

Luces y vistas sobre tejado ciego

por

CAMINO SANCINENA ASURMENDI

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Oviedo

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO. UN CASO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.
 - II. LA REGULACIÓN DE LAS VISTAS SOBRE TEJADO CIEGO EN DERECHO COMPARADO:
 - A) EN FRANCIA.
 - B) EN ITALIA.
 - III. LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD RESPECTO DEL FUNDO VECINO.
 - IV. LA POSESIÓN TOLERADA.
 - V. SERVIDUMBRE Y PRESCRIPCIÓN:
 - A) LOS HUECOS DE LUCES.
 - B) LOS HUECOS RETRANQUEADOS PARA VISTAS.
 - C) LOS HUECOS CON SALIDIZOS QUE INVADEN EL VUELO DEL PREDIO VECINO.
 - VI. PROPUESTA PERSONAL.
-
- I. PLANTEAMIENTO. UN CASO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

El Código Civil bajo el epígrafe «de la servidumbre de luces y vistas» regula los huecos para luces y vistas (arts. 580 a 585), en cuanto limitaciones a la propiedad en razón de las relaciones de vecindad (arts. 580 a 584), y como servidumbre de luces y vistas (art. 585) (1).

(1) Sobre las luces y vistas en el Código Civil, puede verse: ROGEL VIDE, C., *Limitaciones de luces y vistas en el Código Civil español*, Madrid, 2006; RIVERA SERRANO, M., *Servidumbre de luces y vistas*, Granada, 2009; VILLÉN SALTO, G., *Las limitaciones del*

El Código Civil, por razón de las relaciones de vecindad, limita al propietario la posibilidad de abrir huecos para luces y vistas en pared propia, restringiendo el derecho de propiedad y la libertad del propietario, a favor y en beneficio del dueño del fundo vecino.

Así, respecto a la recepción de luces, el Código Civil limita el derecho de propiedad para abrir huecos de luces en pared propia en atención al tamaño, altura y configuración: *a la altura de las carreras o inmediatas a los techos, de treinta centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida y red de alambre* (art. 581 CC). Los huecos para luces no se limitan mediante la fijación de una distancia mínima, pues el propietario pueden abrir huecos de luces en pared propia colindante con el predio del vecino.

Los huecos para vistas están limitados mediante la fijación de distancias mínimas. El propietario puede abrir huecos para vistas rectas o directas a una distancia de dos metros sobre la finca del vecino (art. 582 CC) (2). Las distancias mínimas en caso de huecos para vistas laterales u oblicuas se reducen a sesenta centímetros. El artículo 583 del Código Civil determina cómo se contará esta distancia: para las vistas rectas desde la línea exterior de la pared en los huecos sin voladizos, o desde la línea exterior del voladizo cuando los haya; y para las vistas oblicuas, desde la línea de separación de ambos predios.

La regulación del Código Civil español sobre las luces y vistas no diferencia según las características del fundo sobre el que se proyectan las vistas, en atención a si el terreno o solar tiene el carácter de abierto o cerrado, o si las vistas recaen sobre tapia, pared, muro o tejado ciegos. GARCÍA GOYENA establecía en el comentario del artículo correspondiente al actual 582, numerado con el 538: *«sobre la propiedad del vecino esté o no cerrada: y bien sea en poblado o en despoblado»*, pero no recogió esta expresión en el articulado del Proyecto de Código Civil de 1851 (3). Por el contrario, los Códigos Civiles francés e italiano recogen en su articulado la expresión del carácter abierto o cerrado del fundo sobre el que recaen las vistas.

dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional, Granada, 2004; ROCA JUAN, J., «Comentarios a los artículos 580 a 585 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO), tomo VII, vol. II, Madrid, 1990, págs. 219 y sigs.; REBOLLEDO VARELA, A. L. y otros, *Tratado de servidumbres*, Pamplona, 2002; MORENO TRUJILLO, E., «El régimen jurídico de las luces y vistas en el Derecho Común español. Límite y servidumbre», en *RDP*, 1993, págs. 131 y sigs.; BARBER CÁRCAMO, R., «Luces y vistas en los Derechos civiles españoles: facultades, servidumbres y usucapión», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor don Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, 2003, págs. 3547 y sigs.

(2) GARCÍA GOYENA establecía la distancias en pies, seis pies para vistas rectas y dos pies para oblicuas (cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974 [reimpresión de edición de Madrid, 1852], pág. 271).

(3) *Ob. cit.*, pág. 271.

La jurisprudencia española no se ha detenido a analizar *quid* cuando las vistas se proyectan sobre solar cerrado o sobre tejado o muro ciegos (4). Sin embargo, en algunos de sus pronunciamientos, el carácter de cerrado o de ciego del solar o del muro sobre el que recaían las vistas ha sido expresamente señalado.

Es el caso de la sentencia de 20 de mayo de 1969. En el supuesto de hecho, se cuestiona una terraza o mirador sobreelevado por los demandados en la planta superior de un edificio de once plantas. La terraza construida con gruesos cristales transparentes de luna *Securit*, montados sobre armadura fija de hierro no puede abrirse ni es abatible. La cubierta de la terraza es también de material transparente. La terraza no tiene huecos ni batientes, por lo que no permite asomar la cabeza ni arrojar cosa alguna, y está remetida unos treinta cm de la superficie sobre la que se asienta.

La terraza da sobre la pared ciega de los actores. Además se levanta por encima de la altura de siete plantas, por lo que tal y como quedó probado, no existe la menor posibilidad de vistas.

En los actos conciliatorios, los demandados amistosamente ofrecieron abonar una cantidad de dinero y a manifestar por escrito que los actores podrían elevar su edificio; incluso ofrecieron comprar el edificio de los actores, pero estos pidieron un precio excesivo que la parte demandada no pudo aceptar.

Los actores demandaron mediante acción negatoria de servidumbre el cierre de la terraza. Los demandados se opusieron al cierre de la terraza, dado que carecía de vistas, y no podían inspeccionar ni fiscalizar el fundo vecino, por lo que no se inquietaba la propiedad de los actores, ni les perjudicaba lo más mínimo. A la vez, reconocían que no existía un derecho de servidumbre a su favor, y admitían que en cualquier momento los actores podían elevar su construcción.

El Juzgado estimó la demanda, condenando a los demandados *a cerrar los huecos con vistas rectas que están a menos de dos metros del fundo vecino o bien a recubrirlos con vidrio traslúcido*.

La Audiencia Territorial de Oviedo revocó la sentencia de primera instancia, absolvió de la demanda, con base en que la razón del artículo 582 del Código Civil es proteger a los propietarios de la indiscreta inspección ajena, por lo que toda prohibición del artículo 582 desaparece cuando no existe esa inspección.

(4) La jurisprudencia española no ha incidido en este tema. La sentencia de 17 de abril de 1995 declara que no existe servidumbre respecto a un gran ventanal lateral sobre muro medianero que se proyecta con vistas rectas sobre cubierta ciega de la casa colindante. Los fundamentos de la sentencia no hacen referencia a la *ceguera* de la cubierta.

La sentencia de 28 de septiembre de 1972 admite, como lo hacen las partes, la existencia de una servidumbre de luces y vistas que invade el vuelo vecino; y que la construcción del fundo sirviente no tiene que respetar los tres metros en la altura que era ciega. Pero el litigio se centra sobre noventa centímetros en la fijación de la rasante.

El Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia de la Audiencia. Admite el interés jurídico de los actores en su pretensión: «no cabe negar el interés jurídico que en principio tiene el propietario de la finca contigua para poner coto a una contravención legal y a una situación susceptible de producirle un perjuicio *futuro*». Niega que exista abuso de derecho: «no se halla demostrada la inmoralidad o antisociabilidad del supuesto daño, ni la intención de perjudicar sin un fin serio o legítimo, o una anormalidad en el ejercicio de un derecho». Rechaza que la única finalidad del artículo 582 del Código Civil sea la protección de la intimidad del predio vecino: «sin que tampoco sea admisible que la única finalidad del antes mencionado artículo 583 (*sic*, 582) sea la de proteger a los propietarios o poseedores de un fundo de la indiscreta inspección ajena, pues cuenta la seguridad del fundo y su utilización libre y el respeto a los derechos dominicales, tanto en el suelo como en el vuelo, *aunque no existiera molestia en el presente*». Por último, achaca a la Audiencia la elasticidad que había concedido al artículo 582 del Código Civil con la finalidad de evitar el abuso de derecho.

Personalmente, considero más acertada la sentencia de la Audiencia. No existen motivos suficientes para ordenar el cierre de dicha terraza o su recubrimiento con cristal traslúcido, dado que no existe un daño *actual* ni perjuicio a la intimidad ni privacidad, pues las vistas recaen sobre pared ciega.

Este trabajo aborda las luces y vistas sobre tejado ciego, mediante huecos o ventanas en pared sobreelevada sobre tejado, pared o muro ciegos, o huecos sobre terreno o solar cerrados, para, con los elementos y la doctrina ya existente, buscar el punto de equilibrio entre el derecho de propiedad con la facultad de recibir luces y proyectar vistas, por un lado, y el derecho del propietario del fundo vecino a su intimidad y privacidad, por otro.

II. LA REGULACIÓN DE LAS VISTAS SOBRE TEJADO CIEGO EN DERECHO COMPARADO

El Código Civil español no hace referencia al carácter de abierto o cerrado del fundo sobre el que se proyectan las vistas. Tampoco se acoge en ninguno de los Derechos Forales o especiales. Sin embargo, entre los países de nuestro entorno, el carácter de abierto y cerrado de los fundos tiene acogida en el Derecho francés y en el Derecho italiano. Ambos tienen la misma regulación, pero la interpretación jurisprudencial es opuesta.

A) EN FRANCIA

El Derecho Civil francés recoge expresamente el carácter de heredad cerrada o no cerrada, pero sin diferenciar la regulación. El *Code Civil* exige que se respeten

las distancias mínimas para que el propietario pueda abrir huecos con vistas que recaigan sobre heredad cerrada o no cerrada —*clos ou non clos*— de su vecino. La distancia mínima para las vistas rectas es de 19 decímetros (art. 678 del *Code Civil*), y para las vistas oblicuas requiere 60 centímetros (art. 679 del *Code Civil*).

Sin embargo, la jurisprudencia ha diferenciado las vistas según recaigan sobre heredad abierta o cerrada. Exige el cumplimiento de las distancias mínimas en el supuesto de vistas sobre heredad abierta; y permite la apertura de huecos y ventanas para luces y vistas, aunque no respeten las distancias mínimas, cuando recaen sobre heredad cerrada [del vecino].

Poco a poco, el Tribunal de Casación francés ha diseñado el régimen jurídico aplicable a estos huecos o ventanas, que se ha consolidado como doctrina pacífica.

La jurisprudencia comenzó considerando que los artículos 678 y 679 del *Code Civil*, relativos a las distancias legales para abrir huecos de vistas rectas y oblicuas, respectivamente, no se aplicaban en el caso de que las vistas recayesen sobre tejado ciego. Así, el Arrêt de Cassation (A. Cass), de 3 de julio de 1969, asevera que las ventanas con vistas rectas construidas en pared contigua al fundo vecino sin respetar las distancias legales no quedan sometidas a la regulación de las distancias legales de los artículos 678 y 679, pues estos artículos *son inaplicables a las vistas que se ejercitan sobre un tejado con forma de terraza desprovisto de aberturas o lucernas*. El fallo de la sentencia desestima la petición de los dueños del fundo vecino en el cumplimiento de la ley.

Posteriormente, el Tribunal de casación ha considerado que la regulación de las distancias legales de los artículos 678 y 679 es aplicable a las vistas sobre tejado ciego. Así el A. Cass, de 10 de julio de 1996, ha entendido que las ventanas abiertas en muro propio contiguo al fundo vecino con vistas sobre el tejado ciego, se regulan por los artículos 678 y 679 del *Code Civil*. Casa la sentencia de instancia que había considerado que la *ausencia de todo riesgo de indiscreción escapa a la reglamentación de la servidumbre de vistas*, y remite las actuaciones al momento anterior al fallo.

La jurisprudencia ha trazado las líneas maestras de la regulación de las ventanas abiertas sobre heredad cerrada del vecino. Considera que suponen una *posesión tolerada*, que no perjudica al dueño del fundo vecino, quien tiene que soportarla, por lo que no es susceptible de oposición por parte del dueño del fundo vecino; que no constituyen una posesión *útil* para la prescripción, por lo que no se gana por prescripción servidumbre alguna por mucho tiempo que transcurra desde la apertura de las ventanas; y que la existencia de ventanas sobre tejado ciego, no impide que sean cubiertas o tapadas por el vecino que edifica o sobreeleva pared colindante.

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que el propietario del fundo vecino con tejado ciego tiene que soportar o tolerar las ventanas para vistas, aunque no respeten las distancias mínimas legales. El A. Cass, de 12 de abril de 1972,

consideró que el propietario cuyas vistas dan sobre el tejado ciego del vecino, no ocasiona ninguna perturbación susceptible de provocar una oposición en este. Desestimó la demanda de que se cerrasen esos huecos. El fallo se basa en que el actor no había probado que el tejado plano sobre el que recaían las vistas constituyera una terraza. Por lo que las vistas sobre tejado ciego no suponen ningún perjuicio para el fundo vecino, ni ninguna posesión útil para la prescripción. El A. Cass, de 24 de septiembre de 2002, entiende que las dos ventanas abiertas sobre tejado ciego no pueden causar ningún perjuicio susceptible de provocar la contradicción.

El Tribunal de casación asevera que las ventanas para vistas que vulneran las distancias mínimas legales no conceden una posesión útil para la prescripción. El A. Cass, de 28 de abril de 1971, considera que las vistas sobre el tejado del garaje del fundo vecino, que tiene aberturas acristaladas, no es de naturaleza para ganarse por prescripción, pues para ver el interior del garaje por los orificios acristalados, es necesario acceder al tejado. El A. Cass, de 12 de julio de 2000, entiende que las vistas litigiosas sobre tejados ciegos de unas construcciones de 1904, no implican ninguna posesión útil para la prescripción. El A. Cass, de 29 de abril de 1986, afirma que las distancias legales prescritas para las vistas sobre la propiedad del vecino, son inaplicables a las vistas sobre tejado desprovisto de aberturas, por lo que los huecos que únicamente dan sobre el tejado ciego del vecino no implican ninguna posesión útil para prescribir una servidumbre de vistas. Casa la sentencia de instancia que había admitido la servidumbre de vistas, con base en que esas ventanas tenían varias decenas de años, y una de ellas era visible desde la vía pública (posesión pública).

Por último, la jurisprudencia francesa ha admitido que la apertura de ventanas sobre tejado ciego no impide la edificación o sobreelevación por el vecino que cubra o tape dichos huecos. El A. Cass, de 14 de enero de 1992, considera que las vistas sobre tejado ciego no constituyen una posesión susceptible de protección y no impiden la sobreelevación del edificio sobre el que recaen.

B) EN ITALIA

El Derecho italiano, tanto en el *Codice Civile* actual como en el *Codice* de 1865, limita también mediante distancias mínimas la libertad del propietario de abrir huecos y ventanas en pared propia, acogiendo la expresión *fondo chiuso o non chiuso e neppure il tetto del vicino* (art. 905 del *Codice Civile* actual, que reitera el art. 587 del *Codice* de 1865).

El *Codice* establece idéntica regulación para el supuesto de propiedad abierta o cerrada del vecino. Exige una distancia mínima para poder abrir huecos sobre la propiedad del vecino abierta o cerrada: un metro y medio para las vistas rectas (art. 905 CC), y setenta y cinco centímetros para vistas oblicuas o laterales (art. 906 CC).

La jurisprudencia italiana ha interpretado estrictamente la exigencia de las distancias mínimas, sin diferenciar el supuesto de fondo abierto o cerrado, o de tejado o muro ciegos.

El Tribunal de Casación ha afirmado que las vistas sobre tejado ciego son *vistas*, y que el fondo ciego es *fundo*. Entiende que las «vistas» se califican en atención al fondo desde el que se proyectan, y no por el fondo sobre el que se proyectan. Y considera «fundo del vecino» cualquier parte del mismo, aunque sea mínima, incluso una tapia ciega o *muro di cinta*. En este sentido, la jurisprudencia mantiene una doctrina unánime, sin fisuras.

La Sentenza di Cassazione (S. Cass) de 5 de enero de 2000 (n. 27) casa la sentencia de instancia que había entendido que el objeto de las vistas debe ser un fondo abierto. El fondo sobre el que se proyectaban las vistas en el supuesto litigioso era cerrado, por lo que la sentencia de instancia entendió que escapaba de esta regulación. El Tribunal de Casación confirmó que existen *vistas* sobre la propiedad cerrada del vecino, y que la tapia ciega, propiedad del vecino, era su *fundo*. Concluyó que la disposición del artículo 905 del *Codice Civile* es también aplicable en el caso de que el ejercicio de las vistas en el edificio vecino sea impedido de hecho por un muro ciego.

Numerosas son las sentencias de casación italianas que consideran que por *fundo del vecino* debe entenderse cualquier parte aunque sea marginal, incluso una tapia —*muro di cinta*—. Véase las SS. Cass, de 23 de noviembre de 1987 (n. 8626), de 10 de marzo de 1986 (n. 1590), de 29 de abril de 1975 (n. 1664), de 29 de julio de 1964 (n. 2152) y de 25 de julio de 1942 (n. 2199).

La S. Cass, de 6 de diciembre de 1991 (n. 13157), alude a la argumentación. La norma del artículo 905 prohíbe la apertura de vistas rectas sobre el fondo del vecino, para tutelar la libertad del fondo de cualquier indiscreción extraña, sin diferenciar el fondo abierto o cerrado. Y extrae como consecuencia que las vistas aunque estén limitadas por el muro de la construcción vecina deben respetar la distancia de un metro y medio.

III. LA PRIVACIDAD E INTIMIDAD RESPECTO DEL FUNDO VECINO

En el Derecho español, el propietario tiene prohibido por las relaciones de vecindad abrir libremente huecos para luces y vistas en pared propia colindante con el vecino (5). La razón primordial de estas limitaciones la constituye el

(5) La sentencia de 17 de febrero de 1968 considera que los artículos 581 y 582 del Código Civil, *imponen limitaciones al derecho de propiedad*, por las relaciones de vecindad *con un carácter absoluto y permanente de reciprocidad*. Cfr. sentencias de 2 de octubre de 1990 y de 18 de julio de 1997.

Cfr. ROGEL VIDE, *ob. cit.*, págs. 112 y sigs.

derecho a la intimidad y a la privacidad del propietario del fundo contiguo, para lo que se pretende evitar la inspección y fiscalización.

El artículo 581 del Código Civil permite abrir huecos o ventanas en pared propia colindante para recibir luces limitando la altura, el tamaño y estableciendo una configuración determinada: *a la altura de las carreras o inmediatos a los techos, de treinta centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida y red de alambre*. Estos huecos tiene como finalidad permitir la recepción de luces y la ventilación. La posibilidad de vistas queda impedida por la altura y por la configuración que impiden asomarse.

Ahora bien, en Navarra y en Aragón no se aplica el artículo 581 del Código Civil, pues los ordenamientos navarro y aragonés contienen disposiciones especiales respecto a los huecos de ordenanza (6). En ambos ordenamientos los huecos de ordenanza permiten la visión.

En efecto, el Fuero Nuevo permite abrir huecos de tolerancia en pared colindante de una vara en cuadro (unos 80 cm), cerrados mediante barrotes remetidos y red metálica (ley 404) (7). Estos huecos de tolerancia permiten la visión, pues pueden colocarse a cualquier altura, dado que la legislación navarra no exige requisitos de altura. En Derecho navarro, «los huecos de tolerancia por sus dimensiones y libre ubicación posibilitan las vistas en cuanto lo permitan su altura y colocación» (SAT de Pamplona, de 18 de septiembre de 1982). Los huecos de luces se diferencian de los huecos de vistas, además del tamaño, en la configuración, pues los huecos de luces no pueden ser francos. La SAP de Navarra, de 24 de noviembre de 1987, asevera: «según un criterio doctrinal muy extendido, lo característico del hueco para luces radica en la imposibilidad de sacar la cabeza por el mismo, lo que aquí acaece, en tanto que el de vistas permite asomarse».

El Derecho aragonés permite abrir huecos para luces y vistas en pared propia colindante *sin sujeción a dimensiones determinadas* siempre que sean retranqueados y tengan protección: *reja de hierro remetida en la pared y red*

(6) El ordenamiento navarro contiene disposiciones especiales —ley 404 del Fuero Nuevo— respecto a los huecos de ordenanza, configurándolos de manera diferente, por lo que el artículo 581 del Código Civil no tiene aplicación en Navarra. Cfr. SAP de Navarra, de 12 de noviembre de 1986. Tampoco tienen aplicación en Navarra por ser incompatibles con la legislación especial los artículos 580 y 585 del Código Civil. Por el contrario, los artículos 582, 583 y 584 del Código Civil son de aplicación en Navarra (cfr. SSTSJ de Navarra, de 6 de junio de 2002 y de 21 de enero de 2004).

El ordenamiento aragonés contiene «unas disposiciones generales sobre servidumbres con el suficiente detalle que evite la indebida injerencia de las normas del Derecho supletorio estatal» (Exposición de Motivos IV de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial). Esta Ley ha regulado el Derecho Civil Patrimonial y derogado los artículos 143 a 153 de la Compilación, que continuaban vigentes.

(7) Cfr. SSAT de Pamplona, de 20 de mayo de 1981 y de 3 de febrero de 1986, y SAP de Navarra, de 19 de mayo de 1980.

de alambre, o protección semejante o equivalente (art. 9 de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial) (8). La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 23 de febrero de 2005, admite que cabe sustituir la reja de hierro y la red de alambre *por otras protecciones semejantes*, que impidan asomarse al hueco y arrojar objetos al fundo vecino, y considera suficiente las protecciones consistentes en rejas de aluminio atornilladas en la pared y provistas de malla y en chapas de hierro sujetas mediante patillas atornilladas a la pared. Así, en el Derecho aragonés, los huecos de ordenanza se caracterizan por su protección, no teniendo límite de tamaño, ni de altura, impiden asomarse y arrojar cosas, pero permiten la visión (9).

El artículo 582 del Código Civil posibilita abrir huecos para vistas rectas o laterales cuando se guarde una distancia mínima respecto a la finca del vecino: dos metros para las vistas rectas y sesenta centímetros para las oblicuas.

Ahora bien, estas reglas de los artículos 581 y 582 del Código Civil tienen varias excepciones que permiten la apertura de huecos para luces y ventanas para vistas sin respetar la distancia mínima.

Legalmente se excepciona el cumplimiento de las distancias mínimas, en el caso de que ambos fundos estén separados por una vía pública (art. 584 CC) (10). El vecino pierde su protección, y por tanto, tiene que soportar los huecos para luces y vistas, cuando ambos fundos estén separados por una vía pública; de manera que cede el derecho a la intimidad y privacidad, aunque la pared donde se construyen los huecos esté a menos de dos metros de distancia del fundo vecino.

GARCÍA GOYENA justifica que estas limitaciones no rijan el supuesto de que las heredades estén separadas por un camino o vía pública: «opinan generalmente los Jurisconsultos, que no deben tener aplicación cuando las dos heredades se hallan separadas por una calle o camino público, porque la seguridad y el ornato públicos están interesados en que haya vistas sobre las calle y plazas» (11).

El Tribunal Supremo ha entendido «vía pública» en un sentido amplio, favoreciendo la excepción del artículo 584 del Código Civil. La sentencia de

(8) El Derecho aragonés regula las servidumbres de luces y vistas en cuanto relaciones de vecindad (arts. 9 a 14), y en cuanto servidumbre (arts. 38 a 40).

La explicación de esta regulación es de carácter histórico. Cfr. artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de 8 de abril de 1967, y el artículo 15 del Apéndice Foral. Cfr. la sentencia de 30 de octubre de 1983. Véase, LACRUZ BERDEJO, J. L., «La interpretación histórica y el Derecho aragonés de luces y vistas», en *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, vol. I, Madrid, 1992, págs. 391 y sigs.; SANCHO REBULLIDA, F., «Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres», en *Estudios de Derecho Civil*, vol II, Pamplona, 1978, págs. 133 y sigs.

(9) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 4 de febrero de 2009, exige la protección mediante reja y red. Cfr. sentencias de 23 de noviembre de 1983 y de 12 de diciembre de 1986.

(10) En el mismo sentido, cfr. el artículo 9.3 de la Ley aragonesa de Derecho Civil Patrimonial.

(11) *Ob. cit.*, pág. 271.

31 de mayo de 2005 considera el camino existente entre las fincas como vía pública a los efectos del artículo 584 del Código Civil, pues basta que no se trate de un camino particular, cualesquiera que sean sus condiciones de policía y urbanización.

La sentencia de 11 de octubre de 1979 declara que la acequia de riego que separa las fincas del actor y del demandado, es suficiente para impedir el cierre de las ventanas por no guardar la distancia de dos metros con el fundo del demandante. El Tribunal Supremo confirma las sentencias de instancia. No entra a la calificación de la acequia como «vía pública», sino que establece la no aplicación de los artículos 581 y 582 del Código Civil, porque las fincas no eran contiguas o colindantes al estar separadas por un accidente topográfico (12).

Asimismo, la jurisprudencia ha relajado la interpretación de estas reglas sobre luces y vistas cuando se utiliza material traslúcido. La limitación del Código Civil ha sido restringida por la jurisprudencia, que ha extendido la permisión de abrir huecos mediante la utilización de material traslúcido, hormigón, ladrillo, cristal, etc. (13). Ha permitido utilizar este material traslúcido en dos situaciones: *ex novo* en la construcción, y mediante la condena a eliminar las vistas ya creadas sustituyendo el cristal transparente por material traslúcido.

Así, por un lado, la jurisprudencia ha reconocido que las *nuevas* técnicas constructivas están incorporando a la construcción de los edificios materiales traslúcidos que dejan pasar la luz, pero que no permiten la ventilación, ni la visión. La admisión de dichos materiales traslúcidos en la construcción ha sido realizada mediante dos pasos bien diferenciados en su argumentación.

En un principio, la jurisprudencia estableció que el material traslúcido utilizado en la construcción, pero sin constituir «huecos» o «vanos», es *como* muro o análogo al muro. Únicamente deja pasar la luz, pero no las vistas. El Tribunal Supremo aludía al ornato, a un criterio de belleza, y a que mediante la utilización de estos materiales traslúcidos no se altera ni disminuye la privacidad o intimidad del fundo vecino. En consecuencia, consideraba que no quedaban sometidos a la regulación del artículo 581 del Código Civil.

En este sentido, la sentencia de 17 de febrero de 1968, ante el hecho de que el levantamiento de fachadas o paredes se realiza con materiales más o menos

(12) Sin embargo, la sentencia de 22 de noviembre de 1989 condena, dada la mala fe del constructor, a cerrar los huecos abiertos sobre un camino privado alegando que la excepción del artículo 584 del Código Civil exige que sea una vía pública.

El Derecho francés excepciona de las distancias mínimas para vistas rectas y oblicuas, el supuesto de que el fundo vecino esté gravado por una servidumbre de paso colindante a favor del fundo que tiene abiertos los huecos de vistas (art. 678 CC). Esta servidumbre de paso impide la construcción.

(13) En Navarra se admite que las paredes de material traslúcido no obstan la propiedad, ni crean servidumbre (SAT de Pamplona, de 7 de diciembre de 1983, y SAP de Navarra, de 30 de mayo de 1986).

traslúcidos, «permitiendo el paso de la luz, pero con la *misión propia de toda pared*, cual es el cerrar el edificio», establece una doctrina clara, que reproduzco por su interés. «Considerando que estas técnicas modernas, *al no poderse equiparar a la apertura de ventanas ni de huecos*, no están comprendidas en los términos literales de los artículos 581 y 582 citados, *ni tampoco en su espíritu*, pues la utilización de esos materiales no es con fines de luz exclusivamente, sino de ornato o resistencia, que se traduce, en definitiva, en belleza y seguridad del edificio, por lo que este progreso, al no estar comprendido en la regulación del Código Civil, sobre estas relaciones de vecindad, constituye una laguna legal, y para resolverla hay que tener en cuenta que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto a la del vecino determina, por lo que en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta, por lo que será en cada caso concreto la situación fáctica la determinante de la resolución procedente; b) en la sentencia de primera instancia aceptada por la impugnada se declara que el empleo de ese material traslúcido «pasa a formar parte integrante de la pared como un trozo o porción de la misma a la cual aparece unida, guardando la misma línea y haciendo la misión propia del resto de la pared, consistente en cerrar el edificio», que «*impidiendo la visión permite el paso de luz en intensidad limitada, y no permite la inspección o fiscalización del fundo ajeno contiguo*», y «ese tipo de construcción, por no consistir precisamente, en la apertura de huecos que gravan el fundo ajeno, no puede entrañar legalmente la adquisición de servidumbre alguna, y en cualquier momento se puede edificar contiguamente a la pared del actor, con uno u otro material», y ante estos hechos, como el progreso y adelanto en las edificaciones está apoyado en el interés de la sociedad, y *la intimidad de la vida familiar del recurrente no se inquieta*, dadas las características del ladrillo traslúcido empleado, ha de prevalecer el interés social, por lo que, y *al no estar el caso contemplado enmarcado en los repetidos artículos 581 y 582*, es obligada la desestimación del recurso».

El fallo de esta sentencia busca el equilibrio entre el interés de los propietarios de recibir luces, y el derecho del dueño del fundo vecino a la intimidad o privacidad. El Tribunal Supremo argumenta que la utilización de material traslúcido no tiene únicamente una finalidad de recibir luz, sino también de ornato o resistencia, es decir, belleza y seguridad del edificio. Pero el fallo se basa en los argumentos de la sentencia de instancia de que al impedirse la visión no permite la inspección o fiscalización del fundo ajeno contiguo, por lo que la intimidad de la vida familiar del recurrente no se inquieta.

El siguiente paso en la argumentación del Tribunal Supremo se debe a la utilización del material traslúcido para cubrir «vanos o huecos», de manera que ya no puede considerarse equiparable al muro, ni escapar de los artículos 581 y 582 del Código Civil. En este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 1997 permitió la utilización del material traslúcido, con independencia de la

forma que adopte. «Los artículos expresados del Código Civil regulan restricciones o limitaciones del derecho de propiedad para abrir huecos o ventanas en pared propia, de manera que, cuando la pared (no medianera) sea contigua a finca ajena, solo se pueden hacer los tragaluces a que se refiere el artículo 581, en las condiciones que especifica de altura y características detalladas en el mismo, o bien, prohibiendo la apertura de aquellos (también balcones o voladizos semejantes) a menos de dos metros de distancia en vista recta o de sesenta centímetros en vista oblicua sobre la finca del vecino. *Se pretende, con estas limitaciones, contribuir al respeto de la privacidad, evitando una observación directa, por medio de la vista, de lo que sucede en el predio colindante.* El derecho a abrir los huecos o ventanas de referencia no deriva de ninguna servidumbre legal sino *del mismo derecho de propiedad*, aunque limitado en su ejercicio por relaciones de vecindad. Tal derecho coexiste con el correlativo del fundo contiguo a edificar libremente, e incluso, en el caso del artículo 581, a cubrirlos levantando pared aneja a la que tenga el hueco o ventilación (14) (...) Así, la toma de la luz a través de los muros traslúcidos se opera siempre *iure proprietatis* sin que exista el motivo que inspiró al legislador de 1889 al establecer las condiciones de los huecos y las distancias para ventanas, en cuanto en las construcciones realizadas con este tipo de material los derechos del propietario del fundo vecino no resultan afectados desde el momento en que ni su intimidad se ve coartada, dado que las inspecciones sobre el mismo resultan imposibles, ni permite la salida de personas, lanzamiento de objetos, etc. En este sentido se afirma que, en efecto, los artículos 581 y 582 prohíben abrir huecos o ventanas para tomar luz o tener vistas; pero estimar que en el espíritu de estas normas no se halla el «hueco tapado» por el que entre la luz, es interpretar la norma de acuerdo con el criterio de la realidad social» (15).

(14) Continúa la sentencia: «Centrada así la cuestión, resta por saber si las llamadas “ventanas” son tales y, en consecuencia, al rebasar las medidas permitidas debe ordenarse que sean tapiadas o cerradas o, si por el contrario, al estar de modo hermético cubierto el supuesto “vano” con materiales traslúcidos ha de estimarse que constituyen falsas ventanas cuya construcción no está prohibida al no vulnerar las mismas el fin que salvaguardan las limitaciones impuestas al derecho de propiedad. Hace tiempo que la doctrina científica ha estudiado, en relación con las luces y vistas, el empleo de material traslúcido en las paredes o muros, que sin ser medianeros, sean contiguos a otro fundo y, en general, se ha entendido que “una construcción de tales características en el muro divisorio propio será siempre posible para el dueño, sin limitaciones de distancias (art. 582), medidas o protección (art. 581), ya que no constituyen un hueco sino un muro, sin otra especialidad, que permitir parcialmente el paso de la luz”».

(15) La sentencia concluye: «De esta doctrina jurisprudencial no se pueden extraer consecuencias contrarias al empleo de materiales traslúcidos en la construcción por circunstancias fácticas complementarias que describe la misma sentencia. En efecto: a) el “ornato” añadido como finalidad a la de la recepción de luminosidad no significa que la opinión sobre la belleza en la forma de emplear los referidos materiales sea cuestión de la incumbencia del órgano judicial o pueda discutirse por la contraparte, sin perjuicio del

Asimismo, la sentencia de 19 de septiembre de 2003, reproduciendo la doctrina de las dos sentencias de instancia, desestima la acción negatoria de servidumbre y considera que los huecos, abiertos por los demandantes de 30 cm por 47 cm y cerrados con cinco losetas de cristal traslúcido, que dejan pasar la luz y no permiten inspeccionar el fundo ajeno, no vulneran los artículos 581 y 582 del Código Civil.

Por otro lado, otro conjunto de sentencias del Tribunal Supremo condena a eliminar las vistas ya creadas sustituyendo el cristal transparente por material traslúcido. En efecto, con la finalidad de causar el menor costo posible al ejecutado, cuando condenan al cierre de ventanas, permiten que se cubran con *cristal traslúcido*, que debe quedar fijo sin que se pueda abrir. Esta jurisprudencia ya no equipara el material traslúcido al muro, ni recurre a argumentos de estética, belleza o seguridad (16).

La sentencia de 20 de mayo de 1969, ya citada, condenó a *cerrar los huecos... o bien a recubrirlos con vidrio traslúcido*.

La sentencia de 3 de abril de 1992 resuelve sobre una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas acumulada a una acción reivindicatoria sobre el terreno invadido por los voladizos. En el supuesto de hecho, se está construyendo un bloque de viviendas de protección oficial con huecos para ventanas y con voladizos que invaden en 0,10 metros el vuelo de la finca colindante por una longitud de tres metros. Las dos sentencias de instancia estiman ambas acciones y condenan a demoler lo construido. Recurridas en casación, el Tribunal Supremo estima el recurso en cuanto a la acción reivindicatoria, aplica la teoría de la accesión invertida sobre los 0,30 metros cuadrados invadidos y condena a abonar al demandante la franja de terreno invadido por el vuelo, más una indemnización por los perjuicios. Confirma las sentencias de instancia respecto a la acción negatoria de servidumbre, y condena a cubrir los huecos con material opaco o traslúcido.

respeto a las normas urbanísticas que, en todo caso, tiene, si se incumplen, vía propia de impugnación; b) la “resistencia” de la construcción no supone tampoco que los materiales en cuestión actúen como elemento sustentante de la pared o muro, sino simplemente que el paramento esté cerrado en condiciones de regularidad, siendo indiferente a estos fines que la parte o trozo (si no se emplea en su totalidad) de material traslúcido adopte o no la forma de falsos ventanales o que una porción aparezca retranqueada en relación con el paramento. En cualquier caso lo que resulta importante, como cuestión fáctica es que la construcción reúna dos elementos mínimos: 1) que el *material traslúcido sea sólido y resistente* (es decir, con un índice de fractura que impida su conceptualización como frágil); 2) que, no obstante, permitir el paso de la luz, el material no facilite la visión de formas nítidas sino, en todo caso, de luces y de sombras informes».

(16) La sentencia de 24 de mayo de 1971 condena a cerrar los huecos con material opaco. Durante la tramitación del procedimiento se habían cerrado los huecos de luces y vistas con hormigón traslúcido. Pero como no se había promovido el oportuno incidente, se califica de mal construido el cierre con material traslúcido y se condena a cerrarlo con material opaco.

La sentencia de 9 de febrero de 1983 condena a cerrar los huecos, desestimando una servidumbre de luces y vistas (17). El Tribunal Supremo confirma la doctrina sobre la utilización de material traslúcido, si bien no lo estima por constituir cuestión nueva. «Que el motivo sexto del recurso, atribuye a la sentencia combatida interpretación errónea del artículo 582 del Código Civil, ya que condena al cierre de los huecos y la destrucción de los voladizos, cuando con arreglo a las nuevas orientaciones doctrinales y directrices jurisprudenciales simplemente «bastaría inutilizarlos de manera que no sean practicables y se consiga *el mismo objetivo que es el evitar que se fisgonee desde el inmueble vecino*», lo que puede lograrse mediante «la utilización de cristal traslúcido»; y tampoco ha de alcanzar éxito, ya que sin negar la certeza de la doctrina de esta Sala permisiva del empleo de material traslúcido integrado en la pared de cierre con arreglo a las modernas técnicas de la construcción, conjugando así las órdenes de interés a que responde la regulación de los artículos 581 a 584 del citado cuerpo legal y sin menoscabo del derecho del propietario contiguo a conservar la intimidad de la vida familiar (que es el fundamento de las distancias legales), la *cuestión planteada es nueva* en el recurso».

En suma, la jurisprudencia admite la utilización de material traslúcido en pared colindante sin sujetarse a las estrictas reglas de los artículos 581 y 582 del Código Civil. Ha extendido la utilización de material traslúcido sin sometimiento a reglas sobre altura, tamaño o configuración, ni a las distancias mínimas. La jurisprudencia atiende al espíritu de la ley de salvaguardar la intimidad y privacidad del dueño del predio vecino, y de evitar que se fiscalice o inspeccione el fundo vecino. En consecuencia, considera que dadas las relaciones de vecindad no se puede limitar el derecho del propietario, cuando no quede alterada ni inquietada la intimidad o privacidad del vecino.

La doctrina sobre la utilización de material traslúcido se defiende en cuanto no inquieta la privacidad e intimidad del fundo vecino. Pues, dadas las relaciones de vecindad, las limitaciones al derecho de propiedad —libertad para abrir huecos en pared propia—, se justifican en cuanto perjudican el derecho del vecino a la intimidad. Pero pierde la justificación y, por tanto, no se puede limitar el derecho de propiedad, cuando no cabe fiscalización o inspección (18).

(17) El fondo de la sentencia cuestionaba la efectividad del Plan de Urbanismo y la previsión de expropiación de terreno con fines de convertirlo en vía pública, lo que modificaría el régimen de vistas a tenor del artículo 584 del Código Civil. Cfr. CARRASCO PERERA, Á., «Acción negatoria de servidumbres de luces y vistas. Efectos del Plan de Ordenación», en CCJC, núm. 1, 1983, págs. 198 y sigs.

(18) La sentencia de 14 de febrero de 1992 asevera: «Manifestado por la sentencia de instancia la existencia de tres huecos o ventanas recayentes a la casa de la actora, sin que se acredite, dice el juzgador, ni la naturaleza de la pared en que se abren, ni sus dimensiones o características, así como la falta de justificación de perjuicios a la actora por consecuencia de dichos huecos o ventanas, la constatación, por de pronto, de que respecto de una de las dos ventanas “abiertas sobre la pared que delimita las dos casas, está provista de sendos cuadros

Este mismo criterio puede ser aplicado en el supuesto de tejado ciego. Así, cabría admitir la posibilidad de abrir huecos sobre tejado ciego, sin respetar la distancia mínima del artículo 582 del Código Civil, siempre y cuando el derecho a la intimidad y privacidad del dueño del fundo vecino no se vean alterados. Pues, entre las razones que justifican la limitación a la propiedad de los artículos 581 y 582 del Código Civil, como razones de policía, salubridad, higiene, limpieza, seguridad, la protección a la intimidad y privacidad del propietario del fundo contiguo es la que tiene mayor peso (19).

La privacidad e intimidad del vecino puede ser salvaguardada porque el fundo desde el que se proyectan las vistas mantiene las distancias mínimas legales. Pero también se salvaguarda cuando el fundo sobre el que se proyectan las vistas, es tejado, muro o tapia ciegos, o solar cerrado. Pues el hecho de que sea el propio vecino quien cierra su intimidad, no impide que objetivamente quede protegida la intimidad y privacidad del vecino. Las vistas que recaen sobre solar cerrado, o muro, pared, tapia o tejado ciegos, no perjudican al dueño del fundo sobre el que proyectan las vistas. La protección de la intimidad no se ve reducida porque sea el propio beneficiario quien *cierre* su fundo.

Por el contrario, exigir el cumplimiento de las distancias mínimas legales para la apertura de ventanas, en el caso de que sea el vecino quien cierre su propiedad, atentaría contra los principios *cessante ratione legis, cessat lex, y odiosa sunt restringenda*. Pues, desaparecida la causa que justifica la limitación, debería desaparecer la limitación. Y las limitaciones a la propiedad deben interpretarse restrictivamente. Así, la sentencia de 22 de noviembre de 1991, declara que el artículo 582 «como limitativo que es de las facultades dominicales, debe interpretarse en sentido restrictivo».

Por otra parte, el propietario que teniendo su *propiedad cerrada* demandara en cumplimiento de la ley la oclusión de las ventanas del vecino, estaría incurriendo en abuso de derecho y atentando contra las reglas *quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur y jus usus innocui* (20).

de hierro que enmarcan un cristal totalmente opaco” que hace que, “tanto en línea recta como en línea oblicua realmente no se vea nada del patio de la actora... ni de la vivienda de la misma”, según la literal constancia del acta de reconocimiento judicial que pone de manifiesto una situación fáctica que (...) *ha de considerarse, por lo que hace a tal hueco, su inocuidad, ya que ni la vida familiar ni el derecho de la demandante sufren inquietud alguna, pues que la técnica de construcción empleada al asegurar la opacidad del cerramiento no permite considerarlo comprendido en los artículos 581 y 582 del Código Civil*».

(19) ROGEL VIDE se manifiesta partidario de no aplicar las limitaciones del artículo 582 del Código Civil en determinados casos, como fundos urbanos o rústicos en los que no se vive; o cuando se hace imposible la inspección de los fundos debido a un desnivel notable de los fundos, a un accidente topográfico o a la existencia de un muro o pared ciegos (*ob. cit.*, págs. 107 y sigs. y págs. 118 y sigs.).

(20) La sentencia de 30 de octubre de 1983 utiliza esta argumentación. Desestima la adquisición por prescripción inmemorial de una servidumbre de luces y vistas. En el supuesto las ventanas llevaban abiertas más de cien años, pero el Tribunal Supremo las considera poseídas

En este sentido, la jurisprudencia española ha calificado de abuso de derecho, la posición del dueño del fundo vecino de exigir el cumplimiento de lo prescrito en los artículos 581 y 582 del Código Civil. Así, la sentencia de 3 de febrero de 1989, si bien se permite al dueño del fundo vecino edificar tapando o cubriendo las ventanas, considera que constituye un abuso de derecho y condena a la demolición de un tabicón adosado a la pared colindante que tenía las nueve ventanas en litigio, con la única finalidad de impedir las luces y vistas (21).

La sentencia de 16 de marzo de 1989 desestima el cierre de las ventanas con cristales opacos, que se sitúan en una fachada falsa, edificada por razones estéticas, que tiene tras de sí un patio y, por tanto, el vacío. Considera el Tribunal que esas ventanas no crean servidumbre alguna, y pueden cubrirse o taparse.

IV. LA POSESIÓN TOLERADA

Los huecos para luces y para vistas conceden a su poseedor diferentes clases de posesión.

Los huecos de ordenanza, los huecos legalmente permitidos para luces: a la altura de las carreras o inmediatos a los techos, de treinta centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida y red de alambre, conceden a su poseedor una posesión tolerada. Es decir, estos huecos para luces del artículo 581 son de tolerancia impuesta por ley, de tolerancia *forzosa* o forzosamente tolerados. El dueño del predio contiguo no tiene acción para impedir que estén abiertos, ni para requerir que estén cerrados; no puede oponerse, ni realizar acto obstructivo de ninguna clase, ni puede pedir su oclusión o cerramiento. Sin embargo, estos huecos pueden ser cubiertos por el vecino, quien puede edificar o elevar una pared colindante.

Asimismo, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la utilización de material traslúcido en la construcción, es preciso considerar que los huecos cubiertos con material traslúcido son de posesión tolerada. Aquí hay que incluir el material traslúcido utilizado como muro, y el cristal traslúcido utilizado para

iure dominii, con base en las relaciones de vecindad. «Que también según autorizada doctrina y jurisprudencia territorial aragonesa (intérprete de su tradicional Derecho), la observancia citada no establece ni regula régimen alguno de servidumbre, sino que se limita, de acuerdo con el principio de honda raigambre aragonesa sentado en la observancia primera («cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor»), a fijar las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del *jus usus innocui*, lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables para la edificación y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado «medioambiente» (luz y paisaje)». Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Derecho aragonés. Luces y vistas. Relaciones de vecindad», en CCJC, núm. 3, 1983, págs. 1041 y sigs.

(21) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Luces y vistas. Derecho aragonés. Abuso de derecho», en CCJC, núm. 19, 1989, págs. 159 y sigs.

cubrir vanos y ventanas. En efecto, al ser permitidos por la jurisprudencia e imponerse al dueño del predio vecino, se convierten en posesión tolerada. El dueño del predio vecino tiene que soportarlos, no puede oponerse, ni pedir su cierre u oclusión, ni la sustitución por material opaco. La jurisprudencia considera que el material traslúcido utilizado en pared colindante es de tolerancia impuesta o forzosa para el dueño del predio vecino.

Las ventanas para vistas que vulneren la distancia mínima legal del artículo 582 del Código Civil permiten la oposición del dueño del fundo vecino, para salvaguardar su derecho a la intimidad y proteger su privacidad. Los huecos de vistas que vulneren estas distancias legales pueden ser impedidos por el dueño del fundo vecino, pues producen una inmisión en el derecho de intimidad y en la privacidad. El dueño del fundo vecino puede oponerse y pedir la oclusión de los huecos.

Pero la jurisprudencia española diferencia los huecos para vistas en pared colindante, según que su configuración sea saliente sobre el fundo vecino afectando al derecho de vuelo, o sea sencillamente enmarcada, retranqueada o remetida.

Los huecos *retranqueados* abiertos en pared propia colindante se consideran tolerados; originan una *posesión tolerada*, que no aprovecha al poseedor a efectos de usucapión (arts. 444 y 1942 CC) (22). El dueño del predio vecino puede

(22) En este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2001 califica la posesión de tolerada. «La sentencia, en efecto, conforme a la prueba practicada establece que la demandada mantiene abiertas luces y vistas frente al fundo de la actora que no respetan las distancias que marca el artículo 582 del Código Civil, a saber, dos metros en vistas rectas y sesenta centímetros en las oblicuas. Matiza que consta que entre las edificaciones de demandante y demandada existe un pasillo de sesenta centímetros que, como declara la parte actora en su demanda, se abrió en aras a las relaciones de buena vecindad, y con objeto de no privar de luz y ventilación a sus vecinos. De esta afirmación extrae la consecuencia de no aceptar la petición de la demandada tendente al cierre de ventanas, que fue concedida en la sentencia de instancia pues ello iría contra los propios actos de la parte actora, que ejercitaría una acción sin someterse a los postulados de la buena fe (art. 7 CC). Mas no se puede compartir la tesis de los actos propios, como justificación de la permanencia de los ilegales huecos pues no se concretan, ni determinan el alcance y contenido de estos propios «actos», apoyados, a lo que se dice, en relaciones de buena vecindad que, en todo caso, motivarían una conducta de tolerancia, reducida a «luz y ventilación» y no a «luces y vistas», por cuanto aquella finalidad se satisface sin necesidad de extralimitarse, de acuerdo con las previsiones del artículo 581 del Código Civil. (...) Con argumentos que recoge la sentencia de primera instancia, debe reiterarse que en lo referente a la posible adquisición de la servidumbre por negocio jurídico o título (art. 537 en relación con el art. 504 CC) la jurisprudencia tiene declarado, cuando se trata de la creación *intervivos* del derecho real, la necesidad de un concierto de voluntades que, de manera inequívoca, refleje el propósito de los otorgantes, operando, en caso de duda, la presunción de libertad del fundo, de tal suerte que, por muy amplia que haya podido ser en el supuesto de autos *el grado de tolerancia mostrado en torno a los huecos abiertos por los precedentes titulares del que hoy se pretende fundo sirviente*, no es posible atribuir a dicha actitud el valor de voluntad precisa y tajante exigida doctrinalmente para dar lugar al nacimiento del derecho real, sin que pueda considerarse acreditado el supuesto convenio verbal invocado de contrario».

oponerse y pedir el cierre de los huecos para vistas indebidamente abiertos que vulneren su privacidad; y puede edificar, elevar o sobreelevar tapando o cubriendo dichos huecos o ventanas abiertos en pared colindante. De modo que el hueco es tolerado hasta que recaiga la oposición mediante acto obstativo, como el requerimiento formal por parte del dueño del fundo vecino al dueño que abrió los huecos en su pared, para que los cierre. Así, cuando recae un acto formal obstativo, deja de haber tolerancia, y a partir de ese acto, la posesión es apta para la usucapión y empieza a correr el plazo de veinte años de la prescripción adquisitiva.

Los huecos que invaden el derecho de vuelo del fundo vecino no son tolerados. El dueño del fundo vecino no debe soportarlos, puede oponerse, pedir el cierre de los huecos, y la demolición del voladizo que produce una inmisión en el derecho de vuelo. Estos huecos originan una posesión apta para la usucapión empezando a correr el plazo de la prescripción adquisitiva desde su apertura.

Los huecos para vistas sobre tejado ciego también se diferencian según afecten al derecho de vuelo del fundo vecino.

Los huecos que vulneren el derecho de vuelo de la finca colindante no son de posesión tolerada, con independencia de que las vistas recaigan sobre tejado ciego. Originan una posesión apta para la usucapión desde el momento de su apertura. El dueño del fundo vecino puede pedir la demolición del saliente o voladizo.

Los huecos sobre tejado ciego retranqueados se deberán entender de tolerancia impuesta o forzosa, a la manera de los huecos de ordenanza y de las luces recibidas mediante cristal traslúcido. El dueño del fundo vecino tendrá que soportarlos, no podrá oponerse a que estén abiertos ni pedir su oclusión, no puede realizar ningún acto obstativo, pues no vulneran su intimidad, ni privacidad. Al ser una posesión tolerada no aprovecha a efectos de prescripción. El dueño del fundo vecino podrá cubrir las ventanas edificando o sobreelevando pared colindante.

Pero en el momento en que el tejado deje de ser ciego, o el solar deje de ser cerrado, se vulnera la privacidad del dueño del fundo vecino. Por tanto, este ya no tendrá que soportar las vistas, sino que puede impedir que los huecos estén abiertos y pedir su oclusión o cierre; puede oponerse mediante un acto obstativo. La posesión se entenderá tolerada mientras que el dueño del fundo vecino no manifieste su oposición mediante el acto obstativo. Cuando recaiga un acto obstativo, dejará de haber tolerancia, y comenzará a correr el plazo veintañal para la usucapión.

V. SERVIDUMBRE Y PRESCRIPCIÓN

La servidumbre de luces y de vistas y su adquisición por usucapión dependerá del tipo de hueco y de la posesión (23).

(23) Sobre la prescripción adquisitiva de las servidumbres, véase mi trabajo, *La usucapión inmobiliaria*, Pamplona, 2009, págs. 41 y sigs.

A) LOS HUECOS DE LUCES

La servidumbre de luces no está regulada en el Código Civil, normalmente se integra con la servidumbre de vistas. No obstante, es perfectamente admisible una servidumbre exclusivamente de luces.

La servidumbre de luces constituida sobre los huecos de tolerancia o sobre los huecos cubiertos con material traslúcido no conceden al dueño del predio dominante *más derecho a recibir más luz por el hecho del hueco*. Conceden el derecho a *seguir recibiendo* esa luz, es decir, a que el dueño del predio sirviente no construya una pared adosada impidiendo la recepción de luz, sino que respete dejando la distancia de tres metros, para que el dueño del predio dominante pueda seguir disfrutando de las luces.

En este sentido, la jurisprudencia ha aplicado por analogía a la servidumbre de luces, lo establecido en el artículo 585 del Código Civil para la servidumbre de vistas, y prohíbe al dueño del predio sirviente construir a menos de tres metros. Llama la atención que en el Código Civil español, el dueño puede construir con vistas rectas si guarda la distancia de dos metros con el fundo vecino; mientras que el dueño del predio sirviente tiene que respetar la distancia de tres metros (un metro más) en caso de haberse ganado la servidumbre (24). Estos tres metros empezarán a contar desde la pared con los huecos.

Es pacífico que la servidumbre de luces se puede adquirir por título. Las partes pueden voluntariamente constituir una servidumbre de luces respecto a los huecos legales del artículo 581 del Código Civil y a los huecos cerrados con material traslúcido.

(24) El Derecho francés recoge una única y misma distancia en ambos casos de 19 decímetros (art. 678 CC). El A. Cass, de 13 de julio de 2005, casa y anula la sentencia de instancia. Entiende que la servidumbre de vistas rectas adquirida por prescripción treintañal, únicamente impide al predio sirviente la construcción a menos de 1,9 metros de distancia, pero que no le impide el estacionar un vehículo dentro de la distancia de 19 decímetros, dado que el estacionamiento de un vehículo en esa distancia de 19 decímetros no supone una perturbación posesoria.

El Derecho italiano exige la distancia de un metro y medio (art. 905 CC) para abrir huecos con vistas rectas sobre la propiedad del vecino, y sin embargo, cuando se ha ganado el derecho a tener vistas sobre el fundo vecino, el dueño del predio sirviente no puede construir a menos de tres metros (art. 907 CC).

En el Derecho navarro se aplica el artículo 582 del Código Civil en cuanto a la distancia mínima de dos metros para abrir huecos con vistas rectas; pero ganada la servidumbre de luces y vistas, la ley 403 del Fuero Nuevo establece que el vecino no puede construir *a distancia menor de tres metros de la pared o del voladizo, en cuanto reduzca o dificulte las luces o las vistas*.

El Derecho aragonés requiere la distancia de dos metros para que el propietario pueda abrir huecos con vistas rectas (art. 9.2 de la Ley de Derecho Civil Patrimonial), y establece la distancia de tres metros en la que el dueño del fundo sirviente no puede construir para respetar la servidumbre constituida (art. 40).

Sin embargo, se cuestiona el carácter de aparente de la servidumbre de luces. La calificación de servidumbre aparente tiene relevancia a efectos de adquisición por destino del padre de familia (art. 541 CC) o por usucapión (arts. 537 y 539 CC), y a los efectos de publicidad registral (25).

Los ordenamientos navarro y aragonés establecen expresamente que los huecos de ordenanza no constituyen signo de servidumbre. Es de notar que en ambos ordenamientos la calificación de servidumbre no aparente carece de relevancia respecto a su adquisición por usucapión. Por tanto, aunque los huecos sean aparentes de por sí, no son *signo de servidumbre*. La servidumbre de luces constituida sobre unos huecos legales o unos huecos cubiertos con material traslúcido no será una servidumbre aparente (26).

Ahora bien, el Derecho común no recoge una norma que excepcione la servidumbre de luces del carácter de aparente.

La jurisprudencia ha admitido que la servidumbre de luces es aparente a los efectos de constitución por destino del padre de familia, y a los efectos publicidad registral. En este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 1970 considera que la servidumbre de luces es aparente y perjudica al tercero adquirente de buena fe del artículo 34 del Registro de la Propiedad, a pesar de que

(25) Respecto a la apariencia y a la publicidad registral, las servidumbres aparentes no necesitan de inscripción para perjudicar a terceros de buena fe. La sentencia de 23 de octubre de 1980 asevera que las servidumbres aparentes caben oponerlas frente a tercero hipotecario, aunque no estén inscritas en el Registro de la Propiedad.

(26) El Derecho aragonés recoge una regulación específica respecto a la prescripción de las servidumbres, diferenciando según sean aparentes o no aparentes. Las servidumbres aparentes se usucapen por la posesión durante diez o veinte años, entre presentes y ausentes respectivamente (art. 32 de la Ley 8/2010). La usucapión de las servidumbres no aparentes requiere además de la posesión durante diez o veinte años entre presentes y ausentes, buena fe y justo título (art. 33). El Derecho aragonés considera signo aparente, y por tanto, servidumbre aparente, la servidumbre de luces y vistas que invada el vuelo del fundo del vecino; de manera que únicamente la servidumbre que invada el vuelo podrá adquirirse mediante prescripción de diez o veinte años, sin necesidad de justo título ni de buena fe (art. 38 de la Ley 8/2010). La jurisprudencia aragonesa ha confirmado expresamente que los huecos carentes de protección no constituyen signos aparentes de servidumbre, mientras no tengan voladizos, respecto al artículo 145 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, en el mismo sentido del actual artículo 38. Cfr. SSTSJ de Aragón, de 4 de febrero de 2004 y de 16 de diciembre de 2005. Ahora bien, la Ley aragonesa de Derecho Civil Patrimonial ha excluido de la prescripción adquisitiva la servidumbre de luces y vistas que no invada el vuelo del predio vecino. Así el artículo 39: *Imposibilidad de usucapión*. «La servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión».

El Derecho navarro admite la usucapión de las servidumbres aparentes y de las no aparentes (Ley 397 del Fuero Nuevo). Expresamente el Derecho navarro establece que los huecos de tolerancia «no serán tomados como signos de aparente servidumbre a efectos de prescripción» (Ley 404 § 1 i.f. del Fuero Nuevo). La STSJ de Navarra, de 4 de junio de 2002, asevera que la omisión de reja y red en los huecos de ordenanza no los constituye en signo de servidumbre cuando por su dimensión y ubicación no tienen otro fundamento que la tolerancia. Cfr. SAP de Navarra de 30 de mayo de 1986.

la servidumbre de luces no figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad. La casa de los demandados tenía abiertos huecos de luces con distinto significado y situación. Primero: Desde que se hizo la construcción, dos siglos y medio antes, la fachada posterior sobre el jardín del vecino tenía en la parte inferior unos tragaluces y un respiradero a ras de suelo, y dos huecos extralimitados para luces en el piso principal de 1,08 m por 0,85 m. Segundo: Con fecha de 21 de septiembre de 1925, los dueños de ambos predios —uno de ellos el esposo de la demandada— convinieron en documento privado que este pudiera proceder en la fachada posterior a la apertura de dos huecos de luces en cada uno de los pisos segundo y tercero de dos metros de alto por uno de ancho. Obtuvo también la *autorización* para conservar las dos ventanas del piso principal y ampliar sus dimensiones a 1,55 metros de alto por 0,95 de ancho. Dicha autorización «*será valedera por todo el tiempo que la casa dure en propiedad del dueño y de sus legítimos herederos, quedando nula si pasara o propiedad de otro*». Tercero. La pared contigua de la izquierda que se sobreeleva sobre el tejado [ciego] del vecino tiene abiertos unos huecos de luces extralimitados.

El actor adquirente de buena fe de quien había concedido la servidumbre, demanda el cierre de los huecos o su reducción a las medidas reglamentarias, alegando el propósito de realizar obras.

El Juzgado estima en parte la demanda y condena a cerrar los huecos de la planta baja de la fachada posterior que daba al jardín, y los huecos de la pared sobreelevada de la izquierda; es decir, los que no estaban amparados por el documento privado de 1925.

Recurrida en apelación por ambas partes, la Audiencia Territorial confirma parcialmente la sentencia en cuanto a los huecos de la pared izquierda, pues la califica de pared medianera, aunque no había sido solicitado por las partes; y la revoca parcialmente en cuanto a los huecos de la fachada posterior.

El actor recurre en casación alegando su condición de tercero hipotecario y la protección de los artículos 32 y 34 de la Ley hipotecaria frente a esa servidumbre no inscrita en el Registro de la Propiedad.

El Tribunal Supremo hace encaje de bolillos para no calificar la servidumbre como predial o personal. Considera que el documento privado de 1925 es un título válido para amparar el derecho de servidumbre de luces a favor de los demandados, y que dicha servidumbre, en cuanto aparente, perjudica al tercero adquirente de buena fe, aunque no figure inscrita en el Registro de la Propiedad. «Los signos de la servidumbre son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior le atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, surtiendo efecto contra el adquirente del inmueble, aunque no resulta del registro la existencia de la servidumbre». El fallo admite la existencia de motivo de casación por incongruencia por exceso, al haberse calificado la pared de la izquierda de medianera; pero no casa la sentencia pues esa calificación no modifica el sentido del fallo. Por tanto, confirma el fallo de no impedir el cierre de los huecos amparados

por la servidumbre constituida en 1925, y condena a la oclusión de los huecos de luces de la pared izquierda sobreelevada sobre tejado ciego.

Ahora bien, por la fecha de esta sentencia del año 1970, la doctrina jurisprudencial del material traslúcido era incipiente. Hoy en día, seguramente, no se hubiera condenado a cerrar esos huecos, sin perjuicio de la facultad del vecino de elevar y sobreelevar pared colindante que los cubra o tape.

Asimismo, la sentencia de 9 de junio de 1997 ha calificado de aparente la servidumbre de luces compuesta por grandes ventanales de cristal traslúcido abiertos en pared colindante. En el supuesto, la servidumbre de luces había sido constituida por el dueño de ambos solares en el año 1935, sin que accediera al Registro de la Propiedad. Años después el adquirente del predio sirviente, pretende edificar a distancia menor de tres metros. El dueño del predio dominante interpone acción confesoria de servidumbre de luces adquirida por título. El Tribunal Supremo estima que existe una servidumbre de luces de carácter aparente, oponible a tercero adquirente de buena fe, constituida mediante escritura pública y materializada en cinco ventanas con cristal esmerilado o traslúcido. La considera aparente dado el gran tamaño de los ventanales de más de un metro, extralimitados de los permitidos en el artículo 581 del Código Civil. De manera que los signos ostensibles e indubitados equivalen a la publicidad de la inscripción de la servidumbre en el Registro. El demandado es condenado a respetar la distancia de tres metros desde la pared colindante.

La servidumbre de luces, en cuanto aparente y continua, podría ser adquirida por usucapión (arts. 537 y 539 CC). Sin embargo, los huecos de ordenanza o los huecos legales para luces conceden una posesión tolerada (art. 444 y 1942 CC), que no afecta a la posesión. Al ser de tolerancia forzosa, *iure dominii*, no cabe acto obstructivo ni contradicción u oposición por el dueño del fundo vecino. Por tanto, no pueden ser adquiridos por usucapión por mucho tiempo que pase, y siempre pueden ser cubiertos o tapados por el vecino que construya o sobreeleve pared adosada (27). Los huecos de posesión tolerada, sin posibilidad de contradicción, no se ganan por prescripción.

(27) Por el contrario, la sentencia de 16 de septiembre de 1997 somete a prescripción extintiva, la acción del dueño del fundo vecino a obstar los huecos abiertos para luces. La doctrina manifestada en la sentencia reconoce que se recibe luz por mera tolerancia, pero somete la tolerancia a los treinta años de la prescripción extintiva. «Por supuesto que, si se violan las prohibiciones establecidas en los preceptos señalados, el propietario del fundo colindante puede pretender legítimamente que se ordene al cierre o que se tapen los huecos o ventanas, contruidos al margen de aquellos o fuera de su observancia, en virtud de «acción real» sometida a plazo, con prescripción extintiva de treinta años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1963 del Código Civil, de manera que, transcurrido dicho plazo el colindante no puede exigir el cierre, no obstante, mantenga siempre el derecho a levantar pared contigua a la que tengan las ventanas o “huecos de tolerancia”». Sin embargo, en el supuesto de autos, aunque había transcurrido dicho plazo, el Tribunal entró al fondo.

Estas disposiciones pueden extenderse a los huecos cubiertos con material traslúcido y a la utilización de este material en la construcción. Originan una posesión tolerada, con tolerancia forzosa, que el vecino tiene que soportar, sin poder oponerse. En consecuencia, esta posesión no es apta para la usucapión de la servidumbre.

Lo mismo podría decirse en el supuesto de ventanas sobre tejado ciego o solar cerrado. La posesión tolerada sin posibilidad de oposición impediría la adquisición por usucapión, por mucho tiempo que transcurriese. En efecto, como no cabe oposición en el supuesto de los huecos sobre tejado ciego, no cabe acto obstativo. La posesión será siempre tolerada, forzosamente tolerada, por lo que no se podrá adquirir por prescripción adquisitiva.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha recogido ningún supuesto de prescripción adquisitiva de una servidumbre de luces. Si bien no con base en los argumentos anteriores. Considera el Tribunal Supremo que la servidumbre de luces sería aparente pero negativa. Por ello, exige para el inicio del plazo de prescripción adquisitiva, un acto del dueño del predio vecino que soporta las luces significativo de su falta de tolerancia, de su contradicción o de su oposición a los huecos. Ante la ausencia de acto obstativo, no comienza a correr el plazo de la usucapión.

B) LOS HUECOS RETRANQUEADOS PARA VISTAS

El hueco o la ventana retranqueado para vistas que vulnera las distancias mínimas del artículo 582 del Código Civil constituye un hueco *tolerado*. El dueño del fundo vecino puede tolerar esos huecos irregulares, por lo que el propietario de la pared colindante que tiene abiertos los huecos tendrá una posesión tolerada que no afecta a la posesión (arts. 444 y 1942 CC).

El hueco *tolerado* en pared propia retranqueado que no guarda la distancia mínima legal es susceptible de oposición por parte del dueño del fundo vecino mediante el acto obstativo. Estos huecos para vistas pueden originar la servidumbre de luces y vistas del artículo 585 del Código Civil.

La servidumbre de luces y vistas puede ser adquirida por título, y en cuanto aparente por destino del padre de familia; y en cuanto aparente y continua es susceptible de ser adquirida por usucapión.

Mientras no recaiga el acto obstativo la posesión será tolerada y en consecuencia no apta para la usucapión. De manera que por mucho tiempo que transcurra, no se adquiera servidumbre alguna por usucapión. La posesión tolerada no es apta para la adquisición por usucapión (arts. 444 y 1942 CC). Los huecos de posesión tolerada, con posibilidad de contradicción, no se ganan por prescripción, mientras no se contradigan y trascurra el plazo contado desde el acto obstativo.

El acto de oposición o acto obstativo por parte del dueño del predio vecino hace cesar la tolerancia en la posesión, comenzando a correr el plazo de veinte años de la usucapión (28).

Sin embargo, la jurisprudencia ha calificado la servidumbre de luces y vistas en pared propia mediante hueco retranqueado de servidumbre negativa, a los efectos del inicio del cómputo del plazo. La finalidad de la calificación jurisprudencial de servidumbre negativa tiene relación con el artículo 538 del Código Civil, que diferencia el carácter de servidumbre positiva o negativa para fijar el inicio del cómputo del plazo de la usucapión. De esta manera la jurisprudencia utiliza la calificación de servidumbre negativa a efectos de usucapión, para exigir el acto obstativo por el que cesa la tolerancia del dueño del predio sirviente. Abundantes son en este sentido los pronunciamientos del Tribunal Supremo, como las sentencias de 16 de junio de 1902, de 24 de mayo de 1933, de 15 de marzo de 1934, de 8 de junio de 1962, de 16 de noviembre de 1981, de 12 de julio de 1983, de 26 de octubre de 1984, de 30 de mayo de 1986, de 25 de septiembre de 1992, de 1 de octubre de 1993, de 12 de junio de 1995, de 18 de julio de 1997 y de 27 de noviembre de 1997.

En efecto, en las servidumbres negativas, el plazo de usucapión se inicia desde que se hubiera prohibido por un acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre (art. 538 CC), o desde que medie acto obstativo a la libertad del predio sirviente (art. 36 de la Ley hipotecaria) (29).

Ahora bien, *strictu sensu*, la calificación de servidumbre negativa y la regulación del artículo 538 del Código Civil no se adaptan a la servidumbre de luces y vistas.

La servidumbre de luces y vistas concede al titular del predio dominante el derecho a recibir luz por el fundo sirviente y tener vistas sobre la propiedad colindante, y prohíbe al dueño del predio sirviente edificar a menos de tres metros de distancia de la pared con huecos del predio dominante (*ex art. 585 CC*).

Estos dos contenidos de la servidumbre de vistas, los derechos y obligaciones no son correlativos entre sí. La servidumbre de vistas es una servidumbre con parte activa: derecho a tener vistas, y con parte pasiva: prohibición de construir.

(28) Díez-PICAZO y GULLÓN consideran que el hueco es aparente, pero que esa apariencia no es «signo de servidumbre» constituida o en vías de adquisición por usucapión, porque puede no haberse constituido o no estar en vías de constitución, si no ha habido requerimiento, y este no posee el carácter de signo aparente (cfr. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1997, págs. 445 y 446).

(29) La sentencia de 10 de marzo de 1882 exige que medie acto obstativo de parte del dueño del predio dominante, desde el cual debe comenzarse a contar el tiempo para prescribir la servidumbre negativa. Cfr. la sentencia de 13 de mayo de 1882 para la servidumbre de luces y vistas. Cfr. sentencia de 13 de julio de 1878 respecto a la medianería.

Respecto a recibir la luz y tener vistas sobre el predio vecino, la servidumbre de luces y vistas permite al dueño del predio dominante hacer algo —abrir huecos y ventanas— que sería *ilícito* sin la servidumbre. Pues el dueño de un predio no puede abrir huecos para tener vistas en pared propia, que vulneren las distancias mínimas legales (arts. 582 y concordantes CC).

En cuanto a la edificación, la servidumbre prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que sería *lícito* sin la servidumbre, construir ocupando todo el terreno propio. Así en caso de hacerlo, el dueño del predio dominante podrá requerir para que el dueño del predio sirviente cese la edificación y demuela lo ya edificado.

En la servidumbre de vistas no se puede separar el gravamen y el derecho del fundo, la parte activa y la pasiva. En la servidumbre de luces y vistas, la prohibición de construir es inherente a la servidumbre y participa de la apariencia del signo.

Por el contrario, la servidumbre no alzar *altius non tollendi*, en cuanto servidumbre autónoma sería calificada de servidumbre no aparente; además de servidumbre negativa según el artículo 533 del Código Civil, pues prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que sería lícito sin la servidumbre, en este caso, el dueño del predio sirviente no puede construir ocupando por entero su terreno. Esta servidumbre negativa no aparente no puede adquirirse por usucapión. Así, la sentencia de 27 de junio de 1980, cuestionaba la oposición al comprador de buena fe de una servidumbre de luces y vistas no inscrita en el Registro de la Propiedad, y de una servidumbre no alzar *altius non tollendi*. El Tribunal Supremo estima oponible la servidumbre aparente de luces y vistas representada por numerosos huecos —unos con voladizos otros sin él— abiertos en la pared posterior de la finca inmediata y contigua en nivel superior. Condena a no alzar en los tres metros de distancia del artículo 585 del Código Civil, pudiendo edificar o elevar lo edificado y a cualquier altura, que no afecte a esos tres metros. Entiende que la obligación de no alzar no constituye una servidumbre autónoma de la servidumbre de luces y vistas, sino que deriva de la servidumbre de luces y vistas, *de la que viene a ser un elemento pasivo, por su accesoriadad e inherencia con relación a la misma*. El Tribunal Supremo considera, *obiter*, que una servidumbre autónoma de no alzar, en cuanto no aparente, necesitaría título expreso de constitución, no podría ser adquirida por usucapión, y necesitaría de la publicidad registral para ser opuesta a tercero.

Pero en el caso de la servidumbre de luces y vistas, además, el acto obstativo proviene del dueño del predio sirviente, al dueño del predio dominante con el requerimiento de que cierre los huecos. Mientras que el artículo 538 del Código Civil prevé que el acto obstativo lo interponga el dueño del predio dominante frente al dueño del predio sirviente. Por lo que, desde el contenido de conceder vistas sobre el fundo vecino, la servidumbre de luces y vistas no encaja en la calificación legal servidumbre negativa.

La jurisprudencia considera servidumbre negativa el hueco para vistas que no guarda la distancia legal y que sea retranqueado, mientras que califica de servidumbre positiva el hueco para vistas que no guarda la distancia legal y que tenga algún salidizo o voladizo que invada el vuelo del fundo vecino.

De manera que la característica de la que depende la calificación de positiva o negativa radica en la invasión o no del vuelo, que hace que la posesión sea o no tolerada. No se basa en el contenido de esta servidumbre, ni en la característica de gravamen de no alzar o edificar, pues ambas servidumbres de luces y vistas, positivas y negativas, permiten recibir luces, proyectar las vistas sobre el fundo vecino, y prohíben construir a menos de tres metros de distancia.

La diferencia radica en la tolerancia o no del hueco. El hueco retranqueado puede ser soportado o tolerado, al ser tolerado no hace correr el plazo de usucapión, sino desde que se deja de tolerar mediante un acto obstativo (30). El hueco con salidizo que invade el vuelo del vecino produce una posesión *iure servitutis* que hace correr el plazo de la prescripción adquisitiva desde que se construye.

La doctrina científica critica esta normativa legal y el criterio mantenido por la jurisprudencia con diversos argumentos y planteamientos. Se arguye que las servidumbres negativas, en cuanto que prohíben hacer algo que de no existir la servidumbre sería lícito hacer (art. 533 CC), serían por un lado servidumbres no aparentes, y por otro servidumbres no susceptibles de posesión, por lo que en ninguno de los dos casos podrían adquirirse por usucapión (31). Por ello, critican

(30) La sentencia de 8 de junio de 1962 considera la usucapión de la servidumbre de luces y vistas de carácter negativo, porque se estableció cuando los dos fundos pertenecían a la misma persona, y se ha mantenido después de su enajenación en 1842. Las sentencias de 24 de mayo de 1933 y de 15 de marzo de 1934 no estiman la prescripción adquisitiva de la servidumbre de luces negativa, porque no había transcurrido el plazo de veinte años desde el acto obstativo, aunque el plazo había transcurrido con exceso desde que se abrió el hueco. Cfr. sentencias de 16 de junio de 1902, de 16 de noviembre de 1981, de 25 de septiembre de 1992, de 1 de octubre de 1993 y de 12 de junio de 1995.

(31) La mayoría de doctrina científica piensa que las servidumbres negativas son siempre servidumbres no aparentes, por lo que nunca se podrían usucapir.

GARCÍA GOYENA califica las servidumbres negativas como *in non faciendo*, lo que podíamos hacer en nuestra cosa, como no edificar en cierto lugar o no levantar un edificio sino a una altura determinada; y concluye, «por consiguiente, todas las servidumbres negativas son no aparentes» (*ob. cit.*, pág. 250). Cfr. ALBALADEJO, *La usucapión*, Madrid, 2004, pág. 148; LACRUZ BERDEJO, «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», en *Estudios de Derecho Privado, Común y Foral*, tomo I, Madrid, 1992, págs. 321 y sigs. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que las servidumbres negativas no llevan aneja la facultad de posesión inmediata, y niega que se puedan usucapir (cfr. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, vol. II, Madrid, 2001, pág. 599).

La Ley aragonesa de Derecho Civil Patrimonial, de 2 de diciembre de 2010, ha negado expresamente que las servidumbres negativas se puedan adquirir por prescripción (art. 31.1).

Por el contrario, el Fuero Nuevo admite servidumbres positivas, servidumbre negativas aparentes y servidumbre negativas no aparentes. Así, la Ley 397 establece que el tiempo para la usucapión empezará a contar, diferenciando entre las servidumbres positivas y negativas, y en estas últimas entre las aparentes y las no aparentes. «En las servidumbres positivas desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de signos

que el Código Civil carece de coherencia interna, pues restringe la usucapión a las servidumbres aparentes y continuas, y a la vez, permite la usucapión de las servidumbres negativas que serían no aparentes.

Otra doctrina considera, en concreto, que la servidumbre de luces y vistas se debe constituir como servidumbre positiva (32), si bien se bifurca en los efectos, pues unos consideran que debe someterse al régimen de las servidumbres positivas en cuanto al inicio del plazo de la usucapión; mientras que otros entienden que cuando el hueco en pared propia esté retranqueado, la servidumbre es positiva, si bien se puede excepcionar el plazo de inicio de la usucapión, comenzando a contar el plazo de prescripción de veinte años, no desde que se abrió el hueco, sino desde que medió acto obstativo (33).

En suma, aunque el hueco retranqueado vulnera el derecho a la intimidad, que es el protegido con las distancias mínimas legales, los huecos retranqueados abiertos en pared propia colindante, y los huecos abiertos en pared propia no colindante, con o sin voladizos que no vulneren el derecho de vuelo, se consideran tolerados. El dueño del fundo vecino puede oponerse y pedir su cierre. A partir del acto de oposición u obstativo, la posesión deja de ser tolerada y comienza a correr el plazo de la prescripción adquisitiva.

Esa doctrina sería aplicable a las luces y vistas sobre tejado ciego o solar cerrado, a partir del momento en que deja de ser ciego o deja de estar cerrado. Dejaría de estar justificada la existencia de esas luces y vistas, que vulnerarían el derecho de intimidad del dueño del fundo vecino, quien podría oponerse y pedir su cierre. Pero hasta que recayese el acto obstativo, la posesión de esos huecos retranqueados sobre solar abierto sería una posesión tolerada.

C) LOS HUECOS CON SALIDIZOS QUE INVADEN EL VUELO DEL PREDIO VECINO

Los huecos para vistas en pared propia, colindante o no, que invadan el vuelo del predio vecino no pueden ser tolerados. El vecino puede pedir el cierre de las ventanas y la demolición del salidizo, voladizo, balcón, marquesina, etc.

de servidumbre, y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar». ARECHEDERRA ARANZADI considera que las servidumbres negativas se pueden poseer, con las características de lo público, continuo y pacífico, por lo que por sí mismas son prescriptibles (cfr. *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid, 1993, págs. 58 y sigs.).

(32) MORENO TRUJILLO postula la unificación del tratamiento de las servidumbres de luces y vistas, como servidumbres positivas (cfr., *ob. cit.*, págs. 165 y sigs.).

(33) ALBALADEJO considera que la servidumbre de luces y vistas con hueco retranqueado es aparente y positiva, si bien la excepciona de las otras servidumbres positivas en que el plazo para adquirir por prescripción comienza desde el acto obstativo (cfr. *Derecho Civil. Derecho de Bienes*, tomo III, Madrid, 2004, págs. 605 y sigs.).

El dueño del fundo vecino puede oponerse y pedir la destrucción del voladizo o salidizo que invada su derecho de vuelo. Pues, los huecos en pared propia con voladizos que invaden el vuelo del predio vecino no son tolerados. Los huecos en pared propia colindante con el fundo vecino, que tengan algún tipo de salidizo, además de conceder unas vistas sobre el fundo vecino, producen una inmisión en el derecho de vuelo del fundo vecino.

La inmisión que el salidizo produce en el derecho de vuelo del dueño del predio dominante no es tolerable. El hueco con salidizo sobre el terreno contiguo implica una inmisión que obliga al titular del predio sirviente a reaccionar; no puede ser soportado o tolerado. Mientras que la falta de inmisión en el derecho de vuelo del fundo vecino de los huecos remetidos en pared colindante implica la mera tolerancia del dueño del predio vecino.

A estos efectos, no se puede considerar voladizo a todo lo que sobresalga de la pared colindante e invada el vuelo del vecino. Considero que carecerá de la consideración jurídica de voladizo, aquello que sobresaliendo pueda ser retirado sin perjudicar la pared o edificación, como las macetas exteriores, un tenderete de ropa o un toldo de tela sin armazón exterior de obra, así como aquello que siendo de obra sobresalga mínimamente de modo que no impida ser cubierto o tapado por pared adosada, como el marco de la ventana que sobresalga unos centímetros. Por el contrario, será considerado voladizo, el saliente que permita salir y asomarse como balcones, balaustradas; pero también aquellos que sean de obra y no puedan ser retirados sin perjudicar la pared, e impidan al dueño del fundo vecino sobrelevar pared adosada, como una marquesina, un alfeizar o poyetes de dimensiones considerables.

El ordenamiento aragonés ha recogido en la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, la determinación jurídica de voladizo. Así, el artículo 12 establece que únicamente se consideran voladizos los salientes en la zona inferior del hueco, suficientes para asomarse, apoyarse o moverse (34). En este sentido, la jurisprudencia aragonesa ya se había detenido en la determinación de «voladizo» en cuanto invasivo del derecho de vuelo. Esta jurisprudencia había entendido como voladizos, aquellos que permite salir al exterior. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de abril de 2008 entiende que el alfeizar que sobresale 5 cm de la pared, no constituye un voladizo a tenor del artículo 145, pues su uso no es salir al exterior para asomarse, que no existe apariencia de servidumbre, ni se ha podido ganar por prescripción. Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 27 de

(34) Artículo 12. *Voladizos*: «1. Se entiende por voladizo los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina. 2. No se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca (...)».

septiembre de 2007, respecto a una repisa que sobresale mínimamente e invade unos centímetros el derecho de vuelo, ni a los tenderetes de ropa, que tampoco permiten salir.

Este hueco o ventana con salidizo cuando vulnera el derecho de vuelo del fundo vecino siempre es aparente. La servidumbre que genera estos huecos invasivos del derecho de vuelo puede ser adquirida por título, por usucapión y por destino del padre de familia. El plazo de tiempo de la prescripción adquisitiva comienza a correr desde que se abrió el hueco con el salidizo (art. 538 CC). Así, cuando el hueco en pared propia con salidizo sobre el terreno contiguo no guarda la distancia mínima legal, manifiesta la existencia y ejercicio de una servidumbre ya constituida o en vías de adquisición por usucapión en el plazo de veinte años desde que se abrió el hueco con el salidizo.

En este sentido, la sentencia de 8 de octubre de 1988 tiene como objeto litigioso un balcón con voladizo que vulnera el vuelo, y dos ventanas abiertas a cada lado del balcón. Se interpone acción confesoria de servidumbre de luces y vistas, adquirida por usucapión, solicitándose que se inutilice la terraza azotea construida por los vecinos a una altura de once centímetros por debajo del balcón. Reconvienen los demandados negando la servidumbre, y solicitando que se cierren los huecos de balcón y ventanas y se levante la barandilla de la azotea del vecino a una altura que impida las vistas sobre el edificio vecino. El Tribunal Supremo estima parcialmente la demanda al considerar que la servidumbre de vistas del balcón ha sido adquirida por prescripción al poseerse durante mas de veinte años, vulnerando el vuelo sobre la propiedad del vecino. Estima parcialmente la reconvencción negatoria de servidumbre al negar que las ventanas hayan causado servidumbre de vistas, porque es servidumbre negativa y no había recaído acto obstativo. Sin embargo, el fallo no condena a cerrarlas, sino que únicamente condena al dueño del predio sirviente a realizar las obras para inutilizar la terraza en los tres metros de la servidumbre. «Con respecto a la acción negatoria de servidumbre ejercitada, en vía reconvenccional, por los demandados, procede la estimación parcial de la misma solamente en el sentido de declarar que las dos ventanas, abiertas una a cada lado del expresado balcón, no constituyen servidumbre de luces y vistas a favor de la casa del actor, sin perjuicio de que las mismas han de permanecer abiertas en la situación en que se hallan, por así haberlo resuelto la sentencia recurrida en pronunciamiento que quedó firme». En efecto, habida cuenta que el actor tiene a su favor servidumbre de luces y vistas originada por el balcón, y que el demandado tiene que respetar las distancia de tres metros desde el voladizo sin construir; no agrava esta situación la existencia de las dos ventanas abiertas, que no generarán servidumbre (35).

(35) GARCÍA GOYENA afirmaba que solo se prescribe lo que se posee. «*Si el derecho de vistas se adquiere por prescripción, habrá de limitarse á lo rigurosamente poseído; tantum*

Ahora bien, el Tribunal Supremo resolvió en una ocasión la inmisión en el derecho de vuelo de otro modo. En efecto, es muy conocida la sentencia de 10 de diciembre de 1980. En el supuesto se había terminado de construir, a ciencia y paciencia del propietario vecino, un edificio compuesto de diez plantas con cuatro viviendas cada planta, mas ático, sótano y planta baja destinada a locales comerciales. La fachada del edificio colindaba con el predio vecino, y tenía voladizos que invadían el vuelo del fundo contiguo. Los actores interpusieron acción negatoria de servidumbre de luces, vistas y paso. El Juzgado declaró: «el derecho de la Sociedad demandada a *adquirir por accesión las servidumbres* de vistas, luces y pasos que corresponden al edificio construido de buena fe, sobre los terrenos de su propiedad», mediante las indemnizaciones correspondientes. La Audiencia revocó la sentencia, y condenó al cierre de los huecos para vistas y de los voladizos, o a retranquear dichos elementos de acuerdo con el artículo 582 del Código Civil. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso; y aplica las normas de la accesión invertida respecto a la inmisión sobre el derecho de vuelo, y respecto a las luces y vistas en vez de la regulación de las servidumbres. Así apelando a la mayor equidad, falla la adquisición por accesión invertida del terreno comprendido en los dos metros de distancia a lo largo de la fachada a contar desde el voladizo más saliente, para que se cumplieran las distancias mínimas del artículo 582 del Código Civil.

Esta sentencia no ha generado jurisprudencia al no haber sido seguida por ningún otro pronunciamiento. En efecto, otras sentencias parecen recoger también la teoría de la accesión invertida para hacer cumplir el artículo 582 del Código Civil al dueño infractor de las distancias mínimas, sin embargo, por diversas circunstancias no fue acogido en el fallo (36). La sentencia de 3 de abril de 1992 aplica la teoría de la accesión invertida respecto a la franja del terreno realmente invadida por la construcción (voladizos que sobresalen en 0,10 metros por una longitud de tres metros), y condena a indemnizar al dueño del predio contiguo el valor del terreno (0,30 metros cuadrados). Pero resuelve las luces y vistas sobre el fundo vecino con la regulación de los artículos 581 y 582 del Código Civil; estima la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, y condena a cerrar los huecos con material opaco o traslúcido.

La sentencia de 7 de noviembre de 1995 rectifica expresamente, y determina que no cabe aplicar la doctrina de la accesión invertida al caso del artículo 582

prescriptum quantum possessum; si eran, por ejemplo, dos ventanas abiertas, respecto de ellas solas obrará la prescripción y no podrá abrirse más» (ob. cit., pág. 271).

(36) La sentencia de 22 de noviembre de 1989 niega la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, dada la mala fe del constructor. Cfr. sentencias de 1 de octubre y de 26 octubre de 1984. Véase, CARRASCO PERERA, Á., «Comentario a la sentencia de 1 de octubre de 1984. Accesión invertida. Servidumbre de luces y vistas. Buena fe. Derecho a continuar obras paralizadas», en *CCJC*, núm. 6, 1984, págs. 2005 y sigs.

del Código Civil sobre la prohibición de abrir ventanas con vistas rectas, si no hay dos metros de distancia entre la pared o la línea exterior del voladizo y el fundo vecino. Si bien en el supuesto, no se había invadido el derecho de vuelo del fundo contiguo. Frente a la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, el demandado había reconvenido pidiendo que se le reconociera el derecho de adquisición de la franja de dos metros a lo largo de su pared donde tenía abiertos los huecos. «Pero si el caso concreto halla pleno y claro encaje en el supuesto normativo, por más que resulten penosas las consecuencias del restablecimiento de la situación jurídica lesionada, no hay otra alternativa que la del respeto riguroso de la norma en cuestión, y, ninguna duda deja al respecto la aplicación al caso del artículo 582 del Código Civil que claramente ordena que no se abran ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Otra cosa es que la ejecución de las medidas restitutorias al estado precedente se lleven a cabo con el menor costo posible para el ejecutado» (37).

VI. PROPUESTA PERSONAL

Considero que es posible admitir en Derecho español la apertura de ventanas para luces y vistas que recaigan sobre tejado, pared o muro ciegos o sobre solar o terreno cerrado, aunque no respeten las distancias del artículo 582 del Código Civil, dado que no se vulnera el derecho a la intimidad y privacidad del vecino.

El propietario podría abrir los huecos para ventanas *iure dominii*, y no *iure servitutis*. En esta relación de vecindad se primaría la libertad del propietario de abrir huecos y ventanas, dado que no se perjudica la intimidad de la vida familiar del vecino. De manera que se relajaría la limitación de la propiedad y el cumplimiento estricto de los artículos 581 y 582 del Código Civil, en aras de las reglas *quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur*, *jus usus innocui* y abuso de derecho, *cessante ratione legis, cessat lex*, y *odiosa sunt restringenda*.

Posesión tolerada. La ventana sobre tejado ciego generaría una posesión tolerada, como la producida por los huecos cubiertos de material traslúcido. El vecino tendría que soportarla; no podría oponerse, no podría impedir que las ventanas estuviesen abiertas, ni pedir su cierre. Sería una posesión tolerada con tolerancia forzosa o impuesta.

(37) Cfr. FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 7 de noviembre de 1995. Servidumbre de luces y vistas», en *RDP*, 1996, págs. 579 y sigs.

Oposición o acto obstativo. Mientras el tejado fuera ciego no se permitiría la oposición o acto obstativo. El vecino no podría contradecir esa posesión, tendría que soportarla.

Posibilidad de cubrirlos y taparlos. El dueño del fundo vecino puede cubrir los huecos sobre tejado ciego construyendo o sobreelevando pared adosada. Al igual que puede cubrir los huecos de ordenanza de acuerdo con el artículo 581 del Código Civil o los vanos cubiertos con material traslúcido.

Huecos retranqueados. Las ventanas para luces y vistas sobre tejado ciego deben ser huecos retranqueados, remetidos o enmarcados si están en pared colindante. No obstante, pueden tener algún salidizo, en pared retranqueada siempre que no invadan el vuelo del vecino.

No invasión del vuelo. Las ventanas para luces y vistas sobre tejado ciego para ser toleradas, no deben invadir el vuelo del fundo vecino. La posesión deja de ser tolerada cuando invade el vuelo del fundo vecino, quien podrá oponerse y contradecir dicho hueco.

No da lugar a la adquisición de servidumbre por usucapión. Las ventanas sobre tejado ciego no generarían derechos para el que tiene las vistas. Al ser posesión tolerada, no ganaría servidumbre por mucho tiempo que pase. La posesión tolerada no es apta para la usucapión (arts. 444 y 1942 CC).

No da lugar a prescripción extintiva. El vecino puede pedir el cierre de las ventanas en pared colindante cuando el tejado o el solar dejen de ser ciegos, por mucho tiempo que haya transcurrido desde la apertura de las ventanas.

Cuando el tejado deja de ser ciego. El tejado, tapia o muros ciegos pueden perder esa condición, porque se transformen en terraza, o se abran huecos o ventanas. Asimismo, el solar o terreno puede convertirse en abierto, porque se transforme en patio o jardín, o se construya un edificio abierto. Así, cuando el solar se convierte en abierto o el tejado deja de ser ciego, el dueño del fundo vecino es molestado en su intimidad y privacidad por esos huecos o ventanas que vulneran las distancias mínimas del artículo 582 del Código Civil. Por tanto, podrá oponerse y contradecir estos huecos y ventanas, impidiendo que estén abiertos y solicitando su cierre. También podrá cubrir o tapar esos huecos elevando o sobreelevando pared adosada.

No obstante, el vecino puede tolerar esos huecos retranqueados, ocasionando una posesión tolerada en el propietario, no apta para la prescripción adquisitiva.

En el caso de que el vecino contradiga esos huecos mediante el acto obstativo, la posesión deja de ser tolerada, siendo una posesión apta para la usucapión, comenzando a correr el plazo de prescripción desde el acto obstativo.

RESUMEN

*LUCES Y VISTAS
TEJADO CIEGO*

La regulación del Código Civil español sobre las luces y vistas no diferencia según las características del fundo sobre el que se proyectan las vistas, en atención a si recaen sobre tapia, pared, muro o tejado ciegos, o si el terreno o solar contiguo tiene el carácter de abierto o cerrado.

Este trabajo aborda las luces y vistas que recaen sobre tejado ciego y, por tanto, no vulneran el derecho a la intimidad y a la privacidad del propietario del fundo contiguo. Analiza desde la actual regulación jurídica, la posesión que generan esos huecos, la configuración de los vanos o ventanas, la oposición del dueño del fundo vecino, el derecho a sobreelevar pared adosada que cubra o tape esos huecos, la constitución de servidumbre y su eventual adquisición por prescripción.

El estudio finaliza con una propuesta de la autora de régimen jurídico de las luces y vistas sobre tejado ciego.

ABSTRACT

*BUILDING OPENINGS AND VIEWS
BLIND ROOF*

The terms of the Spanish Civil Code regulating building openings and views draws no distinctions according to whether views give onto a blind surface (wall fence, building wall, other type of wall or roof) or whether the contiguous land or lot is open or closed.

This paper discusses building openings and views that face onto a blind roof and therefore do not infringe the adjoining landowner's right to privacy. The analysis looks at current regulations, the possession generated by such holes, the configuration of apertures or windows, the objections of the owner of the neighbouring property, the right to increase the height of a party wall that covers or fills such holes, the creation of easements and the potential acquisition of easements by prescription.

The study ends with the author's personal proposal of a set of rules governing building openings and views that face onto blind roofs.

*(Trabajo recibido el 26-1-2011 y aceptado
para su publicación el 15-9-2011)*