria y subordinada al riesgo principal. Se le ha calificado²²⁶¹ de cobertura “semiautomática”, p. ej. no se acostumbra a evaluar e inspeccionar el riesgo ambiental; se condiciona el aseguramiento de una actividad con carácter general sin vincularlo a la actividad concreta; los límites se subsumen en la suma asegurada de la póliza general, y se despliega un escaso rigor técnico en la valoración de riesgos. En este tipo de pólizas se podían incorporar, mediante cláusulas específicas, los daños producidos por eventos en los que interviniesen sustancias contaminantes o potencialmente contaminantes.

Asimismo, hay que distinguir el daño medioambiental del daño civil por contaminación. La contaminación no siempre se refiere al elemento privado, ya que “el componente público del bien jurídico protegido, el Medioambiente, no acciona necesariamente los fundamentos del derecho sobre los que reposa la responsabilidad civil extracontractual, decantándose hacia el ámbito del Derecho Administrativo bajo la forma de expediente sancionador (*injunctions*)”²²⁶². En este tipo de daños serán las AAPP, las asociaciones de interés, los organismos encargados de la protección ambiental, los Estados, las Organizaciones supranacionales, etc. quienes puedan legitimarse como afectadas por un daño ambiental. Los seguros de responsabilidad civil asumirían obligaciones indemnizatorias en el caso de los daños tradicionales y generalmente obligaciones de hacer en el caso de daños causados al medio ambiente en sentido estricto. El problema, según PAVELEK ZAMORA, es que estos últimos contienen un componente ecológico de difícil determinación y cuantificación que provoca una reacción negativa en el seguro y la industria, ya que el daño puede alcanzar consecuencias patrimoniales insospechadas. AZCONA LUCIO ya sugirió que se aclara terminológicamente qué se entiende por contaminación: si la que atiende sobre el bien sobre el que se proyectan los daños, independientemente de la causa que los ha provocado, en cuyo caso el autor se postula por entender que los bienes protegidos lo sean aquellos que sean de interés público, independientemente de su titularidad pública o privada, o si atiende a la causa del daño, centrada en la contaminación en sí, e independientemente de que los efectos perjudiciales afecten a bienes de interés público o estrictamente privados²²⁶³.

²²⁶¹ PAVELEK ZAMORA, J. E.: “Garantías financieras”, en LOZANO CUTANDA, B., (coord.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (Ley 26/2007, de 23 de octubre), Navarra, Thomson-Civitas, 2008, p. 337.

²²⁶² PAVELEK ZAMORA, J. E.: “La cobertura del riesgo medioambiental...”, *op. cit.*, p. 201. Como dispone este autor: “En otras palabras y en sentido muy generalista, el derecho ambiental de la responsabilidad tiene un componente de naturaleza muy poco civil, hasta el punto de que calificar la responsabilidad de tal manera resulta inadecuado. En tal sentido, las pólizas de Responsabilidad Civil articuladas sobre el derecho privado no acogen otras responsabilidades, al menos teóricamente, sino solamente las basadas en el derecho expresado en el marco de las relaciones de vecindad con carácter muy restringido”. Según indica el autor: «El daño ecológico viene así determinado con unos perfiles muy difusos que incluso, cuando se incluyen en normas especiales de responsabilidad civil medioambiental como el Convenio de Lugano, se define en una forma negativa como aquél daño que no es ni corporal ni material y que, en cualquier caso, se envuelve con un ropaje difuso de daños a los “res communis ómnium” o a los “res nullius”».

²²⁶³ AZCONA LUCIO, O., “La cobertura de responsabilidad civil por contaminación: ¿algo más que un mero adorno en el programa de seguros de una empresa?”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, Nº 2, 2007, pp. 45-58.

b) *Evolución de las cláusulas de cobertura/exclusión de la contaminación. La exclusión de los daños tradicionales con carácter general.*

En EEUU se comenzó a utilizar una póliza de responsabilidad dirigida a la cobertura de los riesgos de empresa en general con alcance a riesgos ambientales (se excluían los daños tradicionales) denominada *Comprehensive General Liability (CGL)*, que era complementaria dentro de la póliza de responsabilidad de empresas y estaba destinada a la cobertura de la contaminación accidental (hecho eventual y fortuito). No obstante, dado su carácter de generalidad no satisfacía las peculiaridades de este último tipo de riesgos, por lo que su resultado no fue positivo²²⁶⁴. No obstante, esta cobertura no reflejaba los problemas derivados de la contaminación, por lo que pronto fueron abandonadas y sustituidas por las «*EIL*» (*environmental impairment liability policies*) a partir de los años setenta²²⁶⁵. La CGL recogía los conceptos “*Sudden an Accidental*” como términos clave que pretendían acotar el alcance de la cobertura en materia de daños por contaminación²²⁶⁶, si bien estos conceptos dieron lugar a una incesante actividad judicial que interpretó el término “*Sudden*” de diversa manera: en unos casos como equivalente a inesperado (*unexpected*), imprevisto (*unforeseen*) o fortuito (*fortuitous*), o inesperado e inintencional (*unexpected and unintended*); en otros se acudía al componente temporal del término “*Sudden*”, si bien expresando que también equivalía a algo, sin ningún contenido temporal. No obstante, el concepto de accidente fue ampliándose al de «*ocurrence*» (acontecimiento) como causa del daño, por el cual se cubrían los daños que tenían ocasión durante la vigencia de la póliza, lo que planteaba el problema de concretar el momento de la ocurrencia del daño y su activador (“*trigger*”), cuando afectaba a varios períodos de cobertura. La solución venía dándose a través de la teoría del triple momento del siniestro, por el cual se involucraba a todas aquellas pólizas aseguradoras que sucesivamente habían ido cubriendo a una empresa desde el comienzo de la contaminación, hasta su manifestación, pero pasando por todo el período de latencia. En definitiva, la CGL recogía una cobertura, dentro de la póliza general de la industria, que cubría los daños al medio ambiente ocasionados de forma accidental.

Esta situación cambió a inicios de 1980 con la aprobación de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* –CERCLA– (Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental –EEUU–). Una de las novedades de la CERCLA fue la creación de las *potential responsible parties (PRP’s)* que se refieren a los propietarios actuales o pasados de los sitios generadores de contaminación o contaminados. Los PRP’s se vieron afectados con los planes de descontaminación, lo que provocó un aluvión de demandas a los aseguradores de las PRP’s en los que solicitaban la cobertura por los costes de descontaminación impuestos por las responsabilidades retroactivas de la ley CERCLA bajo pólizas CGL, fallándose en muchos casos a favor del asegurado, lo que trajo numerosos problemas en el mercado asegurador dada la inseguridad reinante en la época. No obstante, la CERCLA no regulaba tampoco los daños tradicionales, aunque otorgare acción directa a los particulares para recuperar los costes de limpieza de la contaminación, pues se centró más en el deber de descontaminar, el medio ambiente dañado (generalmente el suelo)²²⁶⁷.

²²⁶⁴ LABRADOR BERNARD, J., Y ARBUÉS SALAZAR, J.J.: *op. cit.*, p. 35.

²²⁶⁵ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 364.

²²⁶⁶ PAVELEK ZAMORA, J. E.: “Garantías financieras”, *op. cit.*, p.332. Según este autor: «Así se justifica la denegación de coberturas en el hecho de que la exclusión necesariamente incorpora una noción de brevedad temporal, vinculando la noción de «abrupticidad» (excusen la palabra) a un origen accidental».

²²⁶⁷ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 75.

A causa de dicha problemática, en 1985 las ISO (*Insurance Service Office*) procedieron a la revisión de la llamada BFCGL (*Broad Form Comprehensive General Liability*), excluyendo prácticamente las pólizas CGL o restringiéndolas a que el daño tuviera su origen en una serie de accidentes (incendio, explosión, vuelco, rotura, etc.). De esta forma, se intentaban eliminar las reclamaciones tardías provenientes de un pasado en el que se suponía habían acaecido unos daños que se manifestarían con posterioridad. Por ello, en 1986 se introdujo la exclusión de las pólizas CGL de la responsabilidad ambiental, debiendo estar disponible a través de contratos específicos del tipo “*claims made*” (sólo se indemnizan los daños si la reclamación se presentaba durante la vigencia del contrato)²²⁶⁸, si bien de forma limitada por cláusulas específicas de retroactividad. También se crearon las cláusulas “*Discovery*” (se indemnizaban daños pasados si la reclamación sucede durante la vigencia del contrato), limitándose la cobertura a los daños tradicionales (daños a las personas físicas y a la propiedad) y los costes de respuesta de la contaminación. Asimismo, se preveían períodos suplementarios para las declaraciones de siniestros (*Extended reporting period*) que podían ir desde 60 días y cinco años para acontecimientos comunicados (“*Basic*”) o ser de duración indefinida (“*Supplemental Extended Reporting Period*”). No obstante, las cláusulas ISO 1985 tampoco se aplicaron a los daños personales o materiales resultantes de la real, alegada o amenazada descarga, dispersión, emisión o fuga de contaminantes, centrándose, por lo tanto, en la cobertura de los daños ecológicos puros.

En Reino Unido, la *Non Marine Association 1685* (NMA) tampoco cubría las responsabilidades por daños personales o pérdidas de derivadas del uso de propiedades directa o indirectamente causadas por filtración, polución o contaminación, exigiendo en los ambientales que los daños fueran causados por un acontecimiento repentino, inintencionado o inesperado durante el período de este seguro. Asimismo, en los años 80 nació la Asociación de Aseguradores británicos (ABI-1991) que tenía como objeto intentar centrar el carácter del accidente como algo fortuito e identificable en el tiempo de vigencia de la póliza, incluyendo un límite agregado y una definición de contaminación, que requería que la polución o contaminación que causa el daño medio ambiental fuera causada por un incidente repentino, identificable, inintencionado o inesperado que tuviera lugar en su integridad en su específico tiempo y lugar durante el período de seguro, excluyéndose el resto, así como en cualquier caso los daños tradicionales. Por su parte, en la *London Market Clause* (LMC 1 b) siguen excluyéndose la responsabilidad por daños personales o perjuicios económicos o pérdida de, o daño a, o pérdida de uso de propiedades directa o indirectamente resultantes de la descarga, dispersión, liberación o escape de contaminantes y, respecto de los daños medioambientales, se requiere que procedan de un acontecimiento súbito, identificable, inintencionado e inesperado que tenga lugar en su integridad en un específico tiempo y lugar y sea indemnizado en no más de un período anual del seguro original. Finalmente, la *Single Event Pollution Trigger Insurance Clause* (SEPTIC) dispone que polución o contaminación significa: a) toda polución o contaminación de propiedades y otra estructura o del agua, el suelo o la atmósfera, y b) todo daño corporal o material directa o indirectamente causado por esta polución o contaminación”, retringiendo lo “repentino” de la contaminación a la causa y no al daño resultante, que puede ser latente²²⁶⁹

²²⁶⁸ LABRADOR BERNARD, J., Y ARBUÉS SALAZAR, J.J.: *op. cit.*, p. 21. Según disponen los autores, «En la práctica, tanto en España como en los países con experiencias en el terreno del aseguramiento de riesgos medioambientales, se ha venido utilizando en los contratos de seguro la llamada cláusula “claims made”».

²²⁶⁹ PAVELEK ZAMORA, J. E.: “La cobertura del riesgo medioambiental...”, *op. cit.*, p. 214.

La evolución del enfoque de la cobertura de la contaminación en España se divide en cinco etapas²²⁷⁰: 1) Hasta 1980, año en que se publica la LCS, las Condiciones Generales del Seguro de Responsabilidad Civil no estaban elaboradas, de tal forma que la cobertura de contaminación no tenía la especialización y el detalle que precisaba. 2) Fue a partir del año 1981 cuando las compañías empezaron a reflejar en sus pólizas el modelo de Condiciones Generales editado por la Asociación de Aseguradores (UNESPA-81): una cobertura específica de los daños civiles por contaminación que excluía los daños medioambientales. Esta cobertura fue insuficiente a la vista de la legislación administrativa en los daños al medio ambiente, que imponía la obligación de reparar los daños al medio ambiente²²⁷¹. Por otro lado, en las condiciones especiales para actividades industriales se preveía la suscripción de una garantía optativa de contaminación en el marco de la Responsabilidad Civil de Explotación de la industria en la que se podía pactar que las garantías del seguro se extendieran a la responsabilidad civil por daños ocasionados por la contaminación del suelo, las aguas o la atmósfera. Ésta completaba el modelo UNESPA-81, si bien exigía que la contaminación proviniera de instalaciones fijas y permanentes, tuviera el carácter accidental y no sobrepasare de forma continuada o reiterada los niveles de emisión autorizados o que las instalaciones se encontraran en mal estado de conservación o mantenimiento advertido por el asegurado. 3) Aprobación de la Ley de Residuos Tóxicos y Peligrosos en 1985, lo que ha establecido un seguro obligatorio de responsabilidad civil en materia ambiental. 4) Inicio de actividades del Pool, en 1994, que ofrecía coberturas específicas de contaminación en las modalidades de contaminación repentina y repentina-gradual. 5) Nuevo modelo de Póliza de Responsabilidad Civil (UNESPA 96) como cobertura adicional o complementaria²²⁷². Se le criticó²²⁷³ que esta cobertura de manifestación súbita ya cubría sin excesivos problemas y sin atender a criterios técnicos mínimamente rigurosos ya que las instalaciones no eran objeto de inspección ni se generaba una sobreprima especial. 6) Promulgación de la nueva Ley de Responsabilidad Civil por daños medioambientales, cuyo anteproyecto establece un seguro obligatorio en esta materia. En esta última etapa se configura una cobertura específica obligatoria de seguro de responsabilidad medioambiental y uno voluntario de responsabilidad civil por contaminación.

En Chile²²⁷⁴, los riesgos ambientales se contemplan por medio de cláusulas adicionales a las pólizas de responsabilidad civil, dirigidas principalmente a la cobertura de riesgos derivados de la actividad industrial, es decir, no existe una póliza específica que cubra el riesgo de daño ambiental. La cláusula más extendida es la asimilada de la N.M.A. 1685. Se encuentran excluidos de la cobertura los riesgos ambientales, si bien la cláusula N.M.A. 1685 indica que tales exclusiones no se aplicarán cuando se produzcan lesiones corporales, daños materiales a las cosas cuando la filtración, polución o contaminación sea causada por un suceso repentino, no intencionado e inesperado ocurrido durante la vigencia del seguro. Además, cubrirá el costo de remover, retirar, anular los efectos, o limpieza de la contaminación. El artículo que habilita la reclamación del particular directamente afectado por el daño ambiental es el 53 de la Ley 19.300 General del Medio Ambiente (acción indemnizatoria).

²²⁷⁰ DOPAZO FRAGUÍO, P.: *op. cit.*, pp. 113-114.

²²⁷¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 289.

²²⁷² REY HUIDOBRO, L. F.: *op. cit.*, p. 118.

²²⁷³ PAVELEK ZAMORA, J. E.: "La cobertura del riesgo medioambiental...", *op. cit.*, p. 229.

²²⁷⁴ PINILLA RODRÍGUEZ, F.A.: "Algunas consideraciones en torno al Seguro Ambiental: panorama comparado y situación dentro del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vigente en Chile", *Revista de Derecho*, Vol. 15, Nº 0, 2003, pp. 163 y 172.

c) *Caracteres del seguro de responsabilidad civil ambiental.*

Los caracteres principales del seguro de responsabilidad civil por contaminación (o de responsabilidad civil ambiental) son: 1) los efectos de la objetivación de la responsabilidad y de la obligación de su aseguramiento; 2) el principio del estado del arte, y 3) la aleatoriedad y accidentalidad del riesgo de contaminación, es definitiva, que el hecho contaminante haya sido fortuito.

SÁNCHEZ CALERO²²⁷⁵ dice que el objetivo de la difusión del seguro de responsabilidad civil es cubrir el riesgo del eventual responsable del nacimiento a su cargo de la deuda de su responsabilidad en el caso de causar daño a tercero. Dicha difusión se ha realizado primero por iniciativa del eventual responsable (todavía presente hoy en día en muchas actividades que no deben contar con seguro obligatorio), y más tarde como una obligación legal (seguro obligatorio). Es necesario limitar las cantidades a satisfacer en concepto de responsabilidad civil, pues de lo contrario el sistema corre el riesgo de paralizarse, todo ello sin perjuicio de los debidos controles que la administración debe realizar para el otorgamiento de la autorización y una vez iniciada la actividad. Existen dos posibles consecuencias de la objetivación de la responsabilidad civil y en su aseguramiento: 1) la ampliación de la obligatoriedad del seguro, que se fundamenta para evitar situaciones de insolvencia del Asegurado, y por otra parte, para que el Asegurado acumule los recursos necesarios para resarcir a los posibles perjudicados; y 2) la generalización de la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador, que se debe, según el autor, al propósito de otorgar una mayor tutela al perjudicado que ha sufrido un daño causado por la persona asegurada. VERDERA Y TUELLS²²⁷⁶ indica que la evolución de la responsabilidad por culpa hacia una basada en criterios objetivos ha provocado la aparición de nuevas fuentes de responsabilidad que el legislador en su momento no pudo prever, pero que reclaman de una cobertura adecuada.

ZUBIRI DE SALINAS²²⁷⁷ dice que al generalizarse los seguros de responsabilidad civil obligatorios éstos producen la responsabilidad no sólo por la culpa sino por caso fortuito, pasándose de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo. Además, el hecho de no haber concertado el seguro, pudiendo y debiendo hacerlo, constituye en sí mismo una culpa. La aparición de nuevos riesgos productores de responsabilidad es lo que ha llevado a una mayor necesidad de aseguramiento, mientras que la aparición de este concreto seguro ha producido una modificación de los criterios de imputación de la responsabilidad. Así, se ha afirmado por un importante sector doctrinal²²⁷⁸ que se ha pasado del riesgo a la culpa en el caso del seguro, y de la culpa al riesgo, en el juicio de la responsabilidad, por lo que la responsabilidad es en sí misma asegurable independientemente de la existencia de otros contratos de seguro.

²²⁷⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: “Evolución de la responsabilidad civil...”, *op. cit.*, pp. 20 y 27-28. En cuanto a las limitaciones de la actividad (p. 27) dispone que: «la distribución de las consecuencias del riesgo bajo estos principios se pone en cuestión en aquellos casos en los que la realización de ciertas actividades, que son necesarias para la comunidad y que pueden derivar del ejercicio de la misma. La llamada regla de hacer para quien tiene medios («deep pocket rule») no resulta operativa cuando el hacer frente a la responsabilidad implica absorber todos los medios de esa persona, lo que implica la imposibilidad práctica de que pueda proseguir con el ejercicio de su actividad».

²²⁷⁶ VERDERA y TUELLS, E.: “La cláusula claims made ante la jurisprudencia del T.S.: una primera revisión crítica”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dir. Sánchez Calero, F.), Ed. Musini, Madrid 1994, p. 86.

²²⁷⁷ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 58.

²²⁷⁸ CALZADA CONDE, M^a A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, pp. 33 y ss.

Según GOMIS CATALÁ, la extensión de la objetivación de la responsabilidad por daños al medio ambiente ha propiciado la necesidad de su aseguramiento²²⁷⁹. Por su parte, PÉREZ DE GREGORIO²²⁸⁰ dispone que la cobertura de las indemnizaciones es el aspecto más importante de la responsabilidad civil objetiva, ya que permite hacer frente al riesgo de pérdidas económicas por las empresas y asegura la percepción del importe íntegro de la indemnización (póliza). Asimismo, vincula el seguro al cumplimiento por el asegurado de la normativa medioambiental y demás medidas de prevención y aseguramiento. Finalmente, las pólizas aseguradoras que cubren este tipo de responsabilidad establecen un sistema de seguros obligatorios para determinadas actividades o sectores empresariales que presentan riesgos especiales. En el caso español, se observa cómo el seguro obligatorio se establece para determinadas actividades en los daños medioambientales, y los civiles en determinados sectores especiales.

Las preferencias de las industrias, por otra parte, son la tener un sistema voluntario de aseguramiento, dado que la obligatoriedad del seguro, en los términos del art. 75 LCS²²⁸¹, podría situar a las compañías aseguradoras en una situación de absoluto poder para decidir quién sigue en el mercado y quien no.

En el seguro de responsabilidad civil se articula la suma asegurada con referencia a un límite máximo por siniestro (“*occurrence*”) con aplicación de posibles sublímites para ciertas garantías, pero referidos a todos aquellos supuestos que procedan de la misma causa, un solo acontecimiento, denominado unidad de siniestro, “*serial losses*”, etc. No obstante, con la intención de asumir el compromiso máximo del asegurado, se vio necesario vincular el siniestro a un período temporal concreto: el acontecimiento que sobreviniera durante la vigencia del seguro. Además, se incluyó el “límite agregado”, por el cual el asegurador responde hasta el límite asegurado por siniestros ocurridos durante la vigencia, pero con máximos por período de seguro, por anualidad normalmente, para el caso de repetirse varios siniestros, o de afrontar una pluralidad de reclamaciones, lo que puede llevar a casos de “stacking” (o amontonamiento), convirtiendo a las pólizas en incontrolables e inasumibles²²⁸².

El Libro Verde de 14 de mayo de 1993, sobre el daños ecológico, indicaba que, en relación con la decisión sobre si debe o no limitarse la responsabilidad objetiva, argumentaba que no fijarle un límite o hacerlo en una cuantía muy elevada podía ser un factor de desaliento de la actividad industrial, o bien un encarecimiento de los bienes y recursos producidos en los que repercutir el incremento del coste del autoseguro, para contribuir las primas de seguros o para pagar las primas de seguros. Sin embargo, fijar límites reducidos a la responsabilidad contribuye a reducir el efecto preventivo y, además, a que el costo de la restauración que exceda del límite recaiga sobre el afectado, todo lo cual resulta contrario al principio de que “quien contamina, paga”. Por tanto, se recomendó la fijación de límites elevados y la constitución de fondos para los supuestos en los que el coste de reparación los superase.

²²⁷⁹ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 282.

²²⁸⁰ PÉREZ DE GREGORIO CAPEÑÑA, J. J.: *op. cit.*, pp. 1053-1057.

²²⁸¹ El art. 75 LCS dispone: «Será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionado administrativamente».

²²⁸² PAVELEK ZAMORA, J. E.: “La cobertura del riesgo medioambiental...”, *op. cit.*, p. 206. El “stacking” se produce, según el autor, cuando «Al generarse los daños a lo largo de varios períodos de pólizas, la suma asegurada por evento y daño puede verse multiplicada por tantos años como la póliza haya estado en vigor ya que estas consecuencias siniestrales no son atribuibles a un período concreto».

Por su parte, LABRADOR BERNARD, J., y ARBUÉS SALAZAR²²⁸³ definen el “estado del arte” como aquél que «comprende aquellos conocimientos científicos, prácticos o sociales que engloban el saber de la humanidad en un determinado instante histórico [...]. El estado de la técnica nos servirá para determinar qué actividades concretas que antes se creían exentas de causar deterioro alguno al medio ambiente, gracias a la evolución de la técnica hoy en día se saben constitutivas de daños determinados». Asimismo critica el autor que la responsabilidad deberá girar en torno a la auditoría ambiental.

Otro requisito fundamental es la aleatoriedad y accidentalidad del hecho contaminador. La accidentalidad y aleatoriedad se refiere tanto a la contaminación repentina o gradual, siempre y cuando sea de origen accidental, es decir, que no se haya producido de manera intencionada o prevista y consentida como consecuencia del actuar normal de la empresa²²⁸⁴. El hecho generador en cualquier póliza de responsabilidad civil por contaminación se centra en un accidente en sentido clásico: hecho accidental, súbito y no previsto. Se deben distinguir en:

- “*Aleatorio*”, referido al riesgo, es la probabilidad de acaecimiento de un siniestro incierto. Se contradice con los supuestos de *contaminación crónica o acumulada*, ya que, por regla general, la póliza de seguro sólo cubre los daños cuya causa sea accidental, súbita, imprevista y no intencionada del asegurado²²⁸⁵.

- “*Accidental*” se refiere a la contaminación originada por un accidente en sentido clásico como hecho externo a la voluntad del asegurado. Los contratos de seguro suelen entender por accidental un hecho súbito, fortuito e independiente de la voluntad del asegurado, y se ha utilizado aquél para contraponer el término de contaminación “gradual”²²⁸⁶. En cambio, “gradual” es más la contraposición al término “súbito” que al “accidental”. Las inmisiones (previstas y consentidas) no se considerarían, por tanto, un hecho accidental. En mi opinión, “accidental” se refiere a un hecho inintencional y “fortuito”, es decir, un hecho aleatorio e incierto.

- “*Súbito*” hace referencia a los efectos prácticamente simultáneos al accidente como hecho generador²²⁸⁷. De este modo las consecuencias manifestadas gradualmente no serían cubiertas. Se centra en los efectos simultáneos al accidente como hecho generador, excluyéndose, por tanto, los graduales²²⁸⁸. Esta distinción es importante, por cuanto puede existir una contaminación gradual de origen accidental, como puedan ser las inmisiones continuas ocasionadas de forma no conocida (imprevista). No serían súbitas, por tanto, las inmisiones continuas. No obstante, desde el momento en que se ponga en conocimiento al causante la producción de este tipo de inmisiones, puede entenderse excluido el carácter imprevisto y fortuito²²⁸⁹.

- “*Imprevisto*” indica que el hecho no es consentido ni provocado, entendiéndose que debería configurarse como algo extraordinario que ocurriera al margen de los procesos normales de la instalación. Las inmisiones que tengan lugar en las instalaciones industriales como consecuencia del uso normal de las instalaciones, siguiendo el proceso reglamentario, no se considerarían “imprevistas”.

²²⁸³ LABRADOR BERNARD, J., Y ARBUÉS SALAZAR, J.J.: *op. cit.*, pp. 30-31.

²²⁸⁴ *Ibid.*: p. 26-31.

²²⁸⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *op. cit.*, p. 41. GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 285.

²²⁸⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 281.

²²⁸⁷ PAVELEK ZAMORA, J. E.: “La cobertura del riesgo medioambiental...”, *op. cit.*, pp. 207-208.

²²⁸⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 24.

²²⁸⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, pp. 281-282.

C) *Problemas del aseguramiento tradicional civil por contaminación.*

a) *La contaminación crónica o gradual.*

La “contaminación crónica” es asimilable a los daños por acumulación y son aquellos que considerados individualmente no son productores de un daño ecológico considerable, pero que unidos constituyen un grave atentado al medio ambiente. En muchas ocasiones se tratará de daños resultantes de emisiones autorizadas²²⁹⁰. Por su parte, la contaminación gradual puede provenir de un hecho accidental o de operaciones normales, por lo que dificulta la delimitación de su cobertura.

La Comisión de Seguros de Responsabilidad Civil del Comité Europeo de Seguros dice que para que los daños fueran asegurables el hecho debe ser «fortuito, es decir involuntario y no esperado por el asegurado»²²⁹¹. Según HEBRERO ÁLVAREZ, la Comisión se refiere al hecho de que «las consecuencias de incidentes no fortuitos y/o predecibles causados voluntaria o deliberadamente por el asegurado (por ejemplo, falta de mantenimiento o medidas preventivas insuficientes) o el daño que sea consecuencia inevitable de la actividad normal del asegurado, no se puede asegurar». Este autor matiza ambas afirmaciones de la Comisión: por un lado, una cosa es que la LCS excluya el dolo y otra muy distinta es que el hecho no pueda ser culpable por parte del asegurado; por otro, la conducta normal del empresario no es una cuestión que tenga que ver con el carácter fortuito o no de su acción sino que se trataría de una contaminación permanente o bien crónica o progresiva que no pueden ser asegurables: la primera, por no ser incierta y, la segunda, por ser socialmente consentida.

SCHUBERT²²⁹² clasifica los tipos de contaminación en accidental y derivada de operaciones normales. La primera puede ser, a su vez, repentina o gradual, mientras que la segunda solamente gradual. La póliza de Responsabilidad General que cubra la contaminación repentina y accidental tiende a crear problemas de interpretación del clausulado de la póliza. Por ejemplo, en EEUU hay una línea jurisprudencial que indica que el término “repentino” recogido en las cláusulas CGL se refiere no tanto a un elemento temporal (abrupto) sino más bien a una “clarificación” de la definición de la ocurrencia. En el Reino Unido la cláusula ABI-1991 excluye la responsabilidad por contaminación que no sea causada por un “incidente repentino, identificable, no intencionado e inesperado”. PINILLA RODRÍGUEZ²²⁹³ afirma que no hay problema alguno cuando se trata de un suceso accidental y repentino, dado que se incluye en el terreno de lo imprevisible e irresistible, lo que se relaciona con algunos de los elementos del caso fortuito. Ahora bien, en el caso de que la contaminación sea gradual, el autor lo asimila a la contaminación paulatina (prolongada), y como tal, se trata de daños acumulativos que no se cubrirían, propio de las cláusulas de exclusión *claims made*.

²²⁹⁰ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental... (I)”, *op. cit.*, p. 774; “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, pp. 122 y ss. HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.; “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, pp. 285-286. ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, pp. 72-78.

²²⁹¹ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 164.

²²⁹² SCHUBERT, M. N.: “La responsabilidad por el deterioro del medio ambiente”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dir. Sánchez Calero, F.), Ed. Musini, Madrid 1994, pp. 471-472.

²²⁹³ PINILLA RODRÍGUEZ, F.A.: *op. cit.*, pp. 173-174. Para este autor, la contaminación paulatina sería la contaminación que se produce de forma continuada y como resultado inevitable y consustancial de la actividad industrial desarrollada, o lo que es lo mismo, resultante de la emisión repetida o difusa de sustancias, en las que la acumulación acaba por producir un daño».

Por otro lado, la LRM establece de forma muy precisa los requisitos que tiene que tener el hecho generador de la contaminación para que pueda ser cubierto por la póliza de riesgo medioambiental, lo que a su vez puede servirnos para delimitar la posible analogía en el aseguramiento de los daños civiles por contaminación. De hecho, las pólizas en las que trabaja el Pool establecen las mismas excepciones en este punto a ambas coberturas, tanto la medioambiental como la civil. Se puede observar en la siguiente tabla la relación entre las diferentes exclusiones recogidas en el art. 32.2 LRM con las causas generadoras de responsabilidad en sede jurídico-privada:

Hecho accidental y aleatorio : extraordinario y que no se haya generado por ninguna de las causas de exclusión de la garantía, en virtud del art. 32.2 LRM.	
Causas de exclusión de la garantía...	Casos de...
De forma intencionada (apartado a)	Dolo.
Como consecuencia normal y prevista del ejercicio de la industria, ap. b)	Inmisiones.
Como consecuencia de un hecho previsto y consentido por el operador, ap. c)	
Por mala utilización consciente, o falta o defecto de mantenimiento, reparación o reposición de las industrias, ap. e)	Culpa grave.
Por abandono o falta prolongada del uso de instalaciones, sin tomar las precauciones, ap. f)	
Por incumplimiento conocido por el asegurado, o que no podía ser ignorado, de la normativa obligatoria reguladora de la actividad, ap. d)	
Como consecuencia de alborotos populares, motines, huelgas, disturbios, etc., ap. g)	Fuerza mayor.

Tabla 11. Causas de exclusión de la garantía en la cobertura de daños medioambientales en los términos del art. 32.2 LRM, y su correlación con las causas de acción de responsabilidad civil por contaminación.

La *contaminación crónica* estaría cubierta solamente en los supuestos de contaminación gradual de origen súbito, pues en ningún momento se exige que la contaminación sea repentina. Se estaría hablando de daños permanentes debidos a una causa accidental, pero cuyos efectos perduran a lo largo del tiempo. No cubrirá el seguro, por el contrario, los daños cuya causa es una acción lenta y continuada, tanto en el supuesto de que el origen de los daños sea derivado de un hecho continuado o de varios ininterrumpidos (daños *continuados*), de varios progresivos (daños *progresivos*) o por causas difusas en las que no sea posible determinarlos (también contaminación *crónica*). En estos tres casos podría declararse nulo el contrato por el juez (art. 4 LCS) por cuanto una empresa que esté contaminando de forma constante y haya suscrito un seguro lo hace sobre un riesgo «seguro», que no es, ni futuro ni incierto²²⁹⁴.

b) *El elemento temporal. Las “claims made”.*

La delimitación temporal del siniestro tiene su encuadramiento sistemático en la parte dispositiva de la LCS (art. 73) y, por lo tanto, no tropieza con más límites que los que puedan derivar de la propia naturaleza del contrato y del equilibrio necesario de las prestaciones²²⁹⁵. De esta forma, en los daños de manifestación diferida el asegurador queda expuesto a un riesgo durante un período de tiempo imprevisible, lo que genera dificultades a la hora de calcular la prima y el importe máximo indemnizable. Con las *claims made* el asegurador subordina la efectividad de la garantía a que la reclamación del asegurado se realice durante la vigencia de la póliza²²⁹⁶.

²²⁹⁴ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 183.

²²⁹⁵ VERDERA Y TUELLS, E.: *op. cit.*, p. 85.

²²⁹⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 283.

PAVELEK ZAMORA²²⁹⁷ dice que las cláusulas que incorporan daños por contaminación han sido controvertidas y ambiguas, y revisadas para reconducirlas a su sentido original, consistente en que los aseguradores pretendían únicamente cubrir aquellos casos que tenían cabida en el concepto clásico de accidente localizado en el tiempo como incendios, explosiones, colisiones, roturas, impactos, etc., y, además, se manifestaran (se percibieran) de forma simultánea (repentina o súbita). Esto podía resultar sencillo, a priori, en los casos de emisión a la atmósfera de una sustancia contaminante como resultado de la explosión de un depósito, pero no tan sencillo en los casos de filtraciones al suelo y el subsuelo de vertederos tóxicos. Faltaba, por tanto, por cubrir el daño producido de forma gradual. En los daños producidos por la contaminación en muchas ocasiones existe una carga antigua de siniestros que implica la existencia de un daño latente que aún no se ha manifestado pero que ya concurre en el momento de la suscripción del seguro, o existen niveles aceptados de contaminación sin que generen responsabilidad administrativa. De hecho, una de las grandes carencias de este tipo de riesgos desde el punto de vista del asegurador es la existencia de diversos tipos de contaminación de acuerdo con aspectos espaciales y temporales²²⁹⁸.

Los seguros de responsabilidad cubren normalmente los daños ocurridos durante la vigencia de la póliza, por lo que los accidentes clásicos que ocurrían en un momento concreto no planteaban problemas al situarse en un mismo plano que el hecho generador (hecho accidental y efectos súbitos o repentinos). No obstante, en los daños latentes que se manifiestan de forma gradual y diferida en el tiempo, el criterio tradicional “dejaba mucho por desear” y no se consideraba una forma óptima de cobertura de los daños causados por contaminación. En este sentido, la determinación del momento del siniestro en estas pólizas de responsabilidad civil ambiental depende del autor y del país respectivo, habiendo soluciones muy variadas.

DÍAZ BRAVO²²⁹⁹ afirma que el siniestro está configurado por dos acontecimientos: la causación del daño y la reclamación del damnificado, de tal manera que la falta de cualquiera de ellos acarreará la inexistencia del siniestro. No obstante, al regirse por regímenes legales distintos, habrá que estar a las siguientes precisiones: i) la prescripción de los derechos del damnificado en contra del causante correrá en los términos previstos por la legislación sustantiva o procesal; ii) la acción del damnificado contra el asegurador prescribirá en los términos previstos en las leyes que regulen el Contrato de Seguro, legislación mercantil o legislación civil en materia contractual; iii) la caducidad de la primera acción afecta a la segunda, pues ya no sería invocable; iv) si, con la autorización del asegurador, el asegurado hace pago al tercero dañado, su acción para reclamar el reembolso prescribirá en los términos del seguro. Según DE MIGUEL PERALES la póliza en este tipo de seguros abarca²³⁰⁰: 1) los daños originados por actos producidos durante su vigencia; 2) los daños si el contacto entre la sustancia y el bien o persona dañada se produjo durante su vigencia; 3) los daños que se manifiestan durante su vigencia; 4) la reparación por daños debida como consecuencia de la interposición de una reclamación durante el tiempo de su vigencia».

²²⁹⁷ PAVELEK ZAMORA, J.E.: “Garantías financieras”, *op. cit.*, p. 326; “La cobertura del riesgo medioambiental...”, *op. cit.* p. 204, 207-208.

²²⁹⁸ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, pp. 285-286.

²²⁹⁹ DÍAZ BRAVO, A. “La responsabilidad civil por contaminación y su aseguramiento”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, p. 51.

²³⁰⁰ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 364. El autor dispone que «En todo caso, suele exigirse que se trate de sucesos súbitos y accidentales».

En EEUU las EIL trataron de centrar su delimitación temporal con el criterio de reclamación, posteriormente sustituido por la regla de la primera manifestación verificable ligada al suceso accidental, en forma concomitante o no²³⁰¹. Por otro lado, la doctrina jurisprudencial imperante optó por el criterio del “triple momento del siniestro” (“*Trigger*”) en virtud del cual declaraban que todas las pólizas que han estado en vigor desde el primer momento de la exposición, el segundo momento de latencia o desarrollo y el tercer momento de manifestación, resultan afectadas.

En Italia, aunque el siniestro nace al surgir la responsabilidad (producción de daño a tercero) el término de prescripción comienza desde que el tercero ha reclamado el resarcimiento al asegurado o ha promovido judicialmente su contra²³⁰².

Hay autores que proponen una serie de soluciones para el adecuado tratamiento de los daños latentes. Por ejemplo, LABRADOR BERNARD y ARBUES SALAZAR²³⁰³ distinguen aquellos daños latentes en los que no han podido ser localizados debido a su imposibilidad técnica de serlo, de aquellos que efectivamente todavía no se han manifestado. Los autores argumentan que, en el primer caso, resulta vital para su estudio el llamado “estado del arte”, determinado por los conocimientos del momento y lugar, afirmando que si el estado de la técnica no es capaz de determinar la existencia del daño, difícilmente podrá generarse responsabilidad. La solución que proponen los autores es realizar en estos casos una exhaustiva auditoría ambiental a la hora de otorgar la cobertura a la industria en cuestión. En relación al segundo (daños que todavía no se han manifestado), los autores opinan que ello se escapa al objeto del seguro, lo que podría solucionarse arbitrando medidas alternativas tales como los fondos de compensación, soluciones impositivas, tributos medioambientales, etc. En la LRM, por ejemplo, para los daños medioambientales, por ejemplo, se articula un “Fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros”.

La “*contaminación histórica*” es aquella que se remonta a varios años, incluso decenios, diferenciándose entre la producida por una actividad nunca sometida a un seguro ambiental y aquella que sí ha sido cubierta por un seguro en alguna fase de su existencia, y, en este último supuesto, diferenciándose además si dicha contaminación ha sido manifestada con anterioridad o posterioridad a la efectividad del seguro. Según LABRADOR BERNARD, J., Y ARBUES SALAZAR, en los casos de contaminación histórica producida por actividades no aseguradas, deberían arbitrarse mecanismos de reparación públicos, ya que no existe asegurador alguno que deba responder. Respecto de las actividades que en algún momento sí estuvieron cubiertas por un seguro, en el caso de que la contaminación se manifieste con anterioridad a la contratación del mismo, habrá que estar a lo que diga el estado de la técnica en el momento en el que pudo haberse detectado o no la acción contaminante por el asegurador; si no existe esta técnica habrá responsabilidad del asegurador, en el segundo no, debiendo acudir igualmente a mecanismos públicos alternativos de cobertura. Finalmente, en el supuesto de que la contaminación se hubiera manifestado con posterioridad a la celebración del contrato, los autores distinguen, a su vez, si la misma se produjo con anterioridad o con posterioridad al contrato. En el primer caso, habrá que estar al estado de la técnica, para lo cual habría que remitirse a lo indicado anteriormente respecto de la manifestación anterior a la fecha del contrato. En el segundo caso, sí responderá la aseguradora²³⁰⁴.

²³⁰¹ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 364.

²³⁰² DONATI, A.: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 518-519.

²³⁰³ LABRADOR BERNARD, J., Y ARBUES SALAZAR, J.J.: *op. cit.*, pp. 23-24.

²³⁰⁴ *Ibid.*: pp. 24-25.

En los daños históricos, la modalidad ampliada del Seguro de Responsabilidad Medioambiental y Civil por Contaminación puede otorgarles cobertura, pero en la modalidad básica no, por cuanto se exige el carácter repentino de la contaminación (120 horas como máximo). No obstante, incluso en esta modalidad no se cubrirá la responsabilidad cuando el origen de la misma se deba a hechos no identificados o que se hayan originado con anterioridad a la fecha de efecto del seguro o que se manifiesten después de haberse extinguido o por reclamaciones posteriores a dos años desde la extinción del seguro. El art. 33.1 LRM establece una posible solución a los daños que, habiendo sido causados por las actividades autorizadas durante el periodo de vigencia del seguro, se manifiesten o reclamen después del transcurso de los plazos de manifestación o reclamación admitidos en la póliza, y se reclamen en el transcurso, como máximo, de un número de años igual a aquel durante el cual estuvo vigente la póliza del seguro, contados desde que ésta terminó y con el límite de 30 años, ya que indica que éstos podrán ser resarcidos a través del Fondo de compensación de daños medioambientales del Consorcio de Compensación de Seguros.

c) *La obligatoriedad del seguro y la alternativa de los Fondos.*

CABANILLAS SÁNCHEZ advierte de los problemas de adoptar un seguro obligatorio de responsabilidad civil ambiental, tanto para los daños tradicionales pero sobretodo para los daños medioambientales (ecológicos), son: 1) las empresas tendrían que conseguir una cobertura en el mercado por la cuantía que se exigiera. En mi opinión, aquí el riesgo es que se pacten precios elevados en el caso de que pocas compañías o algunas que controlen la mayoría del sector asegurador. 2) Además, si el coste de la restauración del daño fuera mayor que la cantidad asegurada, la diferencia debería abonarse por parte del asegurado. 3) Las compañías aseguradoras se atribuyen el poder de decisión de autorizar o no la actividad de la industria, mediante la concesión o no del seguro según si la empresa tiene un riesgo conveniente o no²³⁰⁵. No obstante, en mi opinión, esto último no hay que verlo como un problema en sí mismo, sino que lo que hay que corregir son los abusos y arbitrariedades por parte de las aseguradoras.

Para crear un seguro obligatorio de daños civiles y medioambientales por contaminación, especialmente en estos últimos a la vista de la imposición para determinadas actividades (p. ej. las del Anexo III LRM, sin perjuicio de las exenciones previstas en el art. 28 de la misma ley), debe concretarse el aseguramiento de los riesgos y si existe una cobertura adecuada al mismo. En estos casos la intervención del Estado se hace necesaria al menos para impulsar y coordinar esfuerzos, tal y como se ha efectuado en el Pool Español de Riesgos Medioambientales. También para asegurar una competencia justa entre todas las compañías y sobretodo para evitar que el encarecimiento de las pólizas excluya de cobertura no solamente a las PYMES sino también a las empresas de tamaño mediano. No obstante, hay que reconocer que las actividades del Anexo III (art. 24.1 LRM), difícilmente podrán ser llevadas a cabo por una PYME.

Según CABANILLAS SÁNCHEZ, una alternativa posible para el aseguramiento del daño ecológico (medioambiental) son los Fondos, que como sistemas de indemnización conjunta que se financian mediante cargas o contribuciones de los sectores económicos involucrados, permite aplicar el principio “quien contamina, paga”²³⁰⁶. En mi opinión, este principio precisamente no se ve garantizado por los Fondos, salvo que se considere la contaminación como un conjunto indeterminado, internalizándose como costes de las actividades productivas de las empresas.

²³⁰⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, op. cit., pp. 278-279.

²³⁰⁶ Ibid.: pp. 279-280.

d) *Incertidumbre, asimetrías informativas y cálculo de la prima.*

Los problemas más frecuentes en el aseguramiento del riesgo de daño ambiental son la incertidumbre generalizada y las asimetrías informativas. La primera se dará cuando afecte tanto al asegurado como al asegurador, y depende de condiciones tanto fácticas como jurídicas. La incertidumbre fáctica se relaciona con la contaminación gradual y la jurídica a las decisiones tomadas por los legisladores, políticos y jueces. Estas incertidumbres provocan que las aseguradoras, en muchos casos, aumenten el precio de las primas o se retiren del mercado asegurador²³⁰⁷. No obstante, los datos estadísticos obtenidos con el paso del tiempo, así como la especialización en materia de seguros de responsabilidad civil y medioambiental, conducen a una cada vez menor existencia de incertidumbres, si bien éstas no han dejado de existir.

La incertidumbre fáctica tiene en la contaminación gradual uno de los mayores problemas²³⁰⁸ por cuanto genera efectos a largo plazo: en la mayoría de los casos, la contaminación se desarrolla de forma inadvertida durante un periodo considerable de tiempo y resulta muy difícil determinar cuándo empieza y cuándo acaba, lo que plantea serios problemas en cuanto a la suficiencia o no de las cláusulas tradicionales que activan la póliza, como el “hecho consumado” o la “manifestación del siniestro”, que solamente sirven para los sucesos súbitos pero no los graduales.

La incertidumbre jurídica depende de las decisiones tomadas por los legisladores y los responsables públicos, p. ej. la elección del sistema de atribución de responsabilidad; la imputación de la responsabilidad en el caso de que hayan varios sujetos (los regímenes mancomunados son preferibles²³⁰⁹); el complejo entramado legislativo que hace difícil discernir lo prohibido de lo que no lo está; la relación causal (la inversión de carga de la prueba puede acarrear problemas)²³¹⁰; el posible solapamiento de acciones de recuperación de costes con arreglo a la responsabilidad civil y las órdenes administrativas de derecho público²³¹¹; la elección de conceptos jurídicos, etc²³¹².

También se ha señalado el riesgo incalculable para las aseguradoras, ya que por muchas medidas que se adopten, el riesgo del daño y la producción del mismo nunca llegarán a eliminarse y, con ello, el pago de indemnizaciones; la dificultad para calcular la tasa de siniestralidad²³¹³ debido a que no se sabe qué tipos de daños puede producirse y qué probabilidades hay de que ocurran, o si se dan pérdidas imprevistas que van agotando la reserva de dinero prevista en la cobertura.

²³⁰⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 278.

²³⁰⁸ MONTI, A.,..., *Riesgos ambientales y seguros...*, *cit.*, pp. 40-42 y 50. Según el autor (p. 50): «el riesgo de contaminación gradual es, con frecuencia, un riesgo de baja probabilidad y grandes consecuencias (BPC) y, en general, los actores económicos no se enfrentan a tales riesgos de manera racional: pueden ser infravalorados con facilidad e incluso ignorados». PAVELEK ZAMORA, J. E.: “Garantías financieras”,... *cit.*, p. 318. Según este autor «cuanto estamos en presencia de contaminación de suelos o de aguas subterráneas, muchas veces el elemento accidental es extraordinariamente controvertido y la manifestación inmediata rara vez se percibe».

²³⁰⁹ CABEZAS ARES, A.M., *Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la industria*, Ed. Universidad de León, León, 2003, p. 367.

²³¹⁰ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, pp. 285-286. MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada...*, *op. cit.*, p. 318.

²³¹¹ MONTI, A.,..., *Riesgos ambientales y seguros...*, *cit.*, p. 44.

²³¹² PAVELEK ZAMORA, J. E.: “Garantías financieras”, *op. cit.*, pp. 328-329. ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 214.

²³¹³ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 281. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *op. cit.*, p. 24.

También existen problemas en la atribución de responsabilidad, lo que se relaciona directamente con las consecuencias financieras del seguro y la prima del asegurado (por ejemplo la contaminación histórica o crónica, etc.)²³¹⁴.

Esto se debe también a la existencia de criterios dispares de valoración de daños ambientales, por lo que para la concreción del aseguramiento del riesgo es necesario mejorar la prevención y las técnicas que permitan evaluar el riesgo²³¹⁵, sobre todo en el daño ecológico²³¹⁶. Por ello se ha dicho que la evaluación financiera de los daños derivados de la realización del siniestro resulta extraordinariamente complicada²³¹⁷. Como ha afirmado PEÑA CHACÓN²³¹⁸, es necesario que, previo al otorgamiento de la póliza, las entidades aseguradoras obliguen al posible asegurado a realizar una evaluación de los riesgos potenciales, con el fin de cuantificar el costo de la prima y la cantidad máxima indemnizable, lo que a su vez obligaría a las empresas a adoptar las medidas preventivas y de precaución que les permitiera acceder al mercado del seguro. En este sentido, SCHUBERT²³¹⁹ denunció (allá por los años noventa) que no se aplicaba una técnica profesional a la suscripción cuando la cobertura incluye “solamente” la contaminación repentina y accidental, por lo que, si el riesgo no está debidamente estimado, estará también indebidamente tarifado. Para este autor, la suscripción y la tarificación profesionales deberían aplicarse teóricamente a la exposición ambiental en su integridad, y no a elementos de la misma artificialmente definidos.

Por su parte, las asimetrías informativas se darán cuando el asegurado posea mayor información que el asegurador acerca del riesgo, pudiendo surgir problemas de selección adversa y riesgo moral. El concepto de selección adversa aparece cuando los asegurados sólo suscriben las coberturas más susceptibles de ser actividades, mientras que el riesgo moral se refiere al aumento de la probabilidad de daños como resultado de una disminución de medidas preventivas por la indeferencia del asegurado ante los daños debidos a la existencia del seguro. Las asimetrías informativas se suelen solucionar con cláusulas que establecen la obligación por parte del Asegurado o el Tomador del Seguro de comunicar el siniestro, comunicar las circunstancias y consecuencias del mismo, aminorar las consecuencias del accidente, etc.

Otros problemas advertidos por la doctrina que tienen que ver con el régimen de responsabilidad civil por contaminación instaurado (y, por ende, con su aseguramiento), así como la ausencia de límites para la responsabilidad²³²⁰. Por ejemplo, en materia de daños civiles por contaminación se considera, por una parte, que los daños ocasionados por inmisiones no estarían, en principio, cubiertos; los daños ocasionados de forma accidentales sí lo estarían, si bien en el caso de que no hayan sido ocasionados por actividades potencialmente peligrosas no creo deban ser aseguradas. Esto tiene un notable reflejo en la no asegurabilidad de los daños por inmisiones.

²³¹⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental...(I)”, *op. cit.*, p. 774; “Responsabilidad civil por daños...”, *op. cit.*, pp. 122 y ss. HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss. LABRADOR BERNARD, J., Y ARBUÉS SALAZAR, J.J.: *op. cit.*, p. 28. ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, pp. 72-78.

²³¹⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, pp. 279-280. Por ello, dice el autor, «Ninguna aseguradora dará cobertura sin antes cerciorarse de que el asegurado ha tomado determinadas medidas para evitar la realización del siniestro». HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, pp. 285-286.

²³¹⁶ GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 285.

²³¹⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 282.

²³¹⁸ PEÑA CHACÓN, M.: *op. cit.*, p. 19.

²³¹⁹ SCHUBERT, M. N.: *op. cit.*, p. 473.

²³²⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 277.

2) Seguros obligatorios de responsabilidad ambiental.

A) Seguros obligatorios de responsabilidad civil medioambiental.

Hay leyes autonómicas que fijan el seguro de responsabilidad civil obligatorio para daños medioambientales, pero no tradicionales: v.gr., Ley 5/2002, de 8 de octubre, de Protección del Medio Ambiente en La Rioja (art. 45)²³²¹.

En cambio, el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actuaciones con incidencia ambiental, en su art. 15, supeditaba a la obtención de la autorización de las actividades sometidas al ámbito de aplicación de la Ley a la constitución por parte de los titulares de un seguro de responsabilidad civil o cualquier otra garantía financiera que, a juicio de la Administración autorizante, cubriera el riesgo de reparación de los daños y del deterioro del medio ambiente. Lo más relevante de este Anteproyecto es el hecho de que establecía una responsabilidad objetiva por los daños ambientales y el deterioro ambiental, dada la repercusión que ello tiene con su aseguramiento²³²². Se llegaba a la conclusión de que un régimen de responsabilidad civil de carácter objetivo era inviable si no se forzaba con el aseguramiento obligatorio de los riesgos, como por ejemplo, los supuestos de daños corporales por caza o accidente nuclear. El art. 14.1 decía que «la autorización de las actividades con incidencia ambiental señaladas en el Anejo quedará sujeta a la constitución por los titulares de las referidas actividades de un seguro de responsabilidad civil o a la prestación de cualquier otra garantía financiera que, a juicio de la Administración autorizante y con el alcance que reglamentariamente se establezca, sea suficiente para cubrir el riesgo de reparación de daños y del deterioro del medio ambiente de acuerdo con lo establecido en esta Ley», con excepción de lo referido a residuos, que ya tenía su propio seguro de responsabilidad civil. Por otra parte, se establecían dos medidas complementarias: se autorizaba al Gobierno para establecer en vía reglamentaria las características técnicas de este tipo concreto de seguros ambientales, y se establecía un límite máximo de la cuantía de responsabilidad que se regulaba por un régimen más estricto y objetivo regulado en la norma, fijado en 15.000 millones de pesetas (90.151,815 €), por lo que la cuantía que excediera de dicho límite se regularía por la normas generales sobre responsabilidad civil.

A pesar de que en la redacción del Libro Blanco se estableció la importancia del aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil ambiental, finalmente la Comisión consideró que en ese momento todavía no estaban suficientemente desarrolladas las pólizas de seguros que cubrían los riesgos ambientales, debido al escaso desarrollo de las técnicas de medición comúnmente aceptadas que permitían cuantificar los daños, por lo que se decidió que este régimen comunitario de responsabilidad ambiental no debía imponer este aseguramiento obligatorio hasta que no se contara con la suficiente experiencia que permitiera una aplicación adecuada del mismo.

²³²¹ El art. 45 de la Ley 5/2002, de 8 de octubre, de Protección del Medio Ambiente de La Rioja dispone que: «1. En el caso de actividades cuyo funcionamiento comporte un riesgo potencialmente grave para el medio ambiente, el Órgano Ambiental podrá exigir la constitución de un seguro de responsabilidad civil que cubra las responsabilidades que pudieran derivarse del ejercicio de la actividad. Esta obligación quedará recogida en la Declaración de Impacto Ambiental. 2. La autorización de estas actividades quedará sujeta a la constitución y mantenimiento por el solicitante del seguro de responsabilidad civil exigido. 3. Reglamentariamente se determinarán las actividades sujetas a la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, quedando exentas de esta obligación las actividades declaradas de Interés Autónomo».

²³²² La doctrina es unánime a la hora de reconocer la relación existente entre responsabilidad civil objetiva y seguro. Entre otros, GOMIS CATALÁ, L.: “Sobre el Anteproyecto...”, *op. cit.*, p. 98.

La UmweltHG alemana, en su art. 12, establece los supuestos y cuantía máxima, de forma tasada, respecto de las indemnizaciones por causa de muerte, lesiones y cosas. El artículo 15 establece el límite máximo de responsabilidad del agente: para daños a las personas (muerte, cuerpo y salud) y por daños a las cosas de 160 millones de marcos por unidad de impacto ambiental (acción). Si se sobrepasa esta cantidad, la indemnización por cada concepto se reducirá en la proporción en que la suma total esté respecto del máximo indemnizable. La póliza se enmarca de pleno dentro de las E.I.L. y se adapta a la legislación alemana y se articula a través de distintos módulos en función de la clasificación de las instalaciones o actividades a asegurar y de la legislación a la que se someten. El art. 19 *UmweltHG* impone el cumplimiento de ciertos requisitos financieros a las actividades detalladas en el Anexo II de la Ley. Tras la aprobación de la Ley se creó en el mercado alemán de seguros de contaminación una nueva póliza de responsabilidad ambiental (*HUK-Umwelthaft-Modell*), estando disponible por el *Verband der Haftpflichtversicherer, Unfallversicherer, Autoversicherer und Rechtsschutzversicherer e.V. (Huk-Verband)*, la Asociación Alemana de Aseguradoras contra Accidentes. Asimismo, la cobertura ofrecida se hace sobre la manifestación de daños y se diseña a medida según las necesidades del potencial asegurado²³²³.

B) Seguros obligatorios de responsabilidad civil en materia nuclear, contaminación de las aguas por hidrocarburos y residuos tóxicos y peligrosos.

El *Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, en su art. 7, impone al propietario del barco, que transporte más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel, la necesidad de suscribir un seguro u otra garantía financiera –como la garantía de un banco o un certificado expedido por un fondo internacional de indemnizaciones– que cubra la responsabilidad por los daños causados por la contaminación²³²⁴. Todo buque mercante, español o extranjero, que navegue por mar territorial español o aguas interiores españolas deberá llevar a bordo un certificado acreditativo de dicho seguro o garantía. Los límites de cobertura vienen regulados en el Convenio de responsabilidad Civil de 1992, siendo en cada momento el que esté vigente según el art. XII ter, cláusulas finales²³²⁵.

Por su parte, la LRCDN (daños nucleares) establece que por encima del tramo de responsabilidad mínima obligatoria del explotador que fija el Convenio de París, el segundo tramo de compensación complementaria que establece el Convenio de Bruselas entre 700 millones de euros y 1.200 millones de euros también tiene que ser garantizado íntegramente por los explotadores de las instalaciones. A tal efecto, éstos están obligados a establecer una cobertura de responsabilidad civil por daños nucleares, en las condiciones que se establecen en esta ley, por una cuantía de 1.200 millones de euros mediante alguno de los procedimientos autorizados que se contemplan en el capítulo II del título I de la ley. Las garantías financieras obligatorias vienen reguladas en el Capítulo II de la LRCDN. En su art. 12 regula la garantía.

²³²³ MONTI, A.,..., *Riesgos ambientales y seguros...*, cit., p. 26. Según el autor, «se ofrecen muchos distintos “ladrillos” de cobertura de contaminación bajo la póliza, para que el asegurado pueda construir el muro de protección ambiental que mejor responda a sus propias necesidades (*Bausteinsystem*)».

²³²⁴ Art. 1 Real Decreto 1892/2004, de 10 de septiembre, por el que se dictan normas para la ejecución del *Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*, BOE 18 de septiembre de 2004.

²³²⁵ En el Protocolo de 1992 la cuantía máxima es de 4.510.000 unidades de cuenta (aprobación de enmiendas de 18 de octubre de 2000 Resolución LEG.1 (82) BOE de octubre de 2002).

El art. 21 LRCDN establece la obligatoriedad de los explotadores, o las empresas expedidoras en el caso de los tránsitos, de establecer una garantía financiera para hacer frente a la responsabilidad civil por daños a las personas, a los bienes y a las pérdidas económicas producidos por daños recogidos en el art. 3.2 c) 1º, 2º, y 3º, en una cantidad igual o superior a la que corresponda al tipo de material radiactivo que no sea sustancia nuclear que requiera la cobertura más alta de conformidad con las reglas dispuestas en el Anexo a la propia LRCDN. Esta garantía deberá quedar establecida mediante: a) contratación de una póliza de seguro; b) constitución de otra garantía financiera; c) una combinación de ambas. El apartado 2º del art. 21 LRCDN recoge las formas de establecimiento de la garantía. La disposición final 2º de la LRCDN establece que el Consorcio de Compensación de Seguros asumirá la cobertura de los riesgos que resulten asegurables por las entidades aseguradoras de la responsabilidad civil por accidentes nucleares causados por sustancias nucleares, o por accidentes en los que se produzca la liberación de radiaciones ionizantes del siguiente modo: a) En el caso de que no se alcanzara por el conjunto de entidades aseguradoras el límite mínimo de responsabilidad previsto en la Ley, el Consorcio participará en la cobertura asumiendo la diferencia restante hasta dicho límite; y b) actuará como reasegurador en la forma y cuantía que se determine por el Ministerio de Economía y Administraciones Públicas.

El art. 20.4 c) de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y suelos contaminados (LRSC) establece para los gestores de residuos peligrosos, así como cuando lo exijan las normas que regulan la gestión de residuos específicos o las que regulan operaciones de gestión, la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil o constituir una garantía financiera equivalente, para cubrir las responsabilidades que deriven de estas operaciones. Dicha garantía deberá cubrir, en todo caso: «1.º Las indemnizaciones debidas por muerte, lesiones o enfermedad de las personas. 2.º Las indemnizaciones debidas por daños en las cosas. 3.º Los costes de reparación y recuperación del medio ambiente alterado», con arreglo a la LRM.

El Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, prevé, en su art. 6, el régimen del seguro de responsabilidad civil²³²⁶.

²³²⁶ Art. 6 RD 833/1988: «1. La Administración pública competente para el otorgamiento de la autorización de instalación y funcionamiento de industrias o actividades productoras de residuos tóxicos y peligrosos podrá exigir la constitución de un seguro que cubra las responsabilidades a que puedan dar lugar las actividades. 2. [...]. Asimismo, se exigirá la contratación del seguro de responsabilidad civil a aquellos productores que realicen actividades de gestión, para cumplir las responsabilidades que de ellas se deriven. 3. Cuando la ampliación o modificación de instalaciones o actividades tanto productoras como gestoras, a juicio de la Administración, impliquen un aumento de la cuantía a asegurar, ésta, asimismo, se fijará en la correspondiente autorización. 4. El seguro deberá cubrir en todo caso: a) las indemnizaciones debidas por muerte, lesiones o enfermedad de las personas. b) los costes de reparación y recuperación del medio ambiente alterado. 5. El límite cuantitativo de las responsabilidades a asegurar será fijado por la Administración, a tiempo de concederse la autorización, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 y deberá actualizarse anualmente en el porcentaje de variación que experimente el índice general de precios oficialmente publicado por el Instituto Nacional de Estadística. El referido porcentaje se aplicará cada año sobre la cifra de capital asegurado del período inmediatamente anterior. 6. Sólo podrá ser extinguido el contrato de seguro a instancia del asegurado en los casos siguientes: a) que el contrato sea sustituido por otro de las mismas características y que cubra, como mínimo, los riesgos expresados en el punto 4 del presente artículo. b) que cese la actividad [...], previa comunicación a la Administración que la autorizó, y en caso de empresas gestoras, una vez autorizado el cese por la Administración, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven del período que han estado ejerciendo las actividades, de conformidad con lo preceptuado en el Código Civil».

II) Soluciones a través de pólizas “especializadas”.

1) Evolución en el mercado asegurador hacia la especialización.

A) Las soluciones al seguro de R.C. de la Industria.

Los problemas anteriores tuvieron su eco en el informe presentado por el ACBE's *Finantial Sector Working Group* en diciembre de 1992 en Gran Bretaña, donde se recogieron una serie de propuestas para cada uno de aquéllos: se tiende a una legislación poco clara y cambiante que amplía el ámbito de responsabilidad por daños al medio ambiente, por lo que se veía necesario una coordinación entre legislador y sector asegurador; existen dificultades a la hora de evaluar las primas y prever el coste de las reclamaciones, sugiriendo la existencia de personal especializado; existe oposición frontal a la cobertura de la contaminación histórica y a la gradual, etc.

Se ha denunciado por SCHUBERT²³²⁷ que en los mercados en los que las pólizas de responsabilidad general de la industria (RG) cubren las pérdidas derivadas de la contaminación repentina y accidental, la demanda de oferta pólizas específicas de responsabilidad civil ambiental es bastante baja o nula. A tal efecto, el autor propone la vuelta al ejemplo norteamericano de una exclusión absoluta de la contaminación de las pólizas RG, lo que eliminaría sobremanera el potencial de siniestros asociados con las pérdidas por contaminación, abriéndose, a su vez, una oportunidad más favorable al desarrollo de un mercado de RDMA, que no es más que una póliza específica del riesgo ambiental que normalmente se canaliza a través de los Pools de riesgos medioambientales en aquellos países que disponen de ellos. Se conseguiría así una única póliza para todos los riesgos de contaminación, y los procedimientos y principios de suscripción y tarificación profesionales sería aplicables en todas las coberturas.

De esta forma, la experiencia acumulada ha puesto de manifiesto que una adecuada suscripción no puede hacerse sino a través de una cobertura aseguradora independiente con respecto a las generales de la industria²³²⁸. La posibilidad de asegurar un riesgo dependerá, en última instancia y en la práctica de tres cuestiones capitales, según DOPAZO FRAGUÍO: 1) de que una entidad aseguradora –individualmente o de forma colectiva– pueda proceder a formular una prima que identifique el riesgo, financiado la prestación del servicio; 2) se pueda calcular y determinar una prima que identifique el riesgo; y 3) el factor comercial de los riesgos ambientales (existencia de una demanda suficientemente destacada del producto, motivado por tres tipos de razones: 3.1) reclamaciones o exigencias de terceros; 3.2) transferencias del riesgo por modificación de la titularidad u operaciones mercantiles; 3.3) exigencias normativas o de la Administración. En definitiva, habrá que calcular el valor/impacto ambiental en relación con el interés mercantil y los efectos comerciales, para lo cual: 1) habrá que determinar y cuantificar el riesgo; y 2) habrá que calcular las primas para el caso concreto²³²⁹.

²³²⁷ SCHUBERT, M. N.: *op. cit.*, pp. 474-475. Este autor se pregunta (p. 474): «En el caso de las pólizas RG que facilitan la cobertura contra la contaminación repentina y accidental, ¿por qué actúan como un impedimento para la creación de un mercado RDMA viable?». Concluye el autor diciendo que (p. 475): «A fin de cuentas, todo esto resultaría ventajoso tanto para los aseguradores como para la industria».

²³²⁸ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 179.

²³²⁹ DOPAZO FRAGUÍO, P.: *op. cit.*, pp. 107-108. Según el autor (p. 108), para la determinación y cuantificación del riesgo «se considerará respecto del mismo los siguientes aspectos: el carácter ordinario o extraordinario, la posible periodicidad o frecuencia del acontecimiento o siniestro y las dimensiones del daño ambiental en cada supuesto concreto. Por lo que respecta a la fijación de la prima, hay que considerar que, en principio, a mayor posibilidad, probabilidad y dimensión del riesgo mayor será la prima. Así

B) La Environmental Impairment Liability (póliza E.I.L.).

Las necesidades de mercado influirán para que a principios de los años 80 aparezcan unas pólizas destinadas a cubrir de una forma específica los daños ambientales²³³⁰ (*Environmental Impairment Liability policies* o pólizas E.I.L.). Se refiere a un seguro de responsabilidad civil por daños ocasionados a terceros por las situaciones de contaminación con origen en las plantas aseguradas, incluyendo los costes de mitigación, que generalmente excluye los daños a los recursos naturales, los daños a la biodiversidad y las obligaciones de descontaminación *in situ* requeridas por la autoridad. Estas pólizas fueron el germen de las actuales pólizas de Responsabilidad Medioambiental y Civil por Contaminación recogidas por primera vez en el Pool Español de riesgos medioambientales²³³¹ y más tarde en el sector asegurador privado.

Los dos modelos originarios de pólizas específicas de contaminación del tipo E.I.L. fueron: a) la póliza de contaminación accidental, que cubre la contaminación de origen accidental (repentina) cuyos efectos se perciban dentro de un periodo de 72 horas a partir de su ocurrencia; y b) póliza de contaminación gradual, que cubre tanto contaminaciones de manifestación repentina como las graduales²³³². Siempre y cuando –entendiendo el hecho generador sea accidental, en el sentido que se ha descrito de un hecho inintencional, imprevisto y fortuito.

En las pólizas específicas de contaminación se profundiza en la evaluación de los riesgos, pudiendo incluso llegarse a requerir auditorias ambientales y análisis de los suelos a través de un control técnico más riguroso, lo que se puede apreciar en el desarrollo de las cláusulas de este tipo de pólizas específicas. Exige la suscripción de cuestionarios, visitas de inspección, ecoauditorías, conversaciones con delegados medioambientales, etc. Según HEBRERO ÁLVAREZ²³³³, era necesario sistematizar los procedimientos que facilita la clasificación, evaluación y tarificación de los riesgos dentro de unos mínimos de fiabilidad técnica. La estructura de una póliza de contaminación debe contener, según dispone BERNARD y ARBUES SALAZAR²³³⁴ los siguientes elementos: definición, donde se aborden todos los problemas relativos a los conceptos de contaminación, daño y perjudicado; objeto de seguro donde se incluya el daño emergente, el lucro cesante, los gastos de prevención y aminoración, etc.; exclusiones de la cobertura; delimitación temporal, con preferencia en el sistema de “primera manifestación verificable”; delimitación territorial; siniestros en serie; suma asegurada y límite máximo; garantías opcionales; cláusulas administrativas²³³⁵.

mismo, en el caso de concurrir probabilidades de fraude se incrementará la prima; del mismo modo en el supuesto de la existencia de deficiencias en las medidas de prevención o de seguridad. Al mismo tiempo, en el cálculo y fijación de la prima se consideran los costes de gestión, administrativos y personal».

²³³⁰ LABRADOR BERNARD, J., y ARBUES SALAZAR, J.J.: *op. cit.*, p. 35.

²³³¹ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 223. PINILLA RODRÍGUEZ, F.A.: *op. cit.*, p. 163. Como indica este autor: «el interés de los aseguradores en dar cobertura a ciertos riesgos ambientales se debió, precisamente, a una falta de experiencia y precisión en la determinación de la contaminación, de los orígenes y efectos de ella».

²³³² CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, p. 292.

²³³³ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, p. 285.

²³³⁴ BERNARD, J., y ARBUES SALAZAR, J.J., “Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista Derecho y Medio Ambiente*, v., I, núm. 1, enero-marzo, 2000, pp. 35-36.

²³³⁵ PAVELEK ZAMORA, J. E.: “La cobertura del riesgo medioambiental...”, *op. cit.*, p. 240. Las definiciones generales de la póliza suelen explicar detalladamente los conceptos de contaminación y daño cubierto que escapa de la póliza de Responsabilidad Civil clásica, así como de tercero perjudicado que supone legitimaciones atípicas al margen de la vecindad.

Las pólizas EIL tienen las siguientes características:

- Cualquier póliza de responsabilidad civil acoge dos clases de prestaciones: indemnizatorias y gastos de defensa, mientras que un seguro específico exige otras garantías vinculadas al medioambiente amenazado (gastos de prevención) o al medioambiente alterado (costes de limpieza y restauración), primando la reparación “*in natura*”.

- No se exige que la contaminación sea “súbita y accidental” sino que se aplica también a la contaminación que, aun presentando un origen aleatorio y extraordinario, se manifiesta de forma gradual. Mientras que cualquier póliza de responsabilidad civil cuenta con exclusiones universales, las pólizas E.I.L. exhibe exclusiones específicas que prácticamente se reflejan en la mayoría de sus condicionales: inobservancia de normas, riesgos de desarrollo, instalaciones móviles, etc.

- La delimitación temporal de la cobertura constituye el elemento clave en la expresión del evento dañoso de la contaminación, dirigiéndose normalmente a controlar las consecuencias tardías de la misma, al mismo tiempo que se pretende no asumir la contaminación histórica. Los esquemas más utilizados en la pólizas E.I.L. son las “claims made” (Holanda, Dinamarca e Italia), y las que utilizan el criterio de la primera manifestación verificable (Francia y España principalmente). En la cobertura de manifestación diferida se considera la fecha del siniestro la de «la primera manifestación verificable» de la contaminación en aquellas pólizas que siguen el modelo alemán y el Pool de Contaminación francés y español, o bien la de «la primera manifestación» del sistema norteamericano. También es habitual la concesión de períodos pos-contractuales que prolongan un determinado plazo los efectos del seguro.

- Se suelen reconducir todas las consecuencias dañosas que procedan de la misma causa a un único acontecimiento que constituya el mismo siniestro (cláusula de unidad de siniestro), contribuyendo a la imposición de un límite total al asegurador en el caso de causar diferentes daños y perjuicios a una pluralidad de víctimas. Asimismo se suele articular un límite por siniestro/evento y anualidad de seguro (agregado) que marca la responsabilidad del asegurador en un mismo período de seguro a la hora de verificar los diferentes hechos generadores. PAVELEK ZAMORA²³³⁶ critica que el problema de “*stacking*” no se soluciona si no se asigna una cláusula específica que ofrezca una limitación por evento procedente de una única causa generadora aunque sus efectos latentes se desarrollen a lo largo de varios períodos de seguros.

- Se abordan las cláusulas delimitadoras del riesgo de forma detallada, al objeto de eliminar incertidumbres, facilitando de esta manera una correcta cobertura, si bien no exento de problemas de interpretación.

Estas pólizas son las que han inspirado las recogidas en los Pools aseguradores, especialmente a raíz de la aprobación de la Directiva europea 2004/35/CE y, en España, la Ley de Responsabilidad Medioambiental 26/2007. No obstante, a finales de los ochenta el mercado de pólizas E.I.L. sufrió un colapso, dado que: 1) al incluir las primas el riesgo cubierto, éstas serán elevadas; 2) es una póliza muy especializada, donde se utilizan cuestionarios y se requieren auditorías ambientales; 3) sigue el sistema de reclamación sobre unas instalaciones determinadas; 4) el mercado se limita a unas pocas compañías aseguradoras; y 5) el asegurado deberá llevar una adecuada gestión de riesgos, control de pérdidas y cumplimiento de la legislación aplicable²³³⁷.

²³³⁶ PAVELEK ZAMORA, J. E.: “La cobertura del riesgo medioambiental...”, *op. cit.*, p. 241.

²³³⁷ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 365.

C) *Los Pools de Riesgos Medioambientales y Civiles por Contaminación.*

a) *Concepto de pool de asegurador de riesgos.*

A la vista de que pocas entidades suscribían las pólizas E.I.L., varias compañías aseguradoras o reaseguradoras formalizaron acuerdos para, previa puesta en común de sus posibilidades financieras, hacer frente a la cobertura de los riesgos ambientales, agrupando un único mercado dentro de un *pool*²³³⁸. En Europa, una de las posibles respuestas frente a los problemas detectados en la cobertura del daño medioambiental (y en menor medida del daño tradicional) fue la creación de los pools de aseguradores. En España, no obstante, la cobertura seguía incluyéndose como una garantía más dentro del seguro de responsabilidad civil de la empresa.

Los *pools* aseguradores de riesgos ambientales tienen muchas ventajas en el terreno asegurador y reasegurador: uniformidad de los conceptos medioambientales; capacidad de aceptación de riesgos, de inversión en tecnología y formación y de afrontar nuevas coberturas, sobre todo las de origen gradual, siempre que tenga origen accidental; acumulación de experiencia; posibilidad de interlocución fluida con las AAPP y Asociaciones empresariales; etc.²³³⁹. Se suelen fijar en este tipo de pólizas algunas exclusiones a la cobertura de los daños tales como las consecuencias esperadas y aceptadas del normal funcionamiento de la instalación y debidas a la falta de cuidado de la misma, al dolo o al incumplimiento de la normativa ambiental, etc.

Durante la década de los setenta y ochenta se fueron desarrollando determinados *Pools* aseguradores. En el Derecho comparado existen ejemplos similares en Francia (*Assurpol*); en Italia (*pool per l'assicurazioni r.c. da Inquinamento italiano*); Holanda (*MAS*), Reino Unido (*Ceilif*); Estados Unidos (*Pollution Liability Insurance Agency*), Japón (*Oil Pollution Liability Pool*); Suecia (*Misjöskade Konsortief*). Aunque no estrictamente similares a los *Pools*, se pueden citar también los grupos de retención de riesgos norteamericanos (*Risk Retention Goup*).

Los *Pools* se diferencian de los Seguros Generales de la Industria en que éstos cubren la contaminación gradual con base a pólizas específicas, o se centraban en un segmento muy específico de riesgos. En las coberturas del *pool* la capacidad aseguradora era mucho mayor que la de cada uno de los aseguradores de forma separada, pero se le criticó²³⁴⁰ que no dotaba a la responsabilidad civil por daño al medio ambiente de un mecanismo de reparación realmente eficaz, capaz de resolver los problemas específicos de este tipo de daños. Existen dos indudables ventajas: la de estar en aptitud de potenciar la capacidad financiera asegurativa y la de cubrir riesgos que para un solo asegurador son inasegurables. No obstante, ofrece serias dificultades como el manejo de términos como “contaminación”, “daño ambiental” y “tercero asegurado,” así como las dificultades técnicas, actuariales y jurídicas en la determinación del riesgo asegurable. En cualquier caso, estos *pools* aseguradores operan bien como coaseguro directo, o bien indirectamente por la vía del *pool* de reaseguro²³⁴¹.

²³³⁸ BERNARD, J., y ARBUÉS SALAZAR, J.J., “Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista Derecho y Medio Ambiente*, v., I, núm. 1, enero-marzo, 2000, p. 36. DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 365.

²³³⁹ DE LAS HERAS, J.L.: “Las pólizas específicas de responsabilidad civil por contaminación; el Pool Español de Riesgos Medioambientales”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, pp. 257-258.

²³⁴⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La responsabilidad civil por inmisiones...”, *op. cit.*, p. 70. Dice el autor: «especialmente cuando no es posible precisar quién sea el responsable civil del daño ambiental».

²³⁴¹ DÍAZ BRAVO, A.: *op. cit.*, p. 44.

El concepto de *pool* se basa en un Convenio de Suscripción que es administrado por una entidad aseguradora con personalidad jurídica propia²³⁴². Su naturaleza jurídica será la de una Agrupación de Interés Económico, y su objeto principal es el de administrar un Convenio de correaseguro, para la suscripción conjunta de los riesgos medioambientales. El Convenio acogerá tanto a compañías aseguradoras como reaseguradoras, correspondiendo a las primeras en el mismo una doble condición (de aportantes de operaciones y la de aceptantes del reaseguro de las mismas), mientras que las segundas sólo podrán ser copartícipes del reaseguro. Las entidades socios podrán crear mediante pacto uno o varios productos para asegurar la Responsabilidad Civil por Contaminación. La fórmula asociativa es la más eficaz, “y así se ha demostrado en otros países. El Convenio por el que se rige el PERM tiene las funciones de: i) centralizar la gestión, administración y control de dichos seguros en el Pool; ii) poner en común capacidades de retención para su utilización en régimen de reaseguro, proporcionalmente en función de aquéllas; iii) suscribir las operaciones de seguro de las modalidades creadas por el *pool*, conforme a las condiciones técnicas acordadas, reasegurándolas a dicha entidad; iv) en caso de insolvencia de algún socio, asumir solidariamente los compromisos de éste, sin perjuicio de los derechos de repetición correspondientes²³⁴³.

La creación de un *pool* asegurador de los daños civiles y medioambientales por contaminación tiene numerosas ventajas. Por ejemplo, según DOPAZO FRAGUÍO el *pool* ofrece uniformidad, precisión y transparencia de los conceptos ambientales; capacidad de aceptación de riesgos; capacidad de inversión en tecnología y formación; capacidad de afrontar nuevas coberturas; acumulación de experiencia (antecedentes y siniestros); capacidad de evolución, y capacidad de diálogo y transparencia informativa con las AAPP y con los agentes económicos. Por otra parte, las ventajas del Pool respecto de los fondos de indemnización u otras alternativas, son: evaluación y redistribución de riesgos, cálculo de primas, asunción de resultados y diversificación²³⁴⁴.

Según CABANILLAS SÁNCHEZ la creación del *Pool* logra una uniformidad de sus condiciones y de los procedimientos de evaluación y tarificación de los mismos, mediante un estudio pormenorizado de los potenciales siniestros producidos por los diversos sectores industriales, logrando una asunción de un mayor número de riesgos ambientales protegidos; superar la falta de rigor técnico hasta la fecha; la ampliación progresiva de coberturas: contaminación repentina (más restringida) y gradual (más amplia); construcción de una capacidad de retención suficiente que permita una gran autonomía; criterios de asegurabilidad basados en la exigencia de una auditoría medioambiental previa; la exclusión absoluta de determinados riesgos por no existir el componente de aleatoriedad y un aseguramiento individualizado²³⁴⁵.

En mi opinión, las ventajas de la creación de una cobertura específica a través del *pool* supone un avance en la materia de aseguramiento de los daños medioambientales por contaminación, por cuanto crea una uniformidad en el sector y se ajusta plenamente a lo dispuesto en la LRM, generando seguridad en los ciudadanos expuestos al riesgo y seguridad financiera en las industrias que los generan. No obstante, a pesar de que el aseguramiento de los daños tradicionales se ha regulado como póliza por parte del *pool*, ésta tiene un carácter voluntario, por lo que, en caso de daños producidos por una actividad peligrosa éstos últimos no siempre estarán asegurados.

²³⁴² En el caso español, el *Pool Español de Riesgos Medioambientales* se constituyó el 16 de mayo de 1994 y comenzó a operar el 1 de enero de 1995.

²³⁴³ DE LAS HERAS, J.L.: *op. cit.*, p. 259.

²³⁴⁴ DOPAZO FRAGUÍO, P.: *op. cit.*, pp. 105-106.

²³⁴⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños...*, *op. cit.*, pp. 291-292.

b) *El Pool Español de Riesgos Medioambientales.*

El *Pool Español de Riesgos Medioambientales* está integrado por 27 compañías (19 compañías de seguro directo y 8 reaseguradoras) y opera con cláusulas del tipo *occurrence-claims made*²³⁴⁶, pues cubren los siniestros cuya primera manifestación se produce durante la vigencia del seguro aunque el origen sea previo, y siempre que la reclamación se presente a más tardar dentro de un período de tiempo determinado a partir de la extinción de la vigencia del contrato. Para la existencia de estas aseguradoras será necesaria la previa autorización administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, así como la inscripción en el registro administrativo llevado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que a su vez, estarán controladas por la Dirección General de Seguro y Fondos de Pensiones en lo relativo a la solvencia y demás previsiones técnicas. Esta Dirección asumirá también la potestad sancionadora. El asegurador deberá cumplir con lo dispuesto en la LOSSP, debiendo adoptar la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social, y deberá tener un capital social. Estas entidades crean uno o varios productos aseguradores de este tipo de responsabilidad, centralizando la gestión y control de los mismos y, en caso de insolvencia de algún socio, asume solidariamente los compromisos de éste, sin perjuicio de los derechos de repetición que tenga cada uno de sus miembros.

La entidad aseguradora deberá previamente evaluar el riesgo de la actividad industrial potencialmente contaminante, para lo cual la entidad elegida tiene un cuestionario de solicitud en función del tipo de instalación industrial de que se trate, así un cuestionario general. Incluso, es posible el examen por parte de personal acreditado en las propias instalaciones. La excepción al sometimiento del proceso de evaluación se daría en el caso de que el solicitante ya haya realizado una exhaustiva evaluación conforme a la UNE 150008. Tras la obtención de la evaluación, la compañía de seguros formulará una oferta de seguro, así como las recomendaciones que estime convenientes. Si el solicitante la acepta, la compañía emitirá la póliza.

El objetivo general, según DE LAS HERAS²³⁴⁷, es avanzar en la cobertura de las necesidades de mercado hacia una suscripción de riesgos coherente y que garantice una cierta estabilidad, siendo sus objetivos: 1) la uniformidad de las condiciones, a través de unas condiciones de seguro específicas que han sido consensuadas y revisadas por una buena parte de las compañías de seguros y presentadas y debatidas en la Dirección General de Seguros, pudiendo convertirse, a su vez, en bases de contratación común en el mercado; 2) ampliación gradual de coberturas, intentando conjugar los principios de máxima amplitud y de aseguramiento siempre que sea evaluable el riesgo; 3) suscripción técnica, teniendo en cuenta las experiencias del mercado asegurador en otros países y se establece, a nivel interno, un procedimiento de evaluación y tarificación de riesgos basado en una recopilación de estadísticas y de accidentes y del potencial de accidentes; 4) capacidad financiera suficiente ofrecidas por las entidades aseguradoras y reaseguradoras; y 5) consenso con las Administraciones Públicas. No obstante en virtud de lo dispuesto en el art. 5, 1, letras a) y b) del Reglamento (CE) n° 358/2003 de la Comisión de 27 de febrero de 2003 relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de seguros (DUE 28.2.2003), estas condiciones no deben ser vinculantes y tienen que mencionar expresamente que las empresas participantes son libres de ofrecer a sus clientes unas condiciones de póliza distintas.

²³⁴⁶ DÍAZ BRAVO, A.: *op. cit.*, p. 44.

²³⁴⁷ DE LAS HERAS, J.L.: *op. cit.*, pp. 259-260.

En Italia, cualquier riesgo de contaminación se canaliza a través del *Pool de Inquinamento*. Éste otorga cobertura específica a los riesgos por contaminación a través de la clásica póliza de contaminación E.I.L. (*Environmental Impairment Liability*). Se ofertan dos tipos de seguro: el modelo básico que da una cobertura amplia para todo tipo de contaminación, sea o no accidental y un modelo limitado a este último tipo de contaminación. La puesta en funcionamiento de la cobertura es la reclamación formulada en primer lugar contra el asegurado durante la vigencia de la póliza. Se cubren lesiones corporales, daños materiales y pérdidas financieras sufridas por terceros como consecuencia de la interrupción o suspensión de las actividades industriales o porque la propiedad haya quedado inutilizada. Asimismo, los gastos de evitación de las pérdidas también están cubiertos, aunque sujetos a un sublímite. De acuerdo con el art. 1917 CCI, los gastos de defensa legal también están cubiertos adicionalmente al límite de la cobertura, sin exceder de un porcentaje.

En Francia, el *Assurpol* (1.1.1989) es una Agrupación reaseguradora de riesgos de daños civiles por contaminación en territorio francés. Garantiza la cobertura de daños tradicionales (corporales, materiales e inmateriales) que la contaminación puede causar a los particulares causados por la emisión, la dispersión, el vertido o el depósito de toda sustancia contaminante en la atmósfera, el suelo o las aguas; y por los olores ruidos, vibraciones, variaciones de temperatura, ondas, radiaciones y emanaciones que excedan la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad²³⁴⁸. Por otra parte, este seguro también puede cubrir los gastos de las operaciones destinadas a prevenir este tipo de daños²³⁴⁹. Este tipo de seguro cubre la responsabilidad por lo que se ha denominado “daños civiles por contaminación” ocasionados de forma accidental, pero reconociendo también aquellos que tienen un origen gradual, aunque desconocido por el causante. Los primeros son aquellos que resultan de un evento repentino e imprevisto, y que no se realizan de una manera lenta, gradual o progresiva, como por ejemplo la ruptura de una cuba. Los segundos se refieren a aquellos en los que existe un retraso entre el evento generador y la manifestación del daño, si bien exige que sea desconocido para el causante, como por ejemplo las fugas imperceptibles, las infiltraciones gota a gota, etc. “Atentado al Ambiente asegurado” es el producido por un hecho fortuito, es decir, un acontecimiento material que es aleatorio, incierto, conforme a las reglas del aseguramiento. Quedan excluidas, por lo tanto, las inmisiones cuando las emisiones hayan sido conocidas y asumidas como resultado de la actividad de la actividad industrial o por un hecho conocido y consentido por el industrial. Obviamente, cualquier otro daño civil por contaminación ocasionado por dolo, conocimiento o incumplimiento grave de las obligaciones tampoco quedará cubierto. Tampoco la contaminación histórica (del pasado) ni la crónica (inevitable), En la contaminación crónica se incluyen los vertidos y emisiones causadas por las instalaciones en su funcionamiento normal, lo que excluye generalmente las inmisiones. Esta garantía no se puede aplicar si una instalación presenta incorformidades o defectos conocidos, de tal entidad que la ocurrencia de un incidente no es aleatorio, sino un resultado cierto en razón de la negligencia –se entiende grave- cometida. El aseguramiento se dirige a los operadores de un establecimiento industrial, agrícola o comercial potencialmente peligrosas al medio ambiente, se exija autorización o simple declaración (*loi 19 juillet 1976*), Las reclamaciones deberán dirigirse al asegurado o asegurador durante el periodo de validez del contrato, si bien existe una garantía de cinco años desde la terminación del contrato para reclamar.

²³⁴⁸ BERNARD, J., y ARBUÉS SALAZAR, J.J., “Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista Derecho y Medio Ambiente*, v., I, núm. 1, enero-marzo, 2000, p. 38.

²³⁴⁹ Assurpol: <http://www.assurpol.fr/index.php?page=general> (fecha 29.04.2014).

Una cuestión especialmente importante del aseguramiento francés de los daños civiles por contaminación es la garantía de “medidas de prevención”. Esta garantía consiste en cubrir, en caso de amenaza real e inminente de daños garantizados, los gastos incurridos por el asegurado para prevenir los daños a terceros. Por ejemplo los gastos de neutralización o eliminación de sustancias propagadas al medio ambiente, por medio de operaciones como la limpieza de suelos, aguas subterráneas, compra de productos de lucha contra la polución, arriendo de equipos y materiales, etc. Se pone como condición que estas medidas estén relacionadas con un atentado fortuito que, por naturaleza, sea susceptible de hacer surgir la responsabilidad civil, en la medida donde ella constituye una amenaza real e inminente de daños a terceros. Se reconoce en la página web del Assurpol que estas medidas preventivas tienen una ventaja excepcional al poder aplicarse independientemente de la garantía de responsabilidad civil, de manera que ciertos siniestros pueden de esta manera limitarse a la neutralización de una fuga antes de su propagación más allá de la industria de donde procede. Desde el punto de vista temporal, estas medidas pueden imponerse cuando la constatación verificable de una amenaza de daño se produzca durante el período de validez del contrato.

En mi opinión, el aseguramiento de los daños civiles por contaminación que ofrece el Assurpol francés es digno de elogio. Por una parte, cubre el aseguramiento de cerca de 600.000 instalaciones potencialmente peligrosas, que son las establecidas principalmente en el *loi du 15 juillet 1975*, equivalente a nuestro RAMINP o legislación autonómica equivalente que lo sustituye. Por lo tanto, no se centra solamente en las actividades anormalmente peligrosas (1300 instalaciones aproximadamente), ni a las que se exige autorización ambiental (70.000 instalaciones), sino que incluye también unas 480.000 instalaciones aproximadamente (peligrosas), siendo, en resumen, las fábricas, talleres, depósitos o sitios que generalmente puedan suponer peligro o inconvenientes para otros servicios: salud, seguridad y salud pública, agricultura, convivencia vecinal, protección de la naturaleza y del medio ambiente, etc. La *loi du 15 juillet 1975* recoge, por lo tanto, una nomenclatura de las actividades y las sustancias y fija para cada una los umbrales para la determinación de los regímenes administrativos para que el operador pueda iniciar la actividad: régimen de autorización y de declaración, lo que sería equivalente en nuestro derecho al régimen de autorización ambiental integrada (LPCIC) y de licencia ambiental (RAMINP o legislación autonómica). El aseguramiento a terceros se hace más que necesario a partir de 1970 tras la producción de importantes accidentes medioambientales. Antes de estas fechas no había este tipo de coberturas y pasaban a regularse dentro de la garantía de Responsabilidad Civil General de Daños, en el título de recursos de los vecinos y de terceros. No obstante, el aseguramiento francés de daños ambientales tradicionales “arrastra” los mismos problemas de los que adolece el contrato de seguro: solamente garantiza los daños producidos de forma accidental y aleatoria para el asegurado, aunque la forma de transmitirse la contaminación sea repentina o gradual. En definitiva, la polución accidental se centra en los casos en los que los sucesos se definen como ruptura de una canalización o de una máquina²³⁵⁰, quedando excluidos, por lo tanto, las inmisiones, dolo y culpa grave.

²³⁵⁰ Assurpol: <http://www.assurpol.fr/index.php?page=general> (fecha 29.04.2014). En la contaminación accidental se ponen los siguientes ejemplos: «la ruptura brutal de una cuba o de una canalización que contiene productos peligrosos atentando inmediatamente o dentro de un retraso muy breve las aguas de la capa freática. La falsa maniobra de un trabajador que se equivoca en los mecanismos de apertura/cierre de válvulas vertiendo productos químicos sin retraso y contaminando el río adyacente». En la contaminación gradual histórica se pone este ejemplo: «Poluciones viejas, incluso accidentales, a las que no se puso remedio en su momento», mientras que en las crónicas: «emisiones ocasionadas por instalaciones en funcionamiento normal», es decir, inmisiones producidas por un uso normal.

2) Análisis de la Póliza del aseguramiento de los daños medioambientales y civiles por contaminación del Pool Español.

A) *Condiciones generales de la póliza del Pool.*

a) *Tipos de responsabilidad cubierta por el seguro.*

Tras la aparición de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, el Pool Español de Riesgos Medioambientales contiene un producto básico de seguro que contiene las coberturas de responsabilidad civil y medioambiental, pasándose a llamarse “*Seguro de Responsabilidad Civil y Medioambiental por Contaminación*”, que se estructura en tres módulos de cobertura (www.perm.es):

«A. Responsabilidad Medioambiental por contaminación, excluido gastos de descontaminación del suelo propio.

B. Descontaminación del propio suelo. Garantiza los gastos de descontaminación del suelo que ocupa la actividad asegurada, prestación que queda expresamente excluida del módulo A). Se ha separado esta cobertura en un módulo aparte porque la contratación de la misma requerirá de información complementaria y se aplicarán criterios específicos derivados de la contaminación.

C. Responsabilidad Civil por Contaminación. Por este módulo se asegurarán daños a personas, propiedades y perjuicios económicos derivados de contaminación».

Como se indica en la página *web* del *Pool Español de Riesgos Ambientales*, se intenta dar una solución a los riesgos medioambientales, a raíz de la aprobación de la *Ley de Responsabilidad Medioambiental* (www.perm.es):

“La Ley de Responsabilidad Medioambiental [...] implanta un nuevo tipo de responsabilidad administrativa, adicional a la responsabilidad civil por contaminación que ya conocemos, con lo cual se generan para sus clientes nuevas necesidades de cobertura, que no encuentran una adecuada respuesta aseguradora en los productos existentes.

A fin de dar una solución más ajustada a dichas necesidades de cobertura, el Pool ha preparado nuevos seguros mediante los que se abarcan, en diferentes módulos de cobertura, las responsabilidades que se vienen asegurando hasta ahora y los que nacen con la nueva ley, en los aspectos en que unas y otras son asegurables. Los nuevos seguros sustituyen a los que actualmente se ofrecen y constituirán en adelante la oferta aseguradora de la Agrupación”.

A fecha de marzo de 2012²³⁵¹, la cobertura de los daños medioambientales y civiles por contaminación del Pool Español se llama “Seguro de Responsabilidad Medioambiental y Civil por Contaminación”, que establece tres modalidades: una obligatoria relativa al aseguramiento de la Responsabilidad Medioambiental (Módulo A) y dos voluntarias relativas al aseguramiento de los costes de descontaminación del Suelo (Módulo B) y de Responsabilidad Civil (Módulo C). Esta nueva confección cambia la configuración tradicional del seguro de “Responsabilidad Civil Medioambiental” en el que se recogían tanto la responsabilidad civil por daños tradicionales como la responsabilidad por daños a elementos naturales. Además, la contratación del Módulo A es básico y los Módulos B y C son complementarios y de contratación voluntaria. Antes de la aprobación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, el Pool ya recogía los daños a elementos naturales dentro del denominado “seguro de responsabilidad civil por contaminación”, por lo que los actuales Módulos de responsabilidad A y C estaban incluidos en un solo, mientras que el actual Módulo B se correspondía con el anterior “seguro combinado”, que cubría los costes de descontaminación del suelo.

²³⁵¹ Versión marzo de 2012 de los documentos facilitados por el *Pool*: CEGEN-1203, Condiciones Generales; CERM-1203, Condiciones especiales del Seguro de Responsabilidad Medioambiental; y CERCC-1203, Seguro Complementario de Responsabilidad Civil por Contaminación.

Las cláusulas de las pólizas de responsabilidad civil y medioambiental por contaminación establecidas en el Seguro de Responsabilidad Medioambiental y Civil por contaminación suelen tener el siguiente contenido:

- *Contaminación* es “la introducción o dispersión en la tierra, el agua o el aire de materias o formas de energía que produzcan en la calidad de dichos medios un deterioro que resulte peligroso o dañino”²³⁵². Esta definición se compone de cuatro elementos principales: a) el hecho, que se produce por una inmisión; b) los elementos contaminantes que de manera genérica alcanza a “materias o formas de energía” con la que se cubren todas las posibles formas de presencia de contaminantes, con la excepción en todos los *pools* de radiaciones iónicas y campos electromagnéticos, y de ruidos, vibraciones, rayos y olores, que en el PERM se excluyen mientras que en el Pool francés se incluyen expresamente; c) los medios sobre los que actúa la contaminación, siendo principalmente el agua, el aire o la tierra; y d) el efecto negativo.

- Las *exclusiones de la cobertura*, entre otras, son los riesgos del desarrollo y la contaminación causada por emisiones autorizadas. En el primer caso, en el Pool español y francés se excluyen expresamente, mientras que en otros textos no es así, y, en el caso alemán, se incluyen. En cuanto a la segunda de las exclusiones en Francia y España se ha optado por excluirlas expresamente, mientras que otros países guardan silencio. No cubre la responsabilidad por contaminación que resulte de circunstancias desconocidas por el *estado del arte*, la consentida o normal, los daños genéticos y los daños ecológicos puros, lo que puede sugerir que los aseguradores no desean que su actividad se elevara al rango de panacea de la responsabilidad civil ambiental²³⁵³.

- *Limitaciones a la cobertura*. La fuente de producción de la contaminación se lleve a cabo dentro de instalaciones industriales terrestres fijas. También puede venir limitada la cobertura por siniestro y agregado anual²³⁵⁴. Las limitaciones en lo referente a la causa originaria y al desarrollo de la contaminación pueden obedecer, según DE LAS HERAS²³⁵⁵ a los siguientes modelos:

- *Contaminación accidental y repentina*, en la que se requieren dos condiciones para que pueda tener lugar: a) el hecho ha de tener una causa inesperada, que no forme parte del desarrollo normal de la actividad; b) la contaminación ha de producirse de forma súbita, es decir, que el transcurso de tiempo desde que empieza a producirse en hecho contaminante hasta que se descubre la existencia de la contaminación es muy corto (este plazo oscila entre las 72 hasta las 168 horas, según mercado).
- *Contaminación accidental* (ya sea repentina o gradual): sólo requiere para su inclusión que la primera de los dos condiciones anteriores tenga lugar. Este es el caso habitual de el *pool* Italiano, Francés y Español.
- *Contaminación accidental o no accidental*: se refiere a la contaminación que cause un daño está asegurada independientemente de que su origen esté en un hecho ordinario o extraordinario de la actividad, siempre que no se haya causado de forma intencionada. Esta modalidad de daño no doloso no es aceptada en la mayoría de *pools* por cuanto no cuenta con el factor de la aleatoriedad del hecho generador del siniestro.

²³⁵² DE LAS HERAS, J.L.: *op. cit.*, pp. 264-265.

²³⁵³ DÍAZ BRAVO, A.: *op. cit.* p. 45.

²³⁵⁴ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 366.

²³⁵⁵ DE LAS HERAS, J.L.: *op. cit.*, pp. 265-266.

- Los *daños indemnizables* suelen referirse al deterioro de los elementos naturales (medio ambiente): tierra, agua o aire, y al daño causado como consecuencia del deterioro de los elementos naturales anteriores, que actúan como vehículo de la contaminación (daños tradicionales): i) daño personal: lesión corporal, enfermedad o muerte causados a personas físicas; ii) Daño material: el daño, deterioro o destrucción de cosas y el daño o la muerte causados a animales; iii) perjuicio: la pérdida económica; esto es, la pérdida o disminución de ingresos o la generación o incremento de gastos. Estos últimos deberán: ser demostrables y cuantificables en términos económicos, y ser consecuencia directa de un daño personal o material cubierto por la póliza.

- Las *prestaciones del asegurador* son: a) indemnizaciones o gastos necesarios para la reparación del daño; b) gastos de defensa del asegurado; c) imposición de fianzas judiciales para garantizar la responsabilidad; y d) gastos extraordinarios en los que incurra el asegurado para aminorar las consecuencias del siniestro, y/o para prevenir la ocurrencia de un siniestro inminente. Las prestaciones están limitadas tanto en cuanto a la acumulación de las prestaciones (la unidad del siniestro para casos de daños o reclamaciones en serie), así como el límite anual, a modo de agregado de cobertura por el conjunto de siniestros atribuidos a una misma anualidad de seguro.

- En cuanto a la *delimitación temporal de la cobertura*, es decir, la determinación del momento que puede servir de detonante de la cobertura, se garantizan los siniestros que cumplan estas tres condiciones²³⁵⁶: i) que la causa de la contaminación no se haya producido antes de la entrada en vigor de la póliza; ii) que la primera manifestación o descubrimiento del daño se produzca dentro del período de la póliza; y iii) que la reclamación del perjudicado se produzca dentro del período del seguro, o, como máximo, en los dos años siguientes a su extinción.

El seguro considera el momento del siniestro el de la primera manifestación del daño, con una extensión temporal de dos años para las reclamaciones. El *dies a quo* será el de la fecha del siniestro (considerada como el momento del primer descubrimiento de la contaminación). Por otra parte, se dará un período de dos o tres años después de cancelada la póliza, para la recepción de reclamaciones de siniestros comprendidos dentro del período de cobertura.

Una cuestión importante y negativa de este tipo de seguro es su aspecto de constitución voluntaria, lo que hace dudar de su futura aplicación y lo que le sitúa en una clara desventaja frente a los daños medioambientales. En esta carrera parece ser que ha ganado “por goleada” el interés de la preservación del medioambiente frente al interés de las personas que se hayan visto individualmente afectadas por un daño como consecuencia de la contaminación ambiental. Por ende, esta decisión del legislador de excluir la responsabilidad civil por los daños tradicionales del régimen de responsabilidad medioambiental y no regular aquella mediante una ley especial, produce una serie de agravios comparativos con el régimen jurídico público de resarcibilidad por daños. Puede suceder el caso paradójico de que una contaminación producida por una industria recogida en el Anexo III LRM produzca con el mismo hecho contaminante una leve contaminación del medio y un daño grave a la salud de las personas. El primero quedaría cubierto por el seguro de responsabilidad medioambiental, mientras que el segundo solamente en el caso de que haya sido voluntariamente suscrito por el operador, situación del todo inaceptable y necesitada de un impulso legislativo definitivo. Nos gusta en este aspecto la solución francesa del Assurpol.

²³⁵⁶ DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español...*, *op. cit.*, p. 366. P. ej. la contaminación de instalaciones o terrenos del asegurado, los riesgos del desarrollo, la contaminación consentida o habitual, etc.

b) *El elemento formal: la póliza del contrato.*

La Póliza es el documento contractual que contiene las condiciones reguladoras del seguro y forman parte integrante de la misma: las Condiciones Generales, las Particulares que individualicen el riesgo y, en la gran mayoría de los seguros de responsabilidad civil por contaminación, las Especiales que hacen referencia a una determinada modalidad de contrato en función de la cobertura concreta²³⁵⁷, y los Suplementos que se emitan a la misma para complementarla o modificarla. Las condiciones generales podrán ser redactadas por la aseguradora con base a la LOSSP, excepto en los seguros obligatorios, que deberán ser autorizados por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DFSFP). Las condiciones generales deberán cumplir, en cualquier caso, con lo dispuesto en el art. 3 LCS²³⁵⁸. SÁNCHEZ CALERO²³⁵⁹ dispone que dichas condiciones especiales, que no están formalmente reconocidas en la LCS, hay que asimilarlas en cuanto a su régimen a las generales puesto que están predisuestas, con carácter general, para esas modalidades de seguro.

En el documento de **CONDICIONES GENERALES** del Seguro de responsabilidad medioambiental y de responsabilidad civil por contaminación se establece, en el apartado relativo a **BASES DEL CONTRATO**, que:

«**A.- CONTRATO.**

A los efectos de este seguro, se entiende por **contrato** el documento que contiene las condiciones reguladoras de seguro. Forman parte integrante del *Contrato*:

- Las Condiciones Generales.
- Las Particulares que individualizan el riesgo.
- Las Especiales y los Suplementos o Apéndices que se emitan al mismo para complementarlo o modificarlo».

Se suscita la duda de si es de aplicación a las Condiciones Generales de la póliza la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC) que, en su art. 2, al definir el concepto de predisponente y adherente indica que este último puede ser un profesional «sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad», lo que ha llevado a algún autor²³⁶⁰ a justificar la posible aplicación al Seguro de Responsabilidad Civil por Contaminación ya que el art. 2 implica que también puede actuar el asegurado en el marco de su actividad. La LCGC (art. 7) recoge una serie de supuestos en los que rige la regla de “No incorporación”. Por su parte, el art. 8 LCGC recoge la regla de la “Nulidad” de pleno derecho de algunas Condiciones Generales. Para determinar la nulidad de alguna de las cláusulas se deberá acudir art. 3 LCS.

²³⁵⁷ Las condiciones especiales son las que complementan o modifican el contrato de seguro.

²³⁵⁸ Art. 3 LCS “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y en el que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradoras a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

²³⁵⁹ SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.): *Ley de contrato de seguro: comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Navarra, Aranzadi, 2005, Ed. 3ª, p. 78.

²³⁶⁰ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op.cit.*, pp. 202 y ss.

Se impone una obligación material relativa a la obligación del redactor de las cláusulas de hacerlo con claridad y precisión y cuyo incumplimiento podría dar lugar a la aplicación de la regla contra *proferentem* y a favor del adherente (art. 6.2 y 3 LCGC y 1288 C.c.) o a la declaración de no incorporación (art. 7 b) LCGC) y en la sentencia que la estime deberá aclararse la eficacia o la nulidad del contrato si éste no puede subsistir²³⁶¹. También se contemplan las condiciones en cuanto contenido normativo básico de la relación contractual, intentando asegurar tanto la realidad del consentimiento como el control del contenido del contrato a favor del asegurado, prohibiéndose las cláusulas lesivas y, en cuanto a las limitativas, se exige un suplemento de consentimiento (deberán ser específicamente aceptadas por el asegurado).

El carácter lesivo de la cláusula vendrá determinado por la situación de desproporción o desequilibrio que produce la condición en el contrato o porque sea contraria a la buena fe, cuya sanción será la nulidad de la cláusula y no necesariamente del contrato. Por su parte, las cláusulas limitativas son las que limitan las facultades del asegurado dentro de las normas de derecho dispositivo, que quedan bajo el imperio de la autonomía de la voluntad, empeorando su situación negocial respecto a lo que habría resultado de aplicar la norma dispositiva. Deberán ser aprobadas por escrito por el tomador del seguro y una vez incorporadas al contrato deberán aparecer en el mismo de modo destacable, so pena de tenerse como no puestas.

Si se trata de un seguro de grandes riesgos (art. 107.2 c) LCS) los requisitos son que la actividad supere, al menos, dos de los tres criterios siguientes: un balance superior a 6.200.000 €, un importe neto del volumen de negocio de 12.800.000 € o un nº medio de empleados durante el ejercicio de 250, según el art. 44.2 LCS, no será de aplicación el art. 2 LCS que a su vez dispone que «Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen el carácter imperativo, a no ser que se disponga otra cosa». Esto implica que no hay base legal para estimar nula la cláusula lesiva que vaya en contra de la LCS en el caso de seguro de grandes riesgos, por lo que en estos casos habrá que acudir a las normas generales de interpretación de los contratos de acuerdo con el art. 57 CCom y 1281 C.c. o al último criterio de buena fe del art. 1258 C.c. y a las normas generales de la nulidad contractual.

Otras condiciones de funcionamiento recogidas en las Condiciones Generales de la Póliza son las relativas a la subrogación y reclamación de daños al asegurador o tomador (arts. 5 y 6) y extinción, nulidad, prescripción, jurisdicción y comunicaciones (arts. 7 a 11 respectivamente), sobre las que no me voy a detener, ya que no guardan ninguna especialidad con la materia del daño por contaminación.

c) *Obligaciones del tomador: el pago de la prima; información sobre el riesgo y permiso de acceso y medidas de prevención, evitación y reparación.*

Según dispone el «ARTÍCULO 3: OBLIGACIONES DEL TOMADOR DEL SEGURO Y DEL ASEGURADO», las obligaciones giran en torno al pago de la prima, información sobre el riesgo, permiso de acceso, prevención, evitación de un siniestro inminente y obligaciones en caso de siniestro.

El Pago de la Prima contiene las siguientes previsiones: el tiempo del pago, la determinación de la prima, el cálculo y liquidación de las primas regularizables, el lugar de pago y las consecuencias del impago de las mismas.

²³⁶¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro...*, op. cit., p. 86.

En fase precontractual, el Asegurador exigirá al Asegurado que le informe de cuantas cuestiones sean necesarias para la óptima concreción de los riesgos de la actividad, así como para comprobar si la misma cuenta con las medidas preventivas adecuadas. Esta obligación refleja el deber del tomador del seguro o del asegurado de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. El art. 3.2 establece las obligaciones al contratar el seguro. Cobra especial relevancia el deber de declarar del Asegurado con la máxima buena fe («*ubérrima bona fides*»), máxima colaboración con el Asegurador y lealtad, exactitud y diligencia posible de todas aquellas circunstancias que éste deba conocer para poder decidir, con el máximo conocimiento de daños que solamente el Asegurado puede ofrecerle, si acepta o no la concertación del seguro²³⁶². Durante esta fase el Asegurador puede practicar una política de selección de riesgo. En el supuesto de que las declaraciones del Asegurado sean inexactas, «El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro» (art. 10 LCS). No se trata de que el Asegurador quede liberado sin más, sino de que no se le pueda exigir que haga frente a sus obligaciones cuando las manifestaciones vertidas por el Asegurado no sean claras y exactas, por cuanto el contrato de seguro es, en estos casos, nulo «*ab initio*»²³⁶³. Con la franquicia el Asegurado se convierte en un coasegurador de su propio riesgo, motivo por el que será el primer interesado en evitar que el siniestro tenga lugar, lo que sólo puede ser posible a través de la instalación de las más elementales medidas de prevención²³⁶⁴.

Ya entrados en fase contractual, se recoge el deber del tomador del seguro o del asegurado de comunicar, durante la vigencia del contrato, y tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas²³⁶⁵ (art. 11 LCS), con peligrosas consecuencias en caso de no hacerlo. Una vez comunicado, el asegurador puede: 1) proponer una modificación del contrato, en el plazo de 2 meses, que podrá ser aceptada o rechazada por el tomador en el plazo de 15 días. En caso de rechazo (o de silencio) el asegurador podrá rescindir el contrato, previa audiencia del tomador (art. 12 1º); o 2) rescindir el contrato, comunicándolo al asegurado en el plazo de un mes.

En la cláusula 3.2.4 viene recogido lo que sucede en caso de agravación del riesgo. Si la agravación del riesgo proviene del desenvolvimiento normal y previsible del riesgo, el Asegurador no podrá alegar la existencia de agravación del riesgo, por cuanto tales circunstancias las debería haber tenido a la hora de otorgar el contrato²³⁶⁶. Para tal determinación habrá que estar al caso concreto, siendo la prueba a cargo del Asegurador. Las consecuencias de la agravación del riesgo se centran en la posibilidad del Asegurador de modificar el contrato o, en su caso rescindirlo, tal y como indica el art. 12 LCS. Las consecuencias de la inexactitud o reserva en la información dará lugar, según la cláusula 3.2.6 a que el asegurador pueda rescindir el contrato, mediante declaración dirigida al Tomador, en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud en la información sobre el riesgo o agravación.

²³⁶² HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, p. 295.

²³⁶³ STS 29.2.1984 (RJ 816, 1984).

²³⁶⁴ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, p. 297.

²³⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de contrato de seguro...*, *op. cit.*, pp. 212 a 215.

²³⁶⁶ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, p. 302.

La disminución del riesgo es de aplicación a todo tipo de contratos (art. 13 LCS y cláusula 3.2.5 Condiciones Generales del Seguro). Su aplicación faculta al Asegurado o al Tomador para que comuniquen o no estos cambios, si bien éstos, además de implicar una disminución del riesgo, deberán ser novedosos, imprevistos, relevantes y estables. En el caso de que el Asegurador no disminuyera la prima para el período siguiente tras la comunicación en cuestión, el Tomador tiene la facultad de resolver el contrato y solicitar, en su caso, la devolución de la diferencia de la prima satisfecha y la que hubiera correspondido pagar en el período comprendido entre el momento en que lo hubiera comunicado y la fecha de resolución. El problema será determinar esa diferencia. El objetivo es salvaguardar el equilibrio de las contraprestaciones del contrato. En los aspectos medioambientales podrán ser motivo de disminución de la prima la adopción de medidas que disminuyan el riesgo, como la implantación de Sistemas de Gestión Ambiental basados en la Norma ISO 14001 o el EMAS, la introducción de mejoras en el proceso productivo derivado de las MTD's, etc.

El riesgo se configura como un elemento esencial en el contrato de seguro, por lo que en el caso de inexistencia de riesgo el contrato deviene nulo de pleno derecho (art. 4 LCS). El concepto de riesgo está íntimamente ligado al de siniestro, que no es más que el riesgo sucedido. El riesgo en el seguro de responsabilidad civil por contaminación es la posibilidad de causar daños a los particulares como consecuencia la contaminación transmitida a través de un elemento del medio ambiente por los que pueda serle exigida la responsabilidad al asegurado (antes de la aprobación de la LRM también estaba incluido dentro del concepto de riesgo el de los daños a los elementos naturales, que hoy en día pasan a regularse como una modalidad separada de aseguramiento del *Pool*). Su configuración es convencional, por cuanto al contrato se le confía la delimitación del ámbito de cobertura del aseguramiento, ya que cualquier hecho que quede fuera del mismo, estaría excluido de la cobertura.

Las medidas a adoptar ante la producción de un riesgo o daño vienen recogidas en el art. 3.4 (prevención), 3.5 (obligación de evitar un siniestro inminente) y 3.6 (obligaciones en caso de siniestro). El art. «**3.4 PREVENCIÓN**» establece:

«El Asegurado está obligado a respetar en su actividad todas las normas obligatorias que le sean aplicables, sean del rango que sean, así como las medidas aconsejadas por la buena práctica y la experiencia, para reducir el riesgo de un accidente o minimizar las consecuencias del mismo en caso de que se produzca y, en particular a: 1)

- **Efectuar en todos sus equipos e instalaciones las operaciones de mantenimiento y las revisiones o pruebas de funcionamiento recomendadas por el fabricante o el proveedor de los mismos y las reparaciones necesarias.**
- **Adoptar y mantener las medidas preventivas para evitar un siniestro en todo momento y, en especial, cuando conozca la ocurrencia de un acontecimiento que puede ocasionarlo.**
- **Diseñar, ensayar y poner en práctica, en caso necesario, los planes de emergencia pertinentes».**

Este deber de prevención se realizará mediante la fijación de medidas atinentes a los riesgos del seguro, que le suelen venir fijadas por la actividad de que se trate. P. ej. respetar las normas obligatorias que le sean aplicables, adoptar las medidas aconsejables por la buena práctica, etc. El asegurado deberá asumir, por tanto, las consecuencias de la adopción de las medidas de prevención, por cuanto el incumplimiento de las normas administrativas generará un incumplimiento por culpa grave, y excluirle del riesgo asegurado, además de otras posibles consecuencias frente a terceros²³⁶⁷.

²³⁶⁷ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 268.

Por otro lado, el art. «**3.5 OBLIGACIÓN DE EVITAR UN SINIESTRO INMINENTE**», dispone que:

«Tan pronto como se produzca una situación de riesgo inminente de causar una contaminación susceptible de dar lugar a un siniestro, el Tomador del seguro o el Asegurado deberán adoptar las medidas preventivas apropiadas que estén a su alcance para evitar que dicha contaminación se produzca; en su caso, en colaboración con la autoridad Competente.

El incumplimiento de este deber dará derecho al Asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, de producirse el siniestro, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados de dicho incumplimiento y el grado de culpa del Asegurado. Si este incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al Asegurador, éste queda liberado de toda prestación derivada del siniestro.

Los gastos que se originen por el cumplimiento de esta obligación, **siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a las consecuencias previsibles, serán de cuenta del Asegurador, con los límites y en las condiciones que se fijan en el contrato, incluso si tales gastos no han tenido resultados efectivos o positivos.**

En defecto de pacto se indemnizarán los gastos efectivamente originados, **cuyo montante, añadido al de las demás prestaciones, no podrá exceder de la suma asegurada para este concepto.** El Asegurador que en virtud del contrato sólo deba indemnizar una parte del siniestro, deberá reembolsar estos gastos en la misma proporción, a menos que el Tomador del seguro o Asegurado hayan actuado siguiendo las instrucciones expresas del Asegurador para ese caso en particular».

La aminoración de las consecuencias del siniestro es un deber del Tomador del Seguro y del Asegurado que interesa sobre todo al Asegurador, ya que la indemnización final a satisfacer será menor en caso de que se puedan reducir los efectos totales del daño, empleando los medios a su alcance²³⁶⁸. Su incumplimiento dará derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños y el grado de culpa del asegurado. Los gastos de aminoración y/o evitación correrán a cargo del asegurador, o se indemnizarán, según contrato, siempre que el Asegurado pruebe que se han cumplido una serie de requisitos. Los gastos efectuados deberán ser los necesarios, adecuados y proporcionados. No se indemnizarán, por tanto, los gastos que sean consecuencia situaciones de peligro tales como las prácticas de mantenimiento inadecuadas o aquellas que no conlleven el riesgo de un daño o perjuicio inminente con cargo al seguro. En cualquier caso, no son reintegrables los gastos derivados de la restauración o reparación de los daños producidos en instalaciones u otros bienes no amparados por el seguro; los gastos de evitación de daños a instalaciones no previstas en el seguro, u otros fines que no estén cubiertos. Se trata de una medida precautoria de prevención indirecta que no afecta al riesgo en sí mismo, sino que actúa sobre la conducta de los obligados y de los terceros (“deber de salvamento”). Habrá que conocer cuanto antes la existencia del hecho, así como todas las circunstancias que lo han provocado, al objeto de que el Asegurador ponga en marcha todos los mecanismos necesarios para realizar las averiguaciones pertinentes que le lleven a concluir la existencia o no de cobertura del hecho acaecido, poner medios para que no hayan repercusiones mayores y liquidar justamente los daños y perjuicios.

²³⁶⁸ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 271. Según esta autora, esta obligación «más que estar en función del siniestro en sentido técnico jurídico tienen sentido en función de la propia responsabilidad civil. Lo que se pretende es que el daño afecte lo menos posible al patrimonio del asegurado para cuya cobertura se ha contratado el seguro de responsabilidad civil. Cuanto menos sea lo que se pueda reclamar al asegurado menos se verá afectada su responsabilidad civil y, en consecuencia, su patrimonio que es lo cubierto con el seguro».

Asimismo, el art. 3.6 **OBLIGACIONES EN CASO DE SINIESTRO** establece la obligación de comunicar el siniestro (ap. 1) y de comunicar las circunstancias y consecuencias del mismo (ap. 2). El art. 16 LCS exige un plazo para comunicar el siniestro, a contar desde el mismo instante en que el Tomador o el Asegurado hayan tenido conocimiento de su acaecimiento. No obstante, como indica HEBRERO ÁLVAREZ²³⁶⁹, dicho plazo constituye un requisito de procedibilidad de las acciones derivadas del contrato de seguro, pero no un plazo de prescripción de las mismas, es decir, si la comunicación se realiza transcurrido dicho plazo, o no se llega a realizar, el Asegurador no podrá rehusar la cobertura del siniestro, ni podrá oponerlo como excepción frente al Tomador del Seguro y/o el Asegurado. Lo único que puede dar lugar es a la exigencia por el Asegurador a éstos de la indemnización de daños y perjuicios que se le haya podido causar por la falta o retraso de la comunicación, con la excepción de que haya tenido constancia del siniestro por otros medios (prensa, televisión, radio, etc.).

Por otra parte, el apartado 3.6.3 recoge la «**Obligación de aminoración o evitación de las consecuencias del siniestro.**»

Tan pronto como se produzca el siniestro, el Tomador del seguro o Asegurado deberán emplear todos los medios que estén a su alcance para aminorar las consecuencias del mismo y evitar la producción de mayores daños.

El incumplimiento de este deber dará derecho al Asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados de dicho incumplimiento y el grado de culpa del Asegurado. Si este incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al Asegurador, éste queda liberado de toda prestación derivada del siniestro.

Los gastos que se originen por el cumplimiento de esta obligación, **siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a las consecuencias previsibles, serán de cuenta del Asegurador hasta el límite fijado en las Condiciones Particulares del contrato, incluso si tales gastos no han tenido resultados efectivos o positivos.**

En defecto de pacto se indemnizarán los gastos efectivamente originados, **cuyo montante, añadido al de las demás prestaciones, no podrá exceder de la suma asegurada.** El Asegurador que en virtud del contrato sólo deba indemnizar una parte del siniestro, deberá reembolsar los gastos de aminoración y evitación en la misma proporción, a menos que el Tomador del seguro o Asegurado hayan actuado siguiendo las instrucciones expresas del Asegurador para ese caso en particular».

Según HEBRERO ÁLVAREZ²³⁷⁰, entablada por parte del tercero perjudicado la acción directa contra el Asegurador, éste no podrá alegar frente a aquél lo previsto en el art. 17 LCS, sino que, probada la mala fe o el dolo, el Asegurado podrá reclamar los daños y perjuicios que le ha ocasionado la conducta del Asegurado y/o Tomador del Seguro. En cualquier caso, las medidas a adoptar serán las determinadas por la diligencia exigible a un prudente Tomador del Seguro, no debiendo adoptar otras medidas que entrañen riesgo o costes excesivos (art. 17 LCS).

Por su parte, el apartado 3.6.4 establece la obligación de otorgar la dirección del siniestro al asegurador, y el 3.6.5 la obligación de colaborar en su defensa por parte del asegurado y el tomador del seguro, en cuanto a la adopción de medidas que favorezcan su defensa frente a las reclamaciones de responsabilidad. Existe el deber de colaboración con el Asegurador en caso de reclamación jurídica (art. 74 LCS), así como un deber de manifestar la existencia del contrato de seguro y su contenido a tercero perjudicado o a sus herederos (art. 76 LCS).

²³⁶⁹ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: "Prevención y Seguro...", *op. cit.*, p. 305.

²³⁷⁰ *Ibid.*: pp. 306-307.

d) *Obligaciones del asegurador.*

Las obligaciones principales del asegurador, que vienen recogidas en las cláusulas generales, son tres: tramitación del siniestro²³⁷¹, defensa del asegurado y prestación de fianzas, y cumplimiento de las prestaciones (art. 74 LCS).

El Asegurador estará obligado también frente al asegurado a la prestación de evitar que el daño de la responsabilidad civil afecte al patrimonio del asegurado, concretándose en una serie de prestaciones que consisten en el pago indemnizatorio a un tercero en el caso de que se declare la responsabilidad, o en una serie de prestaciones de hacer, cuando la compañía considere que la pretensión del tercero es infundada, concretándose en la asunción de defensa del asegurado y en los gastos que generen las costas. En virtud de lo dispuesto en el art. 73.1º párrafo LCS:

«Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercer los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho».

El tercero tendrá derecho a la indemnización siempre y cuando haya sufrido un daño del que el asegurado sea responsable, que el seguro lo cubra y que no haya sido indemnizado por el mismo motivo, que será la establecida en la propia, al objeto de evitar un enriquecimiento injusto (art. 26 LCS). Una vez pagada ésta, se habrá satisfecho asimismo el crédito del asegurado, es decir, el de evitar su daño patrimonial. No obstante, hay que tener en cuenta que los seguros de responsabilidad por contaminación suelen tener condiciones especiales (contaminación repentina, gradual, vertederos, estaciones de servicio, transporte terrestre, etc.).

La cláusula 4.3 del modelo de Condiciones Especiales del Pool establece la obligación principal del asegurador. En el supuesto de que la reclamación se considere fundada por un Tribunal, la Administración²³⁷² o un laudo arbitral²³⁷³, el asegurador estará obligado a pagar la indemnización al tercero, para lo cual se deberá determinar la responsabilidad del asegurado.

En cualquier caso, el perjudicado podrá optar por sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado (reparación “*in natura*”), tal y como expresa el art. 18 2º párrafo LCS. Este régimen lo separa notablemente del establecido en la LRM para los daños medioambientales, donde se potencia y se exige, en primer lugar, la reparación “*in natura*”. En cuanto al momento en el que se deberá realizar el pago, el art. 18 LCS indica que será al del «término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo». En cualquier caso, sigue diciendo este artículo «el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurado pueda deber, según las circunstancias por él conocidaS».

²³⁷¹ Venen recogidas en los apartados 4.1, 4.2 y 4.3 respectivamente.

²³⁷² Esto es posible en virtud de la potestad de vigilancia y sancionadora de las infracciones medioambientales que tiene la Administración, de la cual se puede derivar la obligación de reponer o restauración de las cosas al estado anterior a la comisión de la infracción, y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios (por ejemplo, art. 36 LPCIC).

²³⁷³ El laudo se sujetará a lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

B) Condiciones especiales de la responsabilidad medioambiental.

a) Objeto y prestaciones del seguro.

En cuanto al objeto y prestaciones del seguro, el modelo de póliza dispone, en su apartado 1º:

«1. OBJETO DEL SEGURO

De acuerdo con las condiciones del *contrato* y dentro siempre de los límites establecidos en el mismo, el *Asegurador* cubre al *Asegurado*, en caso de *siniestro*, frente a la *responsabilidad medioambiental por daño medioambiental y amenaza inminente de daño medioambiental, que sean directamente atribuibles a la actividad asegurada y que se produzcan de forma accidental y aleatoria; es decir, que sean extraordinarios y que no se hayan generado de forma intencionada ni como consecuencia normal de la posesión de instalaciones o equipos al servicio de la actividad asegurada ni de un hecho previsto y consentido.*

En consecuencia, no queda asegurada la responsabilidad por aquellos daños que no cumplan alguno de dichos requisitos».

Por su parte, el apartado 2º “Prestaciones” establece, a modo de resumen:

- a) Costes para prevenir una amenaza inminente de daño medioambiental.
- b) Costes de aminoración del daño medioambiental y evitación de nuevos daños medioambientales, siempre que dichos gastos no sean inoportunos o desproporcionados con el daño que se intenta aminorar o evitar.

c) Costes de Reparación de los daños medioambientales:

c-1) Para los daños a las especies silvestres y hábitats protegidos, daños a las aguas y daños a la ribera del mar y de las rías, se garantizan el coste de las medidas de reparación primaria, hasta el punto y por el procedimiento que sea técnicamente posible y económicamente viable en términos de relación coste-beneficio y, como máximo, hasta devolverlos a su estado básico; y el coste de las medidas de reparación complementaria y compensatoria que sean necesarias, a tenor de lo establecido en el Anexo II de la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

c-2) Para los daños al suelo.- Se garantiza el resarcimiento de los costes de descontaminación, es decir: 1) Los necesarios para su limpieza y restauración o su retirada y sustitución, por el método más adecuado en términos de relación coste-eficacia, hasta cumplir el menos costoso de estos dos objetivos: a) Reducir la contaminación existente hasta devolverlo a su estado básico. b) Reducir la contaminación existente hasta que no genere riesgo significativo de que se produzcan efectos desfavorables para la salud humana o para los recursos naturales mencionados en los apartados anteriores, en función del uso al que se destinaba el suelo en el momento de producirse el daño objeto de cobertura. 2) Los de traslado y depósito o de tratamiento final del suelo contaminado, incluyendo los de tratamiento para su descontaminación en el propio lugar y posterior reposición, o los de vertido, previo tratamiento si es necesario, y sustitución por otro limpio. 3) Los de remoción, traslado y depósito de otros bienes que fuera necesario retirar o demoler para llevar a cabo la descontaminación del suelo garantizada, pero no de aquellos que haya que demoler o retirar por haber sido afectados por la Contaminación o cuya demolición o retirada se haga con algún otro fin. 4) Los de reposición o reparación de bienes, que sea necesario remover o destruir total o parcialmente para llevar a cabo los trabajos de descontaminación del suelo, salvo aquellos que fuera necesario remover o destruir, no para llevar a cabo la descontaminación del suelo, sino para evitar otro siniestro o aquellos cuyo defecto haya dado origen a una Contaminación. 5) Recuperación de los productos infiltrados.

d) Gastos de defensa.- La defensa del Asegurado, en cualquier procedimiento judicial, como responsable, en un siniestro cubierto por este contrato, así como los honorarios y gastos de toda clase que dicho procedimiento conlleve para el Asegurado. Se incluyen en la garantía todos los demás gastos judiciales, que sin constituir sanción personal, sobrevinieran a consecuencia de cualquier procedimiento.

En cualquier caso, no son reintegrables y se deducirán del importe a indemnizar, los gastos efectuados para o en relación con: 1) Reparar o restaurar los daños o deterioro producidos en instalaciones u otros bienes que no tengan la consideración de daño medioambiental objeto de cobertura o introducir cualquier tipo de mejora. 2) Evitar o prevenir un daño a instalaciones o a otros bienes que no tengan la consideración de daño medioambiental objeto de cobertura. 3) Otros fines que no sean los expresados en las respectivas prestaciones del Contrato, aunque se efectúen a raíz de la ocurrencia de un daño medioambiental objeto de cobertura». Como se puede ver, la correcta delimitación del daño medioambiental es la clave de su aseguramiento.

Por otro lado, la cláusula 5 de las Condiciones recoge los supuestos de concurrencia de daños asegurados o no asegurados, y la cláusula 6 la concurrencia de seguros en un mismo siniestro, sobre los que no se va a hacer hincapié por no tener un interés relevante para nuestro estudio.

b) *Delimitación de la cobertura y prelación de las indemnizaciones.*

En este apartado se trata el ámbito temporal así como el orden de prelación de las cuantías indemnizables. En primer lugar, respecto de la delimitación temporal de la cobertura, la cláusula 7ª del Seguro dispone que:

«7.- DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COBERTURA.

A efectos de delimitación temporal de la cobertura y del cómputo de la *suma asegurada por anualidad de seguro*, se considera fecha del *siniestro* la de la *primera manifestación* constatable del *daño medioambiental*. Se entiende por *primera manifestación* el momento en que se descubra por primera vez la existencia de dicho daño, tanto si entonces se considera significativo como si no es así.

En consecuencia, en los seguros que se renueven anualmente, cada *siniestro* será atribuido únicamente a la *anualidad de seguro*, que comprenda dicha fecha, incluso si su proceso de desarrollo o sus efectos se extienden a lo largo de varias anualidades.

En el caso de que un *siniestro* de lugar a varias reclamaciones, se considerará fecha del *siniestro* la de la *primera manifestación* constatable de la existencia de *daño medioambiental* que originó la primera reclamación.

Para que un *siniestro* quede comprendido dentro del *período del seguro*, debe cumplir estas tres condiciones:

1ª- Que el comienzo del hecho causante del *daño medioambiental* o *amenaza inminente de daño medioambiental* objeto de cobertura sea identificado y se demuestre que ha ocurrido después de la fecha de entrada en vigor del seguro. En caso de no poder determinarse o acotarse el momento de dicho comienzo, se presumirá que esta condición se cumple. El asegurado prestará toda la colaboración necesaria para su determinación, invirtiéndose en caso contrario, esta presunción.

Ampliación opcional de la cobertura a hechos de origen anterior.- Mediante pacto expreso entre el *tomador del seguro* y el *asegurador*, que se hará constar en las Condiciones Particulares del Contrato, podrá ampliarse la cobertura, retrotrayéndose la fecha de referencia para el cumplimiento de esta condición, a una anterior a la de entrada en vigor del seguro, siempre que se cumplan las condiciones 2ª y 3ª y que, a la fecha de contratación del mismo, ni el *asegurado* ni el *tomador del seguro* tuvieran conocimiento de la existencia de una situación o un hecho de los que para el primero pudiera razonablemente derivarse responsabilidad.

En tal caso, dicha fecha quedará indicada en las Condiciones Particulares del contrato.

2ª.- Que la primera manifestación constatable del daño medioambiental objeto de cobertura (fecha del siniestro) se haya producido dentro del período del seguro.

Ampliación opcional a hechos que se manifiesten con posterioridad.- Mediante pacto expreso independiente del anterior, entre el *tomador del seguro* y el *asegurador*, que se hará constar en las Condiciones Particulares del *contrato*, podrán prolongarse los efectos de las garantías del seguro para que queden comprendidos en ellas los *siniestros* en los que, **cumpliendo las condiciones 1ª y 3ª**, se de la segunda dentro de los tres años siguientes a la extinción del seguro.

Si se ha acordado esta prolongación de las garantías, los siniestros manifestados durante los tres años siguientes a la extinción del seguro, se considerarán atribuidos a la última anualidad de seguro.

3ª.- Que la reclamación haya tenido lugar dentro del período de seguro o dentro del plazo de tres años a contar desde la extinción del mismo.

No obstante, la prolongación de la vigencia de la póliza para la primera manifestación del daño regulada en la condición 2ª, no tendrá efecto, aunque haya sido expresamente pactada, si la extinción del seguro es consecuencia de la falta de pago de la *prima*.

Por consiguiente, quedan fuera del período de cobertura las responsabilidades:

- **Que tengan su origen en situaciones o hechos no identificados o que se hayan originado antes de la fecha de efecto del seguro o bien antes de la fecha de retroactividad, fijada en su caso mediante pacto expreso.**
- **Que resulten de daños medioambientales manifestados por primera vez después de extinguido el seguro, o bien después de transcurridos tres años desde dicha extinción, si se ha acordado la prolongación correspondiente mediante pacto expreso.**
- **Que sean consecuencia de reclamaciones formuladas una vez transcurridos tres años desde la extinción del seguro».**

Los dos momentos determinantes del ámbito temporal de la póliza son el de la producción del daño y el de la reclamación, derivándose de este último, a su vez, el de la sentencia judicial firme que condena al responsable a satisfacer al perjudicado la indemnización correspondiente²³⁷⁴. Respecto del primero, con carácter general, el hecho causante de los daños debe haberse producido durante el período del seguro. Respecto del segundo, en virtud del art. 73 2º LCS²³⁷⁵, se admiten, como cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, las que posibilitan la reclamación con posterioridad a la vigencia del contrato en los casos en que ésta haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato, o, en su defecto, de su período de duración. Parecida solución temporal, si bien referida al momento anterior de la vigencia del contrato se ha previsto por parte del legislador (cláusulas retroactivas).

Se deberán cumplir los tres requisitos conjuntamente para que dé lugar la cobertura del seguro. La primera y segunda de estas condiciones se refieren a la exclusión de los “daños antiguos”, por lo que el asegurado deberá “esforzarse” en demostrar que la Contaminación se ha producido dentro del período de cobertura.

²³⁷⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 991.

²³⁷⁵ Tras la adición operada por la disposición adicional 6ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Con esta reforma se daba validez a las denominadas cláusulas “claim made” que se venían utilizando por las aseguradoras antes del año 1995 para poner limitaciones a las posibles reclamaciones que se producían por los terceros dañados ya vencido el período de vigencia de la póliza. Sobre todo en los daños tardíos o diferidos, donde el daño se produce o manifiesta con posterioridad a la acción y omisión del responsable.

No obstante, en el caso de que reclame el tercero mediante acción directa al asegurador, éste no podrá exigirle que pruebe este hecho, sino que corresponderá al asegurador probar que el hecho contaminante se había producido con anterioridad (hecho extintivo de su obligación de pago). Por su parte, la reclamación podrá iniciarse tanto mediante un procedimiento judicial o administrativo o bien un requerimiento formal y por escrito contra el asegurado o contra el asegurador, como mediante declaración por el asegurado al asegurador de este hecho contaminante. El problema es que, en el caso de que el asegurado cambie de compañía, el daño quede sin cobertura, por lo que podría estimarse que esta cláusula no es válida²³⁷⁶. Este problema no sucedería en el supuesto de que se renueven contratos sucesivos con la misma aseguradora²³⁷⁷.

A estos supuestos problemas de falta de cobertura del seguro hay que añadir la derivada de la determinación de la fecha del siniestro como fecha de la primera manifestación constatable de la contaminación (fecha a partir de la cual comenzará el plazo de caducidad²³⁷⁸ para entablar la acción del perjudicado). Por lo tanto, a la hora de definir el siniestro en la póliza se tiene en cuenta el hecho causal generador de los daños, por lo que la misma fecha debería utilizarse para fijar el momento del siniestro.

El art. 9 establece la «**PRELACION DE PARTIDAS A INDEMNIZAR.**

Como norma general, de conformidad con lo que establece la Ley de Contrato de Seguro, se irán liquidando hasta agotar, como máximo, la *suma asegurada*, los pagos por prestaciones que hayan sido determinadas, ya correspondan a uno o más *siniestros*, sin esperar a que sean establecidas y cuantificadas todas y cada una de las partidas a indemnizar.

En el caso de que dicha *suma asegurada* pueda no ser suficiente para cubrir todas las partidas del *siniestro* o los *siniestros* garantizados que en un momento dado se hallen pendientes de liquidación, se atenderán los pagos por el orden siguiente:

1º.- *Costes para la prevención de una amenaza inminente de daño medioambiental.*

2º.- *Costes para restaurar los daños medioambientales*, por el orden de actuaciones que en cada caso se apruebe por la *Autoridad Competente*.

Las prestaciones complementarias, se indemnizarán cuando las prestaciones específicas hayan sido satisfechas hasta el alcance conocido y entre ellas, por este orden:

1º.- *Gastos de defensa del asegurado.*

2º.- *Costes para prevenir una amenaza inminente de daño ambiental objeto de cobertura.*

3º.- *Costes de aminoración y evitación de nuevos daños.*

El *asegurador* sólo está obligado a respetar dicho orden de prelación en la medida que las consecuencias del *siniestro* sean conocidas, determinadas y cuantificadas económicamente en el momento de comprometerse a hacer frente a cada una de las partidas de costes y daños indemnizables y salvo que existan razones de urgencia o de eficacia que recomienden alterararlo».

²³⁷⁶ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 240. Como afirma esta autora «Pensemos, por ejemplo, que el riesgo inminente o la emisión que, no se ha manifestado, se produce el 30 de diciembre y la manifestación el día 7 de enero teniendo la póliza un período de seguro anual conforme al año natural. En ese caso para el primer contrato (n-1) no se cumpliría la primera de las condiciones y para el segundo contrato (n) no se cumpliría la segunda». En la p. 242 concluye: «Si se deja fuera este hecho causal no se está cubriendo la responsabilidad lo cual iría en contra del principio de reciprocidad del contrato de conformidad con el art. 1 de la LCS (...). El hecho casual, la manifestación y la reclamación no son riesgos distintos sino momentos de realización de un mismo riesgo: el de responsabilidad civil».

²³⁷⁷ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, pp. 278-280.

²³⁷⁸ El término “caducidad” implica que transcurrido el plazo de los dos años la reclamación no estará cubierta.

El orden de prelación se aplicará una vez que las indemnizaciones hayan quedado fijadas. Una vez fijado el importe y la prelación en el pago, se procederá al pago (siendo aplicables los recargos de demora del art. 20 LCS), computándose el plazo desde la fecha del siniestro, si bien se considerará la fecha en que se interpuso la acción directa o la reclamación por parte de tercero, cuando el asegurador demuestre que no tuvo conocimiento del suceso con anterioridad.

En el caso de que el asegurador estime que la reclamación es infundada, asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, salvo pacto en contrario, siendo de su cuenta los gastos de defensa que se le ocasionen (art. 74 1º LCS). No obstante, dispone el 2º párrafo, «cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de estas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa». Para este caso «el asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza».

El art. 8 recoge la delimitación territorial y jurisdiccional del a cobertura, sobre la que no se hará mención por no ser de interés relevante.

El Pool pactó expresamente la extensión a los países miembros de la Unión Europea la cobertura del seguro (daños transfronterizos), siempre que el hecho generador de la responsabilidad se haya generado en los centros descritos en las pólizas (que podrán o no estar ubicadas en España), y que se declare la ley aplicable (fuero).

c) *Exclusiones del seguro.*

Según DÍEZ-PICAZO G, las exclusiones que se suelen recoger en el mercado internacional son las siguientes: 1º) el importe de las sanciones debidas a infracciones legales o administrativas. 2º) Daños que tengan su origen en el efecto lento y persistente de la emisión de elementos. 3º) Daños que tengan su origen en el incumplimiento deliberado de las prestaciones legales y reglamentarias vigentes en materia de contaminación y protección del medio ambiente. 4) Daños que tengan su origen en la infracción deliberada del fabricante. 5) Daños producidos en la experimentación de técnicas de investigación no homologadas o insuficientemente contrastadas en materia de prevención, control y minoración de los elementos contaminantes. 6º) Daños de carácter genético causados a persona o animales. 7º) Daños producidos por lluvia ácida. 8º) Enfermedades profesionales 9º) Daños causados por personas o industrias que no tienen la condición de productor o gestor de residuos tóxicos o peligrosos, etc.²³⁷⁹

Por otra parte, el «CAPITULO 2º: EXCLUSIONES» dice que:

10.- EXCLUSIONES APLICABLES CON CARÁCTER GENERAL

Queda excluida de este seguro la cobertura de prestaciones o gastos relacionados con, o que se deriven de:

10.1.- Daños originados o agravados por cualquier comportamiento deliberadamente incorrecto del Asegurado; a título enunciativo pero no limitativo:

- **Actos u omisiones dolosos o incumplimiento conocido por el Asegurado, o que no podía ser ignorado por el mismo, de la normativa obligatoria aplicable a la Actividad asegurada, tanto en materia medioambiental, como en cualquier otra materia.**

²³⁷⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *op. cit.*, p. 42.

- **Mala utilización o falta o defecto de mantenimiento, reparación o reposición de las instalaciones o mecanismos o sus componentes.**
- **Métodos de operación elegidos en la actividad asegurada o defectos conocidos existentes en las instalaciones o equipos con que se realiza, que hagan inevitables o altamente previsibles los daños.**
- **Abandono o falta prolongada de uso de instalaciones, sin tomar las medidas adecuadas para evitar el deterioro de sus condiciones de protección o seguridad.**
- **Omisión de su obligación de poner todos los medios a su alcance para prevenir o evitar la producción o el agravamiento de daños, una vez conocida la ocurrencia de un hecho que pudiera causarlos.**

En caso de ser el *Asegurado principal* una persona jurídica, las exclusiones anteriores se aplican en tanto que los comportamientos descritos sean imputables a los propietarios, a los órganos rectores o sus miembros, o a los directivos de la empresa o del *centro asegurado*.

La cláusula 10.1 parece excluir cualquier tipo de falta de diligencia grave o dolo por parte del asegurado, lo que nos abocaría a la responsabilidad el resto de casos de negligencia menos grave o por caso fortuito (art. 1105 CC). Creo que lo que pretende esta cláusula es excluir la cobertura cuando el daño al medio ambiente es un daño seguro al eliminarse el criterio de azar. De lo contrario, al no cubrirse la responsabilidad por culpa el seguro de responsabilidad civil quedaría privado del sentido que le es propio²³⁸⁰. Cabe recordar que el art. 33.2 c) LRM recoge la misma causa de exclusión de la cobertura del daño medioambiental: «[...] se considerará hecho generador la contaminación que se produzca de forma accidental y aleatoria, es decir, que sea extraordinaria y que no se haya generado por ninguna de las siguientes causas: [...] c) Como consecuencia de un hecho previsto y consentido por el operador, ocurrido dentro del recinto en el que se lleva a cabo dicha actividad o en el ámbito geográfico para el que la actividad ha sido autorizada». El hecho de que se exija la no intencionalidad se puede entender como “normal” tanto en cuanto al daño medioambiental (art. 32 a) LRM)²³⁸¹ como al daño tradicional, por cuanto el art. 19 LCS exige el carácter no intencional, no siendo amparable por el seguro la actuación de mala fe del asegurado, sin perjuicio de que esta causa, según la LCS, no es oponible frente a terceros²³⁸².

Conforme al art. 19 LCS, la actuación del Asegurado ha de ser regida por los principios de buena fe, pues sólo así se garantizará la indemnización en caso de que se produjera un siniestro. De esta manera, se puede estimular de forma indirecta la prevención, dado que el Asegurado se esforzará por evitar cualquier conducta incorrecta que pueda producir un siniestro. No obstante, creo que que hubiera sido preferible la utilización del concepto “dolo” en lugar de “mala fe”, por cuanto así reza el contenido del art. 1255 C.c. y la jurisprudencia²³⁸³. No se puede menospreciar que, sin embargo, que esta excepción que puede oponer el Asegurador al Asegurado no es oponible frente a terceros, quienes tendrán la acción directa para reclamar los daños y perjuicios padecidos, según indica el art. 76 LCS.

²³⁸⁰ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 232. Según la autora: «La actuación poco diligente del mismo hará que se le declare responsable y la ausencia de cobertura implicará que el seguro de responsabilidad civil deje de tener sentido. ¿Para qué quiero un seguro de responsabilidad civil que cubre el riesgo de mi actividad si en el caso de que yo cometa un error no me va a cubrir? El seguro así concebido carace de virtualidad».

²³⁸¹ El art. 32 a) LRM recoge la intencionalidad del daño como causa de exclusión de la consideración de hecho generador de la contaminación producida de forma accidental, aleatoria y extraordinaria.

²³⁸² HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 287.

²³⁸³ SSTS 2.12.1981 o 9.12.1994.

Esta posibilidad de que el seguro dé cobertura a hechos dolosos ha sido calificada por HEBRERO ÁLVAREZ²³⁸⁴ como una “aberración jurídica”. Es evidente que se busca proteger “a toda costa” al tercero perjudicado, pero ello no debe significar, según el autor, que tenga cabida a reclamaciones de terceros perjudicados por hechos de carácter doloso del Asegurado. El riesgo ha de provenir siempre que eventos aleatorios, nunca voluntarios conforme a un obrar positivo y potestativo. Por ello, este autor cree que el legislador se refiere en el art. 76 LCS a “culpa grave” cuando dice “dolo”, ya que la primera sí es asegurable y se distingue de la segunda por no producirse de forma intencional, sino una falta de diligencia exigible (art. 1104 C.c.). No obstante, la culpa grave y leve pueden ser a su vez excluidas expresamente de la cobertura, sobre todo en el caso de la culpa grave en relación con el aseguramiento de los daños causados por contaminación, especialmente los provocados al medio ambiente, pues de lo contrario podría vulnerarse el principio de prevención.

Por otra parte, el apartado primero («Actos u omisiones dolosos o incumplimiento conocido por el Asegurado, o que no podía ser ignorado por el mismo, de la normativa obligatoria aplicable a la *Actividad asegurada*, tanto en materia medioambiental, como en cualquier otra materia») y cuarto («Abandono o falta prolongada de uso de instalaciones, sin tomar las medidas adecuadas para evitar el deterioro de sus condiciones de protección o seguridad») de las causas de exención establecidas (cláusula 10.1 de las condiciones especiales de este seguro) han sido calificadas por ZUBIRI DE SALINAS²³⁸⁵ como culpa grave, mientras que la segunda («Mala utilización o falta o defecto de mantenimiento, reparación o reposición de las instalaciones o mecanismos o sus componentes») como culpa no grave, por lo que en este último caso no podría afirmarse, según la autora, que existe una falta absoluta de diligencia sino simplemente una falta de diligencia, por lo que la exclusión de la cobertura hace que la cobertura del seguro sea excesivamente restringida, ya que sólo parece responderse por parte de la aseguradora en caso de actuación fortuita, del todo inaceptable. No obstante, respecto de los daños medioambientales, el art. 32 apartados d), e) y f) 32 LRM recogen causas de exclusión que vienen a coincidir con las tres causas descritas con anterioridad, ya que se considera que su vulneración impide la consideración de que se pueda tratar de un hecho generador de contaminación accidental, aleatoria y extraordinaria, necesaria para determinar el ámbito temporal de la garantía. En lo referente a la tercera de las cláusulas (“Abandono o falta...”) no estaba recogida en la antigua póliza del Seguro de Responsabilidad Civil.

En las Condiciones Especiales del Seguro de Responsabilidad Medioambiental por Contaminación, la cláusula 10 establece:

«(...) 10.5- Daños resultantes del normal desarrollo de la *actividad asegurada* y no de un hecho accidental y extraordinario, tanto si las consecuencias habían sido previstas como si no (...).

Igualmente se excluyen los gastos sobrevenidos por el cierre, falta de utilización, sustitución, reparación, limpieza o reposición a su estado original de dichos bienes del *asegurado*, aun cuando su defecto o ineficacia sea la causa de un daño y aun cuando tales gastos tengan como fin evitar un daño. También se excluyen los gastos relativos a la averiguación de dicho defecto o ineficacia (vaciado y llenado de las instalaciones u otros cualesquiera), o a la rectificación, mejora o incorporación de nuevos elementos a los mismos. (...).

²³⁸⁴ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “Prevención y Seguro...”, *op. cit.*, pp. 309-310.

²³⁸⁵ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 231. Según la autora: «Esta interpretación no tiene sentido sobre todo teniendo en cuenta que el mayor avance del seguro de responsabilidad civil fue permitir la cobertura de las actuaciones culpables del asegurado».

10.8.- Daños y perjuicios ocasionados con motivo de:

- **Guerra civil o internacional, haya o no mediado declaración oficial, levantamientos populares o militares, insurrección, rebelión, revolución u operaciones bélicas de cualquier clase, aún en tiempo de paz.**
- **Actos político-sociales o sobrevenidos con ocasión de alborotos populares, motines, huelgas, disturbios internos, sabotaje y actos de terrorismo o de bandas armadas.**
- **Temblores de tierra, terremotos, erupciones volcánicas, huracanes, inundaciones o cualquier otro hecho de la Naturaleza, de carácter extraordinario».**

La fuerza mayor es la causa de exención de la responsabilidad civil por excelencia, por lo que el seguro tampoco la podrá cubrir. En el caso de daños medioambientales, viene recogido en el art. 3.4 LRM y en el caso de los daños tradicionales causados por inmisiones contaminantes en el art. 1105 C.c. Asimismo, se excluyen los daños causados por instalaciones nucleares o elementos radiactivos, así como por materiales o equipos que produzcan radiaciones ionizantes (10.9) y otros de menor importancia por lo que se refiere al objeto del presente trabajo.

Por otro lado, no existe una cláusula que establezca la exención de responsabilidad por los riesgos del desarrollo. PAVELEK ZAMORA²³⁸⁶ relaciona los riesgos del desarrollo con el estado del arte (*lex artis*), aquellas reglas y tecnología aplicables en un momento determinado sin cuya inobservancia no habría lugar a responsabilidad. Los riesgos del desarrollo implica que, una vez declarada la responsabilidad (al haberse incurrido en culpa por el operador) se deberán asumir los costes de reparación. A diferencia del régimen de los riesgos del desarrollo en el módulo de responsabilidad civil por contaminación por daños “tradicionales”, en el régimen de la LRM la atribución de responsabilidad no se produce de forma automática, sino que el operador deberá probar que no ha incurrido en culpa.

Por lo que se refiere al daño medioambiental, el art. 14.2 b) LRM recoge la exención del operador de la obligación de sufragar el coste imputable a las medidas reparatorias cuando: «demuestre que no ha incurrido en culpa, dolo o negligencia y que concurre alguna de las siguientes circunstancias: [...]. b) Que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento». No se incluyen las causas por las que, en sede de Responsabilidad Medioambiental, se excluye la obligación del operador de sufragar los costes imputables a las medidas de prevención, evitación y reparación en los siguientes casos (art. 14.1 LRM): 1) la *actuación de tercer ajeno* al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de las medidas de seguridad adecuadas (ap. a). 2) El *cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública* competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato (LCSP), excepto que se haya dictado para hacer frente a una emisión o incidente previamente generado por el operador. Tanto en los casos de “riesgos del desarrollo” como en los relativos a emisiones o vertidos que se ajustan a las condiciones establecidas por la autorización administrativa, «el operador tendrá derecho a recuperar los costes imputables a las medidas de reparación de los daños medioambientales, en los términos establecidos en la normativa autonómica, salvo lo dispuesto en el art. 34» (art. 15. 2 LRM).

²³⁸⁶ PAVELEK ZAMORA, J. E.: “La cobertura del riesgo medioambiental...”, *op. cit.*, p. 198

C) *Especialidades de la responsabilidad civil por contaminación.*

a) *Características del seguro y definiciones.*

En el presente apartado se tratará de las condiciones especiales del seguro complementario de responsabilidad civil por contaminación del modelo de póliza del Pool, teniendo en cuenta que su cobertura es complementaria e independiente de la de Responsabilidad Medioambiental, y que los suscriptores obligatorios de este último tipo de cobertura serán los reflejados en el Anexo III de la LRM (actividades autorizadas recogidas a su vez en el Anexo I de la LPCIC). En cualquier caso, el contenido literal de las cláusulas de las indicadas condiciones especiales se ha preferido recogerlas en el presente trabajo por cuanto pueden servir de orientación a otras posibles coberturas de la responsabilidad civil, así como advertir una serie de cuestiones acerca del alcance de la cobertura y de los supuestos de exclusión que merecen ser atendidos por la confusión que generan algunos de sus contenidos.

En primer lugar, la modalidad de seguro se presenta tal que así:

«Esta es la modalidad de seguro que nos interesa por lo que se refiere a nuestro trabajo, ya que trata del aseguramiento de la Responsabilidad Civil por haber causado *daños o perjuicios indemnizables a terceros por contaminación asegurada.*

Carácter complementario del seguro: este seguro es de contratación complementaria al seguro de responsabilidad medioambiental, no puede, por tanto, contratarse de forma independiente. Las condiciones que lo rigen también son complementarias a las de dicho seguro, Por tanto, todas las cláusulas y definiciones del seguro principal, tienen vigor para éste en todos los conceptos o materias que sean de aplicación.

Independencia de la suma asegurada y la franquicia por siniestro: la suma asegurada por este seguro y la franquicia aplicable por cada siniestro son, sin embargo, independientes de, las del seguro principal; en consecuencia, en el caso de que un solo hecho origine siniestros en ambos seguros, el asegurador tendrá que satisfacer las indemnizaciones debidas por uno y otro independientemente y hasta el límite o límites establecidos en cada uno de ellos y el asegurado tendrá que asumir a su cargo, también de forma independiente, los importes de las franquicias por siniestro establecidas en cada seguro.

No duplicidad de costes de indemnizaciones por ambos seguros: no obstante lo anterior, se evitará que la concurrencia de ambos seguros provoque la duplicidad en relación con determinados gastos o indemnizaciones, los gastos debieran atribuirse por tanto a uno u otro seguro o a ambos en la proporción que indique la naturaleza y finalidad de los mismos».

«CAPITULO PRELIMINAR: DEFINICIONES ESPECIFICAS

Tercero: Cualquier persona física o jurídica, distinta de:

- El *Tomador del Seguro* y el *Asegurado*, tanto el *Asegurado Principal*, como las personas comprendidas en el apartado a) de la definición “*Otras Personas Aseguradas*”.
- El cónyuge, ascendientes y descendientes del *Tomador del Seguro* y del *Asegurado Principal*.
- Las empresas filiales, matrices o pertenecientes al mismo grupo empresarial del *Tomador del Seguro* o del *Asegurado*.

Se entenderá que existe la condición de empresa filial y matriz respectivamente, cuando concurren las circunstancias que se establecen en la legislación mercantil vigente.

Las personas naturales comprendidas en el apartado b) de la definición “*Otras Personas Aseguradas*” sí son consideradas *terceros*, pero la cobertura de los daños personales causados a las mismas está sujeta a las limitaciones del artículo 2.2.

Suma asegurada.- Para este seguro se establece una suma asegurada adicional e independiente de la *Suma Asegurada* del seguro de responsabilidad medioambiental al que complementa, que se rige en todo.

Si al sufragar un coste correspondiente al seguro de responsabilidad medioambiental se estuviera a la vez resarcido un daño correspondiente al de Responsabilidad civil por contaminación, dicho coste se asignará a ambos seguros en proporción directa a las cuantías de sus respectivas sumas aseguradas.

Contaminación: a los efectos de este seguro, se considera *Contaminación* la introducción o dispersión de materias o sustancias en *el suelo, el agua o el aire*, que produzcan en la calidad de dichos medios un deterioro que resulte peligroso o dañino.

En consecuencia, **no se entiende como *Contaminación*, otros hechos, efectos o situaciones no comprendidos en la definición, tales como:**

- **El fuego, la explosión, u otro aumento violento de temperatura o presión. Sin embargo, sí queda comprendida en la definición la eventual introducción o dispersión de materias o sustancias que se produzca a consecuencia de dichos hechos y que se ajuste a la misma.**
- **Los ruidos, campos electromagnéticos o cualquier otra manifestación de energía, que se transmita por ondas o radiaciones.**
- **Los olores.**
- **Las modificaciones en el nivel, caudal o curso de las corrientes o masas de agua subterráneas o superficiales.**

Contaminación Asegurada:

Es aquella *contaminación* que sea directamente atribuible a la *actividad asegurada* y que se produzca de forma accidental y aleatoria; es decir, que sea extraordinaria y que no se haya generado de forma intencionada ni como consecuencia normal de la posesión de instalaciones o equipos al servicio de la actividad asegurada ni de un hecho previsto y consentido. En consecuencia, no se considerará *Contaminación asegurada* aquella que no cumpla alguno de dichos requisitos.

Daños y perjuicios objeto de cobertura: a los efectos de este *Contrato* serán objeto de la cobertura de este seguro los daños o perjuicios que se detallan en el apartado “Objeto del Seguro”. Se dividen en dos categorías:

- Daños y Perjuicios a *terceros* que sean consecuencia directa de una *contaminación asegurada*».

En el modelo de Póliza los ruidos, campos electromagnéticos o cualquier otra manifestación de energía, que se transmita por ondas o radiaciones, u olores, queda fuera del concepto de contaminación y, por ende, de la Contaminación asegurada, lo que ha sido criticado²³⁸⁷ En mi opinión, quedan fuera daños aceptados tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia civil como supuestos de contaminación generadoras de responsabilidad civil extracontractual *ex. arts. 1902 y 1908 C.c.*, lo cual se entiende no es de recibo. En el modelo de condiciones especiales de la antigua póliza del Pool estas cuestiones excluidas del concepto de contaminación venían a ser, a su vez, causas de exclusión de la cobertura (apartado 2.1 letras n), ñ) y o), con la excepción de los olores (no estaban excluidos). HEBRERO ÁLVAREZ achaca esta exclusión a la incertidumbre actual acerca de la relación causal entre este tipo de inmisión y el resultado dañoso, aunque existan indicios de que puedan ser cancerígenos²³⁸⁸.

²³⁸⁷ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 178.

²³⁸⁸ HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento...*, *op. cit.*, p. 171.

b) *Objeto del seguro.*

El objeto del seguro de Responsabilidad Civil por Contaminación viene establecido en la cláusula 1 de las condiciones especiales del seguro complementario:

«1. OBJETO DEL SEGURO

De acuerdo con las Condiciones del *Contrato* y dentro siempre de los límites establecidos en el mismo, el *Asegurador* cubre al *Asegurado*, en caso de *siniestro*, frente a la Responsabilidad Civil, por haber causado *daños o perjuicios indemnizables a terceros por contaminación asegurada*.

1.1.- Daños y perjuicios indemnizables:

a).- *Daños corporales: Muerte, lesión corporal o cualquier otro menoscabo de la integridad física o la salud de las personas.*

b).- *Daños morales*, que sean consecuencia directa e inmediata de un *daño corporal* amparado por el seguro.

c).- *Daños materiales: Destrucción, deterioro o pérdida de cosas o animales que pertenezcan a personas concretas.*

d).- *Perjuicios:*

d-1). Las pérdidas económicas que son consecuencia directa de los daños corporales o materiales sufridos por el reclamante de dichas pérdidas.

d-2). Las pérdidas económicas por paralización o aumento del coste de la actividad que resulten necesariamente de las acciones que sea necesario emprender para el cumplimiento de la responsabilidad medioambiental objeto de cobertura».

El apartado 1.1 tiene una importancia crucial en lo que se refiere al alcance de la cobertura del seguro de responsabilidad civil por contaminación. En cuanto al daño moral, solamente son objeto de cobertura los que sean consecuencia directa e inmediata de un daño corporal, que incluye los daños a la salud física y psíquica si comporta una enfermedad reconocida *ex art. 10:202 (1) EPTL*, mientras que aquellos derivados de un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad (daño moral) recogido en el art. 10:301 (1) EPTL no son objeto de cobertura. YANGUAS MONTERO achaca la falta de aseguramiento a varias razones: en primer lugar, a la reticencia del sector asegurador a cubrir unos daños heterogéneos y de difícil valoración; de otro, la ausencia de una conciencia generalizada de la importancia práctica y económica que para las actividades con incidencia ambiental tiene las reclamaciones por daños no patrimoniales²³⁸⁹. La autora recuerda que el art. 73.1 LCS no distingue la naturaleza de los daños objeto de cobertura, por lo que resulta pacífica la admisión de los daños no patrimoniales²³⁹⁰. El hecho de que no se cubran los daños morales tiene que ver con la exclusión en el Seguro de la contaminación acústica, dado que este tipo de contaminación, por su naturaleza, es muy difícil que pueda producir daños patrimoniales y corporales, salvo cuando afecta a la salud, limitándose a los daños morales por la existencia de molestias intolerables. Por tanto, los daños morales que no deriven de daño corporal deberán solicitarse por el perjudicado al margen del seguro. Se llegará al extremo de que la mayoría de daños producidos por contaminación no tienen una vertiente corporal o de salud, por lo que en la gran mayoría de casos, el seguro no cubrirá este tipo de inmisiones. Lo mismo sucede en el supuesto de lucro cesante.

²³⁸⁹ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 231-234. Prueba de ello, según la autora (pp. 232-233) «es que no son muchas las actividades con incidencia ambiental que están obligadas a suscribir este tipo de seguros, siendo frecuente que se amparen en pólizas de responsabilidad civil general que no prevén siniestros ambientales».

²³⁹⁰ YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial...*, *op. cit.*, p. 231.

c) *Problemática de la cobertura del seguro de responsabilidad civil por contaminación en materia de daños ocasionados por inmisiones.*

Surgen dudas acerca de la falta de cobertura del seguro por el hecho de que la contaminación se haya producido a raíz de un hecho previsto o consentido, por cuanto parece que se estaría en el supuesto de actuar negligente del asegurado, y esto puede ser interpretado un supuesto “normal” de contaminación para el tipo de actividad de que se trate. Es decir, la interpretación de la cobertura puede hacer pensar que solamente quedan cubiertos los daños fortuitos, lo que no tiene mucho sentido que sea el único daño cubierto por el seguro porque en virtud del art. 1105 C.c. éstos ya excluyen la responsabilidad del causante del daño. Además, y centrándonos en la óptica de la Modalidad C del Seguro, el objetivo debería ser dar cobertura especialmente el daño producido a consecuencia de la culpa (falta de diligencia). ZUBIRI DE SALINAS²³⁹¹ duda que se puedan contratar seguros de Responsabilidad Civil que cubra el riesgo de la actividad si en el caso de que se cometa un error no lo cubriera. Según opina la autora, ello podría vulnerar en el art. 73 1º párrafo LCS. En mi opinión, esta causa de exclusión (daño previsto y consentido) tiene más que ver con el hecho conocido que con el accidental-fortuito (daño imprevisible o inevitable) o con la conducta negligente (daño previsible y evitable). En definitiva, creo que el término de “aleatoriedad” es totalmente incompatible con lo que se ha llamado en el presente trabajo “inmisión”, por lo que el seguro solamente puede cubrir los daños derivados de accidentes.

El art. 32.2 LRM dice que «se considerará hecho generador la contaminación que se produzca de manera accidental y aleatoria, es decir, que sea extraordinaria y que no se haya generado por ninguna de las siguientes causas: a) De forma intencionada. b) Como consecuencia normal y prevista de la posesión de edificios, instalaciones o equipos al servicio de la actividad autorizada. c) Como consecuencia de un hecho previsto y consentido por el operador, ocurrido dentro del recinto en el que se lleva a cabo dicha actividad o en el ámbito geográfico para el que la actividad ha sido autorizada. d) Por incumplimiento conocido por el asegurado, o que no podía ser ignorado por el mismo, de la normativa obligatoria aplicable a la actividad asegurada, tanto en materia medioambiental, como en cualquier otra materia. e) Por la mala utilización consciente o falta o defecto de mantenimiento, reparación o reposición de las instalaciones o mecanismos y sus componentes. e) Por abandono o falta prolongada de uso de instalaciones o mecanismos y sus componentes (...)». La causa a), b) y c) viene reflejada en la Póliza de condiciones especiales del SRM (CERM-1203), lo que le aleja al daño producido mediante contaminación continuada. El resto de causas del art. 32.2 LRM las incluye la póliza en el capítulo 2º «Exclusiones», apartado 1 «Exclusiones aplicables con carácter general». Por su parte, el SCRCC recoge como «Contaminación Asegurada» la misma definición dada para el SRM, así como todas las exclusiones indicadas en las condiciones especiales del seguro de Responsabilidad Medioambiental al que complementa, independientemente de que recoja otras muchas que no son relevantes para nuestro Estudio. Como se puede ver, el Pool y el mercado asegurador en general (el contenido expuesto se recoge en la gran mayoría de coberturas en esta materia) establece la misma definición de contaminación asegurada y de causas de exclusión. Esta posibilidad no hace sino reforzar la necesidad de regulación de los daños civiles por contaminación de forma independiente del régimen civil común cuando sea ocasionado por actividades recogidas en el Anexo III LRM (actividades autorizadas).

²³⁹¹ ZUBIRI DE SALINAS, M.: *op. cit.*, p. 232.

Los DCC se pueden distinguir en función de: 1) los intereses afectados, las invasiones pueden perjudicar el uso y disfrute de la propiedad u otro tipo de intereses. 2) El grado de conocimiento por el operador del hecho contaminante, las emisiones pueden ser conocidas o producirse un escape desconocido. Si las emisiones desconocidas perjudican el uso y disfrute de la propiedad se les llama inmisiones. Si afecta a otro tipo de intereses pasarán a considerarse un caso de dolo. Por otro lado, las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad que hayan sido ocasionadas por un escape desconocido, desde el momento en que las invasiones persistan, y este hecho sea conocido y aceptado por el operador, pasarán a considerarse inmisiones. 3) De la peligrosidad de la actividad, si el escape es desconocido, independientemente de los intereses afectados, se reconducirá a los fundamentos de la responsabilidad basados en la culpa o negligencia, responsabilidad cuasi objetiva u objetiva por riesgo. Una gran parte de la doctrina y jurisprudencia patrias han intentado reconducir este tipo de daños a la responsabilidad sin culpa *ex art.* 1908.2 C.c. basándolo en la doctrina del riesgo.

De la clasificación anterior, pueden producirse las siguientes formas de contaminación. Las inmisiones se manifiestan normalmente de forma continua y se producen como consecuencia de un hecho previsto y consentido por el operador, o como consecuencia normal y prevista de la posesión de las instalaciones o equipos al servicio de la actividad autorizada. Las inmisiones que tengan origen en un suceso no conocido y que sigan teniendo lugar de forma continua o intermitente sin que el causante ponga remedio a las mismas, se convierte en un hecho previsto y conocido y, por lo tanto, en una inmisión. En cambio, pueden producirse DCC cuyo origen sea un escape no conocidas por el operador, que son aquellas producidas por un hecho no consentido, imprevisto o no evitado, alejado del “normal” devenir del ejercicio de la industria.

De la definición de inmisión, que son las que ocupan una parte central de nuestro estudio por ser las que más han llevado a los particulares ante los juzgados de lo civil, especialmente en casos de molestias por humos, olores y ruidos, se puede concluir que las mismas no pueden ser objeto de aseguramiento por cuanto no se producen de forma aleatoria ni accidental, es decir, lo que le sitúa frente a un agravio comparativo respecto de las inmisiones accidentales, del resto de daños civiles por contaminación (daños civiles ambientales). Con base a lo expuesto se puede afirmar que la mayoría de supuestos de daños tradicionales por contaminación (que serán inmisiones) no se cubren mediante seguro. No obstante, esta falta de cobertura de los daños producidos por hechos previstos y consentidos no es “patrimonio” de los daños tradicionales por contaminación, sino que también se extiende a los daños medioambientales. No obstante, en estos últimos y en los daños civiles por contaminación (excluidos a efectos del seguro las inmisiones) están excluidos del concepto de contaminación asegurada no solamente los daños producidos por un hecho previsto y consentido o por la normal posesión de instalaciones o maquinaria (emisiones conocidas), sino también el dolo, y se excluyen de la cobertura aquellas conductas basadas en la propia puesta en peligro por parte del asegurado por desconocimiento, dejadez, mala praxis, etc.

En definitiva, si se quiere tener un sistema perfectamente integrado y coordinado de los daños medioambientales y los daños civiles por contaminación a efectos de asegurar obligatoriamente las medidas de prevención, evitación y reparación de los mismos, es necesario fijar el alcance de la “contaminación asegurada” y las causas de exclusión, armonizando ambos regímenes. De esta forma se conseguirá un sistema lógico y coherente que utilice los mismos mecanismos jurídicos y financieros para responder por unos mismos hechos contaminantes, independientemente de si sus efectos afectan al medioambiente o a intereses privados

d) *Propuesta de creación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil por contaminación para actividades industriales autorizadas.*

El seguro supone una ventaja tanto para la víctima, que tendrá garantizada la compensación, como para el responsable, desde el momento en el que se vea liberado del pago de sumas importantes; además constituye un instrumento destacado de política ambiental al configurarse como un mecanismo eficaz de gestión de riesgos: en la medida en la que el importe de la prima del seguro está vinculado a la calidad en la gestión de riesgos. Es recomendable instaurar un sistema de seguro obligatorio al menos en relación con el ejercicio de determinadas actividades peligrosas²³⁹².

Los seguros voluntarios y obligatorios de responsabilidad civil tienen distinto fundamento. En el primer caso, el asegurado pretende trasladar a la compañía aseguradora las consecuencias económicas del siniestro, sustituyendo la posible indemnización (incierta en la cuantía y alcance) por el pago de una prima periódica. Por el contrario, los seguros obligatorios responden a un sistema de socialización de riesgos, impuesta a determinadas actividades que, por la potencial peligrosidad que conllevan, deben asegurarse del daño frente a terceros²³⁹³. En cualquier caso, será obligatorio el seguro en aquellas actividades que el Gobierno (Administración) determine, sin que puedan ser autorizadas en caso contrario (art. 75 LCS). Existe compatibilidad entre el seguro obligatorio y el voluntario, de manera que este último puede cubrir indemnizaciones más elevadas que en el primero (generalmente limitadas).

ÁLVAREZ LATA dispone que la exigencia de responsabilidad civil por daños ambientales debería pasar por la necesidad de una garantía financiera de la reparación, dada la relevancia cuantitativa y cualitativa del daño y la progresiva objetivización de la responsabilidad, lo que formenta un necesario binomio responsabilidad civil-seguro²³⁹⁴. La autora se refiere a la necesidad de que sea obligatoria la asegurabilidad del daño por contaminación cuando fuera causado por actividades con incidencia ambiental. El legislador parece haberle hecho caso al menos en lo referente al daño medioambiental, por cuanto existe una obligación de garantizar las obligaciones de prevención, evitación y reparación de los daños medioambientales por parte de aquellas empresas recogidas en el Anexo III LRM y que a su vez se remiten a las del Anejo 1 LPCIC, es decir, las actividades autorizadas. No obstante, nada se ha establecido para la responsabilidad civil tradicional por daños derivados de la contaminación proveniente de estas entidades, por lo que considero una solución parcial del legislador. Tal es así, que el modelo de condiciones especiales del daño civil por contaminación recogido en el Pool Español de Riesgos Ambientales es de carácter complementario y voluntario respecto del relativo al seguro de responsabilidad medioambiental por contaminación. No obstante, aun siendo el seguro voluntario, creo que, de facto, el seguro pasaría a ser suscrito por la gran mayoría de estas industrias. Ello tendría un beneficio a la hora de calcular los posibles efectos negativos de la contaminación, entre otras cuestiones porque daría mayor certidumbre al sistema; por otro lado, los particulares podrían tener la seguridad de que se les asegure la reparación del daño; se pondría en un escalón de igualdad los daños medioambientales y civiles por contaminación.

Otra solución posible sería la recogida en el Assurpol francés en cuanto establece una obligación de aseguramiento a todas las actividades peligrosas recogidas en la *loi 19 juillet 1976*, incluyendo cerca de 600.000 instalaciones.

²³⁹² GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños...*, *op. cit.*, p. 283.

²³⁹³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 987.

²³⁹⁴ ÁLVAREZ LATA, N.: "El daño ambiental...(I)", *op. cit.*, p. 827.

Parece muy interesante y conveniente la opción de suscribir un seguro con de responsabilidad medioambiental del Pool Español de Riesgos Medioambientales, que permite, a su vez, contratar una póliza complementaria reguladora del daño civil por contaminación, lo que resulta muy útil para la cobertura del riesgo de daños para este tipo de actividades. Creo que si se creara una ley específica de responsabilidad civil por contaminación para actividades anormalmente peligrosas (podrían servir las del Anexo III LRM o Anexo I LPCIC), podría exigirse a este tipo de industrias la suscripción de las condiciones especiales relativas a este tipo de daños, poniéndolos al mismo nivel jurídico de cobertura que sus “homólogos” daños medioambientales, al menos respecto de su forma de producción, pues, en definitiva, ambos tipos de daños derivan de un mismo hecho contaminante. En este punto creo que no sería suficiente con que doctrinal y jurisprudencialmente se aplicara la responsabilidad civil objetiva por daños civiles por contaminación producidos por actividades del Anexo III, pues seguiría faltando un precepto que obligara a estas empresas a adoptar el seguro. Para instaurar este sistema es necesario que los daños civiles por contaminación se sometan por igual al clausulado de las pólizas aseguradoras del mercado asegurador, para lo cual el estudio de las cláusulas del Pool pueden ser un buen referente pues el mismo suele “marcar tendencia”. Así, en el supuesto de que los DCC hubieran sido ocasionados alguna de las actividades recogidas en el Anexo III LRM o Anexo I LPCIC habría que estar a la definición de “contaminación asegurada” y a las cláusulas de exclusión para comprobar si los costes de prevención, evitación o reparación están cubiertos o no, con independencia de que el daño haya sido ocasionado por inmisiones o por otros daños civiles por contaminación, si bien teniendo en cuenta que los daños ocasionados por inmisiones causadas por emisiones conocidas están generalmente excluidas de la póliza pues se producen por hechos no aleatorios ni accidentales. En el caso de que no se aprobara una regulación específica para los daños civiles por contaminación ocasionada por actividades con elevada incidencia ambiental que estableciera, entre otras cuestiones la obligación de constituir un seguro de responsabilidad civil por contaminación, las actividades que deben hacerlo y la atribución objetiva de la responsabilidad, la única posibilidad es que las mismas lo constituyan de manera voluntaria, pues muchas de las industrias preferirán una cobertura total de los posibles daños por contaminación.

En el supuesto de considerar la póliza de los daños civiles por contaminación de forma complementaria a la de responsabilidad medioambiental, quizá las actividades que no requieran autorización ambiental integrada (anexo III LRM) no se les debería exigir seguro de responsabilidad civil por contaminación, por cuanto no coincidiría el régimen de responsabilidad (objetiva en el caso de las actividades del anexo III LRM y cuasi objetiva en el resto de actividades del RAMINP) ni el grado de peligrosidad (anormalmente peligrosas en el primer caso y molestas, insalubres, nocivas y peligrosas en el resto de casos). No obstante, ello no significa que las industrias no puedan asegurar este tipo de daños (medioambientales o tradicionales), por cuanto siempre pueden acudir a pólizas específicas o de la industria que recojan este tipo de daños, teniendo en cuenta que las mismas, en especial las relativas a los daños tradicionales, tendrán un amplio margen de maniobra a la hora de confeccionar el clausulado, por cuanto existe una mayor independencia (o una total en el caso de daños tradicionales) con el contenido de la LRM en cuanto a tipo de contaminación, actividades, coste de las medidas, régimen de exclusiones, etc. Esta solución tendría sentido si se permitiera el aseguramiento de los daños medioambientales y civiles por contaminación en pólizas independientes. De esta forma podría requerirse el seguro a todas las actividades del RAMINP y, por tanto, incrementar el espectro de actividades aseguradas, como ha hecho el *pool* francés (Assurpol) con el aseguramiento de este tipo de actividades.

CONCLUSIONES.

1. Las industrias puede provocar la emisión de sustancias peligrosas, nocivas, molestas o insalubres en el ejercicio de su actividad, pudiendo provocar daños al medio ambiente o a las personas, físicas o jurídicas:

a) *Daños civiles por contaminación* (o *tradicionales*) son los padecidos por los particulares en sus personas, bienes y derechos, causados por la contaminación. Se excluyen de la regulación de la LRM, pues se consideran “no medioambientales”, pasando a regularse principalmente en los arts. 590, 1902 y 1908.2 C.c., sin perjuicio de otros institutos jurídicos: abuso de derecho (art. 7.2 C.c.), leyes de arrendamientos urbanos y de propiedad horizontal, interdictos posesorios, etc.

b) *Daños medioambientales* son los daños a las especies silvestres y a los hábitat, aguas, ribera del mar y de las rías y suelo, ocasionados por el cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente, incluidos aquellos ocasionados por elementos transportados por el aire (art. 2 LRM). Son los denominados tradicionalmente “daños ecológicos puros” o “deterioro ambiental”. No obstante, estos daños pueden tener la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular*, en cuyo caso la forma de reparación se ajustará a lo dicho en la propia LRM, sin perjuicio de que pueda instarse su reparación en vía judicial civil.

2. Para poder establecer una adecuada clasificación del régimen jurídico aplicable a los DCC, conviene tener en cuenta previamente los diferentes intereses afectados por la invasión, la forma de conducirse por parte del operador en su causación, y, finalmente, la peligrosidad de la actividad que las produce:

a) Los *intereses perjudicados* por una invasión contaminante pueden ser: a.1.) del *uso y disfrute de la propiedad inmobiliaria*: se les suele considerar “inmisiones” en un sentido general. En España pueden causarse daños a las personas o propiedades en relación con el bien inmueble. a.2) *Otros intereses*: son otros DCC causados en intereses distintos del uso y disfrute de la propiedad, es decir, se producen al margen de la relación de estabilidad con el fundo o bien inmueble invadido.

b) En cuanto a la *forma de causación de la contaminación*, el operador puede haber actuado de forma: b.1) *intencional* (dolosa). b.2) *Conocida, pero no intencional*: el operador es conocedor de que la emisión está teniendo lugar, o es muy probable que así sea, como resultado de su actividad, pero aun así persiste en la misma. No obstante, no tiene ni la intención ni el conocimiento previo de la causación de perjuicios graves a particulares. Generalmente provocan invasiones continuadas. Cuando afecten intereses relativos al uso y disfrute de la propiedad son las verdaderas “inmisiones” y se aplicará la normativa de inmisiones vecinales (art. 590 y 1908.2 C.c.). Cuando afecten a otros intereses se tratarán como daños intencionales (dolosos). b.3) *No conocida*: el operador no es conocedor del escape, siendo éste imprevisto y extraordinario con respecto al ejercicio ordinario de la actividad, causando efectos contaminantes normalmente repentinos. Independientemente de que afecte el uso y disfrute de la propiedad u otros intereses, se reconducirán al régimen de la culpa (objetivada) o del riesgo.

c) Con respecto a su *peligrosidad*, la actividad puede ser: c.1) *no peligrosa*, sometidas al régimen de comunicación; c.2) *peligrosa* (RAMINP, o legislación autonómica), sometidas a licencia ambiental), o c.3) *anormalmente peligrosa* (Anexo I LPCIC, o legislación autonómica), que requieren AAI. No obstante, estas clasificaciones son meramente indicativas desde el punto de vista civil, donde habrá que estar a la peligrosidad inherente a la actividad industrial caso por caso.

3. En algunos ordenamientos autonómicos o de otros países extranjeros (p. ej. el catalán o el alemán) se regulan las inmisiones dentro de las relaciones de vecindad y de las restricciones al derecho de la propiedad, alejándose, por tanto, del instituto clásico de la responsabilidad civil extracontractual. Suelen coincidir en que cuando se produzcan inmisiones sustanciales causadas por una actividad que se ajusta al uso normal o autorizado, deberán ser toleradas y resarcidos los daños producidos y compensados los futuros, sin perjuicio de que el causante deba adoptar las medidas que sean técnica y económicamente posibles para reducir las inmisiones a la normal tolerabilidad. En cambio, cuando las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales no vengan legitimadas podrán ser prohibidas y generarán responsabilidad.

4. En el ordenamiento español no existe una regulación expresa de las inmisiones, pasándose a residenciarse mediante la acción de responsabilidad civil ex art. 1908.2 C.c. El resto de DCC se regula a través de la cláusula general de responsabilidad civil extracontractual ex art. 1902 C.c. Podemos clasificar los distintos fundamentos de la responsabilidad civil por contaminación en función de los intereses afectados por la invasión, el actuar del causante y la peligrosidad de la actividad:

a) *Responsabilidad por hecho excesivo*: se trata de la inmisión excesiva y nociva del art. 1908.2 C.c. Surge cuando se produzca una invasión -normalmente continua-, en el uso y disfrute de la propiedad, con conocimiento del operador industrial de que la emisión está teniendo lugar o es sustancialmente cierto que se producirá como resultado de su conducta, con independencia de la peligrosidad de la actividad. Se aplicará el art. 1908.2 C.c. al resarcimiento del daño y a la evitación de ulteriores daños. Puede causar daños personales o patrimoniales. El art. 590 C.c. se aplicará a la tutela preventiva de las invasiones en el uso y disfrute de la propiedad y a la inhibitoria de inmisiones excesivas a través de la acción negatoria en su vertiente de cesación.

b) *Responsabilidad por culpa*: el escape ha tenido lugar de forma desconocida por el operador de una actividad no peligrosa, pero se ha conducido con culpa o negligencia. La invasión alcanza todo tipo de intereses (uso y disfrute de la propiedad u otros). Se aplicará el art. 1902 C.c. El problema de aplicar este tipo de atribución subjetiva es que la mayoría de casos de DCC industrial, las actividades o condiciones que los producen son peligrosas, pasando a aplicarse una culpa cuasi objetiva.

c) *Responsabilidad cuasi objetiva*: el escape ha tenido lugar de forma desconocida por el operador de una actividad peligrosa. La invasión alcanza todo tipo de intereses (uso y disfrute de la propiedad u otros). Se utilizan expedientes objetivadores de la culpa tales como la teoría del riesgo, la inversión de la carga de la prueba o el aumento de la diligencia exigible, de forma que ni el cumplimiento de la normativa reguladora de la actividad, ni el caso fortuito, eximen de responsabilidad al operador. De esta forma, si bien los tribunales aplican el art. 1902 C.c., lo hacen arguyendo una teoría propia y muy desarrollada. Se advierte el problema de que la jurisprudencia suele aplicar este tipo de responsabilidad también a las inmisiones excesivas.

d) *Responsabilidad objetiva*: el escape ha tenido lugar de forma desconocida por el operador de una actividad o instalación anormalmente peligrosa. La invasión alcanza todo tipo de intereses, siempre que se ocasione dentro del ámbito de riesgo de la actividad, con independencia del nivel de cuidado adoptado por el operador (Inglaterra y EEUU). En Alemania, la UmweltHG se aplica también a las invasiones producto de emisiones conocidas por el operador y continuas. En España se suele basar la responsabilidad por riesgo en el art. 1908.2 C.c., derivado de la peligrosidad de la actividad, si bien no se desprenden del matiz de la inmisión “excesiva”. En algunas legislaciones especiales la fuerza mayor no exonera de responsabilidad.

5. Las *inmisiones* surgieron en sede de *relaciones de vecindad*. Originariamente, las relaciones de vecindad se basaban en el establecimiento de los requisitos y condiciones jurídicas y fácticas necesarias para el establecimiento de una convivencia armónica, y su concepción, estricta o amplia, depende del momento histórico y lugar: 1) por un lado, en los ordenamientos característicos de la Codificación, en los que se plasmó el derecho de propiedad privada como derecho subjetivo individual, libre, absoluto, e ilimitado en esencia, los límites del dominio son una excepción pues sólo podían establecerse por ley mediante las servidumbres legales, con la consecuencia de reconducir las relaciones de vecindad a las existentes entre propietarios vecinos (art. 1804 *Code*, art 348 C.c. español, etc.). 2) En cambio, en aquellos ordenamientos donde la propiedad adquirió un significado básicamente económico (como por ejemplo el BGB alemán, C.c. italiano o catalán), se afronta el dominio desde una concepción subjetiva, haciéndose referencia a las facultades del propietario que se definen sobre la base del poder del propietario de excluir a los demás del goce del bien.

6. A partir del Siglo XVIII, entre los factores que han provocado la evolución de las relaciones de vecindad, se destacan: a) uno *jurídico*, en el que la propiedad se concibe como menos absoluta; b) uno *sociológico*, caracterizado por las concentraciones poblacionales y el aumento de la relación entre propietarios; c) uno *de evolución económica y tecnológica*, que ha provocado modificaciones en el destino de las propiedades, el surgimiento de numerosas instalaciones industriales, distintos métodos de producción, empleo de tecnología avanzada, etc. Así, junto a la vecindad clásica de naturaleza interindividual o interpredial aparece una vecindad moderna universal y colectiva, es decir, una vecindad industrial y urbana, caracterizada por:

a) Conformar relaciones personales por el uso y disfrute de la propiedad, a título de dominio o cualquier otro título fructivo, como conjunto de límites al ejercicio de la propiedad basados en el respeto a los derechos de los demás, con el fin de que no se lesionen en sus respectivos intereses jurídicamente protegidos, asegurando así la tutela de la propiedad, la salud y el bienestar de las personas.

b) Englobar en el derecho de vecindad una vertiente jurídico-real y otra jurídico-obligacional, lo que da lugar a la aparición, respectivamente, de instrumentos jurídicos de protección con carácter real (acción negatoria de inmisiones) y obligacional (responsabilidad civil). Este derecho vecinal se integra por las disposiciones que delimitan la esfera de derechos y obligaciones recíprocas en relación con las propiedades vecinas, que se regulan como servidumbres legales o consuetudinarias de vecindad (art. 590 C.c.), así como por aquellas normas que prevén la solución de los daños derivados de las inmisiones excesivas y nocivas (art. 1908.2 C.c.).

c) Caracterizarse el marco geográfico de la vecindad por la proximidad o zona de influencia de la inmisión real o potencial.

7. La *inmisión excesiva y nociva* es la intromisión en un bien inmueble próximo al área de influencia del emisor, de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y similares, que siendo transmitidas por elementos del medio ambiente (agua, suelo o aire), pueden llegar a afectar, en modo intolerable, los derechos inherentes a la propiedad y a la persona relacionada con aquélla de un modo estable. Las inmisiones inocuas o tolerables no se pueden prohibir ni dan lugar a indemnización. Cuestión distinta es que puedan haber casos expresamente previstos, como en los ordenamientos alemán, catalán o italiano, donde aun existiendo inmisiones que producen perjuicios sustanciales aquéllas puedan ser lícitas -deban tolerarse- por haberse producido por: a) actividades autorizadas; b) cuando se adecuen al uso normal de la actividad, o c) por primacía de los intereses de la Industria.

8. Las *inmisiones* se caracterizan por ser: 1) Indirectas, es decir, se separan siempre de su punto de origen, lo que permite su propagación por medio de factores naturales (aire, tierra o agua), sin intervención de la voluntad humana. 2) Materiales: la inmisión, atendiendo a criterios físicos, tiene una mínima corporeidad, o bien es incorporeal, pudiendo ser medibles. 3) Positivas: la inmisión causa daños o molestias a las personas en su relación con la finca, o lo que es lo mismo, ha de interferir en el disfrute pacífico y útil del derecho de propiedad. 4) *Producidas por emisiones conocidas por el operador* como consecuencia del loable ejercicio de la actividad, es decir, consecuencia del disfrute del derecho de propiedad o de explotación de la actividad.

La *continuidad o periodicidad* no es un requisito de las inmisiones, dado que pueden manifestarse súbitamente pero ser conocidas por el operador en el ejercicio loable de la actividad. No obstante, la continuidad: a) si la invasión afecta el uso y disfrute de la propiedad puede “convertir” un escape inicialmente desconocido en una emisión conocida, pasando a considerarse inmisión, cuando el perjudicado lo denuncie y el causante no pone remedio alguno; b) junto con la actualidad de la inmisión, es un requisito para ejercer la pretensión de cesación vía acción negatoria o de responsabilidad civil *ex art. 1908.2 C.c.*; c) puede ser un factor a tener en cuenta a la hora de determinar la gravedad o intolerabilidad del daño, sobre todo cuando las inmisiones, aisladamente consideradas, no producirían sino molestias leves; d) si la inmisión es repentina siempre se le aplicará la tutela reparadora *ex art. 1908.2 C.c.*

9. La *inmisión excesiva y nociva*, *ex art. 1908.2 C.c.*, se determina en virtud de la *gravedad del daño o normal tolerancia* de la misma, lo que se realizará a través del análisis de la entidad de la misma y los efectos perjudiciales en el fundo y en el sujeto inmitido, a través de factores como la duración, intensidad, momento y lugar, atendiendo a un grado medio de sensibilidad hacia las mismas en los daños personales y a la adecuación al uso normal del fundo inmitido en los patrimoniales. En caso contrario, ayudará la medición de la intensidad de la inmisión. Cuando estén produciéndose inmisiones excesivas y nocivas el perjudicado puede solicitar medidas de cesación y abstención de las mismas en sede de acción negatoria o de responsabilidad civil, así como la reparación de los daños en sede del último tipo de acción citada. En otros ordenamientos, como el alemán o el catalán, los “perjuicios sustanciales” se acreditan, sobretodo, cuando se superen los valores límite de inmisión (VLI) reglamentarios, y se regula, de forma separada, la acción negatoria y la reparadora.

10. Por otra parte, el criterio del *uso normal* (Cataluña y Alemania) o *razonable* (Navarra y Aragón) de la propiedad (actividad) toma en consideración a la emisión y al emisor, analizando el lugar de origen de la emisión y el sujeto activo, considerando tolerables aquellas inmisiones que derivan de un uso normal o razonable de la actividad, con independencia de que se ocasionen perjuicios sustanciales. Tendrá en cuenta la adecuación del aprovechamiento al uso local de la actividad, analizando si la mayoría de las fincas son explotadas y producen inmisiones semejantes, así como si provoca emisiones más intensas que las producidas en la zona. En mi opinión, en Cataluña existe una regulación muy detallada que equilibra los intereses de los vecinos particulares. P. ej., el art. 546-14 2º C.c. legitima las inmisiones que producen perjuicios sustanciales si la actividad que las produce se ajusta al uso normal, según la normativa, y si poner fin a las mismas comporta un gasto económicamente desproporcionado. En este caso, los propietarios afectados podrán solicitar la indemnización de los daños producidos y una compensación económica por los que puedan causarse en el futuro (ap. 3º). Además, los propietarios podrán solicitar que la actividad se efectúe en el momento menos perjudicial, así como que se adopten las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo de los propietarios vecinos que los han ocasionado.

11. La actividad industrial en Cataluña tiene una gran certidumbre desde el punto de vista de los posibles perjuicios sustanciales que ocasionen en el ejercicio empresarial, cuando el mismo se ajuste a lo recogido en las licencias o autorizaciones. Sin perjuicio de que, en estos casos, los particulares vecinos afectados podrán 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 dañosas no pudieran evitarse de esta forma, los propietarios tienen derecho a una compensación económica por los daños futuros. En este último punto es donde mayores problemas de aceptación se han dado por parte de la doctrina, pues no diferencia entre los daños a la propiedad y los daños personales, pudiendo entenderse que el industrial podría seguir contaminando con la continuación de su actividad aun produciendo daños graves a la salud de las personas.

12. En cuanto a la relación de la valoración de la excesividad con la normativa administrativa, los VLI regulan cuándo un nivel de contaminación puede afectar negativamente la salud de las personas o su propiedad, si bien no suelen ser causa suficiente para acreditar la intolerabilidad de la inmisión ya que el juez civil hace su propia valoración. En cambio, en Alemania o en Cataluña se consideran perjuicios sustanciales los que superan los VLI o indicativos establecidos por las leyes o reglamentos. En Italia, la jurisprudencia afirma que si se superan los VLI reglamentarios se considera la inmisión automáticamente intolerable, pero no se considerará tolerable en el caso de que no los supere, debiendo estarse en este caso a una valoración civil.

En el análisis del uso normal, además de tener en cuenta los VLE, se sostiene también que puede influir en el mismo el incumplimiento de la normativa urbanística reguladora de usos y de distancias, o la reguladora de las medidas preventivas, pues su vulneración puede declarar la inmisión anormal, siempre que produzca daños significativos. En ordenamientos como el catalán la simbiosis entre el ordenamiento público y el privado es casi total, ya que el art. 543-14 2º C.c. se remite a la normativa administrativa a la hora de determinar el uso normal, lo que le dota al industrial de una elevada seguridad jurídica en el ejercicio de su actividad y facilita, aunque no se haya realizado, un mejor comportamiento de los seguros de responsabilidad civil por contaminación. Si la actividad está autorizada, habrá que tener en cuenta, además, el cumplimiento o incumplimiento de lo dispuesto en la licencia o autorización.

13. Se debería encontrar una posición de equilibrio, en materia de *inmisiones*, entre los intereses de la producción y los de los particulares, al objeto de evitar una situación de inseguridad jurídica para cualquiera de las partes implicadas. Podría suceder, p.ej., que aun habiendo cumplido el industrial con la normativa reguladora de la actividad, y con las licencias o autorizaciones en vigor, tuviera adoptar medidas correctoras económicamente desproporcionadas y, en su defecto, tener que paralizar la actividad. Por el contrario, en Alemania o Cataluña se contempla la posibilidad de que, aun habiendo ocasionado el industrial daños sustanciales o esenciales, cuando hubiera cumplido con las normas administrativas y usos del lugar, y hubiera procedido a la adopción de las medidas correctoras técnica y económicamente posibles, a requerimiento del juez, o mediante acuerdo entre las partes contaminadora y perjudicada, podría ser condenado al pago de una compensación económica, permitiendo la continuidad de la actividad. No obstante, la jurisprudencia española no recoge la compensación económica al particular perjudicado en el caso de que los daños sustanciales se produzcan por actividades que cumplen las normas reguladoras o, siendo autorizadas, cumplieran con lo allí establecido. En cualquier caso, puede pensarse que el punto de equilibrio debería tener como límite los daños corporales y a la salud, quedando sólo para la ponderación los daños a la propiedad que no supongan un total sacrificio de la misma.

14. La regulación de las inmisiones, en el sentido de invasiones en el uso y disfrute de la propiedad, se puede obtener de una interpretación extensiva -art. 4.1 C.c.-, conjunta e integradora de los artículos 590 y 1908.2 y 1902 C.c. de manera que las soluciones judiciales puedan adaptarse a la realidad social del momento -art. 3.1. C.c.-, extendiendo su aplicación a las graves inmisiones de la era postindustrial. Lo mismo sucede con el ordenamiento francés, donde la doctrina y los tribunales han fundamentado la regulación de las inmisiones con base en la teoría de *troubles de voisinage* (perturbaciones anormales de vecindad) en sede de responsabilidad civil extracontractual *ex art.* 1382 C.c. En cambio, en otros ordenamientos se regula específicamente la materia de *inmisiones* italiano -art. 844 C.c.-, portugués -art. 1346 C.c.-, suizo -art. 684 ZGB-, austriaco -§ 364.2 ABGB- o alemán -§ 906 BGB-; o autonómicos (Código civil catalán -art. 546-14 C.c.- o Fuero Nuevo de Navarra -Ley 367 1º-).

15. Los arts. 590 y 1908.2 C.c. se complementan recíprocamente y dan base para fraguar una teoría general de las *inmisiones* a través de una analogía generalizadora que configura una prohibición civil genérica de aquéllas que sean perjudiciales al vecino, no conformes al uso o a los reglamentos o, en último término, al criterio de la buena vecindad, basado en la buena fe. El art. 590 C.c. actúa en la fase preventiva de la *invasión en el uso y disfrute de la propiedad*, mientras que el 1908.2 C.c. actúa en la fase posterior al daño causado por *inmisiones* excesivas. El art. 590 C.c. se ubica en la vertiente jurídico-real de las relaciones de vecindad, puesto que marca hasta donde puede llegar el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria, mientras que el art. 1908.2 C.c. se sitúa en la jurídico-obligacional y reparadora del daño.

El art. 590 C.c. se puede aplicar en materia de inmisiones, en el sentido de invasiones en el uso y disfrute de la propiedad, como: a) tutela preventiva pura del daño procedente de instalaciones peligrosas, por incumplimiento de las normas administrativas en materia urbanísticas o de medidas de prevención. En este caso, el titular de un derecho real sobre el fundo que pueda recibir las inmisiones podrá instar ante los tribunales que el operador incumplidor se ajuste a lo dispuesto en la normativa reglamentaria. b) Tutela inhibitoria típica: medida de contención de inmisiones excesivas y nocivas, pues contiene un límite del derecho de propiedad. En este caso, el titular afectado por las inmisiones excesivas podrá solicitar que las mismas se ajusten a la normal tolerabilidad y, en su defecto, podrá instar la paralización de la actividad. c) Apoyo normativo al art. 1908.2 C.c. para determinar el criterio del uso normal de la actividad, si bien teniendo en cuenta que su cumplimiento no significa “normalidad”.

El art. 1908.2 C.c. regula la tutela resarcitoria y de evitación de ulteriores daños ocasionados por inmisiones excesivas y nocivas, hayan sido o no producidas por industrias peligrosas, si bien con prevalencia de estas últimas. También se ha pretendido aplicar este artículo cuando la actividad cumple con las normas reglamentarias, alegando que, de lo contrario, se aplicará el art. 1902 C.c. Se opina que si bien el cumplimiento o incumplimiento de la normativa reguladora puede provocar una presunción de excesividad o razonabilidad de la inmisión respectivamente, o determinar que una conducta no se ajusta al uso normal cuando la normativa tenga que ver con normas urbanísticas o VLE, el hecho de que en las inmisiones exista conocimiento de la emisión por parte del operador causante al ser las inmisiones producto normal del ejercicio de la actividad industrial, y producirse normalmente de forma continua o periódica, no debe confundirse con la presunción de culpa *ex art.* 1902 C.c. que se derivaría del incumplimiento de la normativa reguladora en cuestión, ya que la cláusula general de responsabilidad civil extracontractual regula los daños por conducta negligente. Además, en el análisis de la excesividad de la inmisión *ex art.* 1908.2 C.c. se tiene en cuenta la gravedad del daño y la intensidad de la inmisión, según circunstancias.

16. A raíz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional y Supremo, se ha ido desarrollando progresivamente una doctrina jurisprudencial que aplica normas constitucionales y Derechos Humanos a la hora de resolver conflictos provocados por *inmisiones*, basada en la intimidad personal y familiar (18.1 CE), inviolabilidad de domicilio (18.2), dignidad de la persona (10.1) y calidad de vida. No obstante, los poderes públicos han rehuido la aplicación del art. 18.1 CE en casos de inmisiones en el ámbito de la intimidad domiciliaria, inclinándose por otras categorías constitucionales como el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y la calidad de vida (art. 45 CE). No obstante, podría ser aplicable la doctrina del TEDH a mayor abundamiento en esta materia, en cuanto es susceptible de incrementar la protección de las personas en su ámbito domiciliario. En España ha sido reconocida esta solución como un verdadero avance en la protección de los derechos de los particulares en relación a los derechos de la personalidad relacionados con el la inviolabilidad del domicilio, la tranquilidad y la salud.

17. Se echa de menos en el Derecho civil español una regulación expresa de las *inmisiones*, como sí se hace en otros países, al objeto de establecer por el legislador el equilibrio entre los intereses en juego. De lo contrario, siempre dependerá del juez y de las circunstancias de cada caso las soluciones a adoptar. Sería conveniente, al menos, consolidar una línea doctrinal y jurisprudencial que desarrollare la regulación de las inmisiones tal y como se hace el sistema norteamericano en el *Restatement (Second) of Tort Law* en relación a la *private nuisance*.

18. La *acción negatoria* de inmisiones permite a los propietarios o titulares de derechos reales limitados que comportan posesión para poner fin a las inmisiones ilegítimas en su derecho que no consistan en la privación o retención indebidas de la posesión, así como exigir que no se produzcan perturbaciones futuras y previsibles del mismo género. Comprende una tutela preventiva pura, cuando la inmisión aún no acaecido y una inhibitoria, cuando se está produciendo o se ha producido, dividiéndose esta última, a su vez, en una vertiente de cesación de las inmisiones presentes y una de abstención de inmisiones futuras de la misma naturaleza:

- La tutela *preventiva "pura"* del daño surge cuando existe un riesgo inminente de daño causado por *invasiones en el uso y disfrute de la propiedad*. La prueba más evidente de este riesgo consiste en el incumplimiento de lo establecido en el art. 590 C.c. en relación a las normas urbanísticas y medidas preventivas. Su aplicación será de difícil aceptación por los jueces civiles en el caso de que la industria cumpla escrupulosamente con todas las exigencias reguladoras de la actividad por cuanto, al no existir inmisión ni por ende perjuicio, será difícil probar el daño potencial. No obstante, siempre y cuando quede debidamente fundamentada mediante prueba pericial la amenaza inminente de daño aun con cumplimiento de las normas administrativas, se podrán adoptar medidas preventivas del daño por el juez civil.

- La *tutela inhibitoria* de cesación y de abstención se ejercita frente a *inmisiones típicas excesivas*, sean nocivas o potencialmente nocivas. Permitirá solicitar al juez la imposición de medidas correctoras reglamentarias, en caso de no cumplir con lo preceptuado, y las que sean técnica y económicamente viables y necesarias, según informe pericial, en caso de que sí se cumpla la normativa de remisión y aun así se prevea la producción de un daño, al objeto de que reduzcan las inmisiones a límites tolerables, a elección del demandante, y, en caso de no ser posible, adoptar excepcionalmente medidas de paralización provisional o definitiva de la actividad contaminante. Por una parte, se cesan las inmisiones actuales y, por otra, se evita que se sigan produciendo en el futuro (efecto típico de abstención incluido en el de cesación).

19. La *acción negatoria de inmisiones* en su vertiente inhibitoria suele quedar “embebida” dentro de la acción de responsabilidad civil *ex art. 1908.2 C.c.*, por cuanto en la mayoría de casos los procedimientos judiciales como consecuencia de daños civiles ocasionados por este tipo de inmisiones se enmarcan dentro de las medidas de evitación de ulteriores daños a través de medidas de cesación y de abstención de la inmisión como efecto de la responsabilidad civil *ex art. 1908.2 C.c.*, lo que suele denominar la doctrina “tutela inhibitoria atípica”. Esto sucede porque si las inmisiones han producido un daño material o corporal fácilmente acreditable, los jueces prefieren aplicar la acción de responsabilidad civil *ex art. 1908.2 C.c.*, presumiendo la excesividad de la inmisión de la propia acreditación del daño, y no se complican haciendo uso del complejo análisis de todas las variables que conforman los criterios de la normal tolerancia o del uso normal para determinar la ilegitimidad de la inmisión. La cuestión clave estriba en que el ejercicio de la acción negatoria en su vertiente inhibitoria no requiere la acreditación de un daño grave actual sino potencial. Asimismo, aun con mayor desacierto si cabe por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se suele utilizar la cláusula general de responsabilidad civil extractcontractual (1902 C.c.) para la “acción inhibitoria atípica”, basado en el principio *alterum non laedere*.

20. El art. 1902 C.c. se aplicará a todo tipo de DCC ocasionados por un escape contaminantes desconocido para el operador, fruto de un acontecimiento extraordinarias en el ejercicio de la actividad. En estos casos, se aplicará una responsabilidad por culpa o cuasi objetiva o en función de la peligrosidad de la actividad:

- En los DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador de *actividades no peligrosas* el fundamento de la responsabilidad será la culpa o negligencia. No obstante, el art. 1902 C.c. ha sido aplicado equivocadamente, a mayor abundamiento, a todos los DCC, cuando la actividad no cumple con las normas reglamentarias (590 C.c.), asimilándolo a la culpa o negligencia del causante del daño. También ha sido aplicado en materia de *inmisiones excesivas y nocivas*, lo que no es de recibo, por cuanto existe un precepto específico de aplicación (1908.2 C.c.).

- En los DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador de *actividades peligrosas* se regirán por una responsabilidad cuasi objetiva *ex art. 1902 C.c.*, a través de la aplicación de expedientes objetivadores de la responsabilidad por culpa, tales como la teoría del riesgo, la inversión de la carga de la prueba, o el aumento de una diligencia exigible, más allá de la reglamentaria.

- En el ordenamiento español no existe una regla de responsabilidad objetiva para los DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador de *actividades anormalmente peligrosas*, al contrario de lo que sucede en el *common law* inglés (regla *Rylands v. Fletcher*) o norteamericano (*abnormally dangerous activity*).

Consecuencia de lo anterior, no se distinguen por la jurisprudencia los diferentes grados de peligrosidad de las actividades, entre las inocuas, peligrosas o anormalmente peligrosas. En su lugar, los jueces aplican una jurisprudencia que, revisando el art. 1902 C.c., aplica una responsabilidad cuasi objetiva.

Una alternativa a la responsabilidad cuasi objetiva *ex art. 1902 C.c.*, para este tipo de daños producidos por actividades peligrosas o anormalmente peligrosas, ha sido la aplicación del art. 1908.2 C.c. por parte de la doctrina, alegando que se trata de un art. que regula los DCC provocados por actividades peligrosas con razón del riesgo creado, cuando la inmisión sea excesiva y nociva. Las instalaciones serían las del RAMINP (o legislación autonómica equivalente). No obstante, creo que el art. 1908.2 C.c. se debería aplicar a las *inmisiones*, independientemente de la peligrosidad de la actividad, y no a un caso de responsabilidad objetiva por riesgo.

21. Los *presupuestos* de la *acción de responsabilidad civil por contaminación* (ARCC) son los siguientes: 1) *Acción u omisión culposa*: comprende un acto humano que puede consistir en una acción positiva (*facere*) o en una acción negativa u omisión (*non facere*). 2) *La realidad de los daños* y perjuicios sufridos. En las inmisiones, además, el daño ha de ser grave y estar relacionado con las personas o cosas que estén vinculadas al inmueble afectado. 3) *La antijuridicidad*: en las inmisiones lo marcará su excesividad, según el art. 1908.2 C.c. En los DCC ocasionados por un escape no conocido por el operador de actividades no peligrosas lo será el incumplimiento de la normativa reguladora de la actividad o por la vulneración de una diligencia media en la forma de conducirse; en las peligrosas derivará de la vulneración del principio del *alterum non laedere* basado en el riesgo. 4) *Atribución subjetiva de la responsabilidad*: en los DCC causados por un escape desconocido por el operador de actividades peligrosas se aplicará una responsabilidad cuasi objetiva, y, en las anormalmente peligrosas una objetiva por riesgo. En las inmisiones la responsabilidad es objetiva cuando aquéllas sean excesivas y nocivas. 5) *Relación de causalidad*, entre la acción u omisión y el daño. La jurídica se basa en la teoría de la causalidad adecuada, en el antecedente que es posible, probable o razonable que ocasione el daño.

22. Las invasiones ocasionadas por un escape desconocido por el operador suele tener efectos repentinos, manifestándose en el mismo momento del hecho contaminante, o con leve retraso, y afectan a cualquier tipo de daños. En cambio, los daños por inmisiones producen daños morales y daños patrimoniales vinculados de forma estable con el bien inmueble que percibe las mismas, y suelen ser continuas, al requerir del transcurso de un cierto tiempo para que el perjudicado sea consciente de los daños. Por ejemplo, las inmisiones por ruido pueden generar molestias insoportables en función de parámetros como la duración, el momento del día, la intensidad y frecuencia de la invasión, etc. El art. 1908.2 C.c. también cubre daños a la salud.

23. La *antijuridicidad* de la conducta dañosa del operador industrial en los DCC depende del régimen jurídico aplicable a éstos:

- En las *inmisiones*, la antijuridicidad vendrá determinada por la *excesividad y nocividad de la misma*, según el art. 1908.2 C.c. La inmisión excesiva y nociva se determinará mediante la ponderación entre los efectos perjudiciales que produce la invasión y la normalidad o exceso en el ejercicio de la actividad por parte del operador causante de las mismas. El carácter antijurídico de la inmisión se predicará respecto del hecho inmisivo y no del daño. Pero como se ubican en sede de responsabilidad civil extracontractual a veces se suele utilizar el criterio de la gravedad del daño como causa de antijuridicidad basada en el daño injusto (desvalor de resultado).

- En los *DCC ocasionados por un escape desconocidos por el operador* y producido por *actividades inocuas*, la antijuridicidad se determina mediante la ilicitud del acto, manifestado generalmente por una vulneración de una norma reguladora de la actividad o de los VLE o VLI (norma de protección), o por la vulneración de una diligencia media en la forma de conducirse.

- En los *DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador* y producido por *actividades peligrosas*, bastará para declarar el daño injusto la vulneración del principio del *neminem laedere*, con base a la peligrosidad. Incluye tanto la protección del interés como el deber de conducirse diligentemente para evitar la lesión del interés jurídicamente protegido. Este principio exige no dañar a otro sin causa de justificación. La antijuridicidad no se dará porque no se han adoptado las medidas preventivas necesarias para evitar el daño (responsabilidad cuasi objetiva). Al exigirse una diligencia necesaria para evitar el daño, su mera producción convertirá el daño en injusto.

- En los DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador y producido por actividades anormalmente peligrosas, existe legislación que regula una responsabilidad objetiva basada en el riesgo, tal y como sucedede en Alemania (UmweltHG). En EEUU, el comentarista del *Restatement Second of Torts* prevé una responsabilidad por riesgo para este tipo de actividades (*abnormally dangerous activities*). En estos casos se aplica la denominada *responsabilidad por riesgo*, que no necesita una previa conducta antijurídica, ya que supone un riesgo ilícito derivado de una actividad lícita, por lo que en estos supuestos es aplicable la concepción basada en el desvalor de resultado puro por la sólo lesión de un derecho subjetivo o interés jurídicamente protegido, eso sí, siempre y cuando el daño se haya producido por un hecho incluido entre los riesgos típicos. El agente responde porque conoce y domina la fuente u origen del riesgo, aunque no necesariamente el curso del acontecimiento productor del daño, y porque obtiene provechos de aquella actividad que es origen del riesgo: *cuius es commodum eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onu*.

24. En la determinación del criterio de *atribución subjetiva de la responsabilidad*, se ha de diferenciar el régimen jurídico de los arts. 1902 y 1908.2º C.c. En los DCC causados por un escape desconocido por el operador, cuando la actividades sea no peligrosa, se aplicará la responsabilidad por culpa o negligencia (art. 1902 C.c.); si las actividades son peligrosas, se aplicarán las técnicas de objetivación de la culpa tales como la aplicación de la teoría del riesgo, la utilización de una diligencia máxima, o la presunción de culpa con inversión de la carga de la prueba, más allá de la diligencia exigible en la normativa reguladora. Por el contrario, el art. 1908.2º C.c. recoge una responsabilidad para las inmisiones que sean excesivas y nocivas a las personas o a las propiedades. En estos casos, para que el operador inmitente pueda exonerarse de responsabilidad, deberá probar que las inmisiones eran tolerables o que el uso de la actividad era normal o usual. En el ordenamiento español no se recoge la responsabilidad objetiva por riesgo para DCC causados por un escape desconocido derivado de actividades anormalmente peligrosas, si bien se suele fundamentar en una parte de la doctrina en la responsabilidad por riesgo *ex art. 1908.2 C.c.*

25. En materia de atribución subjetiva, en los DCC causados por un escape desconocido por el operador, éstos suelen escudarse en el cumplimiento de la normativa reguladora de la actividad, en la obtención de las licencias o autorizaciones, o en que la Administración no ha detectado ningún fallo cuando la actividad ha sido inspeccionada. Al respecto, se deben hacer las siguientes precisiones:

- En la *responsabilidad por culpa o negligencia* hay una fuerte interacción entre la culpa y la regulación positiva, por cuanto ésta puede establecer un estándar de conducta que, en caso de incumplimiento, puede considerar la conducta culposa o negligente. Las normas administrativas deberán proteger la clase de persona cuyo interés es invadido, el particular interés, y el interés contra la clase de daño acaecido y contra el particular peligro desde donde el daño proviene. A tal efecto, las normas y procedimientos que establece la normativa reguladora de la actividad pueden servir de orientación para determinar si la actuación del operador debe considerarse correcta o, por el contrario, negligente, dadas las circunstancias. El incumplimiento de normas ambientales puede constituir una prueba de culpabilidad, que admite prueba en contrario, consistente en que el agente contaminador que causa el daño pruebe que ha actuado con la debida diligencia y cuidado en la actuación concreta, siendo labor del juez civil su evaluación. El cumplimiento de la normativa puede provocar la presunción de que se actuó de forma razonable, pero no convierte la conducta automáticamente en lícita, dado que la antijuridicidad puede proceder del incumplimiento del principio del *alterum non laedere*, salvo que el perjudicado tenga la obligación de soportar el daño.

- En la *responsabilidad cuasi objetiva*, las técnicas de *objetivación* establecen la presunción de que el autor del daño ha incurrido en culpa, y a él corresponde desvirtuarla mediante la prueba de haber obrado con la diligencia debida, por lo que cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quién debe acreditar su propia diligencia, debiendo aplicarse rigurosamente el artículo 1104 C.c. al espacio de la responsabilidad extracontractual, en el sentido de exigir al agente, no una diligencia simple, sino la que corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En estos casos, no basta con el cumplimiento de la normativa administrativa que obliga 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, revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia. Así, una actuación lícita (desde el punto de vista del ordenamiento administrativo), puede dar lugar a daños resarcibles desde el punto de vista civil, cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencia de sus actos.

- En la *responsabilidad objetiva por riesgo*, la responsabilidad es independiente del cumplimiento de las normas. Esta teoría se basa en que cuando una actividad industrial representa una fuente de ingresos para ella y un riesgo adicional y extraño para los demás, se configura una contrapartida por la utilidad proporcionada por la actividad peligrosa a favor de los posibles afectados por la contaminación causada por el particular o empresa, aunque el daño se haya producido sin poder evitarlo y a pesar de haberse tomado todas las precauciones técnicas exigidas.

26. Se echa de menos una regulación especial de responsabilidad por riesgo para los DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador de actividades anormalmente peligrosas, p. ej. Anexo I LPCIC. Si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial y doctrinal que defiende cada vez más la responsabilidad objetivada o por riesgo, no diferencia las actividades peligrosas, que requieren licencia ambiental, de las actividades anormalmente peligrosas, que requieren autorización ambiental integrada. Esta ley serviría para: 1) regular en un mismo régimen normativo todos los DCC causados por actividades anormalmente peligrosas; 2) para coordinar los supuestos de daños medioambientales cuya titularidad pertenece al particular; 3) para imponer un seguro de responsabilidad civil por contaminación; 4) en relación con el seguro, para establecer una limitación de las cuantías de la reparación. Para su implantación podría utilizarse como “espejo” la *UmweltHG* alemana.

27. Para establecer la *relación de causalidad* entre la conducta y el daño hay que hacer un reconocimiento de la pluralidad de posibles causas del daño (cuestión de hecho), mediante leyes físicas o de la naturaleza (teorías de la equivalencia de condiciones o de la *conditio sine qua non*). La demostración del *nexo causal* se podrá hacer mediante prueba de presunciones y la inversión de la carga de la prueba en actividades de riesgo. Una vez confirmado que la actuación del sujeto agente es, desde el punto de vista físico o material, causa del daño, habrá que determinar posteriormente su *imputación objetiva*, lo que se reconduce al terreno jurídico de la imputabilidad de la relación causal, identificando la causa que sea jurídicamente relevante (cuestión jurídica). Se determinará generalmente mediante la teoría de la *causa adecuada*, donde la responsabilidad tendrá lugar cuando la consecuencia dañosa pueda considerarse imputable al agente. La idea de imputación pone el acontecer causal en relación con la voluntad del hombre, por lo que la responsabilidad llegará hasta donde el curso causal pueda ser dirigido y dominado por la voluntad, esto es, cuando sea previsible. Previsibilidad como límite de la posible dominación o control de un hombre por un hecho, lo que no debe confundirse con el juicio subjetivo de previsibilidad de lo que un sujeto concreto debió prever para evitar un daño previsible y que a pesar de ello causa.

28. La acción de responsabilidad civil por contaminación (ARCC) es *independiente* de la remisión a las normas reguladoras de la actividad, de su cumplimiento, y, finalmente de la existencia y cumplimiento de licencias:

- No será óbice al ejercicio de la ARCC la *remisión* de la norma civil de vecindad a disposiciones administrativas. No se produce intromisión por parte del juez civil en la jurisdicción contencioso-administrativa por cuanto aquél no emite un juicio de valor acerca del acto administrativo ni revisa la licencia concedida. Más bien cubriría una omisión de la Administración que o bien no valoró correctamente los supuestos al otorgar la concesión, o bien no exigió a posteriori las medidas correctoras para evitar los daños de un actividad que peligrosa.

- No será óbice al ejercicio de la ARCC el *cumplimiento* de las normas reglamentarias reguladoras de la actividad, ya que esto no elimina la posibilidad de causación de perjuicios a a terceros. El cumplimiento de las normas administrativas no coloca al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil al causante del daño cuando las medidas reglamentarias se revelan insuficientes para evitar eventos lesivos, puesto que si aquellos contemplan intereses públicos sociales, la jurisdicción civil protege el interés privado. Incumbe a la jurisdicción civil la adopción de las medidas adecuadas para que cese la producción de un perjuicio dimanante de la actividad industrial siempre y cuando sea civil la acción que se ejercite y no se impugne acto administrativo concreto o se inste actuación de la Administración.

- No será óbice al ejercicio de la ARCC que el ejercicio de la actividad se halle amparado por la preceptiva *licencia* administrativa o autorización. Ésta no es una especie de “salvoconducto” que asegure que no se puedan causar daños, ni llega ni mucho menos a legitimar las inmisiones nocivas u otros daños que puedan derivarse a terceros. Una cosa es el permiso de instalación de una industria y de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros, potestad de la administración, y otra bien distinta que por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o insuficientes se produce un daño en la propiedad de un tercero, cuyo conocimiento compete a los Tribunales civiles.

29. Serán *legitimados* activos de la ARCC por inmisiones los propietarios o titulares de algún otro derecho real sobre las fincas que les faculte para su uso y disfrute, que hayan sufrido la inmisión dañosa en su persona o en su propiedad. En el ap. 2º del art. 1908 C.c. se dice que serán los titulares del terreno, si bien se ha ampliado, en aplicación del principio *ubi emolumentum ibi onus*, a aquellas personas que tengan el uso y disfrute de la finca y realicen en ellas actividades que supongan inmisiones excesivas y nocivas; se extiende también a los titulares de las empresas que lleven a cabo tales actividades peligrosas. En materia de DCC ocasionados por un escape desconocido por el operador, serán legitimados activos todos aquellos particulares perjudicados en cualesquiera derechos e intereses legítimos.

La legitimación pasiva en cualquier tipo de DCC corresponderá al titular de la actividad industrial bajo cuyo control se realiza la actividad generadora del daño, sea propietario o arrendatario de la actividad, así como, en su caso, al propietario del inmueble donde se desarrolla la actividad, pudiendo coexistir ambos supuestos. En materia de inmisiones en los supuestos del ap. 4º del art. 1908 C.c., corresponderá la legitimación pasiva al propietario del terreno por los daños causados por cloacas o depósitos de materias infectantes, si bien también al titular de estas últimas.

Por otro lado, si existe pluralidad de responsables, la regla general de legitimación pasiva se basa en la solidaridad, salvo que pueda atribuirse a cada uno la parte proporcional del daño (regla de la mancomunidad).

30. El plazo de *prescripción* de la ARCC es de un año y se computa desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2 C.c.). Se contará desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969 C.c.). Se abren tres posibilidades: 1) El criterio subjetivo del conocimiento del daño que, en virtud del art. 1968.2 que se refiere al momento desde que lo supo el agraviado. 2) El criterio objetivo de la verificación total del daño, según dice el art. 1969. 3) El criterio objetivo-subjetivo, que tiene en cuenta el momento en que el perjudicado conoce al causante, la causa y los propios daños, aplicando conjuntamente los arts. 1968.2 y 1969. En mi opinión, hay que optar por este último criterio, dado que es más beneficioso para la parte más perjudicada.

Gran parte de las inmisiones producen daños continuados. El cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia ("*dies a quo*") hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida. No obstante, no siempre resulta fácil determinar cuándo se ha producido ese definitivo resultado que se ofrece como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección. El resto de daños civiles por contaminación, generalmente ocasionados de forma repentina, ocasionan daños instantáneos, en cuyo caso le es de aplicación lo dicho anteriormente.

31. La *tutela del particular* frente a los DCC en la ARCC puede ser reparadora del daño y, en el caso de que el daño continúe, al hacerlo también la causa que lo produce – inmisiones –, podrá ser también inhibitoria (atípica) o a través de la pretensión de cesación de las inmisiones excesivas y nocivas y de evitación de ulteriores daños, incluso mediante el cese de la actividad causante del daño:

a) La *tutela reparadora* tiene como objetivo la restitución de las cosas a su estado original (reparación *in natura*). No obstante, en la mayor parte de los casos se conceden indemnizaciones porque es el único modo posible de reparar tales perjuicios o porque resulta la forma menos gravosa de reparación.

b) La *tutela inhibitoria* (atípica) o de *evitación de ulteriores daños ex art. 1908.2 C.c.* ordena la cesación de la actividad dañosa y la adopción de medidas que impidan ulteriores daños, exigiendo su eliminación o reducción. La función de la tutela inhibitoria aquí es disuasoria de futuros daños, incentivando comportamientos que eviten su producción, contribuyendo a señalar el nivel de diligencia que los agentes deben observar en cada sector del tráfico. La reparación en forma específica consiste en eliminar la causa del daño. En los DCC producidos por un escape desconocido y con efectos repentinos, dado que cuando no se trate de contaminación conocida y gradual sino de un hecho imprevisto y repentino, no tienen sentido las medidas de cesación de las inmisiones, pero sí las medidas de evitación de ulteriores daños.

32. En el caso de *daños medioambientales* que tienen la *condición simultánea de bien de propiedad o titularidad del particular* (art. 5.2 LRM), los particulares no podrán exigir reparación ni indemnización en la medida en que tales daños queden reparados por la aplicación de la LRM. El responsable que hubiera hecho frente a esa doble recuperación podrá reclamar del perjudicado su devolución o la compensación. Los particulares tendrán la opción de solicitar la iniciación del procedimiento establecido en la LRM (acción ciudadana de los arts. 41 y ss.) o bien iniciar un procedimiento judicial civil para exigir al juez la reparación del daño medioambiental sufrido y, en cualquier caso, la recuperación deberá hacerse con base a lo dispuesto en el Anexo II, tal y como exige la DA 9ª LRM. La regulación de éstos puede ser un foco de problemas, en parte debido a las dudas que suscita la posibilidad de que el juez de lo civil pueda imponer las medidas del Anexo II sin contar con las AAPP.

33. En el ordenamiento español no se prevé la obligación de adoptar un *seguro de responsabilidad civil por contaminación* (SRC), para los DCC ocasionados por actividades anormalmente peligrosas (anexo I LPCIC), a diferencia de la existencia de un *seguro de responsabilidad medioambiental* (SRM) como posible garantía obligatoria para las actividades del Anexo III de la LRM. Ambos seguros se recogidos en la póliza del Pool Español de Riesgos Medioambientales, por lo que resulta necesario estudiar el contenido de ambos tipos de cobertura. En mi opinión, el establecimiento obligatorio de un SRC para las actividades anormalmente peligrosas es un aspecto necesario para poder dar coherencia al sistema y al mercado asegurador, con independencia de que pudiera ser “recomendable” también para la cobertura de los daños provocados por las industrias peligrosas en general. Un ejemplo que debería ser tenido en cuenta es el caso del *pool* asegurador francés de DCC (Assurpol), que recoge una garantía para los daños ocasionados por actividades peligrosas (para 600.000 empresas, equivalente a las incluidas en nuestro RAMINP) que cubre los daños tradicionales ocasionados de forma accidental, tanto repentina como gradual, por la emisión, la dispersión, el vertido o el depósito de toda sustancia contaminante en la atmósfera, el suelo o las aguas, la producción de olores, ruidos, vibraciones, variaciones de temperatura, ondas, radiaciones y emanaciones que excedan la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad. Se excluyen las inmisiones asumidas como resultado normal de la actividad o por un hecho conocido y consentido, así como los casos de dolo, conocimiento, negligencia grave y contaminación histórica o crónica.

34. El Pool Español de Riesgos Medioambientales ha redactado un modelo de póliza que incluye los daños medioambientales y los civiles por contaminación, y aunque el SRC se pueda contratar de forma voluntaria, puede ser muy atractiva esta cobertura complementaria por cuanto cubre la práctica totalidad de los daños a particulares ocasionados accidentalmente por la contaminación industrial. Si se estableciera esta obligación por el legislador se pondría la cobertura de los DCC al mismo nivel de cobertura que sus “homólogos” daños medioambientales, pues en ambas coberturas el daño cubierto proviene de un mismo hecho contaminante y tendría un beneficio a la hora de calcular los posibles efectos perjudiciales de la contaminación. Por otro lado, los particulares podrían tener la seguridad de que la reparación del daño está garantizada. La utilización del modelo de póliza del Pool se puede servir como guía *ad exemplum* de futuras pólizas de SRC que pueda adoptar el sector asegurador, tanto si se trata de seguros independientes de responsabilidad civil por contaminación como si se incluyen conjuntamente con la responsabilidad medioambiental.

El modelo de condiciones generales de la Póliza del Pool Español establece la obligación de prevenir y evitar un siniestro inminente, así como de evitar ulteriores daños, independientemente de que se esté dentro de la modalidad específica de responsabilidad medioambiental o civil por contaminación. Las inmisiones provenientes de emisiones conocidas por el operador no tienen cabida en el SRC, pues no responden al término de “siniestro” como hecho imprevisto y aleatorio, pues se producen en el ejercicio ordinario de la industria o como consecuencia de un hecho conocido. También se excluye la contaminación acústica o electromagnética. Tampoco tienen cabida los daños producidos de forma de negligente grave o intencional.

35. En cualquier caso, e independientemente de que sea conveniente el desarrollo de una póliza de SRC para los DCC ocasionados por actividades peligrosas (como en Francia), si se quiere que el mercado asegurador cubra los provenientes de actividades anormalmente peligrosas, de forma obligatoria, es necesaria la aprobación de una ley especial que los regule y exija su aseguramiento. Mientras tanto, habrá que conformarse con una cobertura voluntaria para los operadores.

36. Teniendo en cuenta todo lo dicho en el presente trabajo, se está en condición de efectuar una serie de propuestas que resumen las líneas más importantes del mismo, a modo de recapitulación de todo lo dicho:

a) *Regular el Derecho de inmisiones*, mediante la aprobación de una ley especial o la inclusión de un artículo específico en el Código Civil. Lo ideal sería que esta regulación se incluyera dentro de las restricciones a la propiedad inmobiliaria y relaciones de vecindad, y no dentro de la acción de responsabilidad civil. Con ello, se conseguiría un mayor equilibrio entre los intereses de la industria y los de los particulares afectados por la contaminación, si bien de darse este tipo de regulación difícilmente se incluirán los daños personales, aunque perfectamente podría determinarse que los daños corporales y a la salud convierten directamente la inmisión en ilegítima. Puede servir como modelo el § 906 BGB en lo que se refiere a la determinación de lo que se entiende por inmisión ilegítima. A su vez, habría que desarrollar el régimen jurídico de la acción negatoria, pudiendo abarcar con la misma la tutela preventiva, inhibitoria y reparadora de los daños por inmisiones. En Alemania la acción negatoria de inmisiones se regula en el § 1004 BGB. También se podría seguir el modelo catalán que permite, a través de dicha acción, resarcir el daño e inhibir las inmisiones excesivas.

b) *Aprobar una ley especial de responsabilidad civil por contaminación para los daños causados por actividades anormalmente peligrosas*. Podría establecerse una responsabilidad objetiva por riesgo para los daños ocasionados por este tipo de actividades recogidas en el Anejo I LPCIC (o legislación autonómica equivalente), que regulase la prevención, evitación y reparación de cualquier tipo de DCC. Asimismo, esta ley debería recoger una limitación de la cuantía de las reparaciones y establecer la obligación de adoptar un seguro de responsabilidad civil por contaminación, para que pudiera coordinarse con el de responsabilidad medioambiental. Un buen modelo a seguir sería la *UmweltHG* alemana, que regula especialmente la responsabilidad civil objetiva por riesgo, así como su correspondiente aseguramiento obligatorio, para los daños personales y patrimoniales producidos por contaminación proveniente de actividades con incidencia ambiental, con independencia de los intereses afectados.

37. Sin perjuicio de las propuestas anteriores, sería conveniente una mayor *clarificación del régimen jurídico aplicable a los DCC*, distinguiendo entre inmisiones e invasiones contaminantes no conocidas por el operador, y en cuanto a los fundamentos de la responsabilidad civil entre hecho excesivo (inmisiones), culpa (objetivada) y responsabilidad objetiva. Para el régimen de las inmisiones ya tenemos mucho avanzado en cuanto a la doctrina interpretativa del art. 1908.2 C.c. No estaría de más incorporar el criterio del uso normal, para mayor garantía del sector industrial, si bien con la precaución de no ponderar los intereses cuando se produzcan daños personales. Por otro lado, la responsabilidad cuasi objetiva por riesgo debería aplicarse solamente a las invasiones imprevistas y fuera del ejercicio de la actividad. En este punto puede servir el sistema diseñado por el comentarista norteamericano del *Restatement Second of Torts*, pues diferencia las invasiones que afectan al uso y disfrute de la propiedad (*private nuisance*) de las que afectan otros intereses, así como entre *private nuisance intentional* (dolosa o simplemente conocida) y no *intentional*. Las invasiones conocidas en el uso y disfrute de la propiedad ilegítimas son las *private nuisance* no razonables. Las invasiones no intencionales pueden ser provocadas por una conducta negligente, imprudente o por una actividad anormalmente peligrosa. El sistema norteamericano se centra sobretudo en los daños patrimoniales y en las molestias personales, si bien la jurisprudencia lo ha ampliado en algunos casos a los daños a la salud.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- STEDH de 21.2.1990, *Caso Powel y Rayner c. Reino Unido* (TEDH 1990, 4)
STEDH de 9.12.1994, *Caso López Ostra c. España* (TEDH 1994, 3)
STEDH de 19.2.1998, *Caso Guerra y otros c. Italia* (TEDH 1998, 2)
STEDH de 2.10.2001, *Caso Hatton y otros c. el Reino Unido* (TEDH 2001, 567)
STEDH de 8.7.2004 (Gran Sala), *Caso Hatton y otros c. el Reino Unido* (TEDH 2003, 40)

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Sentencia de 9.3.2010 TJCE (*Raffinerie Mediterranée –y otros- v. Ministerio dello Sviluppo economico –y otros-*), Ponente Sr. C. Toader (TJCE 2010, 69)

España.

Sentencias del Tribunal Constitucional.

- STC 64/1982 (Pleno), de 4.11.1982 (RTC 1982, 64), Ponente D. Ángel Latorre Segura
STC 102/1995 (Pleno), de 26.6.1995 (RTC 1995, 102), Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende
STC 199/1996 (Sala 1ª), de 3.12.1996 (RTC 1996, 199), Ponente D. Enrique Ruíz Vadillo
STC 306/2000 (Pleno), de 12.12.2000 (RTC 2000, 306), Ponente: no consta
STC 119/2001 (Pleno), de 29.5.2001 (RTC 2001, 119), Ponente D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

Sentencias del Tribunal Supremo.

- Sala de lo civil.

- STS 1ª 23.6.1913
STS 1ª 10.11.1924 (C. 71)
STS 1ª de 14.2.1944 (RJ 1944, 293), Ponente: no consta
STS 1ª de 23.12.1952 (RJ 1952, 2673), Ponente: no consta
STS 1ª de 25.3.1954 (RJ 1954, 1001), Ponente: D. Saturnino López Peces
STS 1ª de 5.4.1960 (RJ 1960, 1670), Ponente: D. Francisco Rodríguez Valcarce
STS 1ª de 14.5.1963 (RJ 1963, 2699), Ponente: D. Manuel Taboada Roca
STS 1ª de 30.10.1963 (RJ 1963, 4231), Ponente: D. Mariano Gimeno Fernández
STS 1ª de 8.6.1970 (RJ 1970, 2846), Ponente: D. Manuel Taboada Roca
STS 1ª de 19.2.1971 (RJ 1971, 916), Ponente: D. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu
STS 1ª de 13.12.1971 (RJ 1971, 5232), Ponente: D. Jacinto García Monge y Martín
STS 1ª de 30.6.1976 (RJ 1976, 3201), Ponente: D. Antonio Peral García
STS 1ª de 24.3.1977 (RJ 1977, 1351), Ponente: D. Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta
STS 1ª de 19.6.1980 (RJ 1980, 2410), Ponente: Sr. Jaime Santos Briz
STS 1ª de 12.12.1980 (RJ 1980, 4747), Ponente Sr. Jaime de Castro García
STS 1ª de 12.2.1981 (RJ 1981, 530), Ponente: Sr. Antonio Fernández Rodríguez
STS 1ª de 17.3.1981 (RJ 1981, 1009), Ponente: Sr. Jaime Santos Briz
STS 1ª de 20.10.1981 (RJ 1981, 3814), Ponente: Sr. Cecilio Serena Velloso
STS 1ª de 27.3.1982 (RJ 1982, 1506), Ponente: Sr. Antonio Sánchez Jáuregui
STS 1ª de 14.7.1982 (RJ 1982, 4237), Ponente: Sr. Carlos de la Vega Benayas
STS 1ª de 27.10.1982 (RJ 1982, 5577), Ponente: Sr. Antonio Sánchez Jáuregui
STS 1ª de 27.10.1983 (RJ 1983, 5346), Ponente: Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño
STS 1ª de 3.4.1984 (RJ 1984, 1924), Ponente: Sr. José María Gómez de la Bárcena y López

Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial.

- STS 1ª de 18.5.1984 (RJ 1984, 2420), Ponente: Sr. Jaime de Castro García
STS 1ª de 12.12.1984 (RJ 1984, 6039), Ponente: Sr. Jaime de Castro García
STS 1ª de 14.2.1985 (RJ 1985, 552), Ponente: Sr. José Luis Albácar López
STS 1ª de 31.1.1986 (RJ 1986, 444), Ponente: Sr. Jaime de Castro García
STS 1ª de 29.9.1986 (RJ 1986, 4922), Ponente: Sr. Jaime Santos Briz
STS 1ª de 8.5.1987 (RJ 1987, 8219), Ponente: Sr. Matías Malpica González-Elipe
STS 1ª de 2.11.1987 (RJ 1987, 8129), Ponente: Sr. Cecilio Serena Velloso
STS 1ª de 3.12.1987 (RJ 1987, 9176), Ponente: Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figeroa
STS 1ª de 16.12.1987 (RJ 1987, 9511), Ponente: Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández
STS 1ª de 5.4.1988 (RJ 1988, 2652), Ponente: Sr. José Luis Albácar López
STS 1ª de 13.6.1988 (RJ 1988, 4872), Ponente: Sr. Manuel González Alegre y Bernardo
STS 1ª de 23.9.1988 (RJ 1988, 6853), Ponente: Sr. Matías Malpica González-Elipe
STS 1ª de 16.1.1989 (RJ 1989, 101), Ponente: Sr. Manuel González Alegre y Bernardo
STS 1ª de 10.3.1989 (RJ 1989, 2034), Ponente: Sr. Ramón López Vilas
STS 1ª de 20.3.1989 (RJ 1989, 2187), Ponente: Sr. Adolfo Carretero Pérez
STS 1ª de 25.6.1990 (RJ 1990, 4880), Ponente: Sr. Ramón López Vilas
STS 1ª de 27.10.1990 (RJ 1990, 8053), Ponente: Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
STS 1ª de 16.7.1991 (RJ 1991, 5393), Ponente: Sr. Rafael Casares Córdoba
STS 1ª de 18.3.1992 (RJ 1992, 2202), Ponente: Sr. Matías Malpica González-Elipe
STS 1ª de 3.9.1992 (RJ 1992, 6880), Ponente: Sr. Pedro González Poveda
STS 1ª de 10.11.1992 (RJ 1992, 9100), Ponente: Sr. Pedro González Poveda
STS 1ª de 19.12.1992 (RJ 1992, 10703), Ponente: Sr. Eduardo Fernández-Cid de Termes
STS 1ª de 24.2.1993 (RJ 1993, 1251), Ponente: Sr. Francisco Morales Morales
STS 1ª de 15.3.1993 (RJ 1993, 2284), Ponente: Sr. Francisco Morales Morales
STS 1ª de 24.5.1993 (RJ 1993, 3727), Ponente: Sr. Francisco Morales Morales
STS 1ª de 25.3.1995 (RJ 1995, 2141), Ponente: Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS 1ª de 22.5.1995 (RJ 1995, 4088), Ponente: Sr. José Almagro Nosete
STS 1ª de 14.11.1996 (RJ 1996, 7922), Ponente: Sr. Antonio Gullón Ballesteros
STS 1ª de 7.4.1997 (RJ 1997, 2743), Ponente: Sr. Francisco Morales Morales
STS 1ª de 30.5.1997 (RJ 1997, 4331), Ponente: Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS 1ª de 28.11.1998 (RJ 1998, 9242), Ponente: Sr. Francisco Morales Morales
STS 1ª de 9.12.1998 (RJ 1998, 9427), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 2.2.2000 (RJ 2000, 279), Ponente: Sr. Antonio Gullón Ballesteros
STS 1ª de 2.3.2000 (RJ 2000, 1304), Ponente: Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 1ª de 31.5.2000 (RJ 2000, 4397), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 2.2.2001 (RJ 2001, 1003), Ponente: Sr. Luíís Martínez-Calcerrada y Gómez
STS 1ª de 16.1.2002 (RJ 2002, 8), Ponente: Sr. Alfonso Villagómez Rodil
STS 1ª de 27.2.2003 (RJ 2003, 2152), Ponente: Sr. Clemente Auger Liñán
STS 1ª de 29.4.2003 (RJ 2003, 3041), Ponente: Sr. José Almagro Nosete
STS 1ª de 9.6.2003 (RJ 2003, 5344), Ponente: Sr. Francisco Martín Castán
STS 1ª de 28.1.2004 (RJ 2004,153), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 2.4.2004 (RJ 2004, 2607), Ponente: Sr. Clemente Auger Liñán
STS 1ª de 14.3.2005 (RJ 2005, 2236), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 13.7.2005 (RJ 2005, 9154), Ponente: Sr. Antonio Romero Lorenzo

Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial.

STS 1ª de 27.10.2005 (RJ 2005, 7357), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 9.5.2006 (RJ 2006, 2344), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 19.7.2006 (RJ 2006, 4731), Ponente: Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 1ª de 17.11.2006 (RJ 2006, 8052), Ponente: Sr. Román García Varela
STS 1ª de 21.11.2006 (RJ 2006, 8076), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 30.11.2006 (RJ 2006, 8153), Ponente: Sr. Alfonso Villagómez Rodil
STS 1ª de 16.3.2007 (RJ 2007, 2562), Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS 1ª de 31.5.2007 (RJ 2007, 3431), Ponente: Sr. Francisco Marín Castán
STS 1ª de 20.9.2007 (RJ 2007, 5077), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 2.11.2007 (RJ 2008, 13), Ponente: Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS 1ª de 13.12.2007 (RJ 2007, 8928), Ponente: Sr. José Antonio Seijas Quintana
STS 1ª de 12.6.2008 (RJ 2008, 4690), Ponente: Sr. Clemente Auger Liñán
STS 1ª de 17.7.2008 (RJ 2008, 4483), Ponente: Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 1ª de 29.10.2008 (RJ 2008, 5801), Ponente: Sr. Román García Varela
STS 1ª de 22.12.2008 (RJ 2009, 162), Ponente: Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
STS 1ª de 29.6.2009 (RJ 2009, 4761), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 12.11.2009 (RJ 2009, 7287), Ponente: Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 1ª de 19.2.2010 (RJ 2010, 1287), Ponente: Sr. José Antonio Seijas Quintana
STS 1ª de 26.11.2010 (RJ 2010, 1317), Ponente: Sra. Encarnación Roca Trías
STS 1ª de 12.1.2011 (RJ 2011, 305), Ponente: Sr. Francisco Marín Castán

- *Sala de lo Penal.*

STS 2ª de 23.11.2001(RJ 2002, 618), Ponente: Sr. Cándido Conde-Pumpido-Tourón
STS 2ª de 4.12.2007 (RJ 2008, 553), Ponente: Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo
STS 2ª de 8.4.2008 (RJ 2008, 1852), Ponente: Sr. Luciano Varela Castro

- *Sala de lo contencioso-administrativo.*

STS 3ª de 18.4.1984 (RJ 1984, 2004), Ponente: Sr. Ángel Martín del Burgo y Marchán
STS 3ª de 15.4.1986 (RJ 1986, 2791), Ponente: Sr. Francisco González Navarro
STS 3ª de 29.7.1986 (RJ 1986, 6909), Ponente: Sr. José María Reyes Monterreal
STS 3ª de 3.6.1997 (RJ 1997, 4900), Ponente: Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui
STS 3ª de 2.2.2001(RJ 2001, 1606), Ponente: Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia.

- *Sala de lo Civil y lo Penal.*

STSJ de Cataluña de 26.3.1994 (RJ 1994, 4591), Ponente: D. Jesús Corbal Fernández
STSJ de Cataluña de 21.12.1994 (RJ 1995, 1498), Ponente: D. Lluís Puig i Ferriol
STSJ de Cataluña de 19.3.2002 (RJ 2002, 1399), Ponente: D. Ponç Feliu i Llansa
STSJ de Navarra de 3.5.2004 (RJ 2004, 3724), Ponente: D. Francisco Javier Fernández de Urzainqui
STSJ de Navarra de 25.4.2002 (RJ 2002, 8782), Ponente: D. Miguel Ángel Abárzuza Gil

- *Salas de lo Contencioso-Administrativo.*

STSJ de Valencia de 27.1.2005 (RJ 2005, 81655), Ponente: D. Miguel Ángel Olarte Madero
Sentencias o autos de las Audiencias Provinciales (Civil):

- *Sala de lo civil.*

SAP de Segovia de 28.5.1993 (AC 1993, 957), Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
SAP de Asturias de 14.9.1993 (AC 1993, 1631), Ponente: D. Francisco Luces Gil

SAP de Asturias de 26.4.1994 (AC 1994, 632)
SAP de Cáceres de 21.11.1996 (AC 1996, 2258)
SAP de Barcelona de 3.3.1999 (AC 1999, 6683)
SAP de Granada de 18.2.1997 (AC 1997, 780)
SAP de Murcia de 24.5.1997 (AC 1997, 1040)
SAP de Huesca de 10.12.1997 (AC 1997, 2414)
SAP de Cantabria 24.12.1997 (AC 1997, 2410)
SAP de Barcelona de 31.12.1997 (AC 1997, 2518)
SAP de Córdoba de 26.1.1998 (AC 1998, 72)
SAP de Asturias de 16.7.1998 (AC 1998, 1302)
SAP de Lugo de 11.9.1998 (AC 1998, 1838)
SAP de Asturias de 15.5.1999 (AC 1999, 1004)
SAP de Madrid de 9.6.1999 (AC 1999, 1464)
SAP de Tarragona de 21.9.1999 (AC 1999, 7073)
SAP de Segovia de 22.12.1999 (AC 1999, 2413)
SAP de Cáceres de 31.1.2000 (AC 2000, 415)
SAP de Asturias de 28.2.2000 (AC 2000, 264)
SAP de Asturias de 10.4.2000 (AC 2000, 996)
SAP de Barcelona de 12.4.2000 (AC 2000, 2267)
SAP de Cuenca de 10.5.2000 (AC 2000, 2554)
SAP de Cáceres de 14.6.2000 (JUR 2000, 304977)
SAP de Asturias 25.7.2000 (JUR 2000, 273343)
SAP de Lleida de 15.9.2000 (AC 2000, 1619)
SAP de Madrid de 20.11.2000 (AC 2001, 168)
SAP de Zaragoza de 19.2.2001 (JUR 2001, 117480)
SAP de Jaén de 20.2.2001 (JUR 2001, 126004)
Auto de Islas Baleares de 6.3.2001 (AC 2001, 1200)
SAP de Asturias de 26.3.2001 (JUR 2001, 154807)
SAP de Badajoz de 30.3.2001 (JUR 2001, 171112)
SAP de Córdoba de 24.4.2001 (JUR 2001, 181748)
SAP de Murcia de 10.5.2001 (JUR 2001, 265049)
SAP de Jaén de 28.5.2001 (JUR 2001, 214798)
SAP de Jaén de 1.6.2001 (JUR 2001, 227191)
SAP de Castellón de 21.10.2001 (JUR 2001, 159740)
SAP de Lugo de 26.12.2001 (JUR 2001, 67558)
SAP de Ourense de 25.1.2002 (JUR 2002, 74006)
SAP de Barcelona de 27.3.2002 (AC 2002, 993)
SAP de Jaén de 20.5.2002 (JUR 2002, 178490)
SAP de Barcelona de 22.5.2002 (JUR 2002, 277938)
SAP de Valencia de 23.5.2002 (JUR 2002, 231599)
SAP de La Rioja de 28.5.2002 (AC 2002, 82)
SAP de Murcia de 17.6.2002 (JUR 2002, 211840)
SAP de Granada de 27.7.2002 (JUR 2002, 216214)
SAP de Murcia de 2.9.2002 (JUR 2002, 254286)

SAP de Granada de 5.10.2002 (JUR 2002, 286462)
SAP de Ciudad Real de 29.10.2002 (AC 2002, 2317)
SAP de Lugo de 22.7.2003 (JUR 2003, 225429)
SAP de Murcia de 10.5.2001 de 29.9.2003 (JUR 2003, 251424)
SAP de A Coruña de 16.10.2003 (JUR 2003, 57286)
SAP de Sevilla de 13.12.2003 (JUR 2003, 170749)
SAP de Salamanca de 19.1.2004 (JUR 2004, 69720)
SAP de Ciudad Real de 19.2.2004 (JUR 2004, 85386)
SAP de Córdoba de 21.3.2004 (JUR 2004, 153945)
SAP de A Coruña de 28.5.2004 (AC 2004, 130)
SAP de Valladolid de 20.7.2004 (JUR 2004, 211055)
SAP de Jaén de 29.7.2004 (JUR 2004, 255522)
SAP de Badajoz de 25.10.2004 (AC 2004, 1895)
SAP de Salamanca de 4.12.2004 (JUR 2004, 20082)
SAP de Barcelona de 8.12.2004 (JUR 2004, 30305)
SAP de Cáceres de 4.4.2005 (JUR 2005, 165300)
SAP de Cantabria de 7.4.2005 (AC 2005, 913)
SAP de Valencia de 13.4.2005 (JUR 2005, 129904)
SAP de León de 6.10.2005 (AC 2005, 2169)
SAP de Valladolid de 20.12.2005 (JUR 2006, 27478)
SAP de Asturias de 12.1.2006 (JUR 2006, 155717)
SAP de Islas Baleares de 31.10.2006 (JUR 2006, 1907)
SAP de Cáceres de 8.6.2007 (JUR 2007, 293674)
SAP de Madrid de 25.1.2008 (AC 2008, 520)
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27.2.2008 (JUR 2008, 198857)
SAP de A Coruña de 9.5.2008 (JUR 2008, 303494)
SAP de A Coruña de 23.5.2008 (JUR 2008, 330508)
SAP de Cádiz de 23.5.2008 (JUR 2008, 233628)
SAP de Asturias de 12.9.2008 (JUR 2008, 42505)
SAP de Asturias de 8.11.2008 (JUR 2008, 67179)
SAP de Las Palmas de 8.11.2008 (JUR 2008, 67082)
SAP de A Coruña de 13.3.2009 (AC 2009, 508)
SAP de Barcelona de 31.3.2009 (JUR 2009, 378888)
SAP de Madrid de 11.5.2009 (AC 2009, 1166)
SAP de Alicante de 13.5.2009 (JUR 2009, 303255)
SAP de Asturias de 28.5.2009 (JUR 2009, 280299)
SAP Castellón 25.6.1999 (AC 1999, 1357)
SAP de Cádiz de 27.10.2009 (JUR 2009, 68176)
SAP de Córdoba de 23.12.2009 (JUR 2009, 200426)
SAP de León de 24.3.2010 (AC 2010, 436)
SAP de Islas Baleares de 28.10.2010 (AC 2010, 2059)
SAP de A Coruña de 5.4.2011 (AC 2011, 1841)
SAP de Sevilla de 20.4.2011 (JUR 2011, 374515)
SAP de Madrid de 3.5.2011 (2011, 1205)

SAP de Asturias 2.6.2011 (AC 2011, 1351)
SAP de Valencia de 22.7.2011 (JUR 2011, 392712)
SAP de Alicante de 27.10.2011 (AC 2011, 2268)
SAP de Madrid de 12.3.2012 (JUR 2012, 136513)
SAP de Madrid de 27.9.2010 (JUR 2010, 361864)
SAP de Madrid de 2.3.2012 (AC 2012, 136513).

- *Sala de lo penal.*

SAP de Lugo de 14.5.2007 (JUR 2007, 136329)

Austria.

Corte Suprema de Justicia (*Oberster Gerichtshof*, OGH)
OGH 31.2.1925, Ob III 234/25, SZ 7/115
OGH 2.4.1952, 2 Ob 272/52, SZ 25/84
OGH 20.2.1958, 7 Ob 13/58, SZ 31/26
OGH 1.12.1965, 7 Ob 298/65, JB1 1966, 319
OGH 15.4.1971, 1 Ob 87/71, JB1 1972, 312
OGH 28.3.1973, 5 Ob 50/73, SZ 46/36 = EvB1 1973/175 (395) = JB1 1974, 199
OGH 7.10.1981, 1 Ob 31/81, SZ 54/137
OGH 19.4.1984, 7 Ob 56/83, SZ 57/77
OGH 5.3.1986, 1 Ob 9/86, JB1 1985, 719
OGH 20.12.1988, 2 Ob, 656/87, JB1 1989, 239
OGH 20.6.1990, 1 Ob 19/90, JB1 1991, 247
OGH 24.10.1990, 1 Ob 21/90, JB1 1991, 110
OGH 16.1.1991, 1 Ob 39/90, JB1 1991, 580
OGH 11.12.1991, 2 OB 591/91, JB1 1992, 643
OGH 12.3.1992, 8 Ob 523/92, JB1 1992, 641
OGH 15.10.1992, 7 Ob 601/92, JB1 1993, 387
OGH 17.11.1993, 1 Ob 19/93, 1 RdU 1994/9

Alemania.

RG 4.10.1922 (*RGZ*, 1923, v. 105, págs. 213 y ss.).
RG 8.4.1911 (*RGZ*, 1911, v. 76, págs. 130 y ss.).
BGH de 13 de febrero de 1970 (*NJW*, 1970, págs. 856 y ss.).
BGH 25.9.1970 (V ZR 155/67, *BGHZ* 1970, pág. 1279).
BGH 2.3.1984 (*BGHZ*, 90, págs. 255 y ss.).
BGH 12.7.1985 (*BGHZ*, 95, págs. 307 y ss.).
BGH de 26.2.1993 (Az: V ZR 74/92, *BGHZ* 122, 1).
BGH 27.5.1993 (AZ III: ZR 59/92, *BGHZ* 122, 363).

Bélgica.

Cour de Cassation.

Cass. 3.4.1998, Pas. 1998-I, 440
Cass. 12.3.1999, TBBR, 1999, 657
Cass. 14.12.1995, Pas. 1995, I, 1163.

Estados Unidos.

Mills v. Hall & Richards, 9 Wend. (N.Y.) 315, 24 Am.Dec. 160 (1832).
Herring v. Wilton, 106 Va. 171, 55 S.E. 546 (1906).

Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial.

- Everett v. Paschall*, 61 Wash. 47, 111 P. 879 (1910)
Hibbard v. Halliday, 58 Okl. 244, 158 P. 1158 (1916).
Smith v. Staso Milling Co., 18 F.2d 736 (2nd Cir.1927).
Vaughn v. Missouri Power & Light Co., 89 S.W.2d 699 (Mo.App.1935).
Rode v. Standard Oil Co., 56 R.I. 272, 185 a. 251 (1936).
Swift & Co. v. Peoples Coal and Oil Co., 121 Conn. 579, 186 A. 629 (1936)
Sedleigh-Denfield v O'Callaghan [1940] AC 880
Burris v. Creech, 220 N.C. 302, 17 S.E.2d 123 (1941).
Barrier v. Troutman, 231 N.C. 47, 55 S.E.2d 923 (1949).
Erickson v. Hudson, 70 Wyo. 317, 249 P.2d 523 (1952).
Riblet v. Spokane Portland Cement Co., 41 Wash.2d 249, 248 P.2d 380 (1952).
Bowlin v. George, 239 S.C. 429, 123 S.E.2d 528 (1962).
Baughman v. Cosler, 169 Colo. 534, 459 P.2d 294 (1969).
Boomer v. Atlantic Cement Company Inc. N. Y. 1970 del Juez Kansen.
Kennedy v. Brandenburg, 470 S.W.2d 789, (Tex. Civ. App. 1971).
Patz v. Farmegg Products, Inc. 196 N.W.2d. 557. Iowa 1972.
Chicago and Northwestern Ry. Co. v. Tayler, 482 F.2d 1007 (8th Cir. 1973).
Civic Western Copr. V. Zila Industries, Inc. 66 Cal.App.3d 1, 135 Cal.Rptr. 915. Cal.App.2.Dist.
Gregarth v. Bates, 359 So.2d 404 (Ala.App.1978).
Meehan v. State, 95 Miss. 2d 678, 408 N.Y.S.2d 652 (N.Y.Ct.Cl. 1978).
Rebel v. Big Tarkio Drainage Dist. of Holt City. 602 S.W.2d 787. Mo.App.W.D. 1980.
Frank v. Environmental Sanitation Management, Inc. 687 S.W.2d 876. Mo., 1985.
Anderson v. W.R. Grace & Co., de 3 de enero de 1986, Civ. A. No. 82-1672-S (628 F.Supp. 1219).
Mel Foster Co. Properties, Inc. v. American Oil C. (Amoco). 427 N.W.2d. 171.
Blair v. Anderson. 570 N.E.2d. 1337. Ind.App. 2 Dist., 1991.
*Cassinovs v. Oil of Cal.App.*4th 1770, 18 Cal.Rptr.2d 574. Cal.App. 2 Dist., 1993.
O'Neal v. Department of Army. 852 F.Supp. 327. M.D.Pa., 1994.
Albahary v. City and Town of Bristol, Conneticut, 963 F.Supp. 150, 27 Env'tl. L. Rep. 21,281. D.Conn., 1997.

Francia.

- Cass., chambres réunies, Audience publique du 2.12.1941, *Dalloz* 1941.
Cass. Civ. X, Audience publique du 17.12.1969, *Dalloz*, 1969.
Cass. Civ. II, 11.6.1975, *Bulletin* II, N°. 173, p. 141.
Cass. civ. III, Audience publique du 8.3.1978, *Dalloz*, 1978.
Cour Cass. 23 de marzo de 1982, (D, *BdaCC* Chambre civile 1, n° 120).

Italia.

- Corte di cassazione, 15.3.1973 n. 750, *Gius. civ.*, 1973-I, págs. 1326-1332
Corte di cassazione, 9.4.1975, n. 1281, *Gius. civ.*, 1975-I, págs. 1117-1121
Cass. Firenze, de 22 de noviembre de 1915, *Foro it.*, 1916-I, págs. 20 y ss.
Cass. de 25 de julio de 1934, *Foro it.*, 1934-I, págs. 1749 y ss.
Cass. 14 diciembre 1939, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 110.
App. Bologna, 21 de julio de 1941, in *Giur. it.*, 1942, I, 2, c. 130.
Cass., 15 de marzo de 1973, n° 750 (*Gius. civ.*, 1973-I, págs. 1326-1332).

Cass., 13 de diciembre de 1974, nº 4253 (*Gius. civ.*, 1975-I, págs. 1364-1373)
Cass., 10 de diciembre de 1984, nº 6.476 (*Resp. Civ. prev.*, 1985, págs.649-652).

Inglaterra.

Bliss v Hall [1838] 4 Bing. N.C. 183.
St. Helen's Smelting Company v. Tipping [1865] 11 H.L. Cas. 642.
Sturges v Bridgman [1879] 11 Ch. D. 852.
Bamford v Turney (1862) LR 3 B & S 62
Rylands v Fletcher [1868] LR 3 HL 330.
Dalton v Henry Angus & Co [1881] 6 App. Cas. 740.
Snow & Whitehead [1884] Ch D 588.
Robinson v Kilvert [1889] 41 Ch. D. 88.
Shelfer v City of London Electric Lighting Co (Nº 1) [1895] 1 Ch. 287.
Midwood & Co Ltd v Manchester Corporation [1905] 2 KB 597.
Polsue and Alfieri Ltd v. Rushmer [1907] A.C. 121.
Aldermen and Citizen of the City of Manchester v. Farnworth [1930] AC 171
Salt Lake City v. Young, 45 Utah 349, 145 P. 1047, 1048 (1915).
Iford Urban District Council v Beale and Judd [1925] 1 KB 671.
Hoare & Co v MacAlpine [1932] 1 Ch 167
Hale v Jennings [1938] 1 All ER 579
Read v. Lyons [1947] AC 156.
Stone v Bolton Ltd v Kimbolton Fireworks Ltd [1996] 2 Lloyd's Rep 533
Pride of Derby Angling Association v. British Celanese [1953] Ch 149.
Perry v Kendrick's Transport Ltd [1956] 1 All ER 154
Halsey v Esso Petroleum [1961] 1 W.L.R. 683. 23 February 1961.
Overseas Tankship (UK) Ltd. v. The Miller Steamship Co. Pty and Another (The Wagon Monund (No. 2)) [1967] 1 AC 617 (640).
British Celanese Ltd v A H Hunt Capacitors Ltd [1969] 2 All ER 1252.
Redland Bricks v Morris [1970] A.C. 652.
Bone v Seale [1975] 1 W.L.R 797.
Allen v. Gulf Oil Refining Ltd [1981] AC 1001
Branch v. Western Petroleum, 657 P.2D 267 (Utah 1982).
Lyle Industries Ltd and Another v. Greater London Council and Another [1983] 2 AC 509.
Cambridge Water Co Ltd v Eastern Countries Leather Plc [1994] 2 A.C. 264.
Graham and Graham v. Re-Chem International Limited [1996] Env LR 158.
R v. Carrick District Council, ex parte Shelley [1996] Env LR 273;
Miller v Jackson [1997] Q.B. 966.
Blackburn v. ARC Ltd [1998] Env LR 469.
Savage and Another v. Fairclough and Others [2000] Env LR 183.
Jan de Nul (UK) v. NV Royale Belge [2000] 2 Lloyd's Rep 700
Anglian Water Services Ltd v Crawshaw Robbins & Co Ltd [2001] BLR 173.
McKenna v British Aluminium Ltd [2002] Env LR 30, p. 49.
Transco plc v Stockport Metropolitan Borough Council [2002] UKHL 61

BIBLIOGRAFÍA.

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”; *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 16, nº 2, 1963, pp. 345-376.
- ACUM MALDONADO, C. y PARRA SEPÚLVEDA, D.: “Algunas consideraciones sobre inmisiones y Responsabilidad Civil de la Industria: a propósito de la STS 12 junio de 2008”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, Nº 9, 2010, pp. 23-34.
- AGUILAR TORRES, J.I.: “La responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente y su regulación en México”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, Nº 14, 2008, pp. 293-311.
- ALGARRA PRATS, E.: *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1995.
- *La disciplina de las inmisiones en el Derecho privado*, Tesis doctoral dirigida por Cabanillas Sánchez, A., y Moreno Martínez, J.A., Universidad de Alicante, 1995.
 - “Responsabilidad por daños causados por inmisiones en el Código Civil español y la protección frente a humos, ruidos, olores y similares perturbaciones entre vecinos”, en MORENO MARTÍNEZ, J., [Coord.], *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 637-644.
 - “Comentario a la STS de 2 de febrero de 2001”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 57, 2001, pp. 607-622.
 - “Comentario a la STS de 7 de abril de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 44, 1997, pp. 841-856.
 - “La resolución del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio por actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas”, *Revista de derecho inmobiliario*, nº 73, nº 639, 1997, pp. 303-358.
- ALMAGRO NOSETE, J.: Tutela procesal frente al ruido, *Estudios de derecho judicial*, Nº 80, 2005, pp. 11-36.
- ALONSO GARCÍA, E.: “La ley de responsabilidad medioambiental a vista de pájaro, desde el prisma de la comparación del sistema Europeo con el Norteamericano”, en Lozano Cutanda, B., (coord.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental (Ley 26/2007, de 23 de octubre)*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008.
- ALONSO PÉREZ, M.: “La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, t. IV, Derecho Civil y Derecho público*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 4783-4806.
- “Las relaciones de vecindad”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 36, nº 2, 1983, pp. 357-395.
 - “La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas”, *Actualidad civil*, nº 2, 1994, pp. 385-427.
- ÁLVAREZ LATA, N.: “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (I)”, *Revista de Derecho Privado*, nº 11, noviembre 2002, pp. 773-840.
- “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación (II)”, *Revista de Derecho Privado*, nº 86, diciembre 2002, pp. 865-888.
 - “Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de su operatividad”, *Actualidad Civil*, Nº 4, 2002, pp. 1195-1211.
 - “La responsabilidad en materia de prevención y reparación de daños medioambientales: ámbito material y régimen de responsabilidad. Comentario a la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental”, *Revista de General de Derecho Europeo Iustel*, 18 de octubre de 2004, pp. 1-5.
 - “La responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, en Reglero Campos, L.F., [Coord.], *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Vol. 2, 2008, pp. 1319-1369.

Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial.

- “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en Reglero Campos, L.F., [Coord.], *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Vol. 3, 2008, pp. 35-141.
- ALVINO, E.: “Immissioni in alienum e diritto all’indennità”, en *Gius. Civ.* 1975-I, pp. 1364-1371.
- AMAT LLARÍ, M^a E.: “La regulación de las inmisiones en el Código Civil”, en *Centenario del Código civil*, t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 73-99.
- “La protecció dels particulars front les immissions a l’ordenament català”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 101, N^o 2, 2002, pp. 541-560.
 - “Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989 (Relaciones de vecindad. Industria molesta)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 20, abril-agosto 1989, pp. 449-456.
- AMATO, G.: “Brevi considerazioni in tema di immissioni e di responsabilità della Pubblica Amministrazione”, en *Giur. it.*, 1985-I, pp. 707-716.
- AMUNATEGUI PERELLÓ, C. F.: “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil”, *Revista chilena de derecho*, Vol. 36, N^o 3, 2009, pp., 505-525.
- “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N^o 38, 2012, págs. 77-120.
 - “La teoría de las inmisiones. Algunas perspectivas para la protección de lugares de uso público”, *Ius Publicum*, N^o 22, pp. 37-49.
- ANÍBAL ALTERINI, A.: “El incumplimiento considerado en sí propio: enfoque objetivo del ilícito civil (1963)”, AIKH, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1963, págs. 5-49.
- APPERT, M.G.: “Des droits du propriétaire vis-a-vis de ses voisins”, en *Rev. trim. dr. civ.* 1906, pp. 71 y ss.
- ARCOS VIEIRA, M^a L.: *Responsabilidad Civil: Nexo Cusal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson, D.L. 2005.
- ATIENZA NAVARRO, M^a L.: *Derecho Civil II* (Coord. De Verda y Beamonte, J.R.), Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.
- AZCONA LUCIO, O.: “La cobertura de responsabilidad civil por contaminación: ¿algo más que un mero adorno en el programa de seguros de una empresa?”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, N^o 2, 2007, pp. 45-58.
- BALTES, J.: “Immissionsgrenzwerte und art. 2 Abs. 2 GG”, en *BB*, 1978, págs. 130 y ss.
- BANFI DEL RÍO, C.: “De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental”, *Revista chilena de derecho privado*, N^o 2, 2004, pp. 19-70.
- BARRAL VIÑALS, I.: “Comentarios a la Sentencia de 18 de marzo de 1992”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N^o 29, 1992, pp. 433-440.
- BASSENGE, P., en PALANDT: *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985.
- BELL, S., & MC GILLIVRAY, D.: *Environmental Law*, 5th Edition, London: Blackstone, 2000.
- BERRY, JAMES F./ DENNISON, MARK S.: *The environmental law and compliance handbook*, McGraw-Hill, New York (etc.), 2000.
- BLAISE, J-B.: “Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage”, *Rev. trim. dr. civ.* 1965, pp. 261 y ss.
- BONFANTE, P.: *Las relaciones de vecindad*, 1^a edic., traducción, prólogo, concordancias y apéndice de GARCÍA VALDECASAS, A., Madrid, 1932.
- BORDOLI ETCHAMENDI, C.R.: “Responsabilidad extracontractual por daños causados por inmisiones molestas: ruidos, humos, olores, campos electromagnéticos y otras agresiones en las relaciones de vecindad, primera parte”, *Anuario de derecho civil uruguayo*, n^o 37, 2006, pp. 545-554.

Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial.

- “Responsabilidad extracontractual por daños causados por inmisiones molestas: ruidos, humos, olores, campos electromagnéticos y otras agresiones en las relaciones de vecindad”, segunda parte, *Anuario de derecho civil uruguayo*, n° 38, 2007, pp. 649-658.
- BRAZIER, M.: *The Law of Torts*, London 1988.
- BRUGI, B.: “Immissione di fumo da batelli a vapore negli edifizii adiacenti”, en *Riv. dir. comm.*, 1910-II, págs. 875-880.
- BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Tecnos, 1998.
- CABALLERO, F.: *Essai sur la notion juridique de nuisance*, París, 1981.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- *Indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos*, Madrid, Tecnos, 1991.
 - “La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. N° 49, N° 1, 1996, pgs. 5-74.
 - “La responsabilidad por inmisiones y daños ambientales. El problema de la relación de causalidad”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 15, 1995, pgs. 31-52.
 - “El daño ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 12, 1994, pgs. 9-28.
 - “La responsabilidad por inmisiones industriales (Comentario a las Sentencias del TS de 15 de marzo de 1993)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. N° 46, N° 4, 1993, pgs. 1957-1994.
 - “La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 6, julio-diciembre 1990, pgs. 83-104.
- CABEZAS ARES, A.M.: *Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la industria*, Ed. Universidad de León, León, 2003.
- CALVO COSTA, C.A.: “La vigencia de la antijuridicidad en el actual Derecho de Daños”, *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año 11, Extra 1, 2009, págs. 89-96.
- CALVO SOTELO, J.: *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1917.
- CALZADA CONDE, M^a A.: *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983.
- CAMAZÓN LINACERO, A.: “Inmisiones ilícitas y relaciones de vecindad: indemnización a los propietarios de un inmueble por los ruidos de una obra en el edificio colindante”, *Derecho y medio ambiente: Revista jurídica para el desarrollo sostenible*, Vol. 2, N° 6 (S), 2001, págs. 97-110.
- CAMPINS ERITJA, M., CASADO CASADO, L., NIETO MORENO J. E., PIGRAU SOLÉ, A., PONT CASTEJÓN, I.: *Environmental Law in Spain*, Ed Wolters Kluwer, Holanda 2011.
- CAMPOS-DÍAZ BARRIGA, M.: *La responsabilidad civil por daños al medioambiente: el caso del agua en México*, Universidad Nacional Autónoma, 2000.
- CANE P.: “Indemnización por daños medioambientales”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 53, n° 3, 2000, págs. 825-848.
- CAÑIZARES LASO, A., y RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “La nueva regulación alemana en materia de responsabilidad por daños causados al medio ambiente”, *Anuario de derecho civil*, vol. 47, n° 1, págs. 209-228.
- CAPITANT, H.: “Des obligations de voisinage et specialment de la obligation qui pése sur le propriétaire de ne causer aucum dommage au voisin”, en *Rev. crit. leg. jur.*, 1900, págs. 156 y ss.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: “Defensa civil del medio ambiente”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año n° 33, núm. 171, 1999, pgs. 141-183.

- CARRASCO PERERA, A.: “El régimen civil de la responsabilidad por inmisiones ambientales preexistente a la Ley”, en Lozano Cutanda, B. (coord.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, Navarra, Thomson –Civitas, 2008, pgs. 147-163.
- CARRO DEL CASTILLO, J. A.: “La responsabilidad civil en la industria nuclear”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dir. Sánchez Calero, F.), Ed. Musini, Madrid 1994, pgs. 351-386.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario a la sentencia de 11 de marzo de 1988”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 17, abril-agosto 1988, págs. 379-388.
- CERDÁ OLMEDO, M.: “Responsabilidad civil por daños futuros. Responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 38, nº 3, 1985, pgs. 623-648.
- CHAMORRO, I., Y ORTEU, E.: “Un nuevo régimen de responsabilidad comunitario por daños al medio ambiente: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales”, *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, mayo 2004, págs. 19-28.
- CILLERO DE CABO, P.: “La prueba del daño y de la relación de causalidad en el ámbito de la tutela frente al ruido: estudio jurisprudencial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 14/ 2004, págs. 1-22.
- COCA PAYERAS, M.: “Comentario al artículo 590 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil* (dir. Páz-Ares Rodríguez, C.), Ministerio de Justicia 1991.
- CONDE ANTEQUERA, J.: *El deber jurídico de restauración ambiental*, Ed. Comares, Granada, 2004.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “Responsabilidad civil y administrativa por el daño ambiental”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 1994, (1), pgs. 3-8.
- “Protección civil del medio ambiente”, *Jueces para la democracia*, Nº 8, 1989, págs. 30-35.
- CORDERO LOBATO, E.: “Daños a particulares y medio ambiente”, en *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 321.
- CORREA, J.L., “Las inmisiones y la responsabilidad objetiva principio de “alterum non laedere”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XII, nº 4, abril 2010.
- DANIEL PIZARRO, R.: “Responsabilidad civil por daño ambiental: Situación actual y perspectiva en el derecho argentino”, *Revista crítica de derecho privado*, nº 5, 2008, pp. 567-587.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “Comentario al Artículo 1902 del Código Civil”, en *Comentario al Código Civil, Libro IV, De las obligaciones y contratos* (Arts. 1790 a 1902), Sierra Gil De La Cuesta, I. [Coord.], Tomo 8, pp. 271 a 680.
- “Comentario al Artículo 1908 del Código Civil”, en *Comentario al Código Civil, Libro IV, De las obligaciones y contratos (Art. 1.903 al 1.976)*, Sierra Gil De La Cuesta, I. [Coord.], pp. 150 a 171.
 - “Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es”, *Actualidad civil*, Nº 4, 2001, pp. 1397-1424.
 - “De nuevo sobre la responsabilidad por inmisiones electromagnéticas: el estado de la ciencia como solución jurídica”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 49, Nº 1, 2001, pp. 11-74.
 - *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- DE LAS HERAS, J.L.: “Las pólizas específicas de responsabilidad civil por contaminación; el Pool Español de Riesgos Medioambientales”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, pp. 257-272.
- DE LA VARGA PASTOR, A.: El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados. Adaptado a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, La Ley, Madrid 2012, pp. 163 a 171.

- DE MIGUEL PERALES, C.: *Derecho español del medio ambiente*. Madrid: Civitas, 2002.
- *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid, Civitas, 1997.
 - “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, pp. 63-98.
- DE TILLA, M.: “Alcune riflessioni sull’applicazione dell’art. 844 CC al condominio”, en *Gius. Civ.* 1992-I, pp. 1924 y ss.
- DEMOGUE, R.: *Traité des obligations en général, T.I.: sources del obligations*, París, 1924.
- DEMOLOMBE, J.C.: *Cours de Code Napoléon, t. XII, Traité des servitudes ou services fonciers*, Paris, 1882.
- DÍAZ BRAVO, A.: “La responsabilidad civil por contaminación y su aseguramiento”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, pp. 15-62.
- DÍAZ BRITO, F. J.: *El límite de tolerancia en las inmisiones y en las relaciones de vecindad*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Navarra, 1999.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, H.: “Relación de atribución en la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista crítica de derecho privado*, Nº 5, 2008, pp. 323-337.
- DÍAZ FUENTES, A.: *Servidumbre, servantías y relaciones de vecindad*, Barcelona, Bosch, 2004.
- DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones*, Madrid, Civitas, 2003.
- “La acción negatoria frente a inmisiones en el derecho de propiedad”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, coord. por Cabanillas Sánchez, A., Vol. 3, Madrid, Civitas, 2003, pp. 3699-3721.
 - “Defensa frente a inmisiones. Cese y reparación de daños y perjuicios. Acción negatoria: comentario a la STSJ Cataluña de 19 marzo 2001 (RJ 2002, 1399)”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 10, 2003, pp. 347-360.
 - “Inmisiones y relaciones de vecindad. Régimen de propiedad horizontal: Comentario a la STS 19 julio 2006 (RJ 2006, 4731)”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 18, 2007, pp. 365-375.
 - “Inmisiones: relación de causalidad entre la actividad inminente y el daño. Actuación conforme a la normativa administrativa. Medios de defensa jurídico-civiles. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2006”, *Revista jurídica Universal Autónoma de Madrid*, Nº 15, 2007, pp. 305-320.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “¿Es oportuno elaborar una ley de responsabilidad civil medioambiental?”, *Diario La Ley*, 1998, Ref. D-34, Tomo 1, Editorial La Ley, pp. 1-45.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, Bosch, 1964, p. 163.
- *Derecho de Daños*, Madrid: Civitas, 1999.
 - “La responsabilidad civil hoy”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 32, nº 4, 1979, pp. 727-738.
 - “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 54, Nº 3, 2001, pp. 1009-1028.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. II, (Tomo 2)*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- DONATI, A.: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano 1954.
- DOMÈNEC SILBINA, T.: “Las ordenanzas de protección frente al ruido. I.- El marco jurídico y la perspectiva jurídica interdisciplinar”, *Cuadernos de derecho local*, nº 4, 2004, pp. 207-231.
- DOPAZO FRAGUÍO, P.: “Coordinación y gerencia de riesgos ambientales: responsabilidad civil por daños ambientales y seguro ambiental”, *Observatorio medioambiental*, Nº 5, 2002, pp. 103-125.

- EEKELAAR, J.M.: “Nuisance and strict liability”, *The Irish Jurist*, 1973, pp. 191 y ss.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- “Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001, de 24 de mayo”, en *InDret*, Nº 1, 2002, pp. 1-17.
 - “Relaciones de Vecindad, Desarrollo Industrial y Medio Ambiente”, en la obra conjunta dirigida por ESTEVE PARDO, J., *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006.
 - “Irrelevancia del uso previo y de la participación de los perjudicados en la actividad incisiva como criterios reductores de la indemnización. Comentario a la STS, 1ª, de 2 de febrero de 2001”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 3, 2002, pp. 1-8.
 - “Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno: recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo), *Derecho privado y Constitución*, Nº 15, 2001, pp. 69-106.
 - “Condiciones medioambientales y derechos fundamentales: Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (a propósito de la Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994)”, *Derecho privado y Constitución*, Nº 9, 1996, pp. 323-364.
- ENNECCERUS, L./KIPP, T./ WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil*, t. III, vol. 1 (trad. Esp. Con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ, B./ALGUER, J.), 3ª ed. a cargo de PUIG BRUTAU, J., Bosch, Barcelona, 1971.
- EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad: (aspectos civiles, administrativos y urbanísticos)*, Granada, Comares, 2000.
- “La protección interdictal contra las inmisiones conocidas”, *Actualidad civil*, Nº 2, 2000, pp. 549-576.
 - “El límite entre las inmisiones permitidas y prohibidas: criterios históricos de fijación”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 53, nº 3, 2000, pp. 855-922.
 - “El perjuicio derivado de las inmisiones: especial consideración a los daños a la persona”, *Revista jurídica del Notariado*, Nº 35, 2000, pp. 53-76.
- FEAL VEIRA, A.: “Ruido ambiental y contaminación acústica (II): marco legal”, *Ingeniería química*, Nº 447, 2007, pp. 190-197.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales: estudios jurídicos*; Madrid, Instituto de Administración Local, 1973.
- FORD, H.J.: “Branch v. Western Petroleum: Utah Adopts Principles of Strict Liability and Nuisance Per Se for the Pollution of Groundwater”, *Journal of Energy Law and Policy*, Vol. 5, Issue 1 (1983), pp. 107-120.
- FORTES MARTÍN, A.: “Algunos apuntes sobre el origen, conformación y posterior desarrollo del sistema regulatorio ambiental de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista interdisciplinar de gestión ambiental*, Año 6, nº 61, 2004, pp. 3-24.
- GALLINARI, A.: “Le immissioni indirette e l’art. 844 c.c.”, *Riv. trim. di diritto e procedura civile*, 1948, pp. 280-318.
- GARCÍA COBALEDA, M.: “Libro Blanco sobre responsabilidad civil ambiental”. *Revista mensual de Gestión Ambiental*. Julio 2000, pp. 14-20.
- GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M.: *Ilicitud, culpa y estado de necesidad: (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Madrid: Dykinson, 2006.
- GARCÍA RUBIO, Mª.P.: “El caso “Prestige” un año después de la tragedia: algunos apuntes en torno al RDley 4/2003, de 20 de junio”, *Diario La Ley*, Nº 5893, Nov. 2003, Año XXIV, Ref. D.255, Editorial La Ley, pp. 1-14.
- GARCÍA SÁNCHEZ, J.: *Teoría de la immissio*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1999.

- GARCÍA Y VALLÉS, R.: “Contaminación y responsabilidad sin culpa”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 76, nº 2, 1977, pp. 467-478.
- GARRIDO MELERO, M.: “Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 68, nº 611, 1992, pp. 1551-1618.
- GIL MEMBRADO, C.: “La suspensión de obra nueva como prevención frente al ruido”, *Aranzadi Civil: revista doctrinal*, Nº 10, 2011, pp. 91-120.
- GIOVANNI, F.: *Strumenti privatistici e tutela dell'«ambiente»*, Cedam, Padua, 1982.
- GOMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M^a. A.: “Responsabilidad por daños al medio ambiente y contaminación de suelos: problemas de relación”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2006, pp. 1-31.
- GOMIS CATALÁ, L.: *Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1998.
- “Sobre el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental”, *Revista de Derecho y Medio Ambiente*, Vol. 1, Nº 0. Octubre/diciembre 1999, pp. 65-102.
- GONZÁLEZ-ALEGRE B. M.: *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967 .
- GONZÁLEZ BARRIOS, I.: “Responsabilidad Civil Medioambiental: Responsabilidad por inmisiones contaminantes: Distinción entre el supuesto de hecho del art. 1903.4 y 1908.2 CC”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, Nº 6, 2007, pp. 34-36.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, Año 2012, núm. 45, pp. 177-192.
- GUIDO VILLEGAS, S.: “El ocaso de la responsabilidad subjetiva por daños al medio ambiente: reflexiones en torno al artículo 1908 del Código Civil”, *Ecosostenible*, Nº 30-31, 2007, pp. 13-21.
- HARWOOD, V.: *Principles of Tort Law*, 4^a ed., Cavendish, 2000, p. 237.
- HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: *El aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2002.
- “Prevención y Seguro de Responsabilidad Civil por daños al medio ambiente”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, pp. 285-317.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1985.
- HERRERA DE REY, J.: *La defensa jurídica contra la contaminación acústica*, La Ley, Madrid, 2008.
- “Inmisiones: ¿Tutela judicial efectiva?”, *La Ley*, Nº 2, 2005, pp. 1608-1610.
- HESSE: “Zur Lehre von den nachbarrechtliche Verhältnissen der Grundeigentümer”, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1863, Bd. 6, pp. 378-441.
- HINTEREGGER, M.: *Environmental liability and ecological damage in European law*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2008.
- HUALDE MANSO, M^a. T.: “Inmisiones provocadas por establecimientos industriales autorizados (Comentario a la sentencia del T.S.J. de Navarra, de 3 de mayo de 2004)”, *Revista jurídica de Navarra*, Nº 39, 2005, pp. 178-192.
- “La pre-utilización de los inmuebles y las inmisiones”, *Aranzadi civil-mercantil*, Nº 1, 2011, pp. 31-42.
- HUGLO, C.: “La pratique de la réparation en matière de dommages catastrophiques”, en *Travaux des XII Journées D' Études Juridiques Jean Dabin, La réparation des dommages catastrophiques. Les risques technologiques majeurs en droit International et en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 145-155.

- IANNELLI, A. : “Sulla tutela dalle immissioni industriali e sulla non operatività dell’art. 844 CC”, en *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 371-378.
- IHERING : “Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn”, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1863, Bd. 6, pp. 104-105 y 113.
- JORDÁ CAPITÁN, E.: *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Aranzadi, Navarra 2002.
- “Tutela medioambiental de carácter preventivo desplegada a través de determinados procedimientos civiles: sobre su pretendida función de protección indirecta”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 2001, pp. 875-895.
- JORDANO FRAGA, J.: *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- “Administración y responsabilidad por daños al medio ambiente: la construcción del régimen jurídico de los daños ambientales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 12, págs. 275-332, Madrid, 2001 (ejemplar dedicado a: *La protección jurisdiccional del medio ambiente*, Ruiz-Rico Ruiz, G. J. (dir)).
 - “Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege lata* y *contra lege ferenda*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, julio-septiembre 2000, pp. 351-372.
 - “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, *Derecho del medio ambiente y administración local*, coord. por Esteve Pardo, J., 2006, pp. 427-460.
- JORI TOLOSA, J. L.: “La responsabilidad por daños medioambientales”, *Derecho de los Negocios*, Año nº 16, nº 176, 2005, pp. 21-28.
- JOSSERAND, L.: *De L’Esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l’abus des droits*, París: Dalloz, 1927.
- JUNCEDA MORENO, J.: *Derecho ambiental, Guía Jurisprudencial de Legislación y Procedimiento*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A., Barcelona, 2002.
- JUST ESCRIVÁ, J. J.: “La obligatoriedad de aseguramiento de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, pp. 273-283.
- KARILA, J-P.: “Action et réactions en matière de troubles anormaux de voisinage”, *Recueil Dalloz*, D. 2006, 5 enero 2006, pp. 40-46.
- KOHLER, J.: “Umwelthaftungsrecht”, en Karl-Heinz GURSKY (Redactor), J., von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Libro III (Savhenrecht), nueva edición, Sellier-De Gruyter, Berlín, pp. 174-437.
- LABRADOR BERNARD, J., Y ARBUÉS SALAZAR, J.J.: “Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista Derecho y Medio Ambiente*, v., I, núm., 1, enero-marzo, 2000, pp. 9-46.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II, 1º, 2ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 1985.
- LANG, E.: “Grundfragen des privatrechtlichen Immissionssschutzes in rechtsvergleichender Sicht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 174, nº 4, pp. 381 y ss.
- LARSSON, M-L.: *The law of environmental damage: liability and reparation*, Kluwer Law International, 1999..
- LEYAT, P.: *La Responsabilité dans les rapports de voisinage*, thèse, Lyon: Bosc Frères M & L. Riou, 1936.
- LLAMAS POMBO, E.: “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II*, Ed, LOPE-RENA ROTA, D., *El Derecho al medio ambiente adecuado*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- *Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010.
- LLAMAS POMBO, E. y MACÍAS CASTILLO, A.: “Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido”, *Actualidad civil*, Nº 4, 1998, pp. 1059-1081.

- LOONEY, J.W.: “Rylands v. Fletcher revisited: a comparison of English, Australian and American approaches to common law liability for dangerous agricultural activities”, *Drake Journal of Agricultural Law*, Vol. 1, Issue 2 (Winter 1996), pp. 149-172.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: “Inmisiones sonoras, legislación urbanística y conceptos integrantes del daño moral indemnizable: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-01-2011”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 64, Nº 2, 2011, pp. 773-798.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil extracontractual. Una explotación jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- LÓPEZ MESA, M.J. Y CESANO J.D.: *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*, Edisofer, S.L., Libros Jurídicos, Serie Europa-América, Buenos Aires, 2010.
- LORANCA RUILÓPEZ, A.: “Las relaciones de vecindad y las inmisiones: la inmisión acústica en particular”, *Manuales de formación continuada*, Nº 50, 1, 2009 (Ejemplar dedicado a: Derecho Inmobiliario: problemática actual), pp. 467-650.
- LUQUÍN BERGARECHE, R.: *Mecanismos jurídicos civiles de tutela ambiental*. Thomson, Aranzadi, Navarra, 2005.
- LUZZATO, R.: *Corso sui diritto reali*, Ferrara: Taddei, 1992.
- LLODRÀ GRIMALT, F.: *Lecciones de Derecho Ambiental*, Universitat de les Illes Balears, col·lecció materials didàctics, Palma, 2008.
- MACARONE, M.: *Le immissioni: tutela reale e tutela della persona: danno esistenziale*, Milano: Giuffrè, 2002.
- MACIÀ GÓMEZ, R. I.: “La dualidad del daño patrimonial y del daño moral”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Nº 36, 2010, p. 21.
- MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Ed. La Ley, Madrid, 2004.
- “Protección civil frente al ruido”, *Práctica derecho de daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 98, 2011, pp. 56-63.
 - “La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio”, *Actualidad civil*, Nº 4, 1999, pp. 1227-1245.
- MALDONADO RAMOS, J.: “Inmisiones y daño moral. Ruidos y vibraciones en viviendas por la actividad de industrias del mármol debidamente autorizadas y preexistentes a la adquisición o edificación de las viviendas. Imprudencia de indemnizaciones por pérdida de valor de las viviendas y por daño moral: Comentario a la STS (del pleno) 12/01/2011 (recurso de casación y extraordinario por infracción procesal nº 1580/2007. Ponente: Marín Casal), *Revista del poder judicial*, Nº 91, 2011, pp. 51-59.
- MARBURGER, P.: “EG-Umwelthaftungsrichtlinie und zivilrechtliche Umwelthaftung”, en *Umweltrecht und Umweltwissenschaft*, festschrift für Eckard Rehlinger et. al., Berlín: Erich Schmidt, 2007, pp. 237-251.
- MARÍN LÓPEZ, A.: “La contaminación acústica y la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 5, 2002, pp. 553-571.
- MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L.: *La acción negatoria*, Madrid, Tecnos, 1993.
- MARTÍN BERNAL, J. M.: “Comentarios a dos sentencias del Tribunal Supremo sobre el ruido”, BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, Nº 24, pp. 269-286.
- MARTÍN CASALS, M.: “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil””, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2005.

- “¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas, *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 8, 2002, pp. 21-34.
- MARTÍN DIZ, F.: “Responsabilidad por daños medioambientales: novedades legales y cuestiones procesales”, *Práctica de derecho de daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 61, 2008, pp. 5-40.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.. “El ruido en la reciente jurisprudencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, pp. 319-342.
- “Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2008, pp. 1-26.
- MARTÍN VIDA, M^a.A.: “Responsabilidad civil extracontractual por ruidos en Derecho alemán y en Derecho español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2005, pp. 1-25.
- MARTÍNEZ PEREDA, J.M.: “Responsabilidad por los daños producidos por inmisiones o instalaciones industriales y por ruidos”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Bosch, 2008.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: “La protección civil del medio ambiente”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 3 al 9 de enero de 2000, pp. 17-34
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “El medio ambiente y el Derecho Civil”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo II, Ed. Civitas, 2003, pp. 2513-2545.
- “El medio ambiente y el Derecho civil. Homenaje a la obra del Profesor Díez Picazo”, *Actualidad administrativa*, Nº 19, 2002, pp. 501-554.
- MASFERRER DOMINGO, A.. “Las inmisiones en el Derecho Español (1850-2000)”, *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coord. por Blasco Gascó, F. P, Vol. 2, 2011, pp. 1583-1615.
- MAUGERI, M. R.: “Questioni in tema di usucapibilità della servitù di immissione”, en *NGCC*, 1992-I, pp. 893 y ss.
- MAZEAUD, H./ MAZEAUD, L./ TUNC, A. : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, París, Montchrestien, 1965.
- MC GREGOR, H.: *Mc Gregor on damages*, Ed. Sweet & Maxwell Limited, Londres, 1998.
- MEILÁN GIL, J.L.: [dir.]: *Problemas jurídicos-administrativos planteados por el “Prestige”*, Aranzadi, 2005.
- MONESTIER MORALES, J.L.: “Las acciones civiles de protección frente al ruido”, *Práctica de derecho de daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 95, 2011, pp. 6-13.
- MORENO MOLINA, A.M.: “Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuesta de reforma legal”, *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, nº 66, 2005, pp. 5-55.
- MORENO TRUJILLO, E.: *La protección jurídico-privada del Medio Ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991.
- “La protección del medio ambiente en la jurisprudencia civil”, *Actualidad Civil*, nº 36, 1990, pp. 525-535.
 - “De nuevo sobre la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (pros y contras de la unificación europea del régimen jurídico de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente)”, en *Estudios de Derecho de Obligaciones, T. II, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Cood. LLAMAS POMBO, E., pp. 463-482.
- MORETÓN SANZ, M^a. F.: “Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Nº 722, 2010, pp. 2957-2977.
- MOSSET ITURRASPE, J.: “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Nº 1, 2004, pp. 357-380.
- MUÑOZ ALFONSO, Y.: “La responsabilidad civil frente a inmisiones”, *Ámbito Jurídico.com.br*, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. [Disponible en: <http://www.ambito.com.br>]

- juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2355>, Acceso: febrero 2013].
- MURO INSAUSTI, J.: *Aranzadi Responsabilidad civil: doctrina, jurisprudencia, régimen legal y formularios*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, v. 1.
- MURPHY, J.: “The merits of Rylands v. Fletcher”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, Nº 4, 2004, pp. 643-669.
- NAPPI, F.: *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli-Roma, 1986 (mc).
- NARBONA RUIZ, C., “Una aproximación al futuro régimen de responsabilidad por daños al medio ambiente”, *Economista*, Nº 113, 2007, pp. 10-19.
- NAVARRO MENDIZÁBAL I. A.: *Las inmisiones y molestias medioambientales: Tutela preventiva civil*, Dykinson, Madrid, 1997.
- “La incidencia de la acción negatoria en la defensa del medio ambiente como complementario de la responsabilidad civil”, *I Congreso Nacional Derecho Ambiental: Sevilla, abril 1995: Comunicaciones*, 1996, pp. 477-484.
- NEWARK, F. H.: “The Boundaries of Nuisance”, *65 Law Quarterly Review*, 1949.
- NIETO ALONSO, A.: “La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente”, *Actualidad Civil*, nº 4, 2001, pp. 1591-1630.
- PAGENSTECHE, E.: *Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit, Band 1*, Heidelberg, 1857.
- PARADISO, M.: “Tutela dalle immissioni, ente pubblico economico e perseguimento dei fini istituzionali”, en *Gius. civ.*, 1984-II, pp. 2857-2862.
- “Tutela della salute, diritto civile e problemi di selezione degli interessi”, en *Gius. civ.*, 1980-ii, pp. 2827-2832.
- “Inquinamento delle acque interne e strumenti privatistici di tutela”, en *RTDPC*, 1977, pp. 1391 y ss.
- PARDO LEAL, M.: “La futura Directiva sobre responsabilidad ambiental: de la responsabilidad civil a la responsabilidad administrativa”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 225, pp. 100-112.
- PARDOLESI, R.: “Circolazione del fondo soggetto ad “immissioni industriali” e diritto all’indennizzo”, en *RTDPC*, 1978, pp. 392-416.
- PARRA LUCÁN, M^a A.: “Suelos contaminados: la responsabilidad civil del causante de la contaminación”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 3, 2011, pp. 6-25.
- “Derecho civil ambiental”, en *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, pp. 279-295.
- *La protección al medio ambiente: orientaciones de la jurisprudencia civil*, Madrid, Tecnos, 1992.
- “El derecho civil del medio ambiente”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, Nº 4, 2006, pp. 4-24.
- “Responsabilidad por los daños producidos como consecuencia de la contaminación de las aguas. Relación de causalidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1^a, de 27 de octubre de 1990”, *Poder judicial*, Nº 21, 1991, pp. 107-112.
- “Responsabilidad por daños causados por animales y cosas”, en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (AAVV MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.; PARRA LUCÁN, M^a.A.), Ed. Colex, Madrid 2011, pp. 933-950.
- “Responsabilidad por hecho propio”, en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (AAVV MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.; PARRA LUCÁN, M^a.A.), Ed. Colex, Madrid 2011.

- “Responsabilidad civil extractcontractual”, en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones* (AAVV MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.; PARRA LUCÁN, M^a.A.), Ed. Colex, Madrid 2008, pp. 865-882.
- PASTOR ÁLVAREZ, M^a. C.: *Comentarios al Código Civil III. Libro Segundo* (Títulos I a VIII), RAMS ALBESA, J. (Coordinador), J.M^a. Bosch, Barcelona, 2001.
- PAVELEK ZAMORA, J. E.: “Garantías financieras”, en Lozano Cutanda, B., (cood.) *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (Ley 26/2007, de 23 de octubre), Navarra, Thomson-Civitas, 2008, pp. 315-368.
- “La cobertura del riesgo medioambiental en las pólizas de Responsabilidad Civil General (Mención especial a los países iberoamericanoamericanos)”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, pp. 195-256.
- PEÑA CHACÓN, M.: “La nueva directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales y su relación con los regímenes latinoamericanos de responsabilidad ambiental”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, N^o 12-13, 2005.
- PÉREZ FUENTES, G.M^a.: “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente en el derecho comparado”, *Revista Prolegómenos, derechos y valores de la Facultad de Derecho*, Vol. 12, N^o 23, 2009, pp. 35-42.
- PÉREZ DE GREGORIO CAPEÑÑA, J. J.: “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista Jurídica Española La Ley* 1993, vol. IV, pp. 1053-1057.
- PINILLA RODRÍGUEZ, F.A.: “Algunas consideraciones en torno al Seguro Ambiental: panorama comparado y situación dentro del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental vigente en Chile”, *Revista de Derecho*, Vol. 15, N^o 0, 2003, pp. 157-179.
- POTHIER, R.J.: *Oeuvres, t. III. Traité du contrat de société*, Paris, 1835, págs. 537 y ss²³⁹⁵.
- POVEDA GÓMEZ, P.: “La reparación de los daños ambientales mediante instrumentos de responsabilidad civil. Contenido general del anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de las actividades con incidencia ambiental”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2001, n^o 12, págs. 333-370 (Ejemplar dedicado a La protección jurisdiccional del medio ambiente, Ruiz-Rico Ruiz, G.J. (dir.)).
- POVEDA GÓMEZ, P. y VÁZQUEZ COBOS, C.: “La reparación de los daños ambientales: estudio comparativo entre el Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental y el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental”, *Noticias de la Unión Europea*, N^o 193, 2001, pp. 59-72.
- POZUELO PÉREZ, L.: “La reparación del daño al medio ambiente”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 191, enero-febrero 2002, pp. 133-166.
- REGLERO CAMPOS, L. F.: “Los sistemas de responsabilidad civil”, en REGLERO CAMPOS, L. F., [Coord.], *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Vol. 2, 2008, pp. 247-300;
- REY HUIDOBRO, L. F.: “La responsabilidad por daños al medio ambiente y su personificación en la figura de los administradores de la sociedad”, en *Estudios sobre la Responsabilidad civil Medioambiental y su aseguramiento*, MAPFRE: AIDA, Sección Española, Madrid 1997, pp. 99-120.
- REYES LÓPEZ, M^a. J.: “La responsabilidad civil ambiental”, en *Derecho Ambiental español* (Coord. Reyes López, M^a. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 187-262.
- ROBERT, A.: *Les relations de voisinage*, París: Sirey, 1991, pp. 80 y ss.
- “Appréciation du seuil à partir duquel des nuisances peuvent être qualifiées de troubles du voisinage et ouvrir droit à réparation”, *Recueil Dalloz*, 1998, p. 60.

²³⁹⁵ Citado por ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos...*, cit.

- ROCA JUAN, J.: “Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, Nº 3, 1986, pp. 763-786.
- ROCA TRIAS, E. : *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2003.
- ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.
- RODIERE, R.: “La faute dans les troubles de voisinage”, *Rev. Trim., dr. Civ.* 1965, pp. 642 y ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del medio ambiente”, *Documentación Administrativa*, nº 190, 1981 (Ejemplar dedicado a: Ecología y medio ambiente), pp. 457-485.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: “La protección indirecta del medio ambiente”, *La Ley*, N 3, 1992, pp. 880-914.
- ROGERS, W.V.H.: *The law of tort*, London: Sweet & Maxwell, 1994.
- ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, L.: “Responsabilidad civil por daños ocasionados al medio ambiente”, *Cuestiones sobre responsabilidad civil* (coord. por DÍAZ-AMBRONA BAJARDÍ, M^a D.), pp. 107-138.
- RUDA GONZÁLEZ, A.: “En tierra de nadie. Problemas de delimitación del nuevo daño medioambiental”, *Revista de derecho privado*, nº 93, mes 1º, 2009, pp. 21-58;
- “Sentencia de 28 de enero de 2004”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 66, 2004, pp. 1077-1106.
 - “Sentencia de 14 de marzo de 2005”, *Cuadernos de jurisprudencia civil*, Nº 71, 2006, pp. 695-744.
 - “Sentencia de 31 de mayo de 2007”, *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Nº 76, 2008, pp. 153-198.
 - “Sentencia de 12 de enero de 2011. Inmisiones. Ruidos. Segunda residencia. Prioridad en el uso. Daño patrimonial. Depreciación de la finca. Daño moral. Culpa exclusiva de la víctima”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 88, 2012, pp. 213-238.
- RUIZ BALLE, M.: “La responsabilidad civil extracontractual derivada del daño ilícito medioambiental”, *Comunicación al I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, 19 al 21 de abril de 1995, Sevilla, *Revista de derecho agrario y alimentario*, año nº 11, nº 26, pp. 60-62.
- RUIZ JIMÉNEZ, J., TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes en torno a la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Vol. Nº 84, nº 708, 2008, pp. 1825-1833.
- RUIZ MARTÍNEZ, V.: “Las acciones civiles en el marco de las reclamaciones por suelos contaminados”, *Diario La Ley*, Nº 7295, 2009, pp. 1-19.
- SÄCKER, F.-J.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: in sieben Bänden*, München: Beck, 1983.
- SALAZAR ORTUÑO, E.: “La Directiva sobre responsabilidad civil ambiental”, *El Ecologista*, Nº 42, invierno 2004-2005, pp. 32-34.
- SALVADOR CODERCH, P. Y SANTDIUMERGE FARRÉ, J.: “La acción negatoria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987”, *Poder Judicial*, nº 10, 1988, pp. 117-122.
- SALVI, C.: *Le Immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell’ambiente*, Milano, 1979.
- SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: “Las relaciones de vecindad en el Código de Derecho Foral de Aragón: luces y sombras”, *Revista de derecho civil aragonés*, Nº 17, 2001, pp. 93-138.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “Evolución de la responsabilidad civil de la empresa”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dir.), Ed. Musini, Madrid 1994, pp. 15-34.
- *Ley de contrato de seguro: comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, (dir.), Navarra, Aranzadi, 2005, Ed. 3^a.

- SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, M^a C.: *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Barcelona, Ed. Bosch, 1995.
- “Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año n^o 71, n^o 631, 1995, pp. 2153-2170
- SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de daños*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1962.
- “Los daños ecológicos como actos ilícitos civiles”, *Actualidad civil*, n^o 1, 1997, pp. 95-108.
- SANTOS MORÓN, M^a J.: “Acerca de la tutela civil del medio ambiente: algunas reflexiones críticas”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Ed. Thomson Civitas, 2003, pp. 3015-3037
- SANZ SALLA, C.O.: *La gestión de los residuos en la industria cerámica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SAVATIER, R. : *Traité de la responsabilité civile en droit français. T. I.: Les sources de la responsabilité civile*, París, 1951.
- SCALISI, V.: “Immissioni di rumore e tutela della salute”, en *Riv. dir. civ.*, 1982-I, pp. 127 y ss.
- SCHUBERT, M. N.: “La responsabilidad por el deterioro del medio ambiente: el tema de los años noventa en el seguro de responsabilidad civil europeo”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Director), Musini, 1994.
- SERIO, M.: “Le immissioni nel fondo vicino nell’esperieza giuridica inglese”, en *Rass. Dir. civ.*, 1983, pp. 88 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, E.: “La protección medioambiental: especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (A propósito Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de abril de 2000)”, *Actualidad Civil*, N^o 1, 2001, pp. 273-301.
- SERRANO PAREDES, O.: “En torno a la existencia o no de responsabilidad ambiental por el ejercicio de actividades autorizadas”, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 6126, 12 de noviembre de 2004, pp. 1-9.
- SHIELDS, R.: “Liability Without Fault. Rylands v. Fletcher Revitalised”, 1999, 2 *TCLR*, 124, pp. 124-142.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: “Responsabilidad civil medioambiental”, Consejo General del Poder Judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, 80-2005.
- SPANGENBERG: “Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht”, en *AcP*, vol. IX, 1826, pp. 265 y ss.
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Apuntes en torno a la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N^o 708, pp. 1825-1833.
- “Responsabilidad extracontractual. Emisión de productos contaminantes. Responsabilidad civil por inmisiones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n^o 80, N^o 683, 2004, pp. 1516-1521.
- TORREGROSA, G.: “Profili della tutela dell’ambiente”, *Riv. trim. di diritto e procedura civile*, 1980, pp. 1385-1441.
- TORRELLES TORREA, E.: “La legitimidad e ilegitimidad de las inmisiones: criterios para su determinación”, *La codificación del derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación*, coord. ENRIC FLORENSA I TOMÁS, C. i FONTANELLAS I MORELL, J.M^a., 2011, pp. 447-470.
- TRIMARCHI, P.: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.
- VACAS GARCÍA-ALÓS, L.: “Aspectos constitucionales de la defensa jurídica contra el fenómeno del ruido”, *Revista de derecho político*, N^o 62, 2005, pp. 149-185.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Civil Anotado*, Dijusa, Madrid 2007.

- VELASCO CABALLERO, F.: “El Medio Ambiente en la Constitución ¿Derecho subjetivo y/o principio rector?”, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, Nº 19, 1994, pp. 77-121.
- VERDERA SERVER, R. (autor y coord.), Estruch Estruch, J., y Martínez Velencoso, L.M., *Derecho de daños, Colección esquemas de Derecho Civil*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- VERDERA Y TUELLS, E.: “La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del T.S.: una primera revisión crítica”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dir.SÁNCHEZ CALERO, F.), Ed. Musini, Madrid 1994, pp. 75-134.
- VICENTE DOMINGO, E.: *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 234 y ss.
- “El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal”, *Revista de derecho privado*, Año 74, Mes 10, 1990, pp. 812-839.
- VILALTA NICUESA, E., Y MÉNDEZ TOMÁS, R.M.: *Acción de responsabilidad extracontractual por daños al medio ambiente*, Biblioteca básica de práctica procesal. Bosch, Barcelona, 2002.
- *La Acción negatoria de servidumbre e inmisiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- VILLAGOMEZ RODIL, A.: “Responsabilidad Civil por daños ecológicos”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Madrid, septiembre 1995, pp. 542-545.
- VINAIXA MIQUEL, M.: *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2006.
- VISINTINI, G.: “Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano), I L’esperienza francese”, *Riv. Dir. civ.*, 1974-I, pp. 681-720.
- “Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano), II, L’esperienza italiana”, *Riv. Dir. civ.*, 1975-I, pp. 29-66.
 - “Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti Leggi Ecologiche”, en *Riv. dir. civ.*, 1980-II, pp. 249 y ss.
- WANGENHEIM, GEORGE V.: “Valores límite e indemnización por inmisiones”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, Barcelona, octubre de 2001.
- WEIR, T.: “*Rylands v. Fletcher* Reconsidered”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 53, Part, 2, July 1994, pp. 216-218.
- WERENBERG, W.: “Ueber die Kollision der Rechte Verschiedener Grundeigentümer”, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1863, Bd. 6, pp. 1-80.
- WICHMANN ROVIRA, G. V.: *Instituciones de Derecho privado. Tomo III. Obligaciones y Contratos, vol. 3º*, Delgado De Miguel, J. F., (Coord. Gral.), Simó Santonja, V. L. (Coord.), Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- WINDSCHEID, B. : *Diritto delle Pandette*, vol. I, trad. FADDA y BENZA, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925.
- WOLF, M.: *Sachenrecht*, 19ª ed., C.H., Beck, Munich. 2003 (en la biblioteca hay un ejemplar del 2000, 16ª ed.
- YANGUAS MONTERO, G.: *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*, Ed. Aranzadi, Thompson Civitas. Navarra, 2006.
- “La nueva responsabilidad medioambiental”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, año nº 42, nº 245, 2008, pp. 101-145.
- YOCAS, M./ COSMAS, P.: *Les troubles de voisinage*, París, 1966 (BID.M1 38775/49726).
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.
- ZERELLA, E.: “La tutela del diritto alla salute e la disciplina delle immissioni”, en *Gius. civ.*, 1986-I, pp. 132 y ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, M.: *El seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Navarra, 2005.