

Sesión III.

RÉGIMEN DE LUCES Y VISTAS EN ARAGÓN

PONENTE:

Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez
PÁG.143

COPONENTES:

D. David Arbués Aísa
PÁG. 191

D. José Luis Argudo Périz
PÁG. 219

RÉGIMEN DE LUCES Y VISTAS EN ARAGÓN
Primera Parte: Panorama general y principios de la institución de luces y vistas.

JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ
Magistrado

SUMARIO DE LA PRIMERA PARTE: I. BREVE INTRODUCCIÓN. II. EL RÉGIMEN DE LA INSTITUCIÓN EN EL CÓDIGO FORAL. 1. La pérdida de trascendencia jurídica, económica y social de la regulación civil de las luces y vistas como relación de vecindad. III. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS RELACIONES DE VECINDAD CON RELACIÓN A LAS LUCES Y VISTAS. LAS DISPOSICIONES GENERALES. 1. Los intereses en juego en esta institución. 2. La facultad de autorregulación de los vecinos. 3. La mera tolerancia. Su presunción. Su verdadero alcance: la presunción de vecindad. 4. Breve referencia al concepto de tolerancia y su paradójica situación en la relación de luces y vistas como tolerancia reglada. 5. La tolerancia en el Código Foral aragonés. Su equívoco carácter en el régimen de luces y vistas. 5.1. El carácter equívoco de la tolerancia en las luces y vistas. 5.2. El debate sobre la naturaleza jurídica de la apertura de huecos y luces. 6. Las facultades de aprovechamiento del fondo de quien soporta las luces y vistas. Los aprovechamientos constructivos y los no constructivos. 7. La libertad de apertura de los huecos y las protecciones legales de las no distanciadas. 8. Toma de medidas. 9. El concepto de hueco. 9.1. Las características del fondo sobre el que se proyectan las vistas. 9.2. Algunos supuestos específicos. 9.2.1. Las cubiertas planas. 9.1.2. Las terrazas no distanciadas. 9.1.3. Las puertas no distanciadas. 9.1.4. Las escaleras exteriores no distanciadas. 10. Huecos y medianería. 11. La protección de los huecos. 11.1. La reja de hierro y red de alambre. 11.2. La protección semejante. 12. Los voladizos. IV. LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS. 1. Alguna consideración previa sobre las servidumbres en el CDFa. 2. Sobre la servidumbre de luces y vistas. V. EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL CÓDIGO EN RELACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LUCES Y VISTAS. VI. ASPECTOS PROCESALES DE LAS LUCES Y VISTAS. 1. La tutela sumaria (los interdictos). 1.1 La tutela interdictal de la posesión. 1.2 La distinción entre los procedimientos de tutela sumaria

de la posesión y el procedimiento para la suspensión de una obra nueva. 1.3 La tutela interdictal de la posesión tolerada. 1.4 La tutela interdictal conforme al CDFa. 2. La vía declarativa. 3. Régimen de recursos.

I.- BREVE INTRODUCCIÓN.

Luces y vistas es materia históricamente regulada en el Derecho Aragonés. Su antecedente se encuentra en la Observancia 6^a “De aqua pluviali arcenda”¹ de la que resultaba la libertad de apertura de huecos y la libertad del vecino de cegarlas, a salvo que tal obstrucción privara a la convecina de luz o iluminación.

La institución fue regulada en el Apéndice de 1925 con una notable confusión, mezclando lo que era la servidumbre con lo que era vecindad, siquiera inspirada tal regulación en unos principios de extraordinaria permisividad, introduciendo la necesidad de protecciones, aunque nominalmente solo para las paredes medianeras.

Esta confusión estructural fue superada en la regulación contenida en la Compilación de 1967, separando aquí con claridad lo que era relación de vecindad de lo que era servidumbre, manteniendo eso sí los criterios de permisividad en la obtención de luces y vistas y parificando, en sede de protecciones, la pared medianera con la propia, intentando superar una errónea interpretación jurisprudencial.

La regulación contenida, primero en la Ley 8/2010, de 2 de octubre, de Derecho civil patrimonial y poco después en el Código de Derecho Foral Aragonés (en lo sucesivo CDFa), mantiene los criterios de permisividad en la apertura de huecos y luces, sin otra limitación que la exigencia de protecciones para los no distanciados y prohibición de voladizos; aclara los intereses en juego en la institución; resalta la importancia y el juego que va a desempeñar en la relación la tolerancia, principio institucional que presidirá el régimen de luces y vistas; reconoce el valor absoluto que tiene la protección de la intimidad del que soporta las luces y vistas; regula con notable brillantez las servidumbres de luces y vistas, superando las polémicas doctrinales sobre su naturaleza, para ya en fin dar una eficacia retroactiva absoluta al nuevo régimen jurídico.

II.-EL REGIMEN DE LA INSTITUCION EN EL CODIGO FORAL.

1. La pérdida de trascendencia jurídica, económica y social de la regulación civil de las luces y vista como relación de vecindad.

El régimen jurídico civil de las luces y vistas va perdiendo, paulatinamente, trascendencia. Ello se debe a la concurrencia de una serie de factores, muy hete-

1. En su traducción: “Asimismo se observa que cualquiera, al arbitrio de su voluntad, hace abrir ventanas en pared común, no sólo para tener luz sino también para obtener vista –aunque el dueño de las casa vecinas, si construye un edificio que sobresalga por encima de esas ventanas, puede cegarlas-. Esto tiene lugar cuando la casa vecina puede tener luz de sí misma o de otra parte. Pues, de lo contrario, si por cerrar dicha ventana la casa vecina se ve privada de luces y no puede tener la iluminación de otra parte, entonces obligado a da o dejar a dicha casa convecina la luz necesaria según el arbitrio del Juez, ya sea mediante otra, no sea que –falta absolutamente de luz- la casa se haga inútil para el dueño. Esto es conforme al uso del Reino y la buena equidad”

rogéneos entre sí, cuyo resultado final va a terminar siendo una disminución en la aplicación de esta institución jurídica. Pérdida de trascendencia cuantitativa, pero con pleno mantenimiento de su fuerza jurídica allí donde sea aplicable.

Entre estas razones de pérdida de peso de esta institución puede citarse, en primer lugar la prevalencia, en la conciencia social, de la norma jurídico-pública a la privada. Al margen de si puede ser también prevalente, al menos en algunos aspectos, en el ámbito jurídico, dado el interés público que preside el planeamiento urbanístico, lo cierto es que el peso de éste último es mayor en la conciencia social que el régimen jurídico privado. Hay muchas razones para que ello sea así pero quizás la más relevante sea que cualquier obra está sometida, por pequeña que sea, a la previa licencia municipal del órgano urbanísticamente competente, lo que hace que se termine asociando la legalidad plena de la apertura de huecos a la legalidad urbanística. La sectorización del ordenamiento jurídico, muy del gusto de los juristas, no es fácilmente entendible por el ciudadano que, antes al contrario, tiende a representarse una simplificación y una unificación del mismo. Por más que la licencia se otorgue invocando la cláusula de neutralidad, esto es dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero (desde el art. 195 de la Ley 7/1999, de 9 de abril de Administración Local en Aragón hasta los históricos arts 10 y 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto de 17 de junio de 1955), la conciencia social tiende a identificar licencia con plena legalidad. Y la licencia de obras, aunque estas sean menores, siempre es exigible. Por el contrario, desde el ámbito jurídico-privado no se necesita acción judicial alguna contra los colindantes ni para abrir huecos ni para construir²; por tanto sin necesidad de un reconocimiento previo de su derecho subjetivo o de la facultad privada por los Tribunales³.

Una segunda razón se puede encontrar en la específica tutela de los consumidores. El derecho del adquirente de una vivienda sobre plano, a construir en el futuro, no se contrae solo a las características de la vivienda que ha adquirido, sino también a los elementos comunes del edificio en el que se integra esa vivienda, siempre en régimen de propiedad horizontal, de suerte que alteraciones

2. Esa identificación entre la autorización de la construcción o edificación y plena legalidad se genera en la conciencia social también cuando se ha obtenido, porque se ha generado un previo conflicto inter privados, un pronunciamiento favorable del juez civil. No resulta de fácil comprensión para el ciudadano que ese derecho que se le ha reconocido jurisdiccionalmente por los tribunales civiles pueda ser coartado cuando luego no se logre la licencia de la autoridad urbanística competente para otorgarla.

3. El resultado práctico de la existencia de órdenes jurídicos diferentes que inciden en las configuración de las facultades que dimanar del derecho de propiedad es que para poder ejercer alguna de ellas tiene que terminar estando autorizado tanto por la norma de Derecho Privado como por el planeamiento urbanístico, generándose así un efecto acumulativo. Que no siempre resolverá los problemas cuando ambos regímenes jurídicos entren en colisión al imponer comportamientos constructivos contrarios. La Sala Primera, anclada en su consideración de que no se pueden citar normas administrativas para fundar el recurso de casación, cuando le resulte inevitable impondrá la norma civil y el respeto al derecho subjetivo privado. Así la sentencia TS 951/2008, de 21 de octubre, que se enfrenta a una servidumbre de luces y vistas, con cita de la de 18 de julio de 1997, razonará que “la regulación administrativa de las construcciones contempla aspecto distinto del puramente civil, y que unas obras con licencia obtenida al amparo de las normas urbanísticas, pueden ser impedidas por los tribunales del orden civil a instancia de los titulares de derecho como el de propiedad, a los que eventualmente puede afectar...”. Previamente había razonado que “hay que reiterar que las normas administrativas, en general, y urbanísticas, en particular, siempre se aplican sin perjuicio de los derechos de carácter civil que corresponden al sujeto y con respecto a los mismos, a no ser que medie el instituto de la prescripción”. Se obvia así que en el planeamiento urbanístico subyacen intereses generales y públicos que pueden terminar prevaleciendo frente a normas que solamente regulan intereses privados.

relevantes sobre esos elementos comunes también fundarían acciones judiciales frente al promotor/vendedor, bien indemnizatorias bien resolutorias. Si quien promueve oferta una vivienda o un edificio con determinadas luces o vistas, que después no se pueden respetar porque el colindante las impide con su propio aprovechamiento, aquél tiene el peligro de tener que responder frente a los compradores⁴. Ello propicia que los promotores y constructores inmobiliarios huyan de configurar sus promociones inmobiliarias dotadas de luces y vistas que de manera inmediata pueden ser lícitamente cegadas por los colindantes.

Una tercera razón, y acaso la más importante, se encuentra en la existencia de una realidad jurídica que desborda las previsiones del régimen jurídico de las luces y vistas. Realidad constituida por unas nuevas formas constructivas que van a sobreponerse sobre este régimen jurídico privado, que van a encontrar mejor ubicación en otros regímenes jurídicos.

Nos referimos a la generalización de la construcción de viviendas en régimen de propiedad horizontal. Este régimen de propiedad no se aplica solo a un modelo monoedificatorio sino también al pluriedificatorio. Y esta divergencia normativa sería particularmente llamativa en las modalidades de propiedades horizontales tumbadas, asentadas sobre modelos constructivos de edificaciones unifamiliares, adosadas o pareadas, en las que, por configuración inicial del promotor, con adecuado reflejo en la declaración de obra nueva y en los estatutos, se generan huecos con luces y vistas no distanciadas. En las relaciones *ad intra* de la comunidad, las situaciones que generen luces y vistas quedan extramuros del régimen codificado de luces y vistas, sometidas al régimen esencialmente imperativo de la propiedad horizontal (art. 7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio). La compleja yuxtaposición que se produce entre lo común y lo privativo en el régimen de propiedad horizontal hace estructuralmente inaplicable el régimen de luces y vistas. Situaciones que nada tendrán que ver con las relaciones vecinales, *ad extra*, de esa comunidad o complejo inmobiliario con otras comunidades. En la medida en la que la propiedad horizontal se extiende en su complejidad edificatoria se reduce el ámbito del régimen de luces y vistas.

Con todo no siempre la propiedad horizontal va a operar excluyendo el régimen de luces y vistas. Este será aplicable en la medida en la que nos encontremos en propiedades horizontales fácticas, sin título constitutivo, con una desregulación estatutaria, fruto en muchas ocasiones de procesos urbanizadores privados e ilegales⁵.

4. Cuando se adquiere una vivienda integrada en un edificio a construir que quedará sometida al régimen de la propiedad horizontal por reunir los requisitos del *art. 396 C.Civil* no sólo se adquiere la vivienda aisladamente considerada sino también una participación en los elementos comunes, en el edificio, de manera que el derecho del comprador, y del derecho al objeto adquirido, no se ciñe sólo a la vivienda aisladamente considerada, sino también a las características y condiciones del edificio del que va a ser copropietario en régimen de propiedad horizontal.

No en vano el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril relativo a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda dispone que se deben incluir necesariamente las características relativas a la construcción de la vivienda y a su ubicación (*art.3.2 R.D.5/5/89*), y debe informarse sobre todas sus instalaciones y hacer una descripción general del edificio (*art.3*).

5. El régimen jurídico de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, antes de la reforma operada en la misma por la Ley 8/1999, la existencia de una propiedad horizontal, sometida al régimen disciplinado en aquélla, no

El resultado práctico de este cúmulo de circunstancias es que el fenómeno de luces y vistas va perdiendo relevancia y presencia. Los conflictos judiciales siempre se sitúan normalmente en zonas rurales, aunque sea en propiedad urbana, y respecto de construcciones realizadas a mediados, como pronto, del siglo XX. Los conflictos actuales son recurrentes y se centran en las terrazas y en las azoteas así como en la colocación de protecciones. Fuera ya de la relación de vecindad presentarán particular intensidad los conflictos relativos a la constitución de servidumbres de luces y vistas o a modificaciones edificatorias relacionadas con las mismas.

exigía de la existencia de ningún título constitutivo para su existencia. Pese a lo que se pudiese deducir de su artículo 5, bastaba que se diera la situación que describía el artículo 396 del Código Civil, esto es, la existencia de “diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública”, susceptibles de propiedad separada.

Bastaba la concurrencia de esta realidad para que se entendiese el sometimiento a las prescripciones de la Ley (artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal).

En este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Julio de 1995 sentaba que: “a) (...) conforme a la Ley de 21 de julio de 1960, la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal presupone la existencia de un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los diferentes pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública, derecho que lleva como anejo inseparable un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes; b) que dicho régimen queda constituido, entre otros supuestos, desde el momento mismo en que los pisos o locales de un edificio, susceptible de aprovechamiento independiente, pasan a pertenecer por cualquier título a distintas personas (Véase Sentencias de 19 febrero 1971, 25 de mayo de 1984) y Resolución de este centro de 18 de Junio de 1991)”. En supuestos en los que no hay título constitutivo la propia doctrina del Tribunal Supremo parece inclinarse por la existencia de propiedad horizontal, a la que se calificará “de hecho” (Sentencia de 1 de Febrero de 1995).

La Ley 8/1999, que modificó la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 supuso una clarificación de esta problemática, pues si bien el artículo 2 A) exige título constitutivo, el apartado b) impondrá la aplicación de la Ley, aun sin la constitución conforme al artículo 5 de la misma Ley a “las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiese otorgado el título constitutivo de propiedad horizontal”.

Y en el apartado c) del mismo precepto, relativo a los complejos inmobiliarios privados la aplicación de la Ley será “en los términos establecidos en esta Ley”. Y en el Artículo 24.2 de la misma Ley se proclama la aplicación **íntegra** de la Ley, cuando se constituyan “en una sola comunidad de propietarios a través de cualesquiera de los procedimientos establecidos en el párrafo segundo del artículo 5º. Es decir se exige título constitutivo, si bien el número cuatro del mismo precepto proclama la aplicación supletoria de la Ley para los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas del mencionado artículo 24.2.

La jurisprudencia vino entendiendo, en relación a la situación anterior a esa reforma, que a las urbanizaciones privadas, en las que no se había producido una cesión de los elementos comunes al Ayuntamiento era aplicable la normativa establecida en la ley de Propiedad Horizontal, dada la enorme similitud entre el supuesto que constituían y el definitivo en el artículo 396 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Así se afirmaba en la STS de 5 de julio de 1996, con referencia a estas comunidades planas, que se regirán “primero por sus estatutos” y si “no existen o para completarlos por la Ley de Propiedad Horizontal, aplicada de modo analógico”. Y en esta línea la sentencia de 6 de julio de 1999 razonará que: “lo único que consta claro es que la sentencia de instancia establece que “nos encontramos claramente ante una urbanización privada, no habiéndose aportado ni el plan parcial de ordenación urbana ni los estatutos de la Junta de Compensación ni el proyecto de compensación, por lo que ignoramos si en tales documentos existen previsiones sobre configuración de la urbanización y régimen jurídico que fueran de interés para resolver la controversia litigiosa. Tampoco aparece constituida una entidad urbanística colaboradora de conservación, por lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada en el fundamento anterior parece lo más procedente aplicar analógicamente el régimen de propiedad horizontal”. Esta tendencia interpretativa resulta tanto más coherente cuanto, en línea, con la previamente establecida doctrina jurisprudencial, Ley de Propiedad Horizontal (Ley de Reforma 8/1999) acoge la regulación de los “complejos inmobiliarios privados” incluso, con carácter supletorio, cuando no adopten “las formas jurídicas” de constitución de comunidades que las normas previenen (artículo 24 LPH).

III.- PRINCIPIOS RECTORES DE LAS RELACIONES DE VECINDAD CON RELACION A LAS LUCES Y VISTAS. LAS DISPOSICIONES GENERALES.

1. Los intereses en juego en esta institución.

A la hora de solventar los conflictos que pueden surgir en esta relación de vecindad hay que tener muy presente qué intereses entran en juego y cómo son objeto de tutela y de delimitación legal.

Porque en las relaciones de vecindad inexorablemente se entremezclarán aspectos subjetivos o personales con aspectos prediales o dominicales.

Desde la perspectiva del que soporta las luces y vistas se ha de cuidar que su privacidad quede indemne, que no se asuman riesgos en la integridad de personas, idea de seguridad a la que cabe sumar, más históricamente, razones de salubridad. Y desde la perspectiva dominical o predial a quien soporta esa inmisión le interesa que la misma no traspase el límite de la tolerancia que conceptual y legalmente las define, soportando potenciales ocupaciones de su vuelo, aunque sean transitorias, con el peligro de convertirse, para él, en algo más gravoso y trascendente, a saber la generación, por la forma que sea, de alguna servidumbre, bien de luces, de desagües, de paso, etc.

Aparentemente va a ser el aspecto personal el más relevante, pues la norma, el art. 537.1 CDFA, hace tributario de la facultad de autorregulación de las relaciones de vecindad a “los vecinos”: la identificación legal del vecino como referente legitimado para alcanzar estos pactos, que solo a ellos obligarán al margen de su vínculo jurídico-real con la finca, impone, primero, la necesidad de que ese vecino tenga un título del que resulte una posesión estable y, segundo, que tal legitimación no debe enturbiar la idea de que la institución de luces, aun en su faceta de vecindad, destila esencialmente predialidad. Pues lo predial es lo que puede terminar por consolidarse y resultar definitivo. A diferencia de lo personal que es esencialmente transitorio. Y aunque pueda parecer paradójico la intensificación en la nueva regulación de la protección de la intimidad hará más destacable la importancia del aspecto predial. Consideraciones que hay que tener presentes para la solución de las situaciones límites o fronterizas.

2. La facultad de autorregulación de los vecinos.

El art. 537 CDFA contiene los principios institucionales que rigen las relaciones de vecindad. También los relativos a las luces y vistas.

La primera de las reglas recoge la facultad de autorregulación de los particulares, siquiera sienta el alcance que han de tener tales pactos, que lo ha de ser exclusivamente obligacional: “obligarán únicamente a quienes las acordaron”. Esos pactos no pueden tener naturaleza real, no pueden surtir efectos erga omnes. El problema se producirá porque, por pacto, es posible crear una servidumbre de luces y vistas (art. 561 apdo a CDFA). Cuándo los colindantes o vecinos han querido crear un vínculo meramente obligacional y cuándo una verdadera servidumbre es cuestión que deberá esclarecerse interpretando ese pacto; pero

presumiéndose libre la propiedad, y en Aragón además la tolerancia, la interpretación de tales pactos nos debe llevar a una interpretación favorable a esa libertad y entender que lo que las partes han querido es simplemente regular su relación vecinal. Al margen de los requisitos que deba reunir tal acuerdo. Que para el de vecindad no se exige ninguno. En realidad considerándose normalmente las relaciones de vecindad como modalizaciones del derecho de dominio, los pactos que la regulen se han de entender centrados en su mero ejercicio.

De ésta facultad de autorregulación debe extraerse la idea esencial de que las relaciones de vecindad no son un *numerus clausus*, y que la voluntad, expresa o tácita, de los vecinos puede generar situaciones de vecindad distintas a las tipificadas por el legislador.

3. La mera tolerancia. Su presunción. Su verdadero alcance: la presunción de vecindad.

El legislador nos dice en el art. 537.2 CDFA que “los actos realizados y soportados en el ámbito de las relaciones de vecindad se presumen de mera tolerancia”. El precepto mueve a algunas reflexiones.

La primera es que la tolerancia se presume tanto con relación al acto realizado como al soportado. Si esa relación se mueve en la órbita de la tolerancia debe predicarse de ambos sujetos, pues la bilateralidad es nota que debe caracterizar la tolerancia.

La segunda reflexión a la que mueve el art. 537.2 CDFA es más compleja. Bajo la anunciada presunción se esconden incógnitas más profundas, que nos pueden llevar a de negar *la misma presunción de tolerancia* afirmada por el legislador. Porque para aceptar que exista aquí una presunción es necesario realizar la afirmación de principio de que “en el ámbito de las relaciones de vecindad”, supuesto de la presunción, es factible otro régimen diferente al de la tolerancia. Y no lo hay. Si no hay tolerancia no hay relación de vecindad. La tolerancia pues, pese a lo que afirme el legislador, ni se presume ni se podría presumir. La tolerancia es, en realidad, un principio que preside e impregna todas las relaciones de vecindad. Y que, en el régimen jurídico aragonés de la propiedad va a trascender la mera relación de vecindad. Si no hay tolerancia sino vínculo jurídico o relación jerarquizada, no hay vecindad sino otra cosa. Por tanto no hay nada que presumir. Estas consideraciones no deben ensombrecer, no obstante, una idea evidente, y es que el legislador ha querido aportar un criterio relevante. Una presunción legal, aunque sea *iuris tantum*, no puede entenderse nunca como un posicionamiento baldío del legislador.

La tercera reflexión deriva del escenario en el que el legislador sitúa la tolerancia. Este es el de una situación patológica, de conflicto, pues afirma, y es lo primero que dice, que la tolerancia se presume. Las presunciones son operativas, esencialmente, en el proceso, y con ellas el legislador se sitúa en el ámbito procesal, aunque sea con una aparente presunción *iuris tantum*. En el estricto ámbito de las relaciones de vecindad, como hemos dicho, la relación no puede ser sino

de tolerancia: vecindad y tolerancia se presentan así como conceptos intercambiables, fungibles.

Podríamos interrogarnos el porqué en lugar de sentar la tolerancia como un principio institucional que preside las relaciones de vecindad, que lo es, el legislador se previene frente una situación de conflicto y afirma que lo que es consustancial a la institución solo se presume. Si esa prevención puede derivarse solo de la potencial existencia de un título obligacional, tal y como previene el art. 537.1 CFA, en cuyo caso la situación ya no responde a la mera condescendencia del que soporta las consecuencias de la relación de vecindad o, por el contrario, el legislador está previniéndose de un enemigo de esa relación de vecindad, de la servidumbre, de la carga real, es cuestión que, creo, se debe resolver a favor de esta última lectura.

Entiendo que la preocupación del legislador estaba más dirigida a prevenir la servidumbre, siquiera, como he dicho, hace supuesto de la cuestión pues sitúa la presunción en la relación de vecindad y obliga a entender que guardando alguna similitud la caracterización fáctica en la relación de vecindad con la servidumbre, la falta de prueba debe llevar a negar la carga real y a hacer prevalecer la mera relación vecinal.

Pese a la crítica que pueda parecer que se contiene en estas reflexiones tal presunción, aclarado su alcance, debe entenderse extraordinariamente positiva al desvelar un posicionamiento del legislador favorable a la relación de vecindad y contraria a la carga real, a la servidumbre. Puede decirse así que *la mencionada presunción, más que de tolerancia, lo es de vecindad*. Pero para que la obviedad que resulta de ésta afirmación –que en las relaciones de vecindad se presume la vecindad- tenga algún sentido y alguna lógica es necesario colocar la vecindad, esto es la tolerancia, como un principio general que trascienda de las mismas relaciones de vecindad y se sitúe como un principio general de toda relación entre vecinos y entre predios, como un referente general de la propiedad y de nuestro Derecho Patrimonial en Aragón. Y en ese sentido puede tener una importante trascendencia práctica. Ciertamente que la presunción de libertad de la propiedad nos debería llevar a parecida conclusión. Pero en una materia en la que existe tanta proximidad entre lo meramente tolerado y la vinculación jurídico-real, con un perfil del concepto de tolerancia, dogmáticamente muy precisado pero de difícil concreción en la práctica, tal presunción no debe entenderse sólo como **una mera presunción de refuerzo**, sino como un referente de todo nuestro Derecho Patrimonial, caracterizando así, sobre todo, al derecho de propiedad en Aragón.

Así entendida la presunción pasa a tener notable importancia práctica, reposicionando las situaciones que se generan en el ámbito de las relaciones entre predios y entre vecinos, colocándolas, en principio, en el ámbito de las relaciones de vecindad y fuera de la servidumbre: la prueba de que medió un acuerdo entre colindantes no bastará para tener por acreditada la constitución de esa servidumbre, dado que, bajo esa regla presuntiva, será exigible con particular intensidad acreditar que hubo acuerdo y que el mismo estaba específicamente encaminado a la constitución de una servidumbre. No a la simple regulación de sus relaciones

de vecindad. Muchas situaciones que antes se solventaban en el ámbito de la relación predial jerarquizada ahora podrán reconducirse a la vecindad. El mero paso del tiempo no debe pesar decisivamente a favor de la servidumbre.

La vecindad, la tolerancia, debe recuperar así su verdadero protagonismo, el que entiendo el legislador le ha querido asignar. Muchas situaciones de ocupaciones parciales del fundo o vuelo ajeno (tendederos, contraventanas, aleros, etc), van a encontrar justificación en la tolerancia, de modo que presumiéndose así la vecindad puede iniciarse una línea interpretativa contraria a una práctica jurisprudencial en la que el mero transcurso del tiempo pesaba en exceso a favor de la servidumbre. Puede defenderse ahora que esas situaciones encuentran mejor sentido en la relación de vecindad y, por tanto, sin que generen derecho subjetivo alguno.

4. Breve referencia al concepto de tolerancia y su paradójica situación en la relación de luces y vistas como tolerancia reglada.

Parece oportuno hacer una breve referencia al concepto de tolerancia. Es, entendida en un sentido amplio, una forma de posesión. Precepto clave es el art. 444 C. Civil, a cuyo tenor “los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia no afectan a la posesión”. Y el art. 1942 del mismo cuerpo legal sienta “que no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño”. La mejor explicación de la tolerancia hay que encontrarla desde la voluntad posesoria de las partes: “la sustancia económica de carácter posesorio; su realización conocida y consentida por el dueño; la voluntad de ambas partes de no crear una relación jurídica vinculante y de no atribuir derecho subjetivo alguno; el que engendran situaciones de precariedad basadas en la buena vecindad, familiaridad, ánimo de favorecer”⁶. En definitiva la mera tolerancia responde a la pura condescendencia del concedente.

En la medida en que el acto tolerado no afecta a la posesión (sigue siendo poseedor el que tolera) la posesión tolerada no funda la protección sumaria de la posesión (interdictos) ni es apta para la usucapión. La tolerancia no genera derechos subjetivos.

5. La tolerancia en el Código Foral Aragonés. Su equívoco carácter en el régimen de luces y vistas.

Nota característica de la tolerancia, como antes se ha razonado, positivizada en la norma aragonesa para las relaciones de vecindad, es su bilateralidad, presumida en los términos antes aclarados. Pero en las relaciones de vecindad en Aragón se trata de una tolerancia de configuración legal: esa bilateralidad se genera y mantiene de un modo un tanto peculiar dado que, relativamente, va a estar alejada del animus de ambos vecinos, al resultar de su carácter reglado por la Ley. Fuera de este ámbito de las relaciones de vecindad tal bilateralidad se re-

6. Díez Picazo, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III, Madrid 1995, pp 580 y ss

ferencia al comienzo de la situación de tolerancia, en atención a que la revocación por el tolerante no cambia la posesión tolerada en posesión en nombre propio. Aquí, en las luces y vistas, esa revocación sólo puede hacerse en la forma reglada.

5.1. El carácter equívoco de la tolerancia en las luces y vistas.

La proclamada afirmación por parte del legislador de que las relaciones de vecindad, también las luces y vistas, se fundan en la tolerancia termina llevando a una situación equívoca que hay que saber precisar.

Esa paradoja se sintetizará muy gráficamente por Fernández Urzainqui, quien tras destacar que las facultades de apertura de huecos para luces y vistas, con las protecciones pertinentes para las no distanciados, forman parte del “estatuto normal de la propiedad inmobiliaria, como un modo de ser la propiedad en Aragón”, resaltará que “la tolerancia a que tan reiteradamente se hace mención no es enteramente pues (...) el goce de los huecos no depende de la mera condescendencia del vecino quien, aunque no se vea impedido por ellos para edificar o construir en su predio cuando le conviniera, sin sujeción a distancias, no puede de otro modo, por otro medio, oponerse a su apertura y mantenimiento”. Lo que le llevará a concluir que “de ahí que la **tolerancia** en cuestión, más que potestativa, es legalmente **debida**”⁷ (la negrita es mía).

El autor está aquí manejando dos cosas que resultarán, en sí, incompatibles, una que se trata de una tolerancia lo que, como hemos dicho, responde a la mera condescendencia de quien la soporta, y otra, que se está obligado a soportarla⁸.

Lo singular es que, salvo la precisión que luego realizaré, lo que afirma el comentarista es correcto, teniendo además la virtud de sintetizar de una manera particularmente gráfica la tensión que se produce entre los intereses que hay en juego en esta institución. Por tanto una gran paradoja. Pero para que conceptualmente eso sea posible es necesario situar “tolerancia” y “deber” en planos diferentes que no terminen de colisionar, pues en tal caso estaríamos ante una contradicción in terminis y una u otra idea deberían ceder⁹.

El **deber** de soportar la apertura de huecos, distanciados, o no distanciados con protecciones, opera desde la óptica del derecho de dominio del que abre huecos y se aprovecha (de las luces) de la finca del colindante, generando una inmisión (vistas) en el mismo. En la medida en la que quien opera ex iure domini es quien abre los huecos hay un **deber** vecinal de soportar ese aprovechamiento e inmisión y no opera en este ámbito tolerancia ninguna: quien soporta esas afectaciones está en el deber jurídico de asumirlas. Puede poner fin a las mismas, pero no con exigencia alguna de que quien las aprovecha obre sobre su propio edificio o

7. Fernández Urzainqui, F.J., “Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho Civil Español”, Cuadernos de Derecho Judicial, edit. Consejo General del Poder Judicial, 1992.

8. La reflexión de Fernández Urzainqui sería asumida por la Sala Civil del TSJA, en su sentencia de 30 de noviembre de 2009.: “...esa tolerancia no es tal, en cuanto en realidad es legalmente debida...”

9. El mencionado comentarista y la sentencia TSJA antes citada de 30 de noviembre de 2009 resuelven la contradicción negando en el fondo la existencia de una verdadera tolerancia. Lo que ni era ni es así, quedando claro en el CDEFA que la tolerancia, aun la mera tolerancia, se representa como un principio institucional, estructural, que preside toda la institución.

pared cerrándolos, de tal manera que el hueco desaparezca convirtiéndose en paramento. El carácter imperativo o reglado diferencia a esta tolerancia de la que resultaría del art. 444 C.Civil, en cuanto en esta última la mera revocación del concedente convierte en ilícito el comportamiento del poseedor; en la tolerancia que resulta de las relaciones de vecindad el que las soporta no puede hacer otra revocación que la que está reglada; por mucho que exteriorizara una mera voluntad contraria a esa tolerancia la misma resultaría ineficaz.

La **tolerancia** renace o reaparece desde el ámbito o plano del propio derecho de dominio de quien soporta esas luces y vistas, pues tal apertura de huecos, distanciados o no, no cercena para nada (ya se verá en qué medida esto es así) los posibles usos, utilidades o aprovechamientos secuentes al derecho de dominio. Por tanto el propietario de tal fondo o parcela, podrá, *ex iuri domini*, sin necesidad de recabar ningún tipo de tutela judicial, por sí mismo y sin que ello suponga ningún tipo de ejercicio de autotutela, obstruir tales luces y vistas operando sobre su propio espacio perimetral. Ya veremos si con cualquier actuación o no. Dicho de otra manera, la tolerancia se solidariza al ejercicio de las facultades dominicales y sólo sobre su propio espacio perimetral. La revocación de esa tolerancia solo se puede lograr, ya veremos con qué alcance, con los aprovechamientos y con las finalidades que resultan del art. 550 C.DFA. Es pues **una tolerancia reglada**.

5.2. El debate sobre la naturaleza jurídica de la apertura de huecos y luces.

El Tribunal Supremo dijo que esa potencialidad de apertura de huecos para luces y vistas no configuraba un derecho subjetivo¹⁰. Pero la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón parece haber dicho que sí, afirmándolo, con invocación de su competencia casacional. Afirmación que ha generado un cierto debate doctrinal.

Se trata de las sentencias TSJA de 13 de noviembre de 2011, de 23 de febrero de 2005 y de 13 de noviembre de 2002: “La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al aplicar el precepto contenido en el artículo 144 de la Compilación aragonesa ha venido manteniendo reiteradamente que “la permisión de abrir huecos o ventanas contenidas en los párrafos 1º y 2º de dicho precepto... no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta”. STS de 3 de febrero de 1989, con cita de las de 30 de octubre y 23 de noviembre de 1983 y 12 de diciembre de 1986, de la misma Sala Primera. Doctrina jurisprudencial que, hemos de matizar, desde la competencia casacional que a esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón confiere el artículo 73 LOPJ en sentido de que el precepto de constante referencia *atribuye al titular de la pared propia y medianera un auténtico derecho*, como facultad dimanante del dominio o de otro derecho real de goce, si bien dicha facultad jurídica no constituirá signo

10. La STS de 3 de febrero de 1989 razonaría en este sentido que “...la permisión de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1º y 2º de dicho precepto (el art. 144 de la Compilación), con acogimiento a los cuales fueron abiertas las nueve ventanas a que se refiere este proceso, **no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta...**”

aparente de servidumbre ni impedirá, por ende, el ejercicio de los derechos del propietario del fondo, vecino reconocido en el párrafo tercero del texto legal”.

Pero, por el contrario, el legislador dice en el Preámbulo, primero de la Ley de Derecho Civil Patrimonial y luego en el Código, que no es un derecho subjetivo. Y lo dice dos veces. Una a propósito de las reglas generales de las relaciones de vecindad y otra, específicamente, a propósito de las luces y vistas. “Las conductas permitidas y las situaciones toleradas de acuerdo con las reglas de vecindad no son expresión o consecuencia de un particular derecho subjetivo ni propician su adquisición”. Y en sede de luces y vistas, insistiendo en esta idea, añadirá: “estas luces y vistas **no son un derecho** de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina...”.

Pero hasta el mismo legislador parece haber dudado cuando nos dice que esas relaciones de vecindad no generan un “*particular*” derecho subjetivo.

Podríamos interrogarnos sobre el sentido que puede tener esta polémica, en realidad nueva expresión de ese conflicto entre “tolerancia” y “deber”. Su utilidad hay que encontrarla en la medida en la que puede ayudar a esclarecer la operatividad del régimen vecinal y ayudarnos así a resolver los conflictos concretos.

Pero la misma existencia de la polémica, si derecho subjetivo o no, ya resulta paradójica por cuanto las luces y vistas lo que suponen primariamente es una restricción o modalización del derecho de propiedad de quien abre los huecos, que de no existir podría abrirlos sin condicionante alguno.

El régimen de luces y vistas es el resultado de la interacción del derecho de dominio de quien abre huecos con relación a la afección que tales huecos generan en el colindante, pues este último verá como su vecino se aprovecha relativamente de él, al obtener luces (también ventilación) y genera una inmisión al poder tener vistas.

Pues bien, estas restricciones, que configuran expresamente el estatuto jurídico normal de la propiedad (rúbrica del art. 545 CDFR), si en algún caso ofrecen una entidad o alcance es en el Derecho Aragonés, pues el hueco distanciado no está sometido a restricción alguna; solo en cuanto a las protecciones el no distanciado, pero tampoco este último en dimensiones o altura.

Por tanto, podemos interrogarnos sino es paradójico entrar a debatir si esa apertura de huecos es o no un derecho subjetivo o una facultad, pues parece que a tal facultad, así, con ese debate, se le quiere dar una autonomía jurídica del mismo derecho de propiedad de la finca o heredad desde la que se abren los huecos: no es un derecho subjetivo autónomo sino el mismo derecho subjetivo de propiedad que en este aspecto de colindancia o de vecindad está sometido a reglas, convirtiéndose en el estatuto normal y ordinario de la propiedad en Aragón, en el modo de ejercicio del derecho de propiedad en cuanto a la toma de luces y vistas entre fundos contiguos.

La naturaleza jurídica de la institución adquiere relevancia cuando nos colocamos en la posición de quien soporta ese aprovechamiento (luces y ventilación) e inmisión (vistas), dado que si éste va a ver limitado el aprovechamiento de su

propio derecho de propiedad, en razón a tales luces y vistas, entonces sí que podría tener algún sentido el configurar esa apertura de huecos como un derecho subjetivo. El preámbulo ya nos advierte también que no es una limitación para el que soporta las luces y vistas: ni son un derecho para quien las disfruta “*ni una limitación para la propiedad vecina...*”.

6. Las facultades de aprovechamiento del fondo de quien soporta las luces y vistas. Los aprovechamientos constructivos y los no constructivos.

El sentido de la tolerancia que proclama la norma va a encontrar sentido desde la óptica del ejercicio de los derechos dominicales del que soporta las luces y vistas. Ya hemos visto que no puede obligar a su vecino a cerrar los huecos, pasando a ser la cuestión si el colindante puede limitar o anular esas luces con ocasión del uso o aprovechamiento de su propia finca y si es admisible cualquier tipo de uso o aprovechamiento para permitir esa obstaculización.

Es de advertir que en el CDFA se han querido potenciar o dejar más evidentes, para corregir una tendencia jurisprudencial restrictiva, las posibilidades de aprovechamiento constructivo o edificatorio del que soporta las luces, al afirmar que este último no ve limitado, alterado o modificado su derecho a construir sin sujeción a distancia alguna (art. 550 CDFA), añadiendo además, por si todavía no fuera suficientemente claro, que lo puede hacer “como estime conveniente”. Expresión que parece se va a convertir en la llave interpretativa del precepto. La obra obstructiva de las luces ya no tiene que ser o no tiene porqué insertarse necesariamente en una unidad constructiva y funcional. Cualquiera que sea la entidad de la construcción, de su alcance, de su finalidad, estará permitida, sin otro límite, como dice el Preámbulo, que el abuso del derecho¹¹.

El problema surge porque, en la regulación legal, la posición del que soporta las luces no tiene como contrapeso una norma equivalente y general como la que sí tiene a su favor el que abre huecos (art. 545.1 CDFA), limitándose a establecer el régimen de las facultades constructivas y de la tutela de la intimidad. Pero no se refiere para nada a la posición en la que queda el que soporta las luces cuando nos encontremos fuera del ámbito edificatorio o constructivo. Porque no hay en el Código Foral Aragonés norma alguna que modalice facultad dominical alguna. Pero sí que hay norma, el art. 550 CDFA, detallando lo que sí podemos hacer, con lo que la primera duda que nos asaltará, con relación al hueco y a su cierre, es si lo no específicamente permitido y regulado está prohibido. Hay razones en el texto legal para concluir que eso es así. Pero que se compadecen mal con la idea de tolerancia que preside las relaciones de vecindad¹².

El problema interpretativo trae causa de la forma en la que el legislador afronta la situación y en el estatus jurídico en el que queda la finca que soporta las lu-

11. Con todo si la institución hay que reposicionarla en el ámbito de la tolerancia, mera condescendencia del tolerante, queda poco juego para el abuso del derecho. Si la obstaculización se realiza conforme a la regla o a la norma, la revocación de la tolerancia hace difícilmente imaginable que sea operativo el abuso del derecho. Y si no se sujeta a norma se puede reprimir pero no por abusiva sino, precisamente, por no sujetarse a norma.

12. La cuestión fue tratada ya en la ponencia de los quintos encuentros de este Foro y en la misma Gutiérrez Celma planteaba tres posibilidades interpretativas:

ces y las vistas; la determinación de lo que puede hacer el vecino de esta última, de si tal apertura genera o no alguna afección de sus facultades dominicales es cuestión que no se afronta, como ya se ha dicho, en la norma positiva de forma genérica, con una afirmación de principio que, en cambio, sí se contiene en el Preámbulo.

La norma que delimita las facultades de aprovechamiento del que soporta las luces y vistas se contiene en el art. 550 CDFA intitulado del “Derecho a edificar o construir”, y en el que, en su primer apartado, se dispone:

“La facultad de abrir huecos para luces y vistas concedida en los artículos anteriores no limita, altera ni modifica el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna y como estime conveniente”.

Y en su segundo apartado se añadirá que “también podrá, sin necesidad de edificar o construir, obstaculizar o limitar las vistas a espacios utilizados para su vida familiar o personal”.

Sobre la base de usos o aprovechamientos que cumplan los parámetros del art. 538 CDFA, esto es usos razonables de la finca según su naturaleza y destino, y conforme a criterios de buena fe, cabrían dos interpretaciones de las facultades de aprovechamiento de quien soporta las luces y vistas.

La primera sería la de considerar que esta técnica del legislador de regular lo que se autoriza a quien soporta las luces y vistas lo que hace es sólo generar

Primera Opción

“La primera solución que pudiera darse al problema planteado es que, como el artículo 144 precisa que la facultad en él concedida para la apertura de huecos no limita el derecho a construir o edificar, con ello el Legislador lo que ha querido decir es que la repetida facultad de abrir los huecos, una vez es ejercida, limita, en el predio hacia el que se abrieron los huecos, todos los demás derechos derivados del dominio, salvo el de edificar o construir”.

Segunda opción:

“La segunda alternativa que podría buscarse para solucionar el problema planteado se trataría de una simple evolución de la opción anterior, matizándola para evitar que los efectos de la norma se produjeran sobre facultades ajenas al régimen de luces y vistas. Así, podríamos decir que, como el artículo 144.3 señala que la facultad concedida en su primer párrafo para la apertura de huecos no limita el derecho a construir o edificar, con ello el Legislador lo que ha querido decir es que la repetida facultad de abrir los huecos, una vez es ejercida, limita, en el predio hacia el que se abrieron los huecos, todos los demás derechos derivados del dominio cuyo ejercicio restrinja o limite la eficacia de los huecos, para proporcionar luces o permitir vistas, salvo los derechos o facultades de edificar y construir que los seguiría conservando el dueño de la finca vecina”.

La tercera opción:

La interpretación que a nuestro juicio, es más correcta consiste en considerar que el artículo 144.3, puesto en relación con los párrafos que le preceden, lo único que hace es aclarar que el dueño de la finca hacia la que se abren los huecos debe tolerarlos, lee guste o no, salvo que proceda a edificar o construir en ella, de manera que sólo al edificar o construir podrá “deshacer” los repetidos huecos, si estuvieran en pared medianera, pues si los huecos estaban en pared propia de quien los abrió, ni aun así podrá “deshacerlos”, pues nadie puede obrar en pared exclusivamente ajena.

Así, el 144.3, puesto en relación con el 144.1, quiere decir, simplemente que, salvo si construye o edifica, el dueño de la finca a la que se abren los huecos, debe tolerar la presencia física de los mismos, aunque estén abiertos en pared medianera, en su lado de pared, pero puede seguir usando y disfrutando de su finca normalmente, como mejor le convenga, sin ninguna otra limitación, haciendo un normal uso de su derecho y ejercitando cuantas facultades se derivan del dominio, como si los huecos no existieran, aunque al actuar así limite o reduzca, total o parcialmente, las luces y las vistas proporcionadas por los huecos, al vecino, siempre que actúe buscando su propio beneficio, explotando NORMALMENTE su propia finca”.

Gutierrez Celma, Gonzalo, “El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres”, Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, págs 74 y ss.

un efecto óptico de que lo no regulado está prohibido. Pero que en la realidad la apertura por el colindante de huecos no distanciados no supone la más mínima restricción en las facultades dominicales de quien las soporta. Que es lo que resulta del Preámbulo: “estas luces y vistas *no son (...) una limitación* para la propiedad vecina, cuyo titular podrá ejercitar *todas las facultades dominicales como estime conveniente*, con los límites genéricos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo”. Por tanto no se ve la razón por la que el que soporta las luces y vistas no pueda obstruirlas o impedir las con ocasión de cualquier uso o aprovechamiento, sea o no con ocasión de la construcción o edificación de cualquier tipo, ni que la tutela de su intimidad sea la única excepción a dicha regla¹³. Bien entendido que lo que aquí se quiere decir es que tal aprovechamiento no puede tener como única finalidad obstaculizar o cegar el hueco, pero sí que se alcance ese resultado con ocasión de un uso a aprovechamiento normal de la finca según su destino.

Ese mero efecto óptico se intensificaría ahora en la nueva regulación en la medida en la que, con el derecho a construir o a edificar se reconoce una específica tutela de un derecho fundamental, a saber el derecho a proteger su intimidad, pues esta protección se puede hacer, dice la norma, haciendo obra o no, construyendo o no, con lo que asalta la inmediata duda de si obstar la función de luces y vistas de los huecos sin obra está permitido sólo para la tutela de nuestro derecho a la intimidad y no para cualquier otro caso o para cualquier otro aprovechamiento. Pues si estuviera permitido parecería no tener sentido una específica regulación para el derecho de intimidad.

Desde la posición de ésta primera interpretación posible, que se regulen exclusivamente los derechos a edificar o construir y la tutela del derecho a la intimidad se justifican, para el primer caso, por su trascendencia económica, que debe quedar expresamente indemne por la mera apertura de huecos del colindantes y, para el segundo, por la importancia del derecho a la intimidad: no nos encontramos ante una utilidad propia que resulte del derecho de dominio; el derecho a la intimidad es un derecho constitucional que no resulta, al menos directamente, aunque pueda guardar relación, de las facultades dominicales, del derecho de propiedad. La intimidad del que soporta el aprovechamiento de los huecos es lo único que no es inocuo. Sí que lo son las luces y la ventilación, que, en sí mismas, en nada perjudican.

Una segunda interpretación lleva a concluir que sólo pueden taparse huecos con ocasión de la ejecución de una obra o para la protección de la intimidad. La construcción, la edificación, se convertirían así en unos estándares de aprovechamientos mínimos que ellos y sólo ellos justificarán el cerramiento de los huecos para luces y vistas. Lo que solo encontraría una excepción en el supuesto de pro-

13. Interpretación que, necesario es decirlo, dejaría sin sentido toda la regulación, pues hubiera bastado trasladar al texto lo que dice el Preámbulo.

tección de la intimidad. Esta es la respuesta que ha veces ha dado la jurisprudencia¹⁴ y la doctrina¹⁵.

Esta última interpretación encontraría ahora un claro apoyo en la específica tutela del derecho a la intimidad. Pues si el que soporta las vistas pudiera cerrar con ocasión de cualquier uso o aprovechamiento, constructivo o no, podríamos interrogarnos sobre el escaso sentido que tendría la específica regulación de la protección de la intimidad, para cuya tutela, dice la norma, se pueden obstaculizar las luces y vistas “sin necesidad de edificar o construir”. Para quien defiende este posicionamiento estas restricciones no configuran ninguna limitación del dominio y se seguirían enmarcando dentro de la tolerancia. Sencillamente eso sería así porque, en Aragón, ese sería el estatuto normal del derecho de propiedad, su forma de ser. El régimen jurídico parecería defender esta solución.

La posición que entiendo correcta, y es la que resulta del Preámbulo y más ajustada a lo que es la tolerancia, es que la apertura de huecos no debería engendrar restricción alguna al que soporta las luces: “estas luces y vistas no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina, cuyo titular podrá ejercitar todas las facultades como estime conveniente”, de modo que está por ver por qué razón si la apertura de huecos no supone restricción alguna para quien soporta las vistas, este último no va a poder realizar un aprovechamiento o uso normal de su fundo que no conlleve obra o construcción en su finca en tanto en cuanto ello suponga anular la funcionalidad de los huecos de quien las disfruta. La respuesta negativa a cualquier restricción se acomoda mejor a la naturaleza de la relación de vecindad, que se sustenta, ya lo hemos visto, en la tolerancia y, por ende, por cuando por sí misma no puede generar servidumbre alguna. Y si admitiéramos que las facultades del que soporta las luces y vistas quedan reducidas a su facultad de construir o la tutela de su derecho a la intimidad, la afirmación de que ello es el resultado de la forma y naturaleza de la propiedad en Aragón no dejaría de ser una afirmación retórica que no podría ocultar que en la realidad de las cosas estaríamos ante la presencia de una relación predial jerarquizada, esto es ante una verdadera servidumbre, aunque fuera de “baja intensidad”, en la medida en la que cercenaría, aunque fuese sólo muy limitadamente, las facultades “ex iuri domini” del que soporta los huecos.

Se puede ver la intensidad del conflicto que expongo en tres ejemplos.

14. La sentencia de la AP de Teruel de 16 de junio de 2010 sentará que “así pues, las relaciones entre los contendientes se encuadran dentro de las relaciones de vecindad. Según autorizada doctrina jurisprudencial territorial aragonesa (S. AP de Zaragoza, Sección 2.ª de 11 julio 1992 y S. Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 junio 1979, citada por la anterior) los huecos a los que se refiere la Compilación y todo el Derecho histórico aragonés tienen por objeto recibir luces y permitir vistas a las piezas o habitaciones de un edificio, sean ventanas o miradores; se trata de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello según dispone el artículo 144.3.º de la Compilación Foral (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 1964. Sobre la base de estas relaciones de vecindad, **para que sea factible el cerramiento de estas ventanas, no habiendo servidumbre de luces y vistas, es necesario que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas que se abran....**”

15. Hubo comentaristas de la Compilación que mantuvieron o parecieron mantener ese criterio restrictivo del que resultaría que “sólo autoriza el cierre cuando es consecuencia de alguna construcción o edificación, esto es, de una obra útil al vecino más allá del eventual beneficio derivado de la sola clausura de los huecos en cuestión...” (Fernández Urzainqui, FJ, ob. cit. pág 115).

1) Uno la plantación de un seto. El mismo puede cumplir una pluralidad de funciones: desde la puramente ornamental a la de delimitación de la finca y de tutela de la intimidad de sus usuarios. El seto dificulta la entrada de personas o animales en finca y ofrece un razonable interés para el vecino que lo planta. Su crecimiento terminará dificultando, por no decir que suprimiendo, las luces y vistas del colindante que ha abierto huecos. Aun referido a la construcción la jurisprudencia de las Audiencias había manteniendo la admisibilidad de las que tuvieran un alcance meramente ornamental¹⁶.

2) El segundo ejemplo que se propone sería la oferta que recibiera quien soporta las luces y vistas para colocar un cartel publicitario a ubicar en la colindancia con quien tiene los huecos, en términos que tal cartel les cegaría las luces y vistas. Cartel que, potencialmente y por las características del lugar, pudiera sujetarse sin obra alguna, mediante mera tornillería o sirgas de sujeción, o aun meramente pegado si se tratara de una pared medianera, sin que puedan considerarse tales sujeciones “construcción” por mucho que este concepto se entienda en el sentido más amplio posible. Estos aprovechamientos están, en el tráfico jurídico, muy bien recompensados.

3) El tercer supuesto que se propone se refiere a la obstaculización de las luces y vistas mediante la colocación de un armario de PVC o de resina en el que guardar los aparejos o utensilios de jardinería de quien soporta las luces y que cegaría también el aprovechamiento de los huecos.

El interrogante que se plantea es si conllevando tales supuestos una utilización o aprovechamiento de las utilidades de la finca por quien soporta las luces y vistas, tales intervenciones son admisibles aunque no conlleven construcción de ningún tipo. El más claro y que desde luego debe tener una respuesta positiva, es el segundo de los ejemplos. Nadie que puede tener un relevante aprovechamiento económico puede ser privado del mismo por la circunstancia de que el colindante haya abierto huecos para luces. Sea o no un aprovechamiento a través de una construcción. Un aprovechamiento patrimonializable entra dentro del uso normal y razonable de la finca según su destino, del que no puede entenderse quede privado por la circunstancia de que el colindante haya abierto huecos no distanciados.

Más dudosos son los otros dos supuestos. El régimen jurídico de las posibilidades de aprovechamiento del que soporta las luces entendiendo que solo la construcción habilitaría para la anulación de las mismas choca con un principio jurídico conforme al cual el que puede hacer lo más, aquí construir, puede hacer lo menos. Tal principio quebraría, según una de las interpretaciones que antes hemos citado, en atención a la eficacia de las relaciones de vecindad pues, por

16. La SAP Zaragoza, S. 5ª 208/2010, de 6 de abril, razona en este sentido que “esa pared ha de tener una finalidad útil o beneficiosa para el que la construye y no meramente de perjuicio para quien ve cercenadas las luces y vistas que antes poseía como consecuencia de esa específica relación de vecindad que regula el Derecho Aragonés y que arraiga en la tolerancia mutua hacia los derechos del vecino.

Por ello, no se aprecia abuso de Derecho cuando el muro que tapa los huecos del vecino tiene una clara función ornamental, una sintonía estética que no representa un artificio extraño y exorbitante de su función de armonía visual respecto al conjunto de la casa o propiedad del que lo construye (S.A.P. de Zaragoza, Sección 5ª, de 19 de noviembre de 2004)”.

mor de las mismas, siguiendo lo que puede ser la norma positiva, ese aprovechamiento de escasa entidad quedaría cercenado para poder mantener las luces y vistas del que las disfruta. No por ello habría servidumbre al ser consecuencia del estatuto normal del derecho de propiedad en Aragón.

Es verdad que la regulación positiva, el tenor literal de la norma, parece conducir a esta solución. Pero aparte de que creo que del Preámbulo resulta otra cosa, la limitación del que soporta las luces a obtener, fuera de la tutela de su intimidad, un aprovechamiento siempre y en todo caso constructivo perdería su sentido en la medida en la que sería fácilmente eludible por el vecino de esa suerte de, en la realidad de las cosas, “predio sirviente” de baja intensidad, sin que ello supusiera ningún fraude legal, mediante la conversión del acto obstaculizador en acto edificatorio o constructivo: si no se puede colocar un armario de PVC o de resina para guardar los útiles de jardinería, armario con el que se tapan los huecos del vecino, se hace de obra, lo que permite la norma que autoriza a construir “como estime conveniente”. Y en el caso del seto si se concluye que no, por no ser construcción, y el que soporta no lo puede poner o debe recortarlo cuando alcance los huecos del que disfruta las luces, tal conclusión pierde su sentido si, por el contrario, al primero de ellos se le otorga la posibilidad de hacer un cerramiento de obra, de ladrillo con sus pilares de sujeción y zapata de anclaje. Al margen de la posibilidad de colocar un seto artificial.

Y lo mismo para el supuesto de que se niegue la posibilidad de colocar un cartel publicitario sin obra que limite o aun anule completamente las luces del colindante: se convierte tal cartel en construcción, enmarcándolo en una estructura edificatoria con una perfilera metálica anclada en el suelo con zapatas de hormigón armado. Pues puede construir, se repite, “como estime conveniente”.

La cuestión queda abierta al debate. Pero me parece que ahora se amplían sobremanera las facultades de anular la funcionalidad de los huecos por quien soporta las luces, de manera que lo podrá hacer con prácticamente cualquier uso o aprovechamiento normal del predio de su fondo, sin que tenga que necesariamente conllevar una edificación o construcción. Desde luego cuando ese aprovechamiento sea patrimonializable, conlleve una ventaja patrimonial o reporte beneficio económico o de cualquier tipo.

7. La libertad de apertura de los huecos y las protecciones legales de las no distanciadas.

Así como las facultades del que soporta los huecos no tienen una norma general, sí que se contendrá en sede de apertura para quien disfruta de los huecos, el art. 545 CDFR. Conviene tener presente que el Derecho Aragonés es permisivo como ningún otro ordenamiento en sede de la apertura de huecos. No hay límites ni de altura, ni de dimensiones del hueco, ni de las características constructivas del mismo. La libertad es casi absoluta.

Esa libertad se limita cuando existe una cierta proximidad al colindante. La intensificación del aprovechamiento (luces y ventilación) y de la inmisión (vistas) que genera la proximidad, así como la potencial ocupación del vuelo del fondo

vecino, aunque sea transitoriamente, lleva al legislador a, literalmente, trazar una raya, a 2 metros en línea recta y 60 cm en línea oblicua (art. 545.2 CDFA), sentando a partir de la misma una distinción clave en su regulación, la de huecos distanciados y los que no lo son.

En el Código Aragonés las relaciones de vecindad ignoran cualquier otra limitación al ius edificandi por parte del propietario del suelo que la referenciada a la distancia.

La distancia legal actúa como un instrumento de protección de los derechos del colindante, al de privacidad del vecino y al de evitar una potencial ocupación de su vuelo.

El ejercicio de facultades del derecho de propiedad, normalmente construyendo, no requiere acción judicial alguna, ni su realización se configura como un supuesto de ejercicio de facultad de autotutela alguna.

8. Toma de medidas.

Las distancias que marca el art. 545.2 CDFA se miden, según el art. 546, desde la línea exterior de la pared en los huecos en los que no haya voladizos y desde la línea de estos donde los haya.

El art. 546 CDFA refiere también la forma de medir las oblicuas. El art. 545.2 CDFA distingue las vistas oblicuas de las de costado, siquiera estas últimas no representan un especial problema dado que el muro donde está el hueco y la línea de la finca vecina constituyen un ángulo plano: no habría por tanto problemas de que la línea de la finca vecina represente nunca, además, una vista frontal.

Porque la vista oblicua, cuando se trate de un ángulo agudo, potencialmente, según el grado de dicho ángulo, puede generar vistas rectas, de modo que además debería respetar las medidas de estas últimas. Para el TS, en su sentencia de 11 de noviembre de 1968, vistas oblicuas, son “aquéllas en que el muro en que están practicadas los huecos forman ángulo recto o casi recto con la línea divisoria de las paredes”.

Singular es el caso resuelto en la sentencia AP Zaragoza, S. 5ª 16/2008, de 18 de marzo en la que se contempla un supuesto en el que, en vistas rectas, mediaba una vía pública pero entiendo que dándose también vistas oblicuas se deben poner protecciones: “aquí las discrepancias son notorias. La S.A.T. de la Coruña de 13-marzo-1964, considera que si la trayectoria visual ha de atravesar inmediatamente un espacio público, no resulta de aplicación el Art. 582 C.c., por más que posteriormente la vista alcance al predio vecino. No opina así la S.A.P. de Asturias, sección 4, de 3-diciembre-2003. Cuando el art. 584 habla de edificios separados por una vía pública, debe entenderse referida a aquéllos edificios entre los que discorra una vía pública, encontrándose las fincas enfrentadas, a uno y otro lado de la vía. Pero no a los edificios contiguos o colindantes; pues la finalidad es evitar intromisiones en el fundo ajeno”, añadiendo que “en el caso enjuiciado la solución habrá de venir dada por la finalidad del precepto.

La vista recta de la ventana no perjudica la intimidad de la vecina, pues recae sobre suelo público. Sí la vista oblicua, pues entre el citado hueco y la finca de la demandante no hay interpuesta vía pública alguna que rompa esa conexión física que impone la protección de “vistas”. Así se deduce de la documentación fotográfica unida a los autos. En consecuencia, sí procederá dotar a la mencionada ventana de la protección que recoge la C.D.C.A.”

Debe advertirse la rectificación del criterio que supone el art. 545.3 del CDFA sobre la situación anterior pues ahora no se exige que las fincas estén separadas por vía pública sino que basta que estén los “huecos abiertos *sobre* una vía de uso público”. Con lo que el supuesto contemplado en la anterior sentencia podría tener hoy una solución diferente. Repárese además que no es necesaria una titularidad pública de la vía para que se eximan de las protecciones, bastando a estos efectos que su uso sea público aunque la titularidad privada. Entrarán dentro de este supuesto las calles privadas.

9. El concepto de hueco.

La idea de hueco se representa como equivalente a una apertura en un paramento. En su condición normal el hueco se entiende enmarcado en un muro, paramento o tabiquería. Al muro se refería expresamente el art. 14 del Apéndice de 1925, y la Compilación referenciaba el hueco a la “pared” propia o medianera (art. 144.1 Compilación). La idea de que el hueco se enmarca en una pared se reitera en el art. 545.1 CDFA. Pese a ello se puede entender que no necesariamente será así dado que siendo esa situación la habitual no resulta inviable el que pueda producirse una prevalencia de luces y vistas con formas constructivas o edificatorias que no terminen cerrando con pared la construcción, pero que con tales situaciones edificatorias se permita un aprovechamiento de luces y, sobre todo, vistas que excedería de las que se posibilitan desde el predio sin construcción alguna. Pues desde la cota cero, en el estado natural de los fundos y no mediando edificación o construcción equivalente, entre los predios no se exige protección alguna. Aunque desde la base del fundo se alcancen vistas sobre el ajeno. Hay por lo tanto implícita en la institución la idea de que los huecos y paredes representan construcción y que con la misma se mejoran las perspectivas de obtener vistas. Con todo debe recordarse, como ya se ha anticipado, que en la institución pesa más su carácter predial y que lo determinante para la calificación como hueco es la potencial ocupación que el mismo propicie del vuelo ajeno, aunque no se prescinda completamente de la incidencia de la vistas; pues para la tutela de la intimidad se establece una facultad omnímoda de autoprotección.

9.1. Las características del fondo sobre el que se proyectan las vistas.

El Apéndice de 1925 configuraba las condiciones que debía tener el fundo que soportaba las vistas, al prevenir esa posibilidad en su art. 15, con relación a las medianeras solo con los colindantes que “no tienen en su lado edificaciones, o bien por encima de la común elevación cuando las tienen”.

La Compilación en su art. 144 nada precisaba, con carácter general, sobre este particular, lo que llevó a la doctrina, señaladamente a Gutiérrez Celma¹⁷ a realizar una diferenciación de supuestos según el fondo colindante estuviera o no construido y, dentro de este tipo, una tipología de posibles situaciones constructivas o edificatorias.

A mi parecer la primera distinción que hay que realizar es atendiendo a la ubicación de la pared en la que se abre el hueco con relación al agotamiento o no del aprovechamiento de la propia superficie del fondo en el que se abren, esto es si la pared se ubica en su límite perimetral o no. Pues para este último supuesto, si la pared en la que se ubican los huecos está retranqueada con relación a su límite, cierto que aun cuando los mismos no estén distanciados deberán estar dotados de protecciones por cuanto se parte por el legislador de la idea de que se está aprovechando de las luces del colindante y que las vistas, por su intensificación, deben estar tamizadas, pero, se repite, existiendo ese retranqueo, se toman luces y vistas también del propio fondo. Y en esta medida tienen que entenderse siempre permitidas. Se traslada aquí al que soporta las vistas la carga de protegerse.

En cuando al supuesto de paredes que se encuentran en el límite perimetral de la finca de quien abre los huecos, hay que partir de la diferenciación según la finca del colindante esté o no construida, pues para este último supuesto, lo mismo da pared propia que medianera, nunca se puede acceder al “interior” de lo construido. A esta conclusión creo que hay que llegar aunque el colindante no tenga cierre con pared propia (menos con pared medianera) dado que resultaría un uso desproporcionado no tolerado por el art. 538 CDFa.

El art. 545 CDFa parifica el derecho de apertura de huecos para luces y vistas en la pared medianera y en la común, en ambos casos “sin sujeción a distancias determinadas”. Una confusa redacción de los arts 14 y 15 del Apéndice de 1925 explica que ahora el Código, como antes la Compilación, se cuidaran de realizar esta equiparación.

Pero la deficiente redacción de los mencionados preceptos del Apéndice y su peor interpretación jurisprudencial no dejarán todavía de tener una proyección en la regulación actual, dado que así como con relación a la pared medianera se cuida la norma de regular qué aprovechamiento en la finca ajena le impide esa apertura, esto es edificaciones o construcciones “adosadas” y, de haberlas, sólo “por encima del punto común de elevación”, para la pared exclusivamente propia nada dice.

El criterio que se sienta para las paredes medianeras es extrapolable a las propias, que tampoco podrán abrir a edificación a construcción adosada a la pared en la que se abren huecos. Que se regule hoy sólo en la pared medianera se explica, razones históricas aparte, por lo que conlleva de aprovechamiento de algo, la pared, en la que hay un régimen de comunidad. Pero si bien se piensa lo que en realidad se termina de regular también es la afección que el hueco provoca, no en

17. Gutiérrez Celma, G., ob. Cit. pág 48 y ss.

la misma pared o no sólo en la misma, sino en la intimidad del colindante, en sus espacios de uso interno.

Y esta finalidad regulatoria vale lo mismo para la pared propia que para la pared medianera. Y que esa es la finalidad de la norma, proteger el “interior” de una construcción, se desvela porque, aunque exista edificación o construcción, sí que se permite abrir “por encima común de elevación”. Lo que implícita y normalmente ha de presuponer el que esa edificación o construcción que impide la apertura de huecos esté cubierta.

En definitiva la cuestión pasa por la delimitación de cuando estamos en un “interior” que genere la interdicción de apertura de huecos.

Haciendo un planteamiento muy general¹⁸, a reserva de la infinidad de supuestos constructivos que la realidad puede mostrar, el “interior” prohibido es el que resulta de un cerramiento integral, de modo que el hueco obtenga luces sólo del espacio constructivo al que accede. Esto es nunca ad intra de construcción o edificación cubierta. Puede plantearse el caso extremo de que el que soporta haya cerrado su construcción por todos los laterales y su vuelo, pero no en la colindancia con el que quiere obtener luces y vistas. Si se repara que éste puede, por su sola voluntad, hacer lo más, esto es demoler su pared privativa, con lo que tendría acceso así al interior del fundo colindante, no se vería dificultad en que haga lo menos, esto es abrir huecos protegidos. Pero la solución afirmativa para ésta apertura de huecos parece discutible, dado que la finalidad de tales huecos sería ya un aprovechamiento integral del espacio interior del colindante y muy posiblemente afectante de un modo frontal a su derecho a la intimidad. A esta conclusión creo que hay que llegar aunque el colindante no tenga cierre con pared propia dado que resultaría un uso desproporcionado no tolerado por el art. 538 CDFA.

Porque la mayor afección en estos supuestos de la intimidad de quien soporta las vistas se resuelve ahora por el legislador trasladando al mismo la omnímoda facultad, *pero también la carga*, de limitar o anular en su integridad la funcionalidad de esos huecos, construyendo o sin construir, de modo que proteja, sin que ello suponga autotutela en sentido jurídico, su propia intimidad, conforme autoriza el art. 550.2 CDFA.

Ya por último advertir que el CDFA ha prescindido de manera absoluta de la naturaleza rústica o urbana de los predios o de su calificación urbanística; el régimen de luces y vistas pasa a configurar el estatuto normal de la propiedad y aunque el fundo que soporta las luces y vistas sea rústico no por ello el que las disfruta podrá prescindir ni de las protecciones ni obviar la interdicción de voladizos.

18. Argudo Pérez, J.L. escribía, a propósito de las tipologías que constructivas que teóricamente se puedan plantear (por todas las exhaustivamente expuestas por Gutiérrez Celma en las Actas del 5º encuentro del Foro) que “...el dinamismo inherente a las relaciones de vecindad y los nuevos problemas que originan sólo pueden plantearse desde un criterio fundado y coherente con los principios generales y resolverse judicialmente, sin poder tener una traducción legal minuciosa que nos llevaría a un excesivo reglamentismo” (“Tratado de servidumbres”, coordinado por Ángel Luis Rebolledo Varela, edit. Aranzadi, 2002, pág. 1207).

9.2. Algunos supuestos específicos.

9.2.1. Las cubiertas planas.

La problemática esencial en sede de huecos está representada por la masiva generalización constructiva de las cubiertas planas. Cubiertas transitables, practicables y susceptibles de algún aprovechamiento ocupacional. Estas cubiertas planas transitables confrontadas pueden estar o no a la misma cota o altura.

La problemática no se genera sólo por la existencia de cubiertas planas transitables confrontadas, sino por la circunstancia de que en una o en ambas existan espacios utilizables: desde piezas habitacionales hasta piscinas. Desde una de las terrazas se podrá así fiscalizar la de la colindante; también ocupar su vuelo. La problemática de la generalización de esta solución a las cubiertas de los edificios, aparte de la problemática técnica que presenta, que no ha supuesto dificultad para los promotores inmobiliarios, es que se hacen agotando y colmatando los aprovechamientos urbanísticos y las alturas máximas permitidas. Lo que significa que ya no será, en la mayoría de los casos, factible la exigencia de que levanten un muro con la altura media de una persona y que sobre la misma abran hueco con las pertinentes protecciones, por cuanto no obtendrán para ello nunca la pertinente licencia urbanística.

Una primera distinción de supuestos se podría configurar en base a que concurra o no una reciprocidad de las vistas. No es cuestión de luces pues esas cubiertas las toman de su propio vuelo, sino de vistas: no parecería que se pueda pedir al colindante que coloque protecciones que el que las pide está también en el deber de colocar y no ha colocado. Los problemas surgirán, sobre todo, cuando no estén a la misma cota de manera que una sí que tenga vistas sobre la colindante y ésta no sobre aquélla. En la solución que demos habrá que tener presente también el uso que se pueda dar a esas cubiertas, si sólo con la finalidad estructural de cerramiento, sean accesibles o no (que de alguna manera lo han de ser para labores de mantenimiento), o si las mismas sean susceptibles de algún aprovechamiento.

En cuanto a su consideración de huecos suelen citarse en este sentido las sentencias del TS de 23 de noviembre de 1983 y de 12 de diciembre de 1986 que consideran las azoteas como huecos que deben estar dotados de protecciones; no se consideran voladizos sobre fondo propio ni grandes balcones. En las Audiencias del territorio se han seguido soluciones distintas a las consignadas por el TS. Las sentencias de la AP de Huesca de 14 de diciembre de 1995 y la de Teruel de 14 de diciembre de 1995 consideran las azoteas como balcones a menor distancia de la permitida. En la Audiencia Provincial de Zaragoza parece prevalecer la idea de no considerarla hueco a la hora de exigir esas protecciones.

Señala la sentencia de la Sección Quinta de la AP Zaragoza de 9 de febrero de 2011 que “por lo que respecta a la protección de la cubierta del edificio

para evitar vistas a la finca de los demandantes, la demanda y la sentencia coinciden en conceder la cobertura de las vistas que desde ella pudiera haber al fondo de los actores, mediante la construcción de unas paredes de 2 metros de altura. Recurre la parte demandada, pues considera que la cubierta es intransitable, por lo que no existe el riesgo del que protege el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Como ha reiterado la jurisprudencia aragonesa, las relaciones de vecindad que regula el *Artículo 144 de la C.D.C.A.* se fundamentan en el respeto a la intimidad y privacidad del vecino y en el principio del “*ius usus inoqui*” (S.s. A.P. Huesca, 26 de junio de 1992, Zaragoza, Sección Quinta, de 6 de julio de 2004 y 14 de abril de 2009 y S.T.S.J.A. de 23 de febrero de 2005). Por ello se ha entendido que las “terrazas” constituyen “huecos” desde los que se puede violar la intimidad y privacidad del vecino. *Sin embargo, precisamente esta interpretación teleológica es contraria a las limitaciones innecesarias en el uso del bien propio.* La condición de azotea o cubierta sólo utilizable con fines de mantenimiento del edificio no exige las medidas tuitivas que emanan del citado *art. 144*. Pues su uso accidental y transitorio no supone un riesgo para la intimidad y privacidad de los demandantes, ni configuran un uso dañino para esos bienes inmateriales. A salvo, claro está, de actuaciones torticeras de dicha cubierta para fines espúreos en un ejercicio antisocial de dicha cubierta, pensada y construida para el mantenimiento y conservación de la casa”.

La solución dada en esta sentencia se basa en la idea de que la cubierta plana no es en sí diferente a una cubierta inclinada, y si esta última no puede considerarse hueco no hay razón para llegar a solución diferente cuando se trate de cubierta plana.

La solución es dudosa. No se trata tanto de la asiduidad en el uso de la cubierta como en su potencial uso; dicho de otro modo es evidente que la cubierta plana es de más fácil accesibilidad y aprovechamiento que la inclinada. La solución debe ser atendiendo al caso en razón a la proporcionalidad de las cosas y al uso de la propia azotea como la de la colindante que soporta las vistas, todo ello con el art. 538 CDFEA como telón de fondo.

Del sentido de la última sentencia citada de la AP de Zaragoza resultará que lo relevante deriva del aprovechamiento que se obtenga de cada cubierta plana, pudiéndose distinguir así dos supuestos:

- 1) Si una de las dos no tiene otra función que la de cubrir el edificio no se puede pedir a ninguna de ellas que ponga protecciones. Si la que pide la protección es aquella en la que sí se tiene un aprovechamiento, por cuanto el uso ocasional de la colindante no supone vistas sobre la propia; si la que lo pidiera es la que no es aprovechable, la que sólo tiene la funcionalidad de cubrir el edificio como si de una inclinada se tratara, por cuanto, por ser solo cubierta, no soporta vistas: las cubiertas, la inclinada y la plana sin otro aprovechamiento, no fundarían situación de vecindad en éste sentido.
- 2) Si las dos cubiertas planas son, además de accesibles, objeto de algún aprovechamiento, sobre todo habitacional, ambas, teóricamente, podrían

pedir a la colindante que se dote de protecciones si están a la misma o similar altura y disfrutan de vistas recíprocas.

Si urbanísticamente es factible el cerramiento se podrá exigir al colindante las protecciones, siquiera la reciprocidad que se da en el supuesto haría poco comprensible que se ejercitara esa acción sin haberse dotado también el que la ejercita de las pertinentes protecciones a cuya colocación también está obligado.

Si urbanísticamente ello no es posible, el supuesto no parece tener solución desde esta institución de luces y vistas. El problema se agudizará cuando las cubiertas estén a diferente altura o cota y solo sea una de ellas la que disfrute de vistas de la colindante. Cuando esto ocurra, que será muy frecuente al haberse agotado alturas máximas y aprovechamientos urbanísticos, la solución de exigir una demolición parcial parece desproporcionada y jurídicamente inviable pues vecinos de una y otra cubierta podrían recurrente y recíprocamente pedirse la demolición. La limitación habrá que encontrarla en el uso de las cubiertas más que en las protecciones.

En estos supuestos límites, pero no infrecuentes, creo que la única solución pasará, de ser posible, porque cada uno proteja su intimidad en la medida en la que ello sea posible.

9.1.2. Las terrazas no distanciadas.

A criterio de la ponencia es más clara la solución para las terrazas aun cuando no sean cubiertas; deben estar dotadas de las pertinentes protecciones. Una terraza que a la vez sea cubierta, aun dentro de la infinidad de posibilidades constructivas que se pueden dar, insinúa un carácter accesorio de una pieza habitacional y por tanto un mayor potencial aprovechamiento. Con todo la infinidad de supuestos constructivos que se pueden dar debe hacer acudir a la analogía para resolver las peculiaridades que pueda presentar cada situación. Pero el criterio inicial es parificar la terraza al hueco.

La sentencia AP Teruel 13/2004, de 2 de febrero insistirá en la necesidad de dotar a las terrazas de protecciones, advirtiendo que “dice la juzgadora de instancia que el concepto de “huecos” del artículo 144.2 de la Compilación Aragonesa “no es aplicable a las terrazas existentes en el inmueble del demandado, sin que pueda, por tanto, condenarse al mismo a elevar tabique o colocar cristal opaco alguno en las mismas, debiendo de desestimarse la demanda en este extremo”; explicación con la que no puede mostrar su conformidad esta Sala porque el término “vistas” empleado por el artículo 144 de la Compilación Aragonesa, así como el 582 del Código Civil al que remite aquél, comprende las ventanas, huecos y demás elementos de obra a través de los cuales se puede ver, desde la finca que los contiene, la finca inmediata o vecina; los Tribunales vienen haciendo extensiva su aplicación, de antiguo, a las terrazas o azoteas que por su extensión y altura equivalen a un balcón, y es evidente que las terrazas del edificio del demandado tienen vistas rectas sobre el fundo de los actores, por lo que es claro que debe

prosperar la acción entablada en la demanda tendente a que se levante un tabique o se coloque un cristal opaco en las terrazas”

9.1.3. Las puertas no distanciadas.

También puede presentar dudas el supuesto de la puerta no distanciada. Si atendemos a su funcionalidad no sería hueco pues no está destinado primordialmente a la obtención ni de luces ni de vistas sino al acceso propio de la finca de quien la abre. Evidentemente esta puerta no puede estar ubicada en su límite perimetral sino que debe tener el retranqueo algo mayor que la dimensión de la hoja de la puerta, para permitir el paso, ad intra, de la parcela. Estas puertas plantean pues dos interrogantes. El primero si son admisibles y el segundo, de serlo, si deben estar dotadas de algún tipo de protección. Que no puede ser el reglado para los huecos no distanciados dado que tales protecciones, al deber ser fijas y remetidas, anularían la funcionalidad de la puerta.

La primera cuestión creo que debe tener una respuesta afirmativa. Ciertamente una puerta conlleva la necesidad de que exista un previo hueco. Y cierto que dada la finalidad de las protecciones las mismas deben ser rígidas, no practicables ni abatibles, mientras que una puerta, por concepto, es practicable en lo necesario para permitir el paso de personas y cosas. Pero su función no es tener luces y vistas ni con su existencia, en principio, se obtienen ni se facilita su obtención pues no se pueden equiparar a voladizo.

En sede de protecciones para dichas puertas parecerían en principio innecesarias; de hecho si se considera que deben estar dotadas de las mismas es porque previamente se les consideran huecos; y si son huecos las protecciones deben ser fijas, no abatibles; lo que en realidad supone la negación de la posibilidad de que existan puertas pues estas en esencia son practicables. En mi opinión hay que distinguir si se trata de puertas opacas o transparentes. Para el primer supuesto, afirmada la admisibilidad de las mismas, es innecesaria la colocación de protecciones que nada van a añadir; para las transparentes la solución puede ser más dudosa porque permiten de manera permanente la obtención de luces y vistas, lo que debe llevar a la necesidad de protección.

En la jurisprudencia de las Audiencias parece predominar el criterio de la innecesariedad de esas protecciones. La sentencia de la AP de Huesca 144/2006, de 30 de junio exige la colocación de esas protecciones aunque sobre la base de un presupuesto factual en el que parece que la misma accedía directamente a la finca ajena; denegada una servidumbre de paso se obliga a dotar a la misma de esas protecciones en forma que la puerta dejará de tener esa función y pasará a ser un hueco más¹⁹. Y en el mismo sentido

19. Literalmente afirma la mencionada sentencia que “Manténía la sentencia apelada que no cabía exigir tal protección “no por contar con ese derecho de luces y vistas , sino por efecto indirecto del reconocimiento de la servidumbre de paso que conduce a la misma, que carecería de efectividad si la puerta resultase cerrada con la citada reja”. En efecto, dado que no existe servidumbre de paso, la puerta, en cuanto hueco que se abre sobre la propiedad ajena y en la medida en que a través de ella pueden recibirse luces y vistas , deberá dotarse de la indicada protección en los términos interesados.

la sentencia de la Sección Segunda de la A.P. de Zaragoza 29/2009, de 27 de enero: “abriendo en la parte trasera del mismo que linda con la finca de las actoras, la que se encuentra a una distancia de un metro aproximadamente de la finca del demandado, un hueco provisto de puerta metálica y cristal opaco para acceder a esa parte trasera que tiene una pequeña franja de terreno pegada a la edificación y que es la lindante con la finca de las actoras, así como al canalón de recogida de aguas pluviales que discurre por la parte trasera de la edificación. Es claro que no se ha abierto ventanal o hueco similar para la obtención de luces o vistas, sino una puerta de acceso, tal y como se desprende del reportaje fotográfico aportado. Dicha puerta *no participa del régimen jurídico de luces y vistas establecido en el art. 144 de la Compilación...*”.

En conclusión son admisibles las puertas no distanciadas en tanto las hojas de la misma no sean transparentes. El uso inapropiado de la puerta, manteniéndola siempre abierta, no debe llevar a la negación de la posibilidad de su existencia sino a la represión de la conducta inapropiada, aunque esta represión pudiera llevar a su clausura.

9.1.4. Las escaleras exteriores no distanciadas.

Puede darse el supuesto de escalera exterior realizada para acceso a la finca que permite la obtención de vistas. Cuando la misma no es distanciada la cuestión es discutible. El criterio funcional que hemos defendido para las puertas debe hacerse extensivo a las escaleras; no se trata de huecos sino de elementos constructivos enfocados a facilitar el acceso. No creo que se deban considerar huecos ni voladizos, sin perjuicio de que, al igual que las puertas, pueda realizarse un uso inadecuado de las mismas. La sentencia TS 1050/1999, de 30 de noviembre mantiene una posición contraria a la que aquí se defiende, aunque parece concurrir en el supuesto examinado una servidumbre de luces y vistas: “la sentencia recurrida, en efecto, reconoce que “el origen de la servidumbre que nos ocupa fue por destinación, según el artículo 541 del Código civil”. Pero tal circunstancia no influye, según erróneamente considera el órgano “a quo”, en que la “limitación constructiva” tenga valor absoluto o relativo, aunque, obviamente, en ningún caso puede olvidarse la finalidad del precepto. La dicción de la norma no deja dudas al respecto: “cuando por cualquier título (...) el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose las medidas de la manera indicada en el artículo 583” Al respecto, debe observarse que, no obstante, que la escalera siga permitiendo la entrada de luz y el disfrute de vistas, su proximidad y ubicación, al no observar las distancias reglamentarias vulnera el derecho a conservar dentro de lo posible la intimidad familiar y, que la distancia mínima de los tres metros, sirve, asimismo a este fin en favor de ambos fundos. Por tanto, se acoge el motivo”.

Aunque, como dijimos en nuestra sentencia de 30 de mayo de 1994, la finalidad de una puerta es pasar, no tomar luces o disfrutar de vistas sobre el predio ajeno, a pesar de que, obviamente, si es de material traslucido o está abierta pueda recibirlos. La previsión del artículo 144 de la Compilación que pueden abrirse huecos para luces y vistas, no para pasar”.

10. Huecos y medianería

El Código Civil parte de la prohibición de la apertura de huecos en pared medianera (artº 580 del C.civil). Apertura que sólo es posible si concurre “consentimiento” del otro medianero.

El Código Foral parte de la regla contraria, parificando en este punto el régimen de la pared medianera a la propia; no sometiendo la primera de ellas a acuerdo o autorización del otro medianero.

Las diferencias con el régimen del Código civil vuelven a aparecer en sede de la trascendencia jurídica que tiene la existencia del hueco en la pared medianera, que así como en el Código Civil se entiende que el mismo es signo exterior contrario a la medianería (artº 573.1 C. Civil) no lo será en el Código Foral (artº 574.2 CDFA).

La apertura de huecos en pared medianera no es ilimitada y es sólo factible, cuando el colindante tiene construcciones, “por encima del punto común de elevación” (artº 547.1 CDFA), con lo que, a sensu contrario, no hay límite de altura alguna si no existe construcción de ningún tipo.

Pero el carácter medianero se rescatará en sede de ubicación de la protección, que no lo será meramente “remetida en la pared”, como en la pared propia (artº 545.1 CFA), pues aquí la protección no puede “colocarse más allá de su eje”.

11. La protección de los huecos

11.1. La reja de hierro y red de alambre.

Ya hemos dicho que el legislador aragonés no pone límites a la apertura de huecos, ni distanciados ni no distanciados: ni en dimensiones ni en alturas. En rigor tampoco en características constructivas. Solo impondrá restricciones para limitar el alcance del aprovechamiento y, sobre todo, la inmisión que suponen las vistas.

Proscribe la posibilidad de que existan balcones y voladizos e insta para dichos huecos unas protecciones consistentes en “reja de hierro remetida en la pared y red de alambre” o, añade, “protección semejante o equivalente”.

La restricción es intensa y limita la operatividad de los huecos en la visión del predio colindante. Con la reja y con la red lo que se impide es que una persona pueda asomarse e incluso sacar la mano.

Las mencionadas protecciones no existían en el Derecho histórico aragonés, instaurándose por primera vez en el Apéndice Foral de 1925 para las paredes medianeras. Se suele afirmar que la finalidad de la protección es evitar la intromisión en la intimidad del colindante (sentencia TSJ Aragón de 23 de febrero de 2005).

No es esa sea la única finalidad de la protección. Ciertamente que con las protecciones impedimos que una persona se asome, lo que restringe el grado y campo de visión sobre el fundo colindante. A mi parecer, lo que se quiere proteger es

también el derecho de dominio, pues al sacar el torso y la cabeza en la acción de asomarse se puede ocupar el vuelo del colindante aunque sea de manera transitoria. Vuelve a aparecer aquí el temor a la servidumbre, secunde a una potencial inmisión no ya solo incorporal, como lo es la que proporcionan las vistas, sino material y física, como lo es, ya se ha dicho, la ocupación, temporal o definitiva, del vuelo del colindante.

Es importante entender las finalidades de la forma tipificada de protección, porque la misma, reja de hierro remetida y red de alambre, no es la única protección posible; pero sí es la referente de las demás, dado que estas últimas deben ser semejantes o equivalentes a la tipificada.

Es llamativo y comprensible que el legislador haya mantenido el material de la reja, el "hierro", pero sin que ello quiera decir que no sea admisible cualquier otro material rígido y de similares características físicas. El legislador no se ha adentrado en una precisión técnica del grado de ductilidad y de resistencia mecánica del material, en este caso el que pudiera corresponder al hierro; pero sí en una cualidad del mismo precisada conforme a una máxima de experiencia de modo que el material no quiebre ante la fuerza de una persona media, resultando necesario, para lograrlo quebrar, la utilización, normalmente, de medios mecánicos. Con la identificación de ese material lo que el legislador pretende en definitiva es dar idea de solidez, de rigidez. Por eso, por su carácter quebradizo, la jurisprudencia ha negado que sirvan de protección unos cañizos (SAP Zaragoza, S. 5ª 414/2004, de 6 de julio²⁰). La misma sentencia admitió las protecciones de aluminio.

Al decir que esté remetida el legislador quiere expresar dos criterios. Uno que la colocación sea fija, anclada, sin que sea susceptible de apertura. Se han considerado admisibles por la jurisprudencia unas rejillas de aluminio atornilladas²¹.

El segundo criterio se conecta con la preocupación de impedir la ocupación de la finca colindante, ni aun con la protección misma, de modo que aquella no debe exceder nunca de la rasante del muro de cierre en el que se ha abierto el hueco cuando ello conlleve ocupación del colindante. Resultaría paradójico que la propia red llegue a operar como vuelo, incluso sobre fundo ajeno.

La red de alambre tiene la misión de obstar a que se traspase físicamente la protección, ni aun con la mano, y, una vez más, ocupar potencialmente el vuelo

20. Dice la mencionada sentencia que "es ya numerosa la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la naturaleza de los materiales que han de preservar de las vistas a los vecinos de quienes abren huecos o construyen muros dentro de las distancias de protección a que nos venimos constantemente refiriendo. La S.T.S. de 19 de septiembre de 2003 afirma a este respecto que "en cualquier caso, lo que resulta importante, como cuestión fáctica es que la construcción reúna dos elementos mínimos: 1) Que el material traslúcido sea sólido y resistente (es decir, con un índice de fractura que impida su conceptualización como frágil) y 2) que, no obstante permitir el paso de la luz, el material no facilite la visión de formas nítidas sino, en todo caso, de luces y de sombras". De esta forma -en palabras de la STS. de 16 de septiembre de 1997- el progreso constituye una laguna legal en materia de relaciones de vecindad y "para resolverla hay que tener en cuenta que la propiedad no puede llegar más allá de lo que respecto a la del vecino determina, por lo que en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta, por lo que (concluye) será en cada caso concreto la situación fáctica la determinante de la resolución procedente".

21. La reja atornillada, a mi parecer, no se sujeta a norma, no es reja remetida. La cuestión es si puede valer como protección "semejante". Que es la idea que, creo, quiere expresar la sentencia de la AP Zaragoza, Sección 5ª, de 6 de julio de 2004.

del colindante. La misma sentencia de la AP Zaragoza S. 5ª, de 6 de julio de 2004 considera suficiente una “mosquitera”. Creo que habría que valorar la entidad del material con el que está construida la mosquitera y su carácter fijo para concluir sobre su validez a estos efectos. Pues la norma exige que sea de “alambre”, con lo que el legislador está estableciendo un parámetro mínimo de entidad de la red al igual que lo hace con el hierro respecto a la reja. Aunque sea de menor resistencia mecánica.

La protección debe colocarse de manera inmediata o solidarizada a la misma apertura del hueco y desde ese momento es exigible (sentencias AP Teruel 114/2005, de 17 de junio y de 1 de septiembre de 2004). Y tales protecciones serán también exigibles aun cuando no sean accesibles a las personas desde el interior de la construcción en el que se ubican los huecos, según la sentencia AP de Teruel 206/2005, de 2 de noviembre. En cualquier caso nunca necesitarán protecciones aquéllos huecos que no tomen las luces, ni por tanto tengan vistas, del predio colindante sino de su propio vuelo, como ocurrirá con las claraboyas, lucernarios o tragaluces. Más dudoso será el supuesto de las ventanas tipo “velux”, que insertadas en cubiertas inclinadas pueden no estar distanciadas y, según el grado de inclinación de la cubierta en la que estén ubicadas, tener potenciales vistas sobre el predio colindante.

11.2. La protección semejante.

Sobre estos presupuestos es más fácil razonar sobre la admisibilidad de los nuevos materiales constructivos que puedan permitir el paso de la luz, aún la ventilación y las vistas.

El material más característico a estos efectos es el ladrillo vítreo, el pavés, que puede ser más o menos transparente o más o menos traslúcido, que deja pasar la luz y según el grado de transparencia permite una visión informe de los objetos o personas existentes en el predio colindante. O un material tan típicamente aragonés como es el alabastro.

Si ese material es fijo, no hay ningún problema en su admisión como protección equivalente o semejante a la reja y red: permite luces y en menor grado vistas, sin alcanzar la posibilidad de asomarse ni de ocupar el vuelo del colindante. No será admisible cuando con ese material se esté ejecutando constructivamente, no una protección fija, sino practicable, sea una ventana que permita su apertura, ni aun abatible. Pues en este caso se podría pasar la mano por el hueco. Si es abatible, aunque sea con un grado mínimo, a efectos de ventilación será hueco y hay que colocar protecciones.

La mayor dificultad la encontraremos en orden a la admisibilidad de materiales constructivos totalmente transparentes, siendo el supuesto extremo de la misma el de la fachada no distanciada acristalada y total o parcialmente transparente. Es incontestable que el cerramiento con material totalmente transparente conlleva una intensificación de las luces y, sobre todo, de las vistas, propiciando la fiscalización del fondo vecino. Aun siendo dudosa la solución entiendo que, siendo como hemos dicho, necesariamente una protección fija, sin posibilidad de

apertura ni abatimiento en grado alguno, se consiguen las finalidades primordiales de la reja y red, a saber, impedir asomarse e impedir ocupar el vuelo del colindante.

Es de reconocer que la solución es dudosa. La razón de más peso a favor de la admisibilidad de cristales transparentes y traslúcidos es que no son huecos, que es el presupuesto normativo (apartados 1 y 2 del art. 545 CDFA) del que resulta la exigencia de protecciones. Resulta llamativo que el legislador aragonés, en la Ley de Derecho Civil Patrimonial, conociendo la polémica, no realizara ninguna rectificación o modalización del término hueco ni refleje la prohibición de la ventana, y ello cuando la realidad social pone en evidencia estas nuevas realidades constructivas que no han podido pasar desapercibidas al legislador²².

La solución, como digo, es hoy dudosa. Algún pronunciamiento jurisprudencial, aun con referencia también al C.Civil, parece equiparar el hueco a ventana. Así parece hacerlo la STS 353/1995, de 17 de abril. Aun con un soporte factual impreciso, que la propia sentencia casacional denuncia, se viene a razonar que el cerramiento acristalado de una ventana supone “rotura de la pared en su continuidad e integración, con los materiales de construcción que la conforman y, por tanto, dicho hueco permanencial no es propio muro, pues cumple funciones principales diferenciadas a las de éste”. Con todo la sentencia parece contemplar ventanas practicables, por lo que es entendible que a las mismas se les otorgue el tratamiento de los huecos. Pero si no son practicables no hay razón determinante para esa equiparación por más que, ciertamente, se produzca una gran intensificación de las vistas.

Para quien defienda la admisión del cerramiento con cristal transparente estaríamos ante una muestra más aquí del carácter permisivo y liberal en sede del aprovechamiento de la propia propiedad y en la afección que se puede generar en el fundo colindante, de manera que se traslada al que soporta las vistas la decisión de protegerse de las mismas. Aunque el resultado no termine de ser coherente, sobre todo si se relaciona este supuesto y solución que se propone con la prohibición de voladizos. Aunque sea en fundo propio.

12. Los voladizos

Junto a las protecciones de reja y red, el artº. 545.2 CDFA establece una limitación constructiva al hueco no distanciado: debe carecer de balcones y otros voladizos.

22. Las mismas razones que llevaron a Lacruz a defender, con relación al C.Civil, la consideración de ventana para los huecos con cristal totalmente transparente pueden llevar hoy a la solución contraria para el Código Foral: si “la construcción se verificase con materias transparentes, de modo que sin hueco alguno se pudiera ver a través de ellos del mismo modo que a través de un cristal, nos hallaríamos ante un caso, sin duda, tampoco pensado por el legislador, pero igualmente resoluble con el articulado del Código, pues (...) si una sección del muro permite ver claramente a través de ella, en una interpretación teleológica equivale a ventana: los preceptos citados, al regular este último tipo de hueco pretenden distanciar las vistas sobre fundo ajeno, también por respeto a la intimidad, y en ello reside su vis. Y vistas es lo que se tendría en el caso, aunque no se recibiera aire ni fuera posible asomarse a arrojar objetos” (Lacruz Berdejo, J.L., rev. Temis, edit. Facultad de Derecho de Zaragoza, 1967, pág. 61). El legislador del siglo XXI parte de una realidad constructiva muy diferente, en la que la solución de fachada acristalada, por su potencia estética, está bastante generalizada. El legislador aragonés la conoce y no ha realizado modalización alguna al concepto de hueco, al que no puede quedar equiparado: las intensas posibilidades de tutela de la intimidad han de servir de contrapeso a las vistas que se intensifican con el hueco acristalado fijo.

Será el artº 548 CDFA el que nos dará la noción de voladizo; primero con formulación positiva (apartado 1) y luego negativa (apartado 2), otorgándose tal condición desde la primera formulación a “los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina”, regulación que pone sobre la pista de las dos finalidades que se buscan con estos límites, al aspecto subjetivo, la intimidad, y el predial, la potencial ocupación del vuelo del colindante.

Y en el segundo aspecto, el negativo, se sienta que no se consideran tales voladizos “los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared, ni otros elementos salientes existentes en las ventanas”.

La prohibición de voladizos alcanza, ahora con seguridad, al que lo es sobre fondo propio. Este no será signo aparente de servidumbre (artº 574 CFA), pero está prohibido. Las polémicas o reflexiones que se hicieron, bajo la vigencia de la Compilación, sobre el sentido que podía tener ésta prohibición deben quedar zanjadas ahora al quedar clara la voluntad del legislador de no permitir el voladizo no distanciado sobre fondo propio.

La razón es que dentro de la concurrencia, en esta institución, de aspectos vecinales o personales y de aspectos prediales, el balcón o voladizo supone, aun con protecciones una intensificación de la inmisión de las vistas, del control o fiscalización de las actividades y vida del colindante. Por eso se rechaza el voladizo aun sobre fondo propio, aunque estuviera dotado de las protecciones de reja y red.

El sentido negativo de la definición legal permite resaltar el carácter instrumental que ha de tener el voladizo en esa doble consideración de la inmisión, la personal (las vistas), y la predial (la ocupación del vuelo ajeno), aunque sea de una manera temporal y transitoria. Por lo tanto, no es, a estos efectos, “voladizo” aquello que, aunque vuele sobre fondo propio, no permita ni la obtención de luces, vistas, ni permita apoyar y asomar el torso, sino una mera función estructural u ornamental del edificio. No lo son así, además de los aleros, los remates, los tendedores, los elementos estructurales del edificio que vuelen sobre fondo ajeno que no guarden relación con la obtención de luces y vistas, como por ejemplo la cubierta del edificio²³. Tampoco las contraventanas (SAP Huesca 150/2005, de 1 de mayo)²⁴.

23. Sentencias Sección 5ª AP Zaragoza de 24 de septiembre de 2008 y de 19 de junio de 2000.

24. No obstante esta mencionada sentencia de la AP Huesca de 31 de mayo de 2005 consideró, en un supuesto de ventanas con postigos, que los mismos “sí constituyen signo aparente de posesión sobre suelo ajeno, siquiera sea a los solos efectos de abrir y cerrar las contraventanas. De este modo, los demandados han mantenido la posesión pacíficamente de las contraventanas durante más de diez años..., por lo que, al haber consolidado su derecho de vuelo a través de las contraventanas, no podemos aceptar la solicitud de colocación de reja y red planteada en la demanda, aunque no porque lo impida una inexistente servidumbre de luces y vistas, sino por la existencia de los postigos”.

La solución que se da en la sentencia es discutible, pues el hecho de que se haya generado una servidumbre de apertura de contraventanas por haber estado ocupando el vuelo del fondo colindante no justifica el que no se pongan las protecciones, lo que puede ser materialmente compatible con la dotación del adecuado mecanismo de apertura de las contraventanas a través de las protecciones. Este supuesto de contraventanas que vuelen sobre el fondo vecino es uno de los que se pueden exponer como ejemplo de los que, hoy, pueden enmarcarse con más facilidad dentro de la vecindad, por tanto de la tolerancia; en definitiva restringiendo lo más posible el ámbito de las servidumbres, por corresponderse esos comportamientos vecinales a la mera tolerancia, en lo que constituye el uso normal y la manera de ser de la propiedad en Aragón.

La jurisprudencia es constante en resaltar el carácter funcional del voladizo para generar una potencial servidumbre, en el sentido de que lo que vuela debe propiciar o facilitar la obtención de luces y vistas. Así la sentencia de la AP Huesca 336/2007, de 31 de julio razonaba que “no tienen consideración de signo aparente de servidumbre, conforme hemos mantenido entre otras en nuestra sentencia de 24 de octubre de 2007, *un voladizo de unos 15 centímetros de fondo*, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso-sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de marzo de 2001-, un vierteaguas-sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985-, o un tendadero-sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de octubre de 2001 y de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006”.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentencia núm. 3/2008, de 22 de abril, señaló que no cabe considerar como un voladizo propiamente dicho a los efectos prevenidos en el artículo 145 de la Compilación Aragonesa cualquier saliente de la pared, aunque su finalidad sea de mero remate estructural de la ventana o cierre arquitectónico de una parte del edificio, si no tiene como uso previsto el de *que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente*. Y en el mismo sentido la sentencia núm. 6/2008, de 14 de julio: “no basta con que el saliente de que esté provisto el hueco permita asomarse al exterior del edificio, ya que en realidad, esta posibilidad cabe en algunos huecos aun sin estar provistos de saliente. *Hace falta, además, que el saliente sea tal que revele su utilidad o funcionalidad para facilitar las vistas*, de modo que configure una apariencia reveladora de su finalidad: permitir que una persona, mediante el mismo, pueda situarse fuera del espacio de su propiedad, en el vuelo ajeno, para ganar vistas, frontal y lateralmente, sobre el predio sirviente, tal como ocurre con los balcones, a los que la norma foral asimila “otros voladizos”. Solo así podría entenderse concurrente un signo aparente de servidumbre”.

Como se ve es relativamente frecuente que existan tejados o vierteaguas que vuelen sobre fondo ajeno; estos elementos constructivos tienen una finalidad completamente diferente a la obtención de luces y vistas y son irrelevantes en orden a la obtención de servidumbres de este tipo. Para un supuesto en el que sobrevolaba el tejado, sentencia Sección 5ª AP Zaragoza 526/1998, de 24 de septiembre, en la que se le negaba carácter de voladizo a ese elemento estructural. En el mismo sentido para un vierteaguas, sentencia de la AP de Huesca 69/2005, de 9 de marzo. Aunque puedan ser relevantes para otro tipo de servidumbres.

Los voladizos no distanciados sobre fondo propio nunca pueden fundar la adquisición de una servidumbre por usucapión y ello porque, como se ha dicho, ese voladizo no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas, y éstas no pueden adquirirse por usucapión (artº 575 CFA).

De manera coherente con el carácter tolerado de esta relación vecinal, lo ejecutado constructivamente en contra de lo reglado, huecos sin protecciones o voladizos no distanciados sobre fondo propio, puede ser reprimido con la pertinente acción judicial. Acción que no prescribe (artº 548.3 CFA para los voladizos y artº

549.2 CFA para las protecciones). Son estas aplicaciones específicas contenida en el artículo 537 CFA, dentro de las disposiciones generales de las relaciones de vecindad, a cuyo tenor no se extinguen por prescripción las acciones para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad.

IV.- LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

1. Alguna consideración previa sobre las servidumbres en el CDFA.

En el CDFA hay cuatro formas de constitución de la servidumbre, a saber por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente, por voluntad del titular de la finca dominante, con carácter forzoso para el de la finca sirviente cuando la ley así lo contemple, por signo aparente y por usucapión (art. 561 CDFA).

A diferencia de la relación de vecindad aquí la legitimación se solidariza al vínculo jurídico real que se ostenta sobre la finca, bien la propiedad bien cualquier derecho real posesorio, siquiera así como en el primer caso puede ser perpetua en el segundo se acota temporalmente, solidarizado también al alcance, en su contenido y duración, al del derecho real posesorio (art. 562 CDFA)²⁵.

Del régimen general interesa destacar que las servidumbres negativas no pueden constituirse por usucapión (art. 567.1 CDFA) y que establece un régimen jurídico diferenciado para la usucapión de las positivas según sean aparentes o no aparentes. Para ambas el mismo plazo “de diez años entre presentes y veinte entre ausentes”, siquiera para las aparentes sin necesidad de justo título y buena fe, que sí se exigen para las no aparentes (art. 569 CDFA).

2. Sobre las servidumbres de luces y vistas.

El Apéndice de 1925 hizo una específica regulación de la usucapión de las servidumbres, que la refería a la continuas y aparentes. Pero para las servidumbres de luces y vistas, a conseguir por quien abría en pared propia hueco para luces y vistas, se prevenía que el cómputo del plazo no se contaría “sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino cosa que a éste le sería lícita sin gravamen” (art. 14 del Apéndice de 1925). De esa regulación no resultaba necesari-

25. A propósito de esta necesidad de título la sentencia TS 1063/2003, de 18 de noviembre sentaba, con cita de la de 6 de diciembre de 1985, que “clásica sobre la primera de tales cuestiones es ya la sentencia de 6 de diciembre de 1985, según la cual “la constitución voluntaria de la servidumbre por negocio jurídico o título (artículo quinientos treinta y siete en relación con el quinientos noventa y cuatro) requiere, cuando se trata de la creación inter vivos del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin, por más que no sea necesaria la escritura pública como elemento ad solemnitatem que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado –sentencias de dos de junio de mil novecientos sesenta y nueve y veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y uno-, sin olvidar, por otra parte, que en el contrato donde se establezca el gravamen, como tal limitativo del dominio, ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes, ya que en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo –sentencias de treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, ocho de abril de mil novecientos sesenta y cinco y treinta de septiembre de mil novecientos setenta”, y su doctrina ha sido explícitamente ratificada por la sentencia de 27 de febrero de 1993, citando a su vez la intermedia de 8 de octubre de 1988, por la de 19 de julio de 2002 y, también en cierta medida, por la muy reciente de 24 de marzo del corriente año, en cuanto exige la plena acreditación por el demandado del título constitutivo de la servidumbre de desagüe carente de constancia registral. A su vez, dentro de esta misma cuestión del título constitutivo, la sentencia de 20 de octubre de 1993, con cita de otras varias, aportó un importante matiz que viene al caso porque, **aun descartando que por título debiera entenderse necesariamente un documento, rechazaba sin embargo la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin contraprestación si el acuerdo de voluntades no constaba en escritura pública, como exige con el rango de forma constitutiva el art. 633 CC”.**

riamente que la servidumbre, con esa configuración se considerara aparente sino, antes al contrario, no aparente y negativa, pero en el que la posesión se solidarizaba al acto obstativo.

La Compilación de 1967 afrontó la institución en su art. 145, regulación de la que resultaba que solo el voladizo sobre fondo ajeno era signo aparente de servidumbre y que no lo eran la falta de protección de los huecos ni los voladizos sobre fondo propio.

Según tal régimen jurídico la servidumbre se consideraba, salvo el supuesto de voladizo sobre fondo ajeno, como no aparente. Pero se generó una notable polémica doctrinal sobre su condición de negativa o positiva, pues se defendió que si el art. 145 de la Compilación negaba a los huecos sin protección o a los voladizos sobre finca propia su condición de signos aparentes era por la evidencia de que sí denotaban una apariencia y porque huecos no distanciados y no protegidos revelan una positividad que les hacía susceptibles de posesión y que era factible la usucapión de las mismas conforme al plazo de veinte años de las no aparentes. Pero la jurisprudencia de las Audiencias siguió muy apegada a la doctrina del acto obstativo²⁶.

En sede de servidumbres de luces y vistas hay que hacer las siguientes precisiones. Se puede crear por título, esto es por voluntad de los titulares de los predios (art. 576: “..por cualquier título...”) sin necesidad de que esté documentado. Cuestión distinta será, para este último caso, el problema de prueba.

Se puede adquirir también por “signo aparente”, esto es al amparo del art. 566 CDFEA, la anteriormente conocida como constitución por destino del padre de familia: “la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación”²⁷.

26. La misma SAP Huesca de 31 de julio de 2008 razonaba que “respecto al derecho aplicable, y a la adquisición de la servidumbre bajo el régimen anterior al Apéndice de 1925 y la Compilación, hemos de recordar, vid nuestras sentencias de 14 de octubre de 1998 y 26 de enero de 2006, que “bajo el régimen de las Observancias del Reino de Aragón, la toma de luces y la proyección de vistas sobre fondo ajeno estaban reguladas también como relación de vecindad. Por ello, y dado que la existencia de huecos sin voladizos sobre el predio contiguo no constituía tampoco signo aparente de servidumbre, el carácter negativo de este tipo de servidumbre de luces y vistas **exigía -al igual que ahora- el llamado acto obstativo** del dueño del presunto fondo dominante dirigido al del sirviente para que no obstruya las luces y las vistas, como reconoció la *sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1983* (y las que en ellas se citan), momento a partir del cual comienza el plazo de usucapión, y no antes, es decir, mientras se mantiene en sentido estricto la relación de vecindad o régimen de tolerancia sobre la apertura de los huecos. El Apéndice Foral de Aragón de 1925 recogía expresamente este criterio en *el párrafo tercero de su artículo 14*”. Siguiendo esta sentencia, de plena aplicación al presente supuesto, no podemos aceptar que el actor haya adquirido por usucapión un derecho real de servidumbre de luces y vistas, pues, como venimos diciendo, en Aragón es posible abrir huecos tanto en pared propia como medianera”.

27. La STSJA de 4 de febrero de 2004 había precisado ya respecto a esta forma de constitución en Aragón que “la vigente Compilación, cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, no hace ninguna remisión al Código Civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre, como hacían los Anteproyectos del año 1962 y 1963, ni se pronuncia en el sentido en que lo hacía el *art. 143 del Anteproyecto de 1965* de la Comisión de Codificación. Deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 del Código Civil, pero hay que entender que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos de dicho precepto del Código Civil, hay que entender, que signos aparentes de luces y vistas serán los que la Compilación determine, esto es, los del *art. 145* de la Compilación, interpretación que, como decía la referida *SAP 9-7-1994*, es conforme al sentido propio de las palabras del precepto, en relación con el contexto y los antecedentes históricos

Y también se pueden constituir por usucapión. Pero aquí hay que hacer alguna precisión.

La primera resulta del art. 575 CDFA. Sienta esta norma que la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión. Es una norma inusualmente didáctica, en la que subyace una histórica polémica doctrinal.

Explica el porqué de una consecuencia, no ser susceptible de usucapión, y esto porque la servidumbre “no aparente” de luces y vistas no es “susceptible de posesión”.

El CDFA prescinde de la polémica sobre la naturaleza positiva o negativa de la servidumbre de luces, tratando de deslindar lo que es relación de vecindad de lo que es servidumbre, delimitando una única situación que generará usucapión, a saber el voladizo sobre el fundo que soporta las vistas. Solo con él se puede ganar la usucapión y solo él la hace aparente, por tanto sin necesidad de justo título ni buena fe por el transcurso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

El capítulo dedicado en el CDFA se completa con la delimitación de lo que es signo aparente, que lo son solo los “voladizos... que caigan sobre fundo ajeno” (art. 574), remarcando que no lo son la falta de protección señalada en el art. 545 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Regula aquí la norma las consecuencias, en sede de usucapión, de las infracciones de la reglamentación de las luces y vistas, esto es falta de protecciones y voladizo, siquiera será irrelevante el que recaiga sobre fundo propio, y relevante solo el que recaiga sobre fundo ajeno.

La razón es sencilla: el voladizo sobre fundo propio no supone una inmisión ni afección de las facultades *ex iure domini* del que las soporta.

Cierto que las luces y las vistas no dejan de ser algo incorporal y la afección en el que las soporta en alguna medida virtual. Pero también se da en el hueco o en el voladizo distanciado. En el no distanciado sólo se genera una infracción de la reglamentación de lo tolerado pero no una inmisión permanente ni aparente.

Si ese voladizo es sobre fundo propio no hace aparente ni con ella se tiene posesión de la servidumbre, en tal situación no se puede adquirir, obvio resulta, por posesión inmemorial. Pues nunca hubo posesión. La imposibilidad de adquirir por posesión inmemorial la servidumbre de luces y vistas era conclusión que se alcanzaba también con la doctrina del acto obstativo: “pues en ella (en la posesión inmemorial) también es necesario el acto obstativo y, si se entiende por posesión inmemorial aquella cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria de su comienzo o aquella que tiene lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición, haya conocido otro estado de cosas, como hemos dicho en otras ocasiones, es obvio que, en esa situación, también se habría perdido memoria del

y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del *art. 3.1 del Código Civil*. Por otro lado, añade esa sentencia y recoge la del Tribunal a quo que la interpretación del *art. 145* de la Compilación, sostenido por los recurrentes, desconoce la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas, regulando sus signos aparentes de forma distinta según se trate de adquisición por usucapión o por destino del padre de familia, lo que produciría una grave inseguridad jurídica, pues no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad”. Criterio que se reiterará en la SAP Zaragoza, S. 4^a, 484/2009, de 8 de octubre, en la que se niega valor, como signo constitutivo por destino del padre de familia a un alero que sobrevuela sobre el fundo vecino.

supuesto acto obstativo, con la consiguiente imposibilidad de que pueda comenzar el plazo para usucapir” (SAP Huesca de 31 de julio de 2008).

Debe advertirse por último, dentro de las peculiaridades de la servidumbre de luces y vistas, que no es invocable para lograr su extinción la doctrina de la accesión invertida. Se ha invocado tal doctrina para intentar evitar la demolición de la construcción que no respetaba las distancias impuestas por la servidumbre de luces y vistas: “en realidad lo que se pretende es aplicar la doctrina de la accesión invertida para extinguir una servidumbre de luces y vistas y vuelo convencionalmente establecida. El planteamiento del recurso no puede prosperar porque esa institución, de creación jurisprudencial, es de interpretación restrictiva y aplicable, en cuanto a su presupuesto y efectos, al derecho de propiedad, pero no a otros derechos reales como es el de servidumbre, cuya extinción está regulada y tasada en la ley. En este sentido se pronunciará la jurisprudencia en sentencia TS de 1 de octubre de 1984, en la que se recogerá el supuesto de construcción en la que la escalera del nuevo edificio invadió, no el terreno de la finca colindante, sino “conculcando el ordenamiento de la servidumbre de luces y vistas constituida por título”, y con cita de la de 10 de diciembre de 1980 razonará a tal efecto el Tribunal Supremo que “ aunque, hubiera de extenderse a otros supuestos de invasión, como los de ocupación del vuelo o las vistas rectas u oblicua tomadas sin respetar las distancias intermedias de los artículos quinientos ochenta y dos y quinientos ochenta y cinco pero sin traspaso de la línea de contigüidad, ello significaría alterar el régimen de constitución de las servidumbres según los artículos quinientos treinta y seis y quinientos cuarenta y uno y los modos de extinguirse las mismas conforme al quinientos cuarenta y seis, actuando en el casi a manera de una redención forzosa de la servidumbre” (SAP Zaragoza 644/2004, de 22 de noviembre).

En algún caso la jurisprudencia ha admitido que la ocupación del vuelo ajeno genere la adquisición de la propiedad del vuelo ocupado, pero sin que ello conlleve la constitución de una servidumbre de luces y vistas (STS de 3 de abril de 1992). Pero reiterará que no es “la accesión, tanto la continua como la invertida, medio hábil” para la adquisición de servidumbres, pues las mismas “sólo se adquieren por los medios establecidos por la Ley” (STS 959/1995, de 7 de noviembre).

Pese a lo que pudiera resultar de la dicción del art. 576 CDFEA, la servidumbre de luces y vistas es de contenido dispositivo. No se impone con una determinada configuración legal sino que será prevalente la que resulte del título (art. 556.2 CDFEA), siquiera la configuración legal, imposibilidad de edificar a menos de tres metros de distancia, operará cuando nada se concrete en el título.

V.- EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL CÓDIGO EN RELACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LUCES Y VISTAS.

Advierte el legislador en el Preámbulo del CDFEA: “la mayor parte de las disposiciones del Libro Cuarto son de aplicación inmediata a todas las situaciones,

aun anteriores, al 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, como corresponde de ordinario al estatuto de la propiedad”. Previsión que se traslada a la transitoria vigésimo tercera del Código Foral.

Como se ha comentado el régimen jurídico contenido en el Apéndice de Derecho Foral de Aragón contenía una confusa regulación del derecho a la apertura de huecos para la obtención de luces y vistas, que las regulaba dentro de las servidumbres, bien en pared propia (art.14) bien en pared medianera (art.15), pero que la mejor doctrina entendió que, al margen de la existencia de servidumbres, el derecho a abrir huecos con esa finalidad se reconocía y se enmarcaba dentro de las relaciones de vecindad, y que dentro del art.15 debía incluirse el supuesto de apertura en pared propia y, para ambos casos, con colocación de protecciones.

Y esta interpretación es la que se imponía también en el art. 144 de la Compilación en la que se clarificó la anterior regulación que pretendió extenderse a las situaciones preexistentes en su *disposición transitoria novena* aunque, también es de reconocer, que con una imprecisa redacción, pero que no impidió al Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 1983 aplicar a unos huecos abiertos hacia 150 años, para los que negó incluso la pretensión a adquirir una servidumbre de luces y vistas, lo que no cabía “ni con el Derecho anterior ni con la Compilación”, asentándose tal facultad en la mera tolerancia vecinal. Y por basarse en la mera tolerancia, la acción para colocar las protecciones no prescribe, lo que está en consonancia, en definitiva, con la previsión del art. 444 del C.Civil que dispone la ineficacia de la tolerancia respecto de la posesión. Y por ello, la sentencia de 22 de abril de 2008 de la Sala Civil del TSJA dispone que “el vecino que soporta los huecos siempre mantendrá el derecho a reclamar y obtener el que se coloquen las protecciones legalmente previstas”.

Con el régimen transitorio del La Ley de Derecho Civil Patrimonial estas polémicas deben darse por abandonadas si no lo estaban ya, quedando claro que se pueden exigir, en huecos no distanciados, las protecciones y eliminar los vuelos sobre fondo propio cualquiera que sea el momento de construcción de las paredes y de apertura de los huecos, lo mismo en pared medianera que en pared propia.

El problema estará representado por aquellas situaciones ya enjuiciadas y en las que se entendió que había prescrito la acción para exigir la colocación de las protecciones. La polémica doctrinal sobre la prescripción de las acciones para exigir la colocación de protecciones se trasladó a los Tribunales, habiendo existido en el tiempo posiciones de la Audiencias contrapuestas, concurriendo pronunciamientos que consideraban que no prescribían²⁸, mientras que otras resoluciones

28. Sentencia Sección 2ª AP Zaragoza de 2 de marzo de 2010: “las interpretaciones han sido varias, pero la mas autorizada sostiene que, dado que la Disposición se dictó para corregir desviaciones jurisprudenciales en la interpretación del derecho histórico en este punto, lo que hay que entender es que la Compilación reafirma el régimen tradicional en luces y vistas, vigente sin solución de continuidad desde la Observancia 6ª “De aqua pluviali arcenda” hasta la actualidad. Sentido en el que se manifestó la STS 30-10-1983, que en un caso en el que las ventanas tenían una antigüedad de 150 años y daban a un patio en el que su propietario quería edificar, rechazó la posibilidad de la prescripción inmemorial por entrar en contradicción con un estado de tolerancia vecinal y declaró que la pretensión de adquisición de una servidumbre no cabía ni con el Derecho anterior ni con la Compilación, no solo porque su articulado llega a la misma solución que

mantenían posición contraria, entendiendo que prescribían por el transcurso de 30 años (SS AP Huesca 18 abril 2008 y 13 febrero 2007). Podríamos interrogarnos si quien vio desestimada su acción judicial reclamando la colocación de las protecciones por haber prescrito la acción puede ahora reclamar su colocación; si esta acción estará o no impedida por el efecto de cosa juzgada.

La cuestión es muy discutible. A mi parecer el efecto de cosa juzgada no sería obstativo a una nueva acción judicial pues entendiéndose que el nuevo estatuto de la propiedad que resulta de la Ley de Derecho Civil Patrimonial primero, y luego del Código Foral, atribuye unas nuevas facultades de cierre con un carácter de intemporalidad, el efecto de cosa juzgada no impediría la nueva acción por el alcance temporal de la misma. El art. 222.2.II Lec dispone que “a efectos de litispendencia y cosa juzgada, se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”. La cosa juzgada tiene así un límite que ha sido denominado, aun con terminología a veces discutida, como de eficacia temporal de la cosa juzgada. No se trata aquí de hechos nuevos –los “nova reperta”-, pero sí de unas nuevas facultades que el ordenamiento jurídico anterior consideraba precluídas por el paso del tiempo, o que al menos así lo consideró ya una vez un Tribunal.

Solución afirmativa que con más claridad debe darse a aquéllos supuestos, que aun enjuiciados conforme al régimen derogado, encuentran ahora una mayor permisividad: construcciones obstaculizadoras de las luces y vistas o protecciones exigibles en huecos que recaen sobre vía de uso público.

La disposición transitoria de la Ley de Derecho Civil Patrimonial instauró un criterio de retroactividad absoluta, de manera que si se entiende que alguien carecía de la potestad de exigir las protecciones o de que teniéndola la perdió, el régimen transitorio le hará tributario o nuevamente tributario de esa facultad.

VI.- ASPECTOS PROCESALES DE LAS LUCES Y VISTAS

1. La tutela sumaria (los interdictos).

1.1. La tutela interdictal de la posesión.

Todo poseedor, al margen de que tenga o no derecho a poseer, es tributario de una protección contra toda lesión no autorizada por el ordenamiento jurídico, disponiendo el art. 446 C.Civil que “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento disponen”. Previsión sustantiva que encuentra su trasunto procesal en el ordinal cuarto del art. 250.1 Lec.

la Observancia 6ª “de aqua pluviali arcenda” -el derecho del propietario vecino de cerrar los huecos con su edificación-, “aplicable a la situación actual según claramente indica la transitoria 9ª del texto compilado, el cual solo niega efecto retroactivo a las modificaciones concernientes al régimen de usucapión de servidumbres”, que no se produce en el ámbito de las relaciones de vecindad”.

Lo llamativo de la tutela del poseedor es que se protege un hecho por ser tal, al margen de la justicia de esa posesión. En la tutela sumaria la posesión se muestra como un hecho, que como decimos se eleva a Derecho en la medida en la que debe ser mantenido o respetado en la posesión. Dice Hernández Gil²⁹ que “no se trata sólo de que el hecho no sea indiferente jurídicamente y produzca consecuencias de este orden, sino que tales consecuencias consisten en integrar la posesión en la estructura de los derechos, dispensándole una protección similar a la de éstos, si bien de manera previa o provisional, con subordinación a lo que resulte sobre el derecho a poseer”.

De aquí se derivará una doctrina clásica en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales conforme a la cual el ámbito de los interdictos de retener y de recobrar se limita al hecho posesorio, protegiendo a éste frente a cualquier acto perturbatorio o de despojo. En el ámbito de estos procesos la posesión como hecho se eleva a derecho en la medida en la que el poseedor ha de ser respetado y, en caso de perturbación, mantenido o repuesto en la posesión. El derecho de poseer (*ius possessionis*) se antepone al derecho a poseer (*ius possidendi*), en cuanto está tutelado por sí mismo y frente a este último que para hacerse prevalecer se deberá acudir a cauces procesales diferentes a los interdictales. Tanto es así que esa diferencia es la que originó la denominación de <interdictum> que reemplazó a la de <actio>. Al interdictante le bastará probar la previa posesión y el acto de despojo para lograr la tutela que se pretende con este proceso. Es pues un procedimiento de orden, de policía.

Pero los interdictos posesorios tienen sobre todo una proyección procesal que puede darles una cobertura de aplicación todavía mayor del que puede resultar de la tutela de la posesión. Dispone así el ordinal cuarto del art. 250.1 Lec que se decidirán por el juicio verbal las demandas “que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho”.

En las Audiencias se destaca que estos procedimientos “encuentran su razón de ser en el sentido y alcance de la función jurisdiccional. Esta responde a la necesaria alternativa a la negación de la facultada de autotutela de los particulares, quienes para ver reconocidos los derechos subjetivos que les puedan ser conculcados deben, necesariamente, acudir a los Tribunal de Justicia. No pueden, por su sola autoridad, pretender el restablecimiento de sus derechos. Lo que, como privilegio excepcional, sólo, y con ciertas limitaciones, se reconoce a favor de la Administración” (sentencia de la Sección Quinta de esta AP Zaragoza de 2 de junio de 2004).

Advertir aquí que, armonizando la regulación procesal con la sustantiva, ahora en la Lec 2000 sí que se recoge la protección sumaria de los derechos. A estos efectos dice De Castro Fernández³⁰ que “poseíble será un derecho en la medida que sea susceptible de apropiación, según resulta del artículo 437 en relación con el 333. Por consiguiente, es menester aptitud para el tráfico jurídico y contenido

29. HERNANDEZ GIL, Antonio, “La posesión”, edit. Civitas, Madrid 1982, pág 693.

30. DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, “La protección interdictal: amplitud”, edit. Colex, Madrid 1986, pág. 39.

patrimonial, en el sentido de que recaiga sobre la utilización de cosas con poder de hecho o ejercicio duradero. Sin tal substrato de la relación entre sujeto y objeto, exteriormente manifestada, no puede hablarse de posesión protegible". Por su parte Lacruz advertirá³¹, con relación a los arts. 437 y 430 del CC, que "proclaman la extensión de la tutela interdictal a cualquier influencia física limitada sobre la cosa: así, si uno usa la finca ajena exclusivamente para pasar por ella, podrá defender el derecho a seguir pasando, pero no cualquiera otra inmisión distinta, mientras el tenedor de la finca hará valer su tenencia genérica frente a cualquier perturbador. Del primero puede decirse que tiene la servidumbre de paso, y en tal sentido cabe hablar de una "posesión de derecho", pero no como algo distinto de la de las cosas y contrario a ella, sino como una medida de la influencia sobre la cosa protegida por el interdicto. Lo protegido aquí, objeto y fuente a la vez del "derecho a seguir teniendo", son siempre contactos físicos sobre las cosas y no los derechos, que sólo señalan y concretan la diversa intensidad de tales contactos"

1.2. La distinción entre los procedimientos de tutela sumaria de la posesión y el procedimiento para la suspensión de una obra nueva.

Es muy importante distinguir, sobre todo por la insuficiencia de la regulación procesal, a su vez, dentro de esos procedimientos destinados a reprimir conductas de facto aquéllos que están destinados a recobrar la posesión perdida del de suspensión de una obra nueva.

Aun con un mismo origen remoto y también una misma razón de ser terminan siendo procesos relevantemente diferentes en cuanto a su ámbito y alcance. La diferencia está en que el de suspensión de obra nueva es un supuesto específico y excluyente del de tutela sumaria de la posesión que atiende a las peculiaridades de la forma de la agresión a la posesión y, ya veremos que, aquí además, a los demás derechos reales.

El legislador no desconoce que la agresión a la posesión puede realizarse mediante un acto, como es la ejecución de una obra nueva, de una gran trascendencia económica. Ante esos supuestos el legislador ponderadamente considera que resultaría desproporcionado hacer prevalecer la posesión al derecho mismo a poseer, con la seciente demolición, acto definitivo, de la obra ejecutada. Prevalencia declarada en un procedimiento sumario que luego puede quedar desdecida en el posterior plenario. Aparte de la consolidación de derechos que en determinados supuestos puede conllevar la consumación de la ocupación de lo ajeno.

Para estos supuestos de agresión al estado posesorio a través de la ejecución de una obra nueva, el legislador impone, aunque no sea muy explícito en este sentido, un procedimiento específico, en el que la tutela de la posesión se limita a lograr paralizar la agresión, esto es la obra nueva, remitiendo a un juicio definitivo la resolución del verdadero derecho de cada parte. Por eso tal protección de la posesión pierde su sentido cuando se trata de una obra nueva ya terminada, pues

31. LACRUZ BERDEJO, J.L., "Contribución a una pedagogía de la posesión", Estudios jurídicos en homenaje al profesor F. de Castro", Vol. II, Tecnos, Madrid 1976, pág. 63.

ya se ha consumado la agresión a la posesión. El procedimiento suspensivo sería ya intempestivo (Sentencia de AP Zaragoza Sección 5ª de 24-3-2003).

En los procedimientos en los que la agresión a la posesión se realiza a través de una obra nueva, no basta la mera posesión previa para el éxito de la acción de tutela. En estos procedimientos, aunque sea realizándose un juicio sumario y provisionalísimo, se ha de cotejar el mejor derecho de cada parte. La mera tenencia no va a prevalecer en todo caso ya frente al mejor derecho del demandado. No es pues un mero juicio posesorio. Se van a confrontar títulos, aunque se examinen con la realización de un juicio meramente provisional. El mejor derecho prevalecerá sobre la posesión como hecho y el demandado, de lograr acreditar su mejor derecho, podrá seguir con la construcción. Y si prospera la demanda su efecto será hacer definitiva la suspensión hasta que en juicio plenario pueda afirmarse una prevalencia de derechos y títulos diferente a la que resultó del proceso sumario.

Las consecuencias de estas consideraciones son sustanciales por cuanto el ámbito del proceso sumario suspensivo se amplía sobremanera, ya que el mismo no se va a ver limitado a la posesión como hecho sino a cualquier derecho real posesorio. No la tutela de la legalidad urbanística: si por una construcción se tapan las vistas para poder acceder al proceso sumario suspensivo hay que invocar un derecho real, no el que la construcción que obstaculiza las vistas incumpla el planeamiento urbanístico; pues el respeto a la legalidad urbanística no se puede tutelar por el juez civil³².

1.3. La tutela interdictal de la posesión tolerada.

Los actos tolerados no dan ni quitan posesión, responden a la mera cortesía o relaciones de familiaridad, amistad o buena vecindad conforme a los usos sociales y se manifiestan de una manera esporádica u ocasional, de suerte que ni

32. Valga para constatar que al día de hoy el posicionamiento de las Audiencias Provinciales en contra del interdicto de obra nueva como instrumento de defensa de la legalidad urbanística es masivo (a modo de ejemplo sentencias AP Toledo, S. 2ª 207/2010, de 17 de septiembre, de la AP S. 5ª AP Zaragoza 412/2000, de 14 de junio, de la AP de Málaga, S. 5ª, de 9 de febrero de 2007, de la AP Huelva de 24 octubre de 2003). Este criterio de las AP Provinciales se asienta en una doctrina jurisprudencial de la misma Sala primera TS, entre otras sentencias de 20 de enero de 1983, de 5 de junio y 9 de noviembre de 1986 y 9 de noviembre de 1988. La mencionada sentencia de 20 de enero de 1983 razonará que "cuando la discrepancia surge entre particulares y el hipotético infractor se halla legitimado por un acuerdo de la Administración, no podrá pretenderse, sin más, el derribo acudiendo a la jurisdicción común, desprovista de facultades para anular el acto legitimador emanado del órgano competente". En una línea más coherente defenderán que el juez civil puede paralizar y demoler la construcción que cuente con licencia siempre que la construcción afecte a derechos privados, como lo harán las sentencias TS de 18 de julio de 1997 y, sobre todo, la sentencia 457/1997, de 30 de mayo urbanístico. La posibilidad de que el Juez civil analice la adecuación a la legalidad urbanística ha encontrado apoyo normativo en la legislación del Suelo en la que, históricamente, se ha querido ver que se habilitaba para ello el Juez civil. Tal acción se encuentra actualmente recogida en el art. 49 del TR de la Ley del Suelo de 2008 (R.D. Legislativo 2/2008, de 20 de junio); pero esa regulación nunca ha terminado de aclarar ni a quien se atribuye competencia alguna ni qué es lo que le atribuye. Solo su rúbrica, "acción ante los Tribunales ordinarios" es ya un auténtico fósil jurídico procesal. Que en el año 2008 se intente referenciar el tribunal ordinario al juez civil es, desde una perspectiva constitucional y en base a la Ley Orgánica del Poder Judicial, algo inaudito. El peso de la distribución competencial de los distintos órdenes jurisdiccionales impuesto en la mencionada LOPJ termina imponiéndose al de las previsiones de las recurrentes legislaciones urbanísticas. Vuelven en el fondo a aflorar aquí las dificultades de coordinación entre el derecho urbanístico y el civil en cuanto integradores del estatuto jurídico de la propiedad. En sede de luces y vistas, que es lo que aquí interesa, baste decir que también la prohibición de retranqueos laterales, que es la norma de planeamiento de mayor potencial incidencia en estas relaciones de vecindad, puede estar apoyada por relevantes intereses públicos: desde el valor estético del planeamiento urbanístico, valor en alza, hasta la de evitar que esos retranqueos se conviertan en focos de inseguridad o de insalubridad ciudadana.

el concedente entiende abdicar de ningún derecho, ni el tolerado pretende haber adquirido posesión alguna.

Si la tolerancia no afecta a la posesión bien se concluirá que no puede fundar una tutela interdictal. Es ésta la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia. Cuando el art. 446 CC otorga la protección a “todo poseedor” está relativizando y unificando las distintas categorías de posesión, pero nunca se puede llegar al extremo de considerar que incluye lo que no es posesión. Y no lo es la que, conforme dispone el art. 444 CC no afecta a la posesión, como lo es la meramente tolerada. Así De los Mozos, para quien “únicamente alcanzan la categoría jurídica de la posesión aquellas situaciones que consisten en un poder autónomo sobre la cosa”³³, mientras que para Lacruz “la tenencia tolerada es inepta a efectos de la posesión; pero intervertido el título en la posesión tolerada, estará defendido erga omnes, contra el despojo que, a su vez, pueda sufrir”³⁴.

1.4. La tutela interdictal conforme al CDFa.

Si el Código Foral dice que las relaciones de vecindad son de mera tolerancia (ya hemos visto que no solo se presumen sino que son y solo pueden ser tolerancia) para quien las disfruta y para quien las soporta, y si, como hemos explicado, la posesión meramente tolerada no es tributaria de ésta protección, bien se habría de concluir que ni uno ni otro pueden acudir a la tutela interdictal.

Pero en la medida en la que se trata de una *tolerancia reglada, sometida a norma, en la que tolerancia y deber operan en planos diferentes*, podríamos plantearnos si es factible que quien disfruta y quien las soporta puede acudir a esta tutela. Si además recordamos que la tutela frente a aquéllas agresiones en los derechos reales posesorios lo son habitualmente mediante obra y construcción y que frente a ésta agresión la respuesta jurídica no puede ser la tutela meramente posesoria sino la suspensiva, bien se comprenderá las escasas posibilidades que quedan para, dentro de la relación de vecindad, acudir a la tutela interdictal.

Desde el punto de vista de **quien soporta** las luces y vistas podría plantearse si se puede presentar interdicto frente a quien las disfruta cuando este abre huecos no distanciados sin las pertinentes protecciones o con voladizos, considerándose tal actuación una agresión a la posesión. En realidad la cuestión entroncaría con el carácter positivo o negativo de la inmisión. Así el art. 575 CDFa nos dice didácticamente que la servidumbre de luces y vistas no aparente no es susceptible de posesión y el previo art. 574 CDFa que solo los voladizos sobre finca ajena son signos aparentes de servidumbres, bien se concluirá que la vía interdictal no parece la más adecuada para exigir la colocación de las protecciones o la supresión de los voladizos sobre finca propia.

Desde el punto de vista de **quien disfruta** esas luces y vistas ya hemos visto que la actuación normal que obstaculice las mismas será la obra o construcción. Y ya hemos visto que la reacción frente a una obra nueva ha de ser el interdicto

33. De los Mozos, J.L., “tutela interdictal de la posesión”, edit. Revista de Derecho Privado, 1962., pág 161.

34. Lacruz Berdejo, J.L. Contribución a una pedagogía de la posesión, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor F. De Castro, edi. Tecnos, Madrid 1976, pág. 294.

prohibitorio no el recuperatorio. Tal tutela no se puede basar en las meras relaciones de vecindad por ser expresión de mera tolerancia.

En definitiva se puede distinguir dos supuestos atendiendo a que la agresión se haga mediante obra o con otro acto obstaculizador de las vistas si construcción:

Cuando la agresión se realice mediante a una construcción el que disfruta de esa servidumbre no puede acudir a la tutela meramente posesoria sino a la suspensiva; en este procedimiento, necesariamente, se tiene que ver en la necesidad de invocar una verdadera servidumbre de luces y vistas que, como antes hemos explicado, se examinará en el mismo proceso sumario, aun con un alcance provisional. En este sentido se pronunciarán las sentencias de la Sección 2ª de la AP Zaragoza nº 127/2010, y la de 2 de marzo la de la Sección 4ª de la misma Audiencia nº 657, de 3 de diciembre de 2008.

El segundo supuesto es cuando la agresión no se ejecute mediante construcción (recordando el anterior ejemplo de obstaculización de los huecos con un armario de resina). Aquí hay que distinguir el supuesto en el que se alegue un derecho de servidumbre, sea aparente o no (para este último caso con necesidad de título diferente a la usucapión) del que, aun careciendo de servidumbre, se pretenda hacer valer el mero disfrute de esas luces y vistas, meramente toleradas sí, pero también sometidas a norma. Por ende sin que pueda desconocerse por el que las soporta de otra manera que no sea conforme a la regla jurídica.

En contra de que pueda considerarse situación posesoria se pronunciará la AP de Huesca en su sentencia 179/2008, de 31 de julio, aunque en razonamiento contenido en un procedimiento suspensivo de obra nueva, en la que se razonará que “la mera existencia de unas ventanas, que no consta que tengan voladizos invadiendo el predio contiguo, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, pues el actor es muy libre de tener o no en su propia finca una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio, de modo que las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamente se disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces”.

Y en contra también de la tutela sumaria de la mera posesión de luces y vistas la sentencia AP Zaragoza, Sección 2ª nº 127 de 2 de marzo de 2010: “en lo que toca a los “derechos de luces “ cuya respeto se pide, se comparten las consideraciones de los párrafos 3º y 4º del FJ 4º de la sentencia, conforme a las cuales las luces y vistas que la actora trata de preservar quedan fuera de la protección interdictal. La existencia de ventanas abiertas sobre el fundo colindante no es en Aragón signo aparente de la existencia de servidumbre de luces y vistas. El art. 144 de la Compilación establece el régimen ordinario de la propiedad inmobiliaria en Aragón, admitiendo que cualquier persona, sea en pared propia o medianera,

pueda abrir huecos para luces y vistas como desee, sin que tal facultad limite el derecho del propietario del predio sirviente a edificar o construir en él sin sujeción a distancias”.

Aunque potencialmente se pudiera dar una respuesta positiva a estos interrogantes y se concluyera que es factible reaccionar interdictalmente ante conductas que no respetan el recíproco respeto reglado entre los fundos, la actual regulación hace poco útil el interdicto meramente posesorio. Se arriesga el interdictante a ver desestimada su pretensión en base a conceptualismos que le nieguen la posesión de las luces y vistas cuando, en la mayoría de las veces, normalmente por el mismo procedimiento, el juicio verbal, podrá hacer exigir, ya como declarativo plenario, el sometimiento a la norma de la conducta del vecino que la desconoce. Como por ejemplo colocar las protecciones. Por tanto apoyarse en la tutela sumaria debe hacerse sólo cuando se tenga claro el título de una servidumbre de luces y vistas ya constituida, sobre todo frente a la agresión a la misma consistente en edificación o construcción. Pero aquí, necesariamente, acudiendo al procedimiento suspensivo (interdicto de obra nueva).

2. La vía declarativa.

El juicio declarativo, ordinario o verbal, será el cauce en el que han de dilucidar normalmente estas cuestiones. Es un proceso, entre en juego o no la servidumbre, que se sigue por razón de la cuantía, no en razón de la materia. Lo que será relevante en materia de recursos. Podemos distinguir también:

a) La posición de quien tiene abiertos los huecos y disfruta de luces y vistas frente a la conducta del que las obstaculiza. Si es titular de una servidumbre, por cualquier título, deberá ejercitar una acción confesoria de tal servidumbre así como una condena de hacer para eliminar la actuación obstaculizadora del disfrute de luces y vistas.

Si no se es titular de una servidumbre sólo puede reaccionar frente a aquéllas conductas que no estén amparadas en la regla o norma legal. No podría accionar cuando la obstaculización proviene de las conductas permitidas en el art. 550 CDFA, esto es edificación y construcción o tutela de la intimidad. Fuera de esos ámbitos solo puede accionar si la conducta que anula las luces y vistas no queda amparada por el CDFA. Ya antes hemos indicado el debate que se puede generar respecto el aprovechamiento no constructivo. Aun la construcción o edificación se podrían combatir si se incurriera en un abuso de derecho.

b) El que soporta las luces y vistas tiene acción para exigir el sometimiento a la regla de la apertura de huecos y luces por el fundo vecino. Sería éste el supuesto de la acción para exigir la colocación de las protecciones o supresión de los voladizos. Estas acciones no necesitan, por sí mismas, venir acompañadas de una acción negatoria de servidumbre. No hay que pedir primero que se declare que no se soporta servidumbre de luces y vistas y luego que se condene al vecino a colocar protecciones en sus huecos. No lo será porque reiteradamente el CDFA nos dice que la ausencia de tales protecciones no es signo aparente de servidum-

bre. Luego ha de ser el demandado quien excepcione que es tributario de una servidumbre y que por tanto no está obligado a colocar reja y red.³⁵

Existe una notable confusión en el uso forense sobre cuando, en la posición pasiva en el proceso, con relación a la necesidad de invocar la constitución, modificación o extinción de una servidumbre, puede la parte limitarse a plantear excepción y cuando se necesita reconvenir. En lo que aquí interesa³⁶ y con relación a la servidumbre de luces y vistas, si no hay voladizo sobre el fundo de quien acciona, sólo se podrá invocar el título resultante del acuerdo de voluntades y no la usucapión. La parte demandada no necesitará en tal caso reconvenir: bastará que excepcione, y pruebe, que hubo un acuerdo de voluntades suficiente y válido en Derecho constitutivo de esa servidumbre.

Diferente puede ser el tratamiento si existe signo aparente, esto es voladizo sobre el fundo de quien acciona. En este caso, y siempre desde la perspectiva del demandado, puede parecer que hay que ejercitar la acción negatoria de servidumbre; por tanto ejercitar reconvencción. Pero tampoco puede considerarse estrictamente necesaria, pues la servidumbre ganada por usucapión (y potencialmente el título) es una forma de constitución de la servidumbre que, aunque ha generado dudas, se considera puede hacerse valer por vía de excepción (STS 11/11/2002). Aunque nunca puede apreciarse de oficio (STS 1148/2006, de 14 de noviembre: frente a una prescripción adquisitiva de una servidumbre de luces y vistas alegada por primera vez en casación se razonará que “la prescripción, además, no es una excepción que pueda ser acogida de oficio porque no es de orden público, hay que alegarla pero no extemporáneamente”).

Una advertencia procesal última: cuando la acción ejercitada afecte a elementos comunes de un edificio en régimen de comunidad, lo que en esta materia ocurrirá casi siempre, existe una situación litisconsorcial que exige llamar al proceso siempre a la comunidad de propietarios (SSAP Zaragoza nº 1/2005, de 10 de enero y la nº 288/2009, de 12 de mayo).

3. Régimen de recursos

Los procesos de tutela sumaria, sean los meramente posesorios, sean los suspensivos, son tributarios del recurso de apelación. Siendo procedimientos seguidos por razón de la materia tendrán siempre acceso al recurso de casación, por más que el Tribunal Supremo, bajo la vigencia de la Lec 2000 haya sido tan extraordinariamente restrictivo que, salvo error mío, nunca ha admitido a trámite

35. Según la sentencia de la Sección 4ª de la AP Zaragoza 404/2009, de 24 de julio, la mera apertura de huecos no distanciados sin protecciones no justifica una acción negatoria de servidumbre por “no suponer ninguna servidumbre”. La sentencia AP Zaragoza, Sección Quinta 414/2004, de 6 de julio, participando del mismo criterio, califica de discutible el contenido en la sentencia TS de 18 de julio de 1997, que se mostró favorable a esa acción de oposición a las vistas mediante la acción negatoria de servidumbre.

36. En el CDFA es apreciable una notable tendencia, en sede de servidumbres, a configurar supuestos en los que la mera concurrencia de las circunstancias definidas legalmente no generan por sí la constitución, modificación o extinción de la servidumbre sino solo el derecho “a pedir” o “a exigir” su creación, modificación o extinción, de manera que si el titular del predio colindante no reconoce las condiciones de ese derecho nunca será suficiente, estando como demandado en un proceso judicial, la excepción, pues se estará excepcionando un derecho inexistente. Y que no existirá en tanto no medie un pronunciamiento judicial, que tendrá así siempre un carácter **constitutivo**. Y eso exige, cuando se ocupa la posición procesal de demandado, siempre, reconvencción.

recurso de casación en estos procedimientos. Subyace en este posicionamiento, en mi opinión, la consideración de que es cuestión que puede volver a dilucidarse en un declarativo, por lo que un criterio restrictivo en sede de admisión de casación no causaría lesión definitiva de derechos.

Pero respecto a los procesos declarativos en los que se ejerciten acciones relativas a luces y vistas, en la medida en la que se siguen por razón de la cuantía es importante tener en cuenta la reforma operada en la Lec por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que ha dado nueva redacción al art. 455. 1 Lec, que expresamente ha exceptuado de la segunda instancia a “las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía *cuando ésta no supere los 3.000 euros*”. *Si no se supera dicha cuantía nos encontramos ante procesos de instancia única.*

Lo que debe obligar a tener cuidado en sede de fijación de la cuantía en el juicio verbal. Si no se supera esa cifra se verán las partes privadas del recurso de apelación. También de toda potencial casación, pues ésta se da, lo mismo en la LEC que en la Ley aragonesa de casación, respecto de las sentencias dictadas en segunda instancia. Por tanto conforme al art. 255.3 Lec el demandado, de no mostrarse conforme con la cuantía fijada por el demandante, debe impugnar la misma en el acto del juicio; cuestión que debe quedar resuelta en el acto de la vista. En definitiva ambas partes deben ser conscientes de la trascendencia de fijar la cuantía en los procedimientos que, seguidos por razón de la cuantía, no de la materia, deban dilucidarse por los trámites del juicio verbal. Y que la misma supere o no los 3000 euros.

Si se ha accedido a la segunda instancia la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, admite el recurso en dos supuestos (art.2 de la mencionada Ley), uno en atención a la cuantía, cuando ésta exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo. El juego de las reformas procesales estatal y autonómica ha llevado a que la *summa gravaminis* sea idéntica para la apelación que para la casación, de manera que aunque potencialmente el asunto presentara interés casacional, por no alcanzar esa cifra, ni tendrá apelación ni tendrá acceso a la casación.

Y el segundo supuesto será cuando la resolución dictada en segunda instancia presente interés casacional. Y lo tendrá en los supuestos del art. 3 de la Ley 4/2005. La especialidad aragonesa, que se apartaba así de la interpretación del TS, era que “el interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía” (art. 2.2 Ley 4/2005). Se apartaba, como se ha dicho, así el legislador aragonés de la interpretación jurisprudencial del TS, aun no seguida por la Sala Civil del TSJA, de que los casos de recurribilidad en casación constituirían supuestos “exclusivos y excluyentes”, de manera que el procedimiento seguido por razón a la cuantía no podía acceder a la casación por interés casacional ni, a la inversa, el seguido en atención a la materia podía tener acceso en atención a la cuantía. Esta peculiaridad ha dejado de ser tal, pues el legislador estatal también ha rectificado el criterio interpretativo del TS en la mencionada reforma de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de

agilización procesal, que ha dado nueva redacción al art. 477.2 Lec, de suerte que el supuesto de recurribilidad en casación por presentar la resolución interés casacional, lo será, bien cuando la cuantía del proceso no excediere de 600000 euros o se haya tramitado por razón de la materia; pero ello para "*ambos casos*".

En definitiva que si no supera la cuantía de los 3000 euros no tendrá acceso a la segunda instancia. Por tanto sin acceso a la casación en ningún caso. Y si excede de esa cuantía tendrá acceso a la casación foral tanto por razón a la cuantía como cuando concurra interés casacional.

SEGUNDA PARTE. I.- RELACIONES DE VECINDAD

DAVID ARBUÉS AÍSA

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: 1. OBSERVANCIAS. 2. PROYECTOS DE TEXTOS LEGALES. 3. LOS TEXTOS LEGALES. A) Apéndice de 1.925. B) Compilación de 1967. III. REGULACION ACTUAL EN EL CODIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGON. 1. Artículo 545. Régimen normal de luces y vistas. 2. Artículo 546. Toma de medidas. 3. Artículo 547. Huecos en pared medianera;. 4. Artículo 548. Voladizos. 5. Artículo 549. Protecciones. 6. Artículo 550. Derecho a edificar o construir. 7. Disposición transitoria vigésimo tercera.

I.- INTRODUCCIÓN.

Como consecuencia de la aprobación de la Ley aragonesa 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, y su posterior refundición en el Código del Derecho Foral de Aragón, la regulación de las relaciones de vecindad, y en particular lo referente al régimen normal de luces y vistas, ha sido objeto de actualización, definiendo conceptos, aclarando supuestos que daban lugar a frecuentes pleitos y desarrollando el régimen normal de luces y vistas en el contexto de la regulación de las relaciones de vecindad que, en relación a la regulación anterior, sin llegar a una regulación completa como advertía la Sentencia TSJA núm. 6/2008 de 14 julio. (RJ 2009 \ 510)¹, incluye unos artículos previos de general

1. STSJA núm. 6/2008 de 14.7.2.008.

La Compilación Aragonesa no contiene, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el catalán, una regulación completa de las relaciones de vecindad, sino que la misma se limita a ordenar lo concerniente a la inmisión de raíces y ramas y al régimen normal de luces y vistas. Tampoco en el Código civil hay una disciplina general de las relaciones de vecindad, más allá de la regulación dedicada a algunos de sus particulares conflictos, ni hay tampoco una regla definitoria del límite de la tolerancia en las inmisiones en propiedad ajena. Pero como se expresó ya en la STS de 12 de diciembre de 1980, si bien el C. Civ. 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

aplicación, bajo la regla de que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina, sin 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.

El régimen normal de luces y vistas se ha entendido como «un modo de ser la propiedad en Aragón» y así deberá entenderse para la coherente interpretación del sistema. Supone un modo de ser para la propiedad de ambos vecinos.

Siguiendo la regulación contenida en la Compilación del Derecho Civil de Aragón se introducen algunas novedades que se explican en el apartado de los artículos concretos.

Es esta una de las materias más estudiadas y debatidas en el ámbito de los derechos reales en Aragón. También ha ocasionado frecuentes pleitos, así queda patente por las numerosas sentencias dictadas sobre el particular.

El nuevo Código dedica el Capítulo V del Título primero del Libro Cuarto, artículos 545 a 550, a la regulación de luces y vistas como ejercicio normal de relaciones de vecindad, artículos que vienen relacionados con los artículos 574 a 576, sobre servidumbre de luces y vistas.

Facilita la comprensión del sistema aragonés de luces y vistas lo que con criterio general dice la exposición de motivos para las relaciones de vecindad, y en particular para luces y vistas:

“Cuanto se diga sobre las conductas permitidas y las situaciones toleradas de acuerdo con las reglas de vecindad no son expresión o consecuencia de un particular derecho subjetivo ni propician su adquisición. Son meras facultades o mero ejercicio de la libertad, que, por eso, ni consolidan derechos ni el paso del tiempo impide el ejercicio de las acciones dirigidas a exigir la correcta observancia de las normas....”

Estas luces y vistas no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina, cuyo titular podrá ejercitar todas las facultades dominicales como estime conveniente, con los límites genéricos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo.”

Lo dicho en relaciones de vecindad, como modo de ser la propiedad en Aragón, va unido a la condición de propietario del fundo, lo que no obsta a que “los vecinos” puedan acordar libremente, aunque no tengan la consideración de propietarios, pero sólo a ellos obligará lo acordado. En tal sentido se pronuncia el actual artículo 537 del CDFA².

comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1908. En general, se entiende que si la inmisión no rebasa los límites de lo tolerable, el vecino debe soportarla. Ahora bien, esto debe entenderse referido a la actividad que se desarrolla en el fundo propio, incidiendo o prosiguiendo en el contiguo. Es decir, en tanto que las inmisiones suponen una intromisión indirecta en la finca del vecino, las intromisiones o injerencias directas son constitutivas de servidumbres (así lo ha entendido también el TSJ de Cataluña en sus sentencias de 26 de marzo de 1994 y 21 de diciembre de 1994.

2. CDFA Artículo 537. Relaciones de vecindad. 1. Los vecinos podrán establecer normas específicas para sus relaciones de vecindad, que obligarán únicamente a quienes las acordaron.

II.- ANTECEDENTES HISTORICOS:

1. Observancias.

Los antecedentes históricos nos llevan hasta la Observancia 6ª *De aqua pluviali arcenda*³.

“Asimismo se observa que cualquiera, al arbitrio de su voluntad, hace abrir ventanas en pared común, no sólo para tener luz sino también para obtener vista -aunque el dueño de las casas vecinas, si construye un edificio que sobresalga por encima de esas ventanas, puede cegarlas-. Esto tiene lugar cuando la casa vecina puede tener luz de sí misma o de otra parte. Pues, de lo contrario, si -por cerrar dicha ventana- la casa vecina se ve privada de luces y no puede tener la iluminación de otra parte, entonces está obligado a dar o dejar a dicha casa convecina la luz necesaria según el arbitrio del Juez, ya sea mediante otra, no sea que -falta absolutamente de luz- la casa se haga inútil para el dueño. Esto es conforme al uso del Reino y la buena equidad.”

Con las necesarias adaptaciones, que el simple paso del tiempo requiere, podremos alcanzar la regulación actual del detallado examen del contenido de la anterior Observancia.

2. Proyectos de textos legales.

Los sucesivos proyectos han seguido la tradición histórica.

FRANCO Y LÓPEZ⁴ recoge, en su Memoria, la facultad habilitada por la Observancia, la refiere tanto a la pared propia como a la medianera, en el supuesto de pared propia debía estar “contigua” al predio ajeno, es decir que estuviese “tocando el predio ajeno”, obliga a dotar de protección, señalando la dimensión máxima del cuadro de la red (dos centímetros), la facultad del propietario del fundo vecino de cerrar dicho huecos edificando, permite impedir las vistas si el vecino dedicase su fundo a huerto, jardín o almacén, antecedente de los supuestos de protección del derecho de intimidad, ahora recogidos en la nueva regulación.

3. Observancia 6ª *De aqua pluviali arcenda*, del Libro VII: “Item observatur, quod quilibet in pariete communi facit fieri fenestras, non solum ad lucem, sed etiam ad prospectum, quamvis dominus domorum vicinarum, si aedificium construxerit, quod emineat super talem fenestram claudere eam possit: quod habet locum ubi vicina domus de se, vel aliunde, lumen habere potest: quia alias si propter dictae fenestrae clausuram vicina domus luminibus privaretur, & aliunde lumen habere non posset; tunc per ipsam fenestram, vel per alia lumen competens arbitrio Iudicis domui conveniae praefatae dare aut dimittere tenetur, ne in totum luminibus obscurata domus, inutilis ipsi domino reddatur, secundum usum Regni, & bonam aequitatem.”

4. FRANCO Y LÓPEZ, Luis, Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer, escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Zaragoza, 1886.

Artículo 44. «El propietario de un edificio puede abrir, lo mismo en pared común o medianera que en la de su exclusiva pertenencia que se halle contigua a predio ajeno, las ventanas de las dimensiones que tenga por conveniente, tanto para luces como para vistas; pero debe colocar en ellas reja de hierro y red de alambre, cuyas mallas no han de tener más de dos centímetros de longitud. Empero el dueño del predio contiguo podrá en cualquier tiempo edificar en él, cerrando las tales ventanas; y aun sin edificar tendrá derecho a oponerse a que por ellas pueda verse su propiedad, si la destinare a huerto o jardín, o a tener almacenados o conservados en ella efectos de cualquier especie.» (artículo 59 de la Adición a la Memoria)

El Proyecto de Código Civil de Aragón de 1899⁵, conocido como Proyecto RIPPOLLES, en su artículo 44 mantenía, en esencia, lo propuesto por FRANCO Y LÓPEZ. No obstante refería este régimen de huecos al “poseedor de un edificio”, no sólo al dueño, lo cual fue criticado por ALONSO LAMBÁN alegando que en la primitiva Observancia Sexta «De agua pluviae arcenda» no existe fundamento suficiente para tal amplitud, que, de hecho, no fue recogida en ninguno de los Proyectos posteriores, ni en el Apéndice de 1.925, ni en la Compilación, ni en el actual Código.⁶

El Proyecto de Apéndice del Código Civil General de 1904⁷, Proyecto GIL BERGES, en su art. 236, -cuya transcripción al Apéndice y ubicación sistemática será objeto de crítica como veremos- vuelve a referir la facultad al condueño, aunque ahora lo hace sólo respecto de pared medianera, para abrir en toda su altura si los demás interesados no tienen en su lado edificaciones, o por encima del punto común de elevación si las tienen los huecos que le convengan con destino a luces y vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas y con las mismas protecciones que señalaba el Proyecto de 1899.

3. Los textos legales.

A) Apéndice de 1.925.

El artículo 15 del Apéndice de 1925⁸, tomando como antecedente el artículo 236 del Proyecto de 1904, regulaba la facultad, ahora nuevamente del condueño, de abrir huecos, con protecciones, y facultando el cierre con nuevas construcciones. Por la referencia exclusiva a pared medianera y su ubicación sistemática, servidumbres, causó problemas interpretativos sobre la aplicación de lo previsto

5. Proyecto Apéndice al Código Civil. 1899.

Artículo 44

El poseedor de un edificio puede abrir en la pared propia, medianera o común, contigua a predio ajeno, ventanas de las dimensiones y a la altura que quiera para luces y vistas; pero deberá colocar en ellas rejas de hierro y red de alambre cuyas mallas tengan a lo más dos centímetros de longitud.

El dueño del predio contiguo podrá en cualquier tiempo edificar en él y cerrar las ventanas, y aun sin edificar podrá oponerse a que por ellas se domine el predio, si lo destinase a huerto o jardín.

6. En tal sentido la SAPZ, sección 2ª, 11.07.1992 al analizar la legitimación pasiva en un supuesto de inmueble en arrendamiento financiero y la innecesariedad de demandar al arrendatario financiero.

7. Proyecto Apéndice al Código Civil Aragón, 1904, arts. 235 y 236

Artículo 236.- Iguualmente está facultado el condueño de una pared medianera por razón de su derecho efectivo en ella, para abrir en toda la altura si los demás interesados no tienen en su lado edificaciones, o por encima del punto común de elevación si las tienen, cuantos huecos le convengan con destino a luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, pero colocando rejas de hierro remetidas y redes de alambre cuyas mallas no excedan de 0.02 metros de lado.

En cualquier momento, sin embargo, mientras no se haya hecho lugar a la prescripción de que habla el apartado primero del artículo 233, le será lícito a los comuneros obstruir los huecos de referencia con nuevas construcciones.

Cuando por virtud del cierre de los huecos se privase enteramente de luz al predio que la disfruta sin poder dársela con reformas en él, decidirá el Juez si han de conservarse aquéllos o han de practicarse otros que sean suficientes.

8. Art. 15 del Apéndice Foral: “El condueño de pared medianera está facultado para abrir en toda la altura de ella, cuando los demás interesados no tienen en su lado edificaciones, o bien por encima de la común elevación, cuando las tienen, cuantos huecos le convengan con destino a luces o vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas; pero habrá de colocar rejas de hierro remetidas y redes de alambre, cuyas mallas no excedan de dos centímetros de lado.

En cualquier momento, sin embargo, podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos.”

en el art. 14⁹, adquisición por prescripción de servidumbres continuas y aparentes, al decir en su tercer párrafo que “no obstante, cuando el dueño exclusivo de un muro abra en él huecos para luces y vistas sobre el suelo ajeno contiguo, el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino, cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen”.

Alguna crítica se ha hecho a la distinción de huecos para luces o para vistas, al entender que se recogían dos tipos de huecos diferentes, no obstante parece evidente que todo hueco para vistas lo será también para luces, aunque puedan existir huecos con esta única finalidad.

Así el condueño puede abrir huecos en toda la altura de la pared, cuando los demás interesados no tienen en su lado edificaciones, o bien por encima de la común elevación cuando las tienen y con las protecciones de reja y red señaladas desde FRANCO Y LÓPEZ.

Recoge igualmente, en el segundo párrafo, el derecho del comunero a obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos, y ello en cualquier momento.

B) Compilación de 1967.

Con la importante labor de Seminario, alcanzando un texto modelo de concreción, se llegó a la regulación de la Compilación de 1967¹⁰, en cuya Exposición de Motivos se decía:

“Mediante la norma expresa de que tanto en pared propia a cualquier distancia del predio ajeno como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas, se zanja una cuestión suscitada por la deficiente redacción del texto del párrafo primero del artículo 15 del Apéndice. Se vuelve así a la ortodoxa interpretación de la Observancia 6^a, De aqua pluviale arcenda”.

El artículo 144 puede ser destacado como modelo de “compilar” los antecedentes referidos en los capítulos anteriores. Queda así recogida la facultad de abrir huecos tanto en pared propia como medianera, las distancias a las que deben estar las paredes para someterlas a reglamento, la obligación de dotar de protecciones, ya no sólo de red y reja sino también de protección semejante o equivalente, dando con ello entrada a las nuevas técnicas constructivas¹¹, y el

9. Art. 14, pár. 3^o del Apéndice Foral (1925): “Esto no obstante, cuando el dueño exclusivo de un muro abra en él huecos para luces o vistas sobre el suelo ajeno contiguo, el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino, cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen. Se entiende que la apertura de huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos.”

10. Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967.

Artículo 144. Régimen normal de luces y vistas.

1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.

2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente.

3. La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.

11. S. TSJA de 23 de febrero de 2005.

derecho del propietario del fundo vecino a construir o edificar sin sujeción a distancia alguna y como estime conveniente.

No obstante surgieron algunas dudas sobre cuestiones concretas en la interpretación de la norma. Así fue muy debatido el concepto de voladizo, concreción del signo aparente, características de las protecciones y nuevas técnicas constructivas, la posible prescripción de la acción para exigir la colocación de las protecciones, la consideración de construcción o edificación suficiente para obstaculizar o eliminar el hueco, signo aparente para constitución por destino del padre de familia, aplicación a terrazas y azoteas, protección interdictal, coordinación con el derecho constitucional a la intimidad, la ubicación de las protecciones en pared medianera, los voladizos sobre fundo propio a distancia menor de la legalmente prevista, la obligación de colocar protecciones en los huecos abiertos con anterioridad al Apéndice y Compilación, etcétera.

A estas cuestiones pretende dar solución la nueva normativa que, sin alejarse de la Compilación y de los antecedentes históricos, amplía sustancialmente la extensión.

III.- REGULACION ACTUAL EN EL CODIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGON.

1. Artículo 545. Régimen normal de luces y vistas.

545.1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.

Se recoge literalmente lo dicho en el artículo 144. 1 de la Compilación y por tanto se mantiene la diferencia con lo dicho en el artículo 580 y 581 del Código Civil. Visto lo dicho en los antecedentes históricos, el Código refiere tanto la pared propia como la medianera, reitera la innecesariedad de que la pared propia esté contigua al predio ajeno.

Son varios los *tipos de paredes* con los que nos podemos encontrar:

a). *-Pared propia.* En pared propia su propietario podrá realizar todo tipo de actos que crea necesarios, incluso derruirla en su totalidad. Ahora bien si lo que ejecuta el propietario en pared de su exclusiva propiedad es la apertura de un hueco para luces y vistas, dentro de las distancias marcadas, también quedará sometido al reglamento de las relaciones de vecindad.

b). *-Pared medianera.* A diferencia de lo regulado en el Código Civil, sin necesidad del consentimiento del medianero se podrá abrir huecos para luces y vistas, también sometidos a reglamento.

CUARTO. Los huecos que pueden abrirse en la pared propia, contigua a predio ajeno, han de estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. La norma se configura en forma abierta, de modo que hace posible su adaptación a las novedades constructivas que vayan apareciendo, siempre que se obtenga el fin de protección para el que está dictada. Por tanto, la protección semejante o equivalente habrá de ser aquella que logre el mismo efecto tuitivo para los intereses del titular del fundo vecino, evitando la intromisión en su intimidad, impidiendo el hecho de asomarse al hueco o ventana y que desde éstos puedan arrojarse objetos al fundo vecino.

C).-*Paredes adosadas*. Debemos entender por paredes adosadas aquellas que pertenecen en su totalidad a cada uno de los propietarios de las fincas vecinas. En este supuesto el vecino no tendrá derecho alguno para abrir huecos en la pared adosada propiedad exclusiva de su vecino pues no se trata de pared propia ni de pared medianera.

La norma habilita para la apertura de huecos, pero tal concepto debe interpretarse en atención a la finalidad del mismo.

Para determinar el *concepto de hueco* la primera cuestión que debemos plantearnos es si obligatoriamente necesitamos un muro que cierre la construcción para la existencia de un hueco. Así parece, la inexistencia de muro alguno nos aparta totalmente del supuesto contemplado.

Existente el muro de cierre en algunos supuestos el hueco estará en dicho muro pero nos encontraremos supuestos en los que se reciban luces y se proyecten vistas por encima del muro, y en tales supuestos a un espacio utilizable para la vida familiar, o no. Nos encontramos, en tal caso, en supuestos dudosos, como las azoteas y terrazas.

También deberemos delimitar la línea exterior de la construcción propia, siendo imprescindible que las luces se reciban o las vistas se proyecten a través de esta línea exterior de delimitación de la edificación, cuanto hagamos en el interior de nuestra edificación es ajeno a esta regulación como ejercicio del normal de nuestro derecho de propiedad sobre el interior de nuestra construcción. Además las luces deben tomarse, también, de la finca vecina y las vistas deben proyectarse sobre la finca vecina, la imposibilidad de tal supuesto, a mi entender, también excluye la sujeción a reglamento de hueco.

Delimitada la línea exterior de nuestra construcción y el límite de la finca del vecino comprobaremos si nos encontramos dentro de las distancias que la norma recoge para apertura de huecos en relaciones de vecindad. Ciertamente que podemos encontrarnos con supuestos dudosos, como cuando haya una finca interpuesta de menor anchura que la que requiere la protección de los huecos, y sea necesario determinar, en tal caso, quien es el propietario legitimado para exigir la colocación de la protección, parece que sólo el de la finca colindante con independencia de la anchura de la misma, pues es de esta finca de la que se reciben las luces o sobre la que se proyectan las vistas directamente.

Los huecos que regula el Código son los destinados tanto para luces y vistas como simplemente para luces. Ya hemos visto que el Apéndice parecía establecer esta distinción y que es evidente que ambos están incluidos en la norma sin necesidad de mayor detalle o explicación y que por tanto podrán abrirse huecos sólo para luces, pues si la norma permite expresamente lo más, como son los huecos para luces y vistas, está autorizando también, implícitamente, lo menos, los huecos sólo para luces.

La interpretación del concepto de hueco que permite la norma va unida a su finalidad, obtener luces o proyectar vistas. Otros supuestos o finalidades no están incluidos en la facultad concedida por la norma.

Veamos distintos *tipos de huecos*:

1.- Ventanas o miradores.

Es el supuesto contemplado en la norma. Entre otras la SAPZ de 11.07.1992 dice que «los huecos a los que se refiere la Compilación, y todo el Derecho histórico aragonés, tienen por objeto recibir luces o permitir vistas a las luces o habitaciones de un edificio, se trata de ventanas o miradores», en el mismo sentido la SAPT 8.10. 1996.

2.- Puertas, chimeneas...

No son huecos para luces y vistas, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de mayo de 1994¹², las puertas que dan a la finca colindante o a la propia, ni otras aberturas existentes en el exterior de la construcción, destinadas a una finalidad distinta, como las de chimeneas de ventilación, huecos para acceso de animales, etc.

Puede darse el supuesto de un hueco cuya finalidad no sea la de recibir luces, o no sea su finalidad exclusiva. Pensemos en una puerta a fondo propio dentro de las distancias marcadas que permita luces. En este supuesto no podría alegarse la finalidad de paso para evitar la sujeción a reglamento (dotar de protecciones), debería optar por una ventana con protecciones o por una puerta opaca o traslúcida.

3.-Azoteas, terrazas u otros elementos constructivos que no vuelan sobre fondo ajeno.

Estos departamentos de la construcción propia, como las azoteas y las terrazas, no tienen, propiamente, un hueco abierto en una pared, sino que la propia configuración de estos espacios permiten asomarse y mirar sobre la finca del vecino, y evidentemente recibir luces.

Dicho lo anterior es evidente que no existe propiamente “hueco” en una pared, ahora bien, ¿dentro de las distancias señaladas deberá el dueño dotar de protecciones y si no lo hace podrá el vecino exigirlo?

En tal caso, ¿cómo se colocan?

El Código no da una solución específica a la cuestión, no se trata de un olvido, la cuestión fue ampliamente debatida por la Comisión aragonesa de Derecho civil con varias enmiendas a favor de señalar expresamente la obligación de dotar de protección a estos espacios, la propia ponencia lo recogía. No obstante la variedad de supuestos desaconsejó una regulación específica dejando al supuesto concreto la solución que irá unida a la afección de privacidad de la finca vecina

12. 15 SAPH 30.05.1994. “...no puede prosperar la pretensión del ahora recurrente pues el mismo no tiene abierto un hueco para luces o para vista sino una puerta cuya finalidad no es otra sino la de pasar, permitiendo la entrada y salida a la finca del recurrente desde la propiedad del actor hoy apelado, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas, que es lo autorizado por la Compilación, por lo que debe ratificarse el pronunciamiento del Juzgado por el que ordena cerrar la puerta actualmente abierta.”

junto con las características de dicho “huevo”, deberemos acudir a la interpretación analógica entre estos espacios y los huecos abiertos en una pared.

Si se trata de terrazas o galerías que tienen techo nos encontramos con grandes huecos y, en consecuencia, con la obligación de colocar protecciones dentro de las distancias de referencia.

Pero, en cambio, las azoteas y las terrazas sin techo no parece que puedan recibir, con carácter general, el mismo tratamiento que los huecos abiertos en una pared; en algún supuesto puede ser razonable que se coloque algo que impida asomarse para así proteger el derecho a la intimidad del vecino, pero no puede generalizarse para obligar en todo caso a colocar en tales espacios protecciones semejantes a la de los huecos de tolerancia.

El régimen normal de luces y vistas no parece aplicable a estos espacios constructivos cuando no existe razón de analogía con los huecos abiertos en una pared.

Las soluciones que se han dado por los Tribunales con la regulación anterior no han sido unánimes.

El Tribunal Supremo ha asimilado las azoteas y terrazas a grandes huecos en su Sentencia de 12 diciembre 1986, a lo que ya había hecho referencia en su Sentencia de 23 noviembre 1983, si bien es ésta última no obligó a dotar de protecciones por no haberse solicitado.¹³

La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 3 de Julio de 2.006, hace un resumen de las diferentes resoluciones a favor y en contra de la consideración o no como huevo de las terrazas o azoteas sin voladizos sobre el fundo ajeno. Llega a la conclusión de que dichos “huecos” deben ser objeto de protección, “no sólo por una interpretación del precepto adecuado a la realidad social (art. 3-1º CC), pues el art. 144 no contemplaba expresamente situaciones como la presente, lo que obliga a adecuar la “mens legis” a la realidad actual; sino, por una

13. STS de 23.11.1983

“Que en sexto y último motivo, por el mismo cauce que el anterior, ordinal 1.º del art. 1692 de la Ley Rituaria, se acusa la errónea interpretación del art. 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por entender que el párr. 3.º de tal precepto no excluye la aplicación de los dos párrafos que le preceden, de tal forma que al haberse construido por los demandados una terraza o azotea, que por su extensión equivale a un balcón de grandes dimensiones, desde el que se domina y registra la casa del actor, tales huecos deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente; motivo que también habrá de ser desestimado, de una parte, por la amplia facultad permisiva concedida al dueño del predio vecino, por el párr. 3.º del art. 144 de la Compilación, le autoriza a construir o edificar en su fundo «sin sujeción a distancia alguna», y de otra porque lo único que el párr. 2.º del artículo citado se contiene, es la obligación de proveer a los huecos «de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente», limitándose la prohibición a la apertura de balcones o voladizos, supuesto que al no darse en el caso enjuiciado abocar al perecimiento del motivo, sin que tampoco quepa acceder a la adopción de unas medidas protectoras, que al no haber sido solicitadas en la demanda inicial, su acogida hubiera hecho incidir en incongruencia a la resolución que así lo hubiera acordado, visto que lo suplicado fue «la demolición de la nueva edificación realizada por los interpelados, pero nunca la condena adoptar tales medidas protectoras».

STS de 12 diciembre 1986. RJ 1986\7433

“...no cabe desconocer la amplia permisividad que a los dueños colindantes confiere el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón al regular las relaciones de vecindad en régimen normal de luces y vistas, autorizándoles para la apertura de huecos sin sujeción a dimensiones determinadas, aunque con la adopción de las medidas protectoras que el precepto señala, cautelas asimismo operantes para las terrazas o azoteas que no constituyen voladizo sobre el predio ajeno.”

aplicación finalista del precepto (preservar la intimidad del vecino), que se vería huérfano si entendiéramos el término “huecos” en sentido restrictivo”. Ya se había pronunciado en tal sentido en sus Sentencias de 26 de junio de 1992 y de 13 de mayo de 1998 y seguida asimismo por la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia de Zaragoza de 6 de julio de 2004.

La Audiencia Provincial de Zaragoza no ha dado una solución unánime al problema, citada en el sentido positivo la anterior de 6 de Julio de 2.004, en la Sentencia de la Sección 4ª de 18 de octubre de 2000¹⁴ se dice, con cita de la Sentencia de la misma Sección de 1 de junio de 1998¹⁵, que «lo único que se contiene en el párrafo segundo del mismo [art. 144 de la Compilación] es la obligación de proveer a “los huecos”, dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, además de que carecerán de balcones y otros voladizos, previsión que no cabe predicar de una azotea o terraza, espacio que no necesita por tanto estar provisto de tales elementos».

En sentido contrario, la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia de Zaragoza, de 28 de octubre de 2002 sostiene la «necesidad de dotar a dichas construcciones, terrazas y azoteas, de las protecciones señaladas en dicho precepto para huecos y ventanas, conforme ha mantenido determinada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo antes citada, reiterado por la Sentencia de la misma Sección 2ª de 23 de junio de 2003, solución ésta que parece a dicha Sala la más adecuada y acorde con la total regulación del tema en el Derecho aragonés».

14. SAPZ, Sección 4ª de 18.10.2000

Pues bien, la cuestión del régimen que han de seguir las azoteas en el territorio sujeto al régimen de Derecho Civil Especial de Aragón ha sido objeto ya de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y aunque en algunos, como ocurre con la SAP de Teruel de 14-12-1995, citada en la sentencia de primer grado, se les somete al régimen de los voladizos y balcones, en otras, se excluye tal consideración, y se las equipara a huecos y ventanas, bien para entender que bastan las protecciones señaladas en dicho precepto, y en este sentido pueden ser citadas las SSTs de 23-11-1983 y 12-12-1986, las SAPH de Huesca de 26-6-1992 y 13-5-1998, bien para excluirlas de la consideración como signo aparente de servidumbre a los efectos del art. 145 de la Compilación, como ocurre con la SAP de la Secc. 5ª de esta capital de fecha 24-9-1998.

Por nuestra parte, nos hemos pronunciado por un tratamiento diferenciado que las excluye de la necesidad de toda protección, cual ocurre con nuestra sentencia núm. 351/1998, de 1 de junio en la que afirmábamos «el mentado artículo 144 de la Compilación, le permite la construcción de la aludida terraza sin sujeción a distancia alguna respecto al predio vecino, al tiempo que el dueño de este último, que en el caso de autos es la mercantil actora, está autorizado a construir o edificar en el suyo sin sujeción tampoco a distancia alguna, según el párrafo 3º de dicho artículo, y, de otra parte, porque lo único que se contiene en el párrafo segundo del mismo es la obligación de proveer a “los huecos”, dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, además de que carecerán de balcones y otros voladizos, previsión que no cabe predicar de una azotea o terraza, espacio que no necesita por tanto estar provisto de tales elementos, como es el caso contemplado en estos autos», criterio que se hace tanto más patente cuando se repara en la clase de protecciones de las que podrían ser dotadas dichas cubiertas.

15. SAPZ 1.06.1998:

“...el mentado artículo 144 de la Compilación, le permite la construcción de la aludida terraza sin sujeción a distancia alguna respecto al predio vecino, al tiempo que el dueño de éste último, que en el caso de autos es la mercantil actora, está autorizado a construir o edificar en el suyo sin sujeción tampoco a distancia alguna, según el párrafo tercero de dicho artículo, y, de otra parte, porque lo único que se contiene en el párrafo segundo del mismo es la obligación de proveer a «los huecos», dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, además de que carecerán de balcones y otros voladizos, previsión que no cabe predicar de una azotea o terraza, espacio que no necesita por tanto estar provisto de tales elementos, como es el caso contemplado en estos autos.”

La Audiencia Provincial de Teruel, en sus Sentencias de 14 de Diciembre de 1.995, 30 de octubre de 2001, 21 de noviembre de 2002, acogió la necesidad de dotar de red y reja¹⁶.

Vistas las distintas soluciones, si por razones de analogía la solución al caso es que debe dotarse de protección, la indeterminación del hueco requiere concretar la ubicación y características de estas protecciones.

Considerada así la terraza o la azotea como un gran hueco, a través del mismo podrá recibirse luz y proyectarse vistas, siempre a través de las protecciones, por ello no se podrá solicitar ni la demolición de lo edificado ni la construcción de un muro opaco, en tal sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 13 de Mayo de 1.998¹⁷.

Las sentencias que obligan a la colocación de protecciones señalan una altura superior a la media de la altura humana, sobre dos metros. En un supuesto especial, con servidumbre inversa, ventana con alfeizar sobre terraza ganada servidumbre por usucapión a favor de la ventana, se optó por una valla perimetral a la ventana que posibilitase el libre ejercicio de la servidumbre adquirida.

Estos supuestos vienen unidos a la necesaria protección del derecho a la intimidad, derecho relativamente nuevo aunque ya lo advirtiera de algún modo

16. SAPT 14.12.1995.

Es ya antigua, y reiterada, la doctrina jurisprudencial que considera las azoteas y barandillas en las terrazas como equivalentes a grandes balcones, y, por tanto, incursas en la prohibición que se contiene en el art. 582 del Cc.; sin merma, desde luego, del derecho a construir dichas terrazas, siempre que desde ellas, y haciendo un uso normal de lo construido, no se puedan tener vistas directas sobre el predio del vecino. Doctrina aplicable en Aragón ya que el art. 144.2 Comp. permite solamente los huecos carentes de balcones y otros voladizos que, por otro lado, deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre (o bien protección semejante o equivalente).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 30 de octubre de 2001.

Cuarto: Estableciendo lo que antecede y a la vista de lo prevenido por las STS de 18 de julio y 16 de septiembre de 1997, 10 de diciembre de 1980, y en particular las de 6 de junio de 1892 y 15 de diciembre de 1912, según las cuales al prohibirse por el precepto lo menos, se prohíbe lo más, lo que comprende la construcción de un terrado o azotea que, por su extensión, equivale a un balcón de grandes dimensiones, desde el cual se domina fácilmente la casa inmediata, hemos de concluir, como ya ha resuelto esta Sala en otras ocasiones similares, que los demandados han conculcado las relaciones de vecindad que regula nuestra Compilación y por ende, sin un más extenso discurso, debemos acoger el recurso y atenernos a lo suplicado en su demanda por las actoras; petición que ampara el artículo 144 dicho al establecer que los huecos, dentro de las distancias reiteradas, deberán estar provistos de reja de hierro, remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 21 de noviembre de 2002.

Y partiendo de que los huecos que ahora nos ocupan han sido abiertos por los demandados en un muro lateral de una gran terraza, la cual que se encuentra abierta haciendo posible la entrada de luz y permitiendo una amplitud de vistas, excluye evidentemente la «necesidad» de tener luces y vistas por el lugar donde se han abierto los huecos, pudiéndose calificar dicha situación como un abuso de la relación de vecindad permitida por el repetido artículo 144 de la Compilación que no puede consentirse.

17. SAPH 13.05.1998

“Por ello dada la permisividad existente en esta materia en Aragón para abrir huecos para luces y vistas, que no constituye una servidumbre, sino una regla de tolerancia y buena vecindad inspirada en el «ius usus incoqui» (S.T.S. 30 de Octubre de 1983) no puede prosperar la petición del apelante en el sentido de que procede derruir la terraza de autos. Asimismo procede la desestimación de la petición subsidiaria relativa al cierre de la terraza levantando en su derredor un muro de piedra, dado que el art. 144 de la Compilación tan solo exige la colocación de reja de hierro y red de alambre, criterio que refiriéndose específicamente a azoteas ha sido seguido por el T.S. en sentencias de 23 de noviembre de 1983 en que no dio lugar a las medidas protectoras simplemente porque no habían sido solicitadas por el demandante, y la Sentencia de 12 de Diciembre de 1986 que establece que las cautelas del art. 144 son asimismo operantes para las terrazas o azoteas que no constituyen voladizo sobre predio ajeno.”

FRANCO Y LOPEZ con la cita de los huertos y jardines, y que la nueva regulación recoge en el párrafo segundo del artículo 550, que veremos al final de este comentario.

545.2.- Dichos huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, si no hay dos metros de distancia en vistas rectas o 60 centímetros en vistas de costado u oblicuas .

Se mantiene la regulación de la Compilación, con la obligación de dotar de protecciones a los huecos desde el momento de su apertura, sin necesidad de ser requerido para ello por el propietario de la finca vecina. En los siguientes artículos se desarrollan los conceptos y otros particulares de lo dicho en la Compilación, y ahora en este artículo.

El nuevo Código define el concepto de voladizo en el artículo 548, lo veremos a continuación, adelantar que se ha recogido lo que la Doctrina y la Jurisprudencia venía diciendo sobre su ubicación, características y finalidades.

También se recoge la posibilidad de dotar de protección semejante o equivalente a la red y reja que como ha definido la ya citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de febrero de 2005 será aquella que “logre el mismo efecto tuitivo para los intereses del titular del fundo vecino, evitando la intromisión en su intimidad, impidiendo el hecho de asomarse al hueco o ventana y que desde éstos puedan arrojarse objetos al fundo vecino”.

La necesidad de dotar de protección a los huecos no ha sido unánimemente aceptada; incluso se ha planteado judicialmente su procedencia para los huecos anteriores a la vigencia del Apéndice¹⁸, y especialmente en los supuestos de pared propia, se hará referencia más detallada al abordar la disposición transitoria vigésimo primera.

También durante la elaboración del anteproyecto fue objeto de discusión. Según la ponencia quedaba como facultad del vecino la exigencia de la colocación de las protecciones. No obstante pareció más adecuado mantener la regulación de la Compilación. El vecino siempre podrá exigir la colocación de las protecciones, pero como consecuencia del incorrecto ejercicio de la facultad de apertura de huecos al no dotarlos *ab initio* de protecciones.

En cuanto a los materiales no se modifica lo que veía diciendo la Compilación, con entrada a los adelantos constructivos cuando los materiales cumplan la misma función. Ya se ha citado la Sentencia del TSJA de 23 de febrero de 2.005 según la cual “la protección semejante o equivalente habrá de ser aquella que logre el mismo efecto tuitivo para los intereses del titular del fundo vecino, evitando la

18. S. TSJA de 23.02 2005.

Con todo, en el Derecho histórico aragonés no se exigía la protección del hueco así abierto, mediante reja y red, que apareció en el artículo 15 del Apéndice Foral de 1925, al regular el derecho del condueño de pared medianera para abrir cuantos huecos le convengan con destino a luces y vistas. En pared propia, el dueño podía abrir tales luces, sin exigencia de especial protección, si bien el artículo 14 cuidaba de manifestar que estos huecos no constituían signo aparente de servidumbre, a efectos de la adquisición del derecho por usucapión.

intromisión en su intimidad, impidiendo el hecho de asomarse al hueco o ventana y que desde éstos puedan arrojarse objetos al fundo vecino”.

Tampoco ha recibido solución unánime si una ventana fija con cristal totalmente transparente cumple la finalidad de la norma. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de mayo de 2004, no entiende que sea protección equivalente unos cristales fijos de unos escaparates, sin embargo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca núm. 306/2006 de 3 julio, llega a la solución contraria¹⁹.

Cuestión distinta es el empleo de nuevos materiales constructivos (por ejemplo pavés) y si debe considerarse “hueco” para luces a lo así construido. ¿Qué consideración debe tener una pared construida íntegramente de un material traslucido,, incluso el de una pared con un material transparente, o de un “hueco” con material transparente pero fijo?

La solución es opinable, evidentemente se reciben luces y si es transparente se pueden tener vistas a la finca vecina. Puede alegarse que las vistas las tengo desde el interior de mi vivienda, que es lo que se pretende con la protección, y que por tanto carece de utilidad o sentido obligar a la colocación de las protecciones cuando el cierre del propio hueco impide asomarse más allá de la línea de fachada, o incluso que no se trata de un hueco sino de una solución constructiva. Creo que es la interpretación correcta, seguramente en estos supuestos no existe “hueco”, y en todo caso si se entiende que es “hueco” lo no practicable, es protección semejante o equivalente. Pero bien podría ser otra la solución, para ello deberíamos entender que pese a no existir un espacio que pueda abrirse existe “hueco” aunque todos los materiales empleados sean fijos. Y entiendo que esto será así para la pared propia como para la medianera, pues la norma no distingue el tipo de protección para ambos supuestos, respetando la ubicación en la pared medianera.

También se mantiene la exigencia de que la reja esté remetida en la pared, extremo éste que también es ampliado posteriormente en el artículo 549, dedicado a las protecciones.

Se elimina la remisión al Código civil, si bien se recogen las mismas distancias, que eran las que se aplicaban también con la regulación de la Compilación, más adelante veremos el detalle para la medición de estas distancias.

545.3 Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable a los huecos abiertos sobre una vía de uso público.

Supone la transposición al Derecho civil aragonés del contenido del artículo 584 del Código civil que se aplicaba por supletoriedad en Aragón. Se refiere, en primer lugar a “vías de uso público” siguiendo la doctrina que entendía que lo

19. SAPH 3.07.2006.

Así las cosas, consideramos que la colocación de cristales fijos no practicable en las ventanas abiertas a menos de dos metros de la propiedad de los demandantes supone una protección semejante o equivalente a la reja y red contempladas, tanto unas como otras, en el art. 144 de la Ley foral.

dicho en el Código civil se refiere no sólo a las vías demanialmente públicas, sino a todas aquellas que no sean de uso particular.

En segundo lugar se elimina la exigencia del art. 584 del C.c. de que los edificios estén separados por la vía pública, pues hay supuestos en que los huecos, incluso balcones, pueden estar abiertos sobre vía de uso público pero en la misma línea de fachada. Son supuestos en que la luz no se toma de la finca vecina y las vistas no se proyectan sobre la misma directamente, aunque puedan alcanzar a esta. De alguna manera así se había interpretado ya la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Sentencia de 2 de febrero de 2.004 y otras en aplicación del derecho del Código civil.²⁰

Artículo 546. Toma de medidas.

Las distancias de que habla el apartado 2 del artículo 545 se medirán, en las vistas rectas, desde la línea exterior de la pared en los huecos en que no haya voladizos y desde la línea de estos donde los haya, y, para las oblicuas, desde la línea de separación de las dos propiedades.

Se recoge el contenido del artículo 583 del Código civil sobre la toma de medidas en las relaciones de vecindad, complementando la regulación

Artículo 547.- Huecos en pared medianera

547.1 Si la pared medianera tiene adosadas al otro lado edificaciones o construcciones, los huecos para luces y vistas sólo pueden abrirse por encima del punto común de elevación.

Lo dicho en este artículo, como dice el titulillo, se refiere exclusivamente a las paredes medianeras con edificaciones o construcciones adosadas. Es evidente que no puede abrirse un hueco cuando con ello tomamos luz y tenemos vistas al interior de una habitación de la finca vecina.

¿Pero será necesario en todo caso que la finca vecina tenga un espacio cerrado por sus lados y también por el techo?

20. SAPZ 2.02.004.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia, que no aplica ni exige los límites del artículo 582 (prohibición de apertura de huecos dentro de 60 cm en vistas oblicuas), cuando la ventana o balcón cae directamente sobre vía pública, aunque la «vista» alcance a la finca vecina. En este sentido, STS de febrero de 1983 (de forma tangencial), SAP Orense de 14 de noviembre de 2000 («... gozando de dichas vistas no a través del vuelo de la finca colindante sino sólo sobre y a través del vuelo de la vía pública»), SAT de La Coruña de 13 de marzo de 1964 («que la excepción contenida en el artículo 582 alude a la eventualidad de edificios separados por la vía pública, situación ésta que ha de ser referida a la totalidad del espacio que las ventanas abiertas puedan abarcar en sus posibilidades de visión hacia el exterior, o de modo que aun cuando en definitiva la vista alcance al fundo vecino más o menos próximo, si la trayectoria visual ha de atravesar inmediatamente un espacio que en su dirección horizontal, oblicua o vertical pertenece a terrenos públicos en su más amplia acepción, los dueños de los predios contiguos que ese espacio interfiere pueden abrir sobre sí huecos para vistas sin otras limitaciones que las derivadas de las normas administrativas reguladoras de la edificación urbana»). SAP Segovia 18 de abril de 2000, STS de 9 de junio de 1984 y 22 de noviembre de 1989, SAP Cáceres 15 de abril de 1998 y 9 de febrero de 1999, SAP Navarra de 30 de octubre de 1997 y Pontevedra de 21 de junio de 1993.

Séptimo: Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, se podría concluir que los balcones o voladizos de la casa núm. 99 del «Coso» no otorgan a sus moradores vista oblicua directa sobre la finca núm. 97 de la misma calle, sino, precisamente confieren esas luces y vistas a la vía pública, por lo que no sería de aplicación la limitación del artículo 144 CDCA en relación con el 582 del Código Civil. Es decir, no sería obligatoria la colocación de elementos físicos que impidieran esa vista (reja, red de alambre o material traslúcido, como permite la jurisprudencia: STS de 9 de febrero de 1989).

El requisito de que el punto de elevación sea “común” nos sitúa obligatoriamente ante supuestos de pared medianera y no de pared propia, pero ¿cuál será el punto de elevación común cuando un edificio termine en terraza o pequeño jardín cuyo cerramiento con la finca vecina sea esta pared medianera?

Al comentar este artículo vamos a analizar la facultad de abrir huecos, la posibilidad de obstaculizarlos la veremos en el último de los artículos comentados, que regula la facultad de obstruir las vistas a “espacios utilizados para su vida familiar o personal.”

Seguimos en supuestos de huecos en pared medianera, en pared propia siempre podrán abrirse huecos, incluso derruirla. Lo que se pretende, en los supuestos de espacio no cerrado por todos sus lados, es proteger la intimidad o uso familiar, inicialmente podría pensarse que deben incluirse ambos tipos de paredes, no obstante si lo pretendido es guardar la intimidad, quien pretenda proteger su intimidad debe adoptar las medidas oportunas cerrando el espacio convenientemente u obstaculizando las vistas. Si la pared es medianera ya existe cierre o edificación propia de quien se pretende proteger, no así en los supuestos de pared propia de quien proyecta la vistas, que en ejercicio de su derecho de propietario podría incluso derribar toda la pared.

Desde un punto de vista temporal podemos distinguir entre supuestos de espacio destinado a la vida familiar preexistente a la apertura del hueco o adecuación de un espacio a la vida familiar al que ya hay abierto un hueco en pared medianera.

A mi entender en el primero de los supuestos no podrá abrirse el hueco, ni con protecciones; en el segundo nos encontraremos ante el supuesto de posible obstaculización de vistas o construcción o edificación “como estime conveniente”, incluso con simple cerramiento del mismo, mediante construcción o edificación.

Resta determinar la ubicación o distancia del espacio destinado a la vida familiar respecto de la pared medianera y el punto de elevación común cuando el vecino no tenga techo. La norma dice “adosadas al otro lado” lo que trasmite la idea de colindancia efectiva con la pared medianera, así este espacio deberá comenzar inmediatamente a la pared medianera. Pero la pared medianera puede tener una altura muy superior al “techo lógico” del espacio protegible del vecino, en tal caso, a mi entender, nada obsta a la apertura de huecos para luces y vistas, con protecciones, por encima de esta línea de “techo lógico” con tal que desde el interior de la vivienda no se registre el espacio dedicado a la vida familiar.

¿Y cuando nos encontremos en una situación en medianería horizontal?

La medianería en paredes muros suele ser vertical, pero también puede ser horizontal. En esta última, el techo de una dependencia es a su vez el suelo de la construcción superior, y se comparte este elemento estructural de la edificación, lo que es habitual en casas o pisos en régimen de propiedad horizontal. Se considera, sin embargo, una situación anómala cuando se produce en edificaciones independientes que se superponen parcialmente, cada una construida sobre su propio suelo, pero cuyo vuelo invade o interfiere en el de la otra edificación, o las

dos recíprocamente, sobre la delimitación vertical de los solares, que determina que se crucen dependencias de las dos edificaciones de modo que el techo de alguna de ellas constituye a su vez el suelo de la superior que interfiere o invade la edificación contigua. Esta situación no ha sido contemplada por el ordenamiento civil, pero se ha configurado doctrinalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y varias Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado bajo la denominación de medianería horizontal (STS de 24 de mayo de 1943, STS de 28 de abril de 1972 y DGRN de 6 de noviembre de 1985 [RJA 1985\6629])

Los arts. 543, 545 y 547 CDFA se refieren a «paredes medianeras» y no incluyen expresamente las paredes en medianería «horizontal», como hace el art. 555.1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales («1. Es pared medianera la que se levanta en el límite y en el suelo de dos o más fincas con el fin de servir de elemento sustentador de las edificaciones que se construyan o de servir de valla o separación.»), pero cabe aplicar las disposiciones aragonesas sobre luces y vistas tanto a paredes medianeras verticales como horizontales, tal como se planteó en la STSJA 4 febrero 2009 (CENDOJ: 50297310012009100004).

En apelación, la sentencia previa de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) de 30 de junio de 2008 indicaba (FDº 3º) que la medianería “afecta al techo que en este caso divide a las dos propiedades, pero no a la totalidad de lo construido por el actor”, y la STSJA de 4 de febrero de 2009 ratifica la situación determinando que los actores tienen un derecho de sobreedificación, en medianería horizontal, en la parte de confluencia de los dos edificios y sobre la dependencia perteneciente a los demandados existente en su inmueble, y han edificado una habitación en dicho espacio, que a su vez está cubierta por un tejado, que les pertenece en propiedad (FDº 1º). En el vuelo de la edificación de los actores desde la pared horizontal común tienen dos huecos, al menos, que toman luz del resto de la cubierta del edificio que cumple la función de tejado de los demandados, con sus correspondientes tejas en la parte no ocupada por la nueva edificación. Sobre la pared horizontal medianera, que es la que corresponde a la parte sobreedificada, los actores habían colocado una repisa, voladizo o tejadillo transitable en la parte inferior de la pared donde se encuentran los huecos para luces antes señalados, y a una altura superior al resto del tejado de los demandados, por lo que el Tribunal resuelve sobre distancias y protecciones en relaciones de vecindad de luces y vistas. (Vid. ARGUDO PÉRIZ, J. L., “Luces y vistas: medianería horizontal y voladizos. Comentario a la sentencia del TSJ de Aragón de 4 de febrero de 2009”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº 15, 2009, pp. 277-294)

547.2. Los huecos para luces y vistas no son un signo contrario a la condición medianera de la pared.

En nuestro régimen, con la permisividad de las relaciones de vecindad, nos parece obvio que la apertura de ventanas o huecos para luces y vistas en pared medianera no es signo contrario a la condición medianera de la pared, frente a lo dicho en el artículo 573.1º del Código civil.

Artículo 548. Voladizos.

548.1 Se entiende por voladizo los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina.

La inclusión de un concepto de voladizo es nuevo en la norma, la *Compilación* no contenía una norma similar, lo que había ocasionado numerosos pleitos pretendiendo que cualquier saliente de la línea de fachada fuese considerado como signo aparente de servidumbre.

La Jurisprudencia vino a concretar el concepto de tal forma que el saliente revelase su utilidad o funcionalidad para facilitar las vistas, configurase una apariencia reveladora de su finalidad, permitiendo que una persona, mediante el mismo, pueda situarse fuera del espacio de su propiedad, en el vuelo ajeno, para ganar vistas, frontal y lateralmente, sobre el predio sirviente. Con los mismos criterios se incluye ahora una definición del concepto de voladizo.²¹

21. TSJA 14.07.2008.

Aunque voladizo, en su sentido literal es, en efecto, todo lo que vuela o sale de lo macizo de un edificio, no todo saliente puede ser considerado jurídicamente como voladizo a los efectos del art. 145 de la *Compilación*, pues el voladizo-signo aparente va unido a una finalidad de vistas. Como dijimos en nuestra reciente sentencia de 22 de abril de 2008, no cabe considerar como un voladizo propiamente dicho y a los efectos prevenidos en el artículo 145 de la *Compilación* Aragonesa a cualquier saliente de la pared, aunque su finalidad sea de mero remate estructural de la ventana o cierre arquitectónico de una parte del edificio, si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente.

Es decir, no basta con que el saliente de que esté provisto el hueco, permita asomarse al exterior del edificio, ya que en realidad, esta posibilidad cabe en algunos huecos aun sin estar provistos de saliente. Hace falta, además, que el saliente sea tal que revele su utilidad o funcionalidad para facilitar las vistas, de modo que configure una apariencia reveladora de su finalidad: permitir que una persona, mediante el mismo, pueda situarse fuera del espacio de su propiedad, en el vuelo ajeno, para ganar vistas, frontal y lateralmente, sobre el predio sirviente, tal como ocurre con los balcones, a los que la norma foral asimila "otros voladizos". Solo así podría entenderse concurrente un signo aparente de servidumbre.

STSJA 22.04.08.

"...el alféizar que sobresalía de uno de los huecos no puede entenderse voladizo en los términos que exige el artículo 145 de la *Compilación* para poder estimarlo signo aparente de servidumbre, y considerando que conforme previene el mismo artículo 145, la ausencia de reja y red o protección equivalente no es tampoco signo exterior de servidumbre, la conclusión que se obtiene es que lo que el recurrente ha disfrutado desde mucho tiempo atrás, es el derecho derivado de las relaciones de vecindad, pero no de un derecho que pudiera surgir de una servidumbre de luces y vistas.

Con ello, y respecto de la pretendida adquisición de servidumbre, falta la posesión del recurrente como titular del derecho de servidumbre pretendido...."

STSJA 27.09.2007.

Una cosa es que por tal haya de entenderse "lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio" y otra distinta determinar si todo lo que vuela o sale de los muros o edificios es susceptible de generar una servidumbre de luces y vistas..../... Es cierto que la *Compilación*, como hubiese sido deseable, no contiene preceptos que determinen el saliente mínimo de un voladizo, para que pueda considerarse signo aparente, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 se refirió a un saliente de treinta centímetros y declaró que dicho saliente permitía avanzar el torso sobre el predio contiguo; tal *sentencia fue recogida en otra de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de enero de 1993*/...

La jurisprudencia y la doctrina vienen entendiendo que los voladizos deben estar situados en la parte inferior de los huecos destinados a luces y vistas, pero para que se conviertan en signos aparentes capaces de lograr por usucapión el nacimiento de la servidumbre, han de tener la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, lo que evidentemente no ocurre con los tendedores pues su destino no es otro que el de tender la ropa y mal pueden permitir apoyar el cuerpo con la finalidad de recibir luces o posibilitar vistas.

STSJA de 4.02.2004.

El término voladizo según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua procede del verbo volar del latín «volare» con el significado de «sobresalir fuera del paramento de un edificio». El Tribunal «a quo» considera que ha de estarse al sentido gramatical del término voladizo y con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1985 entiende por tal «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio».

Sistemáticamente se ha ubicado en relaciones de vecindad aunque la definición es común para servidumbre de luces y vistas y especialmente para la consideración de signo aparente, que lo será únicamente el “voladizo” que cumpla los requisitos de este artículo, aplicable igualmente para la constitución de servidumbre por destino del padre de familia, tal y como ya lo había aclarado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sus Sentencias de 4 de febrero de 2004, 16 de diciembre de 2005 y de 30 noviembre de 2.009, así lo dirá el artículo 574²².

STS de 20.10.1987.

“...ventana dotada de un alféizar o voladizo de treinta centímetros que permitía mirar hacia fuera pudiendo avanzar sobre ella el torso del observador, y que ha sido tapiada, previa destrucción del voladizo, por las obras realizadas por la recurrente... / ...en cuanto ha de admitirse que el supuesto contemplado en autos no es el del art. 144 de la Compilación de Derecho Civil especial de Aragón, sino el del art. 145, inciso 1.º de dicho Cuerpo legal; habiendo sido adquirida la servidumbre, como con acierto acepta la sentencia impugnada, por la usucapión vigente en el derecho aragonés para las servidumbres, según prevé el art. 147 de la mentada compilación.”

Previamente a los pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es interesante el contenido de la S. Audiencia Provincial de Huesca de 04 de octubre de 2000...” La interpretación sostenida por el Juzgado ha sido también defendida por la Audiencia Provincial de Zaragoza en las sentencias de 9 de julio de 1994 y 4 de octubre de 1999. Pero la tesis contraria fue mantenida por esa misma Audiencia de Zaragoza en su sentencia de 5 de febrero de 1992 y la doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del artículo 145 de la Compilación Aragonesa, referido al artículo 541 del Código Civil, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por disposición del padre de familia. Debe tenerse en cuenta que la falta de protecciones, como los voladizos en fundo propio o sobre el ajeno, es algo que, tanto en Aragón como en Castilla, salta a la vista y cuando la Compilación niega que los dos primeros supuestos (falta de protecciones y voladizo sobre el suelo propio, se entiende que sin proteger) sean signo aparente, está recurriendo a una ficción jurídica para negar una apariencia que de hecho existe, la misma apariencia que en el Código Civil y en el Apéndice ha permitido calificar siempre de aparente a esta servidumbre, tanto en su versión positiva como en la negativa, aunque ésta última no comience a ejercerse sino desde que tiene lugar el llamado acto obstativo salvo, precisamente, del caso que se constituya por destinación del padre de familia. Esta clase de constitución es admitida para esta servidumbre negativa en el derecho castellano, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1991 (que, por cierto, equipara a estos efectos al propietario de dos fincas con el propietario de una finca única que luego se divide) y de 31 de mayo de 1986, pero en la servidumbre negativa, desde la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de julio de 1994, tal cosa no es pacífica en Aragón, dada la confusa redacción del artículo 145. Ni el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ni el Tribunal Supremo han sentado jurisprudencia que pueda zanjar la cuestión debatida, ni existe tampoco ningún precedente dictado por esta misma Audiencia Provincial.

Otras Sentencias:,SAPZ SECC. 5ª 19.06.2000s SAPZ 24.09.998. SAPZ 27..01. 1997. SAPZ, 12.01 1993.

22. Sentencia número 12/2009 de 30 noviembre.

“...la omisión de las protecciones no constituye una intromisión anormal en la propiedad vecina mediante el disfrute de una apariencia de servidumbre.”

Sentencia TSJA 16.12.2005.

CUARTO: La expresa llamada del artículo 145 de la Compilación de Aragón a la aplicación del artículo 541 del Código Civil deja clara, como la sentencia recurrida considera, la vigencia en Aragón de la constitución de servidumbres en la forma recogida en el último precepto citado y cuando exista acto de transmisión del dueño de las fincas divididas.

Ahora bien, no cabe entender ajustada la resolución recurrida al artículo 145 de la Compilación de Aragón cuando parte de la consideración de que es signo externo evidenciador de la existencia de servidumbre para luces y vistas la presencia de un hueco sin protección, porque como resulta de este precepto, la falta de protección del hueco de luces vistas no es en Aragón signo externo de la existencia de tal servidumbre sino que, por el contrario, atendiendo el tradicional y especial régimen diferenciador de relaciones de vecindad resultante de los artículos 144 y 145 de la Compilación, el artículo 145, de modo expreso, indica: «Los voladizos (...) son signos aparentes de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señala en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio (...)».

S. TSJA de 4 de febrero de 2004.

“El artículo 145 Compilación aragonesa establece que como se ha indicado, los voladizos en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, no siéndolo la falta de protección señalada en el artículo 144 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio, añadiendo seguidamente que «queda a salvo» lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil.

Esta Sala acepta el criterio manifestado por la sentencia recurrida; hay que indicar que un sector doctrinal sostiene que, con esta salvedad, el precepto no se está refiriendo a la aplicabilidad del artículo 541 del Código civil en Aragón, pues ello es obvio ex art. 1.2 de la misma Compilación, por lo que se impone una interpretación coherente con el resto del

548.2 No se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca.

El párrafo segundo excluye expresamente algunos salientes de fachada y completa la definición del párrafo primero de tal forma que sólo los voladizos que cumplan las características y finalidades del párrafo primero serán aquellos a los que la norma dota de efectos derivados de su apariencia. Esto ya venía diciéndose por la Jurisprudencia²³.

artículo, en el sentido de que «el voladizo en suelo propio o la falta de defensas dentro de la distancia legal, no son signos aparentes sino en la medida en que como tales, los considere el Código para la adquisición en Aragón por disposición del padre de familia», como se decía en los Anteproyectos de Compilación del Derecho civil de Aragón, redactado por la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses en julio de 1962 y 1963, en sus artículos 37.3 y 33.3 respectivamente donde se establecía que «No obstante, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, serán signos aparentes los que determine dicho Código», es decir, los artículos 532.4 y 580 a 585 del Código civil. Por tanto, conforme a tal tesis, que es la que sostienen los demandados y acaso tuvo en cuenta el Juez de Instancia si un propietario divide en dos su propiedad y entre las partes resultantes existen, en pared propia o medianera, huecos sin reja de hierro y red de alambre, o huecos con balcones no distanciados, la falta de esas protecciones o la existencia de voladizos, deberán considerarse como signos aparentes de servidumbre, salvo que el propietario enajenante haga desaparecer tales huecos o voladizos y la no protección de los huecos o la existencia de huecos no distanciados, cuando el propietario único que segrega o divide o transmite las fincas o una de ellas, determinan la adquisición ipso iure de la servidumbre en el instante de la enajenación, pues lo que el artículo 541 del Código civil prevé no es la creación de signos aparentes a los efectos de la posterior adquisición de la servidumbre por usucapión, sino su constitución automática en el momento de la enajenación o transmisión de la finca separada.

Sin embargo, como señalaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9-7-1994 y recogió la de 4-10-1999, la remisión que el artículo 145 de la Compilación hace al artículo 541 del Código civil en materia de servidumbre de luces y vistas no es tan obvia como dice aquel sector doctrinal, ya que, si bien por los referidos Anteproyectos de Compilación del año 1962 y 1963 se remitían a los preceptos del Código civil que regulaban los signos aparentes de la servidumbre en general y especialmente los de las de luces y vistas, el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación, del año 1965, hacía inaplicable en Aragón en su artículo 143 la adquisición de servidumbre de luces y vistas al amparo del artículo 541 del Código Civil.

La vigente Compilación, cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, no hace ninguna remisión al Código civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre, como hacían los Anteproyectos del año 1962 y 1963, ni se pronuncia en el sentido en que lo hacía el artículo 143 del Anteproyecto de 1965 de la Comisión de Codificación. Deja a salvo la vigencia en Aragón del artículo 541 del Código civil, pero hay que entender que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos de dicho precepto del Código civil, hay que entender, que signos aparentes de luces y vistas serán los que la Compilación determine, esto es, los del artículo 145 de la Compilación, interpretación que, como decía la referida SAP 9-7-1994, es conforme al sentido propio de las palabras del precepto, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del artículo 3.1 del Código civil. Por otro lado, añade esa sentencia y recoge la del Tribunal a quo que la interpretación del artículo 145 de la Compilación, sostenida por los recurrentes, desconoce la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas, regulando sus signos aparentes de forma distinta según se trate de adquisición por usucapión o por destino del padre de familia, lo que produciría una grave inseguridad jurídica, pues no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos, con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad.”

Otras sentencias: SAPH de .10. 2000, SAPZ, Sección 4ª, 17 .07. 1990, SAPH .10. 2002, SAPT 6 .09. 2001, SAPH 26.02. 1999, SAPZ 30 .06. 1997, SAPZ 5 de febrero de 1992.

23. STSJA 27 septiembre. 2007.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Huesca, siguiendo la dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en 19 de febrero de 2003 , entendió que “los tendedores son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, siempre que caigan sobre fundo ajeno, pues, por su finalidad, exigen traspasar físicamente por su usuario los límites de la fachada donde se engarzan y, con ello, la vista sobre el fundo vecino”. Consecuentemente estimó esencialmente la demanda y declaró la adquisición por usucapión de una servidumbre de luces y vistas “por la existencia de unos tendedores en las ventanas de los pisos correspondientes a las plantas segunda y tercera.

Recuérdese que las relaciones de vecindad -con fundamento en el “ius usus innocui” de honda raigambre aragonesa- tienen como finalidad facilitar las relaciones entre vecinos, que se verían gravemente afectadas si actos meramente tolerados -cual consentir la instalación de un tendedor- fueran capaces de generar derechos de enorme trascendencia en contra de quien se limitó a tolerar”.

SAPZ 24 .09. 1998.

Es de reiterar que no existía voladizo, no constituyendo signo aparente de servidumbres de luces y vistas que el

548.3 No prescribe la acción para exigir la supresión de los voladizos existentes dentro de las distancias determinadas en el apartado 2 del artículo 545.

Los voladizos podrán haberse construido sobre fondo propio o sobre fondo ajeno.

Los construidos sobre fondo propio dentro de las distancias mínimas no están autorizados por la norma, y faculta a exigir su supresión, lo que no obsta para que puedan ocurrirse soluciones imaginativas tendentes a evitar dicha demolición. Tampoco serán signo aparente, pues lo son sólo los que vuelen sobre fondo ajeno. Los construidos sobre fondo ajeno, como intromisión en la propiedad ajena, son signo aparente por lo que no sólo prescribe la acción para exigir su demolición sino que dan lugar a la adquisición de servidumbre por el transcurso del tiempo legalmente requerido.

Así, para voladizo en fondo propio, según lo dicho en este párrafo tercero, no siendo signo aparente ni intromisión en la finca vecina, la norma lo prohíbe expresamente, pero aclara que aunque se actúe en contra de ello no prescribe la acción para exigir su eliminación, sin que cumpla el propietario del voladizo con la colocación de red y reja en el “hueco” de dicho voladizo, lo que además llevaría a determinar la ubicación de la protección, que debería colocarse en el hueco del paramento, y no en la línea exterior del voladizo, haciéndolo inservible.

El voladizo no es un hueco, es algo que avanza más allá del hueco y por tanto excede de la facultad de abrir huecos en pared propia, de allí la facultad del vecino para exigir su demolición.

Ahora bien estas situaciones en la práctica pueden dar lugar a actuaciones tendentes a eludir la demolición. ¿Qué sucedería si, requerido el propietario del voladizo de demolición, cierra la parte inferior del voladizo y lo incorpora a la propia construcción de forma que se convierte en una pequeña terraza que ya no “vuela” sobre fondo propio? La solución no es sencilla, no es fácil concluir que existe abuso de derecho, pues puede hacer uso de su derecho de propiedad edificando sobre su terreno; y convierte en terraza lo que era un voladizo sobre fondo propio. Seguramente estamos ante uno de los supuestos en que las características de la terraza darían lugar a colocar protecciones en el perímetro de dicha terraza, ex voladizo.

Artículos 549.- Protecciones.

549.1. Las protecciones deberán colocarse sin invadir la finca vecina. En pared medianera, no podrán colocarse más allá de su eje.

No se ha hecho referencia a una dimensión concreta del cuadro de la red o características de la reja o decir que las protecciones deberán impedir sacar la mano a través de ellas, pero así será en todo caso.

En los anteproyectos y en el Apéndice se detallaba el cuadro máximo de la red en 2 centímetros de lado, también podemos encontrar referencias a “que apenas pueda caber la mano”.

tejado o cubierta sobrevolara sobre la finca de la parte demandante, ni a los efectos del artículo 145 de la Compilación ni a la del artículo 541 Cc.

La reja y sobre todo la red, tienen la función de impedir asomarse y arrojar cosas a la finca del vecino.

Al exigir la norma reja y red o protección semejante o equivalente, ya se deduce de ello, de manera suficiente, que estas protecciones semejantes o equivalentes han de ser sólidas y resistentes, y ello atendiendo a las características propias de la reja.

En cambio parece razonable, y puede servir para evitar algún pleito, decir que las protecciones deberán colocarse sin invadir la finca vecina y que siendo la pared medianera se colocarán no más allá de su eje. Es algo que cabe deducir del hecho de que la reja de hierro debe estar “remetida” en la pared, encarcelada en ella sin sobresalir o sobrevolar sobre la finca del vecino.

La idea es igualmente útil aplicada a la pared medianera: la protección debe estar colocada en el hueco y, como mucho, en el propio eje de la pared medianera, no más allá del mismo, de manera que el vecino pueda tapar el hueco sin que la reja y red sean un impedimento para ello o hacer uso de su derecho de medianería.

549.2.- No prescribe la acción para exigir la colocación de protecciones.

Además de la norma general de no prescripción de las acciones para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad y las de demolición del voladizo sobre fundo propio, se incluye esta norma especial sobre la no prescripción de las acciones para someter los huecos a reglamento.

Ya había aclarado la Jurisprudencia que la existencia de un hueco sin protección no era signo aparente de servidumbre, siquiera a los efectos de constitución por destino del padre de familia, sin que en consecuencia se trate de una intromisión anormal en la propiedad vecina mediante el disfrute de una apariencia de servidumbre, y sin lesión del derecho del propietario colindante. Si esto es así, que lo es, el vecino de nada debe defenderse, faltando uno de los presupuestos de la prescripción extintiva.

Lo anterior debe ponerse en referencia con lo dicho en el artículo 537.3 de no extinción por prescripción de las acciones para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad.

Sobre este particular, no unánime en la Doctrina ni en las resoluciones de los Tribunales, especialmente entre las Audiencias de Huesca y Zaragoza, dos eran las opciones, hoy aclaradas en la norma: prescripción o no de la acción.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 30 de Noviembre de 2.009 abordó la cuestión y concluyó en la no prescripción de la acción.²⁴

24. STSJA 30.11.2009.

La contravención del régimen normal de luces y vistas produce, pues, consecuencias distintas en función de la exigencia legal transgredida, pues la adición a los huecos de balcones o voladizos constituye signo aparente de servidumbre, mientras que la omisión de protecciones no lo es. Quien no dota de reja y red al hueco abierto no pone por tanto en peligro la libertad del fundo vecino, en nada lo daña pues su falta no constituye signo aparente de servidumbre. En el propio escrito del recurso de casación alude la parte a la doctrina que señala que la no colocación de reja y red es, en realidad, un acto jurídicamente inocuo o intrascendente. Y así es, pues la omisión de las protecciones no constituye una intromisión anormal en la propiedad vecina mediante el disfrute de una apariencia de servidumbre. Siendo así, al no haber lesión al interés del derecho del propietario colindante, éste nada debe defender, por lo que falta uno de los presupuestos de la prescripción extintiva según hemos señalado arriba.

Siguiendo su razonamiento: “el presupuesto de la prescripción extintiva no es únicamente la inactividad, sino la inactividad del titular frente a la perturbación o lesión de su interés. No basta, como parece entender el recurrente, el mero transcurso del tiempo. A diferencia de lo que ocurre con la caducidad, la prescripción no juega contra quien no ejercita su derecho, sino contra quien no lo defiende cuando es atacado o puesto en peligro”.

La nueva regulación supera esta situación. No es fácil coordinar la prescripción con la relación de vecindad. La prescripción de la acción, aunque sólo sea para exigir la colocación de las protecciones, es en principio contraria a la imprescriptibilidad de las relaciones de vecindad, una de las notas características que las diferencia de las servidumbres. Como ha señalado el TSJA en la Sentencia citada, en estos supuestos “la omisión de las protecciones no constituye una intromisión anormal en la propiedad vecina mediante el disfrute de una apariencia de servidumbre. Siendo así, al no haber lesión al interés del derecho del propietario colindante, éste nada debe defender, por lo que falta uno de los presupuestos de la prescripción extintiva según hemos señalado arriba”. A ello hay que añadir la situación que puede encontrarse un tercer adquirente ante huecos sin voladizos en los que haya prescrito la posibilidad de exigir la colocación de las protecciones.

Se deduce de todo lo expuesto que, tal como ya dijimos en nuestra sentencia de 22 de abril de 2008, el propietario del fundo colindante a aquel en el que se abrieron los huecos, siempre mantendrá el derecho a reclamar y obtener que se coloquen las protecciones legalmente previstas.

Sentencia APZ Secc. 2ª 15 marzo.2005.

Habiendo abierto la demandada seis ventanas que no guardan, el mismo tamaño, distribución ni condiciones físicas que las originarias, (la demandada no ha probado cumplidamente la similitud), dentro de las distancias antes referenciadas, sin dotarlas de la protección legalmente prevista, resulta perfectamente acogible la pretensión de la actora al faltar la prueba cierta de la existencia de la servidumbre de luces y vistas alegada por no poder estimarse la concurrencia de signos aparentes de la misma al no darse los voladizos que como tales previene el Artº. 145 de la Compilación, y no poder considerarse signo aparente la falta de una protección adecuada en los huecos abiertos. La falta de la protección establecida no es sino un incumplimiento del régimen ordinario de propiedad y de las normales relaciones de vecindad que no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de clase alguna (S.S. Audiencia Provincial de Zaragoza de 07-11-89, 15-07-96, 11-01-2002, 28-10-2002 y 12-12-2002), pudiendo exigirla el interesado en cualquier momento al tratarse de una facultad imprescriptible.

En Sentido contrario la Audiencia Provincial de Huesca, por ejemplo en sus Sentencias de 18 de abril de 2008, 26 de diciembre 2007, 13 de febrero de 2007 y 31 de marzo de 2001, apreciando prescripción por el paso de 30 años de acuerdo al artículo 1.963 del Código civil.

Artículo.- 550.- Derecho a edificar o construir.

La facultad de abrir huecos para luces y vistas concedida en los artículos anteriores no limita, altera ni modifica el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna y como estime conveniente.

Ya venía dicho en el artículo 144.3 de la Compilación, la existencia de huecos de tolerancia no limita el derecho del vecino a edificar o construir.

En muchos casos los Tribunales han considerado como abuso de derecho el construir con la única finalidad de tapar los huecos del vecino, entendiendo que esto sucede en los supuestos que lo edificado o construido no tenga sentido arquitectónico o reporte alguna utilidad al vecino que tapa. Se venía entendiendo que el cierre de los huecos constituía abuso de derecho cuando se daban dos circunstancias, una subjetiva constituida por la intención de perjudicar faltando una finalidad seria y legítima en la actuación constructiva, y otra objetiva de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

Pero también hay casos en los que la finalidad constructiva es obstaculizar las vistas para proteger el derecho a la intimidad.

Con la nueva redacción de esta norma, nótese que se ha añadido “y como estime por conveniente”, los Tribunales tienen que apreciar en cada caso concreto si existe o no abuso de derecho, pero no exigir de entrada que la construcción tenga una utilidad suplementaria; el mero hecho de tapar puede no ser antijurídico.²⁵

25. S TSJA .03. 2004, con cita de la STS 3 .02.1989..

“...sin embargo no puede ser jurídicamente permisible que, pretendiendo acogerse a ese incuestionable derecho que le concede el citado párrafo 3.º del artículo 144 de la aludida Compilación, el dueño del fundo sobre el que aparecen abiertos, tales huecos trate de cerrarlos o taparlos, sin realizar, como establece dicho precepto, alguna construcción o edificación, que, en el caso que nos ocupa, le viene prohibida hasta ahora por la autoridad municipal, sino estrictamente mediante un simple tabicón levantado con esa única y exclusiva finalidad, pues la expresada conducta, como la entidad actora, aquí recurrida, adujo en su demanda como uno de los fundamentos jurídicos de su pretensión, configura una clara y típica situación de abuso de derecho, proscrita por el artículo 7.º del Código civil de indudable aplicación a este supuesto (art. 13 del mismo Cuerpo legal), al concurrir las circunstancias que, según reiterada doctrina de esta Sala, determinan la existencia de la misma, cuales son las subjetivas de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria y legítima, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (Sentencias de 26 de abril de 1976; 2 de junio de 1981; 22 de abril de 1983; 23 de mayo de 1984; 14 de febrero de 1986, entre otras).”

SAPT .09.2001.

“...Pero es que además, a la vista del informe pericial emitido en la demanda donde se pone de manifiesto, de una parte, que el cobertizo construido por los demandados junto al inmueble de la actora pudo haber sido instalado en cualquier otra parte del jardín, y de otra que la ampliación del mismo, dotándole de mayor profundidad hasta al alcanzar el muro de la vivienda de la actora, donde se adosó un muro que clausuró las ventanas, resultaba innecesario y se hizo tan sólo con la finalidad de tapar aquellos huecos, es forzoso concluir que aquella construcción se realizó al margen de las exigencias de la buena fe, sin que pueda por ello ampararse en el art. 144.3 de la Compilación; ...”

SAPZ Sección 4ª 15.03.1999.

En efecto, como queda acreditado por el conjunto probatorio obrante en autos, la construcción llevada a cabo por el señor G. J. en el patio o corral de su propiedad y en la colindancia del mismo con la pared de la casa de la actora, que da al citado patio, consistente en una pared o tabique de ladrillos, de la misma anchura y altura que la aludida pared, de manera tal que la oculta en su totalidad, cerrando los tres huecos de ventanas existentes en la misma, con reja remetida, para tomar luces desde el aludido patio, pared a la que se adosa en una parte sólo de la misma un cobertizo de igual material, destinado a leñera, no tiene otra finalidad, en lo que excede de dicha leñera, de cegar los citados huecos de ventana de la casa de la actora, lo que configura una clara y típica situación de abuso de derecho, que proscribiera el art. 7.2 del Código Civil, de aplicación al caso, como ya ha tenido ocasión de señalar la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de febrero de 1989 (RJ 1989\665), al concurrir las circunstancias que, según reiterada doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, permiten estimar tal situación antijurídica, cuales son la subjetiva de la intención del demandado de perjudicar a la actora, faltando una finalidad seria y legítima en su actuación constructiva, y la objetiva de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, sin que el hecho de que en su momento obtuviera la pertinente licencia municipal para la realización de dicha construcción obste a la consideración antedicha. “

En cuanto a los medios procesales de defensa del propietario que constata el inicio de unas obras, que a primera vista puede entender en evidente abuso de derecho, la posibilidad de hacer uso de la protección interdictal no ha sido tampoco unánime. La respuesta de los Tribunales ha estado unida de alguna manera a la consideración de la apariencia mínima de un posible derecho protegible, y también al principio de que es mejor prevenir el mal, con la suspensión caucional de la obra, antes que repararlo. Con la nueva regulación los signos aparentes a efectos de constitución de servidumbre de luces y vistas han quedado definidos y delimitados por lo que la protección interdictal quedará igualmente delimitada a dichos supuestos²⁶.

SATZ 30 .06. 1987.

CONSIDERANDO: Que los vocablos “edificar” o “construir” que utiliza el párrafo tercero del artículo 144 de nuestra Compilación del Derecho Civil de Aragón, tienen como significado único, como conjuntamente derivados de “edificio” y de “construcción”, no el de la realización de cualquier obra, sino el de elevación, objetivación o materialización de algún módulo de ésta, que sirve para habitación u otros usos análogos, como el de casa, templo, teatro, local, etc., con cuyo antecedente, se llega al consiguiente de deber considerar a lo hecho por la entidad demandada como obra que no reúne las características apuntadas,...

SAPZ .11. 2004, con cita de la SAPH .7.03. 1994.

«En el caso que nos ocupa ... aparece claro que ... ha realizado una construcción en su terreno que sin duda obedece, siquiera en parte, a ornamentar su terraza, que dio lugar al cerramiento de las ventanas abiertas; con ello entendemos que no hizo otra cosa que hacer uso del derecho que le concede el repetido número 3 del artículo 144, sin que pueda hacersele reproche alguno, que cabría en el supuesto de que se hubiera levantado un tabique que sin reportarle beneficio de ninguna clase, fuese destinado exclusivamente a perjudicar a quienes habían abierto las ventanas, lo que no sucede en el caso de autos en que, como se ha apuntado el ..., aparte de conseguir un embellecimiento de su terraza evita el que en ella no pueda desarrollar vida privada, dada la pequeña superficie de la misma y la inmediatez de las ventanas destinadas no solamente a obtener luz sino a proporcionar vistas que impedirán una vida familiar reservada de injerencias extrañas; por todo lo razonado entendemos que no procedía condenar al demandado a destruir las obras realizadas en cuanto afectaban a las ventanas, puesto que el disidente no hizo más que ejercitar un derecho que le reconoce explícitamente la Compilación al realizar las obras denunciadas;

SAPT 18 .10.2003.

Así, es importante destacar que la construcción del patio de luces de la vivienda de los demandados NO EXIGÍA, en absoluto, el levantamiento de cuatro muros de cerramiento para la configuración de dicho patio de luces, aunque estos se hayan elevado en terreno de su propiedad y aunque no exista duda alguna de que los huecos/ventanas, que el actor tenía abiertos sobre la propiedad de los demandados, no los tuviera en función de un derecho real de luces y vistas, sino que, por el contrario, ha quedado probado hasta la saciedad, eran de mera tolerancia, basados en la norma reguladora en nuestro Derecho Foral de las relaciones de vecindad... (Así las cosas, es evidente que los demandados podían y pueden cerrar dichas ventanas CONSTRUYENDO una edificación inmediatamente contigua a las paredes de la vivienda del actor / recurrente. El problema surge al concretar el concepto de construcción, por una parte, y de otra, al determinar cuándo tal construcción es o no NECESARIA para el destino que con ella se persiga. Son, pues, dos los requisitos los que deben avalar la actuación de los demandados, para que la misma caiga extramuros del imputado comportamiento abusivo que expresamente denuncia el actor en su demanda, al atribuir a los demandados que la «única finalidad del tabicado levantado es la de privar de luces y vistas a las citadas ventanas de la vivienda de su principal», es decir de su vivienda: a) Que se efectuó por quien soporta la carga, que no servidumbre, de las ventanas sobre el predio o finca de su propiedad, una auténtica y propia construcción, b) Que exista NECESIDAD de llevar a efecto la construcción en o de forma que conlleve el cierre o clausura de los huecos o ventanas que con la edificación se produzca.

SAPT .31.12. 1998.

En el caso de autos no se aprecia la concurrencia de las circunstancias subjetivas y objetivas que definen el ejercicio abusivo del derecho que concede el art. 144.3 Comp., pues el levantamiento del muro que ha tapado la ventana del actor se ha hecho para conseguir un efecto estético, para aislamiento del ambiente exterior y forma parte del plan general de rehabilitación de la vivienda para transformar lo que era una antigua casa de labor en una vivienda de esparcimiento y recreo.

26. SAPH 04 .10. 2000.

“... pensamos que en el caso existe sin duda la razonable controversia en derecho citada en la misma sentencia apelada que justifica que la obra litigiosa quede paralizada en tanto la cuestión no queda definitivamente zanjada en el correspondiente juicio declarativo pues, como muy bien ha dicho la sentencia apelada, el interdicto de obra nueva, como con reiteración señala la constante jurisprudencia y como tenemos repetidamente declarado, es un juicio declarativo,

550.2.- *También podrá, sin necesidad de edificar o construir, obstaculizar o limitar las vistas a espacios utilizados para su vida familiar o personal.*

En la línea de ampliación de facultades al vecino para proteger su intimidad se recoge ahora expresamente la posibilidad de obstaculizar o limitar las vistas, pero sólo en los supuestos que se proyecten vistas sobre espacios con una intimidad legalmente protegible.

Aunque nada se diga la ubicación de este espacio destinado a la vida familiar deberá encontrarse, al menos parcialmente, dentro de la zona de influencia de una hipotética servidumbre de luces y vistas.

Lo previsto en la norma tiene conexión con la protección al derecho fundamental de intimidad, siguiendo los pronunciamientos ya existentes de los Tribunales. Así lo admite la Sentencia del TSJA de 23 de enero de 2008 al decir que “el cierre realizado tiene fundamento en la protección del derecho a la intimidad, reconocido constitucionalmente... que... otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada”, evitando con ello las vistas sobre una terraza habitada.²⁷

especial y sumario, eminentemente cautelar y no estrictamente posesorio, pues también ampara la propiedad y cualquier otro derecho real. Como decíamos en las sentencias de esta sala de 2 y 15 de octubre de 1990 y de 8 de febrero, 11 de abril, 20 y 29 de noviembre de 1991, 14 de abril de 1994, 25 de enero de 1996, 29 de diciembre de 1998, 26 de enero y 20 de julio de 1999, entre otras, este procedimiento se inspira en el principio de que es mejor prevenir el mal antes que repararlo, buscando el mantenimiento de un estado de hecho que va a ser modificado por una obra, de la que se teme una eventual lesión jurídica inminente y probable, por lo que se trata de obtener su interina paralización,..... Por ello, «cuantas declaraciones contenga el procedimiento interdictal, atendida su naturaleza cautelar y provisional, carecen de relevancia en el posterior declarativo y contradictorio, ya que es en éste en donde se deciden y ventilan los derechos de las partes» —STS 10 de Julio de 1987—.

SAPZ Sección 2ª, 7 .04.1.993.

En el supuesto litigioso el actor carece de derecho de servidumbre de luces y vistas que le autorice a pedir la suspensión, porque en Aragón y según el art. 144 de la Compilación, la facultad de abrir huecos para luces y vistas no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, sin que en el caso el demandante haya adquirido derecho de servidumbre por usucapión de diez años, ni le fuera otorgada por el anterior dueño de ambas fincas al amparo del art. 541 del C.C., puesto que a tiempo de la venta no existía la edificación ni por tanto los huecos, ni tampoco tiene ese derecho en virtud de lo señalado en el proyecto que se le transmitió junto a la propiedad del solar, pues con esa entrega no se constituye derecho real alguno sobre el fundo, únicos que pueden traerse a este especial juicio de interdicto.

SAPH 11 de julio de 2001.

Como decíamos en nuestra Sentencia de 25 de enero de 1996, no hay en principio inconveniente alguno en que con el interdicto de obra nueva se proteja una servidumbre de luces y vistas, sin que sea necesario, dada la propia naturaleza del proceso interdictal, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el solar en donde se halla la obra que se quiere parar, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así, siguiendo el consejo de que es mejor prevenir un mal que luego tener que evitarlo, proceda en su caso paralizar la obra, dejando para el ulterior declarativo la fijación definitiva de si existe o no .

SAPT 30.042001.

“Pues bien, tal como expone acertadamente la sentencia de instancia, conforme a la especial regulación que en materia de luces y vistas contiene el art. 144 de la Compilación Aragonesa, las aberturas o huecos en pared propia sin voladizos responden a las normales relaciones de vecindad, no impidiendo al dueño del predio colindante taparlos construyendo en su propio predio. Así pues, careciendo las ventanas del edificio del actor de voladizos, lo cual ha sido admitido en todo momento por el actor y ha quedado suficientemente probado en autos, y careciendo por ello del pretendido derecho de luces y vistas que invoca como base del interdicto, es por lo que procede desestimar el mismo.” En el mismo sentido la misma Audiencia en su Sentencia de 22 de julio de 1993 .

27. STSJA 23.01.2008.

7. Disposición transitoria vigésimo tercera. Aplicación inmediata.

Las normas contenidas en el Libro IV son aplicables de inmediato, desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, a todas las situaciones contempladas en él.

La colocación de las protecciones a lo largo del tiempo no ha tenido una respuesta unívoca. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 febrero 2005²⁸, entiende que el Derecho Aragonés no exigía la protección del hueco hasta la vigencia del Apéndice.

Tampoco se había recibido una respuesta unívoca por parte de las Audiencias aragonesas, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 marzo 2001²⁹, analizando las dos corrientes de retroactividad máxima y mínima según

Como expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004 (Sala Primera), en su fundamento jurídico segundo, "Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"; de modo que "confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, F. 5; 110/1984, de 26 de noviembre, F. 3; 89/1987, de 3 de junio, F. 3; 231/1988, de 2 de diciembre, F. 3; 197/1991, de 17 de octubre, F. 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo). De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada.../... En este caso, las circunstancias ya reseñadas conducen a estimar que la actuación de los demandados, levantando el muro que cubre la ventana de la casa de la actora, está amparada en la norma jurídica civil y se llevó a cabo para la protección del derecho a la intimidad, de modo que no ha existido abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo, y por ende la sentencia de la Audiencia Provincial no ha vulnerado la norma contenida en el artículo 144.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón

28. S. TSJA 25.02. 2005.

Con todo, en el Derecho histórico aragonés no se exigía la protección del hueco así abierto, mediante reja y red, que apareció en el artículo 15 del Apéndice Foral de 1925, al regular el derecho del condueño de pared medianera para abrir cuantos huecos le convengan con destino a luces y vistas. En pared propia, el dueño podía abrir tales luces, sin exigencia de especial protección, si bien el artículo 14 cuidaba de manifestar que estos huecos no constituían signo aparente de servidumbre, a efectos de la adquisición del derecho por usucapión.

29. SAPH31 .03. 2001.

SEGUNDO: En cuanto a la protección de las ventanas, hemos de valorar que todas ellas, excepto una, se abrieron con la construcción de la casa, la cual data, cuando menos, del año 1852, como acredita la prueba documental y testifical.

Partiendo de este hecho, para la resolución de la controversia hemos de aplicar el Derecho histórico vigente en esa época, las Observancias del Reino de Aragón, de acuerdo con las normas transitorias que rigen esta materia: la disposición transitoria del Apéndice foral de Aragón de 1925 y las disposiciones transitorias 9.^a y 12.^a de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.

La disposición transitoria del Apéndice no estableció una retroacción absoluta de su nuevo régimen (la protección de los huecos: artículo 15), pues se remitió a las disposiciones transitorias del Código civil para la aplicación de lo establecido en el Apéndice respecto a hechos o actos anteriores a su vigencia; y las disposiciones transitorias 1.^a y 4.^a del Código civil (aparte de lo dispuesto en su artículo 1.939) respetan los derechos nacidos según la legislación anterior, los cuales se rigen por la norma precedente. Por tanto, a partir de 1925, las Observancias siguieron vigentes sobre el tema que nos ocupa.

La anterior conclusión es aplicable a partir de 1967, pues, en primer lugar, la disposición transitoria 12.^a de la Compilación se remite también al Código civil, en los términos indicados; y, en segundo lugar, su disposición transitoria 9.^a alude literalmente, conforme a una obvia interpretación gramatical, a las paredes ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación, no a los huecos ya existentes.

Pues bien, frente a lo argumentado en la sentencia apelada, bajo el régimen de los fueros no era obligatoria protección alguna (reja o red) en los huecos abiertos en pared común (divisoria). La observancia 6.^a, de aqua pluviarli arcenda (libro VII) señalaba, según traducción del latín de doctrina autorizada, lo siguiente: "cualquiera puede, según sea su voluntad, abrir ventanas en pared común, no sólo para luces, sino también para vistas, si bien el dueño de las casas vecinas puede cerrar aquellas edificando a mayor altura de las mismas [...] si no deja privada de luz a la casa", supuesto excepcional también regulado en las Observancias. Tal disposición era totalmente congruente con el principio general consagrado en la observancia 1.^a, a saber: "cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del

la disposición transitoria novena de la Compilación alcanzó la conclusión de que para los huecos anteriores al Apéndice, y por tanto a la Compilación, aun cuando la demanda se formulen la vigencia de ésta, no hay obligación de dotar de protecciones, salvo que se acredite una costumbre en contrario, siguiendo para ello una interpretación gramatical de la citada transitoria que se refiere a las paredes ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación, no a los huecos ya existentes.

En contrario la sentencia número 493 de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 septiembre 1996³⁰, citada en la anterior Sentencia de Huesca, llega a la conclusión contraria al entender que “la normativa anterior al Apéndice al igual que la posterior, ya exigía la colocación de las discutidas defensas en los huecos o ventanas, pues en aquel tiempo, si bien no eran aludidas en la Observancia VI, tanto la doctrina como la Jurisprudencia las entendía comprendidas dentro de la costumbre, así según Vidal de Canellas -Empero será tenido, dadaque aqueill uecino plogiere, de cerrar aquella finestra con uergas de fierro fuertes, en guisa de que por aqueill forado d, aquella cerradora a penas pueda caber la mano-, y la misma exigencia se recoge en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 junio 1908, y ello es así hasta el punto de que en la doctrina se ha afirmado que la sanción legal de tal criterio en el Apéndice y en la Compilación es una concesión a la doctrina de los Tribunales, de todo lo cual se deriva la improcedencia de la apelación formulada respecto de los huecos comprendidos en la primera de las categorías establecidas en la contestación a la demanda”. Esta sentencia, aún cuando no se diga expresamente en la misma, no entendió aplicable lo que había dicho nuestro Tribunal Supremo en sus sentencias de 25 febrero 1943³¹, 25

poseedor”. La única excepción era la costumbre del lugar. Pero la carga de probarla recae en la actora; y, en el presente caso, no consta que en Yebra de Basa rija la costumbre de cerrar con reja y red las ventanas y demás huecos de los edificios que colinden con finca ajena, sino más bien todo lo contrario, según la prueba testifical. La juzgadora a quo argumenta, con fundamento en la sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza de 9-IX-1996, que el Apéndice, al establecer la obligatoriedad de defensas en los huecos, vino a sancionar lo que defendía la doctrina (por ejemplo, Vidal de Canellas) y los tribunales. Pero creemos que este criterio sólo puede defenderse cuando exista una costumbre del lugar que lo establezca, tal como parece reconocer la citada sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza cuando utiliza la expresión “dentro de la costumbre”. Además, la exposición de motivos del Apéndice no alude a ninguna concesión a la doctrina o a la jurisprudencia, sino a que la legislación aragonesa hace un esfuerzo por aproximarse a la común con el fin de llegar a la unidad de la legislación nacional.

30. SAPZ 9 .09. 1996.

“La interpretación de la disposición transitoria novena de la Compilación a cuyo tenor “Las disposiciones relativas apertura de huecos en pared propia o medianera (artículo 144) serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de entrada en vigor de la Compilación” ha sido objeto de interpretaciones diferentes, una primera sostiene que se pronuncia por una retroactividad máxima, debido a que su finalidad habría sido reaccionar contra una jurisprudencia que la doctrina aragonesa tachó de antiforalista, y según la cual, el artículo 15 del Apéndice de 1925 no alcanzaría la pared propia que se había de regir por las disposiciones del Código civil, limitándose a las medianeras, de tal modo que habría querido imponer la solución dada en el nuevo artículo 144 de la Compilación a todos los huecos, ya estuvieran construidos ya se llevaron a cabo bajo su vigencia.

Para otros, se trata de una retroactividad mínima, que sólo afectaría los huecos que se abrieran con posterioridad a la entrada en vigor de la Compilación, ello con independencia de la fecha en que la pared hubiera sido construida.

31. STS 25 .02. 1943

“La facultad de abrir huecos en pared propia no estaba limitada en modo alguno en la legislación anterior al Código Civil, la cual no regulaba de forma precisa y detallada los derechos de luces y vistas incidentalmente aludidos en la Ley 15, título XXXI, de la Partida III -, si bien tales luces o vistas no constituían derecho de servidumbre v, por consiguiente, no podrían neutralizar el derecho que tema el otro colindante a estorbarlas edificando en su propio predio”.

febrero 1944³² y 9 febrero 1955³³, que en Derecho Común y para la legislación de las Partidas entendió que los huecos abiertos en paredes, como relaciones de vecindad, al amparo de aquella legislación podían mantenerse una vez aprobado el Código civil. Estas sentencias fueron objeto de cita expresa en la fundamentación del recurso de apelación, por lo que es de entender que la Audiencia Provincial de Zaragoza encontraba un antecedente legislativo anterior, a su decir lo dicho por Vidal de Canellas, que exigía la colocación de protecciones con anterioridad a la aprobación del Apéndice, generalizando la costumbre.

La Disposición transitoria Vigésimo tercera, bajo el título de aplicación inmediata, establece que las normas se aplican “a todas las situaciones contempladas en él”. Desaparece por tanto la cita expresa a las “paredes” que contenía la disposición transitoria novena de la Compilación, que es sustituida por la expresión “situaciones” junto a la expresión “aplicables de inmediato”, y en consecuencia que con independencia de la fecha en que se haya construido la pared o se haya abierto el hueco, incluso en la vigencia de las Observancias, será de aplicación la nueva normativa.

32. STS de 25 .02. 1944.

“Cabe sentar como criterio informante de dicha legislación -la anterior al Código Civil-, por cuanto interesa al caso de autos las siguientes proposiciones: La Que aquella legislación histórica, como una consecuencia del derecho que tenía todo propietario para hacer en su casa lo que quisiera..., no ponía traba alguna a la acuitad de abrir huecos, para luces o para vistas, en pared propia... 2/ Que tales luces o vistas no constituían, empero, derecho de servidumbre y, por consiguiente, no podría neutralizar el derecho que tenía el otro colindante a disminuirlas o anularlas, edificando libremente o dando mayor elevación a construcciones existentes... el art. 581 del Código Civil mantiene los dos puntos de vista que la legislación anterior completa en la apertura de huecos, como expresión a la vez y utre proprietatis y iure servitutis, con la modalidad de que el Código Civil regula huecos de escasas dimensiones abiertos a determinada altura, mientras que la legislación precedente no establecía distinción a este respecto por razón de tamaño y situación de los huecos, resultando así que, con referencia a los comprendidos en dicho precepto legal, y en cuanto suponen ejercicio del derecho de propiedad, no hay acción para impedir que estén abiertos ni para exigir que sean cerrados si bien, por no constituir expresión del derecho de servidumbre pueden ser cerrados construyendo pared contigua a la que tenga el hueco o ventana”

33. STS 9 .02. 1955.

“La legislación de las Partidas, que no limitaba la potestad absoluta que al propietario correspondía para hacer en pared propia aquello que tuviera por conveniente, no podía impedir después, al no constituir propiamente derecho de servidumbre la apertura de dichos huecos, que el colindante los anulara edificando libremente en el terreno que le pertenece, lo que es posible al no existir acto obstativo del que pueda derivarse el lapso de tiempo preciso para adquirir derechos por prescripción.

Si bien no hay acción para impedir que estén abiertos los huecos, y exigir que sean cerrados, por no constituir, dado el tiempo de la apertura, tal derecho de servidumbre, no existe en el Código civil precepto que prohíba construir en la pared contigua, doctrina la que se da el oportuno y debido respeto a la legislación anterior y que sanciona la Disposición Transitoria Primera que acompañar nuevo texto.”

SEGUNDA PARTE. II. SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS

Artículos 574 a 576 del Código de Derecho Foral de Aragón

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ

Profesor Titular de Derecho Civil.

SUMARIO: I. ARTÍCULO 574. SIGNOS APARENTES. 1. Las servidumbres de luces y vistas en Aragón. 2. Signos aparentes de servidumbres de luces y vistas: los voladizos. II. ARTÍCULO 575. IMPOSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE LAS SERVIDUMBRES NO APARENTES DE LUCES Y VISTAS. III. ARTÍCULO 576. EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES DE VISTAS. 1. Constitución de la servidumbre de vistas. 2. El contenido de las servidumbres. 3. Constitución “por cualquier título”. 4. La adquisición de la servidumbre por usucapión. 5. Adquisición de vistas directas de modo distinto a voladizos, balcones o miradores. 6. Aplicación de distancias. 7. El supuesto de la casa privada de luces.

I.- ARTÍCULO 574. SIGNOS APARENTES

Artículo 574. Signos aparentes.

Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo 545 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio.

1. Las servidumbres de luces y vistas en Aragón

Los arts. 574 a 576 CDFA regulan las servidumbres de luces y vistas, al igual que el anterior art. 145 Compilación, como servidumbres reales y voluntarias, diferenciando este derecho real limitado nítidamente de las relaciones de vecindad de luces y vistas, con un esfuerzo añadido del legislador por evitar equívocas zonas de contacto e imposibilitando que las servidumbres negativas y no aparentes puedan adquirirse por usucapión.

El art. 574 CDFA impone una limitación anormal sobre el predio ajeno que configura la servidumbre de luces y vistas. Si en el art. 545.2 CDFA se prohíben los balcones y voladizos a menos de dos metros en vistas rectas o de sesenta centímetros en vistas oblicuas o de costado del límite de la finca vecina, su existencia sobre fondo ajeno –decía ya el Informe del Seminario de la Comisión Compiladora– «implica una violación aparente de las normas reguladoras del régimen ordinario de las relaciones de vecindad y, por lo tanto, signo aparente de verdadera servidumbre, susceptible, en principio, de ser adquirida por usucapión y por título y, en ambos casos, voluntaria, nunca legal»¹.

Nace por tanto la servidumbre de la inobservancia de las normas legales que regulan las relaciones de vecindad dentro del estatuto normal de la propiedad inmobiliaria en Aragón, con la configuración de tal derecho real, colocando a uno de los fundos en posición subordinada respecto del otro, y requiriendo en todo caso prueba de su existencia.

La existencia, como «únicos» signos aparentes, como reafirma el art. 574 CDFA, de los « voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fondo ajeno», es indicativo de la existencia de una servidumbre a favor del predio de donde surgen los voladizos. Al negar el Código aragonés el carácter de signo exterior a los huecos no protegidos y a los voladizos sobre fondo propio, se separa, por su régimen de vecindad más permisivo, claramente del régimen del Código civil que permite, prácticamente, adquirir una servidumbre de luces o vistas por cualquier infracción de lo que técnicamente se deben considerar relaciones de vecindad, además de los balcones y miradores que se introducen en finca vecina, por el solapamiento de regímenes de relaciones de vecindad y servidumbres de luces y vistas en los arts. 580 a 585, pudiendo constituirse por título o prescripción las aparentes y continuas (art. 537), sólo por título las continuas no aparentes y discontinuas, y permitiendo la adquisición por usucapión tanto de las servidumbres positivas como de las negativas (art. 538 Cc.).

La servidumbre luces y vistas que se inicia por el sobrevuelo de balcones sobre el fondo vecino se registrará, en defecto de otro título, por las disposiciones del Código aragonés en cuanto a su constitución, ejercicio y extinción (arts. 556 a 573 CDFA), salvando la anterior supletoriedad del Código civil. Por usucapión, al adquirirse una servidumbre aparente, se producirá en los plazos señalados por el art. 568 CDFA, ya que no quedará constituida hasta el agotamiento de dichos plazos.

1. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, vol.I*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1996, pág. 503. Cita como exponente de este criterio la SAT Zaragoza 9 diciembre 1879 que, según Mariano RIPOLLÉS, *Jurisprudencia Civil de Aragón*, t. 1º, Zaragoza, 1897, núm. 243, expresa que «la construcción de unos balcones, corredores ó voladizos, que caen al solar ó superficie de otro predio, constituye una verdadera servidumbre a favor de la finca del que construye, y para que dicha servidumbre pudiera establecerse era indispensable la voluntad del dueño del predio sirviente que había de sufrirla, ó probarse la prescripción de diez años, necesarios para que pueda adquirirse, por ese medio, una servidumbre continua como la citada, según la Observancia 7ª *De praescriptionibus*. La Observancia 6ª *De aqua pluviali arcenda*, solo concede que puedan abrirse ventanas en la pared medianil para recibir luz por el solar de la casa del vecino, y como consecuencia de las anteriores doctrinas, procede derribar unos balcones, corredores ó voladizos, contruidos hacia cuatro años en una pared medianil, que daban al patio de otra casa.»

Pueden constituirse por título toda clase de servidumbres de vistas directas, como expresa el art. 576 CDFA y también el art. 585 Cc. -que ha perdido su función supletoria en el Código aragonés-, aunque no se ejerciten desde balcones o miradores en virtud de la libertad de pacto del Derecho aragonés (art. 3 CDFA), por lo que podrán adquirirse a favor de ventanas u otros huecos en fundo dominante.

También pueden constituirse por signo aparente, por destinación del padre de familia en expresión clásica, (art. 566), pero despojado ya de la confusa remisión que al art. 541 Cc. realizaba el art. 145 Compilación, por lo que los signos aparentes de luces y vistas son únicamente los voladizos (art. 574 y según el concepto de los mismos del art. 548 CDFA), salvo que el propietario de ambos fundos haya determinado otros por título antes de la disposición de uno de ellos.

El contenido legal de la servidumbre, a falta de otra determinación por título, consiste en que el titular del fundo dominante podrá disfrutar de las vistas sobre el predio colindante, con la consecuencia de que el titular del sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de la línea del voladizo, de acuerdo con el art. 546 CDFA, o desde la línea exterior de la pared donde no los haya.

2. Signos aparentes de servidumbres de luces y vistas: los voladizos

La diferenciación con las relaciones de vecindad de luces y vistas se produce, siguiendo el criterio genérico de apariencia del art. 552.2 CDFA, en el art. 574 al establecer como especialidad aragonesa que únicamente los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre la finca ajena han de considerarse como signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, negándole tal relevancia a la falta de protecciones (reja y red) o a los voladizos sobre fundo propio no distanciados (SSTSJA 4 febrero 2004 y 27 septiembre 2007).

La importancia de la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes en Derecho aragonés, ha llevado al legislador a cuidar esta distinción calificando con más detalle, frente al concepto general del art. 532 Cc., las características de los signos exteriores que configuran las servidumbres aparentes en el art. 552.2 CDFA,:

Es aparente la servidumbre que se anuncia por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma, siendo servidumbres no aparentes todas las demás.

Refiere la SAP Huesca 27 de marzo 1996, que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos, marcas y señales que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan y evidencian objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro. Es, por tanto, una cualidad objetivamente perceptible por cualquiera.

La doctrina deduce de los signos exteriores de apariencia del art. 532 Cc. los siguientes requisitos:

a) Se trata de un signo exterior que revela el uso y aprovechamiento de la servidumbre.

b) Es necesario que el signo sea exterior y visible.

c) Debe ser un signo permanente, elemento éste que debe interpretarse en el sentido de rechazar los signos u obras de carácter provisional. Ello probablemente es consecuencia del carácter tendencialmente perpetuo de las servidumbres (art. 553.2 CDFA).

Y como explica Nélida TUR, «estos signos tienen que revelar el contenido exacto del derecho, esto es, su extensión y límites, de modo que de la simple observancia de los signos pueda deducirse cuál es el uso y aprovechamiento concretos que puede realizar el titular del derecho»². Por ello se ha planteado si basta cualquier signo revelador, mediante una indicación visible (cartel o inscripción) que advierta la existencia de la servidumbre³, pero LACRUZ considera que le faltaría relación objetiva con su uso y aprovechamiento⁴.

Estos signos exteriores atribuyen a las servidumbres aparentes una publicidad equivalente a su inscripción en el Registro inmobiliario, y por ello surten efecto contra el adquirente del fondo gravado, aunque no resulte del Registro la existencia de tal servidumbre⁵.

Los signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que anuncian la apariencia de la servidumbre y que revelan el uso y aprovechamiento de luces y vistas son los voladizos que define el art. 548 CDFA, en sede de relaciones de vecindad, en su apartado 1º: «Se entiende por voladizo los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina».

Este apartado es resultado de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del art. 145 Compilación, realizando una delimitación positiva y negativa respectivamente, de los voladizos. El modelo de voladizo aragonés es el balcón, pero el voladizo puede comprender otras estructuras y elementos, siempre que sobresalgan suficientemente de la pared, aunque el Código aragonés no ha establecido medidas mínimas y las posibles dimensiones suficientes seguirán siendo en muchos casos una cuestión de valoración judicial, estar colocados debajo de un hueco que sirva para prospectar la finca vecina (vistas), lo que elimina prácticamente las puertas, y debe permitir la acción de las personas, de menos a más, de asomarse, apoyarse y moverse por el mismo, por lo que no puede ser una simple ventana.

El apartado 2º del art. 548 realiza una delimitación negativa de los voladizos a efectos de luces y vistas: «No se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca.»

2. TUR FAÚNDEZ, N., *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 30.

3. Lo defiende ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1983, pág. 103.

4. LACRUZ y LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil*, t. III. Derechos reales, vol. 2º, 2ª ed, Madrid, Dykinson, 2004, pág. 106. Y ROCA JUAN, J, «Artículo 532», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, vol. 2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1990, pág. 41.

5. LACRUZ y LUNA SERRANO, *op. et loc. cit.*, pág. 107.

En esta delimitación negativa, ha sido muy importante el criterio de resolución de los Tribunales aragoneses, y asombrosas las peticiones de los particulares demandantes, por lo que partiendo de la consideración de los aleros de tejados o de la parte superior de huecos, de invocación común en servidumbres de luces y vistas, se generaliza la prohibición a cualquier otro elemento saliente de la construcción, sea de obra o colocado posteriormente por los titulares.

Los voladizos incluyen los balcones, por su correspondencia con lo expresado en la prohibición del art. 545.2 CDFA («*balcones y otros voladizos*») -y también los miradores, mencionados ahora en el art. 576-, y los «demás salientes» que señala el art. 548.1 CDFA. Para considerarlos como tales, a los efectos de servidumbres de luces y vistas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y territorial aragonesa habían señalado algunos caracteres y requisitos, como que gozasen de cierta estabilidad y sobresalir suficientemente (STS de 20 de octubre de 1987). Algunas sentencias se atienen a su a su sentido gramatical, es decir «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio» (SAT Zaragoza de 11 de diciembre de 1985), o «sobresalir fuera del parámetro de un edificio» (STSJA de 4 de febrero de 2004), y no lo es «un alféizar de cinco centímetros que sobresale de uno de los huecos de la pared» [STSJA de 22 de abril de 2008], a lo que añade la SAP de Teruel de 9 de enero de 1996 que «resulta claro que los voladizos, jurídicamente, suponen una especie de «plus» con relación al mero hueco, un ejercicio más intenso del derecho de servidumbre y, en fin, una posibilidad que otorga mayor amplitud y comodidad para el uso de las vistas sobre el predio ajeno; y, por tanto, una mayor incomodidad para el dueño de éste».

La STSJA de 27 de septiembre de 2007, realiza una delimitación positiva de los voladizos y distintiva de otros elementos que pueden sobresalir de las paredes, como los tendedores, que no pueden considerarse voladizos: «la jurisprudencia y la doctrina vienen entendiendo que los voladizos deben estar situados en la parte inferior de los huecos destinados a luces y vistas, pero para que se conviertan en signos aparentes capaces de lograr por usucapión el nacimiento de la servidumbre, han de tener la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, lo que evidentemente no ocurre con los tendedores pues su destino no es otro que el de tender la ropa y mal pueden permitir apoyar el cuerpo con la finalidad de recibir luces o posibilitar vistas»⁶.

6. La STSJA de 27 septiembre 2007 (ponente el magistrado D. Manuel Serrano Bonafonte), resuelve en recurso de casación la alegación de los recurrentes de «jurisprudencia contradictoria de las Audiencias sobre si los tendedores deben tener la consideración de voladizos».

El TSJA en su FD 4º (que se transcribe parcialmente) expresa la doctrina del Tribunal sobre los voladizos:

« Se trata ahora de resolver si la cuestión que este recurso plantea, es decir, si los tendedores, solaretes o repisas que vuelan sobre el solar de la compañía demandada son voladizos con entidad suficiente para merecer la consideración de signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, como los actores pretenden, o bien se trata de actos tolerados que no pueden tener alcance prescriptivo.

Es cierto que la Compilación, como hubiese sido deseable, no contiene preceptos que determinen el saliente mínimo de un voladizo, para que pueda considerarse signo aparente, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 se refirió a un saliente de treinta centímetros y declaró que dicho saliente permitía avanzar el torso sobre el predio contiguo; tal sentencia fue recogida en otra de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de enero de 1993.

Y ya la STSJA de 4 febrero 2009 considera ya como doctrina jurisprudencial asentada que no cualquier elemento sobresaliente de la pared puede considerarse como voladizo a los efectos del entonces vigente art. 145 Compilación, citando las sentencias de la Sala de 27 septiembre 2007 y de 22 abril 2008, a la que cabe añadir la de 14 julio 2008 que, al igual que la anterior, reafirma que no puede considerarse voladizo «si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente»⁷.

Ha de guardar relación el voladizo con el hueco del que emerge y con la finalidad de obtener vistas del predio sobre el que sobrevuela (SAP Zaragoza 24 septiembre 1998), ya que los signos de una naturaleza o clase sólo pueden ser indicativos de una presunta clase de servidumbre (SAP Teruel 2 abril 2001), y un saliente con apariencia de voladizo⁸ no se considerará como signo aparente de servidumbre

En el caso que nos ocupa, y por lo que respecta a los solaretes o repisas a que se refiere el motivo tercero que conjuntamente se examina, ya estableció el Juzgado que no podían merecer el concepto de voladizos “porque apenas sobresalen unos pocos centímetros, que sobrevuelan mínimamente sobre el fundo ajeno, destacando apenas de la fachada”. Tesis que fue ratificada por la Audiencia Provincial y que este Tribunal comparte pues las fotografías aportadas a las actuaciones ponen de manifiesto la irrelevancia de tales elementos a los fines pretendidos, que más bien parecen colocados para evitar la entrada de agua en las habitaciones en caso de lluvia. En definitiva, ni estos solaretes ni las repisas tienen la condición de voladizos con entidad suficiente para ser considerados signos aparentes capaces de adquirir por usucapión una servidumbre.

Respecto de los tendedores.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Huesca, siguiendo la dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en 19 de febrero de 2003, entendió que “los tendedores son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, siempre que caigan sobre fundo ajeno, pues, por su finalidad, exigen traspasar físicamente por su usuario los límites de la fachada donde se engarzan y, con ello, la vista sobre el fundo vecino”. Consecuentemente estimó esencialmente la demanda y declaró la adquisición por usucapión de una servidumbre de luces y vistas “por la existencia de unos tendedores en las ventanas de los pisos correspondientes a las plantas segunda y tercera....”.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de la parte demandada al entender que ni los tendedores ni los otros elementos constructivos merecían la consideración de voladizos.

El Tribunal comparte esta tesis».

7. La STSJA 22 abril 2008 (ponente el magistrado D. Luis Ignacio Pastor Eixarch) resuelve que un saliente de cinco centímetros de una de las ventanas, sin protecciones, no tenía entidad para considerarse como signo aparente:

«Así, la sentencia impugnada expone, en argumentos no combatidos en el recurso de casación y que detallan tanto los hechos a valorar como diversas sentencias que han tratado la cuestión, que el alféizar de cinco centímetros que sobresale de uno de los huecos de la pared del inmueble del recurrente no tiene la consideración de voladizo a los efectos de poder ser considerado signo exterior de servidumbre de luces y vistas y, por tanto, concluye que no puede partirse de la presencia de voladizo a efectos de poder declarar existente servidumbre de luces y vistas.

Conclusión que es plenamente ajustada a los hechos constatados y a la normativa de aplicación, puesto que no cabe considerar como un voladizo propiamente dicho y a los efectos prevenidos en el artículo 145 de la Compilación Aragonesa a cualquier saliente de la pared, aunque su finalidad sea de mero remate estructural de la ventana o cierre arquitectónico de una parte del edificio, si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente».

8. La SAP Huesca (Sección 1ª) 13 febrero 2007 (JUR 2007\80790), refleja un caso ya extremo de un vierteaguas, alféizar o adorno de la pared que rechaza como voladizo la Sala porque:

“Sólo con un uso llamativamente temerario podemos imaginar a una persona apoyándose en un vuelo de esas características para sacar el torso más allá de línea exterior de la fachada después de salvar el espesor de un muro que oscila, según los propios demandados, entre 40 y 60 centímetros. Es más, aun sacando sólo la cabeza y no el torso, muy pocas personas conseguirían mantener los pies en el suelo pues, como ya ha quedado dicho, estamos ante unas ventanas y no ante cualquier otra clase de hueco abierto, visto desde el interior, a la altura de los pies. La relación funcional del vuelo de un alféizar en la base de una ventana, para sacar el torso fuera de la línea exterior del hueco y proyectar vistas, no viene condicionada sólo con la anchura del propio vuelo sino que, además, en esa relación funcional inciden también la anchura del muro donde se abre el hueco y la altura de éste en relación con el suelo interior desde el que se puede mirar. Cuanto más alto es el hueco (en relación con el suelo interior) y más ancho es el muro en el que el hueco se abre, más difícil es para

de luces y vistas, si el hueco está protegido por reja de hierro remetida en la pared, como expresión de una relación de vecindad (SAP Zaragoza 12 enero 1993).

Por esta vía cabe adquirir la servidumbre positiva y aparente de luces y vistas ejercitada desde balcones y otros voladizos que caigan sobre fondo ajeno, ya que son signos aparentes de tal servidumbre de acuerdo con el art. 574 CDFA. Sin embargo, los Tribunales aragoneses han aplicado otros criterios más cercanos al Apéndice foral y al Código civil, como la SAP Zaragoza (Secc.5ª) 2 mayo 1994 que aceptó como signos constitutivos de servidumbre aparente la existencia en una bodega de dos agujeros con salida a la superficie, a través de los que se recibía aire y luz con una antigüedad superior a cincuenta años y que el demandado había cubierto con obras, sin mencionar expresamente título alguno de constitución. No parece adecuada la consideración como signos patentes e indubitados dichos agujeros, y aunque tratándose al parecer exclusivamente de luces no es un signo aparente de servidumbre a efectos del anterior art. 145 Comp. y actual art. 574 CDFA -ya que supera lo que sería el ámbito de las relaciones de vecindad- y plantearía, aunque no se invoca en la sentencia, un problema de derecho transitorio bajo vigencia de la Compilación, porque de acuerdo con el Apéndice sería una servidumbre negativa que necesitaría del acto obstativo para comenzar el plazo de posesión.

Justamente el segundo inciso del art. 145 Compilación, reproducido ahora en el art. 574 CDFA («No lo son la falta de protección señalada en el artículo 545 ni tampoco los voladizos sobre fondo propio»), ocasionó un vivo debate doctrinal que traía su origen de la interpretación del Derecho aragonés de luces y vistas bajo el Apéndice con relación a la determinación de las posibles servidumbres de luces y vistas como positivas o negativas y su adquisición por usucapión.

SANCHO REBULLIDA entendía, siguiendo el criterio del Seminario de la Comisión Compiladora, que en Aragón «la servidumbre de luces y vistas, consistente en tener voladizo o balcón sobre el fondo sirviente, es positiva, y todas las demás, negativas»⁹.

Ana B. LÓPEZ¹⁰ no pone en duda la consideración de positiva de la servidumbre mediante voladizos sobre fondo ajeno pero, siguiendo el criterio de LACRUZ -que no acepta la jurisprudencia- aplicado a las servidumbres de luces y vistas del Código civil, consideraba que en la infracción de las limitaciones del art.144.2 Compilación existía un claro rasgo positivo en la inmisión en el fondo vecino consistente en permitir asomarse por los huecos abiertos y recibir luces y vistas sin reja ni red. Esta positividad origina la posedibilidad de la servidumbre, sin necesidad de acto obstativo para el inicio de su posesión, operando el art. 148 Compilación, ya que el art. 145 les negaba la apariencia, aunque para GUTIERREZ CELMA son signos tan evidentes y aparentes que el art. 145 tuvo que

una persona acceder al voladizo mismo para apoyarse y sacar el torso fuera de la línea exterior del hueco”.

9. SANCHO REBULLIDA, F. de A., “Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón”, *RCDI*, XLIV (1968), pág., 564.

10. LÓPEZ Y LÓPEZ A. B.: “Un acercamiento al derecho aragonés de luces y vistas”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, I, 1995, nº 1, págs. 92-93.

determinar expresamente «que determinados signos exteriores, pese a denotar apariencia, no se consideran signos aparentes de servidumbre», y permitiría en último extremo la usucapión de la servidumbre por posesión inmemorial¹¹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es uniforme en afirmar que los huecos en pared medianera son signos de una servidumbre positiva y los practicados en pared propia y sin voladizos, de una servidumbre negativa. LACRUZ defendía que los huecos y voladizos abiertos contra la prohibición del art. 582 Código civil no revelaban la existencia de una posible servidumbre negativa, porque no vinculaban simplemente al dueño del fondo vecino con la prohibición de edificar en él, sino que le obligaban a soportar o tolerar dichos huecos y sus utilidades. La STS 1 octubre 1993 expresa que «desde la promulgación del Código Civil la jurisprudencia ha mantenido siempre», que en los casos citados relativos al Código civil la servidumbre de luces y vistas es negativa, no compartiendo esta sentencia la opinión de LACRUZ, al indicar que la «fuente doctrinal cuya cita sirvió de apoyo a la argumentación de la parte recurrente, reconoce que la aplicación de esta doctrina por el Tribunal Supremo lo ha sido de una manera ininterrumpida, y explica su existencia por razones de justicia estricta; aunque en el campo especulativo de la investigación pueda opinarse que su fundamentación no es, al entender del tratadista, muy consistente».

El Seminario de la Comisión Compiladora criticó, siguiendo a LACRUZ, la inconsecuencia de la doctrina jurisprudencial con relación al Código civil, pero mantuvo que la servidumbre de luces y vistas a distancia menor de la correspondiente a las normales relaciones de vecindad es en el Derecho aragonés «por naturaleza negativa», salvo en el caso de voladizos sobre fondo ajeno¹². Esta diferencia de trato la justifican en el tradicional régimen liberal aragonés «donde se desconoce la minuciosa reglamentación de distancias y dimensiones de los huecos contenida en los artículos 580 y siguientes del Código»¹³. Olvidó el Seminario que ese reglamentismo sobre limitaciones y protecciones se incluyó en las propuestas de articulado y había pasado a la Compilación, aproximando la regulación aragonesa al Código civil aunque sin quererle otorgar las mismas consecuencias, ya que como señalaba GUTIERREZ CELMA, «el reglamento, con sus limitaciones, existe en ambos derechos y lo único que cambia son los términos de dicho reglamento», aunque sin aceptar la opinión de Ana B. LÓPEZ por afectar al fundamento de la inveterada confianza recíproca vecinal que permite

11. GUTIÉRREZ CELMA, G. y otros: "El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres", *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pág. 83.

12. *Informes del Seminario...*, op. cit., pág. 516. Criterio que reafirma la SAP Teruel 25 octubre 1994, «que, además, viene siendo consolidado por nuestra doctrina jurisprudencial (cfr. SS del Tribunal Supremo de 8-1-908, 19-5-51 y 8-10-88), hasta el punto de considerarse que la existencia de verdaderos voladizos, que suponen, en general, una invasión o vuelo sobre fondo ajeno, la servidumbre correspondiente sería positiva, cuando la simple apertura de huecos o ventanales habría de estimarse, en su caso, como servidumbre negativa.» y la SAP Zaragoza (secc. 5ª) 19 junio 2000, citando de nuevo la STS 8 octubre 1988, que considera establece una matización a la doctrina tradicional, al entender que cuando hay voladizo o saliente sobre la finca ajena tiene carácter positivo en cuanto que el dueño del predio dominante ya está imponiendo al del sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa.

13. *Informes del Seminario...*, op. cit., pág. 508.

el amplio régimen aragonés de luces y vistas y por fidelidad a una jurisprudencia centenaria¹⁴.

La STS 30 octubre 1983 niega que la existencia de grandes ventanas sin protección construidas hacia más de cien años en pared propia colindante con patio vecino de un edificio de Teruel origine una servidumbre de luces y vistas aplicando el Derecho de las Observancias, integrando la situación estudiada en «las relaciones de vecindad, sin haberse acreditado la constitución de servidumbre por acto o pacto expreso ni por presunción prescriptiva; no aplicable la inmemorial (por otro lado sólo prevista para las servidumbres no aparentes, según art. 148 de la Compilación) por su frontal contradicción con ese estado de tolerancia vecinal, en ningún caso título habilitante según sentencia de 14 de mayo de 1861, recaída en caso de Aragón». Y la SAP Huesca 21 enero 1993 afirma que «el hecho de que en un muro propio que recaiga en finca ajena existan huecos de cualquier dimensión no puede presuponer la existencia de una servidumbre, puesto que al abrirlos se ejercitó un derecho y ello aun cuando carezcan de toda protección, pues realmente tal apertura representa una mera tolerancia del dueño de la finca sobre la que recaen los huecos quien en cualquier momento puede exigir la colocación de las mencionadas protecciones».

La mención del art. 145 Compilación, reiterada ahora en el art. 574 CDFA, a la imposibilidad de considerar como signos aparentes de servidumbres de luces y vistas la falta de protecciones de los huecos o a los voladizos sobre fundo propio no distanciados, sería innecesaria si históricamente la jurisprudencia territorial se hubiera impermeabilizado de la influencia del TS en la jurisprudencia sobre luces y vistas del Código civil, distinguiendo claramente lo que son relaciones de vecindad y servidumbres en Derecho aragonés, y sin la perniciosa presencia latente durante décadas del art. 14 del Apéndice Foral de 1925, que propició considerar la adquisición de servidumbres negativas. Fue relevante el número de sentencias durante decenios que aplicaron la doctrina del acto obstativo, como criticó acertadamente Ana B. LÓPEZ¹⁵, ya que no sólo del acto obstativo, sino de la distinción entre servidumbres positivas y negativas prescindió la Compilación, como concluyó SANCHO REBULLIDA de acuerdo con el Preámbulo de la misma de 1967.

Afortunadamente, desde la entrada en vigor de la Compilación, la jurisprudencia de la Audiencia Territorial y de las Audiencias Provinciales aragonesas,

14. GUTIÉRREZ CELMA *et alii*, *op. cit.*, págs. 82 y ss.

15. «En la mayoría de las sentencias se sostiene que al no existir signo aparente de servidumbre, debe aplicarse la doctrina del acto obstativo, pese a haber desaparecido de nuestra Compilación y no ser posible una aplicación supletoria del Código civil en este punto. Esta última afirmación debe rechazarse, y no sólo por aplicación del art. 1 de la Compilación; o por un intento de evitar la aplicación del Derecho común en nuestra Comunidad Autónoma (ya que siendo respetuosos con nuestro Derecho Foral, el derecho del Código Civil debe traerse ante la insuficiencia de la Compilación), sino por el simple hecho de que la doctrina del acto obstativo aparece regulada en relación con las servidumbres continuas y aparentes, mientras que lo que ahora analizamos es una servidumbre no aparente». *Cfr.* LÓPEZ LÓPEZ, Ana B., «Un acercamiento al derecho aragonés de luces y vistas», *op. cit.*, pág. 96. Más bien, habría que añadir que ni siquiera es una servidumbre, sino unos actos, dentro de las situaciones de vecindad, que han superado un límite pero no dan lugar a iniciar usucapión porque no son signos aparentes y no cabe interponer acto obstativo, debiendo reintegrarse en todo caso la situación a la normalidad de estas relaciones, que la Compilación en definitiva, coherentemente con la concepción de las relaciones de vecindad, prohibía que salieran en ningún caso de este ámbito.

y posteriormente el Tribunal Superior de Justicia –que se ha pronunciado sobre esta materia¹⁶–, fue separándose progresivamente de tales criterios, y aunque la mención a la falta de protecciones o a los voladizos no distanciados persiste en el art. 574 CDFA, su necesidad es menos imperativa que con la Compilación debido a la nítida separación entre relaciones de vecindad y servidumbres de luces y vistas que realiza el Código aragonés incluso en la colocación sistemática en el texto legal de ambas instituciones.

A pesar de la claridad de la nueva regulación codicial aragonesa, el legislador ha querido reforzar estas diferencias entre relaciones de vecindad y servidumbres de luces y vistas, prohibiendo expresamente la usucapión de servidumbres negativas e imposibilitando la adquisición de las no aparentes.

II.- ARTÍCULO 575. IMPOSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE LAS SERVIDUMBRES NO APARENTES DE LUCES Y VISTAS

Artículo 575. Imposibilidad de usucapión.

La servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión.

El Código aragonés resuelve también una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la posible adquisición por usucapión de las servidumbres no aparentes (que en Aragón serían negativas), al establecer el art. 575 que la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión.

La Compilación ya sentaba la distinción básica, a efectos de usucapión, entre servidumbres aparentes y no aparentes (arts. 147 y 148), reproducida ahora en los art. 568 y 569 CDFA.

El art. 552 CDFA establece una distinción clara entre servidumbres aparentes y no aparentes a través de una delimitación negativa, consistente en declarar como no aparentes las que no reúnen los caracteres de las aparentes, separándose del art. 532 Cc., que califica como no aparentes «las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia», oponiendo los signos exteriores que califican a las aparentes, con la falta de indicio de los mismos para las no aparentes, por lo que hace depender la distinción de una realidad fáctica consistente en elementos físicos y materiales, lo que origina una gran repercusión práctica en la aplicación de la usucapión de servidumbres.

Criticaba LACRUZ la definición de servidumbres aparentes y no aparentes del art. 532 Cc. por equívoca, ya que parece existir una solución de continuidad entre las que están continuamente a la vista y significadas por su instalación y las que no presentan tales indicios, pareciendo existir una comunicabilidad entre ambas, como una servidumbre que presente indicio exterior de su existencia, pero que éste no sea continuo, o no esté continuamente a la vista, o no consista en

16. En las SSTSJA 4 febrero 2004 (RJ 2004/2516) y 16 diciembre 2005 (RJ 2006/700). Esta última señala (FD 4º): «ahora bien, no cabe entender ajustada la resolución recurrida al art. 145 Compilación cuando parte de que es signo externo evidenciador de la existencia de servidumbre para luces y vistas la presencia de un hueco sin protección...».

signos que revelan el uso y aprovechamiento de la servidumbre. En estos casos prevalecería el criterio de la no apariencia, «entendiendo que la definición positiva de las servidumbres aparentes, mediante signos también positivos, y coincidente con una tradición histórica, es lo que cualifica todas y solas las servidumbres aparentes, con lo cual cualesquiera restantes, serán siempre no aparentes»¹⁷.

A este criterio, que sigue también el Código civil italiano, se atiene el Código aragonés, para evitar dudas, confusiones o terceras categorías entre las servidumbres aparentes y no aparentes, y establecer un criterio jurídico claro de distinción que aporte seguridad jurídica en esta clasificación tan relevante para el Derecho aragonés. Toda servidumbre, por tanto, que no reúna los requisitos legales de las aparentes, aunque presente algún signo exterior de su existencia¹⁸, será considerada como no aparente, por configurarse éstas como categoría residual respecto a las aparentes¹⁹, y se regirá en su posible usucapión por el art. 569 CDFA.

También LACRUZ rechazaba la conexión entre apariencia y publicidad en las servidumbres, y que las no aparentes reúnan un elemento de clandestinidad en su ejercicio²⁰. Es necesario diferenciar apariencia y posedibilidad de la servidumbre, que no son conceptos que deban coincidir, y por ello el requisito de la usucapión es la susceptibilidad de la posesión, no la apariencia (SAP Zaragoza, Sección 2ª, 15 marzo 2005).

Resalta el art. 569 CDFA, como antes el art. 148 de la Compilación, que se incluyen solo las servidumbres no aparentes «susceptibles de posesión», y el Informe del Seminario que preparó la Compilación no se detiene a explicar los motivos de tal inclusión, salvo para indicar lo obvio, que debe ser una posesión «ad usucapionem»²¹.

Se relaciona siempre, como hemos visto, este requisito con la servidumbre negativa de luces y vistas cuando su ejercicio no se manifestaba por la existencia de balcones u otros voladizos sobre fundo ajeno, que eran siempre, según criterio del Seminario, no aparentes, por lo que el inicio de su posesión se subordinaba al acto obstativo, debiendo cumplir también los requisitos de justo título y buena fe. La amplia tolerancia del Derecho aragonés en la apertura de huecos para luces y vistas en pared propia y medianera se completa y refuerza por la no consideración de signos aparentes distintos a los voladizos sobre fundo ajeno, y no a las infracciones de las relaciones de vecindad, y conducía – bajo la vigencia de la Compilación- necesariamente a la sola posibilidad de usucapión mediante el art. 148 que exigía cumplir, en el caso de considerarlas susceptibles de posesión .desde la interposición del correspondiente acto prohibitivo, conjuntamente los

17. LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, R.G.L.J., XXIX (1954), pág. 529. También hace referencia a esta situación intermedia GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madris, 1984, págs. 258-259.

18. SAP Teruel 23 junio 1995, con relación a una servidumbre de paso.

19. GUILARTE, *op. cit.*, pág. 258.

20. LACRUZ, *op. et loc. cit.*, pág. 563 y ss..

21. *Informes del Seminario...*, I, págs. 530, 533 y 544.

requisitos de justo título y buena fe, que hacían en la práctica inusucapibles las servidumbres negativas de luces y vistas.

Pero LACRUZ negaba incluso esta posibilidad al entender que no cabía la usucapión de las servidumbres negativas porque no podían reunir los requisitos de la posesión *ad usucapionem* del art. 1957 Cc. y en Aragón el art. 148 de la Compilación, y actual art. 568 CDFR. Y no admitía que la inscripción en el Registro transformase en posesión pública y notoria una publicidad clandestina, ni que se adquiriese la posesión por el ejercicio del acto obstativo del art. 538 Cc., porque sobre la facultades no se produce prescripción y un tercero no puede adquirir la posesión por la simple abstención del ejercicio de una facultad, como la de no edificar ya que el propietario no perdía el derecho a construir un edificio, y por ello «frente a una tal oposición, el propietario del fondo a quien se dirige debe tener el derecho a encogerse de hombros y continuar, si lo estima más útil, no ejercitando una facultad comprendida en su derecho de propiedad (por ejemplo la de edificar), seguro de no perderla por ello»²².

La susceptibilidad de la posesión, como requisito explícito en las no aparentes, exige una posesión en sentido propio, eliminando los actos meramente tolerados, que pudieran dar lugar a servidumbres viciosas, como señalaba SANCHO REBULLIDA²³ para la Compilación.

De acuerdo con el art. 444 Cc. los actos meramente tolerados no afectan a la posesión, y el art. 1.942 añade que no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia de su dueño, y por ello si el titular del fondo permite o tolera, expresa o tácitamente, actos de inmisión o extralimitados, no habrá posesión y no podrá consumarse usucapión alguna²⁴.

22. LACRUZ, «Usucapión...», *op. cit.*, págs. 582-584.

23. SANCHO REBULLIDA, «Los derechos reales...», *op. cit.*, pág. 577.

24. Para decidir entre posesión de servidumbre o acto de tolerancia, habrá que acudir a las normas generales sobre la prueba (art. 1.214 Cc.), como señalaba para la Compilación catalana PARA MARTÍN, A., «Artículos 283 y 284», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXX, Madrid, EDESA, 1987, pág. 107.

La STSJA 8 marzo 2006, sobre una pretendida servidumbre de paso, resuelve sobre la «inaplicación los artículos 444 y 1942 del Código Civil. El primero de ellos, dice: "Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión". El segundo, determina: "No aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño"» (FD 4º). Una vez examinadas las pruebas y razonamientos, el Tribunal resuelve que «ninguna trascendencia puede tener que el demandado pagara desde 1993 a Eléctricas Reunidas de Zaragoza el consumo eléctrico, para deducir de este hecho que si poseía la casa era evidente que tenía que pasar por el camino litigioso, y de aquí concluir que «si poseía o utilizaba ese bien a título de derecho, como dueño del predio dominante, en todo caso habría adquirido la servidumbre ex art. 147». No resulta de las actuaciones que el demandado utilizara el paso a título de derecho, sino como se acaba de resaltar a virtud de tolerancia de su hermano, de la que queda constancia en el momento de la venta en el año 1997».

También aprecia una «mera licencia tolerante de paso» la STSJA de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/6784) ante una servidumbre de paso reconocida por el Juzgado y negada por la Audiencia, que permitía con una antigüedad de 20 años otro acceso a la vía pública desde una puerta de la vivienda atravesando el otro predio (entonces solar). La Audiencia y el TSJA toman especial consideración que el demandante pretendió comprar el terreno que integraba el paso, y que los propietarios intermedios del solar rechazaron la petición, lo que indica que no tenían intención de hacer suyo el derecho de paso, y que tales propietarios nunca permitieron la consolidación de los derechos de los demandantes.

Hay dos votos particulares en esta sentencia, uno de ellos (del magistrado D. Luis Fernández) por entender que el recurso carecía de interés casacional, ya que lo que se discutía era la valoración fáctica efectuada por la Audiencia, que apreciaba una posesión de mera tolerancia. Una *possessio ad usucapionem* es lo que aprecia en el caso el otro voto particular

De este modo, al referirse la Compilación y ahora el Código foral a las servidumbres no aparentes «susceptibles de posesión» (art. 569 CDFA), deja fuera del mecanismo de la usucapión ordinaria únicamente las servidumbres no aparentes que no sean poseíbles, y del mecanismo de la usucapión extraordinaria (art. 568 CDFA) a todas las servidumbres no aparentes. Como indicaba MERINO, la propia no apariencia de la servidumbre, «de alguna manera su invisibilidad por no presentar “indicio alguno de su existencia” (cfr. art. 532 CC), es lo que hace al legislador ser más riguroso con éstas que con las aparentes»²⁵.

Y en materia de servidumbre de luces y vistas esta rigurosidad con las servidumbres no aparentes se transforma en prohibición de su adquisición por usucapión, prohibición que se justifica en el art. 575, con relación al art. 568, en la imposibilidad de su posible adquisición por usucapión por no ser susceptibles de posesión, es decir que si no existen signos exteriores de apariencia como los voladizos, nos encontramos con actos meramente tolerados que no reúnen los requisitos de la posesión *ad usucapionem*²⁶. A la misma conclusión se llegaba en la Compilación con una interpretación lógica y sistemática del art. 148, pero ahora el legislador ha querido eliminar cualquier duda o interpretación distinta en el nuevo Código estableciendo una interpretación legal del art. 568 con relación a las servidumbres de luces y vistas en el art. 575.

Y aunque no se mencione expresamente en sede de servidumbres de luces y vistas, la susceptibilidad de posesión afecta también a las servidumbres negativas. Ya hemos visto que se prescinde de la distinción entre servidumbres positivas y negativas a efectos de su adquisición por usucapión, y que en servidumbres de luces y vistas las no aparentes se consideran también negativas en Derecho aragonés, pero los antecedentes de estas normas provocaron numerosas discusiones doctrinales y una jurisprudencia vacilante que surgieron con los primeros Proyectos de codificación aragonesa y se reflejaron en la redacción del art. 14 del Apéndice foral.

Fue criterio del Seminario de la Comisión Compiladora eludir indirectamente el problema que ocasionaba la actualización de la disposición del Apéndice recogiendo la usucapión de las servidumbres negativas en general dentro de la usucapión de las servidumbres no aparentes, dejando al «intérprete el decidir si las

(del magistrado D. Fernando Zubiri) porque la mera tolerancia del dueño «no equivale a la simple voluntad o intención del propietario de la finca colindante, por la que transitaban los actores, sino que la posesión se constituye como tal, se hace objetiva, independientemente de que los dueños del predio del que se sirve el poseedor de la servidumbre considerasen que se trataba de una mera tolerancia, o relación de buena vecindad», y no aprecia en el caso estas especiales relaciones, salvo quizás las de buena vecindad. Añade que la tolerancia suele contraerse a situaciones transitorias, lo que parece contradictorio con el frecuente paso por la finca propia durante largo tiempo, y los actos exceden la mera tolerancia cuando suponen un poder de hecho sobre la finca como las construcciones estables o la apertura de puertas; y, finalmente, entiende que los frustrados intentos de compra del terreno no suponían la adquisición onerosa del derecho de servidumbre por lo que aprecia una posesión que se ejercitaba en concepto de titular del derecho de servidumbre de paso, y no por mera tolerancia. No parece, sin embargo, que pueda restringirse tanto el elemento voluntario subjetivo y bilateral de las relaciones de mera tolerancia (MORALES MORENO, *Posesión y Usucapión*, págs. 129 y ss), las molestias y perjuicios de relevancia se producen al iniciarse la construcción de viviendas en el solar, y por muy prolongados que sean los actos de paso, la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, salvo prueba en contrario (art. 436 Cc.).

25. MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: “Artículos 145 a 148”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, pág. 260.

26. La STSJA 23 septiembre 2010 señala que la falta de protecciones en ventanas es un acto de tolerancia y no da lugar a adquirir servidumbre de luces y vistas por usucapión.

servidumbres negativas son o no susceptibles de posesión y, consiguientemente, prescriptibles»²⁷.

Este criterio es el que se reflejó en el art. 148 Compilación, que las vinculaba a las servidumbres no aparentes, al permitir los huecos *iure dominii* y privar a los voladizos en suelo propio y a la ausencia de defensas del carácter de signos aparentes. La conclusión lógica para SANCHO REBULLIDA era que al prescindirse del acto obstativo y convertir en eje de la usucapión de las servidumbres no aparentes su posesibilidad, el resultado final será negar la posibilidad de la usucapión de las servidumbres negativas, ya que propiamente no son susceptibles de posesión²⁸.

Señalaba también SANCHO REBULLIDA, que el obstáculo para admitir la usucapión de las servidumbres negativas era la exigencia del justo título y la buena fe, como requisitos de la usucapión ordinaria aplicable a las servidumbres no aparentes, requisitos que analizó detalladamente para concluir en la imposibilidad de que pueda originarse la usucapión, salvo el caso de constitución de servidumbre negativa *a non domino*, «ignorando esta circunstancia el dueño del fundo dominante, si después el constituyente adquiere el dominio o lo transmite con eficacia adquisitiva a un tercero, y a partir de entonces se produce la prohibición formal dirigida a quien es ya propietario real del fundo que va a gravarse: entonces concurre la buena fe del usucapiente con la notificación al verdadero propietario.»²⁹

Para GUTIÉRREZ CELMA el único portillo abierto por la Compilación, al partir de la insegura equiparación dogmática entre servidumbres negativas y no aparentes, sería el de la usucapión de las servidumbres negativas aparentes mediante el art. 147 Compilación, y señalaba como supuesto posible de servidumbre con estos caracteres, por no excluirlo el art. 145, la ejercitada desde un hueco abierto en pared medianera de las que cierran o protegen un lugar construido, que se adquiriría en los plazos señalados en el art. 147 sin necesitar título ni buena fe, pero que por su carácter de negativa, al no coincidir apariencia y ejercicio, el cómputo del plazo sólo podría iniciarse desde la realización del correspondiente acto obstativo³⁰.

El nuevo Código aragonés zanja estas posibles interpretaciones, al negar de forma general en el art. 567.1 que las servidumbres negativas puedan constituirse

27. *Informes del Seminario...*, I, págs. 529 y 555-556. Aunque «sin dejar por ello de tener presente que la supresión hubiera estado más conforme con la dogmática moderna, tal como ha sido recogida en algunas legislaciones, en cuanto que las servidumbres negativas, cuyo contenido único es una abstención, un “nihil”, son por naturaleza no susceptibles de posesión y, por ende, imprescriptibles» (p. 554).

28. *Vid.* SANCHO REBULLIDA, «Los derechos reales...», *op. cit.*, pág. 580.

29. Se puede seguir el desarrollo de la hipótesis, en *op. et loc.* últimamente citada, págs. 581-82.

30. GUTIÉRREZ CELMA *et alii*, *op. cit.*, pág. 86. Es una construcción muy forzada ya que en vez de destacar el aspecto positivo de infracción del estatuto normal del dominio, hace prevalecer el de la prohibición de edificar, que en realidad consiste en rematar la construcción cerrando el hueco, para «impedir la usucapión sorpresiva de servidumbres». Señalaba LACRUZ que la servidumbre de no edificar no debería poder adquirirse nunca por prescripción propiamente dicha, aunque reconoce que podría por la inmemorial en ciertos casos, «porque se trata de algo facultativo del propietario y que no puede estar materialmente en poder del usucapiente», habiendo comentado previamente que por efecto de la oposición, la “posesión” podría devenir en pública, pero sin cumplir el requisito de la apariencia. *Cfr.* LACRUZ, «Usucapión...», *op. cit.*, págs. 583 y 581 respectivamente.

por usucapión, y por no ser susceptibles de posesión si además son no aparentes de luces y vistas (art. 575), que es lo habitual, y en cualquier caso, si no se produce esta equiparación, por negar su posible usucapión y por consiguiente el uso del acto obstativo de inicio de la posesión en Aragón, cerrando definitivamente las secuelas del art. 14 del Apéndice y culminando la labor inconclusa del Seminario de la Comisión Compiladora en la Compilación, respecto a las servidumbres negativas y no aparentes de luces y vistas.

III.-ARTÍCULO 576. EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES DE VISTAS

Artículo 576. Efectos.

Cuando, por cualquier título, se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 546.

1. Constitución de la servidumbre de vistas.

El art. 576 CDFA incorpora textualmente, salvo por las comas del inicio del art., el contenido del art. 585 Cc. que, bajo la Compilación, era de aplicación supletoria para determinar las consecuencias de la adquisición de la servidumbre de luces y vistas adquirida conforme al art. 145 Compilación.

El art. 576 se refiere exclusivamente a servidumbre de vistas, y no de luces y vistas, aunque las vistas incluyen necesariamente las luces.

En el mismo sentido que el art. 585 Cc., la constitución de una servidumbre de vistas puede ser a través de huecos convertidos habitualmente en ventanas, y balcones o miradores que se incluirían entre los voladizos del art. 574 CDFA, concordados con el concepto que de los mismos expresa el art. 548.1 CDFA.

Las vistas que se adquieren han de ser directas, y aunque los arts. 545.2 y 546 CDFA, y 582 y 583 Cc., se refieren a vistas “rectas”, la doctrina y la jurisprudencia entienden que son términos sinónimos, prohibiéndose la adquisición de vistas oblicuas o de costado.

Para que se constituya una servidumbre de vistas es necesario que las vistas se tomen directamente del fondo vecino o que el voladizo invada el fondo colindante. El carácter general de vecindad de los fundos predicable de las servidumbres es en esta servidumbre estricto, requiriéndose que los predios sean “colindantes”, sin interposición de terreno de otro fondo distinto. El art. 551 CDFA al no mencionar el requisito de vecindad de las fincas, permite una aplicación amplia de este requisito, según la situación y la servidumbre que se trate.

La consecuencia de la adquisición de la servidumbre es que el titular del fondo contiguo no puede edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose las medidas conforme a lo indicado en el art. 546.

2. El contenido de las servidumbres

En cuanto al contenido de las servidumbres de luces y vistas, el Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora contemplaba la aplicación del art. 585 Cc. «en tanto el título constitutivo no disponga de modo distinto», inciso que la Comisión General de Codificación suprimió del texto definitivo de la Compilación por obvio, ya que, conforme al art. 3º de la Compilación y supletoriamente los arts. 594 y 598 CC, se permitía que en la establecida por título los otorgantes pacten el contenido y efectos de la servidumbre de luces y vistas, aplicándose el art. 585 Cc. en defecto de pacto o en las adquiridas por usucapión, como anota MERINO³¹, que hubiera preferido mantener la redacción original, para evitar dudas interpretativas.

Tampoco el actual Código aragonés regula ni hace mención específica al contenido de la servidumbre, más allá de lo establecido en el art. 576, que tiene el mismo tenor literal que el art. 585 Cc. Por tanto y a falta de título, o de la modulación de la misma mediante la posesión usucapiva, el contenido esencial de esta servidumbre es en el lado activo permitir tomar luminosidad, ventilación, una amplia prospección del fondo sirviente ajeno y disfrutar de las vistas desde el hueco con o sin voladizo. Como ya se expuso, esta servidumbre es de vistas, que incluye necesariamente la de luces, por no ser posible la segunda sin la primera.

La obligación principal del propietario de la finca sirviente es no obstaculizar las vistas ejercitadas desde el voladizo que sobrevuela su propiedad una vez adquirida la servidumbre, y por ello el art. 576 establece una distancia mínima para poder edificar, ya que de otro modo podría terminar siendo impracticable el ejercicio de dicha servidumbre³².

Pero más allá de lo establecido en el art. 576 sobre derechos y obligaciones básicos de los titulares de ambas fincas, son aplicables las disposiciones generales sobre servidumbres del Código aragonés (art. 556.2), en defecto de título, signo aparente o lo que determine la posesión en la adquisición por usucapión.

Por ello, junto al derecho de vistas del titular de la finca dominante, hay que considerar también los derechos y facultades accesorias, «*adminicula servitutis*», necesarios que le atribuye el art. 556 del Código aragonés, para una utilización normal de la servidumbre. Derivación de este principio serían las obras y trabajos necesarios para el establecimiento, uso y conservación de la servidumbre, por ej. los voladizos, que debe realizar el titular de la finca dominante y soportar el de la finca sirviente, con la obligación accesoria de tolerar de forma temporal dichas obras y trabajos en la propia finca sirviente (art. 558.1).

También el titular de la finca sirviente está obligado a no realizar obras que perjudiquen o dificulten el ejercicio de la servidumbre (art. 558.4), lo que abre un amplio campo de discusión sobre posibles obras, sin mención expresa de trabajos en este caso, que podría disminuir la utilidad de la servidumbre de vistas, y por ello si la prohibición expresa del art. 576 es la de no edificar a menos de tres metros de distancia, cabe interpretar que el titular de la finca sirviente no puede

31. MERINO, «Artículo 145», *op. cit.*, págs. 243-244.

32. *Vid.* STS 6 junio 1997.

realizar obras, construcciones o plantaciones que menoscaben las luces y vistas de la finca dominante³³. En este sentido, de no poder realizar cualquier clase de obra o construcción que elimine o entorpezca el contenido de la servidumbre, o la menoscabe (actual art. 558.4 CDFA), con la consecuencia de su posible demolición, lo interpretaba MERINO³⁴, bajo vigencia de la Compilación amparándose en el art. 545 Cc.

Lo anterior es también una aplicación del ejercicio *civiliter* de las servidumbres, reconocido en el art. 557, que sirve como criterio de equilibrio de derechos y obligaciones de los titulares de ambas fincas, al exigir que la servidumbre se ejercite de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante, pero del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente, lo que llevaría a concluir que no hay una prohibición absoluta de obras y construcciones, cualquiera que sea su forma o material empleado, en la finca sirviente e incluso en la distancia de los tres metros que establece el art. 576, si no restringe la utilidad de la finca dominante (art. 553.1) y procura un beneficio o mayor comodidad a la finca sirviente.

Volviendo al art. 556.2, el contenido de la servidumbre viene determinado por el título, el signo aparente «o la posesión de la servidumbre constituida por usucapión», por lo que la prohibición de edificar a tres metros del art. 576 sería de aplicación supletoria de lo establecido en tales modos de constitución de las servidumbres.

El supuesto más problemático es el de adquirir un derecho a no edificar más allá de los tres metros citados por signo aparente y usucapión, y que REBOLLEDO³⁵ considera posible por el juego de los arts. 598, 547 y 585 Cc. En cuanto a la usucapión, el equivalente al art. 547 Cc. es el art. 560 en el Código aragonés, al establecer que «la forma de prestar la servidumbre puede adquirirse por usucapión, o extinguirse por prescripción, como la servidumbre misma y de la misma manera», ya que adquirida la servidumbre de vistas por usucapión, la forma de disfrutarla marcará la distancia a respetar. Sobre esta cuestión, volveremos más adelante. No hay duda posible, sin embargo, si la servidumbre se ha constituido con carácter voluntario en virtud de título, ya que serán los titulares de los fondos respectivos los que pacten el contenido, alcance y extensión de la servidumbre que constituyen, determinando los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente.

3. Constitución “por cualquier título”

También su constitución puede producirse en virtud de título, no sólo porque la legislación aragonesa no impide la aplicación supletoria del Cc (especialmente arts. 537, 539, 594 y 598), sino también porque cuando el título sea un pacto se

33. VILLÉN SALTO, G., *Limitaciones del dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional*, Comares. Granada, 2004, pág. 327.

34. MERINO, «Artículo 145», *op. cit.*, págs. 243-4.

35. REBOLLEDO VARELA, A. L., “Parte segunda. Las servidumbres legales”, en *Tratado de servidumbres*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 722.

deduce del propio art. 3 CDFA. La STS 2 junio 1969 declara que el título constitutivo de las servidumbres es «todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o de última voluntad, cuya forma ha de estar en relación con la naturaleza del acto», es decir, cualquier negocio jurídico en sentido amplio. No hay que confundir título en todo caso con documento, ya que el primero es únicamente el acto jurídico hábil para constituir el derecho real. Tampoco tiene autonomía conceptual el título como modo de constitución de los derechos reales, ya que se encuentra inmerso, en gran medida, en la normativa genérica del negocio jurídico y, más concretamente, en aquella propia del negocio jurídico a través del que, en cada caso particular, se origina el título.

La SAP Huesca 12 febrero 1998 expone la situación de un contrato en documento privado por el que se permutan ambas partes una porción de terreno de su propiedad destinado a servidumbre de paso entre las fincas, del que surge, según la sentencia, un derecho real sobre los terrenos permutados para obtener un paso seguro entre las fincas colindantes. No considera como obstáculo para la constitución del derecho real limitativo que el contrato no se elevara a escritura pública y que no tuviera acceso al Registro de la Propiedad, por el principio de libertad de forma contractual y por no tener la inscripción registral sobre derechos reales carácter constitutivo.

Pero para su inscripción registral, la resolución de la DGRN 18 octubre 1991 (RJ 1991\ 7501), en caso referente a Aragón, indica que la escritura pública de extinción parcial de condominio y constitución de varias servidumbres, para su inscripción, ha de expresar «su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente a tal efecto, la identificación que de aquéllas se efectúa cuando se convienen indeterminaciones sobre datos esenciales que afectan a las facultades de inmediato uso material que las servidumbres confieren, con la consiguiente vinculación –sin límites temporales en el supuesto– de la propiedad en una extensión superior a la exigida por la causa que justifica la existencia de la servidumbre», negando como consecuencia la inscripción registral por tratarse «de convenios constitutivos de carácter genérico precisados de un ulterior desenvolvimiento que perfile de modo definitivo los gravámenes previstos».

La servidumbre de vistas puede constituirse por cualquier título señala el art. 576, entendido en sentido amplio, por lo que nos remite a los modos de constitución de las servidumbres del art. 561, que comprende la constitución voluntaria de las servidumbres, la constitución forzosa de las mismas, la adquisición por usucapión, y por signo aparente o destino del padre de familia³⁶.

Legitimación para constituir la servidumbre concede el art. 562.1 CDFA a los propietarios de la finca dominante o sirviente y a los titulares de los derechos reales posesorios, con el alcance y duración de sus derechos en este último caso.

36. La SAT Zaragoza 3 julio 1907 reitera los modos de constitución de servidumbres en Aragón: «considerando que la limitación del derecho de propiedad de que queda hecha mención, o sea, el de una servidumbre, no puede constituirse mas que mediante contrato, testamento, prescripción y mandato judicial o disposición de la ley, o lo que es lo mismo, mediante título o prescripción».

Los propietarios podrán establecer la servidumbre, de acuerdo con el art. 562.2 y concordante con el art. 596 Cc., incluso sin consentimiento del usufructuario de la finca, siempre que la servidumbre no perjudique el derecho real de usufructo.

La servidumbre no puede adquirirse por los titulares de derechos posesorios de contenido obligacional, y por ello la SAP de Huesca 16 septiembre 1999, indica que el hecho del paso por el camino durante más de veinte años no produce la usucapión de la servidumbre si se produce en virtud de un contrato de arrendamiento rústico, y sólo comenzaría el plazo para la adquisición del derecho desde el final del contrato locaticio³⁷.

En caso de cotitularidad o titularidad compartida sobre la finca a gravar con servidumbre requiere el consentimiento de los demás interesados³⁸, y por ello el art. 563 CDFA impone el consentimiento de todos los titulares para constituir una servidumbre sobre finca indivisa.

La constitución de una servidumbre legal, con carácter forzoso para el titular de la finca sirviente por voluntad del titular del fondo dominante no se contempla en el Código aragonés, pero cabría tal supuesto en el caso de previsión por legislación distinta, como la urbanística, en la que también deberá intervenir la autoridad judicial, por aplicación del art. 565 CDFA, para resolver la falta de acuerdo sobre su constitución o forma de ejercicio.

La constitución por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente conduce a la consideración del título como negocio jurídico configurador de relaciones jurídicas, pero la necesaria voluntad concorde de ambos titulares excluye los negocios jurídicos unilaterales *mortis causa*.

Las disposiciones testamentarias pueden establecer servidumbres, ya que es título hábil para su constitución, pero requieren la titularidad y capacidad de disposición sobre los predios en los que se va a constituir la servidumbre, como ocurre en la servidumbre por signo aparente (art. 566) y sobre finca propia (art. 564).

La constitución de la servidumbre por negocio jurídico bilateral *inter vivos* tendrá su expresión más habitual en el contrato, que puede tener como finalidad principal la constitución de la servidumbre o comprenderse en un negocio jurídico más amplio, o tratarse de un negocio conexo o complementario³⁹.

La aplicación de la distancia señalada en el art. 576 para edificar en el predio sirviente solo se aplicará en caso de imprevisión o imprecisión del pacto entre vecinos.

La constitución de la servidumbre con signo aparente de un servicio fundiario entre dos inmuebles pertenecientes al mismo dueño, se regula en el art. 568 CDFA, que difiere en su dicción legal con el art. 541 Cc., ya que el Código aragonés no sigue la tesis doctrinal voluntarista de adquisición de la servidumbre, sino la legalista que determina la constitución de la servidumbre por la ley al cumplir los requisitos de existencia de un signo revelador del servicio establecido entre

37. Cita la anterior de la misma Audiencia 23 julio 1994. Vid. ROCA JUAN, «Artículos 537 a 540», *op. cit.*, pág. 60.

38. LACRUZ y LUNA SERRANO, *op. et loc. cits.*, pág. 115.

39. LACRUZ y LUNA SERRANO, *op. et loc. cits.*, pág. 116.

las dos fincas por su propietario y separación de la propiedad de ambas, Por ello el art. 568 CDFA se refiere a la constitución de la servidumbre, y no a la continuación de la misma, como expresa el art. 541 Cc.

La misma regla de constitución de servidumbre por signo aparente se aplica, de acuerdo con el art. 566.2, a las fincas resultantes por división o segregación.

El contenido de la servidumbre que surja de este modo vendrá necesariamente determinado por la existencia del signo aparente y el estado o relación de servicio establecido en el mismo fundo antes de la división, por lo que no se aplicará, en principio la distancia establecida en el art. 576.

Pero si la finca contigua a la del signo aparente está sin edificar, habrá que entender que no puede edificarse en ella a menos de la distancia establecida en el art. 576 CDFA, al no resultar indicios que revelen el alcance de la voluntad tácita del dueño de ambos fundos con relación a dicha servidumbre. Para VILLÉN⁴⁰, el argumento se refuerza con la aplicación de la teoría legalista sobre esta servidumbre, alcanzando la distancia de los tres metros la relevancia de distancia legal, ya que si la servidumbre se constituye automáticamente por obra de la ley, la extensión de la misma vendrá definida por la propia ley.

Los signos aparentes son exclusivamente los voladizos para la servidumbre de luces y vistas, como reafirma expresamente el art. 576 CDFA, teniendo en cuenta la discusión doctrinal y jurisprudencial que ocasionó la equívoca remisión al art. 541 Cc. incrustada en el art. 145 de la Compilación⁴¹.

4. La adquisición de la servidumbre por usucapión

Los voladizos sobre fundo propio no son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, ya que para ello es necesario que desde la pared propia o medianera de la que sobresalen invadan la finca ajena. Desde la construcción del voladizo, que anuncia por un signo exterior el uso y aprovechamiento de una servidumbre aparente, comienza a computarse el plazo para la adquisición de la servidumbre por usucapión, de acuerdo con el art. 568 CDFA, que no exige justo título ni buena fe.

Como indicaba MERINO, la Compilación suponía la no existencia de un acto voluntario de constitución de la servidumbre, y por ello, salvo en este caso,

40. VILLÉN, *op. cit.*, pág. 335.

41. Indicaba SANCHO REBULLIDA que el art. 145 Compilación podía ocasionar una interpretación estricta y aislada, "limitada a admitir en Aragón la constitución de servidumbres por disposición del padre de familia", lo que no le parece posible. La importancia que a los signos aparentes de servidumbre da el art. 541 CC., que quedan en el mismo plano de eficacia que el título o una prueba (BONET CORREA), llevó a SANCHO REBULLIDA a considerar que la Compilación no había querido decir nada diferente a lo que se señalaba en el Anteproyecto de 1962, pero encuentra la dificultad de determinar qué signos aparentes existen en el Código que no se mencionen en la Compilación, ya que el Cc. se basa en el concepto genérico de apariencia del art. 532 y no realiza una enumeración concreta. MERINO estuvo de acuerdo con esta conclusión, y la aplica a la interpretación del art. 145, correspondiendo su primer inciso -voladizo sobre fundo ajeno-, a los signos aparentes que permiten la adquisición de la servidumbre por usucapión, y el resto (huecos sin protección y voladizos no distanciados), o ambos, a los signos aparentes para la constitución automática de la servidumbre por destino del padre de familia desde la separación, división o enajenación de la finca, deduciendo que son signos aparentes para la constitución de la servidumbre por título -por la equiparación que realiza el art. 541 Cc.-, pero no a otros efectos.

la servidumbre no se adquiriría hasta el transcurso de los plazos establecidos en el art. 147 de la Compilación⁴².

Por ello, si desaparece el signo exterior aparente⁴³, no se ha completado el plazo de usucapión de la servidumbre, o nos encontramos ante huecos sin protección o voladizos sobre fondo propio, no es de aplicación el art. 576 CDFA y el propietario del fondo contiguo podrá oponerse a la constitución de la servidumbre solicitando la retirada, inutilización o eliminación de los voladizos que sobrevuelen su finca y ejercitar el derecho a edificar o construir en su finca sin sujeción a distancia alguna, como reconoce el art. 550.1 CDFA.

La adquisición de la servidumbre por usucapión nos lleva a la aplicación de los arts. 568 a 570 CDFA. La servidumbre ejercitada por voladizo es siempre aparente por lo que se aplica la usucapión de las servidumbres aparentes del art. 568, es decir de diez años entre presentes sin necesidad de título ni buena fe.

El Código aragonés cierra la posibilidad de adquirir por usucapión servidumbres de luces y vistas no aparentes en Aragón, por no ser susceptibles de posesión, explica el art. 575, y niega que puedan constituirse de este modo las servidumbres negativas (art. 567.1), por lo que la falta del título constitutivo de las servidumbres negativas sólo puede suplirse por la escritura de reconocimiento del dueño de la finca sirviente (art. 567.2).

No cabe tampoco adquirirla por posesión inmemorial, ya que si es aparente se aplicará razonablemente el art. 568 de forma preferente, y si es no aparente y/o negativa, quedaría prohibida su adquisición de acuerdo con los arts. 575 y 567 CDFA.

El criterio de SANCHO REBULLIDA era el seguido por la doctrina antes de la Compilación, y el constante de los Tribunales aragoneses, pero la AP Zaragoza en la sentencia 9 julio 1994 (ponente, el magistrado J. Cereceda), estableció un nuevo criterio tras un serio estudio de los antecedentes: *“la vigente Compilación sigue una tercera vía para la aplicación en Aragón del art. 541 Cc. cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: ni una remisión al Cc. para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre como hacía el proyecto del año 1962, ni la inaplicabilidad de aquel precepto referido a la servidumbre de luces y vistas, como pretendía el proyecto de 1965, sino la vigencia del art. 541 en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbres de luces y vistas... Por ello, salvo disposición expresa de la Compilación, serán signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, a los efectos del art. 541 Cc., aquellos que determine dicha Compilación. Al estimar esta Sala que las normas del Derecho Civil de Aragón no contiene aquella remisión específica al Cc. y que por lo tanto sólo son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas los especificados en el art. 145 de la Compilación...”*

Será en las sentencias de las Audiencias Provinciales donde se debatirá, durante un decenio, el alcance de la aplicación del art. 541 Cc en Aragón, a través del art. 145 Compilación. Y han sido las SSTSJ Aragón 4 febrero 2004 (recurso de casación por interés casacional) y 16 diciembre 2005 las que fijaron la interpretación jurisprudencial de esta remisión, al suscribir los razonamientos de la SAPZ de 1994 y entender que la interpretación de los recurrentes del art. 145 *“desconoce la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas, regulando los signos aparentes de forma distinta según se trate de adquisición por usucapión o por destino del padre de familia, lo que produciría una grave inseguridad jurídica, pues no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos, con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad”*.

La STSJA 16 diciembre 2005 recuerda que *“si se entendiera que la remisión del art. 541 Cc. incluye también la asunción en el derecho civil aragonés del sistema de este cuerpo legal en todo lo relativo a presencia o no de signos externos de servidumbre se infringiría la mención del art. 145 excluyente, sin distinción alguna, de la falta de protección como signo aparente de servidumbre. Por otro lado, la remisión al art. 541 Cc., regulador tan solo de la posibilidad de adquisición por el destino dado por el dueño transmitente, se haría extensiva a toda la normativa de este Código sobre qué es signo externo de servidumbre, contrariando así el sistema de fuentes previsto con carácter general en el art. 1 Compilación”*.

42. MERINO, «artículo 145», pág. 238.

43. En la SAT Zaragoza 22 febrero 1983, el demandante había solicitado el reconocimiento de la existencia de una servidumbre de luces y vistas, y que en consecuencia el demandado no pudiese construir a menos de tres metros de la pared donde se hallaban los voladizos, pero se deniega porque el voladizo que se alega como signo aparente era un balcón que había desaparecido hacia cuarenta años.

Tampoco es posible pensar que pueda adquirirse una servidumbre por usucapión más amplia en su contenido que la establecida en el art. 576 porque pesaría seguramente el aspecto negativo de dicha servidumbre, aplicándose la prohibición del art. 567.

En cuanto a las distancias para que el titular del predio colindante no pueda edificar, es también difícil pensar que pueda adquirirse por usucapión una servidumbre a mayor distancia que la legal, ya que ante la imprecisión de su posesión o ejercicio sólo cabe aplicar supletoriamente la distancia legal, en aplicación del art. 556.2 CDFa. Téngase en cuenta que el reducido articulado de la Compilación establecía una relación lógica directa entre la servidumbre de luces y vistas del arts. 145, con la supletoriedad del art. 585 Cc., y la usucapión de las mismas por el art. 147, como modo habitual de constitución de dicha servidumbre.

Es posible que si el fundo colindante está edificado a más de tres metros al constituirse la servidumbre quepa considerar que la posesión de la misma, que determina los derechos de la finca dominante y las obligaciones de la sirviente (art. 556.2), es de no poder edificar a menor distancia que la existente en el momento de la constitución de la servidumbre, pero el art. 576 tiene una aplicación casi incondicionada para la adquisición por usucapión, aunque la forma de prestar la servidumbre puede adquirirse por usucapión, del mismo modo que su constitución (art. 560.2), interpretada, en defecto de otros elementos, de acuerdo con el ejercicio *civiliter* de la misma (art. 557).

Estos criterios se aplicarían prácticamente en todo caso si el fundo colindante careciera de edificaciones en el momento de constitución de la servidumbre de vistas por usucapión.

5. Adquisición de vistas directas de modo distinto a voladizos, balcones o miradores.

La constitución de una servidumbre de vistas por huecos sin voladizo, era una posibilidad implícita en la Compilación en virtud del principio *standum est chartae* y de la supletoriedad del art. 585 Cc. con relación al art. 145 Compilación, distorsionado por la discusión doctrinal y jurisprudencial de si podían transformarse en Aragón los huecos para luces y vistas que configuraban las relaciones de vecindad en servidumbres.

Las servidumbres de luces y vistas en Aragón practicadas desde huecos y ventanas sin voladizos son según la mejor doctrina (Lacruz y Sancho Rebullida) negativas y, generalmente no aparentes, por lo que no pueden ser adquiridas por usucapión (arts. 567.1 y 575, respectivamente), y tampoco por signo aparente en la aplicación directa del art. 566, con la excepción de que el propietario de ambas fincas hubiera establecido expresamente como signo aparente un elemento distinto a los voladizos del Código aragonés.

Por tanto, sólo cabe constituir una servidumbre de vistas directas desde un hueco sin voladizo en Aragón mediante negocio jurídico *inter vivos o mortis causa*, por no ser de imposible cumplimiento o contrario a las normas imperativas del Dere-

cho aragonés (art. 3 CDFA), sin aplicación del acto obstativo para las servidumbres negativas, pero sí por escritura de reconocimiento del dueño de la finca sirviente, a falta de otro posible título constitutivo de dicha servidumbre negativa.

6. Aplicación de distancias

No existiendo título o no determinando la prescripción adquisitiva o el signo aparente la extensión de la servidumbre, es de aplicación supletoria el art. 576 CDFA, que establece un contenido mínimo consistente en que el dueño del fundo sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, según la medición establecida en el art. 546 aplicable solo a las vistas directas o rectas por señalarlo expresamente el art. 576, es decir desde el saliente del voladizo o balcón, cuando los haya o desde la línea exterior de la pared cuando no los haya.

El retranqueo, en su caso, de las edificaciones de la finca sirviente no ha de ser de todo el edificio, sino sólo de tres metros desde las líneas exteriores del voladizo, «pues la servidumbre de luces y vistas no nace del suelo sino únicamente desde que el paramento deja de ser ciego», como indica la STS 28 diciembre 1972 (RJ 1972\3811) y aplica la SAP Zaragoza (secc. 4ª) de 15 julio 1992, sin llegar a las soluciones más flexibles del art. 907 del Código civil italiano o de la ley 403 del Fuero Nuevo navarro, defendibles siguiendo el principio del ejercicio *civiliter* de las servidumbres (art. 557 CDFA), ya que cabría una construcción que no impidiese las luces y vistas (una construcción reducida o de baja altura, que permitiera el desenvolvimiento normal visual desde el voladizo), permitiendo alguna utilidad al dueño del fundo sirviente (STS 7 abril 2006, RJ 2006, 5326).

El término edificar parece sujeto a una interpretación literal, pero la jurisprudencia no es unánime a este respecto, y cabría alegar a favor de un sentido amplio la doble expresión de «edificar o construir», utilizada, en sede de relaciones de vecindad, en el art. 550.1 CDFA. También cabe aplicar al art. 576 CDFA, la doctrina y jurisprudencia del art. 585 Cc. en el sentido de respetar las edificaciones existentes, aplicando la norma a las nuevas edificaciones (STS 19 diciembre 2002 [RJ 2003, 1263])⁴⁴, interpretación que no se contradice con la disposición transitoria vigésimo tercera del Código aragonés.

La SAT Zaragoza 6 marzo 1970⁴⁵ expone una situación de servidumbre de no edificar negando la Audiencia la colocación de reja y red. El dueño de la pared donde se encontraban las ventanas había adquirido por título la servidumbre «altius non tollendo», consistente –como explica ROCA JUAN– en que el dueño del predio sirviente no puede edificar a la altura que tendría derecho, si no existiera la servidumbre de luces y vistas, sobre el fundo vecino⁴⁶, y el propietario de éste exigió la colocación de las protecciones en las ventanas del predio dominante. La Audiencia rechaza la petición porque entiende que constituiría un acto obstativo

44. Así lo interpretan VILLÉN, *op. cit.*, pág. 328, y REBOLLEDO, *op. cit.*, pág. 718.

45. La comenta José LORENTE SANZ, «Crónica de jurisprudencia (1970-1971). Luces y vistas», *Anuario de Derecho Aragonés*, t. XV (1970-1971), págs. 180-181, que le sirve para hacer una breve referencia sobre la exigencia de reja y red.

46. ROCA JUAN, *op. cit.*, págs. 193-194.

que, con el tiempo, podría ocasionar la extinción de la servidumbre. Dicha servidumbre limita o reduce el derecho del propietario a edificar reconocido también en el art. 550.1 CDFA, por lo que no puede obstaculizar o tapar los huecos de la pared vecina, que dejan de ser huecos de tolerancia y no necesitan su manifestación mediante las protecciones, siempre que lo conectemos a la adquisición de una servidumbre positiva de vistas a la que se subordina la de no edificar⁴⁷. Pero no parece correcto el razonamiento de la Audiencia Territorial para prohibir la colocación de protecciones, ya que no puede considerarse un acto obstativo a efectos de prescripción extintiva de la servidumbre por no uso (art. 571.a), porque los huecos en Aragón lo son para luces y vistas, y no distingue como el Código civil. La reja y red, u otra protección equivalente, reduce las vistas sobre la finca vecina pero no las elimina.

Otra cuestión es plantear si constituida por título una servidumbre voluntaria autónoma de vistas mediante hueco o ventana que no impidiera edificar a menos de tres metros, pudiendo hacerlo a menos de dos metros sin limitar o perjudicar las vistas, el titular de la finca sirviente puede exigir al de la dominante la colocación de protecciones en dichos huecos o ventanas. Las servidumbres responden a un fundamento de utilidad de la finca dominante (art. 553.1), incluyendo cualquier tipo de beneficio o comodidad. La STS 19 julio 2002 (RJ 2002 | 8547), con cita de abundante jurisprudencia, indica que «pueden convenirse para soluciones similares a las... relaciones de vecindad, pero operan fuera del ámbito de la restricción legal, y obedecen a la autonomía de la voluntad de los interesados... porque los que están en liza son dos intereses particulares, de índole privada, no de interés público».

Por ello no cabe aplicar las restricciones de relaciones de vecindad, como son la colocación de protecciones en los huecos, si por pacto ambas partes han decidido otro régimen distinto al normal de la propiedad. En todo caso, cabría considerar la adopción de medidas de autoprotección por los titulares de la finca sirviente, que limitasen las vistas a determinados espacios de su vida familiar, ya que la protección de la vida privada se integra dentro del derecho fundamental a la protección de la intimidad (art. 18 CE), de forma similar a lo señalado en el art. 550.2 -que tiene un contenido de eficacia obligacional de las relaciones entre vecinos-, limitando las vistas pero sin obstruirlas, porque el contenido de la servidumbre es el de tomar vistas ampliamente de la finca vecina.

El régimen normal de propiedad en las relaciones de vecindad permite al titular de la finca vecina a la de los huecos, edificar y construir, y realizar un uso y aprovechamiento normal de su finca, sin que se produzca un abuso de derecho (art. 550.1), pero si lo que se constituye es una servidumbre de vistas, al titular de la finca sirviente se le prohíbe edificar a menos de tres metros del voladizo o del hueco (art. 576), y por título esta distancia puede ser mayor o menor, y se incluye en el contenido de la servidumbre, en utilidad de la finca dominante (arts.553.1

47. Ya decía ALONSO Y LAMBÁN, "Anotaciones a las Observancias 6ª «De aqua pluviali arcenda» y 7ª «De praescriptionibus»", *Universidad*, 1960, pág. 634, que no se puede confundir la servidumbre de luces y vistas y la de no edificar, aunque la primera suele llevar implícita la segunda.

y 556.1), no obstruir ni reducir las vistas con obras en la finca- interpretado en sentido amplio (plantaciones, setos, muretes u otros elementos estructurales)- o menoscabar la utilidad de la servidumbre (art. 558.3) en la distancia legal o convencional⁴⁸.

7. El supuesto de la casa privada de luces

No se ha regulado en el nuevo Código el supuesto de la casa privada de luces, contemplado al final de la Observancia 6ª *De aqua pluvioli arcenda*, por considerar la Comisión prelegislativa, que era un supuesto extraordinario difícilmente planteable en la realidad. Tampoco lo habían incorporado los proyectos legislativos aragoneses, salvo el art. 236 del Proyecto de Código civil de Aragón de 1904, ni el Apéndice o la Compilación.

El supuesto de la Observancia es una clara manifestación de lo que fue en su origen toda la Observancia, una decisión de El Justicia de Aragón del siglo XIV, siendo esta parte de la Observancia una aplicación del principio o criterio foral aragonés de equidad en una resolución judicial. La STS 30 octubre 1983 (RJ 1983\5847) planteó la cuestión de la vigencia de la segunda parte de la Observancia 6ª *De aqua pluvioli arcenda*, tras señalar la resolución que el derecho de la casa vecina a cerrar las ventanas construyendo un edificio que afectaba a unas ventanas abiertas el siglo pasado, prosigue traduciendo la Observancia: «Esto tiene lugar cuando la casa vecina puede tener luz de sí misma o de otra parte. Pues, de lo contrario, si -por cerrar dicha ventana- la casa vecina se ve privada de luces y no puede tener la iluminación de otra parte, entonces está obligado a dar o dejar a dicha casa convecina la luz necesaria según el arbitrio del Juez, ya sea mediante otra, no sea que -falta absolutamente de luz- la casa se haga inútil para el dueño. Esto es conforme al uso del Reino y la buena equidad».

La sentencia citada rechaza la pretensión, siguiendo la jurisprudencia y doctrina foral, porque no queda privada toda la casa de luces y vistas sino solo algunas habitaciones, por lo que no se ve en la obligación de decidir si el dueño del fundo vecino ha de limitar su edificación para permitirle luz suficiente y no quedar de otro modo la casa a oscuras.

La SAT Zaragoza 3 julio 1907 desestimó también la petición aunque aprecia que sería el único caso en que el demandante podría adquirir con arreglo a la Observancia el derecho de luces y vistas sobre el fundo de la sociedad demandada, «entendiéndose constituida en su favor la servidumbre de dicho nombre», obteniendo las luces mediante mandato judicial y por el punto que el Tribunal designase, en un planteamiento que a DELGADO⁴⁹ le parece semejante al de la servidumbre forzosa de paso. Esta misma razón, la improbabilidad de semejante supuesto, es la que motivó -como comenta SANCHO REBULLIDA- que en los

48. Vid. REBOLLEDO, *op. cit.*, pág. 717, LACRUZ Y LUNA, *op. cit.*, pág. 147, y MORENO TRUJILLO, E., «El régimen jurídico de las luces y vistas en el Derecho común español. Límite y servidumbre», *RDJ*, LXXVII (1993), págs. 168-171.

49. DELGADO, J. «Comentario a la STS 3 febrero 1989», *CCJC*, 19, p. 166.

trabajos del Seminario se omitiese la posible regulación de esta servidumbre legal de luces y vistas⁵⁰.

Si se plantease la situación⁵¹, y si las ventanas no fueron abiertas bajo el Derecho de las Observancias (hasta 1925) – e incluso en este caso teniendo en cuenta la potencialidad retroactiva de la disposición transitoria vigésimotercera del nuevo Código-, no cabe la solución de la servidumbre forzosa ni la analogía. En algunos casos se ha planteado la posibilidad de aplicar la doctrina de la accesión invertida, pero la SAP Teruel 14 diciembre 1995 responde negativamente a la petición de aplicación de la doctrina de la accesión invertida a una terraza construida por los demandados, apoyándose especialmente en la STS 7 noviembre 1995 (RJ 1995\8079), que reconoce que esta doctrina jurisprudencial viene a dar respuesta a una laguna legal respecto a las construcciones extralimitadas, aunque si hay una normativa legal aplicable no cabe su aplicación.

50. SANCHO REBULLIDA, «Los derechos reales...», *op. cit.*, págs. 543 y 567.

51. Así lo hace la STSJ Aragón de 4 febrero 2004 (RJ 2004/2516) (FD 3º) refiriéndose al derecho histórico aragonés de luces y vistas, pero sin aplicación al caso enjuiciado. La misma referencia incluye la STSJ Aragón 31 marzo 2004 (FD 8º), sin aplicación práctica, ya que aunque el caso se refería al cegamiento de tres ventanas de la casa vecina por construcción de un patio de luces, y la SAP Teruel 18 octubre 2003, recurrida en casación, ordenó abrir en el patio de luces huecos suficientes y bastantes para permitir la entrada de luz y ventilación por las tres ventanas tapiadas y coincidentes con la mitad superior de las dimensiones de éstas, el TSJA estima el recurso de casación de la sentencia recurrida por vulnerar la plenitud de ejercicio legítimo del derecho del titular del predio vecino, sin producirse un abuso de derecho. La sentencia citada de la APT, en todo caso, nos proporciona una aproximación a una de las posibles decisiones judiciales en el supuesto contemplado por la Observancia.

