

EL RÉGIMEN DE LUCES Y VISTAS: RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES

PONENTE:

D. Gonzalo Gutiérrez Celma
Magistrado

COPONENTES:

D. Enrique Gonzalvo Bueno
Registrador de la Propiedad

D. David Arbués Aísa
Abogado

MODERADOR:

D. Manuel Pardo Tomás
Decano del Colegio de Abogados de Huesca

EL RÉGIMEN DE LUCES Y VISTAS: RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SERVIDUMBRES Y RELACIONES DE VECINDAD.
- III. EL PECULIAR DERECHO ARAGONÉS.
 - A. ÁMBITO TERRITORIAL DE LA REGULACIÓN ARAGONESA.
 - B. DERECHO TRANSITORIO.
 - C. LAS OBSERVANCIAS.
 - D. EL APÉNDICE 1925.
 - E. LA COMPILACIÓN.
 1. LAS RELACIONES DE VECINDAD.
 - a. HUECOS PARA LUCES O PARA LUCES Y VISTAS.
 - b. EFECTOS JURÍDICOS REFLEJOS A RESULTAS AUTORIZACIÓN OBRAR EN PAREDES MEDIANERAS.
 - c. DIMENSIONES QUE PUEDEN TENER LOS HUECOS.
 - d. LEGITIMACIÓN PARA ABRIR Y CERRAR LOS HUECOS.
 - e. EL ARTÍCULO 144 Y LA INTIMIDAD.
 - f. DESARROLLO DEL 144.
 - (1) CARACTERÍSTICAS DEL LUGAR HACIA EL QUE PUEDEN ABRIRSE.
 - (a) HUECOS A LUGAR SIN CONSTRUIR.
 - i) ZONA DE INFLUENCIA DEL LINDERO.
 - ii) CONSTRUCCIÓN SIN PARED LATERAL.
 - iii) ESPACIO SOBRE TEJADOS Y CUBIERTAS, SALVO AZOTEAS.
 - iv) JARDINES.
 - v) ZONA ADYACENTE A MUROS Y TAPIAS.
 - (b) HUECOS A SITIO CONSTRUIDO:
 - i) A SITIO CONSTRUIDO CUBIERTO.
 - ii) A SITIO CONSTRUIDO AL DESCUBIERTO:
 - a) TERRAZAS.
 - b) AZOTEAS.
 - c) PORCHES.
 - d) PISCINAS.
 - e) OTRAS CONSTRUCCIONES DESCUBIERTAS.
 - iii) PROBLEMA COMÚN A CONSTRUCCIONES DESCUBIERTAS: DETERMINACIÓN DE LA ALTURA HASTA LA QUE LLEGA "EL INTERIOR" DE LA CONSTRUCCIÓN.
 - iv) DELIMITACIÓN FINAL DE HUECOS QUE PUEDEN ABRIRSE A SITIO CONSTRUIDO AL DESCUBIERTO.
 - (c) PROTECCIONES
 - (1) CONCEPTO DE VISTAS RECTAS Y OBLICUAS.
 - (2) CONCEPTO DE HUECO:
 - (a) PATIOS DE LUCES.
 - (b) PUERTAS.
 - (c) AZOTEAS COMO HUECOS.
 - (d) HUECO CERRADO CON PARED EXCLUSIVA DEL VECINO.
 - (e) BALCONES Y OTROS VOLADIZOS.
 - (3) CARACTERÍSTICAS PROTECCIONES.
 - (4) LUGAR COLOCACIÓN PROTECCIONES.
 - (5) DELIMITACIÓN Y CRÍTICA A LA PROHIBICIÓN DE BALCONES Y VOLADIZOS.
 - (6) EL TIEMPO Y LA ACCIÓN PARA SOMETER A REGLAMENTO HUECOS ILEGÍTIMOS.
 - (7) EL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 144; ¿LIMITA ALGÚN DERECHO EN EL VECINO LA FACULTAD DE ABRIR HUECOS UNA VEZ ES EJERCIDA?
 - (8) CONCEPTO CONSTRUCCIÓN.
 2. LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS.
 - a. LA PÉRDIDA DE LA APARIENCIA, POR 145.
 - b. USUCAPIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS.
 - (1) USUCAPIÓN DE LAS APARENTES.
 - (2) USUCAPIÓN DE LAS NO APARENTES.
 - F. CONCLUSIONES.

EL RÉGIMEN DE LUCES Y VISTAS: RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES

por

Gonzalo GUTIÉRREZ CELMA (Ponente)

Enrique GONZALVO BUENO y David ARBUÉS AISA (Coponentes)

D. Gonzalo Gutiérrez Celma:

I. INTRODUCCIÓN

Hola buenas tardes. Gracias por su asistencia. Yo, si me lo permiten, antes de iniciar el desarrollo de la ponencia, quisiera dar las gracias a D. Cecilio Serena Velloso, magistrado del Tribunal Supremo, y a D. Ignacio Murillo García-Atance, de la Oficina del Justicia de Aragón, por haberse esforzado, cada uno por su lado, en poner a mi disposición una serie de textos que han sido de vital importancia para el desarrollo de la ponencia.

También quiero agradecer a la Organización que me haya dado la oportunidad de dirigirme a una audiencia tan distinguida, a la que yo ya supongo enterada de que cuanto voy a exponer aquí es el extracto de una obra colectiva para cuya realización me he tenido que reunir muchas veces, en largas sesiones jurídicas, con Enrique Gonzalvo y con David Arbués, los cuales han puesto de manifiesto cantidad de deficiencias, omisiones y errores en la ponencia que yo, en solitario, nunca habría detectado. Paso, pues, a la exposición de la misma que se titula, como todos ustedes saben, el régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres; la organización no podía haber estado más acertada a la hora dar este título, dado que la toma de luces procedentes de los predios vecinos y la proyección de vistas sobre ellos son sendos fenómenos que, en derecho, pueden presentarse como meras relaciones de vecindad y, en su caso, como auténticas servidumbres. De ambas manifestaciones se ocupa nuestra Compilación. En su artículo 144, bajo la rúbrica del "Régimen normal de luces y vistas" se regula la cuestión desde el punto de vista de las relaciones de vecindad, mientras que en el artículo 145, dentro del título "De las servidumbres", se contempla la auténtica servidumbre de luces y vistas. Y el panorama legislativo peculiar de Aragón, en el tema que ahora nos ocupa, se agota ya con el régimen de usucapión de las servidumbres de los artículos 147 y 148 y con las dis-

posiciones transitorias novena y décima de la Compilación, aunque también tendremos que referirnos puntualmente a la duodécima y, por supuesto, al derecho positivo que precedió a la actual Compilación, no sólo como precedente histórico sino, también, como derecho vigente para regular, del modo que veremos, determinados huecos abiertos bajo los Fueros o el Apéndice, que no es excepcional que persistan en los tiempos actuales dada la larga vocación temporal de las edificaciones y de los huecos que en ellas se ubican para luces y vistas. En todo lo demás, en virtud del artículo 1.2 de la Compilación, rigen los artículos 530 y siguientes del Código Civil, en tanto no se opongan a lo dispuesto en los preceptos antes indicados de nuestra Compilación.

No vamos a realizar un tratado sobre el régimen de las luces y vistas, ni siquiera sobre dicho régimen en Aragón pero, intentando ser fieles al título que la organización ha asignado a esta ponencia, aunque sabemos que no estamos capacitados para ello, sí vamos a procurar sentar unos pilares básicos que nos ayuden a distinguir, en cada caso, cuando nos encontramos ante una servidumbre de luces y vistas y cuando tenemos delante el mero ejercicio regular de una relación de vecindad, tratando de alcanzar el entendimiento de dicho régimen de luces y vistas en el derecho actual y en el histórico, pero sin más norte que el dar solución a los problemas prácticos que, desde la perspectiva marcada por el título de la ponencia, se pueden presentar; tratando de sintonizar con la tolerante tradición Aragonesa, frecuentemente distorsionada en esta materia por la importación de dogmas y planteamientos jurídicos, procedentes del Derecho Común, sin tener en cuenta que los mismos no encajaban en el Ordenamiento Aragonés. Un diseño como el expuesto, unido a las inmodificables características del FORO y a la enorme extensión y diversidad de problemas que las luces y vistas nos sugieren, nos va a obligar a dejar de lado el tratamiento de múltiples cuestiones que, así, aun siendo importantes, las tendremos que reservar para otra ocasión y centrarnos ahora en las que nos parezcan más relevantes, por sí mismas, o por no haber obtenido todavía una solución sólida o pacífica a nivel jurisprudencial o doctrinal.

II. SERVIDUMBRES Y RELACIONES DE VECINDAD

La colindancia e incluso la mera proximidad de las propiedades, hasta donde llega la zona de influencia de las actividades que en ellas se realizan, hace que los inmuebles queden inevitablemente relacionados entre sí. Esta relación recíproca, que es mucho más estrecha de lo que a veces quisieran los propietarios y usuarios que, por cualquier título, disfrutan de tales inmuebles, viene siendo, desde antiguo, un importante foco de tensiones y conflictos pues, si es perfectamente posible delimitar y deslindar con precisión la extensión física de los predios, lo cierto es que las actuaciones de quienes los disfrutan, directa o indirectamente, cruzan con frecuencia los límites físicos de las fincas, repercutiendo así en sus vecinos. Por ello, el derecho ha tenido que reaccionar con las llamadas relaciones de vecindad que, como dice Francisco Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI¹, "se traducen en un conjunto de lími-

(1) Fernández Urzainqui, Francisco Javier. "Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho Civil común y foral". Cuadernos de Derecho Judicial, Protección del Derecho de propiedad. Tomo IX, 1994, Consejo General del Poder judicial. Pág. 128.

tes o limitaciones al contenido de la propiedad inmobiliaria que, por exigencias de una ordenada convivencia, se establecen en interés de las propiedades contiguas o próximas y de cuantos por cualquier título disfrutaban de ellas, y que, en su generalidad, definen el estatuto normal del dominio y el ámbito de las facultades que lo integran”.

Siguiendo al autor antes citado, a Francisco SANCHO REBULLIDA² y a José Luis LACRUZ BERDEJO³ –quien, a su vez, se remite a Hernández Gil–, podemos decir que estas limitaciones que definen el estatuto normal del dominio responden a las siguientes características:

1.º Son inherentes y consustanciales a la propiedad inmobiliaria misma, naciendo espontáneamente, sin necesidad de acto constitutivo alguno. Dicho nacimiento se produce desde el momento que existen dos o más predios contiguos o simplemente próximos que pertenezcan a distintos propietarios.

2.º Actúan sobre todos los propietarios y usuarios de bienes inmuebles por igual, con carácter general y con reciprocidad de suerte que la limitación en su derecho que cada interesado sufre encuentra su justa compensación en la correlativa limitación del derecho de su vecino. O, visto desde el punto de vista contrario, la ventaja que, como usuarios de un inmueble, obtenemos sobre la finca disfrutada por nuestro vecino lleva aneja la facultad del citado vecino para obtener la misma utilidad sobre nuestra finca.

3.º Salvo prohibición legal expresa, todas las limitaciones legales del dominio impuestas por las relaciones de vecindad son susceptibles de ser reguladas convencionalmente por los interesados, siempre que no actúen en perjuicio de tercero. Ahora bien, sólo si mantienen la reciprocidad podremos hablar de una nueva regulación de las relaciones de vecindad pues, en otro caso, si se pierde dicha reciprocidad y, en consecuencia, una de las fincas pasa a quedar subordinada a la otra, la regulación así pactada quedará fuera del estatuto normal de la propiedad y de las relaciones de vecindad para, en su lugar, introducir una situación anormal en la relación interpredial que los juristas calificamos con el término de “servidumbre”.

4.º Las relaciones de vecindad, a diferencia de lo que sucede con algunas servidumbres, son imprescriptibles, precisamente porque configuran el contenido normal del derecho de propiedad cualidad que, al propio tiempo, determina que las limitaciones legales impuestas para preservar las buenas relaciones de vecindad se consideren públicas y liberadas de toda prueba o inscripción en algún Registro Público para ser opuestas a los terceros. No obstante, Francisco Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI⁴ considera que las limitaciones legales establecidas en interés privado por razón de vecindad, aunque su inscripción sea innecesaria no por ello es imposi-

(2) Sancho Rebullida, Francisco. “Derecho de bienes, relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones, del derecho de abolorio o de la saca (artículos 143 a 152 inclusive, de la Compilación). Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza. 1967. Pág. 200.

(3) Lacruz Berdejo, José Luis. Elementos Derecho Civil tomo III, volumen primero. Derechos reales posesión y propiedad. Pág. 331.

(4) Fernández Urzainqui, Francisco Javier. “Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho Civil común y foral”. Cuadernos de Derecho Judicial, Protección del Derecho de propiedad. Tomo IX, 1994, Consejo General del Poder Judicial. Pág. 137.

ble, a diferencia de lo que sucede con las limitaciones y servidumbres impuestas por la Ley en utilidad pública o comunal (art 5.3 del Reglamento Hipotecario).

A la vista de los expresados caracteres, podemos decir que las relaciones de vecindad se diferencian de las servidumbres en que las primeras forman parte del estatuto normal de la propiedad sin acto constitutivo alguno, mientras que las servidumbres son una limitación anormal y extrínseca; las limitaciones por razones de vecindad actúan con carácter general, recíproco e igualitario, mientras que las servidumbres producen una relación interpredial jerarquizada, con un predio dominante y otro sirviente. Las limitaciones vecinales no dan derecho a indemnización, a diferencia de lo que sucede con las servidumbres las cuales han de probarse para vencer la presunción de libertad de los fundos mientras que las limitaciones vecinales están exentas de prueba y son oponibles a terceros sin necesidad de inscripción registral. Las relaciones de vecindad no se extinguen por lo general por no uso, mientras que las servidumbres están sujetas a prescripción liberatoria por no uso. Además, las limitaciones del dominio por razón de vecindad no generan sólo una relación real entre propietarios de predios, como en las servidumbres, sino que exigen un comportamiento de los usuarios de los predios vecinos, sean o no propietarios, cuya observancia y transgresión, dice FERNÁNDEZ URZAINQUI⁵, se desenvuelve en el ámbito meramente obligacional.

III. EL PECULIAR DERECHO ARAGONÉS

A. ÁMBITO TERRITORIAL DE LA REGULACIÓN ARAGONESA

En virtud de lo reglado en el artículo 16 del Código Civil, con las salvedades que el propio precepto establece –que no vienen ahora al caso–, los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV, de las que resulta, por la dicción del artículo 10, que la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles se registrarán por la Ley del lugar donde se hallen; así resulta que cuanto vamos a exponer, sobre el derecho de luces y vistas, es de aplicación a todos los inmuebles ubicados dentro de Aragón, con total independencia de la vecindad civil que posean sus titulares y usuarios.

Podemos preguntarnos que sucedería en el caso de que las fincas vecinas, con conflicto de luces y vistas, se encuentren una en Zaragoza, Huesca o Teruel y la otra en cualquier otra provincia limítrofe distinta a las anteriores. Si pensamos, por ejemplo, en una finca sita en Teruel que colinde con una sita en Cuenca resulta que el dueño de la primera, sita en Aragón, puede abrir huecos de cualquier dimensión en la pared divisoria, aunque sea medianera, mientras que el dueño de la segunda, la sita en Cuenca, no puede abrir semejantes huecos y, en principio, según su derecho, podría impedir que tales huecos se abrieran mientras no se cumplan las distancias y exigencias del Código Civil. Llegamos pues a una situación de muy difícil solución pues si dejamos que para la finca Aragonesa rija sin más la Compilación y que para

(5) *Ibidem* pág. 139.

la Castellana rija sin ninguna matización el Código Civil, se rompe la reciprocidad interpredial, que es característica en las relaciones de vecindad, y llegaríamos al absurdo de que los huecos que podría abrir el dueño de la finca aragonesa mirando sobre la finca castellana se los podría hacer cerrar el dueño de esta última, según el derecho en ella vigente.

En el caso de que ambas fincas tuvieran el lindero dentro o fuera de Aragón, la cuestión podría resolverse, en cumplimiento del principio de territorialidad que inspira a los preceptos antes citados, aplicando la legislación del lugar donde estuviera el lindero, pues bien podría decirse que en él residen territorialmente cuantas cuestiones susciten las denominadas relaciones de vecindad. Así, si el lindero estuviera en Aragón, aplicaríamos la Compilación para la relación vecinal de ambos predios, aunque la mayor parte de uno de ellos estuviera fuera de nuestra comunidad; si, por el contrario, el lindero común se encontrara fuera de nuestra región, en Castilla por ejemplo, aplicaríamos el Código Civil para regular el régimen de luces y vistas, aunque la finca del lado de Aragón tuviera su mayor extensión dentro de nuestra región.

Ahora bien, evidentemente, la anterior solución no puede regir en el caso de que el lindero estuviera situado, precisamente, en el límite del Territorio Aragonés. En un intento de conciliar lo irreconciliable, aún renunciando al mantenimiento íntegro del principio de reciprocidad, que cedería ante la singularidad de la situación, pudiera defenderse que la finca sita en Aragón siempre podrá abrir los huecos en pared propia sin sujeción a dimensiones determinadas en los términos autorizados por la Compilación, de modo que la finca castellana no podrá impedirlo pidiendo su cierre, aunque pueda desde luego taparlos si se edificara en ella. Por el contrario, no creemos que, desde Aragón, pudiera abrirse hueco alguno en pared medianera pues la autorización concedida por la Compilación sólo rige en Aragón y, en el caso ahora estudiado, la mitad de la pared medianera se encontraría fuera de Aragón y, por lo tanto, bajo el régimen del Código Civil, el cual prohíbe la apertura de cualquier hueco en las paredes medianeras; es decir, el dueño de la finca aragonesa podría horadar su mitad, pero nunca la de su vecino, sita fuera del territorio foral y, por lo tanto, sometida al artículo 580 del Código Civil. Al propio tiempo, el dueño de la finca sita en Castilla podría abrir en dicha pared medianera los huecos de tolerancia previstos en el Código Civil pues en su propia mitad estaría autorizado por el artículo 581 del Código, corregido por la singularidad del caso, dado que en la mitad sita en Aragón, aunque sea medianera, pueden abrirse huecos sin sujeción a dimensiones determinadas y el artículo 581 del Código habla de paredes "no medianeras" precisamente porque en ellas, en el derecho común, no se puede abrir hueco alguno, lo cual, como hemos dicho, no sucede en Aragón por lo que el propietario Castellano también podría horadar la mitad de la medianera sita en nuestra Comunidad, haciendo todo ello que, a los solos y exclusivos efectos del artículo 581 de apertura de huecos, se deba considerar como si la pared medianera fuera propia, o "no medianera", si preferimos usar la terminología del artículo 581 del Código Civil; sin embargo, el dueño de la finca sita en Castilla, en este régimen híbrido o mixto, nunca podría abrir en la pared medianera huecos sin sujeción a dimensiones determinadas, fuera de los límites previstos en el Código Civil para los huecos de ordenanza, pues ya en su propia mitad, la sita en Castilla, rige la prohibición del artículo 582 del Código Civil, que impide la apertura de huecos y voladizos a menos de determinadas distancias de la propiedad vecina; es decir, aunque en la mitad Aragonesa pudiera hacer los huecos con cualquier dimensión, éstos le serían de nula o escasa

utilidad más allá de los límites autorizados por el Código Civil pues, al regir éste en la parte de la medianera sita en Castilla, los huecos tendrían que cumplir, en el lado castellano, con las exigencias previstas en el Código Civil.

Naturalmente, los mismos principios podrían aplicarse a las colindancias que pudieran surgir con Navarra y Cataluña, pero adaptándolos al régimen de luces y vistas existente en estas otras Comunidades.

No obstante, para este caso de que el lindero estuviera situado, precisamente, en el límite del Territorio Aragonés cabría pensar en otra solución distinta a la apuntada pues también sería razonable mantener a ultranza la reciprocidad interpredial, propia de las relaciones de vecindad, haciendo una aplicación menos rigurosa del principio de territorialidad. De este modo, habría que elegir una de entre las dos legislaciones en conflicto para que rigiera totalmente las relaciones de vecindad entre las dos fincas, aunque una de ellas estuviera enteramente fuera del límite espacial natural o normal de la Ley en cuestión. Esta otra solución, al mantener la reciprocidad, sería desde luego mucho más justa pero, además de no ser muy respetuosa con el artículo diez del Código Civil, plantea un grave problema: la selección de los criterios que permitirían hacer primar una legislación sobre la otra. Pudiera defenderse que debería prevalecer la legislación más tolerante, la que más facultades diera a los propietarios vecinos pero, aparte de la dificultad práctica que pudiera existir en cada caso para efectuar dicha valoración, lo cierto es que bien podría mantenerse también que debía prevalecer aquella legislación que menos inmisiones autorizara sobre el fundo vecino; pese a ello, si tenemos que elegir, no creemos que se nos pueda acusar de "querencia" hacia nuestro propio Derecho, el Aragonés, si decimos que, aunque las dos legislaciones en conflicto sean constitucionales, la más tolerante nos parece sin duda la que mejor contempla y considera la función social de la propiedad privada al delimitar el contenido normal del dominio, en los términos dispuestos por el artículo 33.2 de la Constitución Española.

B. DERECHO TRANSITORIO

Dada la natural duración de las construcciones, con sus ventanas, resulta de vital importancia el estudio, siquiera sea superficial, del derecho transitorio generado por las últimas reformas operadas en la materia, pues este análisis, junto con una aproximación a nuestro derecho histórico, es la única vía para determinar hoy en día si un hueco practicado durante la vigencia de las Observancias o del Apéndice llegó, en algún momento, a constituir una servidumbre de luces y vistas la cual, evidentemente, salvo que se hubiera extinguido por cualquiera de las causas previstas en la Ley, tendremos que respetarla en la actualidad. Así, al abordar estas cuestiones, no nos mueve una atracción científica por lo histórico sino la necesidad práctica de resolver los conflictos que pueden plantear y plantean las ventanas y balcones construidos bajo las Observancias y el Apéndice el cual entró en vigor en 1925, hace apenas setenta años, tiempo que parece insignificante si tenemos presente la longevidad que, debidamente conservados, pueden alcanzar los edificios de suerte que no será excepcional, en la práctica, que en el presente, finalizando el siglo veinte, tengamos que aplicar los Fueros y Observancias y el Apéndice para determinar, con el fin de resolver conflictos actuales, los efectos jurídicos que produjeron los hechos y actos jurídicos acontecidos bajo la vigencia de las indicadas normas.

El Apéndice contenía una única disposición transitoria en la que se decía que "La aplicación de lo estatuido en este Apéndice a hechos o actos anteriores a la vigencia del mismo, se regirá por las disposiciones transitorias del Código Civil."

La Compilación también hará más tarde similar remisión para todos los problemas temporales no resueltos en la misma pero remitiéndose simplemente al criterio que informa las disposiciones transitorias del Código Civil, en lugar de a éstas mismas. Las disposiciones transitorias de dicho Código Civil que nos afectan más directamente son la previa y la primera. En la previa se establece que

"Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo".

En la primera, por su parte, se dice que

"se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo originen se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen".

Como desarrollo lógico de la disposición transitoria primera, aunque sea fuera, formalmente, de las disposiciones transitorias, el artículo 1939 del Código Civil, para el caso de la prescripción, precisa que

"La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las Leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo".

Inmediatamente surge la duda de si el artículo 1939 del Código es aplicable en Aragón, por la remisión contenida en el régimen transitorio del Apéndice y la Compilación. Pensamos que la respuesta debe de ser afirmativa pues la norma comentada, que consideramos justa, aunque no se cuente formalmente entre las disposiciones transitorias del Código es, por su naturaleza, una disposición transitoria que, además, concreta, para el caso de la usucapión, los principios inspiradores de dichas normas, a los que se alude en la disposición transitoria decimotercera del Código, cuando señala que

"Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento".

En cualquier caso, si no entendiéramos comprendido el artículo 1939 del Código en las remisiones que a sus disposiciones transitorias hacen nuestras leyes, habría que concluir que el mismo es igualmente aplicable en Aragón por el carácter supletorio de dicho cuerpo legal, en virtud de lo reglado en el artículo 13.2 del propio

Código y el primero de la Compilación, la cual no habría previsto la situación contemplada en el repetido artículo 1939.

Por su parte, la Compilación, además de remitirse al criterio que informa las transitorias del Código Civil, da normas intertemporales en las transitorias novena y décima para las modificaciones introducidas en el ejercicio normal de las luces y vistas y para la usucapión de servidumbres. En la novena se dice que

“Las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera (artículo ciento cuarenta y cuatro) serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación.”

Lorente SANZ⁶ infiere una retroactividad absoluta a partir de esta disposición, incluso aunque hubiera recaído sentencia firme con anterioridad. José Luis MERINO⁷ discrepa con razón. Además, es de resaltar, como lo hace MERINO, que la disposición comentada, cuando habla de “las ya construidas”, se está refiriendo a las paredes, no a los huecos; es decir, el régimen del artículo 144 de la Compilación es aplicable a todas las paredes, incluso a las construidas antes de que entrara en vigor la Compilación pero, por el contrario, los huecos, como más tarde iremos estudiando al enfrentarnos a los problemas de derecho transitorio que se pueden plantear, quedan sometidos, sustancialmente, a la legislación vigente en el momento de su apertura en todos aquellos casos en los que la nueva Ley es más restrictiva para ellos, por la acción del principio de irretroactividad, principio que, al propio tiempo, determinará también que, como antes dijimos, debemos tomar en consideración la legislación que estaba vigente en el momento de producirse actos y hechos jurídicamente relevantes, como el denominado acto obstativo, tan transcendental en materia de luces y vistas. No obstante, también veremos más adelante como, en realidad, esta disposición transitoria novena, aunque muy oportuna y clarificadora, era objetivamente innecesaria, al no haber procedido el artículo 144 de la Compilación a modificar realmente el régimen existente bajo el Apéndice en esta materia.

En la transitoria décima la Compilación establece que

“En la aplicación de las modificaciones introducidas en el régimen de usucapión de servidumbres (artículos ciento cuarenta y siete y ciento cuarenta y ocho) el término se contará a partir del día de su entrada en vigor”.

Debemos destacar que ésta disposición no entra en contradicción con ninguno de los principios recogidos en las transitorias del Código Civil, ni con lo dispuesto en el artículo 1939 del mismo; en realidad, esta transitoria no es sino una manifestación más del principio de irretroactividad que inspira a la Compilación. El único alcance de la misma, como lo han puesto de manifiesto tanto MERINO⁸ como LORENTE⁹, es el de precisar el cómputo del plazo inicial para la usucapión de las

(6) Lorente Sanz, José. “El derecho transitorio en la Compilación aragonesa”. Revista Crítica de derecho Inmobiliario. 1968. Pág. 611.

(7) Merino Hernández, José Luis. “Disposiciones transitorias de la compilación de 1967”. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXXIV. Vol.2º. Pág.344.

(8) *Ibidem*. Pág. 345.

(9) *Ibidem*. Pág. 613.

servidumbres que bajo la legislación anterior no se podían usucapir pero que, por el contrario, sí que se pueden adquirir de este modo desde la Compilación, cumpliendo determinados requisitos; concretamente nos estamos refiriendo a las servidumbres discontinuas aparentes y las no aparentes susceptibles de posesión, dado que, bajo el Apéndice, sólo podían usucapirse las servidumbres continuas y aparentes, mientras que, con la Compilación, pueden usucapirse todas las servidumbres aparentes, aunque no sean continuas, y también pueden adquirirse por usucapión las servidumbres no aparentes susceptibles de posesión. Por ello quienes vinieran poseyendo servidumbres de esta clase bajo el Apéndice, desde la entrada en vigor de la Compilación, pueden computar esa posesión a los efectos de la usucapión, pero sólo desde la entrada en vigor de la Compilación la cual, así, carece de todo efecto retroactivo en esta materia, al contrario de lo que habría sucedido si se hubiere optado por computar también la posesión de estas servidumbres durante la vigencia del Apéndice el cual, como decimos, no las reconocía hábiles o aptas para ser usucapidas.

C. LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS

La toma de luces y la proyección de vistas sobre fundos ajenos estaba regulada, como relación de vecindad (aunque también era denominada como "servidumbre urbana"), en la Observancia 6ª "De aqua pluviali arcenda", libro 7º. En la misma, al decir de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1983¹⁰, según traducción del latín de autorizada doctrina, se establecía que

«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», y que

«habrá lugar a esto cuando la clausura de las ventanas no deja privada de luz a la casa por poder recibirla de otra parte; no siendo así, el dueño de la casa vecina está obligado a darle o dejarle, por la misma ventana, o por otra a juicio del Juez según uso del Reino y buena equidad, luz suficiente para evitar que quedando completamente a oscuras resulte inútil para su dueño».

Dicha norma, como recuerda la sentencia antes citada, no regulaba ni establecía servidumbre alguna sino que, como una manifestación más del ius usus innocui, fijaba reglas convenientes para una buena y pacífica convivencia para lograr "el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado medio ambiente (luz y paisaje)", es decir quedaba perfectamente enmarcada en lo que conocemos como relaciones de vecindad. Además, la citada Observancia es plenamente coherente con el principio consagrado en la Observancia 1ª, en la que se decía que

«cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor».

(10) Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Número 3, Septiembre-Diciembre 1983. Ref. 95. Págs. 1041 y siguientes.

Suscitó discusiones el término "pared común" pues parecía carente de sentido que pudieran abrirse huecos en pared medianera, invadiendo la mitad perteneciente al vecino y que, sin embargo, salvo que se acudiera sin más a la Observancia 1ª, no pudieran abrirse tales huecos en pared propia. Por ello, la doctrina Aragonesa venía defendiendo que por pared común se debería entender pared divisoria, aunque no fuera medianera; no obstante la jurisprudencia, pensamos que erróneamente, se inclinó por la solución contraria, tesis que se consolidó jurisprudencialmente con la regulación del Apéndice en el que, como luego veremos, únicamente se hablaba expresamente de pared medianera, hasta que la regulación introducida por la Compilación logra recuperar el que la doctrina siempre consideró el correcto entendimiento de la Observancia, permitiendo ya expresamente la apertura de huecos tanto en pared propia como en pared medianera.

Además, debe tenerse presente que para que persistiera la obligación de dar luz al vecino cuando se edificaba era preciso que, de clausurarse la ventana, toda la casa, y no sólo la dependencia donde estaba la ventana o hueco, quedara privada de luz y sin posibilidad de recibirla por otro lugar. Semejante circunstancia de privación total de luz no se dio nunca en la práctica y, por eso, esta excepción, por su nula relevancia práctica, ya no quedó incorporada al derecho positivo posterior.

Pensamos que los huecos así abiertos, por mera relación de vecindad, que entonces, bajo la vigencia de la Observancia, no precisaban, salvo costumbre en contrario, de reja y red ni otra protección semejante, no podían tener en ningún caso balcones u otros voladizos sobre el vecino y no generaban ningún derecho en quien los disfrutaba, pudiendo ser tapados en cualquier momento al edificar, con la salvedad prevista por la Observancia de que se dejara sin luz a la casa. Por el contrario, si estaban dotados de voladizos sobre la finca colindante, los huecos pasaban a limitar la propiedad del fundo vecino en su sentido vertical y rebasaban el ámbito de las recíprocas relaciones de vecindad como estatuto normal de la propiedad y pasaban a proclamar, por la clara subordinación así introducida en la relación interpredial, sólo en este caso de voladizos sobre el colindante, la existencia o, mejor, el disfrute, de hecho, de una servidumbre positiva de luces y vistas que, como todas las servidumbres, se adquiría en Aragón, ya de derecho, por su disfrute durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, aun sin título, con tal que hubiera ciencia y tolerancia de parte del dueño de la heredad gravada por la servidumbre, según resultaba de la Observancia 7ª, De prescripciones la cual decía que

"La prescripción en servidumbres en los predios ajenos, como en un riego o camino, se produce a los diez años entre presentes, si poseyeran pacíficamente mientras lo ve y lo sabe el demandante, y a los veinte años entre ausentes."

Lógicamente, en el caso de voladizos sobre finca ajena, invadiendo su espacio aéreo, su mera subsistencia en el tiempo, con su constante apariencia, presupone la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente.

También debe tenerse en cuenta que durante la vigencia de los Fueros y Observancias ya existía en Aragón la prescripción inmemorial, necesaria para adquirir los derechos de pastar, de abrevar y de cortar leña (Obs. 9, De prescript, libro II) y que servía de título la larga y no interrumpida posesión (Observ 4, De aqua pluviae arc). En consecuencia, también por posesión inmemorial podía adquirirse, teórica-

mente, la servidumbre de luces y vistas; y decimos que podría adquirirse teóricamente pues, en realidad, la posesión inmemorial no creemos que llegara a entrar en acción pues siempre que hubiera voladizo invadiendo la propiedad vecina la prescripción tenía lugar a los diez o veinte años de modo que no parece posible que, antes de que se hubiera perdido la memoria de la instalación de la estructura con voladizo, no se hubiera adquirido la servidumbre por la prescripción ordinaria.

Pero debe tenerse presente, para cualquier clase de prescripción, que en Aragón sólo se estaba en posesión, de hecho, de una servidumbre de luces y vistas cuando ésta tenía balcón u otro voladizo sobre la finca vecina pues si carecía de él o si el vuelo se efectuaba sobre la finca propia, aparte de las discusiones que suscita la posesión de las servidumbres negativas, ya no se estaba disfrutando siquiera de un signo aparente de servidumbre sino que, simplemente, salvo la incidencia de un acto obstativo, se estaba ejercitando una facultad inherente al dominio, en su normal dimensión dentro de las relaciones de vecindad, que tenía como contrapartida el imprescriptible derecho del vecino a cerrar las ventanas así abiertas al edificar y a cubrir, a cualquier distancia, los huecos que se hubieran abierto con voladizos sobre fondo propio los cuales pensamos que entonces eran también posibles, dada la permisibilidad de la norma entonces vigente, la cual autorizaba cualquier clase de huecos y ni siquiera exigía la existencia de reja y red. No obstante, en sentido contrario ISABAL¹¹ cita la sentencia de la Audiencia de 9 de Diciembre de 1879 para concluir que "en la facultad de abrir ventanas (fenestras), no puede entenderse comprendida la de colocar balcones, corredores o voladizos". La cita en principio es correcta, pero consultada la referencia o reseña que Felipe ARAGÜÉS y Micaela PUEYO¹² hacen sobre la expresada resolución, resulta que la misma trataba de la construcción de unos balcones, corredores o voladizos practicados en una pared medianil, de modo que caían al solar o superficie del vecino; es decir se trataba de lo que hoy calificaríamos de una servidumbre positiva de luces y vistas cuyo disfrute, ciertamente, no era posible dentro de un regular ejercicio de las relaciones de vecindad pero, sin embargo, dentro de ellas, salvo costumbre en contrario, no vemos ningún inconveniente para que las ventanas contaran con algún balcón, siempre que volara sobre el fondo propio. Todo ello, naturalmente, si nos limitamos a aplicar el Derecho peculiar Aragonés pues si, antes de ver la luz el Apéndice, aplicamos el Código Civil resultaría que, desde su entrada en vigor, entraría en juego la limitación de su artículo 582 cuando prohíbe, junto con las vistas rectas, los balcones o voladizos si no hay dos metros de distancia entre la pared y la propiedad vecina.

El acto obstativo

Llegados a este punto cabría preguntarse si entonces, bajo la vigencia de los fueros, cabía el acto obstativo como sucedáneo de la posesión en la servidumbres negativas. Como todos sabemos, si admitimos la posesión de las servidumbres, diremos que las mismas se poseen desde que se ejercen, siendo muy problemático el determinar cuando se comienzan a ejercer las negativas pues al consistir éstas en la absten-

(11) Isabal y Bada, Marcelino. Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón. Zaragoza, 1926. Pág. 208.

(12) Aragüés Pérez, Felipe y Pueyo Goñi, Micaela. "Relaciones de vecindad y servidumbre de luces y vistas en Derecho aragonés". Colegio de Abogados de Zaragoza. N° 79. Octubre 1980, Pág. 31.

ción del titular del predio supuestamente sirviente, no hay forma humana de saber si el mismo, por ejemplo, no edifica sencillamente porque no quiere o no le conviene, o si realmente no lo hace por que se lo impide la servidumbre ejercida por su vecino, el supuesto titular del predio dominante favorecido por la servidumbre de luces y vistas. Por ello, el derecho ha creado la figura del acto obstativo para fijar así el día a partir del cual puede considerarse ejercida la servidumbre negativa de luces y vistas, pero para poder hablar propiamente de un auténtico acto obstativo pensamos que no basta con que se prohíba al vecino edificar, pues bien podría ocurrir, como lo tiene dicho Francisco SANCHO REBULLIDA¹³, que el mismo se encogiera de hombros y pensara que no edificaba porque no le interesaba y no porque se le hubiera prohibido; así, parece que es imprescindible que el titular del predio supuestamente sirviente haya iniciado o intentado iniciar la construcción o haya manifestado su propósito de hacerlo expresamente o mediante la realización de actos concluyentes que, finalmente, por el acto obstativo, no habrían cristalizado en una construcción pues, de otro modo, nunca sabríamos si la edificación no se alzaba por haberse prohibido partiendo de la servidumbre o, sencillamente, porque el titular del predio supuestamente sirviente no había considerado oportuno emprender alguna obra sobre su finca.

Pues bien, la cuestión anteriormente planteada parece resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1983¹⁴ en la que, aunque se admiten la existencia de vacilaciones entre la doctrina y jurisprudencia del Reino de Aragón, califica de "conclusión más firme" la de que

"..al lado de esas reglas de buena vecindad subsistía el régimen tradicional y normas de constitución y adquisición de servidumbres, persistiendo, en materia de luces y vistas (aparentes y continuas) la necesidad del acto obstativo del dueño del presunto fundo dominante, dirigido al del sirviente para que no obstruyera las luces y vistas (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1861, 23 de Febrero de 1874, 31 de Mayo de 1890 y de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 de Diciembre de 1876, 26 de Diciembre de 1889 y 3 de Marzo de 1892) tanto en pared medianera como propia (sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de Diciembre de 1889 y 3 de Marzo de 1892), como dato inicial para el cómputo prescriptivo, es decir, para entender que la simple apertura de huecos de mera tolerancia se había convertido en servidumbre exigible y oponible al fundo sirviente para evitar la obstrucción de los huecos".

Evidentemente, a la luz de la indicada doctrina parece obligado admitir que bajo el régimen de los fueros podía entrar también acción el acto obstativo, aunque debemos poner de manifiesto que nos parece muy dudoso que por aquel entonces la servidumbre negativa de luces y vistas, es decir, sin voladizos sobre la finca vecina,

(13) Sancho Rebullida, Francisco. "Los derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Aragón". Revista Crítica de Derecho inmobiliario. 1968. Pág. 580.

(14) Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Número 3, Septiembre-Diciembre 1983. Ref. 95. Págs. 1041 y siguientes.

pudiera calificarse, como lo hace la sentencia antes transcrita, de aparente y continua pues, aunque nada tenemos que objetar a la continuidad, dudamos mucho que la existencia de los huecos pudiera considerarse signo aparente de servidumbre pues los mismos, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil, existían, bajo las Observancias, precisamente sin protecciones, *iure proprietatis* y como mera relación de vecindad ejercida, además, regularmente y sin abuso alguno que derive de la falta de protección, por lo que tales huecos sin protección no podían delatar la existencia de servidumbre alguna, salvo el caso anteriormente visto de la servidumbre positiva de luces y vistas ejercida con voladizo invadiendo el espacio del predio vecino. No obstante, esta discusión sobre la apariencia, aunque más tarde, con la entrada en vigor del Apéndice y la Compilación, cobrará gran importancia, no creemos que fuera relevante para el derecho de los Fueros y Observancias pues, como se recuerda en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Septiembre de 1982 (COLEX 82C603), el Código Civil restringió la prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales continuas y aparentes,

“...criterio restrictivo que se aparta del más amplio mantenido por el derecho anterior, en cuanto autorizaba la usucapión de las servidumbres continuas no aparentes, y del seguido por algunos derechos forales”.

Entre los que, según creemos, se encuentra o, mejor, se encontraba, el Derecho Aragonés hasta la entrada en vigor del Apéndice, en el que se reguló la usucapión de las servidumbres mentando, por primera vez, expresa y exclusivamente, a las continuas y aparentes, dejando así fuera a todas las demás, salvo la acción de la posesión inmemorial. De hecho, parece que no se podrá negar que bajo las Observancias se podían usucapir las servidumbres continuas no aparentes cuando, a la luz de la doctrina jurisprudencial antes citada, parece incuestionable que antes del Apéndice la servidumbre negativa de luces y vistas, mediando un acto obstativo, se podía usucapir, pese a que la mera presencia de las ventanas no pusieran de manifiesto signo alguno de servidumbre, sino perfecto ejercicio de una relación de vecindad.

Por otro lado, para reforzar la viabilidad del acto obstativo bajo la vigencia de las Observancias, creemos que puede citarse también la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1983 (colex83c671; RJ1983/4213) en la que, apoyándose en las sentencias que cita de 25 de Febrero de 1943, 9 de Febrero de 1955, 14 de Marzo de 1957, 2 de Octubre de 1964, 13 de Junio de 1867, 6 de Marzo de 1875, 13 de Mayo de 1882, 10 de Mayo de 1884, 12 de Noviembre de 1889 y 31 de Mayo de 1890, se defiende que en el derecho común, con anterioridad al Código Civil,

“la Ley 15, Título XXXI, Partida III, no daba derecho a mantener en paredes propias huecos laterales o ventanas en perjuicio del vecino que, disponiendo de su suelo y cielo, puede construir libremente en contigüidad o dar mayor elevación a construcciones existentes, «a no ser que se le hubiera contradicho el alzamiento para que no quitase las luces»”.

Y no estará de más que ahora pongamos de manifiesto que nuestro derecho Foral, en materia de luces y vistas, parece que tenía, bajo las Observancias, un gran parecido con la Ley 15, Tít XXXI de la Partida III que, según la comentada sentencia

de 12 de Julio de 1983 (colex83c671;RJ1983/4213) –que reitera literalmente, en este particular, lo razonado en la sentencia de 25 de Febrero de 1944–, respondía a

“las siguientes proposiciones: 1.^a, que aquella legislación histórica, como una consecuencia del derecho que tenía todo propietario para hacer en su casa lo que quisiera, sin otros límites que los jurídicos y los morales –expresivamente recogidos en la definición de la Ley 1.^a, Título XXVIII de la misma Partida III– no ponía traba alguna a la facultad de abrir huecos, para luces o vistas, en pared propia; 2.^a, que tales luces o vistas no constituían, empero, derecho de servidumbre y, por consiguiente, no podían neutralizar el derecho que tenía el otro colindante para disminuir las o anularlas, edificando libremente o dando mayor elevación a construcciones existentes; 3.^a, que la falta de ejercicio de ese derecho de edificar, por más o menos tiempo, no engendraba prescripción de servidumbre «ne luminibus officiatur», «altius tollendi» o «ne prospectui officiatur» en favor del otro propietario que tuviese abiertos los huecos de su pared, ya que, según reiterada jurisprudencia, estas últimas servidumbres, por ser negativas, no podían ser adquiridas por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo.”

Y esto mismo ha sido recientemente reiterado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de Junio de 1995 (Actualidad Civil 964/95), en la que se sigue a la tan repetida sentencia de 25 de Febrero de 1944 citando también, con el mismo sentido, otra de 25 de Febrero de 1943.

Protección de los huecos

Como hemos visto, bajo la vigencia de las Observancias los huecos no sólo no estaban sometidos a dimensiones determinadas sino que, además, no precisaban de protección alguna, como sucede ahora con la Compilación y, antes, con el Apéndice. Ahora bien, aunque la Ley escrita no exigiera tales protecciones, parece que, en algunos lugares, existía la costumbre de que tales huecos se protegieran con reja y red; por supuesto, en esos lugares, lógicamente, tales protecciones debían colocarse y, si no se hacía, se estaba incurriendo en un uso abusivo de la relación de vecindad que, además, es discutible si constituía un signo aparente de servidumbre el cual, sin embargo, ninguna ventaja proporcionaría de cara a la usucapión pues, aparte de que entonces la apariencia de la servidumbre no era imprescindible para la usucapión, dicho signo aparente, no podía equivaler a la posesión o ejercicio de la servidumbre, que sólo se iniciaba, como hoy en día, mediante el acto obstativo o a partir de voladizos sobre la finca vecina, invadiendo su espacio aéreo.

En este sentido, como nos lo enseña José Manuel BANDRÉS y SÁNCHEZ CRUZAT¹⁵ en sus comentarios al artículo 144, según Alonso LAMBÁN en sus anotaciones a las Observancias 6.^a, «De aqua pluviali arcenda» y 7.^a, «De praescriptionibus», Vidal de Canellas decía que el vecino podía exigir, si quería, la colocación de

(15) Bandrés y Sánchez Cruzat, José Manuel. “Artículo 144”. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXXIV. VOL.2º. Pág. 214.

las protecciones. En cambio, Isabal¹⁶, en los Fueros y Observancias, nos enseña justamente lo contrario, concretamente que

“la observancia no lo previene y se ve que generalmente las que de antiguo se hallan abiertas, no están provistas de estos aditamentos. Ello no obstante, hoy entre los artífices de la construcción se suele estimar su colocación como obligación introducida por las costumbres; en apoyo de esa obligación, aun tratándose de ventanas antiguas pueden invocarse sentencias de la Audiencia de 28 de Octubre de 1872 y 8 de Octubre de 1877”

Por su parte, en la memoria de FRANCO y LÓPEZ¹⁷, se propone precisamente la modificación de que se imponga la obligación de proteger las ventanas, afirmando que

“Si bien está adoptada por una costumbre bastante generalizada, no se halla consignada en la disposición foral”.

Y en el informe sobre DERECHOS SOBRE LAS COSAS elaborado por el *Seminario de la Comisión Compiladora* se decía, al referirse a la reja y red, que “ninguna disposición se encuentra en el Derecho aragonés histórico que estatuya obligatoriedad y, menos aún, que imponga dimensiones determinadas”. Más recientemente, Jesús DELGADO¹⁸, al comentar en Cívitas la sentencia de 30 de Octubre de 1983, califica de “uso inveterado” la tenencia de huecos sin protección. Así, a la vista de las contradictorias referencias que nos dan los autores no resulta fácil afirmar hoy si existía o no costumbre generalizada de proteger las ventanas.

No obstante, en aquellos lugares en los que existía la costumbre de hacer proteger los huecos no se nos plantea escollo alguno pero, por el contrario, en el resto del Reino la innovación legislativa introducida por el Apéndice en materia de protecciones genera un problema no resuelto expresamente en las disposiciones transitorias del mismo Apéndice ni de la Compilación pues, como antes dijimos, la disposición transitoria novena de la Compilación se refiere a las paredes “construidas” con anterioridad, no a los huecos que se hubieran abierto antes de que la misma hubiera entrado en vigor; dicho problema consiste en determinar si se puede obligar, o se pudo obligar en su momento, al dueño de la finca a que ponga protecciones en las ventanas y huecos que se abrieron bajo la vigencia de los Fueros. Pudiera servirnos de referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1944¹⁹, en la que se estudiaba la cuestión desde la óptica del derecho común en donde, al entrar en vigor el Código Civil, se introdujeron una serie de limitaciones, en materia de luces y

(16) Isabal y Bada, Marcelino. Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón. Zaragoza, 1926. Pág. 207.

(17) 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. Impreso por orden de la Excma. Diputación Provincial de Zaragoza. 1886. Pág. 114 y 115.

(18) Delgado Echeverría, Jesús. “Sentencia de 30 de Octubre de 1983”. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. N° 3, Septiembre-Diciembre 1983. Ref 95. Pág. 1047.

(19) Del Arco Torres, Miguel Ángel y Pons González, Manuel. Régimen jurídico de las servidumbres. Editorial Comares. Pág 439.

vistas que, como antes vimos, no existían anteriormente. El Alto Tribunal, acertadamente, aplica el principio de irretroactividad de las Leyes consagrado en el artículo 3 del Código Civil (hoy también recogido en el artículo 9 de la Constitución), en la disposición transitoria previa del Código Civil y en la disposición transitoria primera; y llega a la conclusión, el Tribunal Supremo, de que las ventanas abiertas cuando la legislación no lo prohibía generan un estado de hecho y de derecho que es forzoso respetar, de modo que no se debía ordenar su clausura.

Aplicando idénticos principios al problema de las protecciones, cuya exigencia, salvo la existencia de costumbres locales, aparece por primera vez en el Apéndice, podría pensarse que no puede exigirse su colocación en las ventanas abiertas con anterioridad a la entrada en vigor del repetido Apéndice pues quienes disfrutaban de ellas tienen el derecho adquirido de usarlas sin las limitaciones introducidas con el mismo, luego mantenidas por la Compilación y, en consecuencia, sin las protecciones dispuestas en ambos cuerpos legales. En justa contrapartida, la carencia de protecciones en tales ventanas, abiertas antes del Apéndice, y en lugar sin costumbre de hacer colocar protecciones, parece que no debería considerarse signo aparente de servidumbre ni, tampoco, ejercicio irregular de una relación de vecindad. Y decimos que tal cosa sólo lo parece pues, al final, terminaremos concluyendo justamente lo contrario, es decir, que acabaremos afirmando que, bajo el régimen del Apéndice, esas ventanas también representaban signo aparente de servidumbre.

La opción que terminaremos descartando

En una primera aproximación, la tesis que nos pareció más firme es la de negar la existencia de apariencias en estos casos lo cual no dejaba de suponer una gran dificultad práctica, pues requería determinar caso por caso la fecha de apertura de los huecos para saber si, bajo el régimen del Apéndice, había o no signo aparente de servidumbre o ejercicio irregular de la relación de vecindad, pero nos tranquilizábamos defendiendo que no podíamos prescindir de ella, de esa precisión, pues derivaba de las reformas operadas en esta materia y no de nuestro capricho. Pero el escollo más importante nos surgió al tener presente la negación de la apariencia desde el punto de vista de la usucapión pues tiene su efecto reflejo en ella dado que, como ya lo tenemos dicho, el Apéndice, a diferencia de lo que sucedía antes, limitaba la prescripción adquisitiva de las servidumbres para las continuas y aparentes, dejando de este modo fuera a las no aparentes. Desde luego, no creíamos que esta restricción afectara a las servidumbres negativas de luces y vistas que, tras el acto obstativo, hubieran comenzado a usucapirse, como no aparentes, bajo la vigencia de los Fueros, pues a las mismas se les debería aplicar la disposición transitoria contenida en el artículo 1939 del Código Civil, en los términos que anteriormente razonamos.

Esto es, nos decíamos que al no poderse obligar a poner en la ventana las protecciones, el hecho de que éstas no existieran, aunque el Apéndice las exigiera, no determinaría signo aparente de servidumbre, sino perfecto y regular ejercicio de relación de vecindad pero, no obstante, lo cierto es que, si llevábamos esto a sus últimas consecuencias resultaba que, al entrar en vigor el Apéndice, aunque se produjera entonces el acto obstativo, no se podría adquirir la servidumbre pues, al no ser aparente, no cabría su usucapión; así, aquello que comenzó siendo una ventaja (el no tener que poner protecciones) terminaría convirtiéndose en un serio inconveniente que parecía forzoso superar pues, en otro caso, quedaba cerrada la vía de la usucapión para algo que, bajo el Apéndice, y bajo las Observancias, se podía usucapir. No

nos parecía muy lógico que para salvar este grave inconveniente hubiera que cerrar la ventana para luego volverla abrir bajo la regulación reglamentista del Apéndice; aunque la solución no era fácil, por muy discutible que pareciera, si manteníamos que no existía signo aparente de servidumbre, creíamos que lo más razonable sería defender que el titular de la ventana abierta bajo las observancias podría mantenerla inicialmente sin protecciones, indefinidamente, sin perjuicio del imprescriptible derecho de su vecino a cubrirla edificando, pero si, en relación con dicha ventana, llegaba a formular un acto obstativo, con él habría comenzado a rebasar el ámbito de las meras relaciones de vecindad, perdiendo precisamente por ello, desde ese instante, el privilegio de no poner protecciones que tenía como derecho adquirido en la anterior Legislación; es decir, si en esa situación se formulaba un acto obstativo aquel a quien fuera dirigido podría desde luego defenderse ejercitando la correspondiente acción negatoria y pidiendo que en la ventana se pusieran las protecciones reglamentarias. En contrapartida, desde el instante en que se formuló el acto obstativo, la ventana en cuestión, que desde entonces era exigible su protección, habría pasado, por la carencia de dichas protecciones, a manifestar y proclamar un anómalo o irregular ejercicio de la relación de vecindad que, además, como más tarde razonaremos, no constituía sino, precisamente, un signo aparente de servidumbre, por más que todavía no se tuviera derecho a ella, servidumbre de derecho que, no obstante, cumplido que quedaba ya el presupuesto de la apariencia, podía adquirirse con el tiempo por la vía del artículo 14.3 del Apéndice.

Evidentemente, la solución apuntada nos arrastraba a otro problema reflejo: la pérdida gratuita del derecho adquirido a tener las ventanas sin protecciones. Como última alternativa, siempre si manteníamos que en el caso estudiado no había apariencia, nos planteamos si no podría afirmarse que el acto obstativo, producido después de haber entrado en vigor el Apéndice, pasaba a erigirse en un signo aparente de servidumbre, en sí mismo considerado y sin necesidad de que se perdiera el privilegio de no tener protegida la ventana. Esta opción tenía desde luego la ventaja de que no haríamos perder el repetido privilegio de tener la ventana sin protecciones pero, a nuestro juicio, esta alternativa debía ser rechazada por las siguientes razones: a) el acto obstativo es un instrumento jurídico para fijar el inicio de la posesión de las servidumbres negativas que, NORMALMENTE, son no aparentes y si hacíamos que dicho acto supusiera por sí mismo un signo de apariencia resultaría que TODAS las servidumbres negativas serían aparentes lo cual, a su vez, determinaría que para nada habrían servido los esfuerzos puestos en nuestra Compilación para negar la apariencia a los huecos ilegítimos y sin vuelo sobre la finca vecina; y b) el acto obstativo se formula y allí se agota su manifestación física, de modo que en manera alguna "se anuncia y está continuamente a la vista por signos exteriores" como requiere el artículo 532 del Código Civil.

Por todo ello, de las tres opciones estudiadas, la segunda es la que parecía tener menos inconvenientes, siempre que siguiéramos manteniendo que, en semejante caso de ventana sin protecciones abierta antes del Apéndice, no había signo aparente de servidumbre; pero esta primera impresión se complicaba al tener en cuenta que si el acto obstativo se hubiera efectuado vigente ya la Compilación, desde el mismo instante en que el acto obstativo tuviera lugar, se perdería igualmente el derecho adquirido a no poner las protecciones las cuales, a partir de ese momento y no antes, podrían ya ser exigibles por el vecino. Por el contrario, bien poco se ganaría ya en materia de usucapión pues, como más adelante estudiaremos, la Compilación niega la condición de "signo aparente" a la falta de protecciones.

Lógicamente, todos los inconvenientes hasta ahora puestos de manifiesto desaparecerían si, en lugar de seguir las pautas marcadas por la sentencia de 1944 anteriormente citada, dejáramos de considerar derecho adquirido el mantenimiento de las ventanas sin protecciones y pasáramos a estimar sin más que éstas eran exigibles desde la entrada en vigor de alguna norma ordenando su presencia –el Apéndice–, con independencia de la fecha en la que se hubiera abierto el hueco solución que, según pensábamos, también sería razonable en Aragón pues, pese a las reformas operadas, los huecos pueden mantenerse disfrutando de todas sus dimensiones, aunque hubiera que colocar reja y red, a diferencia de lo que sucede en el derecho Común, al que se refiere la sentencia antes dicha de 1944, en donde, como hemos visto, con el Código Civil, se perdió la permisibilidad existente para abrir cualquier clase de huecos en pared propia, a cualquier distancia del colindante, y se pasó a las rígidas limitaciones del Código con sus minúsculos huecos de ordenanza para luces.

La opción que nos parece más adecuada

Sin embargo, nos parece que la solución correcta debíamos encontrarla por otro camino. Dado que el Apéndice sólo habla de proteger los huecos que se abran al amparo de la facultad contenida en su artículo 15, creemos acertado mantener que existe realmente el derecho adquirido a seguir disfrutando de las ventanas preexistentes sin protecciones y que la carencia de éstas en tales ventanas, abiertas antes del Apéndice, y en lugar sin costumbre de obligar a proteger los huecos, no debería considerarse, al menos en principio, signo aparente de servidumbre ni, tampoco, ejercicio irregular de una relación de vecindad. Ahora bien, aunque la ausencia de protecciones en esas ventanas no debería considerarse signo aparente de servidumbre, lo cierto es que la apariencia, más que una apreciación o calificación jurídica es una cuestión de hecho, de signos exteriores, de aspecto, forma, traza y hasta probabilidad; de tal manera que podría mantenerse que, aunque en esas ventanas no fuera obligado colocar protecciones, como quiera que del mero examen exterior de las mismas no puede normalmente determinarse la fecha en la que el hueco se abrió, cualquier persona que, vigente el Apéndice, mirara hacia una de estas ventanas, a la vista de sus signos exteriores, estaría obligada a concluir que semejante hueco incumplía los requisitos exigidos por el derecho entonces vigente detalle que, por sí mismo o unido a otras circunstancias, como el imprescindible acto obstativo, podría ser la manifestación física, el signo exterior, de una servidumbre de luces y vistas, lo cual es tanto como decir que dicha ventana sin proteger representaba realmente un signo aparente de servidumbre de luces y vistas, por más que dicha servidumbre ni siquiera se hubiera comenzado a poseer mediante la realización de un acto obstativo y por más que, en realidad, una vez conocida la fecha de apertura del hueco tras la correspondiente investigación, cualquier persona llegara a la convicción de que esa ventana no era más que un respetuoso ejercicio de las relaciones de vecindad; pero esta convicción sólo podría lograrse tras indagar sobre la fecha de apertura del hueco y sobre la eventual entrada en acción de un acto obstativo sin que, para ello, bastara con el mero examen de los signos exteriores, de forma que pudiera decirse que, aunque a veces “las apariencias engañan”, la falta de protecciones, bajo el régimen del Apéndice, constituía signo aparente de servidumbre aunque realmente, por derecho transitorio, no existiera obligación alguna de colocar dichas protecciones. Y que nadie se extrañe por nuestro cómodo recurso a la conocida frase sobre la veracidad de las apariencias pues el que éstas “engañen” es casi una constante en la servidumbre negativa de luces y vistas tal y como lo veremos más tarde al estudiar las paradojas que la misma genera.

Logrado, de este modo, el requisito de la apariencia, pensamos que quedan superados todos los problemas que hasta ahora veníamos estudiando pues ya no precisaremos determinar caso por caso la fecha de apertura de una ventana para saber si en ella la falta de protecciones es o no signo aparente de servidumbre para el régimen del Apéndice y, sin necesidad de perder el derecho adquirido a tener las ventanas sin protecciones, resultará que, con el pertinente acto obstativo, podríamos acceder a la usucapión en las mismas condiciones que con las ventanas abiertas después de entrar en vigor el Apéndice; además, por último, una vez adquirida por cualquier título la servidumbre, dada su apariencia, no sería precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad para perjudicar a terceros adquirentes ya que, como se mantiene en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 10 de Julio de 1995, no puede

“...oponerse en contra el hecho de que el predio sirviente fuera adquirido ... libre de cargas y sin que hubiera anotación alguna de la servidumbre en el Registro de la Propiedad pues, como se dijo en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Mayo y 18 de Noviembre de 1992, cuando el adquirente puede conocer la existencia de la servidumbre por sus signos aparentes, no puede ampararse en la falta de inscripción.”

D. EL APÉNDICE DE 1925

El Apéndice de 7 de Diciembre de 1925, con su confesada intención de llegar suavemente a la unidad de la Legislación Nacional, declarada en su exposición de motivos, prácticamente recoge el proyecto de 1904. En el artículo 14 disponía que

“todas las servidumbres continuas y aparentes cualquiera que sea el derecho en que consistan o la obligación correlativa que impongan, pueden ser adquiridas por prescripción de 10 años entre presentes y de 20 entre ausentes.

El dicho tiempo se contará, si no es interrumpido, desde el día en que el dueño del predio dominante o el que haya aprovechado la servidumbre empezó a ejercerla.

Esto 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. Se entiende que la apertura de huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos.

Con respecto a las demás servidumbres, incluidas las de leñar, pastar y abrevar, la posesión pacífica y nunca interrumpida produce los efectos jurídicos de la prescripción adquisitiva.”

La exigencia del indicado acto obstativo para el caso de los huecos abiertos en pared propia y sin voladizos sobre el predio vecino se explica por el hecho de que, como veremos, tales huecos representan una servidumbre negativa cuyo plazo de

prescripción se inicia también en la Legislación Común, por disponerlo así el artículo 538 del Código Civil,

“..desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.”

No obstante, debemos señalar que el profesor LACRUZ²⁰ consideraba que también en estos casos de huecos en terreno propio a distancia inferior de la permitida la servidumbre de luces y vistas era positiva pues, a su juicio, la vinculación del fundo gravado no consistía en un mero no hacer, como el no edificar, “sino la de tolerar que haya una ventana abierta en el fundo vecino” sin respetar las limitaciones legales. Pudiera pensarse que esta polémica ha perdido ya hoy en día su interés pues la Jurisprudencia del Alto Tribunal, desde hace prácticamente un siglo, viene declarando invariablemente que en estos supuestos, de huecos en pared propia y sin voladizos sobre la propiedad vecina, la servidumbre debe considerarse negativa pero, pese a ello, aunque no discutamos tan consolidada doctrina jurisprudencial, el tener presente este problema nos ayudará luego a comprender la situación de los huecos abiertos sin respetar las limitaciones del Código Civil, de nuestro Apéndice o de nuestra Compilación pues todas estas leyes, nos guste o no, tiene actualmente un carácter reglamentista, exigiendo que los huecos abiertos dentro de las distancias legales tengan determinadas características, por más que entre dichas características, en el derecho Aragonés, no se encuentre presente el sometimiento a unas dimensiones determinadas.

En cualquier caso, lo cierto es que el propio Apéndice vino a considerar que la apertura de huecos en pared propia era negativa, sometiéndola como hemos dicho al acto obstativo. Y esto sólo es lo que ahora nos interesa, aunque, más tarde, nos ocupemos del aspecto positivo que puede llegar a tener la servidumbre negativa de luces y vistas.

Siguiendo pues con la regulación del Apéndice, en su artículo 15, se dice que

“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 edificación, cuando las tienen, cuantos huecos le convenga 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 lo huecos antedichos.”

Aunque no se dijera expresamente, de la exigencia de que los huecos cuenten con reja de hierro remetida y red de alambre, podría inferirse que tales huecos no

(20) Lacruz Berdejo, José Luis. Elementos Derecho Civil tomo III, volumen segundo. Derechos reales. Pág. 94 y siguientes.

podían tener balcones ni otros voladizos pero lo cierto es que, como razonaremos más extensamente al abordar luego el estudio de la Compilación, también pueden protegerse con reja remetida y red los citados voladizos, siguiendo la línea exterior de la fachada marcada por los mismos los cuales, en pared medianera, no podían desde luego existir pero no por el hecho de que se requirieran las protecciones sino porque tales voladizos, de existir, al arrancar de una pared medianera, habrían invadido necesariamente el espacio aéreo de la finca vecina, cosa que en modo alguno autorizaba el precepto en el que únicamente se permitía abrir huecos en la pared, facultad que de ningún modo comprende la de invadir la finca vecina con ninguna clase de vuelo. Por supuesto, el disfrute de esta clase de huecos cumpliendo las disposiciones legales, como ya ocurría en la Observancia, no suponía el ejercicio de una servidumbre de luces y vistas sino la mera actuación de una relación de vecindad.

Huecos en pared propia, en las relaciones de vecindad

El primer problema que planteaba esta regulación era si se podían abrir, dentro de las normales relaciones de vecindad, huecos en pared propia que dieran al fondo vecino. La jurisprudencia, pese a las protestas de la doctrina, entendió que no era posible. La redacción que luego se dio a la Compilación, permitiendo los huecos tanto en pared propia como medianera terminó dando la razón, porque la tenían, a los autores.

Nosotros, con la ventaja que nos da la perspectiva histórica lograda desde 1925, vamos a tratar de dar una interpretación del Apéndice coherente con el derecho Aragonés tradicional. Así, aunque esa no fue la posición jurisprudencial y aunque, de este modo, minimizamos la necesidad de la disposición transitoria novena de la Compilación, pensamos, muy brevemente, que la autorización a abrir huecos en pared medianera llevaba implícita la facultad de hacer lo mismo, con las debidas protecciones, en pared propia, pues es ciertamente absurdo que se pueda horadar la mitad de la pared medianera perteneciente al vecino y que, por el contrario, no se pueda abrir el mismo hueco en una pared enteramente propia. A esto se nos podrá objetar que, si bajo el Apéndice ya se podían abrir huecos en pared medianera, entonces, cual es el alcance de la citada transitoria novena de la Compilación, en la que se indica expresamente que el artículo 144, con sus disposiciones sobre apertura de huecos en pared propia o medianera es también aplicable a las paredes ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación. Ya hemos dicho anteriormente que, en realidad, esta disposición transitoria, aunque muy oportuna y clarificadora, era objetivamente innecesaria, al no haber procedido el artículo 144 a modificar realmente el régimen existente bajo el Apéndice en esta materia. Esta disposición responde a una concreta situación histórica, y a la necesidad de neutralizar la interpretación errónea seguida por los Tribunales al hacer una lectura literal del Apéndice que no tenemos necesariamente que seguir en la actualidad, pues nada nos impide interpretar hoy el Apéndice del modo correcto, como defendían los autores Aragoneses. En el mismo sentido se decanta Lorente SANZ²¹, quien dice que queda por dilucidar si la Compilación, al mencionar expresamente la pared propia, ha modificado el estado de derecho anterior o se ha limitado a aclararlo. En la misma

(21) Lorente Sanz, José. "El derecho transitorio en la Compilación aragonesa". Revista Crítica de derecho Inmobiliario. 1968. Pág. 612.

línea nos parece que se mueve también Jesús DELGADO ECHEVERRÍA²² al comentar en Cívitas la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1983, pues mantiene que esta disposición se dictó para evitar dudas y, aunque sostiene que "el artículo 144 se aplica también a los huecos ya existentes al tiempo de entrar en vigor la Compilación", de allí infiere, refiriéndose a este artículo "que ésta ha sido la regulación aragonesa desde por lo menos el siglo XIV hasta nuestros días sin solución de continuidad", conclusión que compartimos y hacemos nuestra, pero no porque el artículo 144 se aplique retroactivamente a los huecos existentes al tiempo de entrar en vigor la Compilación, sino porque la misma regulación es la que resultaba del propio Apéndice, aunque la Jurisprudencia de entonces, mediatizada por una mala redacción del artículo 15 del citado cuerpo legal, no acertara a verlo así, obligando al Legislador Aragonés a introducir la disposición transitoria novena de la Compilación, en cuya exposición de motivos se reconoce que

"Mediante la norma expresa de que tanto en pared propia a cualquier distancia de 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 quince del Apéndice. Se vuelve así a la ortodoxa interpretación de la Observancia sexta «De aqua pluviale arcenda».

Al interpretar el Apéndice del modo indicado, como recomendaba la doctrina, estamos asimilando, a los efectos del artículo 15, los huecos protegidos en pared propia o exclusiva con los abiertos en pared medianera. Pero esta asimilación, impuesta por el sentido común y la máxima de que quien puede lo más puede también lo menos, no se agota en sí misma sino que tiene un importante efecto reflejo que, como luego razonaremos con más detenimiento, nos va a obligar a realizar otra asimilación, en sentido contrario, a los efectos del artículo 14.3 en el sentido de que, a estos efectos del artículo 14.3, habrá que equiparar los huecos sin protecciones ubicados en pared medianera con los que, también sin protecciones, estuvieran abiertos en pared exclusivamente propia.

Huecos irregulares o antirreglamentarios

El segundo problema que todavía hoy puede tener alguna relevancia práctica es que ocurre cuando se colocan voladizos donde la ley no los autoriza o se omiten las protecciones en las ventanas abiertas bajo la vigencia del Apéndice. Debe tenerse en cuenta que éstas, al no exigirse en Aragón el sometimiento a medidas determinadas, son la única circunstancia externa que delata que los huecos no suponen disfrute de servidumbre sino normal ejercicio del dominio, tal y como queda delimitado por las relaciones de vecindad. Por ello, pensamos que, para las ventanas abiertas bajo la vigencia del Apéndice, si faltan totalmente las protecciones, los huecos proclaman el disfrute, de hecho, de una servidumbre de luces y vistas o, mejor, dada la discutible posibilidad de las servidumbres negativas, los huecos se constituyen en signo aparente de servidumbre, pues en España las servidumbres negativas pueden ser también aparentes, tal y como resulta de los artículos 537, 538 y 539 del Código Civil de

(22) Delgado Echeverría, Jesús. "Sentencia de 30 de Octubre de 1983". Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Nº 3, Septiembre-Diciembre 1983. Ref 95. Pág. 1048.

los que se desprende que las servidumbres no aparentes no pueden adquirirse por prescripción, pese a lo cual se regula, en el artículo 538, el acto obstativo para determinar el computo inicial de la usucapión de las negativas, por lo que parece obligado concluir que éstas también pueden ser aparentes, dado que sólo las aparentes son susceptibles de usucapión; y la misma situación se repite en la regulación del Apéndice en el que, salvo lo que pudiera resultar de la posesión inmemorial, la usucapión sólo era posible para las servidumbres continuas y aparentes pese a lo cual, al igual de lo que sucede con el Código Civil, se regula también el acto obstativo para la usucapión de la servidumbre de luces y vistas en pared propia y sin voladizos, señal inequívoca de que la misma, además de negativa, podía ser aparente pues, de otro modo, no habría podido adquirirse por prescripción.

Ahora bien, aunque bajo el Apéndice los huecos sin protecciones, en pared propia o medianera, se constituyen en signo aparente de servidumbre, tal cosa no supone en modo alguno que tal servidumbre exista realmente en derecho, aunque debamos estudiar la posibilidad de que la misma nazca por prescripción.

Usucapión de la servidumbre bajo el apéndice

A. Huecos con voladizos sobre el vecino en pared propia o medianera

En el caso de que, en pared propia o medianera, existan balcones o voladizos sobre la finca vecina, invadiendo su espacio aéreo, su presencia sería signo aparente de servidumbre la cual, además, se considera unánimemente como positiva, por lo que podía adquirirse por prescripción, sin necesidad siquiera del acto obstativo, pues puede sin duda decirse que la servidumbre comenzaba a ejercerse desde el mismo momento en el que se colocaban los balcones volando sobre la finca ajena, invadiendo y limitando su dominio aéreo.

B. Huecos en pared propia sin voladizo en terreno ajeno

B.1. Desde luego, si las ventanas sin protección, con o sin voladizo sobre la propia finca presuntamente dominante, están abiertas en pared propia, dentro de las distancias del Código Civil, existía apariencia y podía adquirirse por prescripción la servidumbre, pero el término, por disponerlo así expresamente el artículo 14.3 del Apéndice, se contaba desde el acto obstativo. Y no puede negarse la existencia de la apariencia para defender que sólo hay, sin más, un ejercicio irregular anómalo o abusivo de una relación de vecindad, pues es el propio artículo 14 quien limita la prescripción adquisitiva a las servidumbres continuas y aparentes de modo que, si no hay apariencia, no es posible la usucapión y así, ningún sentido tendría señalar, como hace el Apéndice, el momento a partir del cual se debía contar el tiempo de prescripción. Y, además, es precisa y exactamente la carencia de protecciones (y no el hecho de estar el hueco en pared propia) lo que determina la existencia de apariencia pues si los huecos abiertos en pared propia están debidamente protegidos entonces ya no hay signo alguno de servidumbre sino puro, regular y perfecto ejercicio de una relación de vecindad al amparo del artículo 15, a cuyos efectos hemos equiparado la pared propia con la medianera, en los términos anteriormente razonados.

Lo dicho, en lo que concierne a la necesidad del acto obstativo para los voladizos sobre fundo propio, no está en contradicción con el último inciso del citado artículo 14.3 cuando señala que "se entiende que la apertura de huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos" pues pensamos que se está refiriendo a los huecos con

vuelo que invaden el espacio aéreo de la finca vecina, que ya constituyen servidumbre positiva, estudiada anteriormente y, así, creemos que el Apéndice no está aludiendo, con este inciso, a los voladizos sobre finca propia; no olvidemos que el artículo 14.3 habla o hablaba, expresamente, de huecos "sobre suelo ajeno contiguo" y contiguo, según la Real Academia, "es aquello está tocando otra cosa" y, lógicamente, si a semejante hueco abierto en muro que está "tocando al suelo ajeno", le dotamos de un voladizo, estaremos, automáticamente, invadiendo la vertical de la finca vecina, es decir, estaremos ya ante una servidumbre positiva que en absoluto precisa del acto obstativo, siendo precisamente esa la razón por la que el artículo 14.3 excluye de su regulación, relativa al acto obstativo propio de las servidumbres negativas, a los huecos con balcones o voladizos.

Ahora bien, aunque el Apéndice sólo hablaba expresamente, en el artículo 14.3, de la servidumbre negativa por huecos abiertos en muro contiguo o tocando el suelo ajeno, pensamos que en la misma situación y, por lo tanto, bajo el mismo régimen, se encontraban los huecos sin protecciones, con o sin voladizos sobre fundo propio, que aun no estando abiertos en muro contiguo al fundo vecino, estuvieran próximos a él, dentro de las distancias del Código Civil, pero sin tocar al colindante.

B.2. En cambio, si, haciendo uso de la autorización contenida implícitamente, como hemos visto, en el artículo 15, las ventanas, con o sin vuelo sobre la propia finca, se abrían en pared propia pero con las debidas protecciones, en tal caso estas últimas hacían que la ventana, con o sin voladizo sobre el propio predio protegido con reja y red, no pudiera considerarse signo aparente de servidumbre y, así, aunque mediara acto obstativo, la servidumbre no podía adquirirse por prescripción, pues sólo las continuas y aparentes eran susceptibles de usucapión y en esta caso nos faltaría el requisito de la apariencia.

C. Huecos en pared medianera sin voladizos

Nos vamos a referir ahora sólo a los que carecieran de voladizos pues si el hueco tenía algún vuelo, dada la natural situación de las paredes medianeras, siempre tocando a los dos predios vecinos, nos encontraríamos automáticamente ante la servidumbre positiva ya estudiada en el apartado A.

C.1. Si los huecos estaban protegidos, su existencia no generaba en modo alguno apariencia de servidumbre, quedando dentro del estatuto normal del dominio, como relación de vecindad, en similares términos a los vistos bajo el régimen de los Fueros y Observancias. En consecuencia, al no denotar su presencia signo aparente de servidumbre, aunque mediara acto obstativo, no podía adquirirse, partiendo de ellos, una servidumbre de luces y vistas por usucapión pues, nuevamente, nos falta el requisito de la apariencia exigido por el Apéndice.

Cabría estudiar la posibilidad de que, no obstante, esta servidumbre no aparente se adquiriera por POSESIÓN INMEMORIAL pero, dada la naturaleza negativa de la servidumbre sólo hay ejercicio o posesión de la misma desde que se produce el acto obstativo, circunstancia que nos conduce a un callejón sin salida pues si recordamos la existencia de dicho acto obstativo mal puede decirse que la posesión es "inmemorial", mientras que si realmente se ha perdido la memoria del tiempo al que se remonta la posesión mal podremos recordar el acto obstativo y, así, ni siquiera podremos hablar de "posesión". Por ello, parece que la posesión inmemorial no puede aplicarse a las servidumbres negativas pues nos lleva a una contradicción, en

sus propios términos, constante e insuperable desde el momento que en ellas no puede concurrir simultáneamente la "posesión" con la cualidad de "inmemorial".

C.2. Por el contrario, si tales huecos abiertos en pared medianera carecían de protección, volvemos a encontrarnos de nuevo ante un signo aparente de servidumbre, pero la usucapión de ésta merece mayor detenimiento. Pudiera pensarse que en ese caso, que no estaba expresamente previsto (pues el artículo 14.3 se refería expresamente a huecos en pared propia), al tratarse, bajo la vigencia del apéndice, de una servidumbre continua y aparente, se adquiriría por el mero paso de diez o veinte años, por prescripción, desde que la servidumbre se empezó a ejercer mediante la tenencia de los huecos sin protección. Sin embargo esta solución no nos parece aceptable pues, de entrada, supondría romper drásticamente con la tradición Aragonesa, que tenía fuertemente arraigado el hecho de que los huecos pudieran abrirse, sin constituir ejercicio de servidumbre, sin protección alguna, conducta que aun perdura en muchos lugares en nuestros días, pese al carácter reglamentista del Apéndice y de la misma Compilación. Además, parece claro que el Apéndice, influenciado por el Código Civil, al que deliberadamente se acercaba, quería disponer un régimen específico para las servidumbres de luces y vistas negativas exigiendo expresamente el acto obstativo para el inicio del cómputo del plazo prescriptivo.

Es cierto que el artículo 14.3 se refería exclusivamente al hueco abierto en pared propia, pero sucede que en la misma situación se encontraban los huecos abiertos en pared medianera, dado que si los huecos no están protegidos, su existencia supone un signo aparente de servidumbre, aunque todavía no se tenga derecho a ella, pero lo evidente es que dicha servidumbre es tan negativa como la abierta, sin protecciones, en pared propia. Efectivamente, ya hemos dicho que no vamos a discutir la solución jurisprudencial por la que, en Derecho Común, se considera negativa la servidumbre con huecos abierto en pared propia y positiva cuando se ubican en pared medianera. La jurisprudencia dice que en pared propia representan una servidumbre negativa

"pues su existencia impediría al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería posible, como es edificar en su terreno tapando los huecos; mas cuando los huecos se han abierto en pared ajena o medianera, o tales huecos revisten la forma de balcones con voladizo, la servidumbre es positiva, ya que para ello se debió contar con la autorización del predio sirviente, o del otro medianero" (STS 1-10-93, entre otras muchas en los últimos cien años);

Pero en Aragón, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil, para abrir huecos en pared medianera no se precisa la autorización del medianero pues, desde siempre, con los Fueros, el Apéndice y la Compilación, se han podido abrir tales huecos en pared medianera sin contar con semejante consentimiento del medianero. Por ello, en Aragón, tan negativa es la servidumbre abierta en pared propia como la abierta en pared común y si el acto obstativo es preciso, bajo la vigencia del Apéndice, para adquirir la servidumbre mediante ventana abierta en pared propia, igualmente exigible debía ser para la abierta en pared medianera sin las protecciones requeridas por el Apéndice, con o sin voladizos sobre el fundo propio pues, como decimos, tan negativa es la una como la otra; por ello, el hecho de que el artículo 14.3 del Apéndice sólo hable de pared propia para exigir el acto obstativo sólo puede atribuirse a un olvido, paralelo al cometido en el artículo 15, que genera una laguna

legislativa que debe resolverse por la vía de la analogía, aplicando también la exigencia del acto obstativo a las ventanas abiertas sin protección en pared medianera. Aparte de que, aun sin recurrir a la analogía, el tiempo para la prescripción, por decirlo así el artículo 14.2, se debía contar, si no era interrumpido, desde el día en que el dueño del predio dominante o el que haya aprovechado la servidumbre empezó a ejercerla y, en nuestro caso, al tratarse de una servidumbre negativa el hueco abierto en pared medianera, tal cosa, el ejercicio de la servidumbre, sólo se puede decir que comienza desde que se produce el acto obstativo.

En realidad, que la falta de protecciones, con o sin voladizo sobre fundo propio a menor distancia de la permitida, es signo aparente de servidumbre parece no se puede negar bajo el régimen del Apéndice; en otro caso, como hemos dicho, resultaría absurdo que dicha norma regulara el acto obstativo en el artículo 14.3 para los huecos sin protección y que, al propio tiempo sólo pudieran usucapirse las servidumbres aparentes, lo cual quiere decir sin duda que los huecos sin protección son, bajo el Apéndice, signo aparente. Y no se nos diga que el artículo 14.3 del Apéndice se refiere sólo a los huecos en pared propia, dejando fuera a los abiertos en pared medianera pues la no mención, en el 14.3, a las paredes medianeras, como antes dijimos, es un olvido paralelo al cometido, ya en el artículo 15, con las paredes propias. Y si anteriormente hemos concluido, respaldados por toda la doctrina, que era absurdo que el artículo 15 permitiera tener huecos en pared medianera con protecciones y que, en cambio, en una interpretación literal, no fuera posible, la tenencia de dichos huecos, con iguales protecciones, en pared enteramente propia, en la que para nada se obra en la mitad perteneciente al vecino; ahora pensamos que es igualmente absurdo que, a los efectos del artículo 14.3, se considere, como procede, signo aparente de servidumbre la tenencia de huecos sin protección en pared propia y que, por el contrario, no se considere signo aparente de servidumbre la tenencia de esos mismos huecos sin proteger cuando están abiertos en pared medianera, pues en ésta se da una situación mucho más sobresaliente y gravosa para el vecino, que es claramente perceptible y distinguible con sólo mirar el hueco, dado que, para abrir sin protecciones un hueco en una pared medianera, hemos tenido que horadar toda la mitad perteneciente al colindante, cosa que no sucede con las paredes enteramente propias de modo que si, en éstas, se estima que es signo aparente la tenencia de huecos sin protecciones, con más razón debe proclamarse tal apariencia cuando dichos huecos sin protección estén situados en una pared medianera.

El tiempo y la acción para someter a reglamento los huecos ilegítimos

Como contrapartida, bajo el Apéndice, al suponer la omisión de las protecciones, con o sin voladizos sobre el fundo propio, una intromisión anormal en la propiedad vecina, disfrutando de una servidumbre o, más propiamente, de la apariencia de una servidumbre, a la que todavía no se tiene derecho, el titular del predio vecino, en principio, parece que podría exigir que se suprimieran o protegieran los voladizos sobre fundo propio pero a menor distancia de la permitida y que se cerraran o se pusieran en las ventanas las protecciones previstas por el Legislador, mientras la servidumbre no se hubiera ganado por prescripción; éste venía a ser el parecer de Leonardo CAMÓN AZNAR²³ en su estudio, sobre las protecciones, desarro-

(23) Camón Aznar, Leonardo. "Del Derecho a exigir la colocación de rejas y redes en las ventanas o huecos de pared medianera". Segunda semana de Derecho Aragonés. Jaca, 1943. Estudio de derecho aragonés, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Pág. 247-249.

llado con motivo de la segunda semana de Derecho Aragonés celebrada en Jaca durante el año 1943. Pero este silogismo lo cierto es que parte de una premisa falsa al considerar que la prescripción extintiva de acciones se corresponde matemáticamente y en todo caso con la usucapión adquisitiva de derechos. En el supuesto estudiado, al no haber prosperado la reforma del Apéndice propuesta por Leonardo CAMÓN AZNAR, en el trabajo antes dicho, para sincronizar ambas situaciones, es ciertamente posible que, pese a existir signo aparente de servidumbre ésta no llegue a ejercerse o poseerse nunca mediante el pertinente e imprescindible acto obstativo, de suerte que puede ocurrir que, igualmente, nunca se adquiriera por usucapión la servidumbre; en cambio, el artículo 1961 del Código Civil dispone que las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la Ley y el artículo 1963 señala que las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años, sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción lo cual entendemos quiere decir que las acciones prescriben a los treinta años, salvo que antes se hubiera usucapido un derecho real incompatible con la acción en cuestión; de este modo, transcurridos treinta años desde que los huecos se abren sin protecciones, o pasan a estar sin ellas, se consolida el derecho a mantener los huecos irregulares, aunque representen signo aparente de servidumbre y ésta ni exista ni, en su caso, haya llegado a ejercerse o poseerse lo cual no se sino una muestra más de las paradojas que se derivan del hecho que en España y en el Aragón del Apéndice existan servidumbres negativas aparentes o, si se prefiere, del hecho de que no sólo las servidumbres positivas sean aparentes.

Naturalmente, esta prescripción extintiva de treinta años sólo opera respecto a las ventanas sin protecciones que, con arreglo a la Ley, deberían estar protegidas; por el contrario, no actúa respecto a aquellas ventanas abiertas bajo las Observancias que mantengan el privilegio, como derecho adquirido bajo una legislación anterior, de disfrutar de las ventanas sin protecciones pues, no existiendo acción para exigir dichas protecciones, mal podríamos hablar de la extinción por prescripción de dicha acción; por supuesto, si dicho privilegio se pierde por cualquier causa, desde ese mismo instante comenzaría a correr normalmente la prescripción extintiva de la acción para exigir la protección de los huecos.

Sancho REBULLIDA²⁴ y Ana Belén LÓPEZ²⁵, en esta misma línea, entienden posible que prescriba la acción para hacer cerrar o proteger los huecos antirreglamentarios pero sin impedir al colindante que los ciegue edificando, es decir sin ganar la servidumbre de luces y vistas. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1994 (RJ 1994/2530), que desestimó el recurso de casación, recoge sin censura alguna el argumento de la sentencia de 23 de Mayo de 1991 de la Audiencia Provincial de Segovia, en la que, según el propio Tribunal Supremo, se dijo que

“.. la tolerancia prolongada de las ventanas existentes en la antigua edificación únicamente produjo el efecto jurídico extintivo de la

(24) Sancho Rebullida, Francisco. “Los derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”. Revista Crítica de Derecho inmobiliario. 1968. Pág. 560.

(25) López López, Ana Belén. “Estudio sobre el Derecho Aragonés de luces y vistas: Regulación histórica y nuevos problemas”. El Justicia de Aragón. Informe especial 1994. pág. 233.

acción para pedir su cierre, pero no el de la adquisición de la servidumbre, pues no se ha acreditado la existencia de ningún acto obstructivo, ni tampoco su adquisición por título”.

Las paradojas de la servidumbre de luces y vistas

Con lo dicho, resulta que en el Aragón del Apéndice y en el derecho Común, se da la paradoja (motivada por la admisibilidad de que servidumbres negativas, como luces y vistas, se consideren aparentes), de que se puede tener el signo aparente de servidumbre sin que ni siquiera se posea la misma, hasta que se produce el acto obstructivo y, con él, se inicia la posesión de la servidumbre disfrutando de su ejercicio que, según los casos, puede terminar dando lugar a la adquisición de la servidumbre por usucapión, si se reúnen los requisitos exigidos por la Legislación, Aragonesa o Común. Pensamos que esta paradoja no es sino la consecuencia ineludible de la faceta positiva que, desde la entrada en vigor del Código Civil y de nuestro Apéndice, tienen las servidumbres negativas de luces y vistas, haciendo posible que las mismas, en el Código y en el Apéndice, se estimen aparentes. Con anterioridad a ambos cuerpos legales, tanto en Aragón como en el Derecho Común, existía una gran libertad para la apertura de huecos pero esta situación se termina con el Código y el Apéndice desde el momento que se prohíbe su apertura a determinadas distancias, permitiendo tan sólo los denominados huecos de tolerancia o de ordenanza que, en ambos derechos, están sometidos a determinadas condiciones o restricciones, aunque, ciertamente, el derecho Aragonés sea mucho más permisivo al autorizarlos sin limitar su tamaño pero, eso sí, exigiendo, casi como en el Código Civil, la colocación de reja y red u otra protección semejante y la ausencia de balcones o voladizos. Esta situación reglamentista hace que no se puedan abrir huecos contra reglamento si no se cuenta con la autorización del vecino; es decir, en este aspecto, la servidumbre es tan positiva como cuando se colocan voladizos invadiendo la finca vecina pues en ambos casos se debió contar con la autorización del titular del predio sirviente. Ya hemos visto como el profesor LACRUZ²⁶ defendía el carácter positivo de esta servidumbre precisamente por el hecho de que se hacía tolerar los huecos ilegítimos al titular del predio sirviente²⁷, pero el Tribunal Supremo, por el contrario, ha consolidado la tesis opuesta haciendo prevalecer la faceta negativa de la servidumbre, que también la tiene, prohibiendo al sirviente alzar una edificación que, de no existir la servidumbre, podría construirse legalmente. Ambas facetas, positiva y negativa, concurren de hecho también en esta misma servidumbre cuando se vuela sobre la finca vecina, sin embargo, es pacífico en este último caso que la servidumbre, entonces, cuando se invade el vuelo del predio ajeno, es positiva, carácter que la jurisprudencia le niega en todos los demás supuestos, acaso sea, como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Octubre de 1993 (RJ 1993/7452), por “razones de justicia estricta”, llamada a la Justicia que, quizás, se pueda explicar por el hecho de que, al introducir el Código y el Apéndice limitaciones para la apertura de ventanas, si la servidumbre se hubiera considerado positiva, la mera existencia de los huecos

(26) Lacruz Berdejo, José Luis. “Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Noviembre de 1954, segunda época. Tomo XXIX, págs 325 y 326.

(27) Nótese que muchos párrafos del trabajo referenciado en la cita anterior figuran también, casi literalmente, en el informe sobre “Derechos sobre las cosas” elaborado por el Seminario de la comisión compiladora, cuando se estudia el carácter positivo o negativo de la servidumbre de luces y vistas.

desconociendo las limitaciones impuestas legalmente, determinaría el ejercicio de la servidumbre y, con el tiempo, su usucapión, sin necesidad de acto obstativo alguno, situación que habría encajado muy mal en una sociedad acostumbrada a consentir la apertura de huecos sin temor a que de su mera presencia les pudiera venir perjuicio alguno limitando la facultad de edificar en el propio predio.

En todo caso, cualquiera que sea la explicación que merezca la posición jurisprudencial, lo cierto es que está firmemente consolidada por lo que no creemos razonable discutirla lo cual, unido a la posibilidad, antes estudiada, de que en nuestro derecho del Apéndice existan servidumbres negativas aparentes, hace que, como decimos, sea posible la existencia de un signo aparente de servidumbre sin que tal servidumbre se haya comenzado a ejercer o a poseer. Por ello, nada tenemos que temer por el hecho de que en este trabajo, por las razones que antes vimos, se considere que, bajo el Apéndice, la falta de protecciones determina la existencia de un signo aparente de servidumbre, en lugar de un mero ejercicio irregular o abusivo de la relación de vecindad, pues sólo desde el acto obstativo podrá considerarse ejercida o poseída la servidumbre, salvo que los huecos tengan voladizos que invadan el espacio de la finca vecina, en cuyo caso ya estaríamos ante una servidumbre positiva que se entiende ejercida desde el momento en el que se abren los huecos con vuelo.

Por la misma razón, al no coincidir el disfrute de la apariencia con el disfrute mismo de la servidumbre, entendido como su ejercicio o su posesión, resulta que, teóricamente, es posible ejercer, mediante el pertinente acto obstativo, una servidumbre negativa de luces y vistas sin signo alguno de apariencia, circunstancia que, bajo el Apéndice y la Compilación, no obstante, haría inviable la usucapión, por faltar precisamente el requisito de la apariencia. Pese a ello, nada impediría que una vez ganada por usucapión la servidumbre, continuáramos ejerciéndola sin signo alguno aparente que denotara su presencia aunque lógicamente, en este caso, para que la servidumbre perjudicara a terceros, sería preciso inscribirla en el Registro de la Propiedad. De este modo, si hemos adquirido una servidumbre negativa de luces y vistas, no la perderemos por el mero hecho de que, por razones de seguridad y buscando nuestra propia comodidad, coloquemos reja y red; aunque, en cualquier caso, lo más prudente sería colocar ambos elementos de modo que no se pierda la apariencia conducta que, si no nos conviene, como es de esperar, una red con orificios de grandes dimensiones, no es nada fácil de llevar a la práctica pero que pudiera comenzar dotando a ambos elementos de bisagras, para su apertura desde dentro o, cuando menos, a la red, al tiempo que evitamos "remeter" la reja en la pared, si la distancia hasta el predio vecino nos los permite sin invadir el vuelo de la finca contigua. Y no se piense que es muy extraordinario tener ventanas protegidas con reja y red por razones de seguridad pues, sin ir más lejos, si observamos la fachada principal del templo del Pilar veremos que la mayor parte de las ventanas que dan a la Plaza del mismo nombre, que suponemos vía pública, se encuentran defendidas con reja y red, aunque esta última creemos que no tiene más finalidad que la de impedir o dificultar el acceso de las aves que tradicionalmente pueblan la Plaza.

Por todo ello, resulta que, al menos en las servidumbres negativas, los signos exteriores nunca pueden, por sí mismos, determinar el ejercicio o posesión y la existencia de la servidumbre, siquiera sea de hecho y para consolidar una usucapión. Y esto es así pues siempre hará falta el acto obstativo para que se inicie el ejercicio de la servidumbre por lo que, como quiera que aquel no deja huellas visibles, los signos exteriores, más que revelar el uso y aprovechamiento de la servidumbre en los térmi-

nos previstos por el artículo 532 del Código Civil, al menos en las servidumbres negativas, lo único que pueden hacer es revelar el posible, potencial o probable aprovechamiento de la servidumbre, haciéndolo normalmente concebible pero, exclusivamente, a título de mera sospecha y con un carácter dubitativo que sólo puede ser despejado después de culminar la correspondiente investigación sobre la concurrencia, en su día, de un acto obstativo de modo que, si se concluye que éste no ha existido nunca, resultará realidad, una vez más, el dicho de que "las apariencias engañan".

A estas alturas, ya nos habremos preguntado todos si, dado que por signos exteriores no es posible afirmar firmemente la existencia de la servidumbre, no sería mejor defender que la misma es "no aparente". En este sentido parece que apunta el artículo 145 de la Compilación pero no creemos que éste sea el mejor camino pues negar totalmente la apariencia presentaría también graves inconvenientes, como hacer inaplicable el artículo 541 del Código Civil para constituir la servidumbre por destinación del padre de familia y hacer inoponibles a terceros las servidumbres no inscritas. Además, negar la apariencia para solventar las contradicciones que estamos viendo sería poco consecuente con el origen mismo de las paradojas analizadas. Ya hemos señalado que la servidumbre negativa de luces y vistas tiene una componente positiva mediante el incumplimiento de las limitaciones legales en materia de apertura de huecos; por razones "de estricta justicia", la jurisprudencia ignora dicha faceta positiva y hace prevalecer el componente negativo (que también lo tiene la servidumbre positiva, con vuelo sobre el predio sirviente) de prohibir edificar. Aquí precisamente, en este paso, es cuando divorciamos la apariencia y ejercicio de la servidumbre, debiendo ser aceptadas las consecuencias que de ello se derivan, sin que parezca muy inspirado que para neutralizarlas, demos un paso adelante más, como lo sería el negar la apariencia cuando lo cierto es que los huecos ilegítimos "saltan a la vista" y sólo podrían tenerse legalmente si se disfrutara de una servidumbre de luces y vistas la cual siempre se ha estimado, pacíficamente, una servidumbre continua y aparente, atributos que se perderían, al menos para las negativas, si no se reconoce la condición de signos aparentes a los huecos practicados desconociendo las prohibiciones y limitaciones legales pues, como decimos, el acto obstativo no deja huellas visibles, ni signo exterior alguno que delate su formulación.

Por todo ello, preferimos mantener que los huecos abiertos infringiendo las limitaciones legales son signos aparentes de servidumbre, aunque debamos tener presente que semejante apariencia puede conducirnos a una conclusión equivocada sobre la existencia del gravamen pues, como hemos dicho, en las servidumbres negativas, tales signos aparentes sólo pueden revelar el posible, potencial o probable aprovechamiento de la servidumbre el cual, realmente, en las negativas, sólo comienza con el acto obstativo. Es decir, "las apariencias engañan", de acuerdo, pero no por eso pierde la servidumbre su "apariciencia" término con el que, según el diccionario de la Real Academia, se alude al "aspecto o parecer exterior de una cosa"; o a "verosimilitud o probabilidad"; o a "cosa que parece y no es".

Téngase en cuenta que, teóricamente, sólo las servidumbres positivas se consideraban aparentes, mientras que las negativas eran siempre no aparentes; pero nuestro Código Civil y el mismo Apéndice, permiten, como antes vimos, servidumbres negativas aparentes, como la de luces y vistas sin vuelo sobre finca ajena la cual, mediante los huecos ilegítimos, tiene un componente o faceta positiva que se anuncia y está a la vista por signos exteriores, componente que, como defendía LA-

CRUZ²⁸, permitiría darle la condición jurídica de positiva y aparente. Por "razones de estricta justicia" se le niega la condición de positiva y se hace depender su nacimiento de un acto obstativo, pero los signos exteriores, queramos o no, persisten, aunque ya no revelen el uso de una servidumbre sino el probable ejercicio del gravamen, cuestión que no es incompatible con el concepto de apariencia, no sólo en el Diccionario de la Real Academia sino, también, en nuestro Código Civil, desde el momento que éste admite que las servidumbres negativas puedan ser al propio tiempo aparentes, pese a que su existencia queda supeditada a un acto obstativo normalmente "invisible". Por todo ello, podríamos discutir cualquier intento de estimar esta servidumbre como positiva, pero no nos parece muy acertado el negarle una apariencia que, de hecho, la tiene.

Por otro lado, otra paradoja propia de la servidumbre negativa es que su posesión inmemorial se acaba traduciendo en la negación misma de la posesión, por las razones que ya vimos anteriormente al estudiar la usucapión de esta servidumbre bajo la regulación del Apéndice.

Pérdida de la apariencia tras la compilación

Ahora bien, aunque la carencia de protecciones dentro de las distancias del artículo 582 del Código Civil, representa bajo el Apéndice un signo aparente de servidumbre, lo cierto es que luego la Compilación, en su artículo 145, les negará ese carácter lo cual nos plantea, nuevamente, un problema de derecho transitorio.

Aunque más tarde nos ocuparemos del verdadero alcance que el citado artículo tiene cuando niega la apariencia, nos basta por ahora con indicar que, si hubiera mediado algún acto obstativo antes de que entrara en vigor la Compilación, debería aplicarse el artículo 1939 del Código Civil y los huecos conservarían jurídicamente la apariencia, al menos a los efectos de consumir la prescripción adquisitiva iniciada bajo el Apéndice, para la que es imprescindible que los huecos puedan calificarse de aparentes.

Por el contrario, si a la entrada en vigor de la Compilación no hubiera mediado acto obstativo alguno, debería aplicarse con todo su rigor la Compilación y, desde su vigencia, los huecos ilegítimos, es decir, sin protecciones, con o sin vuelo sobre la propia finca, dejarían de representar, jurídicamente, la condición de signos aparentes de servidumbre lo cual, como enseguida estudiaremos, hará que sea extraordinariamente difícil la usucapión de la servidumbre de luces y vistas.

Por último, podemos preguntarnos si esta pérdida de la apariencia no es un paso similar, salvando las distancias, a lo acontecido al entrar en vigor el Apéndice al exigir ex novo las protecciones, es decir, ¿sería razonable defender que el dueño de las ventanas tiene el derecho adquirido a que las mismas sigan representado jurídicamente la apariencia de servidumbre?. Pensamos que no pues la entrada en vigor de la Compilación no exige ni requiere la realización de modificación alguna en las ventanas preexistentes ni anula o desconoce ningún derecho que hubiera podido

(28) Lacruz Berdejo, José Luis. "Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Noviembre de 1954, segunda época. Tomo XXIX, págs 325 y 326.

consolidarse en torno a ellas sino que, con el alcance que luego estudiaremos, se limita a considerar que, en derecho, la falta de protecciones, como los voladizos sobre fondo propio, desde la entrada en vigor de la Compilación y sin retroactividad alguna, no son signo aparente de servidumbre de luces y vistas. Los ciudadanos habrán consolidado el derecho a mantener los huecos y ventanas de una determinada manera, como derecho adquirido, pero tal cosa no impide que la nueva Ley disponga que aquellos signos que venían teniendo un determinado efecto jurídico lo pierdan, o tengan otro distinto en el futuro, desde su entrada en vigor; al igual que nada impide tampoco que aquello que antes era susceptible de ser adquirido por usucapión deje de serlo, en lo sucesivo, con arreglo a una nueva legislación sin que, por ello, esta última pueda tildarse de retroactiva.

E. LA REGULACIÓN ACTUAL EN LA COMPILACIÓN

1. Las relaciones de vecindad

El artículo 144, bajo la rúbrica "De las relaciones de vecindad", fulmina la discusión sobre el carácter propio o común de las paredes donde se pueden abrir los huecos indicando, con toda contundencia que

"Uno. 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.

Dos. Dentro de las distancias marcadas por el artículo quinientos ochenta y dos 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.

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

1.a. Huecos para luces y vistas o solo para luces

La vigente Compilación habla exclusivamente de huecos para luces y vistas mientras que el Apéndice se refería a huecos con destino "a luces o vistas". La dicción del Apéndice no era perfecta pues, aunque puede haber huecos sólo para luces, no es posible pensar en la existencia de huecos que permitan las vistas y que, al propio tiempo, no dejen pasar la luz; es decir, todos los huecos para vistas lo son también para luces, pero no todos los abiertos para luces permiten el disfrute de vistas. Por su parte, la Compilación ha superado dicha situación al referirse correctamente a huecos para luces y vistas pero, por el contrario, no menciona expresamente los huecos exclusivamente para luces, sin permitir vistas. Pensamos que de ésta omisión no cabe inferir que las relaciones de vecindad no autorizan a la práctica de huecos sólo para luces pues si la Compilación permite expresamente lo más, como son los huecos para luces y vistas, está autorizando también, implícitamente, lo menos, los huecos sólo para luces.

1.b. *Principales efectos jurídicos reflejos, a resultas de las facultades conferidas para actuar sobre paredes medianeras*

Al permitirse la práctica de huecos en pared medianera resulta que, como ya lo manifestamos anteriormente, la servidumbre de luces y vistas que pudiera ejercerse desde una pared medianera es tan negativa como lo pueda ser la disfrutada desde huecos en pared exclusivamente propia. No obstante, como quiera que las servidumbres, en todas sus manifestaciones, no tienen nada que ver con las relaciones de vecindad, concebidas como el estatuto normal del dominio, más adelante nos ocuparemos del juego que pueden dar las servidumbres bajo el derecho de la Compilación.

En segundo lugar, como se dijo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 29 de Septiembre de 1993, en Aragón no rige la presunción del artículo 573.1 del Código Civil, por la que se considera signo contrario a la medianería que en la pared divisoria de los edificios haya ventanas o huecos abiertos, pues la misma sólo tiene sentido en el Código Civil en el que, a diferencia de lo que acontece en Aragón, los medianeros no pueden practicar hueco alguno en el medianil. Por el contrario, en Aragón, la medianería es perfectamente compatible con la presencia indiscriminada de huecos y ventanas.

1.c. *Dimensiones que pueden tener los huecos*

En pared propia

Los huecos abiertos para luces o, para luces y vistas, pueden practicarse, como dice el artículo 144.1, sin sujeción a dimensiones determinadas lo cual permitirá, en pared propia, realizar huecos de cualquier tamaño, aunque tal cosa se traduzca en la práctica destrucción de la pared de nuestra exclusiva propiedad la cual, como cosa propia que es, siempre podremos derribarla total o parcialmente, facultad que la da por supuesta este precepto que, en este punto, lo único que hace es darnos la posibilidad de mirar al vecino desde cualquier distancia, sin más limitaciones que las prevenidas en el artículo 144.2 pero esta concesión, naturalmente, no nos priva del derecho a derribar y derruir las construcciones de nuestra propiedad, si así nos conviene, de manera que ambas facultades no se neutralizan entre sí, si no que se suman.

En pared medianera

Pero, por el contrario, cuando se trate de paredes medianeras, los huecos, aunque puedan ser todo lo grandes que se desee, habrán de conservar necesariamente la racional condición de "agujeros en una pared" de modo que, por esta vía del artículo 144.1, no podrá lograrse la práctica destrucción de la pared medianera pues la Compilación autoriza en ellas la realización de huecos pero no, en cambio, su total demolición; por otro lado, nos parece bien evidente que, al amparo del artículo 576 del Código Civil, podremos renunciar desde luego a la medianería pero ésta, en sí misma considerada, no nos faculta nunca a derruir ni dañar la mitad del vecino, por lo que semejante invasión obrando en la mitad del colindante sólo podremos efectuarla haciendo huecos y no derrumbando paredes, total o prácticamente, pues sólo los huecos, de cualquier dimensión, respetan la literalidad y el espíritu, del artículo 144.1.

1.d. *Legitimación para abrir y cerrar los huecos. Especial referencia a la propiedad horizontal*

Todas las facultades, para abrir y cerrar los huecos, comprendidas en la regulación que estamos estudiando, relativa a las relaciones de vecindad, vienen conferidas, exclusivamente, en función de la relación interpredial, sin interferir para nada en los poderes que pudieran correspondernos sobre las fincas aisladamente consideradas. Es decir, el artículo 144 presupone el poder de disposición sobre la propia finca, al cual nada añade de modo que, por más que el artículo 144 autorice toda clase de huecos en pared medianera o, en su caso, a cubrirlos, ninguno podremos abrir o cerrar si el título que tenemos sobre nuestra finca no nos autoriza a obrar en ella.

En el caso de fincas sometidas al régimen de la propiedad horizontal hay que distinguir las relaciones de ésta hacia el exterior, con otras fincas, y los conflictos que pudieran surgir dentro de la propia comunidad. Si contemplamos las relaciones hacia el exterior, será desde luego posible que una comunidad de propietarios linde con predio de otra comunidad, o de un propietario individual, mediante pared medianera; pero los individuos que componen la propiedad horizontal no podrán efectuar por sí mismos hueco alguno sobre ella, que es elemento común, o sobre cualquier muro común que linde con la otra finca, si no están autorizados por los estatutos o cuentan con la aprobación de la Junta de propietarios. Del mismo modo, ningún copropietario podrá realizar construcción alguna, afectando a elementos comunes, para tapar los huecos que pudieran abrir los vecinos con los que linde, en su caso, la finca en régimen de propiedad horizontal, salvo que esté autorizado por los estatutos o por la Junta de propietarios; ahora bien, supuesta una obra efectuada por iniciativa individual sobre elementos comunes, tapando o abriendo huecos, serán los copropietarios de la comunidad afectada, y no el dueño de la finca vecina, quienes habrán de evaluar si consienten o no la modificación realizada en los elementos comunes de modo que el dueño de la finca contigua, si los otros copropietarios de la propiedad horizontal no consideran lesiva la obra sobre el elemento común hecha por uno de ellos, el colindante sólo podrá oponer, en su caso, el incumplimiento de las relaciones de vecindad reguladas en el artículo 144, sin poder ampararse en las irregularidades cometidas en el régimen interno de la comunidad para la que será un extraño.

Si estudiamos ya las relaciones internas dentro de la misma Propiedad Horizontal, podríamos caer en la tentación de someter al régimen del artículo 144 de la Compilación las paredes y muros que dividieran los distintos pisos, locales y espacios privativos en general pero no creemos que esto sea admisible pues tales muros no son paredes medianeras que pertenezcan por mitad a los titulares de los elementos privativos colindantes sino que, en realidad, son elementos comunes sometidos al peculiar régimen de la Ley de Propiedad Horizontal; es decir, pertenecen a todos los comuneros y no sólo a los dos titulares de los elementos privativos colindantes entre sí. Además, aunque se diera a tales muros comunes la condición de la medianería lo cierto es que pocos huecos se podrían abrir normalmente al amparo del artículo 144 pues, como luego veremos, la Compilación, dentro de las distancias del Código no autoriza la práctica de huecos a sitio ya construido o edificado y lo normal es que todos los elementos privativos de una Propiedad Horizontal queden dentro del concepto de edificio o construcción que más adelante precisaremos.

1.e. El artículo 144 y el derecho a la intimidad

La eventual colisión entre la permisiva regulación Aragonesa, sobre la apertura de huecos a los predios vecinos, y el derecho constitucional a la intimidad fue objeto de análisis ya en el año 1979, por la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 1 de Junio de 1979 en la que, a la vista de la reseña de ella efectuada por Felipe ARA-GÜÉS y Micaela PUEYO²⁹, se vino a considerar, recién estrenada nuestra Constitución, que el derecho a la intimidad contenido en su artículo 18 era una definición dogmática como derecho constituyente que, por aquel entonces, no estaba delimitado en su concreto alcance y contenido.

Más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 de Junio de 1992, al resolver un conflicto de intereses surgido en esta materia, razonó que

“... la cuestión, creemos que no puede resolverse estando sin más al derecho a la intimidad personal y familiar del actor, consagrado en el artículo 18 de la Constitución, pues las relaciones de vecindad y servidumbres existentes en esta materia, tal y como vienen reguladas en el Código Civil y en la Compilación, no suponen agresión o restricción alguna a dicho derecho, desde el momento que únicamente inciden sobre la configuración física de las fincas, cuyos propietarios, si desean que un determinado acto permanezca reservado, sin salir del ámbito de su intimidad, deben proceder a realizarlo en aquella parte de su finca que no sea visible desde la del vecino o en otro lugar que estimen suficientemente discreto, sin perjuicio de que puedan exigir al colindante el cumplimiento de las distancias y limitaciones legalmente establecidas para la apertura de huecos con o sin voladizos, si las disposiciones legales existentes en la materia hubieran sido incumplidas”.

Argumento que nos parece correcto si además recordamos, como lo hace la citada sentencia en su siguiente párrafo, que la facultad de abrir huecos no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna. De este modo, ante unos huecos abiertos hacia nuestra finca no sólo podemos guardar discreción y exigir al vecino el cumplimiento de las protecciones y limitaciones legales sino que, además, podemos edificar o construir en nuestra propia finca a cualquier distancia; es decir, podemos tapar los huecos si edificamos o construimos en nuestro propio predio, actividad que, como se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 7 de Marzo de 1994 no podrá considerarse como constitutiva de abuso de derecho si junto a una finalidad ornamental se busca, principalmente, proteger el libre desarrollo de la vida privada en una terraza descubierta que, en otro caso, estaría dominada por las vistas proyectadas desde los huecos cerrados por la construcción litigiosa que, como se dice en esta última sentencia, sólo podría quedar incardinada dentro del abuso de derecho si con ella no se buscaba el beneficio propio sino, exclusivamente, el perjuicio del vecino.

(29) Aragüés Pérez, Felipe y Pueyo Goñi, Micaela. “Relaciones de vecindad y servidumbre de luces y vistas en Derecho aragonés”. Colegio de Abogados de Zaragoza. Nº 79. Octubre 1980, Págs. 42 y 43.

Ahora bien, llegados a este punto, surge la inaplazable necesidad de profundizar en la regulación del artículo 144 para explicar el juego que permiten las facultades conferidas en dicho precepto para abrir y cerrar los huecos las cuales, naturalmente, son aparentemente contradictorias entre sí desde el momento que, de algún modo, la Ley autoriza a un vecino a cerrar aquellos mismos huecos que la propia Ley ha permitido abrir a su colindante. Pero la contradicción sólo es aparente pues, en realidad, creemos que es posible entender la regulación coordinando entre sí las repetidas facultades de abrir y cerrar los huecos. Y tal es la coordinación que se puede lograr que veremos como, en casos como el estudiado en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 7 de Marzo de 1994, no sólo no es ilegítimo cerrar los huecos con pared propia sino que, además, es ilegítimo el mantenerlos abiertos en pared medianera.

1.f. Desarrollo del artículo 144 de la compilación

Ya hemos visto anteriormente la dicción con la que se expresa el artículo 144. Podemos decir que en él se contempla, como facultad dimanante del dominio, el imprescriptible derecho a practicar huecos para luces y vistas, pero corregida o matizada por el también imprescriptible derecho del predio vecino, del que se toman las luces o hacia el que se proyectan las vistas, a construir o edificar en su propia finca tapando cuantos huecos se pudieran haber abierto. Y este derecho a construir o edificar pese a los huecos que pudiera haber abierto el vecino, comprende no sólo la realización de obras nuevas sino, también, el derecho a reformar y, en su caso, terminar o rematar construcciones y edificios que se hubieran empezado en cualquier tiempo y que hubieran quedado sin terminar o rematar por cualquier causa, originaria, o sobrevenida por el uso de la construcción, como el deterioro o destrucción de parte de la obra después de haberla concluido. Además, este imprescriptible derecho a construir es sólo un derecho y no una obligación, por lo que comprende también la facultad de construir sólo en parte, dejando en la pared propia cuantas huecos se deseen.

Como decía Luis FRANCO Y LÓPEZ³⁰ en su memoria, la regulación tradicional Aragonesa permitiendo a cualquier distancia la apertura de huecos sin sujeción a determinadas dimensiones está inspirada en una fraternidad equitativa y bien entendida llevada al más alto grado que entronca, como se dice también en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1983³¹, con el *ius usus innocui*, figura esta última que, con una redacción cautivadora, se describía en la Observancia primera "De aqua pluviali arcenda", en la que se decía

"En esta materia observa lo que dice la letra. Y está allí el mejor argumento de que cada uno puede obrar a su voluntad en la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquel de quien es la posesión".

(30) 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. Impreso por orden de la Excma. Diputación Provincial de Zaragoza. 1886. Pág. 114 y 115.

(31) Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Número 3, Septiembre-Diciembre 1983. Ref. 95. Págs. 1041 y siguientes.

Así, nuestra legislación autoriza la práctica de huecos a cualquier distancia, tanto en pared propia como en pared medianera, partiendo de que con ello ningún perjuicio se causa al vecino, quien conserva el imprescriptible derecho a construir o edificar. De este modo, la apertura de los huecos no debe suponer la adquisición de una posición de ventaja que restrinja de ningún modo el derecho del vecino a realizar en su propia finca cuantas obras le convengan buscando su propia utilidad, aunque con ello perjudique al vecino cerrando los huecos que el mismo pudiera haber abierto, siempre que tengamos presente que, por supuesto, nunca será legítima la realización de construcciones de cualquier clase que, por su intención, persigan exclusivamente molestar al colindante sin otro beneficio para quien las hace quien, de este modo, estaría incurriendo en un abuso de derecho a corregir por la vía del artículo 7.2 del Código Civil el cual representa ya otra figura jurídica que, según creemos, no debe mezclarse con los derechos que derivan del Artículo 144 los cuales deben poder ser explicados y desarrollados por sí mismos aunque, naturalmente, su ejercicio abusivo, como el de cualquier otro derecho, pueda ser corregido por las reglas que regulan la eficacia general de las normas jurídicas, como la doctrina del abuso del derecho o del fraude de Ley, incluidas en el artículo 7 del Código Civil.

Es más, este modo de regular las relaciones de vecindad, esta institución Aragonesa, repetimos, tiene su origen en el *ius usus innocui*, por lo que, si no queremos distorsionarla dotándola de un cierto aspecto de carga o gravamen, más propio de las servidumbres que de las relaciones de vecindad, parece que no sólo debe quedar intacta la facultad de construir o edificar en el predio vecino hacia el que se abren los huecos sino que, además, es preciso que la mera existencia de tales huecos para luces y vistas, o sólo para luces, no supongan por sí mismos un perjuicio objetivo apreciable para el vecino, pues la Ley le obliga a tolerarlos, precisamente, porque considera que de ellos no dimana ningún daño objetivo. Esta es una cuestión que ya preocupaba a Luis FRANCO y LÓPEZ³² quien, en su memoria, consideraba que por la facultad de abrir los huecos

“...ningún perjuicio podría seguirse de ello al dueño del terreno contiguo, mientras en uso de su derecho no edificase en él.”

Pero a continuación, indicaba agudamente el expresado autor que

“Pero si bien esto es innegable cuando no lo ocupa con cosa alguna, no sucede lo mismo cuando lo destina á jardín ó huerto, ó á tener almacenados objetos de cualquier especie. En este caso parece justo que pueda oponerse á que se registre por las ventanas del vecino lo que en él tiene por conveniente ejecutar, ó los usos á que lo dedica.”

Por eso el repetido autor proponía la correspondiente modificación en el sentido indicado. Esta idea, como dice Jesús DELGADO ECHEVERRÍA³³ al comentar en los Cuadernos Cívitas la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1989, “fue recibida en el Proyecto de 1899, pero nunca fue Ley”. Pero como reconoce este mismo autor, lo cierto es que “armoniza con la idea básica” del *ius usus innocui*,

(32) *Ibidem*.

(33) Delgado Echeverría, Jesús. “STS 3 de febrero de 1989”. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Número 19 ; Enero-Marzo 1989 ; Ref. 500. Pág. 165.

“pues no es lo mismo tener ventanas por encima de tejados ajenos que poder asomarse a la intimidad del jardín del vecino”.

Pues bien, respetando el tenor literal y espiritual de nuestra Compilación, aunque sabemos que no tenemos capacidad para culminar con éxito esta empresa, vamos a tratar de hacer una lectura del artículo 144 plenamente compatible con esa idea básica del *ius usus innocui*, dentro de los usos y pautas de comportamiento normalmente vigentes en la sociedad actual, que es la que debe regirse por dicha norma.

1.f.(1) Características del lugar hacia el que pueden abrirse los huecos, en función de la eventual existencia de construcciones o edificaciones

En la Compilación ya no se indica expresamente, como ocurría en el Apéndice, que los huecos sólo pueden abrirse si el colindante no tiene en su lado edificaciones, obligando, en otro caso, a que los huecos se practicaran por encima de la común elevación. Sin embargo, pensamos que esa misma limitación subsiste en la Compilación, siquiera sea implícitamente pues, de un lado, aunque no sea imposible, difícilmente pueden tomarse luces si la propiedad vecina se encuentra edificada, salvo que, como autorizaba el Apéndice, abramos el hueco por encima de su cubierta; y, por otro lado y principalmente, porque el derecho a tener abiertos los huecos, según resulta del 144.3, cesa cuando el propietario del fondo vecino construye o edifica en su propiedad, de modo que, si el mismo ya ha edificado o construido, ya no podremos abrir los huecos por debajo de la línea de su tejado o directamente hacia el interior de su edificio o construcción, que no es imprescindible que esté cubierta; huecos que, en otro caso, de no aceptarse la presente tesis, se podrían practicar pero, además de poder vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio de las personas (siempre que en el edificio tuviera alguien su morada), nos llevarían al absurdo de que el vecino tendría que soportarlos, los dichos huecos, indefinidamente salvo que, contra toda lógica, edificare dentro de su edificio al que, nuevamente, si nuestra tesis no fuera correcta, podría volver a alumbrar nuevos huecos el colindante, repitiéndose ilimitadamente el ilógico ciclo que acabamos de describir, hasta que el vecino hubiera empleado una pared no medianera y enteramente propia sobre la que, naturalmente, ningún hueco podría abrir su colindante.

No obstante, como luego veremos, la imposibilidad de abrir huecos en pared contigua a un edificio debe ser matizada cuando se trata de horadar paredes exclusivamente propias en las que, si nos es de alguna utilidad, siempre podremos practicar cuantos huecos nos convengan, con las pertinentes protecciones, pues cuantos huecos hagamos en pared exclusivamente propia mirarán siempre “desde el exterior” al edificio o construcción del vecino, por cerca que ésta esté y aunque desde el exterior podamos ver su interior, según sea ya la configuración y el diseño que el vecino hubiera dado a su propio edificio. De este modo, como a continuación iremos viendo, lo que la relación de vecindad no permite es practicar huecos en pared medianera que miren, directa e inmediatamente, “dentro”, al interior de un edificio o de una construcción cerrada o protegida por el vecino con dicha pared medianera, o que tomen luces directamente desde el interior de dicha construcción o edificio a través de dicha pared; en cambio, nos parece que nada impide tener, en pared medianera, huecos y ventanas que den al “exterior” de cualquier edificio o construcción de nuestro colindante o por encima de ellos, si nos es de alguna utilidad para tomar

lucos o, también, para proyectar vistas, siempre que éstas no se proyecten, directamente, dentro del edificio o construcción de nuestro colindante.

Siguiendo esta línea de razonamiento, acabaremos defendiendo que en Aragón nunca se pueden practicar huecos en pared exclusivamente ajena. Siempre se pueden practicar tales huecos en pared exclusivamente propia, a cualquier distancia del predio vecino. Y, por último, que se pueden realizar también dichos huecos en pared medianera, pero única y exclusivamente cuando la misma no cierre o no proteja un edificio o construcción, sito a menos de dos metros de distancia del lindero, formando una unidad constructiva la citada pared con el edificio o construcción en cuestión; pues debemos tener en cuenta, por lo dispuesto en el artículo 144.3, como antes quedó dicho, que el derecho a disfrutar de los huecos cesa cuando el vecino ha hecho uso de la facultad de edificar o construir término, este último que, por otro lado, es bastante más amplio que el primero pues, según la Real Academia, si edificar es "fabricar, hacer un edificio o mandarlo construir", y edificio no es sino una "obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc.", resulta que construir, en cambio, dejando a un lado las acepciones gramaticales, significa tanto como "fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa; como palacio, iglesia, casa, puente, navío, máquina, etc". Es decir, prácticamente cualquier cosa material se puede construir.

1.f.(1).(a) Huecos a lugar sin edificar o construir

Como ya está visto, a esta clase de lugares, tanto en pared medianera como en pared propia, a cualquier distancia, se pueden practicar huecos de cualquier dimensión. Ahora bien, aun sin discutir ahora qué debe entenderse por construcción o edificación, podemos preguntarnos cuando debemos considerar que un determinado lugar está sin edificar o construir pues puede ocurrir perfectamente que en una finca exista un edificio levantado a gran distancia de un concreto lindero con otra finca de modo que, aunque debamos decir que esa propiedad está edificada lo cierto es que no lo está en la zona de influencia del lindero en cuestión que es, precisamente, lo que nos importa a la hora de estudiar las relaciones de vecindad, para las que, como decimos, no importa si una determinada finca está o no edificada sino que lo relevante es si lo está, precisa y concretamente, en la zona de influencia de una determinada colindancia y en un concreto punto de la misma, precisamente donde se pretenda abrir un hueco para luces o para luces y vistas; por eso en este trabajo vamos a procurar hablar de huecos abiertos a sitio o lugar edificado o sin edificar, eludiendo la expresión de finca o predio edificado pues, como decimos, en esta clase de fincas también tienen cabida los lugares sin construir.

1.f.(1).(a).i) Zona de influencia del lindero

Dicho esto, sólo nos queda ya, a estos efectos, determinar cual es la zona de influencia de un lindero o colindancia de dos fincas a los efectos de luces y vistas. La cuestión se presta desde luego a infinitas soluciones, tantas como distancias posibles, pero pensamos que una buena opción es la de acoger la distancia de dos metros y la de sesenta centímetros previstas en el artículo 582 del Código Civil, respectivamente, para las vistas rectas y oblicuas pues al fin y al cabo estas distancias, medidas como manda el artículo 583, son las que marcan y definen, en nuestro derecho positivo, la

extensión que alcanza la que hemos venido a llamar la zona de influencia de los linderos para el régimen de luces y vistas. No obstante, pensamos que la distancia para las vistas oblicuas no puede entrar en juego actualmente en la práctica dentro de la apertura de huecos como facultad hija del dominio, como mera relación de vecindad sin servidumbre, pues la necesidad de que los huecos estén protegidos imposibilita el disfrute de vistas oblicuas que, como luego estudiaremos, son las que se obtienen cuando se asoma la cabeza más allá de la línea de fachada, perspectiva que, evidentemente, no se puede lograr desde un hueco protegido.

Por ello, aunque nuestro vecino tenga alguna construcción o edificio más allá de esa zona de influencia, a dos o más metros de la vertical del punto del lindero donde queramos practicar un hueco, a los efectos de esta relación de vecindad, es como si ese edificio o construcción no existiera y, así, podremos hacer nosotros, incluso en pared medianera, cuantos huecos precisemos, aunque desde ellos veamos y domineemos, tanto como la distancia lo permita, el interior de aquel edificio o construcción que, lógicamente, puede ser configurado por el vecino del modo que más le guste, de suerte que sólo a él le es imputable el haberlo construido fuera de la repetida zona de influencia y de manera que su interior sea, pese a ello, visible desde otras fincas desde las que, así, las luces, o las luces y vistas, no se obtienen, directa e inmediatamente, desde el interior de la construcción sino que, primero, deben atravesar los dos o más metros de la superficie no construida, es decir, se obtienen desde el exterior del edificio o construcción aunque, por su diseño, podamos alcanzar a ver su interior.

Sentado lo anterior, debemos resaltar que, según creemos, como quiera que el artículo 582 del Código Civil, completado por el 583, prescinde por completo, con todo acierto, de la altura a la que se abran los huecos, pensamos que los dos metros deben medirse prescindiendo también de la altura a la que se quiera efectuar el hueco en cada caso, de modo que el cálculo no debe efectuarse desde el punto donde se desea abrir el hueco hasta la construcción, sino que debe trazarse una vertical imaginariamente desde el hueco al suelo para, a continuación, medir a nivel, es decir, a la misma altura, la distancia existente entre la indicada vertical y la construcción de que se trate. De este modo, a los efectos de determinar si un hueco se abre a zona construida o sin construir, es indiferente la altura a la que se quiera practicar dicho hueco.

Por otro lado, para determinar la zona de influencia del lindero en materia de luces y vistas, hemos elegido los dos metros del artículo 582, en lugar de la distancia de tres metros prevista en el artículo 585 del Código Civil pues este último precepto regula la distancia que nos debe ser respetada en el caso de que hubiéramos ganado la servidumbre de luces y vistas, es decir, la zona de influencia de la servidumbre, cosa que ahora no nos interesa pues, para la relación de vecindad, lo que de verdad nos importa es determinar, desde el lindero, hasta donde se extiende la zona desde la que, sin servidumbre, no está permitido mirar hacia la propiedad vecina, salvo que se cumplan determinadas condiciones, allí donde, como en el Código Civil y en nuestra Compilación, existen determinadas restricciones; es decir, no estamos ahora interesados en conocer cual es la zona de influencia de una servidumbre de luces y vistas sino en saber cual es la zona de influencia de los linderos, a efectos de luces y vistas, y ésta zona se extiende precisamente hasta cubrir los dos metros del artículo 582 pues, dentro de ella, en el derecho común no se pueden abrir ventanas con vistas rectas y, en Aragón, por lo dispuesto en el artículo 144.2, es exactamente dentro de

dicha zona, donde los huecos deben carecer de balcones y otros voladizos y deben estar protegidos del modo que la Compilación marca.

1.F.(1).(a).ii) Construcciones sin pared de cierre en el lado del lindero

Esta es una cuestión que veremos nuevamente al tratar de los huecos a lugar edificado, pero nos parece conveniente dejar aquí constancia de que en el caso de que dejemos la zona construida, en la colindancia con el vecino, sin pared de cierre propia o medianera, tanto si hemos hecho una construcción cubierta como descubierta, habremos dejado sin construir el lado principal o esencial, el del lindero, y, por ello, a los efectos de esta relación de vecindad, es como si no hubiéramos construido y, en consecuencia, en su propia pared, si la tiene, podrá hacer el vecino cuantos huecos guste, pudiendo incluso hacer una construcción simétrica a la nuestra, es decir, también sin pared de cierre hacia la zona de colindancia aunque, lógicamente, cualquiera de los dos vecinos podrá, en cualquier momento, hacer uso de su imprescriptible derecho a construir, levantando la correspondiente pared de cierre para rematar su construcción.

1.f.(1).(a).iii) Espacio sobre tejados o cubiertas, salvo azoteas

Los tejados y cubiertas rematan a lo alto las construcciones y edificios en general de manera que, salvo el caso de las azoteas, de las que luego nos ocuparemos, bien pudiera decirse que los edificios y construcciones terminan o acaban, por arriba, donde lo hace su tejado o cubierta de modo que, por encima de dichos elementos de cierre, ya no hay, propiamente, edificio o construcción lo cual determina que el espacio existente por encima de los tejados, a los efectos de esta relación de vecindad, se deba considerar también como lugar o sitio no edificado.

1.f.(1).(a).iv) Jardines

No creemos que los jardines puedan considerarse una construcción; es más, aunque se mantuviera que los jardines también se construyen pensamos que los mismos no pueden estimarse sin más una unidad constructiva con un muro o pared vertical de cierre como sucede con las construcciones o edificaciones cubiertas y puede suceder con algunas de las construcciones fabricadas a cielo abierto, como las terrazas, azoteas e incluso las piscinas en los términos que más tarde veremos. Además, aunque pueda resultar una idea atractiva, al menos cuando pensamos en el pequeño jardín de una vivienda unifamiliar, nos parece muy difícil considerar dichos jardines como una pieza más de una edificación; con más razón todavía si tenemos en cuenta que el tradicional derecho Aragonés en esta materia se gestó, en muy buena medida, en los corrales de las casas. No obstante, quizás debiéramos tener en cuenta que tales corrales no creemos que tuvieran un uso equiparable al que hoy se da, como espacio habitable, a los pequeños jardines de las viviendas unifamiliares. Por ello, parece prudente dejar abierto el debate en este particular y, para iniciarlo, diremos que aunque un jardín no forma normalmente parte de un edificio en no pocas ocasiones sucederá que dicho jardín no será más que un pequeño porche o una discreta terraza de dicho edificio que, en lugar de estar pavimentado con losas o baldosas, lo estará con el piso de césped. De este modo, para que un jardín pierda su condición propia de jardín y pueda ser considerado, a los efectos de esta relación de vecindad, como

porche o terraza de un edificio es preciso que sea adyacente a él, tenga dimensiones reducidas, compatibles con los conceptos de porche o terraza y, principalmente, que la mayor parte de su superficie sea naturalmente susceptible de ser pisada y ocupada por el hombre sin causar daños a la vegetación, aunque cuente con alguna planta decorativa; es decir es imprescindible que el pequeño jardín, por la vegetación que lo pueble, sea habitable como porche o terraza.

1.f.(1).(a).iv Zona adyacente a muros y tapias de cerramiento

Las paredes y muros de cerramiento de las fincas, como las vallas y cercas son, a nuestro juicio, construcciones pero, salvo cuando se integran con otros elementos formando una unidad constructiva diferente (como un edificio), no encierran ni delimitan por sí mismas una zona construida, es decir, las tapias que cierran las fincas, si no forman parte de otra construcción compleja, son, a los efectos de esta relación de vecindad, una construcción lineal y sin prácticamente volumen que, por sí mismas, sólo confieren la condición de zona construida, exclusivamente, a la ocupada por el espesor de la propia pared la cual, si es medianera, es la única construcción ajena cuyo interior puede ser horadado en Aragón, por disponerlo así la Compilación, en cuya aplicación deberemos tener presente que, aunque una finca esté tapiada, no por ello podrá decirse que la misma se encuentra construida en toda la extensión cercada por la tapia en cuestión, por lo que nada impedirá que se abran huecos para tomar luces o proyectar vistas directamente sobre la zona adyacente a la repetida tapia mientras el lugar no pueda considerarse sitio construido, por la presencia de otros elementos constructivos distintos a la propia tapia.

1.F.(1).(b) Huecos a sitio edificado o construido

Lógicamente, dada la matización que acabamos de hacer sobre la zona de influencia de los linderos, en este capítulo sólo nos vamos a referir a edificios o construcciones sitios a menos de dos metros de distancia de la vertical del punto del lindero donde se desee abrir un hueco, pues los ubicados a dos o más metros quedarían comprendidos en el apartado anterior.

1.F.(1).(b).i) Huecos a sitio construido cubierto

En principio, no se plantea problema alguno digno de ser destacado pues las zonas cubiertas de un edificio o construcción forman parte sin duda alguna de la superficie edificada o construida. Por ello, podríamos pensar que en ningún caso podemos practicar en nuestra propiedad una ventana contigua, o a menor distancia de la prevista en el Código, que se abra hacia un sitio cubierto, pero lo cierto es que podemos hacer cuantos huecos nos convengan mientras no los abramos directamente al interior del sitio cubierto.

Así, no podremos en ningún caso horadar la pared exclusiva del vecino cerrando su superficie cubierta, cosa que es sin duda evidente pues nuestro derecho no otorga ni ha otorgado jamás la facultad de practicar huecos en pared exclusivamente ajena; asimismo, tampoco podremos horadar la pared medianera que, en su caso, cierre dicha superficie cubierta, de modo que en ningún caso podremos perforar la mitad de la medianera que pertenece al vecino para tener vistas directas "dentro de" la parte cubierta de su edificio o para tomar luces desde su interior. Es decir, como

antes manteníamos, no nos parece posible obtener vistas "al interior" de un edificio o construcción cerrado con pared medianera o exclusivamente propia del vecino, ni nos parece tampoco que esté permitido tomar luces desde su interior cosa que, además de resultar del tenor de la Compilación, es evidente desde la perspectiva de la "idea básica" del *ius usus innocui* pues parece claro que la práctica de huecos en zona cubierta, aunque sólo fuera para tomar luces, supone, objetivamente, un serio perjuicio para el titular de la indicada zona cubierta, quien debe poder disponer de su interior como mejor le convenga, sin tolerar la injerencia de sus colindantes en ella mediante la práctica de ninguna clase de huecos; y si dudan de la corrección de esta afirmación piensen lo gravoso que sería el tener que tolerar huecos para luces, o para luces y vistas, en un cuarto de estar, en un dormitorio o en cualquier otra pieza de una casa cerrada con pared medianera, cuyo interior, como decimos, debe quedar, incluso a efectos decorativos y estéticos, a la libre y exclusiva disponibilidad de su titular.

Por el contrario, no vemos razón alguna para impedir que en pared exclusivamente propia practiquemos cuantos huecos nos convengan, aunque lo hagamos en zona contigua al edificio levantado por nuestro vecino al cual ningún perjuicio le ocasionaremos por ello, que habrá cerrado su construcción, en la parte de colindancia, del modo que haya estimado oportuno de forma que estos huecos, practicados en pared exclusivamente propia, se abren siempre, dada la propiedad exclusiva de la pared, al exterior de la construcción del vecino y nunca a su interior pues para alcanzar la parte interna de una construcción es imprescindible horadar una pared de cierre medianera o exclusivamente ajena. Por otro lado, no parece que esta clase de huecos nos puedan ser de mucha utilidad si nuestra pared está adosada al muro que cierra el edificio de nuestro vecino, en el caso de que exista, pero, por el contrario, podrán darnos algún servicio, sin lesión alguna para el colindante, si nuestra pared exclusivamente propia, con sus huecos, no está adosada a la pared de cierre del vecino, si es que existe, aunque permanezcan a menos de dos metros de distancia de la construcción vecina. Y esta utilidad será ya incuestionable si en nuestra pared propia, contigua o próxima al edificio del vecino, dejamos una gran abertura habitable a modo de terraza o balcón, sin voladizo alguno sobre o hacia la finca colindante. Y no se nos diga que esa terraza no nos sería realmente de utilidad al estar cerrada por la pared del vecino pues, aunque eso sea así, es perfectamente posible construirla abierta en sus otros frentes, disfrutando de vistas hacia nuestra propia finca o hacia vía pública, siendo accesorio el que en el linde con el vecino cerremos nuestra terraza con pared propia o medianera o que, simplemente, no coloquemos pared alguna, contentándonos con la ubicada en el lugar por el vecino, de su exclusiva propiedad. Ahora bien, en este último caso, aparte de que, en teoría, tendríamos que colocar reja y red, quedaríamos en cierto modo a merced del colindante pues en ese lindero habríamos dejado, al menos a la altura de nuestra terraza, nuestro edificio sin cerrar con pared propia o medianera y, así, dicho lugar, a los efectos de esta relación de vecindad, se consideraría como lugar no edificado y el vecino sería muy libre de mantener su pared, de su exclusiva propiedad, pero también podría suprimirla íntegramente o practicando en ella algún hueco, de cualquier dimensión, incluso para dar lugar a otra terraza dominando la nuestra, sin que pudiéramos oponernos a la apertura de ese hueco alegando que desde él se miraba "al interior" de nuestro edificio pues, aparte de que para abrir un hueco al interior de un edificio es imprescindible practicarlo en pared medianera o exclusivamente ajena, lo cierto es que la situación descrita no sería jurídicamente imputable al hueco practicado por el vecino en

su exclusiva pared sino al hecho de que nosotros hubiéramos dejado nuestro edificio, a la altura de nuestra terraza, abierto hacia el colindante, sin pared alguna, propia o medianera, que la cerrara, conducta que en modo alguno puede traducirse en obligación alguna, a cargo del colindante, de mantener su pared propia aunque, lógicamente, la hubiera mantenido o no el vecino, nosotros, en cualquier momento, haciendo uso de nuestro imprescriptible derecho a construir o edificar, podríamos rematar nuestra edificación cerrándola con pared propia o medianera tapando, en su caso, los huecos que el vecino hubiera podido abrir en la pared de su exclusiva propiedad.

Además, esta facultad de abrir huecos en pared exclusivamente propia contigua o próxima a un edificio del vecino, con los que no podemos obtener vistas directamente "dentro" de él, creemos que pudiera extenderse también a la facultad de horadar paredes medianeras siempre que las mismas no cerraran o protegieran el edificio del vecino formando con él una unidad constructiva material o simplemente lógica; es decir, estamos pensando en una pared medianera interpuesta entre nuestra finca y la edificación de nuestro vecino el cual no habría aprovechado la indicada pared medianera para cerrar por ese frente su construcción, al haberla retranqueado dentro de su finca. Ahora bien, esta extensión concediendo la facultad de horadar también paredes medianeras próximas a un edificio pensamos que debe estudiarse caso por caso pues creemos que habría que ponderar la distancia del retranqueo y la existencia o no de huecos en el edificio del vecino hacia la pared medianera pues aunque la misma no cerrara materialmente, en términos arquitectónicos, el edificio pudiera ser posible que de algún modo protegiera su interior formando con él una unidad constructiva lógica, en función de los huecos en él existentes y de la distancia obrante entre el edificio y la pared medianera que, por poder, puede ser bien escasa sin incurrir en disparates arquitectónicos pues, como seguidamente veremos, es perfectamente admisible la existencia de partes edificadas, pertenecientes a un edificio que, sin embargo, pueden hasta carecer de cubierta o de cualquier techumbre, como las terrazas y azoteas. Ahora bien, para que esa parte edificada pudiera considerarse protegida por la pared medianera formando con ella una unidad constructiva lógica sería preciso que estuviera a menos de dos metros de distancia pues, más allá, quedaría fuera de la zona de influencia del lindero en los términos que vimos anteriormente.

Existe un caso en el que el vecino podría proyectar vistas a un sitio cubierto y tomar luces de él sin límite alguno. Dicha situación se daría si hiciéramos una construcción cubierta pero dejando sin cerrar, sin muro de cierre propio o medianero, la parte colindante con el vecino. Semejante diseño es difícilmente concebible en el caso de casas habitadas pero pudiera darse, sin afrentar escandalosamente al sentido común, en otro tipo de construcciones; es más se puede dar frecuentemente en el caso de superficies descubiertas que, no obstante, no son las que ahora estamos estudiando. En un caso como éste, si dejamos sin cerrar nuestro edificio o construcción en la colindancia con el vecino, tal y como dijimos al tratar de los huecos abiertos a sitio sin edificar, es como si no hubiéramos construido en el lindero y sólo a nosotros nos sería imputable el no haber cerrado con pared propia o medianera nuestra construcción y, así, el vecino podría tener en el lugar una pared de su exclusiva pertenencia o prescindir de ella y, si la tuviera, sería muy libre de derribarla o mantenerla pero practicando en ella cuantos huecos deseara para luces o para luces y vistas que se abrirían, en pared exclusivamente propia, al exterior de nuestro edificio o construcción aunque, por el peculiar diseño de éste, desde ellos se dominara su interior, a

lo que no nos podríamos oponer pues en pared propia en Aragón se pueden hacer toda clase de huecos y, como hemos dicho, sólo a nosotros nos sería imputable el haber dejado nuestra construcción sin cerrar por el lindero aunque, por supuesto, haciendo uso del imprescriptible derecho a edificar o construir, nosotros podríamos terminar o rematar nuestra construcción en cualquier momento, dotándola de la correspondiente pared de cierre aunque con ello cubriéramos los huecos abiertos por nuestro colindante.

1.F.(1).(b).ii) Huecos a sitio construido o edificado al descubierto

a) Terrazas

Dando por supuesta la indiscutible imposibilidad de abrir huecos en pared exclusivamente ajena, parece que la misma posición, entendiéndose impropia la apertura de los huecos en pared medianera, debería adoptarse en el caso de que los huecos a efectuar en la medianera se abrieran a una parte de un edificio que, pese a pertenecer indiscutiblemente a él, no se encontrara total o parcialmente cubierta, como una terraza cuyas vistas no se abrieran hacia el predio vecino. En semejante caso, la terraza vendría a ser una habitación más del edificio, posiblemente la más usada durante el buen tiempo y no creemos que pudiera el vecino horadar la pared medianera que protege nuestra terraza formando una unidad constructiva, de modo que, a la altura de la repetida terraza no podría practicar huecos para luces ni para luces y vistas; en cambio, por encima de ella, si terminamos poniendo algún límite a la altura habitable de la terraza a efectos de determinar cual es "su interior", podría realizar el vecino todos los huecos que deseara para luces y hasta para luces y vistas, pero siempre que desde ellos no se viera "el interior" de nuestra terraza, salvo que la misma estuviera a dos o más metros de la vertical del punto del lindero en el que quisiéramos abrir el hueco, es decir, fuera de su zona de influencia; en otro caso, si la terraza quedaba dentro de la repetida zona de influencia del lindero y la habíamos construido protegida con pared medianera el vecino no podría efectuar, a ninguna altura de dicha pared medianera, huecos desde los que se pudiera ver "el interior" de nuestra terraza, pues la Compilación no autoriza a horadar las paredes medianeras para obtener vistas dentro de un sitio construido, como lo es la terraza de un edificio protegida, en el lindero con el vecino, con pared medianera.

Otra cosa sería, nuevamente, si hubiéramos dejado dicha terraza abierta hacia el vecino, es decir sin "cerrarla" hacia el lindero con pared propia o medianera. En ese caso es como si no hubiéramos construido en la zona de colindancia y sólo nosotros seríamos los responsables de haber diseñado así nuestro edificio y nuestro vecino, si tuviera en el lugar una pared propia, podría hacer en ella, a cualquier distancia, cuantos huecos deseara para luces y para luces y vistas, sin que pudiéramos quejarnos por el hecho de que dominara nuestra terraza aunque, desde luego, haciendo uso de nuestro imprescriptible derecho a construir, en cualquier momento podríamos rematar o terminar la construcción de nuestro edificio alzando una pared que cerrara nuestra terraza en esa colindancia, aunque con ello tapáramos las ventanas abiertas por el vecino.

Y no se piense que no nos sería de ninguna utilidad una terraza que estuviera cerrada con pared hacia el vecino pues, aunque muchos tendemos, al estudiar estas relaciones de vecindad, a imaginar ventanas, balcones y terrazas que miran hacia el

predio colindante lo cierto es que nada impide la construcción de una terraza de espaldas al lindero. Es decir, estamos imaginando dos propiedades separadas por una pared medianera y que en nuestro lado, apoyándonos en dicha medianera hemos construido un edificio de varias plantas pero, partiéndolo en dos o en uno de sus extremos, hemos dejado a la altura de una determinada planta, con o sin vuelo más allá de la línea de nuestra fachada, una terraza que linda por todos sus frentes con nuestro propio dominio o con vía pública, salvo en la parte que da a la citada pared medianera en cuyo lado, lógicamente, no tiene ningún vuelo; en este caso, o en otros similares, dicha terraza parece que debería considerarse una dependencia más del edificio a la que, como hemos dicho, no sería legítimo para el vecino abrir huecos para tomar luces desde su "interior" o para proyectar vistas directamente "dentro" de la terraza actuando sobre la pared medianera pues ésta, en todos estos casos, es parte integrante de la construcción protegiendo la superficie edificada, aunque dicha superficie quede descubierta, sin tejado, como es natural en esta clase de habitaciones.

b) Azoteas

Y la misma solución creemos que debe seguirse en el caso de las azoteas habitables como terraza o, incluso, como solana, para tomar el sol, siempre que las mismas estén dentro de la zona de influencia del lindero, es decir, a menos de dos metros del mismo. En estos momentos en los que tan cotizados están los áticos, imaginemos un edificio construido, como en el ejemplo anterior, de espaldas a una pared medianera pero, en lugar de una terraza en planta intermedia, vamos a construir una azotea habitable que, al propio tiempo, hace las veces de cubierta y en la que uno de sus frentes lo constituye la repetida pared medianera. Si, como procede, consideramos esa azotea como una dependencia más de nuestro edificio, probablemente, como en el caso anterior, una de las más usadas durante el buen tiempo, el vecino no podrá abrir a su altura hueco alguno perforando la medianera, pero, si conseguimos poner algún límite a la altura habitable de la azotea a efectos de determinar cual es "su interior", no existirá razón alguna que le impida hacerlo por encima de su nivel mientras no obtenga vistas directamente "al interior" de nuestra azotea, siempre que la hayamos protegido rematándola con la repetida pared medianera pues, en otro caso, si no hemos cerrado por ese frente la azotea con la correspondiente pared el vecino, nuevamente, si tiene en el lugar algún muro, podrá efectuar en él cuantos huecos desee, sin que nos podamos oponer a que domine, en ese concreto caso, el interior de nuestra azotea pues sólo nosotros somos los responsables de haber construido la azotea sin elemento de cierre en la colindancia aunque, en cualquier momento, usando el imprescriptible derecho a construir, que comprende el de terminar una construcción incompleta, podremos rematar nuestro edificio cerrándolo con pared propia o medianera, aunque tapemos con ello los huecos que pudiera haber abierto el vecino.

c) Porches

La misma respuesta, impidiendo la práctica de huecos en pared medianera a su nivel, o por encima, pero con luces y vistas directamente a su interior, creemos procedente para el caso de porches, que pueden ser considerados como una dependencia más de un edificio.

d) Piscinas

Las piscinas no son desde luego un edificio, aunque pueden formar parte de él, en el caso de que se ubiquen, por ejemplo, en una azotea, en cuyo caso pensamos que deberían participar del régimen que acabamos de describir para esos elementos.

Ahora bien, aun en el caso de que no formen parte de un edificio, nos parece que una piscina es una construcción que se compone natural o normalmente de: A) uno o varios vasos en los que se alberga el agua; B) una zona adyacente, generalmente con espacios verdes, de tamaño proporcionado al de los vasos, en la que se puede tomar el sol; y C) un muro o pared que cierra todo el conjunto. Como vemos, en esta descripción no hemos incluido otras instalaciones o edificios accesorios como vestuarios, campos de deportes, etc. los cuales pensamos que, a los efectos de esta relación de vecindad, pueden ser tratados separadamente.

Pues bien, si hemos construido nuestra piscina, término con el que comprendemos el espacio adyacente para tomar el sol, dentro de la zona de influencia del lindero, es decir, a menos de dos metros de él, la piscina, con su repetida zona adyacente de solana y con su muro o pared de cierre, es toda una unidad constructiva a los efectos del régimen de luces y vistas. Evidentemente, dicha unidad constructiva se pierde si la zona de solana no guarda proporción con la piscina propiamente dicha, en cuyo caso la parte que exceda pudiera considerarse simplemente como jardín el cual, como hemos visto, merece un tratamiento diferenciado.

Lógicamente, ahora nos estamos refiriendo a una piscina con su zona verde proporcionada con los vasos para albergar el agua. Si esta construcción la hemos dejado incompleta, sin pared o muro de cierre, el colindante, en su propia pared, si ésta existe, podrá tener todos los huecos que desee, incluso dominando toda la extensión de nuestra piscina pero, haciendo uso de nuestro imprescriptible derecho a construir que, repetimos, comprende el derecho a rematar o terminar una obra incompleta, podremos levantar la correspondiente pared para acabar así con la construcción de nuestra piscina dotándola del usual elemento de cierre en el lindero, aunque con ello tapemos los huecos abiertos por el vecino el cual, al propio tiempo, si el cierre lo hubiéramos hecho con pared medianera ya no podría practicar en ella huecos para luces, o para luces y vistas, a la altura de zona habitable de la piscina y, por encima de dicha zona, nuevamente si conseguimos poner algún límite a la altura habitable de la piscina a efectos de determinar cual es "su interior", sólo podría hacer huecos para luces, o para luces y vistas, pero desde los que no viera directamente el "interior" de nuestra piscina, en iguales términos a los explicados para las terrazas, porches y azoteas.

e) Otras construcciones descubiertas

No vemos inconveniente a que cuanto acabamos de decir para las terrazas, azoteas, porches y piscinas fuera también aplicable a otras zonas construidas al descubierto como, por ejemplo, un solarium, siempre que tengamos bien entendido que, desde luego, para que dicho régimen pudiera entrar en acción, impidiendo la apertura de huecos en pared medianera directamente al interior del solarium, no bastaría con destinar una finca a ese fin sino que sería imprescindible construir, fabricar o hacer el repetido solarium.

Además, y este requisito dará en la práctica mucho juego, es imprescindible que la pared medianera en cuestión, concretamente en la zona donde se desee tener un hueco, forme física o lógicamente una unidad constructiva con la construcción de que se trate. De este modo, si al lado de una pared medianera tenemos una hectárea de jardín, la coexistencia de ambos elementos, la pared y el jardín, es meramente circunstancial y, así, no forman una unidad constructiva; y no se diga que la pared cierra el jardín pues no es así, ya que sólo cierra la finca, exista o no jardín en su interior. De igual manera, si adosado a una pared medianera construimos un reloj de sol, o un bajo relieve, o un depósito de agua, o un corral descubierto para el ganado, o cualquier otra cosa que nos podamos imaginar, tales construcciones sólo formarán una unidad con la pared medianera, única y exclusivamente, en aquella zona o parte de pared donde la repetida medianera sirva de apoyo o protección a la construcción en cuestión, en función de la naturaleza misma de aquello que hayamos construido; y si la pared medianera se extiende más allá de esa concreta zona lo será ya, a lo ancho o a lo alto, de una forma meramente circunstancial, sin integrarse en la unidad constructiva representada por la cosa que hayamos fabricado. De esta manera, el vecino, si nos permiten servirnos de un ejemplo disparatado, no podrá abrir un hueco en la pared medianera allí donde hemos construido un depósito de agua, precisamente a su misma altura, pues en ese lugar la medianera y el depósito integran una unidad constructiva, pero nada le impedirá practicar dicho hueco en la misma pared medianera, pero por encima del repetido depósito, lugar en el que la existencia o no de una pared medianera es ya algo indudablemente accidental que ninguna utilidad ni beneficio reporta para el depósito, de forma que, en esa concreta zona, la medianera aunque casualmente estuviera allí, ya no formaría parte del depósito construido ni física ni lógicamente, a diferencia de lo que sucede cuando la medianera cierra o protege lateralmente una terraza, una azotea habitable, o una piscina, u otra construcción similar, en cuyos casos forma con todas ellas una unidad constructiva, al menos en toda la altura precisa para cumplir con esa legítima función de protección lateral.

1.f.(1).(b).iii) Problema común a las construcciones descubiertas: la determinación de la altura hasta la que llega el interior de la construcción

En las zonas cubiertas el tejado delimita la altura del edificio o construcción y, por lo tanto, hasta donde se extiende su interior. Ahora bien, en cuanto admitimos, obligados por la experiencia, que existen construcciones y partes edificadas sin tejado ni cubierta, nos creamos la necesidad de determinar hasta donde alcanza "el interior" de la zona construida al descubierto pues, como antes dijimos, la relación de vecindad, el estatuto normal del dominio, no permite disfrutar de luces, ni de luces y vistas, tomadas o proyectadas, directa e inmediatamente, desde "el interior" de una superficie ajena construida; y no olvidemos ahora que todos los huecos que podamos hacer en pared exclusivamente propia tomarán la luz o proyectarán las vistas, siempre y en todo caso, directamente desde el exterior de la construcción ajena por más que, ya mediatamente, puedan alcanzar su interior.

Partiendo, para incrementarla prudentemente, de la altura que creemos normal para las plantas de los edificios podría sugerirse, al menos si nos referimos a zonas descubiertas habitables, que "el interior" de la zona construida al descubierto podría llegar a unos tres metros por encima del nivel del suelo o piso de dicha zona. También podría partirse, en cada caso, de la concreta altura que se hubiera dado a la

planta o plantas cubiertas del edificio o construcción objeto de estudio pero esta opción tiene el inconveniente de que, para las piscinas u otras construcciones enteramente descubiertas, nos quedaríamos sin término de comparación, aparte de que pensamos que las zonas abiertas al aire libre tienen normalmente un espacio habitable superior, más alto, que el normalmente asignado a los espacios cubiertos cuya altura viene predeterminada, en muchas ocasiones, por limitaciones de carácter económico, para un mayor aprovechamiento del espacio, limitaciones que no entran ya en juego en las zonas descubiertas. Por ello, aunque también serían admisibles desde luego otras muchas alturas diferentes, nos vamos a quedar ahora con la expresada altura de tres metros hasta la que, de este modo, se extendería, a los efectos del régimen normal de luces y vistas, el interior de la zona construida al descubierto siempre que la misma, por su especial configuración, no proclamase otra altura diferente; de este modo, si construimos un frontón al aire libre el mismo tendrá naturalmente la altura que realmente levante la estructura que integre estricta y propiamente el citado frontón al cual, por su especial configuración, ya no le sería de aplicación la altura de los tres metros sugerida en este trabajo en el que, naturalmente, no hemos contado con el asesoramiento de profesionales de la arquitectura quienes, con la especialidad de sus conocimientos, podrían proporcionar, a los efectos que nos interesan, medidas mucho más acertadas y ajustadas a las reales necesidades de habitabilidad de los espacios cubiertos y descubiertos.

1.f.(1).(b).iv) Delimitación final de los huecos que pueden abrirse a sitio construido al descubierto

Como advertencia previa debemos recordar que si el sitio construido al descubierto no tiene ninguna pared lateral de cierre, se consideraría lugar no construido a los efectos de esta relación de vecindad y el vecino, en su propia pared, si la tuviera, podría hacer todos los huecos que deseara, aunque viera "el interior" de nuestra construcción la cual, naturalmente, la podríamos completar o terminar en cualquier momento levantando nosotros la correspondiente pared de cierre haciendo uso del imprescriptible derecho a edificar o construir.

Hecha la anterior salvedad, siguiendo con el desarrollo que tenemos iniciado, en todas estas construcciones descubiertas, como terrazas, azoteas habitables o piscinas, que estén protegidas con pared en el lado del lindero, a menos de tres metros de altura contados desde el nivel de su suelo, por constituir "el interior" de lo edificado, no se pueden abrir en pared medianera ni, por supuesto, en pared exclusivamente ajena, ninguna clase de huecos para luces o para luces y vistas, debiendo quedar todo ese volumen construido, hasta la altura de los tres metros, a la libre disponibilidad de su dueño, para disfrutarlo y decorarlo como más le guste, sin soportar injerencia alguna del colindante en "el interior" de su construcción descubierta. Por encima de esos tres metros se pueden abrir, salvo en paredes exclusivamente ajenas, huecos para luces, que ningún perjuicio objetivo causan ya a esa altura; y, también, siempre por encima de los tres metros, salvo en pared exclusivamente ajena, se pueden abrir huecos para luces y vistas pero, si queremos ser coherentes con la "idea básica" del *ius usus innocui* eludiendo perjuicios apreciables objetivamente (como lo es la pérdida forzosa de la intimidad en un espacio construido), sólo se podrán tener dichos huecos en pared medianera si desde ellos no se ve "directamente" "el interior" de la zona construida al descubierto o, por lo menos, si desde ellos no se ve dicho interior, con sus tres metros de altura, en la parte comprendida dentro de la

denominada zona de influencia del lindero, lo cual permitirá la entrada en acción de las distintas perspectivas del lugar actuando, como mínimo, los siguientes factores:

- a) la distancia existente entre la pared con los huecos y la construcción descubierta, que tendrá que ser inferior a los dos metros si no queremos que la construcción quede fuera de la zona de influencia del lindero;
- b) la anchura de la pared con los huecos y el concreto lugar en el que, en su interior, se hayan ubicado las protecciones de forma que cuanto más ancha sea la pared y más alejadas estén las protecciones de la zona construida al descubierta, más horizontal será la trayectoria de las vistas que proyectemos;
- c) la altura de la parte más baja de los huecos, medida desde el suelo de la zona construida al descubierta; y
- d) la altura de la parte más baja de los huecos, medida desde el suelo existente en la finca desde la que se abren los repetidos huecos de manera que, cuanto más elevada sea esta altura, menos posibilidades existirán de proyectar vistas descendentes, verticales u oblicuas.

Naturalmente, combinando adecuadamente todos estos factores es perfectamente posible hacer, a poco más de tres metros de altura, huecos para luces y vistas, incluso de grandes dimensiones, desde los que no sea posible ver "el interior" de la zona construida al descubierta pero protegida lateralmente con pared medianera pues, repetimos, si dicha zona está protegida con pared exclusivamente propia ningún hueco podrá hacer en ella el vecino y si no hemos colocado, para protegerla lateralmente, pared alguna, propia o medianera, entonces podrá hacer el vecino en su propia pared, si la tiene, cuantos huecos desee.

Llegados a este punto habrá quien diga que no existe razón alguna para impedir las vistas proyectadas desde más de tres metros de altura del suelo de la zona construida al descubierta pues, al alcanzar "su interior" únicamente los dichos tres metros, la vistas que se proyecten por encima de dicha distancia no se lanzan inmediata y directamente desde el interior de la construcción, sino desde su exterior, aunque finalmente alcance la vista, ya de modo mediato, el interior construido, lo cual ya estaría permitido por la relación de vecindad, por lo que, en esta tesis, sería ya un problema del dueño de la construcción el haberla diseñado sin cubierta o tejado, de manera similar a lo que sucedía con los edificios y construcciones sin pared lateral de cerramiento. Pero esta línea de razonamiento no nos parece adecuada pues:

- a) Mientras que horizontal o lateralmente corre, siempre al mismo nivel, la distancia que define la zona de influencia de un concreto punto de un lindero, por el contrario, tal y como vimos antes, dicha distancia no se altera con la altura, de forma que si proyectamos un vista vertical descendente alcanzando el interior de una zona construida al descubierta, es como si estuviéramos mirando desde el interior de la misma pues, como decimos, la altura no cuenta, no marca distancia alguna y, precisamente por ello, aunque físicamente observemos desde el exterior de la construcción descubierta, si miramos desde arriba alcanzando su interior, jurídicamente es como si estuvié-

ramos mirando desde dentro de la construcción, directamente a su interior, que es una vista no permitida por el régimen normal de las luces y vistas si para lograrla hemos tenido que perforar una pared que no sea exclusivamente nuestra. Y

b) Los cerramientos verticales para proteger lateralmente las construcciones no pueden equipararse a un cerramiento con tejado pues si en una extensión horizontal las fincas lindan entre sí haciendo precisa la construcción de paredes y muros de protección para quien desee aislarse de sus vecinos procurándose un espacio con intimidad, en cambio, en sentido vertical, salvo en casos excepcionales como el de la propiedad horizontal, las fincas ya no lindan entre sí, de modo que el mismo dominio se extiende también hacia lo alto, por lo que no se puede exigir a los propietarios que renuncien al disfrute de construcciones descubiertas, dotándolas de tejados, cuando por arriba sólo lindan consigo mismos y, para protegerse de las miradas de sus vecinos, si así lo desean, les debería bastar con levantar una pared lateral de cerramiento, aunque fuera medianera, protegiendo por los flancos su construcción descubierta.

1.g. Protecciones

1.g.(1) Concepto de vistas rectas y oblicuas

En principio las protecciones son exigibles tan pronto como concurre el presupuesto fáctico legal: tenencia de huecos a menos de dos metros del vecino, si se trata de vistas rectas; y a menos de sesenta centímetros si se trata de vistas oblicuas. Para distinguir si estamos ante una u otra clase de vistas, creemos que puede aceptarse el criterio propuesto por Juan ROCA JUAN³⁴, que ya ha sido asumido en nuestro territorio por la Audiencia Provincial de Huesca en su sentencia de 8 de Marzo de 1995. Dicho autor sostiene, como criterio práctico, que vistas rectas "son aquellas en las que situada la persona en la línea de la pared de la casa, permiten una visión normal a través del hueco, sin sacar la cabeza"; mientras que las vistas oblicuas son las que se proyectan "de costado", "asomando la cabeza más allá de la línea divisoria de la casa" aunque nosotros, para eludir las confusiones que pueda generar el concepto de "línea divisoria", que podría confundirse o asociarse indebidamente con "lindero", preferimos decir, aun siguiendo al repetido autor, que vistas oblicuas son aquellas que se disfrutan cuando miramos de costado, asomando o sacando la cabeza más allá de la línea de la fachada donde está ubicado el hueco.

1.g.(2) Concepto de hueco

Por otro lado, en algunos casos puede resultar problemático determinar cuando existe realmente un hueco a proteger, ya no por razón de la distancia, sino en aten-

(34) ROCA JUAN, Juan. "De la servidumbre de luces y vistas". Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Comentario a los artículos 580 y siguientes del Código Civil, Pág. 198.

ción al concepto mismo de hueco. Como todos sabemos, el estado natural de las fincas es que entre ellas no exista artificio alguno de separación pudiendo, desde ellas, tomarse luces y proyectarse vistas recíprocamente sin límite alguno y sin que se requiera la colocación de reja y red ni otra clase de protecciones para separarlas. Éstas se hacen precisas desde el momento que en una de ellas se levanta alguna construcción y, dentro de las distancias del artículo 582, se deja algún hueco para luces o para luces y vistas, es decir, cuando se deja alguna abertura en un muro o pared con la indicada finalidad de obtener luces o luces y vistas; por ello, no entran en el supuesto legal las aberturas dejadas con una finalidad distinta, como la de chimenea, gatera, etc.. Dicho esto, dejando a un lado la exigencia del indicado propósito, principal o residual, de obtener luces o proyectar vistas, que tampoco precisa más explicaciones, sí que conviene resaltar que los huecos son aberturas o vacíos, de cualquier dimensión, dejados en los muros exteriores de la construcción o, mejor, dejados en la línea más exterior de la construcción pues, por poder, al menos en pared propia, el hueco puede consistir hasta en la supresión total del muro; por ello, los espacios vacíos dejados en la propia finca por los retranqueos que efectúen dichos muros o la línea más exterior de la fachada, es decir, la construcción misma, no son propiamente huecos sino que, en realidad, son espacios que quedan "fuera" de la construcción, sin formar parte de ella. De este modo, para que podamos hablar de la existencia de un hueco, no basta con que en un determinado lugar se mantenga el vacío o la nada, sino que es preciso que dicho vacío se produzca en algún punto del muro que cierra perimetralmente la construcción o, si prescindimos totalmente del muro, es preciso que ello tenga lugar en la línea más exterior de la construcción, de manera que a un lado del hueco quede el "exterior" y, al otro, el "interior" de la construcción. De este modo, tampoco tendrán la consideración de huecos los que tengan su dos caras o frentes "dentro" de la construcción misma la cual, naturalmente, en sus espacios interiores puede ser distribuida como mejor le convenga a su propietario sin restricción alguna.

1.g.(2).(a) Patios de luces

Así, un patio de luces, si consiste en un retranqueo del muro de cierre para dejar, fuera de la construcción, una columna exterior de aire en sitio propio a la que abrir luego distintas ventanas o balcones, no es un hueco a proteger aunque, naturalmente, sí que deberemos proteger las ventanas que se abran en el mismo, si desde ellas podemos tener vistas rectas u oblicuas dentro de las distancias legalmente determinadas. Por el contrario, si en la planta calle o a cualquier otra altura elevada, aprovechamos el piso del dicho patio de luces como terraza, balcón o azotea intermedia, entonces resultará que, a esa altura, cualquiera que sea, el repetido patio de luces quedará en realidad "dentro" de la construcción, como sitio construido al descubierto, y la línea exterior donde termine el repetido patio y, con él, la construcción, si está dentro de las distancias legales, deberá ser protegida con reja y red.

1.g.(2).(b) Puertas

Las puertas no tienen como finalidad principal la de tomar luces o proyectar vistas sino que, como es obvio, las mismas se construyen para permitir el paso de un lugar a otro. Por eso, al amparo del artículo 144 de la Compilación, no está permitido

hacer una puerta en pared medianera o en pared propia contigua al colindante, para tener paso por la finca del vecino, salvo que se esté en posesión de una servidumbre de paso; así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de Mayo de 1994, consideró que, al haberse estimado la acción negatoria de una servidumbre de paso, debía ratificarse la decisión del Juzgado ordenando cerrar la puerta que franqueaba el paso sobre la finca colindante, sin que la misma pudiera mantenerse abierta aun con protecciones pues se había abierto con la finalidad "de pasar" y no para luces o para luces y vistas, que es lo permitido por el repetido artículo 144.

En cambio, pudiera ocurrir que se abriera una puerta en pared propia, que diera paso a nuestra propia finca desde el interior de una construcción, y que, no obstante, estuviera a menos de dos metros del colindante quien, a diferencia de lo que sucedía en el caso anterior, ya no podría oponerse al paso pues éste para nada se introduciría ya en su finca. En principio, no sería preciso poner la reja y red en ese hueco practicado en el muro para pasar, protección que, en otro caso, impediría el paso legítimo a nuestra propia finca; y no sería preciso pues dicho hueco no existiría para tomar luces o lanzar vistas sino para permitir el acceso al interior de nuestra construcción desde nuestra propia finca. Ahora bien, de un modo accesorio o con finalidad alternativa concurrente y de igual importancia, el hueco podría servir también como hueco para luces o para luces y vistas y, si lo anterior, sobre la procedencia de reja y red, no se matiza, podría quedar burlada la exigencia legal de las protecciones acudiendo al fácil recurso de construir sistemáticamente puertas en lugar de ventanas, al menos en la planta baja pues, en las alzadas, las puertas o se abrirían al vacío, cosa que impediría el darles la condición propia de puertas "para pasar", de modo que seguirían siendo ventanas a proteger o, en otro caso, de no dar paso al vacío, se abrirían ya a un balcón o voladizo, que son elementos que tienen su propio tratamiento, del que más tarde nos ocuparemos partiendo de la base de que las puertas que dan acceso a un balcón no comunican "el interior" de la construcción con "el exterior" de la misma, sino que son huecos de distribución interna de la construcción, irrelevantes para luces y vistas; por ello, creemos que, en planta baja, podrían distinguirse los siguientes casos:

a) Hueco cerrado con puerta, sin ningún hueco en su hoja. En este caso parece que la finalidad exclusiva o, al menos, dominante, sería la de dar paso y, en consecuencia, a los efectos de luces y vistas, el hueco sería irrelevante y no haría falta protegerlo de ningún modo.

b) Hueco cerrado con puerta con uno o más huecos en su hoja. En este otro supuesto coexistirían las dos funciones de dar paso y permitir luces y vistas, o sólo luces. Así el hueco del muro tendría como finalidad la de dar paso, pero el hueco o huecos de la hoja de la puerta buscarían proporcionar luces o luces y vistas y, en principio, podría pensarse en la procedencia de colocar las protecciones remetidas ya no en el muro sino en la misma puerta, pero la verdad es que su utilidad sería bien escasa pues, abriendo la puerta, los usuarios del inmueble podrían asomarse y arrojar cuantos objetos les pareciera.

c) Por último, también podría ocurrir que el hueco del muro para puerta no se cerrara con elemento alguno, estando permanentemente abierto. En esta situación podría considerarse que concurrían, en igualdad de condiciones, la finalidad de dar acceso con la de proporcionar luces y vistas y, así, podría pensarse en la necesidad de colocar las protecciones, con unas bisagras que, cuando fuera necesario, permitieran

la apertura para pasar pero, como en el supuesto anterior, la verdad es que las indicadas protecciones, al poder abrirse, darían una defensa más que dudosa.

Por todo ello, parece que, en el caso de puertas abiertas en planta baja, comunicando el interior de la construcción con el exterior de la misma, el hueco para puerta no puede protegerse en el propio muro pues impediría un paso, en propia finca, que es legítimo y, por otro lado, si se colocan las protecciones en la hoja de la puerta o incluso para hacer las veces de puerta, resulta que las mismas se traducen en un resguardo tan inútil que bien podría prescindirse de ellas dejando que la función de "pasar" prevaleciera, hasta anularla, sobre la de tener luces o luces y vistas aunque, con ello, quede abierta la posibilidad de eludir la entrada en acción del requisito de las protecciones en planta baja mediante el recurso de hacer puertas en lugar de ventanas lo cual, por otro lado, como ya lo hemos visto, sólo será posible en el caso de paredes propias contiguas a finca propia pero a menos de dos metros de la finca vecina y sin llegar a determinar el paso sobre ella, es decir las puertas nunca podrán abrirse dando acceso a través de la finca vecina, salvo que disfrutemos de la correspondiente servidumbre de paso.

1.g.(2).(c) Las azoteas como huecos

En el derecho Común, donde a menos de dos metros no se permiten más que unos minúsculos huecos para tomar luces, no faltan autores estimando que las restricciones legales por razón de la distancia no son aplicables a las azoteas, terrados o techumbres cosa que, en Castilla, tiene su lógica pues, de seguirse otra tesis habría que obligar a levantar una pared de, por lo menos, la altura de una persona, en todas las azoteas que tuvieran alguno de sus lados a menor distancia de la prevista en el artículo 582 del Código Civil. Pero este inconveniente no se da en Aragón desde el momento que se permite la tenencia y disfrute de huecos para luces o para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. De hecho, en Aragón las azoteas pueden considerarse un hueco más, a proteger con reja y red criterio que, como se dijo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 de Junio de 1992,

".., refiriéndose específicamente a azoteas, ha sido seguido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de Noviembre de 1983, en la que no dio lugar a las medidas protectoras simplemente porque no habían sido solicitadas en la demanda, teniendo señalado el Alto Tribunal, en la sentencia de 12 de Diciembre de 1986, expresamente, que las cautelas del artículo 144 son «asimismo operante para las terrazas o azoteas que no constituyen voladizo sobre el predio ajeno»..."

Aunque la verdad es que las azoteas practicables, como se dice en la indicada sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 de Junio de 1992, también pueden considerarse como una gran balcon a menor distancia de la permitida; pero el resultado final es el mismo, pues por este camino también se acaba estimando procedente la colocación de reja y red u otra protección semejante, como más tarde veremos, al criticar la prohibición de la Compilación vedando la posibilidad de que existan balcones y voladizos, dentro de las distancias del artículo 582, aun sin invadir el vuelo de la finca vecina.

1.g.(2).(d) Huecos cerrados con pared exclusiva del vecino

Ya hemos visto que las protecciones son exigibles tan pronto como concurre el presupuesto fáctico legal: tenencia de huecos a menos de dos metros del vecino, si se trata de vistas rectas; y a menos de sesenta centímetros si se trata de vistas oblicuas. Pues bien, aunque normalmente la situación no permitirá correcciones, pues siempre pensamos en huecos y vuelos abiertos hacia la propiedad vecina para tomar luces de ella, lo cierto es que puede darse por lo menos un caso en el que la colocación de reja y red no reportaría ninguna utilidad. Así pensemos en que el vecino tiene cerrada su propiedad con un muro de su exclusiva propiedad; si edificamos en nuestro terreno adosados a ese muro, podríamos dejar una terraza practicable con uno de sus lados cerrado por el muro del vecino, mientras que el resto de sus frentes, salvo la imprescindible comunicación con la parte cubierta de nuestro edificio, podría quedar abierto hacia nuestra propiedad o vía pública. Teóricamente, el vecino podría exigir que todo el hueco de la terraza, en la parte que linda con su propiedad, quedara debidamente protegido por reja y red, pero no vemos que utilidad podría derivarse de semejante exigencia pues, en realidad, su propiedad estaba ya inmejorablemente protegida con su propio muro, haciendo de hecho innecesaria nuestra reja y red. Y no se diga que las protecciones serían precisas para impedir que el hueco se considerara, por la falta de protecciones, un signo aparente de servidumbre susceptible de generarla, en su caso, por destinación del padre de familia pues si la carencia de protecciones, aunque la Compilación lo niegue salvo para los efectos del artículo 541 del Código Civil, es sin duda, al menos de hecho, un signo de servidumbre, lo cierto es que la pared propia del vecino, contigua a nuestra terraza y, por lo tanto, a menos de tres metros de ella, es al propio tiempo el más contundente de los signos exteriores que pueden existir para negar una servidumbre de luces y vistas pues cuando ésta existe, en virtud de lo reglado en el artículo 585 del Código Civil, no se puede edificar a menos de tres metros, medidos de la manera indicada en el artículo 583 por lo que, en un caso como el descrito, ambos signos se neutralizarían haciendo que, a la vista de los signos exteriores, en buena lógica, no podría considerarse existente una servidumbre de luces y vistas, es decir, no habría apariencia. Por ello, salvo que se nos alegara alguna utilidad que ahora no acertamos a concebir, parece que los más acorde con la función social de la propiedad será concluir que, mientras exista la pared del vecino, no estaremos obligados a colocar reja y red ni, en consecuencia, podrá prescribir la acción para exigirla; ahora bien, en cuanto el vecino demoliera su pared, desde ese momento estaríamos obligados a proteger el gran hueco representado por nuestra terraza y, también desde ese momento, comenzaría a correr la prescripción extintiva de la acción que el derecho da a nuestro vecino para exigir las protecciones. Además, no creemos que con semejante postura se venga a infringir, siquiera sea aparentemente, o a corregir de algún modo el artículo 144.2 en la materia que concierne a las protecciones pues, en realidad, un hueco como el descrito no estaría sin proteger sino que, más propiamente, al formar un todo con la pared del colindante, contaría, aunque fuera gracias a ella, con la protección semejante a la que se refiere el artículo 144.2 de la Compilación.

1.g.(2).(e) Balcones y otros voladizos

Como luego veremos, los balcones y voladizos también se pueden proteger en su línea exterior y, cuando eso ocurre, siempre que no se vuele sobre la finca del

vecino, puede discutirse si el voladizo pierde dicha condición para pasar a considerarse simple hueco adecuadamente protegido.

1.g.(3) Características de las protecciones

Tampoco se describen ahora, en la vigente Compilación, las dimensiones que debe tener la red de alambre, pero pensamos que, a título orientativo y a falta de costumbre local, pueden utilizarse, como punto de referencia no vinculante y meramente orientativo, las medidas previstas en el Apéndice, teniendo presente que lo esencial es que las protecciones impidan asomarse a la finca vecina y arrojar objetos hacia ella. Otro punto de referencia sobre las medidas de las protecciones nos lo proporciona José Manuel BANDRÉS y SÁNCHEZ CRUZAT³⁵ en sus comentarios al artículo 144, cuando recuerda que, según Alonso Lambán en sus anotaciones a las Observancias 6^a, «De aqua pluviali arcenda» y 7^a, «De praescriptionibus», Vidal de Canellas decía que las protecciones tenían que estar dispuestas de manera que “a penas pueda caber la mano”. Además, la Compilación permite la colocación de protecciones semejantes o equivalentes a la reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre, por lo que deja abierta la puerta para cuantas protecciones similares pueda concebir la mente humana; entre ellas, creemos que podría comprenderse el remate de los huecos con material traslúcido fijo en obra, de los que dejan pasar la luz sin permitir vistas, material que, en realidad, en determinados casos, puede hasta determinar que, jurídicamente, ni siquiera se considere que exista propiamente un hueco; aunque debemos dejar claro que la indicada pérdida de la condición jurídica de hueco, por el empleo de este material traslúcido, sólo se produce en el Derecho Común donde la jurisprudencia se ha visto obligada a conciliar la necesidad de no impedir el cierre de las propiedades con nuevos materiales, aunque sean traslúcidos, con la insalvable prohibición del Código Civil para la apertura de huecos que, dentro de las distancias legales, tengan dimensiones superiores a las permitidas en el artículo 581, llegando alguna sentencia, como la de la Audiencia Territorial de Granada de 18 de Abril de 1972, citada por Miguel Ángel DEL ARCO TORRES y Manuel PONS GONZÁLEZ³⁶, obligada por las limitaciones legales del Código, al contrasentido de permitir todo un muro completamente construido con material traslúcido y, por el contrario, impedir, en un muro hecho con materiales tradicionales, una pequeña parte cerrada con este material traslúcido pese a estar fijo, sin formar hojas de ventana; no obstante, el Tribunal Supremo, en el derecho común, en la sentencia de 14 de Febrero de 1992 (RJ 1992/1269), consideró inocuo un hueco con un cristal totalmente opaco que no permitía proyectar vistas. Sin embargo, en Aragón, donde están permitidos los huecos sin sujeción a dimensiones determinadas, estos materiales, fijos en obra, tanto si permiten luces como si permiten vistas, sirven desde luego como “protección equivalente” y, si se hace enteramente una pared de cerramiento con ellos, pensamos que todo el muro será gran un hueco, siquiera sea para luces, debidamente salvaguardado por una “protección equivalente”. Ahora bien, en Aragón sólo podemos pensar en un muro fabricado enteramente

(35) Bandrés y Sánchez Cruzat, José Manuel. “Artículo 144”. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXXIV. VOL.2º. Pág. 214.

(36) Del Arco Torres, Miguel Ángel y Pons González, Manuel. Régimen jurídico de las servidumbres. Editorial Comares. Pág 445.

con material traslúcido si se trata de pared propia pues, en el caso de paredes medianeras, tal situación de muro enteramente de cristal sólo sería posible derrumbando previamente la parte del medianil correspondiente al vecino, cosa que, como antes vimos, no creemos autorizada por la Compilación.

Por último, creemos que no existirá inconveniente alguno en que, aprovechando los avances operados en los materiales empleados en construcción, la reja y red se fundan en un solo elemento como, por ejemplo, una red lo suficientemente recia como para hacer las veces de reja.

1.g.(4) Lugar de colocación de las protecciones

Las protecciones, por reclamarlo así el artículo 144.2, se deben situar en la pared, remetidas en ella. Como quiera que el precepto no lo precisa, parece que se podrán situar, remetidas, en cualquier punto del espesor de la pared pero, si ésta es medianera, creemos que las mismas no deberían rebasar en ningún caso el eje de aquella.

1.g.(5) Delimitación y crítica a la prohibición de balcones y voladizos

El artículo 144.2 de la Compilación, al tiempo que exige las protecciones, prohíbe, dentro de las distancias del artículo 582, que los huecos tengan balcones y otros voladizos; "los huecos carecerán de balcones y otros voladizos", dice literalmente el precepto. Naturalmente, la Compilación no prohíbe toda clase de voladizos, entendidos como salientes de la línea de fachada, sino que, exclusivamente, impide que los huecos los tengan, con todas las matizaciones que más adelante veremos. Por ello, en nuestra propia finca, sin rebasar la línea de colindancia, podremos dejar siempre todos los voladizos que nos convengan sin restricción alguna, siempre que no sirvan para proyectar vistas, como, por ejemplo, el alero del tejado y, si siguiéramos la literalidad de la Compilación, podríamos incluso tener toda clase de voladizos, hasta para vistas, siempre que los mismos, los repetidos voladizos, no estuvieran vinculados a algún hueco sito dentro de las distancias marcadas por el Código; en cualquier caso, aunque no haya que seguir literalmente las indicaciones de la Compilación, deberemos tener presente que los huecos únicamente estarán dotados realmente de voladizos cuando los repetidos voladizos sirvan para apoyarse en ellos, facilitando la proyección de las vistas asomándose desde ellos sacando el torso, como el caso de un gran alfeizar, o todo el cuerpo, como ocurre con los balcones; en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de Noviembre de 1993 que negó acertadamente la condición de voladizo a un simple saliente de las baldosas que conformaban el alfeizar de una ventana sobresaliendo "una mínima distancia"; al propio tiempo, dicha sentencia cita la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1987, en la que se consideró, como voladizo, un alfeizar que presentaba un saliente de treinta centímetros.

Balcones sobre finca vecina, invadiendo su vuelo

Nada hay que objetar a la prohibición de balcones que vuelen sobre la finca vecina pues la invasión de su espacio aéreo nunca se ha permitido en Aragón de forma que si se construye un balcón sobre la finca colindante se estará ejercitando de hecho, tanto en Aragón como en Castilla, una servidumbre positiva de luces y vistas que, con el tiempo, se puede adquirir en derecho mediante el instituto de la usuca-

pión; es decir, estaríamos ya dentro del campo de las servidumbres en lugar de en el ámbito de las relaciones de vecindad.

Balcones sobre la finca propia, sin invadir la colindante

Por el contrario, no entendemos que finalidad puede tener en Aragón la prohibición de balcones y voladizos sobre fondo propio, aun dentro de las distancias del artículo 582 del Código. En el Código Civil es natural que los mismos tampoco se permitan pues al autorizarse, dentro de las distancias del artículo 582, tan solo los diminutos huecos de tolerancia para luces resultaría un contrasentido que luego se permitiera tener voladizos desde los que dominar y registrar ilimitadamente la finca vecina pues, en realidad, tales balcones, si tomamos en consideración su línea exterior, no son más que unos huecos de muy grandes dimensiones que, por ello, exceden de las medidas de treinta centímetros en cuadro autorizadas, para los huecos de tolerancia, por el artículo 581. Sin embargo, en Aragón, esta restricción importada del Código Civil no tiene ningún sentido pues aquí sí que están permitidos los huecos de grandes dimensiones por lo que los voladizos sobre finca propia deberían permitirse igualmente sin perjuicio de que se exigiera que los mismos quedaran protegidos con reja y red remetida en la línea exterior de fachada del propio voladizo, u otra protección semejante. No obstante, la realidad, como más tarde veremos, es que aun siguiendo los dictados de la Compilación, en vía interpretativa, se puede llegar a concluir, no sin complicaciones dialécticas, que los vuelos en finca propia no están realmente prohibidos, bastando con que se proceda a su protección.

Absurdos a los que conduce una interpretación literal del 144.2

Para empezar, si seguimos literalmente las pautas que marca nuestra Compilación llegamos al absurdo de que la misma prohíbe unos voladizos que, según ella misma, es físicamente imposible utilizar. Por un lado tenemos que, según el artículo 144.2, los huecos tienen que estar protegidos y, por otro, como requisito añadido, tenemos que los dichos huecos deben carecer de voladizos; recordemos nuevamente que el 144.2 dice que, dentro de las distancias del artículo 582, "los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provisto de reja de hierro etc...". Pues bien, imagínense un hueco; ahora coloquen la reja y red u otra protección semejante; seguidamente pónganle al hueco un voladizo en su base que pueda servir para pisarlo o apoyarse en él, como un balcón. Si ya tienen en sus mentes la imagen descrita, ¿puede alguien explicar como se accede al voladizo o balcón?, la realidad es que no podemos acceder al voladizo ni podemos servirnos de ningún modo de él pues nos lo impide la reja y red de forma que, a efectos de luces y vistas, la existencia de dicho balcón es indiferente y, entonces, ningún sentido tiene prohibirlo. Y no se nos diga que también puede construirse un balcón más ancho que la fachada de colindancia, dándose acceso al citado balcón por un hueco hecho en fachada lateral a mayor distancia de la prevista en el artículo 582, sin necesidad ya de reja y red, pues en semejante caso ya no tendríamos dentro de las distancias del repetido artículo 582 un hueco con voladizo sino que, fuera de las mismas, tendríamos un hueco y, dentro de ellas, tendríamos un voladizo, pero ya sin hueco, que es algo distinto a la previsión fáctica del artículo 144.2 cuya explicación, puestos a apurar la situación, tampoco puede lograrse imaginando, en la fachada de colindancia, un balcón sin hueco alguno al que, no obstante, se accediera subiendo o bajando por

una escalera exterior pues, así, sólo tendríamos un voladizo pero no un hueco con voladizo, que es lo prohibido, en una interpretación literal, por el párrafo estudiado. Es decir, a la vista de lo hasta ahora razonado parece que hay que concluir que no es muy afortunada la redacción de este segundo párrafo del artículo 144.

Sentado lo anterior, veamos si es posible entender el precepto de alguna otra manera. Antes dijimos que uno de los requisitos que ha de tener un hueco para que se considere como tal a efectos de luces y vistas es que el muro en el que el mismo se encuentra tenga a un lado "el interior" de la construcción y, al otro, "su exterior"; de esta forma, para esta relación de vecindad, como es natural, no cuentan los huecos interiores de la construcción, cuando distribuyen interiormente su espacio. Es decir, si a un hueco le colocamos un saliente como voladizo alargando su piso lo que estamos haciendo en realidad es prolongar la construcción misma de forma y manera que su límite lo estamos desplazando hacia la línea más exterior del voladizo, por lo que el hueco inicial pasa a tener ambos lados "dentro" de la construcción que, como ya sabemos, no pierde la condición de zona construida por el hecho de que carezca de tejado o cubierta; de este modo, el referido hueco que permite el acceso al voladizo ha pasado a ser una abertura de distribución interior de la construcción, que debe estimarse irrelevante a efectos de luces y vistas. Y, al propio tiempo, la línea más exterior del voladizo es la que marca el límite exterior de la construcción y si en ella omitimos un muro de cierre lo cierto es que habremos dejado allí un "hueco" de grandes dimensiones y, por ello, deberemos protegerlo adecuadamente, colocando reja y red en su frente y, si fuera preciso para impedir vistas oblicuas ilegítimas, en los laterales del saliente.

Como vemos, siguiendo esta línea de razonamiento, lo que sucede es que un hueco no puede tener un voladizo sin perder, simultáneamente, su condición de hueco relevante, a efectos de esta relación de vecindad, pues la dicha condición de hueco a considerar realmente se transmite a la abertura que, en su caso, se hubiera dejado en la línea exterior del voladizo, razonamiento que explicaría también la imposibilidad de volar sobre la finca del vecino pues, en semejante caso, el hueco relevante no estaría ya abierto en nuestra propia finca desde pared propia o medianera, como autoriza la Compilación, sino que el hueco se estaría abriendo ya desde la finca del colindante, en la línea exterior del voladizo que, abusando de esta relación de vecindad, habríamos construido en el interior de la finca vecina, más allá de la pared propia o medianera. Es decir, al desplazarse jurídicamente el hueco relevante a la línea más exterior de la fachada marcada por el voladizo, es el hueco dejado en dicha línea exterior de fachada el que deberemos proteger. Así, superamos el contrasentido inicial de que estén prohibidos unos voladizos realmente inutilizables, pero lo cierto es que esta primera solución nos conduce a otro problema cual es que, entonces, ya no pueden existir huecos con voladizo pues al desplazarse el hueco relevante a la línea más exterior del voladizo tendremos que, allí, en la línea exterior, hay un hueco pero ya no podremos decir que el mismo tiene un voladizo pues ningún saliente se proyecta ya más allá del hueco que hemos pasado a considerar, el dejado en la línea más exterior de la fachada. De este modo, salvamos el absurdo inicial del artículo 144.2 pero llegamos a otro distinto pues ahora resulta que el precepto prohíbe una situación que, jurídicamente, no puede existir pues, si se sigue esta tesis, en materia de luces y vistas puede haber huecos, o puede haber también voladizos, pero no pueden existir jurídicamente huecos con voladizos pues, aunque existan en la realidad física, el hueco inicial sito en el interior de la construcción pierde jurídicamente su relevancia de forma que, aunque el hueco físico permanezca en su

lugar, la abertura a considerar a efectos de esta relación de vecindad se desplaza a la línea exterior del voladizo, absorbiendo así al voladizo mismo, que deja de existir como un apéndice de un hueco, de manera que la abertura relevante pasa a ser, de este modo, un simple hueco, sin vuelo alguno.

Absurdos a los que conduce una interpretación lógica del 144.2

Si abandonamos una interpretación literal del artículo 144.2 de la Compilación y el mismo lo ponemos en relación con el artículo 582 del Código Civil, en el que sin duda se inspira el primero, parece que habremos de llegar a la conclusión de que la Compilación Aragonesa lo que ha querido prohibir es, simplemente, la existencia de balcones u otros voladizos, dentro de las distancias del repetido artículo 582 y, precisando aún más, dado el título del precepto, dedicado al régimen normal de luces y vistas, podremos decir que, dentro de las referidas distancias, prohíbe toda clase de balcones o voladizos para proyectar vistas, sin comprender de este modo, en la repetida prohibición, voladizos sobre finca propia con otras finalidades distintas al goce de vistas, como los aleros de los tejados o los salientes con finalidad estética o cualquier otro saliente en la fachada que no sirva para proyectar vistas.

Ahora bien, aunque sin duda éste es, a nuestro juicio, el sentido de la Compilación, la verdad es que ésta prohibición, importada del Código Civil, no tiene mucho sentido en Aragón al permitirse, aun dentro de las distancias del artículo 582, huecos sin sujeción a dimensiones determinadas. Y para evidenciar lo absurdo de esta prohibición vamos a permitirnos el recurrir a un ejemplo.

Así, imaginemos una casa que, infringiendo la prohibición ahora criticada, tuviera un balcón a menos de dos metros de la propiedad vecina, pero sin invadir el espacio aéreo de ésta. Pues bien, si le pedimos al dueño del balcón que lo haga desaparecer quitando el vuelo que sobresale de la fachada el mismo podría contestarnos, cargado de razón, que tiene derecho a aprovechar, edificando, la totalidad de la superficie de su propiedad y que, para hacer desaparecer el balcón, como tal voladizo, prefiere construir debajo de él, de forma que, una vez "rellenado", con una nueva fase de la construcción, el vacío que existía por debajo del balcón, éste habría dejado realmente de existir como tal voladizo para transformarse en una azotea practicable. Es cierto que, acogiéndonos al criterio de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1983 y de 12 de Diciembre de 1986, citadas por la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 de Junio de 1992, podríamos exigir que dicha azotea se protegiera con reja y red pero nótese que el dueño de la casa, desde dicha azotea, podría ver y dominar nuestra finca con la misma intensidad y de la misma forma que lo hacía desde el balcón, salvo las restricciones que derivaran de la colocación de las protecciones; es decir, lo único que habríamos conseguido es limitar las vistas originarias del balcón colocando las protecciones en la línea exterior del voladizo, aunque éste se hubiera transformado en una azotea la cual, además, como se dijo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 de Junio de 1992, bien podría considerarse como si fuera "un gran balcón". De la misma manera, si nos volvemos a situar de nuevo en la situación inicial de nuestro ejemplo, al pedirle al dueño del balcón que lo hiciera desaparecer quitando el vuelo saliente de la fachada, también nos podría contestar, igualmente cargado de razón, que tiene derecho a aprovechar, edificando, la totalidad de la superficie de su propiedad y que, para hacer desaparecer el repetido balcón, prefiere cerrarlo por todos sus frentes, laterales

y techo, con muros de ladrillo o que prefiere desplazar, en toda la anchura del balcón, la fachada de su casa hacia el lindero, hasta llegar a la línea exterior del balcón, construyendo así, solamente, por encima y por debajo de él; pues bien, una vez realizado dicho cierre y desaparecido con él el balcón, nada impediría al dueño de la finca abrir en los citados muros de ladrillos, en toda la línea perimetral donde antes estaba el balcón, un gran hueco, tan grande como los mismos muros, al amparo del artículo 144.1, colocando las protecciones legales. De este modo, lo único que habríamos conseguido, de nuevo, es limitar las vistas originarias con la reja y red, pero nuestro colindante seguiría viendo nuestra finca exactamente igual, salvo las limitaciones que resultaran de la colocación de las protecciones.

Por otro lado, podemos también imaginar el ejemplo contrario. Pensemos en una fachada, a menos de dos metros del lindero, que, aun careciendo de voladizo, tenga a la altura de una determinada planta intermedia, en pared propia, un hueco de grandes dimensiones, comprendiendo la totalidad del muro de cierre; así, a la altura de la indicada planta, sería como si no existiera pared de cierre en todo su perímetro, tanto en la fachada principal como en las laterales. Naturalmente, dentro de las distancias del artículo 582, dicho hueco debería estar protegido con reja y red y, desde luego, no podría considerarse un balcón o voladizo, pues tendría más plantas tanto por arriba como por abajo, sin sobresalir en ningún momento de la línea de fachada. Si procedemos a demoler los pisos que estuvieran por encima de la planta con nuestro hueco protegido con reja y red, éste se habría transformado en una azotea debidamente protegida, pero las vistas sobre el vecino seguirían siendo exactamente las mismas; y si seguimos con nuestras modificaciones, y pasamos a reducir el espacio habitable de los pisos o locales que estuvieran por debajo de la planta con nuestro hueco protegido, retranqueando unos metros la línea exterior de la fachada existente por debajo de dicha planta y, al propio tiempo, procedemos a alzar nuevos pisos en, aproximadamente, la mitad de la planta con el hueco, precisamente en la mitad que estuviera más alejada del lindero, resultaría que el repetido hueco protegido se habría transformado en un gran balcón con sus líneas exteriores debidamente protegidas, pero las vistas sobre el vecino seguirían siendo exactamente las mismas.

Y si las vistas siguen siendo las mismas, sin cambio alguno, en el caso de huecos, azoteas y balcones, no encontramos razón alguna que permita explicar el que tales vistas se permitan desde huecos y desde azoteas y que, por el contrario, no se permitan desde balcones o voladizos que no invadan, por supuesto, el espacio aéreo de la finca colindante, salvo que esta prohibición responda a una mera importación del criterio del Código Civil sin tener en cuenta que ambos sistemas, el Castellano y el Aragonés, arrancan actualmente, en esta materia, de puntos de vista totalmente opuestos.

Conclusión sobre los balcones

En consecuencia, a la vista de cuanto hemos razonado, parece que el artículo 144.2, además de estar redactado con un dudoso acierto, no debería prohibir los balcones y voladizos sobre finca propia, sin invadir el vuelo de la propiedad ajena; aunque exigiera que tales voladizos estuvieran protegidos como un hueco más, en su línea exterior, allí donde permitieran vistas rectas u oblicuas a menor distancia de las previstas en el artículo 582 del Código Civil.

No obstante, aun estando al tenor actual de la Compilación, parece que, siquiera fuera por razones de economía social, podría autorizarse que los balcones sin invadir la finca vecina, en lugar de ser suprimidos, fueran protegidos con reja y red, sin dar lugar a que los balcones sean tapiados con un muro que, seguidamente, al ser muro propio, podría ser luego horadado en su práctica totalidad, al amparo del artículo 144.1, dejando un hueco "sellado" por la reja y red, hueco que ya no tendría ningún voladizo, pues ningún saliente sobresaldría de la fachada partiendo de él. Este, según creemos, debe de ser el sentido que informa la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1986 (RJ1986433) cuando, refiriéndose a una "terracea o galería" que no volaba sobre el corral del actor, consideró que "lo único que podría haber exigido éste,..., es que se acordara la protección ordenada de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente".

En todos estos casos, si el balcón no estuviera cubierto, la altura que debería darse a la reja podría ser la de los tres metros que anteriormente empleamos, a título de sugerencia, para determinar hasta donde alcanza "el interior" de las zonas construidas al descubierto.

1.g.(6) El tiempo y la acción para someter a reglamento los huecos ilegítimos

Recordemos que seguimos estudiando todavía las relaciones de vecindad, pues bien, ante la falta de protecciones, se produce la prescripción extintiva de la acción para pedir su colocación en los mismos términos que ya hemos visto bajo el Apéndice, sin que ello suponga necesariamente la adquisición de servidumbre alguna, de cuya usucapión nos ocuparemos más tarde, aunque en este momento sí nos parece oportuno insistir en que, salvo en la servidumbre positiva (constituida con voladizo invadiendo la finca contigua) el ejercicio de la servidumbre, siquiera sea de hecho, sólo puede tener lugar desde que se produce el acto obstativo. Es decir, la prescripción de la acción para exigir la colocación de las protecciones, no significa, ni mucho menos, que ya no podamos edificar o construir cubriendo los huecos facultad que sólo se pierde, dentro de los tres metros de distancia prevenidos en el artículo 585, si el titular de los huecos ha ganado por cualquier título la servidumbre, incluida la usucapión la cual, como luego veremos, es de muy difícil consumación bajo la vigencia de la Compilación.

Ahora bien, aunque, por las razones que vimos al analizar el Apéndice, a los treinta años, si antes no se hubiera usucapido una servidumbre, prescribe la acción para hacer colocar las protecciones, tal cosa no impedirá que en nuestro lado de la medianera coloquemos nosotros mismos las protecciones que, no más allá del eje del medianil, debería haber puesto quien abrió los huecos al cual, en virtud de la prescripción, no le podremos exigir ya su colocación, pero nada nos impedirá el colocar la reja y red por nosotros mismos, siempre que actuemos en nuestro propio lado de la pared medianera. Por el contrario, si los huecos estuvieran abiertos en pared exclusivamente propia del dueño de los huecos, producida la prescripción, tampoco podríamos tocar la pared del vecino para colocar por nosotros mismos las protecciones; en semejante caso, además de construir o edificar, únicamente podríamos adosar al hueco una reja y red, desde nuestra propia finca y tomando apoyo en ella sin rebasar el lindero, pero tal cosa de bien poco nos serviría si el hueco no se hubiera abierto prácticamente en la misma linde, aparte de nunca podríamos conseguir que la reja quedara "remetida" en la pared exclusiva del vecino.

Por otro lado, la inexistencia de protecciones no es la única infracción que puede cometerse al abrir los huecos, incluso aunque consideremos directamente que los balcones y voladizos sobre finca propia están permitidos si se les dota de reja y red en su línea exterior. Cabe, como irregularidad añadida, que efectuemos un balcón invadiendo la finca del vecino, volando sobre ella, en cuyo caso, al tratarse de una servidumbre positiva que se ejerce desde que se construye el voladizo y que, además es aparente (artículo 145 Compilación), la usucapión de la servidumbre, como luego estudiaremos, se produce antes de que puedan entrar en acción las reglas generales sobre la prescripción de las acciones en relación a los bienes inmuebles en los términos previstos en el artículo 1963 del Código Civil; es decir, se adquiere la servidumbre antes de que pueda pasar el plazo general previsto en el artículo 1963 del Código.

Pero existe una irregularidad más a considerar que, además, es la que nos parece más destacable. Ya hemos visto anteriormente que del artículo 144.3 se desprendía que no se pueden abrir los huecos si al otro lado de la pared medianera ya está construido o edificado por el colindante. De este modo, nos parecía evidente que el vecino no puede perforar la pared medianera para abrir un hueco que dé directamente, por ejemplo, al cuarto de estar de nuestra casa. Pues bien, si desconociendo dicha prohibición el vecino nos abre un hueco en pared medianera comunicando su casa con nuestro cuarto de estar, pensamos que está creando un signo aparente de servidumbre pero ésta, al merecer, por las razones que más tarde daremos, la calificación de negativa, sólo comenzará a ejercerse desde la producción de un acto obstativo, por lo que si éste se demora, o no llega a materializarse, muy bien pueden transcurrir treinta o más años sin que se hubiera adquirido servidumbre alguna.

Por eso, puede entrar perfectamente en juego la prescripción extintiva de acciones conforme a las reglas generales del Código, pero en este caso, dudamos si debe acudirse al artículo 1963 del Código, como acción real sobre bienes inmuebles o si, por el contrario, debe aplicarse la regulación propia de las acciones personales, pues en el supuesto estudiado la irregularidad no la comete el vecino dando una determinada configuración a su propia finca sino que la comete ya en nuestra propiedad, al obrar indebidamente en nuestro lado del medianil, abuso que bien podría dar lugar al nacimiento de una acción personal, como la que surgiría en el caso de que un extraño, aunque no sea vecino, derrumbara un tabique de distribución interna de nuestra vivienda el cual, por cierto, aun sin ejercitar acciones, lo podríamos reconstruir por nosotros mismos cuando lo tuviéramos por conveniente, en cualquier momento, mientras no se hubiera ganado una servidumbre que lo impidiera.

No obstante, si nos tenemos que pronunciar, quizás debiera decirse que habría que aplicar el artículo 1963, dando el tratamiento de acción real, pues aunque la irregularidad se cometa ya en nuestra propia finca ello sucedería, precisamente, por autorizar la Ley a obrar en el lado ajeno de la medianera, como si fuera propio, al tiempo que se horada el lado propio de la pared; es decir, es como si la agresión se cometiera desde el exterior, desde la finca vecina, aunque de hecho, materialmente, la irregularidad se sitúe dentro de la finca que es objeto del abuso, en su lado del medianil. En cualquier caso, cualquiera que sea la solución que merezca la disyuntiva planteada, lo cierto es que, producida la prescripción extintiva de acciones, no podríamos hacer cerrar los huecos a nuestro colindante pero, mientras no hubiera usucapido, a raíz de ellos, una servidumbre de luces y vistas, nada nos impediría cerrar por nosotros mismos los huecos obrantes en nuestro lado del medianil,

haciendo uso del imprescriptible derecho a edificar en nuestro propio predio consagrado en el artículo 144.3 que, como tenemos repetido, comprende el derecho a terminar una construcción que estuviera incompleta por cualquier causa, como lo sería, si se nos permite seguir con el mismo ejemplo, nuestro cuarto de estar pues al mismo, para rematar y terminar su construcción, como quiera que ya tendría sus cuatro paredes y su techo, sólo le faltaría reponer la parte de pared derruida por el vecino al abrir los huecos, es decir, sólo le faltaría cerrar los dichos huecos, obra que, como decimos, la podríamos realizar por nosotros mismos en cualquier momento mientras el colindante no hubiera ganado por usucapión, u otro título, una servidumbre negativa de luces y vistas.

1.g.(7) El párrafo tercero del artículo 144; ¿La facultad de abrir huecos, una vez es ejercida, limita algún derecho del propietario del fundo vecino hacia el que se abren los huecos?

El párrafo tercero del artículo estudiado precisa que la facultad concedida para abrir los huecos "no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna". Así la Compilación nos dice que la apertura de los huecos no limita el derecho a construir o edificar, pero no nos precisa si limita algún otro derecho y, en caso, positivo cual de ellos, de entre los derivados normalmente del dominio.

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. De este modo, si esta fuera la tesis correcta, resultaría que, desde el momento en el que se abrieran los huecos, quedarían limitadas todas las facultades del dominio en la finca vecina, salvo la de construir o edificar. Evidentemente, esta alternativa debe ser desechada pues la apertura de los huecos, sin entrar ahora en otras consideraciones, supondría la práctica expropiación de todas las facultades derivadas del dominio, dejándolo vacío de todo contenido, salvo para construir o edificar, privándolo pues de todas las demás facultades, incluso la de aquellas que ninguna relación guardarán con el régimen de luces y vistas como las de arrendarlo, hipotecarlo, enajenarlo, etc.; lo cual es sin duda una solución inaceptable, dado el ámbito normativo del propio precepto, dedicado al régimen normal de luces y vistas, por lo que no es razonable pensar que con él se quisieran limitar ni restringir facultades ajenas a dicho régimen. Además, si esta opción fuera correcta, nos parece que más que ante una relación de vecindad, nos encontraríamos ante la peor y más temible de las servidumbres pues el dominio afectado por ella quedaría limitado a la mera facultad 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

lucos 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 lucos o permitir vistas, salvo los derechos o facultades de edificar o construir que los seguiría conservando el dueño de la finca vecina.

Con esta matización habríamos evitado un total vaciado del contenido de las facultades dominicales en el predio vecino pero, pese a ello, la mera apertura de los huecos se convertiría en una especie de expropiación parcial de la propiedad vecina, sin precio alguno, limitando en ella el ejercicio de todas aquellas facultades cuyo ejercicio supusiera una merma en la eficacia de los huecos, es decir sería como si se estuviera disfrutando de una servidumbre pese a que, en los huecos abiertos por razón de vecindad, como se decía en el informe del SEMINARIO DE LA COMISIÓN COMPILADORA, "Ni el predio favorecido por los huecos es dominante, ni el vecino pasa a ser sirviente"; además, si esta opción fuera la solución correcta, las limitaciones que de ella se derivan serían difícilmente conciliables con la "buena equidad" a la que se apelaba en la Observancia sexta, aparte de que tampoco sabríamos exactamente en que consistiría la expresada limitación, pues la Ley no la habría precisado. Así, no sabríamos si el dueño de la finca hacia la que se abrieron los huecos podría o no apilar objetos cerca de los huecos, ni a que distancia, ni si podría proyectar alguna sombra sobre ellos aunque proviniera de un objeto lejano, ni si podría o no disminuir las vistas del paisaje colocando una hilera de árboles altos en el mismo centro de su finca, a más de dos metros del lindero, etc.

La tercera opción: la solución correcta

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, le 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. Como vemos, para eludir los equívocos que plantean los términos "cerrar", "obstruir", "cegar" y "tapar", en este trabajo vamos a decir que los huecos se "deshacen" cuando, al construir o al edificar, se rellena el vacío en el que, al fin y al cabo, consiste el hueco.

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 lucos y las vistas proporcionadas por los huecos al vecino, siempre que actúe buscando su propio beneficio, explotando NORMALMENTE su propia finca, sin incu-

rrir en un uso abusivo de su derecho o en un ejercicio antisocial del mismo para perjudicar al vecino mediante el deliberado entorpecimiento del uso de los huecos aun sin obtener un beneficio propio. Es decir, en esta tesis, el dueño de la finca a la que se abren los huecos, aunque no pueda "deshacerlos" si no construye o edifica, tiene derecho a seguir usando y a explotar NORMALMENTE su finca, sin límite alguno que derive de los huecos que, como relación de vecindad, no suponen ni pueden suponer servidumbre, carga ni gravamen alguno; aunque, naturalmente, dicho derecho a usar y disfrutar de su propia finca, como todos los derechos, no podrá ser ejercitado abusivamente en virtud de lo reglado en el artículo 7.2 del Código Civil que es una institución ajena al régimen de luces y vistas aunque module y matice, como a cualquier otro derecho, los derechos derivados del citado régimen de luces y vistas.

Razones históricas

Para llegar a esta conclusión hemos tenido desde luego en cuenta los precedentes históricos; así, somos conscientes de que el artículo 15 in fine del Apéndice decía que "En cualquier momento..podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos", pero este reconocimiento expreso de la facultad de construir, es tan equívoco como el de la Compilación y no creemos que llevara implícita la prohibición de limitar la utilidad de los huecos mediante el ejercicio NORMAL de otras facultades dominicales; así, supuesta una ventana sobre el tejado del vecino, no creemos que a éste le estuviera prohibido colocar en su propio tejado una antena de televisión, aunque con ella restringiera o limitara las luces tomadas desde su finca y las vistas proyectadas hacia su finca, a través de la ventana abierta por el vecino. Y lo mismo puede decirse al estudiar el texto de la Observancia sexta cuando señalaba que "el dueño de las casas vecinas, si construye un edificio que sobresalga por encima de esas ventanas, puede cegarlas" pues que las ventanas abiertas en la pared común sólo edificando pudieran deshacerse, convirtiéndolas de nuevo en simple muro, no debe traducirse necesariamente en que, aun respetando la presencia física de las ventanas, el dueño no pudiera usar y disfrutar NORMALMENTE de su propia finca, aunque de ello se derivara alguna merma en la utilidad de las ventanas que, entonces y ahora, se pueden abrir, cierto pero, para que nos entendamos, se disfrutan en PRECARIO y, se supone, que sin traducirse en ningún perjuicio objetivo para el colindante.

De hecho son los textos históricos los que más claramente nos proporcionan la solución, la proclaman a grandes voces, pero es preciso que sepamos dirigir nuestra atención al sitio adecuado que se localiza, precisamente, según creemos, en la Observancia primera, donde se nos decía que en esta materia observáramos lo que dice la letra y la letra lo que decía es que

"Y está allí el mejor argumento de que cada uno puede obrar a su voluntad en la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quien es la posesión".

De esta manera volvemos de nuevo a la "idea básica" del *ius usus innocui* y, con ella, al principio que inspira toda esta institución Aragonesa de modo que, como antes dijimos, si no queremos distorsionarla dotándola de un cierto aspecto de carga o gravamen, más propio de las servidumbres que de las relaciones de vecindad, parece que no sólo debe quedar intacta la facultad de construir o edificar en el predio vecino hacia el que se abren los huecos sino que, además, es preciso que la mera

existencia de tales huecos para luces y vistas, o sólo para luces, no supongan por sí mismos un perjuicio objetivo apreciable para el vecino, pues la Ley le obliga a tolerarlos, precisamente, porque considera que de ellos no dimana ningún daño objetivo.

Algunos ejemplos

Pero si nuestro torpe razonamiento no es suficiente para convencerles de cuánto estamos diciendo quizás unos pocos ejemplos puedan resultar más clarificadores. De hecho, al hablar de obstaculizar unos huecos sin construir o edificar parece inevitable el imaginarse a un antipático e insolidario vecino que, sólo por molestar, se dedica a colocar los más variados objetos con la única y exclusiva finalidad de dejar a su colindante a oscuras sin obtener él mismo más utilidad que la satisfacción de perjudicar. Hechos como el descrito, que pueden ser corregidos perfectamente mediante la institución del abuso del derecho, no deben enturbiar nuestro ánimo al decidir la cuestión que ahora estamos debatiendo pues también pueden darse otras situaciones que, aun obstaculizando las vistas, respondan a finalidades legítimas, de forma que la posibilidad de que un derecho se pueda llegar a ejercitar abusivamente no debería determinar a los juristas a negar el derecho mismo, aunque debamos reprender y corregir su ejercicio abusivo cuando tal abuso tenga lugar. Así, vamos a describir unas pocas situaciones, pensando en la sociedad actual, en las que se entorpecerá legítimamente unas vistas sin realizar construcción alguna.

Ejemplo 1: Imaginemos una ventana que se abre al tejado de la propiedad vecina apenas un metro por encima de dicho tejado. Pues bien, no creemos que le debamos negar al dueño de dicho tejado, sobre el que no pesa ninguna servidumbre, la posibilidad, si así le conviene, de colocar en él, sin hacer ninguna construcción, una o más antenas parabólicas, debidamente orientadas hacia donde la buena técnica mande, por más que con ello merme o incluso anule la utilidad que la ventana tenía para el dueño de la finca colindante. Así, el dueño del tejado no podrá "cerrar o deshacer" la ventana sin edificar o construir, pero aun sin construir podrá seguir usando NORMALMENTE su propiedad, que para eso es suya, como si la ventana no estuviera, aunque con ello disminuyera la utilidad de la repetida ventana.

Ejemplo 2: Imaginemos un solar sin edificar, cuyo propietario es una empresa dedicada a la recogida de basuras con una importante flota de camiones que, normalmente, permanecen estacionados, precisamente, durante las horas de sol, durante el día. Si dicha empresa acostumbra a aparcar sus camiones en dicho solar, no creemos que tenga que dejar de hacerlo por el hecho de que sus colindantes abrieran en pared propia o medianera ventanas contiguas al solar, por más que lo hicieran a una altura tal que quedarán permanentemente tapadas, durante el día, por los camiones del dueño del solar. Y el mismo razonamiento valdría a la inversa, aunque las ventanas sobre el solar hubieran precedido temporalmente a la costumbre, o necesidad, de estacionar en él los dichos camiones, pues en materia de relaciones de vecindad la anticipación en el tiempo no debe proporcionar ventaja alguna y si el vecino tiene el imprescriptible derecho a abrir los huecos cuando considere conveniente, sin que importe el tiempo que tarde en hacerlo, también la empresa de nuestro ejemplo tiene el imprescriptible derecho a usar y disfrutar NORMALMENTE su solar, sin que importe tampoco el tiempo que tarde en hacerlo, pudiendo usar su solar como mejor le convenga, aparcando sus camiones, o, si ese fuera su negocio, almacenando chata-

rra o cualquier otro material que fuera susceptible de ser depositado en un solar sin construir.

Ejemplo 3: Imaginemos un solar muy alargado cuyo frente linda con vía pública; dicho solar se encuentra sin muro de cierre alguno teniendo al fondo un viejo edificio, muy alto, al frente del cual queda todo el solar sin construir ni cerrar con tapia alguna; los colindantes, en los muros de su exclusiva propiedad, han abierto en distintas plantas, a la zona sin construir, las ventanas que han considerado oportunas. Si resulta que en el edificio del solar se instalan unos grandes almacenes, no creemos que ninguna de las ventanas abiertas por razón de vecindad, sin servidumbre, pueda impedir que a la entrada del solar, cerca de la vía pública y en sitio bien visible desde ella, se coloque una gran anuncio proclamando al público la presencia de los grandes almacenes con las ofertas del día, por más que dicho anuncio ocultara alguna ventana y no integrara una construcción, al consistir en un simple panel móvil suspendido de un punto de sustentación anclado en suelo propio o, mejor, para que no se nos discuta si es o no construcción, pensemos que allí el solar, en el sitio sin construir próximo a la vía pública, está cerrado con una pared medianera en la que el vecino ha abierto una ventana, pues bien, si dicha ventana está precisamente en el lugar adecuado e idóneo para la colocación del gran anuncio, salvo que se hubiera ganado alguna servidumbre, nada impediría, a nuestro juicio, que el panel del anuncio quedara "colgado" de la medianera, sin deshacer la ventana que, de este modo, persistiría, pero oculta tras el panel del anuncio allí colgado el cual no sería estrictamente una construcción.

Ejemplo 4: Imaginemos una casa con un pequeño huerto en su parte posterior, orientado al sol de tal modo que, por las construcciones vecinas, sus rayos sólo alcancen directamente una pequeña zona, justo donde en pared medianera, existe una ventana abierta por el vecino un par de palmos por encima del suelo. El dueño de nuestra casa es afectado por una grave enfermedad que le debilita en extremo y para cuyo tratamiento, entre otras cosas, se le prescribe la toma de baños de sol. Así las cosas, la presencia de la ventana por razón de vecindad, sin servidumbre, aun sin hacer construcción de ninguna clase, no debería impedir al débil y convaleciente dueño de la casa el colocar en su propiedad, delante de la repetida ventana, una cómoda pero pesada tumbona convenientemente dispuesta para ser utilizada diariamente en sus baños de sol, sin necesidad de emprender diariamente la dificultosa tarea, para él, de poner y quitar dicha tumbona lo cual, finalmente, se traduciría en la práctica anulación de la utilidad de la ventana abierta por el vecino pero sin que ello fuera consecuencia de una construcción ni de abuso alguno, sino del NORMAL ejercicio de las facultades derivadas del dominio por parte del dueño de la finca hacia la que se abren los huecos.

Ejemplo 5: Imaginemos un jardín en finca cerrada con pared medianera, o sin cerrar con pared propia. Si al vecino se le ocurre abrir en su propia pared o, si es el caso, en la medianera, una ventana a escasa altura, para dar luz, por ejemplo, a un semisótano sito en su predio, pensamos que no sería razonable exigir al dueño del jardín que arrancara las flores y plantas que, sin ser árboles o arbustos, obstaculizaran la luz, incluso aunque hicieran inútiles las ventanas. Del mismo modo, como en la relaciones de vecindad la anticipación temporal no supone ventaja alguna, que el vecino hubiera abierto una ventana como la descrita al amparo del artículo 144.1, no debería impedir que, si así le convenía, el dueño de la finca hacia la que se habían abierto los huecos, en un ejercicio NORMAL de su propiedad, la dedicara luego a

jardín o huerto, aunque las flores y plantas que allí crecieran, sin ser árboles o arbustos, disminuyeran o anularan la utilidad de las ventanas; y hablamos de flores y plantas, sin ser árboles y arbustos, no porque el régimen normal de luces y vistas los impida, sino para eludir la prohibición que pudiera resultar del artículo 591 del Código Civil, sobre las distancias de las plantaciones.

Conclusión

El dueño de la finca a la que se abren los huecos, no sólo puede cerrarlos construyendo sino que, también, sin construir y sin "deshacer" los huecos, puede limitar o anular las luces, o las luces y vistas, usando y disfrutando NORMALMENTE de su propiedad que, si así le conviene, podrá incluso tapiarla o cercarla, hasta colocando un cerramiento con plantación vegetal, que no creemos que pueda considerarse una construcción, aunque bien pudiera ocurrir que tal plantación, admisible en principio a los efectos de esta relación de vecindad del régimen normal de luces y vistas, fuera ilegítima pero ya no por vulnerar el artículo 144, sino por infringir, en su caso, lo dispuesto en el artículo 591 del Código Civil, sobre distancias de las plantaciones, o por infringir, también en su caso, lo regulado en el artículo 7.2 de dicho Código, dedicado al abuso de derecho. Es decir, este derecho a seguir usando NORMALMENTE su propia finca, aun a costa de disminuir o anular la utilidad de los huecos sin "deshacerlos", en ningún caso podrá ejercitarse abusivamente o de un modo antisocial, pero no porque lo impida el artículo 144 de nuestra Compilación sino porque así resulta del artículo 7.2 del Código Civil, es decir, el derecho a entorpecer o mermar la utilidad de los huecos abiertos por el vecino buscando beneficio propio existe, aunque no pueda ser ejercido abusivamente y aunque los repetidos huecos sólo se puedan "deshacer" edificando o construyendo facultad que, al propio tiempo, como todos los derechos, tampoco puede utilizarse de un modo abusivo por lo que, si se nos permite la exageración, teóricamente, puede ocurrir que la obstrucción de una ventana con "unos geranios" puede ser legítima y que por el contrario sea abusiva, por la intención que la guía, la obstrucción de esa misma ventana con toda una construcción.

1.g.(8) Concepto de construcción

En realidad a lo largo de este trabajo ya hemos delimitado el concepto de construcción. Por ello, ahora sólo vamos a recordar que la Compilación habla de edificar o construir, por lo que no sólo se pueden "deshacer" los huecos haciendo un edificio, sino que tal cosa puede ocurrir fabricando prácticamente cualquier cosa material, incluidos los muros y tapias de cerramiento que, aunque no sean edificios, son construcciones que, como dijimos anteriormente, confieren la condición de zona construida sólo a la comprendida en el propio espesor del muro, sin abarcar a la totalidad de la superficie cercada por la tapia en cuestión por lo que, si se gana la medianería, nada impedirá abrir en ella los huecos que convengan, para luces o para luces y vistas, pues la zona adyacente a la tapia o cerca, por el sólo hecho de que exista el muro, no pasa a tener la consideración de "sitio construido".

Por otro lado, de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1989³⁷, por la que se calificó de abuso de derecho la construcción de una simple pared con la

(37) Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Número 19, Enero-Marzo 1989. Ref 500. Págs 159 y siguientes.

finalidad de perjudicar al vecino obstruyendo unas ventanas, no debemos sacar la conclusión de que en ningún caso puede calificarse de construcción una simple pared, pues puede ocurrir que la misma represente la última fase de un proceso constructivo interrumpido; es decir, puede ocurrir que una simple pared quede integrada en una unidad constructiva compleja que estuviera incompleta. Y, como antes dijimos, el derecho a construir comprende el derecho a terminar una construcción incompleta y si a la misma, para concluirla, sólo le falta el levantamiento de una pared, grande o pequeña, nada impedirá que aquella sea alzada tapando los huecos, aunque hayan pasado varios años desde que se interrumpió la construcción, de forma que, en nuestro terreno, podremos alzarla siempre, en todo tiempo, mientras el vecino no haya ganado alguna servidumbre de luces y vistas que nos impida construir.

2. La servidumbre de luces y vistas

Si hasta ahora nos hemos ocupado del régimen normal de las luces y vistas bajo la Ley Aragonesa vigente, ha llegado el momento de abordar el estudio de la servidumbre del mismo nombre la cual se rige totalmente por lo dispuesto en el Código Civil, en cuanto no sea incompatible con lo establecido en el artículo 145 de la Compilación, ni con la específica regulación dispuesta en la Compilación para la usucapión de las servidumbres y, por lo tanto, entre ellas, para la usucapión de la servidumbre de luces y vistas.

2.a. *La pérdida de la apariencia*

El citado artículo 145 prácticamente se limita a regular la apariencia de esta servidumbre de luces y vistas al señalar que

“Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil.”

Así, en nuestra Compilación no existe una definición de la apariencia de las servidumbres con carácter general y abstracto, para lo que deberemos acudir al artículo 532 del Código Civil que es donde, también para Aragón, precisa el derecho positivo las características que tienen las servidumbres aparentes y las no aparentes; es decir, el artículo 532 del Código es el único precepto aplicable en Aragón que tiene un concepto genérico de apariencia. Sin embargo, el artículo 145 de la Compilación, sin dar un concepto distinto de apariencia y sin pretender contrariar la regla general del artículo 532 del Código Civil precisa, casuística y puntualmente, de modo exclusivo para la servidumbre de luces y vistas, algunos concretos casos en los que dicha servidumbre debe considerarse aparente o no aparente.

El último inciso, referido al artículo 541 del Código Civil, de confusa redacción, significa, como con acierto lo puso de manifiesto Francisco SANCHO REBULLIDA³⁸, que los huecos sin proteger o con voladizos sobre fundo propio pero a menor

(38) Sancho Rebullida, Francisco. “Los derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*. 1968. Págs. 565 y 566.

distancia de la autorizada (si están sin proteger del modo que antes vimos, al criticar la sin razón de esta prohibición de voladizos sobre fondo propio), sin ser signos aparentes de servidumbre a otros efectos jurídicos, lo son para su constitución por disposición del padre de familia. No vamos a reiterar aquí los minuciosos argumentos que esgrime el expresado autor, a cuyo trabajo nos remitimos, cuya opinión ha sido seguida también, razonadamente, por José Manuel BANDRÉS Y SÁNCHEZ CRUZAT³⁹. Y esta misma tesis fue asumida también por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su sentencia de 5 de Febrero de 1992⁴⁰, aunque lo cierto es que, con posterioridad, esa misma sección, con idéntico ponente, abandonó la anterior posición al dictar la sentencia de 9 de Julio de 1994. Debe tenerse presente que el negar jurídicamente la apariencia, en determinados casos, como la falta de protecciones, para reconocerla, en esos mismos casos, a los efectos del artículo 541 del Código Civil no supone necesariamente un capricho arbitrario del Legislador, pues esa distinción quizás se pueda justificar teniendo presente que en la paradójica servidumbre negativa de luces y vistas la apariencia no equivale al ejercicio de la servidumbre, dado que, tanto en Castilla como en Aragón, el inicio de su ejercicio, siquiera sea de hecho, en la servidumbre negativa (es decir, la disfrutada desde huecos sin voladizos invadiendo el predio vecino) requiere el acto obstativo (el cual, recordemos, ya entraba en juego en Aragón mucho antes de que lo mentara el Apéndice); por otro lado, nos parece razonable pensar que este acto obstativo queda implícito o comprendido en la conducta descrita en el artículo 541 del Código, pues no es imaginable que un dueño único de dos fincas se impida a sí mismo edificar, acto obstativo que, como decimos, en este peculiar caso, lo viene a realizar simbólicamente el dueño de ambas fincas creando, de hecho, la apariencia de una servidumbre entre sus dos fincas, y manteniendo tal apariencia, también de hecho, al separar la propiedad de las dos fincas, de forma que bien pudiera decirse que en esta clase de servidumbres de luces y vistas, las negativas, la apariencia y su ejercicio, de hecho y con derecho, sólo coincide siempre y necesariamente en el caso de ser constituidas por destino del padre de familia lo cual, a nuestro juicio, justifica que el Legislador Aragonés sólo reconozca jurídicamente la apariencia de los signos propios de la servidumbre negativa, exclusivamente, a los efectos del artículo 541 del Código Civil, al tiempo que la niega para otros efectos como medio para superar, con discutible acierto, la paradoja de que puedan existir los signos de una servidumbre sin que ésta haya llegado a ejercerse siquiera de hecho, con o sin derecho a disfrutarla.

El SEMINARIO de la Comisión Compiladora consideró en su informe sobre "DERECHO SOBRE COSAS" que la servidumbre sin voladizos invadiendo el espacio de la propiedad vecina, era siempre negativa en Aragón, al tiempo que, probablemente siguiendo al profesor LACRUZ⁴¹, defendía que esa misma servidumbre era positiva en el Código Civil. Lo cierto es que nosotros no entendemos por qué en el derecho común esa servidumbre, sin voladizos, debía estimarse, según el SEMINARIO, positiva mientras que, esa misma servidumbre, en Aragón debía conside-

(39) Bandrés y Sánchez Cruzat, José Manuel. "Artículo 144". Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXXIV. VOL.2º. Pág. 242.

(40) Revista General de Derecho. Año XLIX. Número 585. Junio 1993, pág 6560.

(41) Lacruz Berdejo, José Luis. "Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Noviembre de 1954, segunda época. Tomo XXIX, págs 325 y 326.

rarse negativa pues si en Castilla no se pueden tener ventanas dentro de las distancias legales, salvo que se disfrute de una servidumbre, lo cierto es que tampoco en Aragón se pueden tener dichas ventanas sin proteger salvo que se disfrute de una servidumbre, es decir, es precisamente la falta de protecciones la que en Aragón proclama, de hecho, la existencia de un gravamen y no se diga que en Aragón se puede tener una ventana sin protecciones y sin disfrutar de una servidumbre de luces y vistas pues eso mismo ocurre también en Castilla donde, igualmente, se puede tener una ventana de grandes dimensiones dentro de las distancias legales sin que se esté ejerciendo una servidumbre pues tal ejercicio solo comienza, como en Aragón, con un acto obstativo, si es que alguna vez se llega a producir. O, si se prefiere, si nos vamos al terreno del SEMINARIO y, en definitiva, del profesor LACRUZ⁴², y decimos que en Castilla "el «pati» del propietario del predio sirviente consiste en tolerar unas ventanas abiertas en su área de influencia que, según el estatuto normal de la propiedad, no deberían estarlo" parece que, del mismo modo, tendríamos que decir también que, en Aragón, el «pati» del propietario del predio sirviente consiste en tolerar unas ventanas abiertas sin protecciones en su área de influencia que, según el estatuto normal de la propiedad, no deberían estarlo sin tales protecciones; pues claro, lo que no podemos hacer es olvidarnos que en Aragón, desde que se introduce con el Apéndice el requisito de las protecciones, tenemos una regulación tan reglamentista como la del Código Civil, por más que el "reglamento" de este último sea mucho más estricto que el Aragonés de modo que si la infracción del "reglamento" que regula el régimen normal de las luces y vistas permite en Castilla hablar de un "pati", lo mismo debería ocurrir con la infracción de ese "reglamento" en Aragón.

No obstante, como quiera que ahora no nos interesa conocer si la servidumbre sin voladizos es o no positiva en Castilla, vamos a dejar la precedente discusión y, "por razones de estricta justicia" y porque sería muy poco práctico enfrentarse a más cien años de reiterada Jurisprudencia expresada en términos discutibles pero muy razonables, vamos a señalar que podemos compartir el criterio del SEMINARIO, que es el de la Compilación, para decir que la servidumbre de luces y vistas en Aragón es siempre negativa menos cuando se disfruta mediante balcón o voladizo invadiendo el predio sirviente. Ahora bien, aunque en este punto estaríamos de acuerdo con el criterio que informa nuestra Compilación, como prácticos del derecho que somos, aunque acatemos desde luego la Ley, no podemos aceptar doctrinalmente que la servidumbre negativa de luces y vistas deba ser "no aparente" por el mero hecho de ser negativa, que es lo que hace la Compilación, no sin cierta esquizofrenia conceptual, como la que se manifiesta al hacer la salvedad referente al artículo 541 del Código Civil, pues la repetida salvedad presupone la existencia de la apariencia que el mismo precepto niega. Es decir, el SEMINARIO, partiendo de las concepciones dogmáticas que entonces se consideraban modernas, estimaba que las servidumbres negativas no podían ser aparentes, de forma que la apariencia sólo podía afirmarse en relación con las servidumbres positivas cuyos signos exteriores proclaman INEQUÍVOCAMENTE y sin necesidad de investigación adicional alguna, el ejercicio de la servidumbre, de forma que la apariencia serviría para publicar la posesión de la misma, el ejercicio de la servidumbre. Por el contrario, nosotros creemos que en España y, por tanto, en Aragón, pueden existir servidumbres negativas con una cier-

(42) *Ibidem*. Pág 326.

ta apariencia en los términos que ya razonamos al tratar de las paradojas que genera la servidumbre de luces y vistas, que damos ahora por aquí reproducidos; es decir, aceptamos que todas las servidumbres positivas son aparentes pero no admitimos que todas las servidumbres negativas sean no aparentes. De esta manera, como dijimos al tratar de las paradojas de esta servidumbre, podemos discutir si la ejercida desde huecos antirreglamentarios es una servidumbre positiva o negativa, pero cualquiera que sea la respuesta será siempre una servidumbre aparente pues, si es una servidumbre positiva, todas las positivas lo son (aparentes) y si es una servidumbre negativa, también es una servidumbre aparente pues, aunque la mayor parte de las negativas son servidumbres no aparentes, ésta concreta servidumbre, la ejercida desde huecos antirreglamentarios, tiene la apariencia que se manifiesta por su faceta positiva, mediante el ostentoso y visible incumplimiento del reglamento que regula el régimen normal de luces y vistas de forma que, dicho incumplimiento, es un signo exterior tan evidente y tan aparente que el Legislador Aragonés, para respetar el dogma científico de que toda servidumbre negativa es no aparente, se vio en la necesidad de declarar expresamente, en el artículo 145, que determinados signos exteriores, pese a denotar apariencia, no se consideraban signos aparentes de servidumbre. Es decir, si la infracción del reglamento que regula el régimen normal de las luces y vistas no fuera, de hecho, un signo aparente de servidumbre, no habría hecho ninguna falta que el artículo 145 entrara a decir cuales son, en concreto, los signos aparentes y cuales no, salvo a los efectos del artículo 541 del Código Civil, tal y como lo ha defendido también Ana Belén LÓPEZ LÓPEZ⁴³.

Por ello, pensamos que este precepto de la Compilación lo único que hace es negar relevancia jurídica a una apariencia que, de hecho, los huecos ilegítimos conservan, pues subsiste desde luego, en el terreno de los hechos, la faceta positiva de la servidumbre a la que anteriormente, al tratar de sus paradojas, nos referimos; y ello aunque la Compilación les niegue jurídicamente la condición de la apariencia, a todos los efectos, salvo los que resulten del artículo 541 del Código Civil, para la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia, salvedad que, por otro lado, ratifica la evidencia de que los huecos antirreglamentarios o extraordinarios, sin voladizos invadiendo la finca vecina, conservan de hecho su apariencia aunque el derecho de nuestra Compilación se la niegue, salvo para el concreto caso citado del artículo 541 del Código. Es decir, si una determinada configuración física es signo de servidumbre a los efectos del artículo 541 lo es sin duda, de hecho, para todos los casos en los que concurra dicha configuración física, aunque la Ley sólo reconozca la apariencia para la destinación por el padre de familia. Como vimos antes, la servidumbre de luces y vistas negativa, cuando se infringen las limitaciones legales regulando esta relación de vecindad, tiene una faceta positiva, aunque por razones de estricta justicia, para impedir su usucapión sorpresiva, se haga prevalecer su factor negativo lo cual en modo alguno puede hacer desaparecer la ostentosa visibilidad del incumplimiento de las limitaciones previstas para los huecos tolerados.

Así, al subsistir la apariencia de hecho, aunque no exista ya apariencia jurídica, no creemos imprescindible que las servidumbres usucapidas con anterioridad a la Compilación, o las adquiridas en cualquier tiempo por otra vía, siempre sin vuelo

(43) López López, Ana Belén. "Estudio sobre el Derecho Aragonés de luces y vistas: Regulación histórica y nuevos problemas". El Justicia de Aragón. Informe 1994. pág.235.

invadiendo la finca vecina, deban inscribirse necesariamente en el Registro de la Propiedad para perjudicar a terceros adquirentes, aunque quienes acepten sin maticiones la declaración contenida en el artículo 145 bien podrían defender la tesis contraria, haciendo precisa su inscripción para perjudicar a los terceros, razonando que en Aragón la carencia de protecciones y los voladizos sobre fundo propio no son nunca signos aparentes, salvo a los efectos de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil, o incluso hasta sin la indicada salvedad del artículo 541, si se extiende el criterio sustentado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de Julio de 1994, anteriormente citada. En cualquier caso, siempre será muy conveniente promover la inscripción de esta servidumbre (la negativa) pues, de otro modo, al depender su disfrute del acto obstativo, con el tiempo, la pérdida de la memoria de éste podría traducirse en la pérdida de la posesión de la servidumbre; aunque, naturalmente, para lograr tal inscripción, si la hemos adquirido por usucapión, primero tendremos que hacernos con un título, notarial o judicial, en el que se nos reconozca dicha adquisición título que ya por sí mismo, mientras no lo extraviemos, puede blindarnos contra esta otra paradoja por la que la posesión inmemorial se acaba traduciendo, en la servidumbre negativa, en la negación misma de la posesión.

Y la eventual necesidad de inscribir para perjudicar a terceros, no es la única complicación llamativa que se deriva de la injustificada negación de la apariencia para la servidumbre negativa pues, como luego veremos, por primera vez en toda la historia por nosotros conocida del Derecho Aragonés, desde la entrada en vigor de la Compilación, es prácticamente imposible la adquisición por usucapión de la servidumbre negativa de luces y vistas sin mediar un justo título. Y esta imposibilidad no es total gracias a que a los autores de la Compilación se les pasó por alto que podía existir una infracción del "reglamento", sobre la relación de vecindad en materia de luces y vistas, distinta a las irregularidades previstas en el artículo 145.

Efectivamente, en Aragón no sólo están prohibidas las irregularidades previstas en el repetido artículo 145 sino que, además, como antes razonamos, también está prohibido abrir huecos en pared medianera cuando la misma cierra o protege un edificio o construcción; es decir, por acudir al ejemplo más claro, el régimen normal de luces y vistas no permite, en modo alguno, taladrar una pared medianera para tener vistas dentro del cuarto de estar de una casa, cerrado con dicha medianera. Pues bien, si, pese a no estar permitido, tal hueco se llega a abrir, el mismo se constituirá en un signo aparente de servidumbre, pues la irregularidad saltará a la vista de cuantos quieran mirarla y dicha apariencia de hecho no quedará neutralizada por la ficción jurídica introducida por el artículo 145 pues el mismo en ningún momento dice que tal situación no sea signo aparente de servidumbre la cual, aunque tenga en semejante caso, también, un componente positivo será, a nuestro juicio, en el concreto caso descrito, una servidumbre negativa, pues lo esencial de ella, el factor predominante, no será, como en los demás casos de servidumbre negativa de luces y vistas, el factor positivo representado por la infracción del estatuto normal del dominio, sino, más bien, la prohibición de edificar que, en tan concreto supuesto, será más propiamente la prohibición de terminar o rematar la construcción ya efectuada, a la que sólo le faltaría, para quedar culminada, el cerrar el hueco mismo pues todo lo demás, las cuatro paredes y el techo, ya estaría construido de antes. Es decir, aunque también habría razones para defender, como en las demás infracciones del estatuto normal del dominio, que se trataba de una servidumbre positiva, como en todos los demás casos, "por razones de estricta justicia", por la razón práctica de impedir la usucapión sorpresiva de servidumbres, pensamos que es mejor hacer prevalecer la

faceta negativa, haciendo precisa la concurrencia del acto obstativo para determinar el inicio de la posesión de la servidumbre pues, en otro caso, si se hiciera prevalecer su faceta positiva, que también la tiene, quien hubiera tolerado una ventana en pared medianera que cerrara, por ejemplo, formando una unidad constructiva, un cobertizo o un pajar, o una terraza u otra construcción descubierta, proporcionando vistas a su interior, a los diez o veinte años podría encontrarse con la desagradable sorpresa de que ya no podría cerrar dicha ventana, aunque fuera a fijar en dicho pajar o cobertizo o en dicha terraza, debidamente reformada, el dormitorio principal de su domicilio, pues dicho cierre del hueco vendría impedido por el hecho de haberse usucapido la servidumbre de luces y vistas pues, si esta fuera positiva, el signo aparente, desde su existencia, equivaldría al ejercicio de hecho a la servidumbre, sin dar lugar a ninguna de las paradojas propias de la servidumbre negativa, en la que la apariencia, los signos que delatan la probabilidad razonable de su existencia, no presupone el ejercicio efectivo, siquiera sea de hecho, de la servidumbre, que sólo se inicia, en las servidumbres negativas, con el imprescindible acto obstativo el cual, como vimos en su momento, aunque sea rechazado por algunos autores por su incorporación al Apéndice, no es una figura jurídica extraña al tradicional derecho Aragonés, pues bajo la vigencia de las Observancias ya se recurría a él.

Por último, otra infracción del reglamento que regula el régimen normal de luces y vistas, podría producirse en el caso de que, abusando de las relaciones de vecindad, hiciéramos un hueco en pared exclusivamente ajena pero éste ya no sería un signo aparente de servidumbre en favor de nuestro predio pues, al no estar permitido, en ningún caso, el obrar y hacer huecos en pared exclusivamente ajena, cualquiera que viera el hueco no se le ocurriría pensar que había sido abierto ilegítimamente por el no propietario sino que, al contrario, pensaría que había sido abierto por el dueño exclusivo de la pared, de forma que semejante hueco, si no estaba protegido, al menos a los efectos del artículo 541, sería un signo aparente, pero en favor de la finca a la que, en exclusiva, perteneciera la pared; es decir, a efectos de la apariencia, dicho hueco se consideraría abierto en pared exclusivamente propia, aunque materialmente hubiera sido hecho por un extraño; de este modo, al invertirse la perspectiva del problema, la irregularidad descrita sí que habría pasado a quedar comprendida dentro de las exclusiones de apariencia que efectúa el artículo 145.

2.b. *Usucapión de la servidumbre de luces y vistas*

2.b.(1) Usucapión de las aparentes

Usucapión de las aparentes positivas

Como quiera que todas las servidumbres aparentes, por disponerlo así el artículo 147 de la Compilación, pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, resulta que, por esta vía, podrá adquirirse sin problema alguno la servidumbre positiva ejercida desde un balcón o voladizo de los que invaden el predio sirviente, computándose el plazo desde la construcción del voladizo pues, desde ese instante, habrá comenzado a ejercerse la servidumbre, coincidiendo con la existencia del signo aparente.

Usucapión de las aparentes negativas

Ahora bien, como quiera que la servidumbre negativa ejercida desde hueco abierto en pared medianera de las que cierran o protegen una construcción, como el practicado en el muro medianero que cierra un cuarto de estar, es también una servidumbre aparente, al no haber quedado excluida por el artículo 145, la misma también podrá adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes sin necesidad de justo título ni buena fe aunque, en este caso, al no coincidir en las negativas la apariencia con su ejercicio, el cómputo del plazo sólo podrá iniciarse desde la realización de un acto obstativo.

Todas las demás servidumbres negativas ejercidas desde huecos sin protecciones o con balcones o voladizos sin invasión del predio sirviente pero a menor distancia de la autorizada (siempre que estén sin proteger), aunque sean aparentes de hecho, no podrán usucapirse por la vía de este artículo pues, aunque concurriera algún acto obstativo, les faltaría el requisito de la apariencia dado que, aunque exista de hecho un signo de servidumbre, esto es, la apariencia fáctica, lo cierto es que el artículo 145 les niega jurídicamente tal condición. Es decir, pese a que la servidumbre negativa ejercida desde ventanas sin protecciones, o desde balcones sin protecciones y sobre fundo propio podía usucapirse, desde el acto obstativo, tanto bajo las Observancias como bajo el Apéndice, tal cosa ya no es posible en la Compilación pues siempre les faltará el requisito de la apariencia exigido por el artículo 147 y esto no es porque no sean aparentes sino más bien, porque el artículo 145 les niega dicha condición, aunque se la reconozca a los efectos del artículo 541 del Código Civil.

2.b.(2) Usucapión de las no aparentes

Las servidumbres negativas de luces y vistas a las que la Compilación les niega, según para qué cosas, la apariencia pueden usucapirse por la vía del artículo 148 de la Compilación, en el que se establece que las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, como lo son las de luces y vistas desde que se ejercita el acto obstativo, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título pero nótese que, por primera vez en la historia por nosotros conocida del Derecho Aragonés, se exige, para esta servidumbre, la concurrencia de buena fe y justo título, presupuestos cuya delimitación conceptual debe importarse de la doctrina elaborada en torno al Código Civil.

La exigencia del justo título, a nuestro juicio, queda completamente alejada de la realidad práctica propia de esta servidumbre cuya usucapión relevante, en términos cuantitativos, sólo interesa cuando se produce sin la concurrencia de un justo título el cual, de darse, lo que es verdaderamente anecdótico, por infrecuente en la usucapión de la servidumbre de luces y vistas, podría hacer hasta innecesario y superfluo un ulterior acto obstativo pues el mismo, la prohibición formal de construir, vendría normalmente incorporada al repetido justo título el cual, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1992 (COLEX 92C1119) es

“...el que legalmente basta para transferir el dominio, purgando la usucapión precisamente el vicio de no ser propietario quien transmite. Aquí no hay justo título, porque los títulos absolutamente simulados

nunca pueden merecer este calificativo, ni tampoco los títulos absolutamente nulos o inexistentes...”

O, si preferimos seguir la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1991 (COLEX 91C168),

“...como dice la sentencia de 25 de Junio de 1966 como justo título «ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles, o incluso los otorgados por quien no ostente la disponibilidad jurídica de la cosa, pero no los que sean inexistentes o radicalmente nulos, puesto que quod nullum est, nullum producit effectum»”.

Por último, para las servidumbres negativas de luces y vistas, no es en absoluto relevante el último inciso del artículo 148, cuando se señala que

“En todo caso, la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la prescripción adquisitiva.”

Y tal cosa, la posesión inmemorial, no es de mucha utilidad para estas servidumbres negativas pues, como dijimos al estudiar la posesión inmemorial en el Apéndice, dada su naturaleza negativa, sólo hay ejercicio o posesión de la servidumbre desde que se produce el acto obstativo, circunstancia que nos conduce a una situación incompatible con la posesión inmemorial pues si recordamos la existencia de dicho acto obstativo mal puede decirse que la posesión es “inmemorial”, mientras que si realmente se ha perdido la memoria del tiempo al que se remonta la posesión mal podremos recordar el acto obstativo y, así, ni siquiera podremos hablar de “posesión”.

CONCLUSIONES

1ª. No somos tan distintos al derecho Común como a veces nos creemos. Los dos derechos tuvimos, para la apertura de huecos con fines de luces y vistas, una libertad absoluta antes del Código y del Apéndice, pasando desde su entrada en vigor a limitaciones reglamentistas, más o menos rigurosas. Es decir, el reglamento, con sus limitaciones, existe en ambos derechos y lo único que cambia son los términos de dicho reglamento.

2ª. La clave para comprender todo el juego de la servidumbre de luces y vistas en Aragón estriba en asumir con todas sus consecuencias que, salvo que exista vuelo invadiendo finca ajena, la misma es una servidumbre negativa que, pese a ello, desde que el Legislador reglamenta la apertura de huecos, tiene un componente positivo que la dota, de hecho, como en Castilla, de cierta apariencia cuando se incumplen los límites legales, de suerte que en Aragón y en Castilla es posible ostentar "físicamente" el signo aparente de servidumbre y que, sin embargo, esta servidumbre no sólo no haya sido usucapida, sino que ni tan siquiera se haya comenzado a poseer o a ejercer mediante el correspondiente acto obstativo. Así, por mucho tiempo que lleven abiertas las ventanas irregularmente, es decir, infringiendo las limitaciones legales, por éste sólo hecho, en Aragón, como en Castilla, aunque se produzca la prescripción extintiva de las acciones para hacer cesar la irregularidad, en principio no se consolidará derecho alguno, salvo que exista un voladizo invadiendo la finca ajena el cual, desde su construcción, pasa a significar el disfrute de hecho de una servidumbre positiva susceptible de ser usucapida, para su goce ya de derecho, por el transcurso de los plazos legalmente establecidos.

3ª. Dentro de las normales relaciones de vecindad, en Aragón nunca se pueden practicar huecos en pared exclusivamente ajena; siempre se pueden practicar tales huecos en pared exclusivamente propia, a cualquier distancia del predio vecino; y, por último, se pueden realizar también dichos huecos en pared medianera, pero única y exclusivamente cuando la misma no cierre o no proteja un edificio o construcción, cubierta o descubierta, quedando integrada en ella como muro o pared de protección lateral.

4ª. Para determinar, en cada caso, si un determinado hueco ha dado lugar a una servidumbre de luces y vistas es preciso remontarse a las normas que estaban vigentes al tiempo de su apertura e ir verificando la posible usucapión de la servidumbre bajo dichas normas y las que luego se han ido sucediendo, con la singularidad de que en Aragón, en el derecho histórico, además de dejarse ejercer la relación de vecindad con su huecos precarios dentro del estatuto normal del dominio, siempre se ha permitido, también, rebasar el ámbito de la mera relación de vecindad para usucapir la servidumbre negativa de luces y vistas partiendo de la formulación de un acto obstativo, sin necesidad de justo título ni buena fe, posibilidad que, sin embargo, ha quedado excepcionalmente restringida desde la entrada en vigor de la Compilación hasta el punto de que tal usucapión, sin buena fe y justo título, sólo es posible en un concreto caso gracias a que la misma olvidó contemplar, en su artículo 145, un signo aparente de servidumbre distinto a los voladizos y a la mera falta de protecciones, como lo es la apertura de huecos en pared medianera cuando la misma cierra o protege un sitio construido, formando parte de la construcción misma.

5ª. El párrafo segundo del artículo 144 de la Compilación no tiene una redacción afortunada y, además, introduce una prohibición de tener voladizos sobre finca pro-

pia, importada del Código Civil, que carece de todo sentido en Aragón; no obstante, dicha prohibición, con algunas complicaciones, puede eludirse en vía interpretativa.

6ª. El párrafo tercero del artículo 144 tiene una redacción equívoca, que se arrastra desde el texto mismo de la Observancia sexta, pues sugiere, subliminalmente, que los huecos limitan el normal aprovechamiento de la finca hacia la que aquellos se abren, salvo para edificar o construir, lo cual no es cierto. Pero el equívoco puede superarse igualmente interpretando adecuadamente el precepto.

7ª. El artículo 145 de la Compilación, al referirse a los voladizos sobre fondo propio y a la falta de protecciones, recurre a una ficción jurídica para negar una apariencia que de hecho existe y que el propio precepto termina admitiendo como existente, al dejar a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil; además, al formular dicha ficción, olvida referirse al signo representado por los huecos abiertos ilegítimamente en pared medianera cuando la misma cierra o protege un sitio construido, formando parte de la construcción.

8ª. La libertad en la apertura de huecos sin límite de dimensiones, como estatuto normal del dominio dentro de las relaciones de vecindad, tiene como contrapartida la existencia de edificaciones cuya iluminación natural es totalmente precaria, dependiendo de que el vecino decida o no construir o precise explotar NORMALMENTE su propiedad con algún uso que merme o anule la utilidad de los huecos tolerados por la Ley. Así, la reja y red, además de impedir asomarse o arrojar objetos, cumple también con una función de publicar las características precarias del hueco y de concienciar no sólo al colindante y a los terceros sino, también, a quien lo efectúa y a quienes le sucedan de que, si no retranquean su pared con los huecos, en cualquier momento pueden ser privados de las luces, salvo que adquieran por usucapión u otro título una servidumbre de luces y vistas. Por ello, la apertura de huecos en pared a menor distancia de la prevista en el Código Civil haciendo uso de las facultades que otorga nuestro derecho sólo es recomendable en casas antiguas en las que se efectúen reformas de escasa envergadura, como la mera apertura de la ventana; si se trata de reformas más costosas o de una obra nueva, lo más prudente es retranquear nuestra fachada o conseguir la iluminación sin horadar la pared próxima al vecino, para garantizarnos el disfrute de la luz natural sin depender ya de lo que dicho vecino precise hacer en su finca en un futuro próximo o remoto; es decir, tendremos que evaluar en cada caso la proporción existente entre la inversión que efectuamos y el beneficio obtenido en relación a la iluminación natural lograda, precaria o definitiva.

9ª.- Si nuestro colindante abre huecos volando sobre nuestra finca, es preciso reaccionar rápidamente para evitar la usucapión de una servidumbre positiva. Si los abre sin dicho vuelo pero omitiendo las protecciones legalmente establecidas, volando o no sobre su propio predio, por este sólo hecho, como consta en la conclusión cuarta, no hay que temer, en principio, la adquisición de una servidumbre que termine gravando nuestra propiedad, pero si nos queremos evitar futuros problemas lo más prudente, antes de que prescriba la acción, es obligar al vecino a colocar las protecciones, pues su omisión supone un paradójico signo aparente de servidumbre que pudiera perjudicarnos en el futuro, suscitando recelos en los terceros a quienes quiéramos vender la finca, con la subsiguiente depreciación, o debilitando nuestra posición frente a la posibilidad de un interdicto de obra nueva entablado por el dueño de los huecos. Además, debemos resaltar ahora que, en el caso descrito de

omisión de protecciones, con el actual estado de la jurisprudencia, no habría que temer el nacimiento de una servidumbre, pero sólo en principio, pues algún autor, concretamente Ana Belén LÓPEZ LÓPEZ⁴⁴, ya ha dado el razonable paso que, por lo que nosotros sabemos, no dio LACRUZ ni el SEMINARIO de la Comisión Compiladora de modo que, siguiendo el camino por ellos iniciado, ha extendido a Aragón la tesis que aquellos predicaban para Castilla y ha comenzado a defender con rigor que la servidumbre de luces y vistas ejercida desde huecos sin protecciones o con voladizos sobre fundo propio es, en Aragón, aunque la Compilación le niegue la apariencia, una servidumbre positiva, lo cual supone desvincularla de todo acto obstructivo para el inicio de su posesión, con lo que quedarían pulverizadas todas las paradojas que hemos estudiado y, por ello, de consolidarse dicha tesis (que nosotros hemos rechazado "por razones de estricta justicia" y para sintonizar con un siglo de jurisprudencia⁴⁵), en esa hipótesis de considerar positiva la servidumbre que hasta ahora calificamos de negativa, al año y día de abrirse el hueco irregular se consolidaría la posesión de la servidumbre pudiendo, en perjuicio de nuestra finca, ser objeto de protección interdictal, incluso en los juicios meramente posesorios, aunque todavía no hubiera nacido el derecho a la servidumbre; y, siempre en esa hipótesis, aunque el artículo 145 siguiera negando jurídicamente la apariencia existente de hecho, se favorecería enormemente la usucapión de la servidumbre, pues ésta terminaría siendo objeto de una automática usucapión por la vía de la posesión inmemorial del artículo 148.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- *Informes anuales del Justicia 1990-1994, sobre aplicación Derecho Aragonés.*
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albadalejo; artículo 144 Compilación Aragonesa, por JOSÉ MANUEL BANDRÉS Y SÁNCHEZ CRUZAT; artículos 145 y siguientes y disposiciones transitorias de la Compilación, por JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ;*
- *Los interdictos de retener o de recobrar y de Obra nueva: problemática judicial, por JOSÉ ALFREDO CABALLERO GEA.*
- *El interdicto de obra nueva, por JOSÉ SOLDADO GUTIÉRREZ. Editorial Comares, Granada, 1989.*
- *Interdictos, por MANUEL GARCÍA DE MARINA. Serlipost, 1992.*
- *La protección interdictal: amplitud, por JAIME MANUEL DE CASTRO FERNÁNDEZ. Editorial Colex, 1986.*
- *STS 31 de enero de 1990. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Número 22; enero-marzo 1990; Ref. 589. Págs 291 a 298. autor AMAT LLARI, EULALIA.*
- *STS 24 de julio de 1989. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Número 21; septiembre-diciembre 1989; Ref. 547. Págs. 845 a 852. GARBERÍ LLOBREGAT, J.*
- *STS 3 de febrero de 1989. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil. Número 19; enero-marzo 1989; Ref. 500. Págs 159 a 168. DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS.*

(44) López López, Ana Belén. "Estudio sobre el Derecho Aragonés de luces y vistas: Regulación histórica y nuevos problemas". El Justicia de Aragón. Informe especial 1994. pág. 235.

(45) También niega, con "cierta insatisfacción", el carácter positivo de la servidumbre, en el caso de huecos en pared propia, estudiando el derecho Castellano, Vicente Guilarte Gutiérrez en su obra "La Constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho Español", Págs. 276 a 281.

- STS 6 de diciembre de 1985. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Número 10; enero-marzo 1986; ref. 260. Págs 3271 a 3288. REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL L.
- STS 1 de octubre de 1984. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Número 6; septiembre-diciembre 1984; Ref. 165. Págs 1999 a 2010. Autor CARRASCO PERERA, ÁNGEL.
- STS 30 de octubre de 1983. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Número 3; septiembre-diciembre 1983; Ref. 95. Págs 1041 a 1050. Autor ECHEVERRÍA DELGADO, JESÚS.
- *Las acciones ejercitables en relación con las servidumbres*, por ANTONIO ROMERO LORENZO, Magistrado; *Cuadernos de Derecho Judicial sobre las servidumbres*, dirigidos por EDUARDO BAENA RUIZ, Magistrado; editado por Consejo General del Poder Judicial.
- *Servidumbre de luces y vistas*, por PEDRO JOSÉ VELA TORRES, Magistrado; *Cuadernos de Derecho Judicial sobre las servidumbres*, dirigidos por EDUARDO BAENA RUIZ, Magistrado; editado por Consejo General del Poder Judicial.
- *Las relaciones de vecindad entre fundos en el derecho civil común y foral*, por FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, Magistrado. *Cuadernos de Derecho Judicial sobre protección del derecho de propiedad*, dirigidos por FRANCISCO MARÍN CASTÁN, Magistrado; editado por Consejo General del Poder Judicial.
- *Los derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, por FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1968.
- *El derecho transitorio en la Compilación Aragonesa*, por JOSÉ LORENTE SANZ, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1968.
- *Estudio sobre el derecho aragonés de luces y vistas: regulación histórica y nuevos problemas*, por ANA BELÉN LÓPEZ LÓPEZ, Becaria del Justicia de Aragón 1993-1994; editado por El Justicia de Aragón en Informes Especiales y Estudios del año 1994.
- *Cien años de Legislación Aragonesa. Prefacio* por JESÚS BERGUA CAMÓN. *Apuntes de Derecho Foral Aragonés*, por LUCIANO SERRANO MILLÁN; editado por R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza.
- *Derecho de bienes, relaciones de vecindad, servidumbre*, por FRANCISCO SANCHO REBULLIDA. Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza. 1967.
- *Elementos Derecho Civil*, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y otros. Tomo III, volumen 1º, Posesión y propiedad, y volumen 2º, Derechos reales.
- *Comentarios al Código Civil* dirigidos por MANUEL ALBADALEJO; artículos 580 y siguientes del Código Civil, por JUAN ROCA JUAN.
- *Relaciones de vecindad y servidumbre de luces y vistas en Derecho Aragonés*, por FELIPE ARAGÜÉS PÉREZ y MICAELA PUEYO GOÑI. Colegio de Abogados de Aragón, N° 79, 1 de Octubre de 1980.
- *Comentario del Código Civil: artículo 444*, por MIGUEL COCA PAYERAS; artículos 580 y siguientes, por ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA; artículo 591, por MIGUEL COCA PAYERAS; artículo 1939, por LUIS DÍEZ PICAZO; y artículo 1942, por AGUSTÍN LUNA SERRANO. Ministerio Justicia.
- *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, comentario a los artículo 580 y siguientes, por JOSÉ LUIS ALBACAR Y JOSÉ A. TORRES LANA.
- *Régimen jurídico de las servidumbres*, por MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES y MANUEL PONS GONZÁLEZ. Editorial Comares.
- *Las Servidumbres*, por BIONDO BIONDI. Edersa.
- *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*, por VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ. Editorial Montecorvo S.A.
- *Propiedad y constitución de servidumbres*. LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI. Dykinson S.L.

- *Plan Urbanístico y servidumbres*, revista TEMIS, nº23, 1968, pags 97 a 100, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.
- *La aplicación de material vítreo a la construcción de luces y vistas; separata de la revista TEMIS* (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1967, pags 57 a 62), por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.
- *Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes; Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Noviembre de 1954, segunda época. Tomo XXIX, pags 521 a 586, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.
- *La interpretación histórica y el derecho Aragonés de luces y vistas; Anuario de Historia del Derecho Español*, 1961, págs 187 a 194, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.
- *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, por Excmo. Sr. LUIS FRANCO Y LÓPEZ. Impreso por orden de la Excma. Diputación Provincial de Zaragoza en 1886.
- *Fueros, Observancias y Actos de corte del Reino de Aragón*. Edición facsimilar de la de PASCUAL SAVALL Y DRONDA y SANTIAGO PENÉN Y DEBESA. Estudio preliminar, traducciones, textos complementarios e índices. Zaragoza, 1991.
- *Instituciones de Derecho Civil aragonés*, por LUIS FRANCO Y LÓPEZ y FELIPE GUILLEN Y CARABANTES. Zaragoza Julio de 1841.
- *Exposición y comentario*, por MARCELINO ISABAL Y BADA, del Cuerpo Legal denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragon". Zaragoza, 1926.
- *Apertura de huecos para luces y vistas en muro propio contiguo a suelo ajeno*, por ANTONIO TEIXEIRA GRACIANETA. Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Estudios de Derecho Aragonés, primera semana de Derecho Aragonés (Jaca 1942). Pags 97 y siguientes.
- *Del derecho a exigir la colocación de rejas y redes en las ventanas o huecos de pared medianera*, por LEONARDO CAMON AZNAR. Estudio de Derecho Aragonés; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, segunda semana de Derecho Aragonés (Jaca, 1943). Pags 247 y siguientes.
- *Informe sobre "Derechos sobre las cosas"*, elaborado por el SEMINARIO DE LA COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS. Zaragoza. 1954.

COLOQUIO

Moderador: D Manuel PARDO (Decano del Colegio de Abogados de Huesca)

– Hecha la exposición se abre el coloquio, con una pequeña servidumbre y que todos los que quieran intervenir, deberán identificarse a efectos de que conste en la transcripción.

María Jesús Villanueva

La pregunta que quiero hacer es la siguiente. Estamos hablando de que tú siempre puedes exigir abrir huecos en tu propia pared o en pared medianera, pero hoy en día nos encontramos con la situación de que, claro, vas a construir tu parcela y se necesita un proyecto, y el proyecto tiene que pasar por unas licencias. Si abres la ventana a la buena de Dios sin la licencia, te pueden decir muy bien que eso es ilegal porque no se tiene la licencia, ¿qué pasa con esto?.

Gonzalo Gutiérrez Celma. Ponente

Bueno, yo creo que una cosa es el Derecho Civil Aragonés y otra cosa es el Derecho Urbanístico; en consecuencia si el Derecho Aragonés nos permite hacer cosas que el Plan General de Urbanismo, por ejemplo, no nos permite, pues no las podremos hacer. Es decir, ya no sólo el ejemplo que ha puesto usted, sino que también cabe, pues, que el Plan nos diga que para construir nos tenemos que retranquear tres metros en nuestra propia finca. En consecuencia, si el plan nos dice eso, nos tendremos que retranquear tres metros en nuestra finca y, aunque la Compilación lo permita, no podremos abrir huecos dentro de las distancias del Código Civil, porque para cumplir las disposiciones urbanísticas hemos tenido que retranquear tres metros nuestra construcción. Esto es, que el Derecho Aragonés deje hacer una serie de cosas, no quiere decir que no incidan en el tema otros derechos que también hay que cumplir de manera que, para que se puedan abrir huecos o para que se pueda construir, por ejemplo, en un lindero, nos tiene que dejar el Derecho Civil y nos tiene que dejar por supuesto también el Derecho Urbanístico. Si uno de los dos derechos no nos deja, pues ya no podremos abrir el hueco o levantar la construcción de que se trate.

María Jesús Villanueva

– Pero en este caso, el Derecho de la Compilación no tiene aplicación...

Gonzalo Gutiérrez Celma. Ponente

No, no, porque la Compilación es Derecho Civil y el Derecho Urbanístico es derecho administrativo. Voy a poner un ejemplo que yo no sé si viene muy bien al caso; en la Propiedad Horizontal puede darse el supuesto que yo pida a mis vecinos que me autoricen a poner una marquesina preciosa en la fachada principal, en el balcón, y que los vecinos, es decir, los copropietarios, me autoricen a colocarla, y en consecuencia conforme al derecho Civil, como yo ya tengo el consentimiento unánime de mis vecinos, ya puedo colocar esa marquesina, o realizar la construcción que yo quiero hacer con su unánime autorización, pero igual ocurre que el Ayuntamiento

no me da licencia porque considera que con la marquesina en cuestión ha aumentado la superficie edificable, o por otra razón, y, en consecuencia, no la podré construir. Es decir cuando queremos realizar una determinada actuación en parcelas sobre las que inciden dos o más derechos, tienen que bendecir esa actuación los dos o más derechos que concurran y con uno sólo que te impida el realizar esa actuación, ya no la vas a poder hacer.

Manuel Asensio. abogado

Creo que has tocado un tema que ya habíamos tratado en la Sección de Derecho Aragonés del Colegio de Abogados de Zaragoza, en una ocasión en la que fue ponente David y es el de las azoteas. A mí esto me preocupa mucho. No está prevista la protección, sino solamente en huecos para luces y vistas. ¿Puede considerarse toda una azotea un hueco para luces y vistas?; si es así, ¿qué protección hay que poner y hasta qué altura?

Gonzalo Gutiérrez Celma. Ponente

Pues el Supremo ha dicho que sí, el Supremo ha dicho que se protegen, es decir, que hay que poner reja y red, y de hecho, bueno, yo tuve un caso de una azotea de un garaje, que era practicable, en el que pedía el vecino hacia el que se abría la azotea, pues pedía que se tapara, que se pusiera un muro que impidiera la visibilidad de su finca desde ella; es concretamente la sentencia de la Audiencia de Huesca de junio del 92 que he citado antes, y allí siguiendo esas dos sentencias del Tribunal Supremo, lo que se dijo es que, si considerábamos la azotea como un gran balcón, estaría dentro de la prohibición del artículo 144.2, pero esta es una prohibición absurda en Aragón que el Supremo elude, y la razón para eludirla, que quizás yo antes no lo he explicado, es un poco por economía social. Yo tengo esa azotea practicable y me dice el vecino, oiga, como desde allí, desde ese lugar construido, ve usted mi propiedad, alce una pared que impida que usted vea mi propiedad, porque eso es un hueco para luces y vistas y, además, como es prácticamente un gran balcón, usted no lo puede tener, porque está dentro de los dos metros, no puede tener ese gran balcón. Entonces alzamos la pared. Ahora bien, una vez alzada esa pared, como en Aragón uno puede hacer huecos hacia sus vecinos sin sujeción a dimensiones determinadas, el dueño de la pared levantada en la azotea puede agujerear toda la pared y poner la reja. Entonces, por economía social, en esta sentencia lo que dijimos es que mejor mandábamos ponemos directamente la protección. ¿Qué características tendría que tener la protección? Bueno pues en todas las vistas rectas tendría que estar la azotea protegida en cuanto estuviera a menos de dos metros de distancia del lindero, y en el retranqueo, en la línea que permitiera vistas oblicuas, también tendrían que estar protegidos los 60 centímetros. ¿A que altura? Pues esta es la única distancia que nos hemos tenido que inventar para construir la ponencia, porque claro, las construcciones descubiertas no se sabe dónde terminan, ¿dónde acaba una azotea, una terraza o un balcón descubierto? Pues eso es lo que nosotros, prudencialmente, hemos dicho, hombre, pues se podría partir de los tres metros, pero también se podría partir de los dos metros y medio o de los cuatro, etc. Ahora nosotros sí que hemos dicho que, que bueno, que pudiera ser aceptable considerar que el espacio habitable de la azotea, o de otra superficie construida al descubierto, es hasta los tres metros de altura, y en consecuencia si ese espacio es el que se va a considerar "zona construida", limitando la apertura de huecos, en los términos que antes he dicho al exponer la ponencia, pues también sería ese espacio, con tres metros de altura, al que se le debería dotar

de la correspondiente protección, aunque en la jurisprudencia yo creo que habitualmente se habla de la altura de una persona, en los casos que he visto.

Manuel Asensio. Abogado

Sí, porque yo entiendo que efectivamente sería una altura prudencial de 2,5 metros ó 3, pero eso no me impide a mí ponerme una escalera o un andamio y ver perfectamente, y sacar el cuerpo para ver al vecino.

Gonzalo Gutiérrez Celma. Ponente

No, no, porque ya se lo va a impedir la protección, y si usted se construye una atalaya por encima de la protección, se está construyendo otro hueco que debería proteger y así sucesivamente. O sea nunca, cumpliendo el reglamento de la compilación, podrá usted asomarse al vecino desde un sitio construido, salvo que infrinja las normas de la Compilación.

Manuel Pardo. Moderador

Bien, otro problema.

David Arbués Aísa. Coponente

En relación a las azoteas, si bien no se ha abordado por razones de tiempo, hay un supuesto importante, como consecuencia de la remisión del art. 145 de la Compilación al art. 541 del C.c.; a saber, ante una supuesta división de una finca por su dueño y posterior enajenación de la parte segregada, la existencia de una azotea sin protección va a ser signo aparente a los efectos del 541.

Manuel Asensio

Pues será un signo aparente.

David Arbués

Y se va a constituir en ese mismo momento la servidumbre de luces y vistas, y ello por el concepto de gran balcón que tienen las azoteas, ya ratificado por nuestro Tribunal Supremo.

Manuel Asensio

Claro.

David Arbués

Un gran balcón sobre fundo propio, lo que convierte al lindero de la azotea en un hueco y hay que protegerlo, luego si ese hueco no está protegido y pertenecen las dos fincas al mismo dueño, cuando se dividan automáticamente se constituirá la servidumbre de luces y vistas.

Manuel Asensio

Bueno.

David Arbués

Y esto es importante, como consecuencia de traer las azoteas al concepto de hueco.

Manuel Asensio

Otro pequeño problema: los huecos los puede obstruir, los puede quitar, los puede tapar el propietario del fundo colindante edificando. ¿El hecho de construir una tapia, una cerca, solamente con objeto de tapar los huecos, se considera que es una construcción legal?. O sea, yo soy propietario de un terreno, de una finca a la que dan...

David Arbués

La idea central que hemos intentado exponer es que no se centra la cuestión simplemente en el concepto de tapia, sino en el concepto de "unidad constructiva lógica". en aquello que lógicamente pertenece "todo a una unidad constructiva". Si esa pared medianera está cerrando una piscina que está situada en esa zona de influencia de dos metros, o un solarium, o una terraza, o algo que se está considerando como un espacio habitable y protegible, entonces esa pared no es solo una pared sino que forma parte de una unidad constructiva lógica que hay que proteger. Si tú construyes una pared y al otro lado, como ha dicho el ponente, hay un huerto con patatas, y la construcción es solo la pared, en la zona de influencia de esos dos metros no hay nada que proteger y si fuese medianera se podrían abrir huecos para luces y vistas. El problema es que si hay algo en esa zona de dos metros, no se trata de si tiene que haber o no protección, sino que entendemos que lo que sucede es que no se puede abrir el hueco en la medianera.

Manuel Asensio

¿Y en la propia?

David Arbués

En la propia siempre, en la propia se puede hacer todo lo que quiera, como tirar-la, porque es mía.

Manuel Asensio

Pero me lo puedes tapar.

David Arbués

No, en la propia yo puedo abrir los huecos o tirar mi pared, y él podrá construir, porque cuanto estoy haciendo en mi pared propia es simple ejercicio de mi derecho de propiedad.

Gonzalo Gutiérrez. Ponente

Si me permites, es que...

Manuel Asensio

La propia contigua a fundo ajeno.

Gonzalo Gutiérrez

Es que tapiar, tapiar mi finca, cercarla, es una construcción. Entonces si yo tengo aquí mi finca y los vecinos han abierto en pared propia o medianera un montón de huecos, si yo a mí, en un momento dado, en el ejercicio NORMAL de mi derecho, y digo en mayúsculas lo de normal, me interesa cercar mi finca, la voy a cercar, y si tapo ventanas, lo siento, porque cercar es una construcción. Lo que yo no puedo hacer, es, voy a tapiar este trozo, ...

Manuel Asensio

Para tapar huecos.

Gonzalo Gutiérrez

Tapar huecos sólo para fastidiar al vecino no puedo hacerlo.

Manuel Asensio

Efectivamente.

Gonzalo Gutiérrez

Ahora, el que fastidie al vecino no quiere decir que yo esté construyendo por fastidiar. Un ejemplo que yo manejaba en la ponencia, es un huerto o un jardín con sus flores, con sus geranios, y que el vecino en pared medianera, para dar luz a un semisótano a baja altura, pues abra un hueco, que está en su derecho. Ahora, lo que no me podrá decir a mí es que quite los geranios, aunque le tapen la luz, y si primero es el hueco y luego le planto los geranios en el jardín sucede lo mismo. Pero esos geranios, fíjense si es poco, pues van a obstaculizar las luces y vistas, pero van a ser un ejercicio normal de mi derecho sobre mi jardín, no estoy abusando. Ahora si yo para perjudicar al vecino o para fastidiarle, coloco una pared o un rascacielos de 17 pisos, estoy abusando de mi derecho. O sea, lo que hemos tratado de decir con la ponencia, es que el abuso de derecho es una cuestión de intenciones, y que en Aragón existe el Derecho a construir, y existe también el derecho a seguir usando de la finca con la plenitud de facultades dominicales, mientras no lo hagas abusivamente. Cuando yo lanzo a un precarista, lógicamente le perjudico, porque le saco de mi casa, pero por el mero hecho de ejercitar la acción de desahucio, no lo estoy haciendo para perjudicar, pues esto es un poco lo mismo; si yo coloco una pared para fastidiar al vecino, con insidia, porque así disfruto, pues es un abuso de derecho; ahora, si yo coloco esa pared porque la necesito para cercar mi finca, o porque es la pared que me faltaba hacer para cerrar mi cuarto de estar, o para cerrar mi terraza o mi azotea o mi piscina, pues el vecino se tiene que aguantar y se queda sin hueco.

Manuel Asensio

Bueno, muchas gracias.

Vicente García Rodeja. Magistrado

Yo quería hacer una pregunta. Quería, porque no sé si es que no soy capaz de seguir al ponente a la velocidad que estaba hablando...

Gonzalo Gutiérrez

Lo siento, lo siento.

Vicente García Rodeja

...o si es que no estoy de acuerdo con lo que ha dicho. De la rápida y exhaustiva exposición del ponente he entendido que, en relación a la salvedad que realiza el art. 145 de la Compilación en cuanto a lo dispuesto en el art. 541 del Código Civil, mantiene que se origina servidumbre en supuesto de enajenación y por aplicación de la institución del "destino del dueño", cuando se refiere a edificación con huecos carentes de reja y red en colindancia con porción de finca del mismo dueño de la que lo vendido se segrega. No se estima exacto aún cuando existan opiniones doctrinales que lo han mantenido con base en afirmar que la remisión al Código Civil es absoluta y comprende la aplicación de su específica regulación de las servidumbres (Sancho Rebullida, Lacruz y quienes les citan), según lo que la carencia de las referidas protecciones sería "signo de servidumbre". Esta posición que pudo tener algún sentido bajo la vigencia del art. 13 del Código Civil, en su primitiva redacción, no es posible mantenerla actualmente dado que la preferencia de la aplicación del Derecho aragonés sobre dicho Código es absoluta, integrándose este Derecho, no sólo por la ley, sino que en su defecto o insuficiencia ha de aplicarse la costumbre y los principios generales en que tradicionalmente se inspiran y se refieran al problema jurídico concreto (art. 1º de la Compilación).

Así, dado que en Aragón a todos los efectos legales no es "signo de servidumbre" la falta de la indicada protección de los huecos de luces o vistas (arts. 144 y 145 de la Compilación), la remisión al artículo 541 del Código Civil supone solamente la admisión, como forma de adquirir las servidumbres, por "destino del dueño", pero no a una especial regulación de los signos de servidumbre cuya subsistencia la provoca, que no pueden ser otros que los que tengan tal valor y sentido en el Derecho Aragonés, integrado en la forma referida y reiterando que no lo es la carencia de protección en los huecos de luces o vistas. Por otra parte, el fundamento de carácter presuntivo de la voluntad del dueño, que al dividir su finca y venderla manteniendo signos de servidumbre se entiende desea constituirla, no puede jugar en Aragón, pues si se vende y se mantiene una estructura que no supone, en su caso, existencia de servidumbre, no puede presumirse que ésta se instituya, lo que no supone negar que pueda constituirse con manifestación expresa de voluntad, unilateral o bilateral, integrante de título, con independencia de existencia o no de signos de servidumbre.

En el sentido de lo expuesto, ha de citarse la sentencia de 9 de Julio de 1994 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Ponente Magistrado Sr. Cereceda Marquínez) que confirma la del Juzgado nº 13 de esta ciudad; dicha sentencia no pudo llegar a casación por razón de su inferior cuantía al límite de 6 millones que señala la ley para el acceso a este recurso, cuyo mantenimiento en el ámbito de la casación foral es otra cuestión.

Gonzalo Gutiérrez

....Eso te puede plantear también el tema de la accesión invertida que, entre otros muchos temas, no hemos tocado. Así, una sentencia de 1.980, ante la apertura de esos huecos que nos estás contando, se planteaba el problema de ver qué accesión invertida podía haber allí, y ya no en tanto en cuanto a la servidumbre, que las servi-

dumbres por accesión invertida no se pueden adquirir, sino para adquirir el terreno necesario para que esos huecos fueran reglamentarios. No obstante, Sancho Rebullida, lo que decía, y Merino también lo dice, es que el 145, lo que quiere decir es que no son signos aparentes a efectos jurídicos, salvo a los efectos del 541. Eso dicen, igual están equivocados ¿eh?

Hay un fragmento irreproducible por la existencia de cortes en la grabación.

Gonzalo Gutiérrez

- Hay dos problemas: uno, que el 145 no tiene signos de servidumbre, no define la apariencia con carácter general; sino que viene a decir que lo que son signos de servidumbre se les niega esa condición, salvo a los efectos precisamente del 541 del Código Civil. Y en cuanto al concepto de apariencia, es que Aragón no tiene un concepto de apariencia, la apariencia está en el Código Civil, que es cuando la servidumbre se manifiesta por signos que manifiestan su ejercicio. Bueno, más o menos; exactamente, si leo el artículo 532 del Código Civil, aparentes son las servidumbres que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. Eso es apariencia en el Código Civil y en Aragón. Lo que pasa que esa apariencia, aplicada al caso concreto de las servidumbres de luces y vistas, el Legislador Aragonés, a una serie de signos que sí que son signos aparentes de servidumbre, les niega la condición de aparentes salvo a los efectos del 541. Y eso de que en Castilla, por el hecho de que haya una ventana ya hay servidumbre, eso no es así. O sea, en Castilla, por el solo hecho de que haya una ventana, aunque denote apariencia, no hay servidumbre, sólo hay una infracción del reglamento de luces y vistas.

Vicente García Rodeja

No., en Aragón no hay reglamento, qué va a haber.

Gonzalo Gutiérrez

Sí. En Aragón también. Así como en Castilla no puedes tener una ventana abierta a menos distancia de la legal sin respetar las dimensiones del código y con la protección del Código, en Aragón también tenemos reglamento, lo que pasa es que no nos hemos enterado, pero desde 1.925 tenemos reglamento y dice que, dentro de las distancias del Código Civil, podemos abrir ventanas, sí, pero con reja y red, y en cuanto omitimos la reja y red ya hay una infracción del Reglamento y ese "pati" que Lacruz decía que había en Castilla por tolerar la ventana o el hueco irregular, se podría predicar como hace Ana Belén López, aunque yo en esta polémica no entro, se podría predicar respecto a los huecos abiertos en Aragón sin respetar el Reglamento, mediante la apertura de la ventana, que sí que se puede, pero con reja y red, si quitas la reja y red tienes signo aparente de servidumbre.

Vicente García Rodeja

Esto lo voy a meditar, pero me parece que no voy a cambiar de opinión.

Gonzalo Gutiérrez

Meditaremos los dos.

Fernando Alonso Terraza. Abogado

Quería hacer una pregunta en torno al 145. Lo que yo me planteo es lo siguiente: ¿cualquier voladizo puede ser signo externo de servidumbre, o tiene que ir vinculado ese voladizo a otro...?

David Arbués. Coponente

No define la Compilación qué debe entenderse por voladizo, si bien el concepto es en sí más amplio que el de balcón pues el art. 144 se refiere a "balcones y otros voladizos".

Por tanto en primer lugar debe determinarse cuáles son esos voladizos que no sean simplemente balcones. En tal sentido la Sentencia de 11 de Diciembre de 1.985, lo define como "lo que sale o vuela de lo macizo de un muro o edificio"; es esta una definición excesivamente amplia y que no se corresponde con el concepto técnico-jurídico de voladizo, y en concreto su *localización en la fachada en referencia al hueco*. En efecto técnicamente voladizo es aquello "que vuela o sale" del paramento de fachada, pero no todo saliente puede ser considerado jurídicamente como voladizo a los efectos de los art. 144 y 145 de la Compilación. En tal sentido la Jurisprudencia Aragonesa ha ido matizando el concepto, y así la propia sentencia citada niega la cualidad de voladizo a un vierteaguas; abordando también la cuestión la de 26 de junio de 1.978; en la sentencia de 21 de enero de 1.993 de la Audiencia Provincial de Huesca se centra todavía más el concepto de Voladizo, relacionándolo directamente con los huecos abiertos, y más recientemente la Sentencia de la Audiencia de Teruel de 25 de Octubre de 1.994, niega el carácter de voladizos a unos pequeños salientes, citando las Sentencias de Tribunal Supremo de 8 de enero de 1.908, 19 de Junio de 1951 (Aranzadi 1951881) y la de 8 de Octubre de 1.988.

No constituye tampoco voladizo un vierteaguas en la parte inferior de un hueco, así lo declara la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 11-7-1992. Ni tampoco deberá considerarse voladizo el vierteaguas o tejadillo en la parte superior de una ventana, por cuanto su fin no es el de dotar de posibles vistas, que deberá tener la consideración de un alero, siendo extensible tal concepto al goteril que tampoco será voladizo (si bien existe una extendida creencia popular contraria).

Tampoco tendrá la consideración de voladizo como signo aparente un tendedero colocado en la parte inferior de unas ventanas, ni el cumplimiento defectuoso de la obligación de dotar red y reja, haciendo estas practicables hacia el exterior así lo declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 22 de Julio de 1.993, esta sentencia es especialmente interesante si se compara con la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 30 de enero de 1.982, que declara positiva una servidumbre por el hecho de existir ventanas practicables hacia el exterior con clavijas de sujeción a la pared. ¿Y en Aragón, sería signo aparente la existencia de ventana practicable hacia el exterior, fijada en la fachada del edificio?, la situación es muy habitual, piénsese en la multitud de ventanas en la zona pirenaica dotadas de un contraventano exterior de protección fijado a la pared exterior. La solución parece ha de ser negativa, ya que no se trata de un voladizo que permita avanzar el cuerpo sobre la finca ajena, aunque para cerrarlo o abrirlos haya que hacerlo; en Aragón el concepto de voladizo va unido a la finalidad de vistas y debe entenderse restrictivamente dado el amplio marco de las relaciones de vecindad.

Tampoco el remate de un terraza puede considerarse como voladizo, y así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de Octubre de 1.990.

Por tanto puede afirmarse que el voladizo ha de estar situado en la parte inferior del hueco, debiendo ser un hueco para luces y vistas, pero que ello no es por si bastante para que se convierta en signo aparente por cuanto ha de tener la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo. Ello nos hace abordar la siguiente cuestión que son *las dimensiones* que ha de tener dicho voladizo.

No hay, lógicamente, precepto alguno que determine el saliente mínimo de un voladizo para que puede considerarse signo aparente, debiendo entenderse por tal aquel que *permita avanzar el cuerpo*, totalmente en el caso de los balcones, o parcialmente en el caso de un alfeizar, pero en todo caso apoyarse sobre el mismo la necesario para asomarse al fundo vecino con la base del apoyo fuera de la pared en la que se encuentra abierto el hueco. En la Jurisprudencia se ha hecho referencia a la dimensión del voladizo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1.987, en la que hace referencia al un saliente de treinta centímetros y a su vez declara que el saliente permitía avanzar el torso sobre el predio contiguo, sentencia recogida posteriormente por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de enero de 1.993.

Si como se ha dicho el voladizo debe estar situado en la parte inferior del hueco es evidente que el *alero o "goteril"*, no constituye signo aparente de luces y vistas, tanto para el caso de que vuele sobre el fundo ajeno como en el caso de simple vertido de aguas pluviales sin voladizo, y ello frente a una creencia popular contraria a ello, y en tal sentido se pronuncian las sentencias de 31-5-1993 de la Audiencia Provincial de Teruel, y de 21-1-1993 de la Audiencia Provincial de Huesca.

Es decir, el alero o goteril no es voladizo, un tejadillo que proteja la ventana por la parte superior no es voladizo, una piedra para que se paren las palomas no es voladizo. Voladizo es tanto como balcón o alféizar, en ese caso en concreto el voladizo era de treinta centímetros, no quiere decir que esa sea la distancia, pero yo es la única sentencia que he encontrado que haga referencia expresa a distancia o a anchura que tiene que tener ese alféizar. Desde luego ha de estar colocado en la parte inferior, y tiene que permitir asomarse con todo el cuerpo por la línea exterior de la fachada. Esa es un poco nuestra opinión.

Roberto Lacueva Goni. Abogado

Cuando la Compilación habla de que, en principio, puedes abrir, pero si abres tienes que proteger, poner reja...; entonces, si yo abro pero no protejo, ¿se supone que gano algún derecho?.

Gonzalo Gutiérrez. Ponente

Ninguno.

Roberto Lacueva

¿ninguno, absolutamente ninguno?

Gonzalo Gutiérrez

Absolutamente ninguno, lo único que puedes consolidar es que a los 30 años el vecino habrá perdido la acción para exigirte que pongas la protección.



Roberto Lacueva

Pero exclusivamente sólo para pedirme la protección, podrá edificar y podrá...

Gonzalo Gutiérrez

Podrá cerrar, sí, sí, siempre.

Roberto Lacueva

O sea, exclusivamente el poderme exigir la protección, nada más. Vale.

Gonzalo Gutiérrez

En la concepción de servidumbre negativa que tenemos, ¡ojo!, como se empieza a decir que es positiva....

Roberto Lacueva

O sea, quiero decir, sólo gano el derecho a no tener obligación de poner la reja.

Gonzalo Gutiérrez

Sí, solamente podrías ganar la servidumbre si ejercieras un acto obstativo; a partir de ese momento es cuando empezarías a poseer la servidumbre de luces y vistas, salvo que se siga la tesis de Lacruz aplicada a Aragón tal y como lo hace ya Ana Belén López, en cuyo caso si la consideras una servidumbre positiva ya es más peligroso, porque claro, si es positiva, la apariencia equivale al signo inequívoco y a la publicidad del ejercicio de la servidumbre y a su disfrute, y ¡ojo!, que eso ya es más complicado ¿eh? Ahora, en el planteamiento que teníamos en el Derecho Aragonés, bajo las Observancias, bajo el Apéndice y bajo la Compilación, que se quiere considerar y se construye toda la usucapión de esta servidumbre como si fuera negativa, no habría nada que temer mientras no se formulara un acto obstativo.

Roberto Lacueva

O sea, que vamos, que nunca, nunca, nunca podría estar esta persona que ha abierto sin reja, nunca me podría decir que ha ganado un derecho a tener una luz y por tanto ya no puedo edificar.

Gonzalo Gutiérrez

Hombre, decírtelo sí, lo que pasa es que...

Roberto Lacueva

Pero que no es responsabilidad mía.

José Luis Calvo. Estudiante de 5º de Derecho.

Buenas noches, en la sociedad aragonesa se plantea el problema de que no se conoce la posibilidad de abrir huecos sin ningún problema. O sea, los vecinos no la conocen, y entonces suelen pedir el consentimiento al que podíamos llamar, bueno, en Castilla se llamaría "fundo dominante". Piden el consentimiento para abrir venta-

nas, porque realmente pues los aragoneses no saben que pueden abrir ventanas. Entonces se plantea el problema de si ahí existe realmente un título o simplemente son huecos consentidos. Si ese consentimiento...

Gonzalo Gutiérrez. Ponente

... son huecos tolerados por la ley, y además es que muchas veces, en la jurisprudencia, cuando se tratan estos huecos se dice: no valen para la usucapión porque la mera tolerancia no afecta a la posesión, artículo 444 del Código Civil, cuando en realidad aquí no son huecos tolerados por el vecino hacia el que se abren, sino que la que tolera es la Ley, y el ciudadano hacia el que se abre ese hueco, le guste o no, le parezca bien o mal, lo quiera tolerar o no lo tiene que tolerar, porque le obliga la Ley, porque lo torera la Ley misma.

José Luis Calvo

¿Entonces, no tiene ninguna relevancia el consentimiento...?

Gonzalo Gutiérrez

Vamos, yo desde luego no he hecho una encuesta, pero puedo hablar de lo que visto en los papeles y lo que sí que he leído es que la doctrina dice que por lo menos los constructores sí que saben que existe esa facultad de abrir huecos en Aragón. Pero ¡joj!, es una arma de doble filo ¿eh?, porque una cosa es que yo pueda abrir un hueco de estos al vecino a cualquier distancia y otra cosa es que realmente me convenga. Si yo tengo una casa vieja con poca luz, pues hago un agujero en el muro y obtengo luz y disfruto de la luz, del paisaje y me ha costado poco dinero, pero ¡joj!, como me haga una casa, no es inteligente hacer la casa en el mismo lindero, con las ventanas en el mismo lindero, porque es que cualquier día me quedo sin ventanas.

José Luis Calvo

Bueno, ¿entonces no es relevante por lo tanto ese consentimiento a efectos jurídicos?.

Gonzalo Gutiérrez

No, no, no, no, no. O sea, podría ser.....

José Luis Calvo

O sea, simplemente por efecto de la Ley.

Gonzalo Gutiérrez

La Ley dice que se pueden abrir esos huecos, sí, sí.

David Arbués. Coponente

La cuestión sería saber qué consentimiento es ese y cómo está expresado y en qué documento se ha expresado y qué es lo que dice. Si el consentimiento es constituir una servidumbre, será voluntaria, y ya no estamos hablando de esto.

José Luis Calvo

No, simplemente habrá dos. O sea, es decirle: abra usted el hueco y ya está.

David Arbués

Sí, es que eso es lo que dice la Compilación.

Enrique Gonzalvo. Coponente

Pero eso no es consentimiento ni es nada, ¿no?

David Arbués

Es que allí no hay consentimiento.

Gonzalo Gutiérrez

Llovería sobre mojado, para que nos entendamos. Se consentiría lo que ya está consentido.

José Luis Calvo

Y un acto obstativo tampoco sería relevante.

Gonzalo Gutiérrez

Si hay puro ejercicio de la relación de vecindad, como no hay apariencia, aunque haya acto obstativo no hay ninguna posibilidad.

José Luis Calvo

Muchas gracias.

Gonzalo Gutiérrez

Bueno, salvo por la vía del 148, ahora claro, sólo si hay buena fe y justo título, pues ya hemos visto que la posesión inmemorial es incompatible con el acto obstativo.

José Luis Calvo

Vale, muchas gracias.

Manuel Pardo. Moderador

Como al parecer ya no hay ninguna otra cuestión, quedamos todos emplazados para el próximo martes, para tratar de la Junta de Parientes, buenas noches.