

Los derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Aragón

SUMARIO: 1. La sistemática del libro III.—2. El Derecho de luces y vistas, determinante de la misma.—3. Régimen normal de luces y vistas.—4. La servidumbre de luces y vistas.—5. La inmisión de ramas y raíces.—6. Alera foral y adempros.—7. Usucapión de las servidumbres.

1. El anteproyecto de Compilación elaborado por la Comisión compiladora sobre la base de los trabajos preparatorios del Seminario del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés estaba dividido en títulos, capítulos y secciones; el título II, bajo la rúbrica «De los derechos sobre las cosas», estaba dividido en dos capítulos: «De las relaciones de vecindad» (arts. 35 y 36 del anteproyecto provisional, 31 y 32 del definitivo) y «De las servidumbres» (artículos 37 a 40 del provisional, 33 a 36 del definitivo).

La Comisión de codificación, al formular el proyecto que, después, el Consejo de Ministros pasó a las Cortes, dividió la Compilación, además y previamente, en libros. Y así, en la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, bajo la denominación *Derecho de bienes*, la regulación de los derechos reales integra el libro III; está dividido en dos títulos: el primero, bajo la rúbrica *De las relaciones de vecindad*, comprende dos artículos, el 143, que regula la *inmisión de raíces y ramas*, y el 144, que contiene el *régimen normal de luces y vistas*; el segundo, bajo la rúbrica *De las servidumbres*, contiene cuatro artículos: el 145, *luces y vistas*; el 146, *alera foral y "adempros"*;

el 147, *usucapion de las servidumbres aparentes*, y el 148, *usucapion de las no aparentes*.

Es interesante destacar la separación sistemática de las relaciones de vecindad y de las servidumbres, y llama la atención en un primer examen que el concepto «luces y vistas» se repita en ambos apartados; en todo caso, merece una explicación porque fue precisamente el estudio del Derecho aragonés histórico en materia de luces y vistas y la comprobación de su ulterior desvirtuación el que aconsejó este tratamiento sistemático de los derechos reales, aunque pueda parecer directamente inspirado en la más moderna precisión doctrinal sobre la materia.

2. En efecto, un tratamiento antihistórico de las normas y del sistema genuino del Derecho aragonés hizo aparecer como *iure servitutis* actos o signos que en realidad suponían mero ejercicio *iure proprietatis*, y ello sobre el confuso telón de fondo constituido por la promiscua regulación del Código civil, que incluye una serie heterogénea de figuras en el apartado común y bajo la denominación genérica de las servidumbres legales.

En el Derecho aragonés histórico, la observancia 6.^a *de aqua pluviali arcenda*, disponía que cualquiera podía hacer ventanas en pared común (*pariete communi*) a su voluntad no sólo para luces, sino también para vistas, aunque el dueño de las casas vecinas las podía cerrar si construía un edificio que llegase a mayor altura de tales ventanas; habrá lugar a esto—terminaba la observancia—cuando la clausura de las ventanas no deje privada de luz la casa, por poder recibirla de otra parte; no siendo así, el dueño de la casa vecina estaba obligado a darle o dejarle por la misma ventana o por otra, a juicio del juez, según uso del reino y buena equidad, luz suficiente para evitar que, quedando completamente a oscuras, resultase inútil para su dueño.

Los autores antiguos no vieron en las primeras disposiciones de la observancia—facultad de abrir huecos y facultad de clausurarlos edificando—el régimen de una servidumbre legal; MOLINO y PORTOLÉS prescinden de este concepto e incluso eluden el término *servitus* (1). La última disposición—obligación de proporcionar luz

(1) MOLINO, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum*, Zaragoza, 1585, fol. 114, col. 4.^a; PORTOLÉS, *Scholía sive Anotationes ad Reper-*

suficiente, si la clausura privase de ella a la casa—, constitutiva de una verdadera servidumbre legal, no mereció su atención, sin duda por lo improbable (y, desde luego, infrecuente) del supuesto.

La desviación y confusión entre régimen de vecindad y servidumbre, en materia de luces y vistas, se produjo ya en el siglo XIX como consecuencia de la interpretación de los términos *pariete communi*.

Los fueristas antiguos tampoco se habían planteado el problema de si esta expresión, *pariete communi*, circunscribía el régimen de la observancia a la pared medianera o se extendía a a cualquier pared divisoria, fuese de dominio exclusivo o medianera; la versión más antigua y extensa de las observancias, la de Jacobo DE HOSPITAL, del siglo XIV (anterior, pues, a la redacción oficial), se refiere indistintamente a ambas clases de paredes: *quod quilibet potest facere in suo pariete quam in alieno dummodo non fiat cum danno illius* (2); en otro lugar el mismo autor afirma ser costumbre antiquísima en Aragón abrir toda clase de huecos en pared propia. Esta interpretación era, por otra parte, congruente con la observancia primera del mismo título—*aqua pluviali arcenda*—, que permitía a cualquiera hacer su voluntad en posesión ajena mientras no se causare daño al propietario. Se entendía así que, sin implicar servidumbre, el dueño de una pared divisoria (y, obviamente, el de pared distanciada) y el condueño de pared medianera podían abrir en ellas toda clase de huecos para luces y vistas; pero, precisamente porque ello no suponía servidumbre, el dueño del fundo que las proporcionaba podía edificar en él sin limitación alguna, aún clausurando aquellos huecos.

Y no sólo los fueristas antiguos, autores relativamente recientes, como FRANCO y GUILLÉN DIESTE, refieren el régimen de la observancia a toda pared divisoria sin advertir en ello problema alguno: los autores parecen inclinados—dice ISÁBAL—a que se aplique la observancia a toda pared que exista entre dos fundos,

terium Michaelis Molini, Zaragoza, 1587, págs. 589 y sigs., núms. 7 y sigs. Cfr. ALONSO Y LAMBÁN, en el *Informe sobre derechos sobre cosas* del «Seminario de la Comisión compiladora del Derecho foral aragonés», Zaragoza, 1954, página 12, y *Anotaciones a las Observancias* 6.ª, «De aqua pluviali arcenda», y 7.ª, «De praescriptionibus», en «Universidad», núms. 3 y 4 de 1960, Zaragoza, 1960.

(2) Cfr. el Ms. 236 de la Biblioteca Provincial Universitaria de Zaragoza, fol. 159 vto.

sea verdaderamente medianera o meramente divisoria, entendiéndose que a ambas alcanza la expresión «pared común» (3). En cuanto a los proyectos de Apéndice, FRANCO y LÓPEZ, en su *Memoria* de las instituciones que debían quedar subsistentes, atribuye el derecho de apertura de huecos tanto al dueño de pared medianera como al de pared común (art. 44); el proyecto de 1899 adopta el mismo sistema (art. 44), y también el proyecto GIL BERGÉS, de 1904, que, sin embargo, introdujo ya la norma del acto obstructivo para adquirir, por prescripción, la servidumbre negativa de luces y vistas por hueco abierto en pared propia (arts. 236 y 237; esta norma pasó casi literalmente al art. 14 del Apéndice).

Fueron principalmente las Ordenanzas de algunas ciudades, y sobre todo el Código civil, los que introdujeron la incertidumbre y ocasionaron una interpretación diversa de la tradicional aragonesa: al imponer fuertes limitaciones a la facultad de abrir huecos en pared propia contigua a suelo ajeno (cfr. arts. 581 y 582 C. c.), determinaron que su inobservancia sólo se pudiese fundar en una servidumbre de luces y vistas, o bien que la fundase por prescripción. Mas nótese ya desde ahora que tales limitaciones, y aún mayores, se referían también a la pared medianera (cfr. art. 580 del Código civil).

Ciertamente, ni las Ordenanzas municipales ni el Código civil podían alterar el régimen aragonés; sin embargo, como quiera que la observancia sexta *de aqua pluviali arcenda*, se refería expresamente sólo a *pariete communi*, algunos juristas, olvidando cuál era la situación histórica (4), agitaron el problema ante los Tribunales, alegando que ninguna norma de nuestro ordenamien-

(3) *Exposición y comentario de los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1926, página 205. Otras citas doctrinales, en las anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1930, en la «Revista de Derecho Privado», 1933, pág. 145, nota 1.

(4) Situación que, por lo demás, no era privativa de este Reino. En un libro de mediados del pasado siglo, los *Elementos de Derecho civil y penal*, de GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (véase la 5ª edición, cuyo tomo primero está editado en Madrid el año 1855), podemos leer, relativamente a la servidumbre de «abrir ventanas que den luz a nuestra heredad», que «esta servidumbre necesita más explicación. Por regla general, todos pueden abrir en su propiedad las ventanas que quieran; pero esta libertad natural, hija del dominio, se halla limitada en muchos pueblos en que las ordenanzas municipales y las costumbres prohíben abrir las que caen a las propiedades inmediatas: en tal caso, el que quiera tenerlas, ha de conseguir el derecho del vecino, y esto es lo que da lugar a la servidumbre».

to permitía abrir huecos en pared propia contigua a suelo ajeno.

Si el *communi* de la observancia sexta se interpreta como medianera, no la había; pero tampoco tenía demasiado sentido que la hubiese en un ordenamiento que desconocía la comunicación y consiguiente limitación del dominio territorial, establecidas por las Ordenanzas y el Código (5); por eso, precisamente, no había habido discusión—ni siquiera planteamiento—sobre si *pariete communi* significaba pared divisoria o medianera; la cuestión carecía de importancia; de hecho la norma sólo tenía contenido positivo referido a la pared medianera, pues respecto de la propia nada era preciso que dijera para que en ella, en todo caso, pudieran abrirse cualesquiera huecos en virtud del derecho de propiedad.

El sistema aragonés no fue, en realidad, alterado por el Código civil, cuyo artículo 13 no podía ser referido a las disposiciones aisladas, sino al conjunto que formaba su propio ordenamiento orgánico. Tampoco lo alteró el Apéndice; conforme a su artículo 15, «el condueño de pared medianera está facultado para abrir en toda la altura de ella, cuando los demás interesados no tienen en su lado edificaciones, o bien por encima de la común elevación, cuando las tienen, cuantos huecos le convengan con destino a luces o vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas; pero habrá de colocar rejas de hierro remetidas y redes de alambre, cuyas mallas no excedan de dos centímetros de lado». «En cualquier momento, sin embargo, podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos.» Como se ve no hay más novedad, respecto del régimen histórico, que la obligación de colocar defensas en los huecos. En cuanto a la pared propia, el Apéndice no contiene una norma expresa permisiva de la apertura de huecos; sólo regula la adquisición, por prescripción, de la servidumbre de luces y vistas a través de los huecos abiertos en ella, disponiendo el párrafo tercero del artículo 14, que «cuando el dueño exclusivo de un muro abra en él huecos para luces o vistas sobre el suelo ajeno contiguo, el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino,

(5) No se halla probado, y aún parece improbable, que se recibiera y aplicase en Aragón la constitución del emperador Zenón sobre distancia en la construcción de edificios (C. 8, 10, 12), extendida luego por Justiniano a todo el imperio (h. t. 13).

cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen». Mas el que la simple apertura no sea por sí misma apta para fundar la usucapción, no predica—antes al contrario—que el dueño carezca de la facultad de abrirlos al margen de toda servidumbre, subsistiendo, en el vecino, la facultad de clausurarlos al edificar; y así termina diciendo este párrafo: «Se entiende que la apertura de huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos.» Por tanto, así como aún entendiendo referida la observancia sexta a la pared medianera, se mantiene la libertad de apertura de huecos en pared propia, lo mismo sucede si en lugar de aquélla se pone el artículo 15, pues ni éste ni el 14 limitan aquella libertad; en cambio, impiden la aplicación de los artículos 580 y siguientes del Código civil.

Sin embargo, con la complicidad de algunos juristas, estos preceptos tuvieron la virtud de consolidar una jurisprudencia totalmente antihistórica; antihistórica, en el sentido de aplicar criterios actuales a un texto anterior en seis siglos; antihistórica, en el sentido de constreñir con normas foráneas a un texto genuino que sólo tenía sentido en el conjunto de un sistema opuesto a aquel en el que se le trata de encuadrar. Se aísla así la observancia sexta o el artículo 15 como norma «excepcional», relativa a la pared medianera, y se suple la «laguna» del Derecho aragonés en cuanto a la pared propia, mediante la aplicación, como supletorios, de los artículos 580 y siguientes del Código civil.

La Audiencia de Zaragoza—con escasas excepciones (6), que desaparecen a partir del Apéndice—entendió que pared «común» significa «medianera», y aplicó en numerosas sentencias (7)—pues el caso es frecuente—a la pared propia el Código civil. También el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 14 de abril

(6) Destaca, entre las excepciones, la S. A. Z. de 3 de marzo de 1892, en la que se dice: «Si la pared en que se hallan abiertas unas ventanas es divisoria entre fundos, debe tenerse como pared común, puesto que esta palabra que emplea la observancia 6.ª, antes citada, no quiere decir que deba ser propiedad de los dueños de ambos predios, sino que se halle entre ellos, no pudiendo admitirse tampoco la doctrina de que la pared, en tal estado, sea divisoria de dos edificios calificados de tales, porque en este caso sería imposible abrir ventanas ni huecos que sirvieran para luces». Esta doctrina, tan lógica, se repite en la S. A. Z. de 27 de diciembre de 1927 («Anuario de Derecho Aragonés», 1964, pag. 388).

(7) La relación de las sentencias antiguas puede verse en ISÁBAL, Op. y loc. cit.: posteriormente, el criterio siguió, consolidado, en la misma dirección; puede verse, por ejemplo, la sentencia de 12 de marzo de 1942, en el *Boletín Oficial de la Provincia* de 27 de febrero y 1 de marzo de 1943.

de 1882; en la de 20 de diciembre de 1927, el Tribunal Supremo entiende la expresión «paredes comunes» como contraria a la de «propias de un solo dueño»; la Sentencia de 27 de diciembre de 1930 afirma que tal era ya el sentido de la observancia sexta, *de aqua pluvis arcenda*, sin que la primera del mismo título sea aplicable, porque el dueño del fundo vecino sufre perjuicio, «ya que la sexta le obliga a darle luces» (!)..., y la sentencia de 2 de febrero de 1962 afirma que la pared propia no está incluida, ni por analogía, en el ámbito del artículo 15 del Apéndice; que, por consiguiente, está sujeta al régimen del Código civil, en cuanto a la apertura de huecos, pudiendo pedir el vecino que tales huecos se obstruyan en cualquier momento; y que el único título que el dueño de una pared propia puede esgrimir para imponer la servidumbre de luces y vistas sobre fundo ajeno es el de la prescripción (8).

Más esta interpretación, además de ser inadmisibile desde el punto de vista histórico, choca con el sentido común: ¿cómo se pueden conceder mayores facultades al condueño de pared medianera que al dueño exclusivo de pared propia?...; quien puede lo más—abrir huecos en pared medianera—puede lo menos—abrirlos en pared propia—; y, pese a los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1962, constituye mayor inmisión en propiedad ajena abrirlos en pared medianera que el abrirlos en propia; nótese que, con la interpretación jurisprudencial, el sistema resultante en Aragón era inverso al del Código: éste concede «un poco» al dueño de pared propia en el artículo 581, y, por sí mismo, «nada» al de pared medianera en el 580...; en Aragón se queda con el mismo «poco» del artículo 581 del Código civil el dueño de pared propia, mientras al de pared medianera le concede «mucho» el artículo 15 del Apéndice...

La doctrina foral moderna reaccionó contra esta interpretación jurisprudencial; ya PALÁ MEDIANO, en la información pública al proyecto de Apéndice, señaló el verdadero sentido de la obser-

(8) En su fundamentación esta sentencia pretende justificar con argumentos lógicos y razones jurídicas de fondo el resultado que, en las anteriores, aparece como inevitable hermenéutica de los textos vigentes, puede verse su exposición y detallada crítica en LACRUZ, *La interpretación histórica y el Derecho aragonés de luces y vistas*, en el «Anuario de Historia del Derecho», 1961. páginas 187 y sigs.

vancia sexta *de aqua pluviali arcenda* (9); en la Primera Semana de Derecho aragonés, celebrada en Jaca el verano de 1942, decía TEIXEIRA GRACIANETA que el artículo 14 del Apéndice debía ser interpretado no como prohibitivo de la facultad de abrir huecos en pared propia, sino como simple regulador de la facultad de adquirir por prescripción la servidumbre negativa de luces y vistas (10); y LORENTE SANZ recapitulaba así, en 1945, los argumentos en que se sustenta esta opinión foral: Aun suponiendo que el artículo 15 o la observancia se refieran exclusivamente a la pared medianera y que la observancia haya empleado en esa acepción la locución «pared común», una interpretación meditada nos lleva a la conclusión de que dicha regla es igualmente aplicable a los huecos o ventanas abiertos en pared propia, y que, por consiguiente, el uso de esa facultad legal no implica comienzo de prescripción adquisitiva mientras no se dé el acto obstativo contra el predio sirviente. Nos fundamos para ello en las siguientes consideraciones. En primer término, en un principio de interpretación lógica: lo que se puede hacer en pared cuyo dominio se comparte con otro, con más razón podrá realizarse en la pared propia. Además, lo ordinario es que las paredes que por un lado tienen construcciones y por el otro dan a cielo abierto, no sean medianeras; es decir, lo excepcional es la existencia de una pared medianera, o de un trozo de pared medianera, en que pueda abrirse una ventana. Viene en apoyo de nuestra tesis, en segundo lugar, la interpretación sistemática: el texto de la observancia primera, *de aqua pluviali arcenda*, autoriza a cualquiera para utilizar a discreción la posesión ajena, con tal que no lo haga en daño del poseedor. Por último, la interpretación usual abona la misma interpretación: en Aragón se ha venido tolerando que los dueños de paredes propias, contiguas a solares, patios, jardines, etc., abrieran huecos para luces y vistas, en la creencia de que los dueños del suelo, no obstante el tiempo que hubiera transcurrido,

(9) *Observaciones al proyecto de Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón*, Barbastro, s. d. (fechado en Calanda el 25 de abril de 1924), páginas 41 a 51.

(10) *Apertura de huecos para luces y vistas en muro propio contiguo a suelo ajeno*, en «Primera Semana de Derecho Aragonés», Zaragoza, 1942, página 97.

podrían en todo momento cerrar aquellos huecos elevando edificación (11).

A los argumentos así sistematizados por LORENTE podría añadirse el argumento histórico que se desprende de cuanto antecede: de una parte, la obra de Jacobo DE HOSPITAL, con su versión de la observancia y su testimonio de la costumbre; de otra parte, como argumento más urgente para defender esta interpretación, situar la norma en su momento y circunstancia; es decir, aplicarle una interpretación puramente histórica. A decir verdad, debió chocar a los intérpretes del siglo XIX—y si no ocurrió así sería por su falta de sentido histórico—que durante tantos años no hubiera habido discusión sobre la interpretación de las palabras *pariete communi*, y que la cuestión comenzara a agitarse, a raíz de que las ordenanzas y el Código civil impusieran fuertes restricciones a la facultad de abrir huecos en pared propia contigua a suelo ajeno...; como hemos expuesto, fue este hecho el que dio un nuevo giro a la cuestión, con la colaboración de los juristas, que olvidaron cuál era la situación histórica, situación que ni las ordenanzas ni el Código alteraban y que, en realidad, subsistían—subrogando el artículo 15 en el lugar de la observancia—con el Apéndice.

La interpretación jurisprudencial produjo, además, una perturbación sistemática favorecida por la promiscuidad con que trata el Código esta materia (12), y por cuanto, a través del mismo Código, el Apéndice había adoptado la doctrina del acto obstativo. En el Derecho histórico la cuestión se había desenvuelto en lo que hoy llamamos relaciones de vecindad; en el Derecho del Apéndice, si se interpretaba con criterios históricos, podía también distinguirse nitidamente el régimen de vecindad del de servidumbre; pero nótese, con todo, que con relación a los huecos en pared propia no contenía ninguna norma expresa respecto de las facultades

(11) En el «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, págs. 214 y 215; también NAVARRO AZPÉTTIA, *Huecos para lucas y vistas en pared propia, sobre suelo ajeno, en Aragón*, en el mismo Anuario, 1959-1960, págs. 171-195.

(12) No es éste lugar adecuado para explicar cómo, basado en una doctrina errónea sobre la naturaleza «híbrida» de las servidumbres legales, el *Code français* cometió esta promiscuidad conceptual, y, tras de él y del italiano de 1865, el español incluyó con las servidumbres legales (libro III, título VII, capítulo II) normas completamente extrañas a ellas: distancias y obras intermedias (artículos 582-584 y 589-591), medianería (arts. 571-579), recepción de aguas pluviales (art. 586), corte de ramas y raíces (art. 592), etc.

iure domini y si, en cambio, en materia de servidumbre (§ 3.º del artículo 14); decía también TEIXEIRA que en el acto de abrir una ventana en pared propia sobre fundo ajeno vemos, según el artículo 14, dos momentos o situaciones distintos: 1.º, la simple apertura, que no implica existencia de servidumbre, sino facultad inherente al ejercicio del derecho de propiedad, y que podría identificarse con la situación regulada en el artículo 15, al tratar de las luces y vistas en pared medianera; y 2.º, el acto obstativo por parte del dueño del muro prohibiendo al del fundo contiguo realizar cosa que le sería lícita sin el gravamen; en este segundo momento—añadía—es cuando surge la posibilidad de adquirir una servidumbre (13).

Es decir, la facultad de abrir huecos para luces y vista, tanto en pared medianera cuanto en pared propia, no era, de suyo, consecuencia ni título de servidumbre: en cualquier momento podía el dueño del suelo contiguo obstruirlos edificando; se trataba de facultades *iure proprietatis*, y sólo cuando—en el Derecho del Apéndice—se producía el acto obstativo entraba en escena la servidumbre en vías de adquisición por usucapión; todavía, mientras ésta no se consumase, podía el dueño del fundo vecino, en régimen de vecindad, obstruir, edificando, los huecos abiertos por el dueño de la pared. Queda aparte, naturalmente, la servidumbre de luces y vistas fundada en título voluntario o en la disposición del padre de familia, sin regulación expresa en nuestro Derecho.

En cambio, con la interpretación jurisprudencial, la cuestión sistemática se hace mucho más movediza, si se estima que el dueño exclusivo de pared divisoria no puede abrir en ella huecos para luces y vistas sino con las limitaciones de los artículos 580 y siguientes del Código civil, ¿*quid iuris* si los abre?... una de dos: o lo hace fundado en un título de servidumbre (negocio jurídico, disposición del padre de familia), o es un acto ilegal o tolerado que, por sí o en unión de otro hecho (el acto obstativo), puede dar origen a la servidumbre por usucapión. De cualquier modo, el centro de gravedad se nos ha desplazado hacia las servidumbres.

Efectivamente, en materia de medianería, donde una norma expresa había mantenido clara la situación, la jurisprudencia de

(13) Op. cit., págs. 97 y 98.

la Audiencia de Zaragoza observa la diferenciación sistemática: En relación con el Derecho antiguo, puede verse la Sentencia de 16 de abril de 1903 (14); con posterioridad al Apéndice, la Sentencia de 25 de noviembre de 1929 denegó al interdicto de recobrar al que había abierto unas ventanas, obstruidas luego por la edificación de un cobertizo (15); la Sentencia de 13 de septiembre de 1937, especifica que, tanto la observancia como el artículo 15 del Apéndice, al autorizar la apertura de huecos o ventanas en pared medianera, no conceden una servidumbre de luces y vistas propiamente dicha, sino una facultad condicionada, por la que incumbe al dueño del inmueble contiguo para cerrar los huecos abiertos, edificando, pudiendo hacer esto en cualquier momento, y, por tanto, sin que el transcurso de un lapso de tiempo, por largo que sea, pueda dar lugar a la prescripción de uno y otro derechos recíprocos (16); finalmente, la sentencia de 18 de febrero de 1952 considera actos «tolerados» o «permitidos» los de apertura de huecos en pared medianera, insusceptibles para engendrar un derecho de servidumbre u otro derecho real o posesorio que exijan la protección interdictal (17).

Por el contrario, como la Audiencia venía declarando que el dueño exclusivo de pared divisoria no podía abrir en ella huecos para luces y vistas en forma distinta de la permitida por el Código, la misma Audiencia consideró, en una serie de sentencias, que su existencia denotaba la de una servidumbre constituida conforme al artículo 541 del Código civil; es decir, porque el propietario de la pared y del solar contiguo había vendido uno de estos elementos y retenido el otro, considerándose entonces tácita y presuntamente constituida la servidumbre por voluntad de vendedor y comprador. Así, en primer lugar, la Sentencia de 6 de junio de 1932, que impide tapar los huecos que se hallaban practicados en la pared propia al venderse el solar contiguo (18); igualmente la Sentencia de 28 de enero de 1957, no obstante haberse hecho la venta «libre de

(14) En el «Anuario de Derecho Aragonés», 1947, repertorio de SÁINZ DE VARANDA.

(15) «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, repertorio de VALENZUELA Y SANCHO DRONDA.

(16) «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, pág. 384.

(17) «Foro aragonés», núm. 172.

(18) «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, págs. 382.

cargas y gravámenes (19); finalmente, la Sentencia de 17 de junio de 1961 da lugar a un interdicto de obra nueva en vista de que el estado de apertura de los huecos es amparado por el artículo 541 del Código civil, supletorio de la legislación foral, que no trata la cuestión contemplada por este precepto (20).

Algunas sentencias, todas relativas a huecos anteriores a la vigencia del Apéndice, entienden que en pared propia la apertura de hueco inicia, sin más, la usucapión de la correspondiente servidumbre. En particular, es muy expresiva la de 27 de abril de 1937, que califica de positiva a la servidumbre de luces y vistas «en los casos sometidos a las disposiciones que componían el cuerpo del Derecho aragonés con vigencia anterior al actual Apéndice», estimando, por tanto, que «para los efectos prescriptivos se ha de contar el término desde que comenzó la apertura, precisamente porque las disposiciones forales aragonesas, contrariamente a las de Derecho civil común, sólo autorizaban la apertura de ventanas en pared común, careciendo de derecho para hacerlo en la suya propia el dueño del edificio que por medio de ellas comenzaría a disfrutar del beneficio de la servidumbre» (21); esta doctrina se reitera en la Sentencia de 22 de junio de 1945: la existencia de huecos en pared propia sobre suelo ajeno, abiertos con anterioridad al año 1926, es signo de servidumbre, comenzando a correr la prescripción desde su apertura, sin esperar el acto obstativo procedente del dueño del predio dominante (22). Dos sentencias posteriores invocan, de pasada, estos argumentos, pero resuelven fundándose principalmente en otros: la de 29 de mayo de 1947 (23) y la ya citada de 17 de junio de 1961 (24).

Junto a estas decisiones de la Audiencia, otras mucho más numerosas (algunas sólo para el Derecho del Apéndice) niegan la posibilidad de abrir, al amparo de la observancia sexta o del artículo 15, huecos en pared propia contigua a fundo ajeno, pero no por ello consideran iniciada la prescripción por el mero hecho

(19) «Foro aragonés», núm. 11.

(20) «Foro aragonés», núm. 130.

(21) Puede verse, reseñada por LORENTE SANZ, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, pág. 529.

(22) «Anuario de Derecho Aragonés», 1945, pág. 212.

(23) «Anuario de Derecho Aragonés», 1947, pág. 408.

(24) «Foro aragonés», núm. 130.

de que los huecos no permitidos se abran; se consideran actos meramente tolerados, incapaces para usucapir la servidumbre si no se completan con el acto obstativo. Esta jurisprudencia se inicia ya en los primeros tiempos de existencia del Tribunal Supremo: la Sentencia de 14 de mayo de 1861 declaró que, según la observancia sexta *de aqua pluviiali arcenda*, así como cualquier vecino tiene derecho a abrir ventanas en la pared común, también lo tiene el otro vecino para edificar obstruyéndolas, y que la servidumbre de luces no prescribe sin que medie un hecho obstativo por parte del que trate de adquirir el derecho contra el que intente obstruir los huecos. Según la Sentencia de 3 de julio de 1907, «la condición de dueño del solar sobre el que se abren ventanas en pared divisoria es tan privilegiada que se le autoriza para tapar dichos huecos, bien lo haga sobre terreno propio, bien convirtiendo la pared común en medianera, siempre que a la casa le queden otras luces, a menos que haya pacto en contrario o se haya ganado por prescripción, y en virtud de un acto obstativo, la servidumbre de luces o vistas, sin que sirva la mera tolerancia» (25). Singularmente expresiva es la Sentencia de 12 de marzo de 1942, que deduce la condición de tolerados de los huecos abiertos en pared propia, de la interpretación del Código civil: «descartada la posibilidad de que las ventanas y huecos abiertos en la pared propia del demandado contigua a la finca de los demandantes sean constitutivos de servidumbre de luces y vistas, hay que conceptualizarlos como simplemente tolerados, y en este caso, cualesquiera que sean las dimensiones de los mismos, tienen los demandantes opción, amparada por el párrafo tercero del artículo 581, para cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la en que están los huecos o ventanas cuya desaparición se pretende, pues aun cuando este artículo se refiere a huecos cuyas dimensiones no excedan de 30 centímetros en cuadro, con mayor razón comprende a los que excedan de tales dimensiones, en consideración a que éstos, aun siendo tolerados, lejos de ser el ejercicio de un derecho, implican un abuso por parte del propietario de la pared» (26). De tenor parecido, la Sentencia de 20 de marzo de 1942 estima que, como la legislación foral aragonesa no

(25) «Anuario de Derecho Aragonés», 1947, pág. 301.

(26) «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, pág. 527.

regula el caso de que los huecos estén abiertos en pared no medianera contigua a propiedad ajena, se hace preciso aplicar a ese caso la legislación común (27). La Sentencia de 8 de noviembre de 1948 afirma que cabe obstruir los huecos abiertos en pared propia del colindante, porque el tiempo de la prescripción no se cuenta hasta el acto obstativo, conforme al artículo 14, 3.º, del Apéndice (28). Disintiendo, para el Derecho del Apéndice, del punto de partida dominante, la Sentencia de 25 de octubre de 1952 afirma que el artículo 14 del Apéndice permite la apertura de huecos en pared contigua a fundo ajeno, lo que no ocurría en el Derecho foral anterior, por cuanto la observancia sexta *de aqua pluvis arcenda* no permitía más que la apertura de ventanas en pared común; pero, como el mismo Apéndice, la Audiencia reconduce la cuestión a la usucapión de la servidumbre: hoy—dice—la apertura no significa adquisición de servidumbre mientras no se realice el acto obstativo a que se refiere el párrafo tercero del artículo 14, quedando a salvo el derecho de obstrucción a favor del dueño del predio contiguo (29). La Sentencia de 5 de abril de 1960, si bien no explica expresamente el momento en que empieza a correr el plazo prescriptorio en materia de luces en pared propia, al hacer referencia, como término inicial, al acto de conciliación, parece referirse al acto obstativo (30). La Sentencia de 17 de noviembre de 1964 pone de relieve la necesidad de acto obstativo en un caso en que lo hubo (31). Finalmente, la Sentencia de 28 de junio de 1965 versa sobre un caso en el cual, existiendo una pared contigua a fundo ajeno con ventanas abiertas desde tiempo inmemorial, el propietario del fundo vecino comenzó a elevar otra pared en su terreno; demandado para que cesase en las obras, la Sala determina que en esa elevación de la nueva pared no hay perjuicio para el demandante, porque no merma su posesión; antes bien, «conforme alegan los demandados, podrían incluso, prosiguiendo las obras en alto, llegar a tapar las ventanas existentes en la pared, conforme a los artículos 14 y 15 del Apéndice foral y 581 del Código civil» (32).

(27) «Anuario de Derecho Aragonés», 1946, pág. 383.

(28) «Anuario de Derecho Aragonés», 1948, pág. 561.

(29) «Foro aragonés», núm. 16.

(30) «Foro aragonés», núm. 75.

(31) «Foro aragonés», núm. 272.

(32) «Foro aragonés», núm. 164.

Explicablemente, al negársele al dueño de pared propia colindante la posibilidad—como facultad dominical—de abrir en ella huecos para luces y vistas, las situaciones creadas por su efectiva apertura reconducían la cuestión a la sede de las servidumbres. Con la promulgación del Apéndice (que tomó del Código la doctrina de las defensas y la del acto obstativo) esta proclividad sistemática era inevitable; nótese que, aunque se admita la facultad *iure proprietatis* de abrir tales huecos, la regulación del artículo 14 los hace aptos, en unión del acto obstativo, para usucapir la servidumbre; y así la Sentencia de 19 de febrero de 1963, interpretando el Derecho aragonés con una exactitud que la hace destacar respecto de las anteriores de la misma Audiencia, declara: «aun admitiendo que los huecos para luces y vistas estuvieran abiertos sobre suelo ajeno contiguo, y aun tratándose de ventanas, balcón y galería en muro exclusivo del actor; dada la redacción de los artículos 14 y 15 del actual Cuaderno foral de Aragón; atendiendo, como nos autoriza la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1945, a la legislación antigua y derogada, para interpretar sus preceptos, y acudiendo no sólo a la observancia sexta *de aqua pluviali arcenda*, sino también a su complemento, la observancia primera del mismo título, a virtud de la cual *cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena, mientras lo haga sin daño de aquel de quien es la posesión*; es manifiesto que todos los huecos abiertos para luces y vista en pared propia o común sobre fundo ajeno, con red y reja—requisitos introducidos por nuestro Apéndice—o sin ellos, son actos meramente tolerados que no afectan en absoluto a la posesión, pudiendo, en consecuencia, el dueño del predio sobre el que recaen obstruirlos» (33).

Con todos estos precedentes, el Seminario del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés realizó un profundo estudio histórico, que vino a confluir con una distinción conceptual introducida por la doctrina moderna, la distinción entre relaciones de vecindad y servidumbres (34).

No parece adecuado reproducir aquí ni siquiera el resumen de

(33) «Foro aragonés», núm. 62. En el mismo sentido, la reciente sentencia de 15 de noviembre de 1966, en la que ya se invoca, como argumento de autoridad, el art. 36 del proyecto de Compilación.

(34) Los principales autores del estudio reflejado en el correspondiente *Informe* fueron Mariano ALONSO y LAMBÁN y Germán ALBALATE GIMÉNEZ.

esta diferenciación conceptual y sistemática; basta recordar que, especificada a las cuestiones de luces y vistas, hace resaltar que la servidumbre supone, precisamente, la inobservancia de las normas que regulan la vecindad dentro del estatuto normal de la propiedad fundiaria; supone un desequilibrio en la relación de vecindad, con ventaja para un fundo a costa del correlativo sacrificio del otro. Así, en la relación de vecindad, el propietario que proporciona la luz y las vistas conserva indefinidamente el derecho a edificar obstruyendo los huecos; en cambio, el dueño del fundo sirviente no puede hacerlo sino a la distancia legal; es decir, en forma que no prive de luz o de vistas al fundo dominante. El derecho a abrir huecos *iure domini* no se extingue por el no uso, sino tan sólo por renuncia o por servidumbre contradictoria, mientras la titularidad de la servidumbre puede perderse por prescripción extintiva. Etcétera.

3. La reordenación sistemática era consecuencia de la reconstitución a fondo del sistema histórico; si la interpretación jurisprudencial hubiera tenido mayor conocimiento o respeto del mismo, posiblemente no hubiese sido necesario incluir en la Compilación un precepto expreso regulador de la relación de vecindad en materia de luces y vistas, pues la facultad *iure domini* de abrir huecos en pared propia pudo reconocerse también bajo el Derecho del Apéndice y, por supuesto, bajo el de los Fueros y Observancias; pero a la vista de lo expuesto en el número anterior, parece evidente la oportunidad del artículo 144 dentro del título (primero del libro III) de las relaciones de vecindad; su tenor literal es el siguiente:

Régimen normal de luces y vistas.

Artículo 144. 1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared mediana pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.

2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos, y deberán estar provistos de reja de hierro

remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente.

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

Queda en él especificado que la facultad *iure proprietatis* de abrir huecos para luces y vistas se refiere, además de a la pared medianera, a la pared propia, cualquiera que sea su distancia del suelo ajeno. Pero debido a su indudable función práctica, se ha mantenido, modificada, la limitación introducida por el Apéndice sobre las defensas de los huecos (35).

¿*Quid iuris* cuando el dueño o condueño de la pared no observa esta limitación?... Por de pronto, parece que el dueño del fundo vecino podrá compelerle a que las observe.

¿Y si no lo hace?... El artículo 145 de la misma Compilación aclara que los voladizos sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre, pero que no lo son los voladizos que, aun a distancia menor que la marcada en el artículo 582 del Código civil, caigan sobre fundo propio, ni tampoco la falta de protección en los huecos.

Lo primero—voladizos sobre suelo ajeno—es, pues, problema de servidumbre; lo segundo—voladizos sobre suelo propio, pero no distanciado del ajeno, y falta de protección en los huecos—puede plantear algún problema, pues supone una transgresión del régimen de vecindad (art. 144) que, sin embargo, no «aparenta» la servidumbre de luces y vistas (art. 145).

En principio cabe tratar la situación mediante los siguientes expedientes:

a) Como iniciación, por sí misma o en unión de otro hecho (el acto obstativo), de una servidumbre no aparente de luces y vistas.

Evidentemente, la existencia de voladizo en suelo propio no distanciado o la falta de protección en los huecos, por sí solo no denota servidumbre, pues expresamente les niega valor de apariencia el artículo 145.

(35) Esta «protección semejante o equivalente» supone una novedad respecto del sistema del Código (art. 581) y del Apéndice (art. 15), fácilmente comprensible atendiendo a los métodos y materiales actuales de construcción.

Con la misma evidencia hay que admitir la posibilidad de que tal transgresión al régimen de vecindad responda a la existencia de una servidumbre voluntaria y no aparente de luces y vistas. ¿Pero cabe que, como acto tolerado unido al acto obstativo, inicie la prescripción?

En cierto modo éste sería el resultado de trasplantar al régimen de la Compilación el criterio jurisprudencial relativo al Código civil. Con relación a sus artículos 580 y 582, una copiosa doctrina jurisprudencial (Ss. 12 noviembre 1889, 31 mayo 1890, 8 febrero 1899, 16 junio 1902, 9 febrero 1907, 8 enero 1908, 18 octubre 1909, 8 junio 1918, 27 mayo 1932, 24 mayo 1933, 15 marzo 1934, 19 junio 1951, 9 febrero 1955, 8 junio 1962, 2 octubre 1964 y 6 mayo 1965) afirma que en las servidumbres de luces y vistas hay que distinguir entre los huecos practicados en pared propia y sin voladizos y los henchidos en pared medianera o provistas de voladizos que caen sobre el fundo sirviente; los primeros son signos de una servidumbre negativa y los segundos de una positiva. Así, el Tribunal Supremo admite unas servidumbres negativas dotadas de *cierta* apariencia; en realidad, también el Código, cuyo artículo 538, en relación con el 537, admite la hipótesis de servidumbres negativas aparentes; suponen éstas un *tertium genus* entre las servidumbres pura y absolutamente negativas, no aparentes y no susceptibles de posesión y usucapión, y las servidumbres positivas, aparentes, cuya mera apariencia manifiesta automáticamente su existencia (al menos, supuesta) y su posesión, dando inicio a la usucapión. Ese *tertium genus* se caracteriza por una disociación entre los conceptos de apariencia y posedibilidad jurídica, basada sin duda en una presunción—de justificación discutible—de tolerancia: la apertura de ventanas a distancia menor de la legal se considera acto meramente tolerado y, por tanto, de una parte, no denuncia *inequívocamente* la existencia de la servidumbre, y de otra, no afecta a la posesión *hasta que se produzca el acto obstativo frente al dueño del fundo que puede resultar gravado*.

Trasplantando este criterio jurisprudencial a la nueva regulación aragonesa cabría entender que los voladizos sobre suelo propio no distanciado o los huecos carentes de defensa son actos

tolerados que, en unión del acto obstativo, pueden iniciar la usucapación de una servidumbre negativa de luces y vistas.

Mas—prescindiendo aquí del enjuiciamiento de la doctrina jurisprudencial en cuanto al Código—a la admisión de este tratamiento referido a la Compilación se opone el que su artículo 145 niega a tal conducta la funcionalidad de apariencia, aunque sea ambigua, y sobre todo, el que la Compilación ha prescindido totalmente de la doctrina del acto obstativo como sucedáneo de la posesión en la usucapación de las servidumbres negativas y de la negatividad misma en el régimen de la usucapación; la Compilación regula expresamente la usucapación de las servidumbres no aparentes, pero siempre que sean susceptibles de posesión (artículo 148); por tanto, aun considerando «acto tolerado» el voladizo o el hueco sin defensa, ello no afecta a la posesión ni a la usucapación (arts. 444 y 1.942 del Código civil).

b) Como inicio de una nueva y propia servidumbre independiente, no de luces y vistas—el dueño del suelo siempre podría obstruirlas edificando—, sino consistente, precisamente, en el ejercicio anormal de la facultad *iure domini*; es decir, en tener los huecos que la ley permite en forma distinta de la permitida, sin defensas o con voladizos sobre suelo propio no distanciado.

Pero entonces el contenido de este derecho no se corresponde con el concepto de servidumbre; si el dueño del fundo vecino puede edificar a distancia menor de la marcada en el artículo 585 y, en realidad, nada se inmiscuye en su propio fundo, no cabe hablar de «gravamen» (cfr. art. 530 C.c.). Por otra parte, el despojo que de su función de apariencia hace el artículo 145 de la Compilación podría referirse también a esta supuesta servidumbre independiente.

c) Como simple ejercicio anormal de la facultad *iure proprietatis*, reconocida en el artículo 144 de la Compilación.

Pero también este tratamiento admite, a su vez, dos soluciones: considerar aquel ejercicio anormal como acto meramente tolerado por el dueño del fundo vecino, que en cualquier momento puede compelerle a que desmonte los voladizos o coloque las defensas; o considerarlo como ejercicio, no *modus servitutis*, pero sí *modus proprietatis*, susceptible de confirmarse por usucapación o, si se

quiere, porque la prescripción opere en sentido liberatorio; es decir, extinguiendo el derecho del vecino a exigir la colocación de defensas o demolición de voladizos. Esta última solución parece la más conforme con el sistema, y así lo entendió el propio Seminario que elaboró la base del Anteproyecto (36).

Empero, con cualquiera de las dos soluciones posibles dentro de este tratamiento, al no tratarse de servidumbre, subsistirá indefinidamente el derecho del dueño del fundo vecino a edificar libremente, sin respetar las distancias del artículo 585 del Código civil.

Así, la contrafigura, en todo caso (también, naturalmente, cuando se respeten las limitaciones del artículo 144), de la facultad de abrir huecos para luces y vistas, concedida al dueño o condueño de la pared, es la concedida al del suelo vecino para obstruirlos edificando en su terreno. Facultad indefinida—no prescribe—que ya reconocía el Apéndice (art. 15) al condueño de pared medianera, y que, según se ha expuesto, aparece aplicada en un número mayoritario de sentencias de la Audiencia, con unanimidad en las más modernas.

No cabe, sin embargo, que el dueño del suelo obligue al de la pared a cerrar los huecos por sí mismo, o que se los cierre él por modo distinto de la construcción, o sea con medios cuya función sea exclusivamente la de clausurar el hueco abierto, sin otra utilidad para el dueño del fundo contiguo que realiza la clausura.

4. En el Título (segundo del Libro III) de las servidumbres, la de luces y vistas se regula en la forma siguiente:

Luces y vistas.

Artículo 145. *Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno, son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil.*

(36) Pág. 18 del Informe. Sobre la cuestión en el Apéndice, cfr. CAMÓN AZNAR, *Del derecho a exigir la colocación de rejillas y redes en las ventanas o huecos de pared medianera*, en «Segunda Semana de Derecho Aragonés», Zaragoza, 1943, págs. 247-249.

Aparte de ésta no contiene ninguna otra norma específica sobre servidumbres de luces y vistas; por consiguiente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º, 2, de la propia Compilación, en lo demás regirá el Código civil; es decir, lo que de los artículos 580 a 585 de éste sea compatible con el 145 de la Compilación. Como, por otra parte, el resto de este Título segundo sólo regula la alera foral y la usucapión de servidumbres, regirá también la regulación genérica—constitución, ejercicio, extinción—del Código, a excepción de la usucapión.

Lo específico del Derecho aragonés en esta materia es que las servidumbres de luces y vistas, como consecuencia del régimen de vecindad notablemente permisivo, son no aparentes salvo—en la Compilación—que haya voladizo sobre fundo ajeno. Esto es importante a efectos de usucapión.

Más dificultoso resulta decidir, en algunos supuestos, si se trata de servidumbres positivas o negativas.

En general, y ya con referencia al Derecho histórico (más permisivo aún que el vigente en el régimen de vecindad), la doctrina foral entendió que eran servidumbres negativas, puesto que la facultad de abrir huecos para luces y vistas constituye ejercicio normal del derecho de propiedad o copropiedad, que no limita el del dueño del fundo vecino a obstruirlos edificando, la servidumbre habrá de consistir en privar al dueño del fundo sirviente de esta facultad, que le sería lícita sin la servidumbre (cfr. art. 533 del C. c.); se reconduce así a una servidumbre negativa: *non aedificandi, altium non tollendi, ne prospectui vel luminibus offiatur*, etc.; y si no consta su contenido específico, guardar las distancias prescritas en el artículo 585 del Código civil.

¿Y las servidumbres de luces y vistas que, conforme al artículo 145 de la Compilación sean aparentes?... La servidumbre consistente en tener balcón o voladizo en pared propia o medianera que caiga sobre el fundo sirviente, ¿es positiva o negativa?... La definición legal con la que procede contrastar la situación está contenida en el artículo 533 del Código civil: «Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del fundo sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa, la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.»

En principio parece que hayan de corresponderse los conceptos de apariencia y positividad; que la mera prohibición de hacer algo impuesta al dueño del fundo sirviente no puede estar demostrada por ninguna apariencia funcional (signos externos que revelan el uso y aprovechamiento de la servidumbre, según el art. 532 del Código civil). A primera vista, entonces, los conceptos de apariencia y negatividad son antitéticos, pues lo que caracteriza a la servidumbre negativa es que en ella la utilización del fundo sirviente consiste sólo en cierta inactividad por parte de su propietario; es decir, en la abstención del ejercicio de alguna de las facultades normalmente contenidas en su derecho de propiedad, abstención que en este caso constituye la sustancia de la utilidad asegurada por la servidumbre. De ahí que la doctrina italiana entienda que las servidumbres negativas no pueden ser aparentes, puesto que la inactividad recíproca que las caracteriza no es compatible con la existencia de un signo aparente de servidumbre. Como dice BARASSI, en las servidumbres negativas en sentido propio es el mismo ejercicio; es decir, el contenido, el que es negativo, porque consiste exclusivamente en una abstención por parte del propietario del fundo sirviente; no hay ejercicio positivo posible para el propietario del fundo dominante. Así, en las servidumbres *non aedificandi, altium non tollendi, ne prospectui vel luminibus officiatur*, que suponen la prohibición de fabricar, de alzar, de realizar obras que disminuyan las vistas o las luces, y, activamente, el derecho de impedir la edificación, el cierre de las vistas o luces, etcétera. Las consecuencias ulteriores, por ejemplo, el ver un amplio panorama porque el vecino no construye, no son ejercicio de la servidumbre, sino goce del estado de cosas que tiene lugar con la abstención. Por eso—se dice—las servidumbres negativas son todas no aparentes: en el ejemplo anterior, aunque sobre el fundo dominante se haya instalado a la distancia reglamentaria un balcón para contemplar el panorama, no varía la naturaleza de la *non aedificandi*, porque dicha instalación no implica por necesidad la servidumbre (37).

(37) CICU, *Servitù prediali*, Milán, 1931, pág. 109. Con referencia al Derecho español, véase el estudio amplio de la cuestión en LACRUZ, *Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes*, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre de 1954, y en «Estudios de Derecho Civil», Barcelona, 1958, págs. 37-97; este estudio sirvió de base para el *Informe* del Seminario (cfr. págs. 20-52).

Mas este punto de vista no puede ser el del Código civil español, que admite de modo expreso, según he dicho, la existencia de servidumbres negativas y aparentes a la vez, cuando, al hablar en el artículo 538 de la usucapión de las servidumbres continuas y aparentes, previene que *cuando tales servidumbres sean negativas*, el tiempo para la prescripción comenzará a contarse «desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre». De donde resulta claro que, en la concepción del Código, hay servidumbres aparentes y negativas, en las cuales la apariencia no denuncia inequívocamente la existencia de la servidumbre, pues para que empiece a contar la prescripción es preciso algo más (el acto obstativo).

Sobre esta base legal, el Tribunal Supremo—como queda expuesto en el número anterior, al tratar del ejercicio anormal de la vecindad—ha sentado la doctrina jurisprudencial de que los huecos practicados en pared propia y sin voladizos son signos de una servidumbre negativa (incapaces para iniciar la usucapión por sí mismos; se requiere, además, acto obstativo), y que los hendidos, en pared medianera o con voladizos que caigan sobre el fundo sirviente son signos de una servidumbre positiva. Alguna de las sentencias allí citadas son particularmente expresivas: la de 8 de enero de 1908, dice que «la servidumbre de luces y vistas puede ser positiva o negativa, según que para la apertura de las respectivas ventanas haya habido o no necesidad de contar con el dueño del predio sirviente, bien por ser de la exclusiva propiedad de quien pretende imponerla las paredes donde aquéllas se abren, bien por corresponderle en todo o en parte, o sea, en concepto de medianería, al dueño del predio sirviente, ya que en este último caso no se limita aquél a prohibir al segundo hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, sino que le impone una obligación que sólo su consentimiento podría establecer, siendo notoriamente negativa dicha servidumbre en el primer caso y positiva en el segundo»; la Sentencia de 8 de junio de 1918 afirma también que «la servidumbre de vistas por medio de ventanas abiertas en pared medianera es positiva, porque no puede constituirse sin el consentimiento del medianero, presunto o tácito, cuya actitud, activa o pasiva, determina al efecto legal la naturaleza positiva de la servi-

dumbre»; y la Sentencia de 19 de junio de 1951: «La servidumbre de luces y vistas que tales ventanas podían constituir sería una servidumbre negativa, en cuanto no impondría al dueño del fundo sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa, o de hacerla por sí mismo, y únicamente le prohibiría el hacer lo que le sería lícito sin la servidumbre, como tapar dichas ventanas edificando en su propio terreno.»

¿*Quid* para el Derecho de la Compilación?... Como quiera que esta rechaza expresamente, en el artículo 145 la ambigua función de apariencia de los huecos sin defensa o con voladizo sobre suelo propio no distanciado (*supra*, núm. 3), admite, también expresamente, la apertura *iure domini* de huecos en pared propia o medianera (art. 144), y prescinde por completo del acto obstativo, lo único referible a la Compilación de tal doctrina jurisprudencial es que la servidumbre de luces y vistas, consistente en tener voladizo o balcón sobre el fundo sirviente, es positiva, y todas las demás, negativas.

Con ello puede quedar subsistente alguna duda o escrúpulo: la servidumbre consistente en tener voladizo o balcón en pared propia o medianera, pero que caiga sobre el fundo ajeno, es, además de aparente, positiva, por cuanto el dueño del fundo sirviente permite—deja hacer y deja tener—sobre su suelo el voladizo o balcón al del fundo dominante; pero a su vez se ve privado de algo que le sería lícito sin la servidumbre: edificar obstruyendo las luces o vistas (cfr. art. 585 del C. c.).

Desechada la artificiosa tesis de su naturaleza mixta o híbrida (positiva, en cuanto se permite hacer y tener sobre el propio suelo el voladizo ajeno; negativa, en cuanto no se puede edificar a menos de tres metros), la doctrina jurisprudencial sólo puede entenderse en el sentido de que, conforme al artículo 533 del Código civil, para que una servidumbre sea negativa se requiere que *todo* su contenido se agote en la *abstención*; que desde el momento en que al dueño del fundo sirviente se le impone una actividad o un *pati* (hacer algo o dejar hacerlo), aunque al mismo tiempo se le imponga también una abstención.

Entonces la servidumbre de luces y vistas que se aparenta mediante balcones o voladizos en pared propia o medianera sobre fundo ajeno (aparente, conforme al artículo 145 de la Compila-

ción) será positiva; todas las demás (no aparentes, conforme al mismo), negativas; en la Compilación, apariencia y negatividad coinciden. En realidad, lo que sucede es que, como las servidumbres negativas no son susceptibles de posesión y se ha desechado el artificioso sucedáneo del acto obstativo, el régimen de las servidumbres en la Compilación ha prescindido de la clasificación en positivas y negativas de las servidumbres de luces y vistas.

Una última cuestión queda en la exégesis del artículo 145: la expresa salvedad que, en su proposición final, hace del artículo 541 del Código civil. Esta salvedad no figuraba en la propuesta del Seminario; la introdujo, como párrafo tercero del artículo 37 del anteproyecto provisional (33 del definitivo), la Comisión compiladora, en los términos siguientes: «No obstante, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, serán signos aparentes los que determina dicho Código.» La Comisión de Códigos modificó la redacción en los términos que han pasado a la ley; su significación es la misma, aunque acaso, sin este antecedente, menos inteligible.

Su actuación puede resultar problemática; en particular ¿significa que los huecos con voladizos sobre suelo propio no distanciado o carentes de defensas, sin ser signos aparentes de servidumbre a otros efectos, lo son para su constitución por disposición del padre de familia? Este parece ser su sentido, pero acaso entonces su redacción no resulte afortunada: al decir el artículo 145 que no son signos aparentes de servidumbre, bastaba que hubiese añadido «salvo a los efectos del artículo 541 del Código civil». En cambio, la lacónica salvedad contenida en el texto vigente ocasiona una interpretación estricta y aislada, limitada a admitir en Aragón la constitución de servidumbres por disposición del padre de familia; salvedad, entonces, ociosa, por cuanto ya resulta del artículo 1.º-2, según he dicho. Se impone así una interpretación coherente con el resto del artículo 145, relativo a los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, y como el 541 del Código civil parte de «la existencia de un signo aparente», el alcance de la salvedad hay que referirlo a lo que para la constitución por disposición del padre de familia (y no a los otros efectos) es signo aparente. Por este camino nos encontramos con lo que explícitamente decía el anteproyecto: el voladizo en suelo propio o la falta de defensas, dentro

de la distancia legal, no son signos aparentes sino en la medida en que, como tales, los considere el Código para la adquisición en Aragón por disposición del padre de familia.

Este resultado interpretativo resultaría sencillo si en el artículo 541 o en otro lugar del Código se especificase qué signos son apariencia de servidumbre de luces y vistas y qué otros no lo son: precepto, pues, semejante al 145 de la Compilación; entonces, si el Código consideraba como signos aparentes alguno de los excluidos por el artículo 145 de la Compilación, la salvedad significaría que los signos admitidos por el Código y excluidos por la Compilación lo serían también dentro de ésta a los solos efectos de la constitución de la servidumbre de luces y vistas por disposición del padre de familia. Empero, ni el artículo 541 ni ninguno otro del Código hacen una discriminación equivalente a la del 145 de la Compilación; en estas condiciones hay que atenerse al concepto abstracto de apariencia contenido en el artículo 532, § 4.º, y a lo deducible de los artículos 580-585. Ahora bien, el concepto abstracto del artículo 532 queda contradicho por la exclusión expresa del 145 de la Compilación con carácter general, y con carácter específico para la disposición del padre de familia quedan también excluidos los huecos permitidos por el 144; algo semejante sucede con la regulación de los artículos 580-585, de los que resultan para el Código como signos aparentes algunos—huecos en pared medianera, por ejemplo—que no lo son en Derecho aragonés al permitirlos el artículo 144 de la Compilación; únicamente quedan las limitaciones de los artículos 581 y 582 del Código civil en cuanto coincidentes con el 145 de la Compilación, es decir, en cuanto ausencia de defensas o existencia de voladizos en suelo propio no distanciado. También, pues, por este camino se llega a la misma interpretación: la falta de defensas y la existencia de voladizos no distanciados no son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas salvo que, establecidos tales signos por el propietario de dos fincas, enajenara una sin establecer nada en contrario en el título de enajenación y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura (art. 541 del Código civil). Pero entonces hubiera resultado más sencillo y más claro que el artículo 145, después de negarles consideración de signos aparentes, hubiese añadido «salvo a los efectos del artículo 541 del Código civil».

Si se da el supuesto de hecho del artículo 541 del Código civil, la carencia de defensas o existencia de voladizo no distanciado no sólo consolida el uso anormal *iure dominii*, como en el caso de simple pasividad del vecino (*supra*, núm. 3), sino que se constituye una verdadera servidumbre de luces y vistas. La diferencia es notoria: en el primer caso, el dueño o condueño de la pared que haya consolidado el ejercicio anormal de su derecho de vecindad no puede ser compelido por el vecino para que coloque defensas o desmonte el voladizo, pero siempre puede el dueño del fundo vecino clausurar u oscurecer los huecos edificando en su terreno; en cambio, en el segundo caso, en el supuesto del artículo 541 del Código civil, el dueño del suelo no podrá edificar sino respetando las distancias prescritas por el artículo 585 del Código civil.

Por lo demás, la Compilación—a diferencia del proyecto de Apéndice de 1899—no recoge la servidumbre legal de luces y vistas que se deducía de la observancia 6.^a *de aqua pluvisali arcenda*, cuando, al final, excepcionaba de la facultad obstruyente el supuesto de que la casa quedara, mediante el ejercicio de tal facultad, privada de luz, en cuyo caso el dueño del fundo vecino estaba obligado a darle o dejarle, por la ventana abierta o por otra, a juicio del juez, según uso del Reino y buena equidad, luz suficiente para evitar que, quedando completamente a oscuras, resultase inútil para su dueño. La razón de la omisión es clara y ya lo advertía el Seminario en su informe: lo inverosímil que resulta el que hoy se dé semejante supuesto; ni siquiera hay noticia de que el caso se plantease ante los Tribunales (38).

Recapitulando lo expuesto en este número y en el anterior podría sintetizarse en el siguiente cuadro la regulación del

DERECHO DE LUCES Y VISTAS

— *Relación de vecindad.*

— *Normal* (legal).

— El dueño o condueño de la pared puede abrir huecos sin sujeción a dimensiones determinadas (art. 144-1);

(38) *Informes*, cit., págs. 16 y 17.

dentro de las distancias del artículo 582 del Código civil, sin voladizos y con defensas (art. 144-2).

- El dueño del fundo vecino puede obstruirlos edificando o construyendo sin sujeción a distancia alguna (artículo 144-3).

— *Anormal* (prescripción).

- El dueño o condueño de la pared puede abrir huecos sin sujeción a dimensiones determinadas, sin voladizos sobre fundo ajeno, pero sí sobre el suelo propio, y sin defensas, dentro de las distancias del artículo 582 del Código civil (art. 145).
- El dueño del fundo vecino no puede compelerle a la demolición del voladizo o a la colocación de defensas; pero puede obstruirlos edificando o construyendo sin sujeción a distancia alguna (art. 144-3).

— *Servidumbre*.

— *Aparente*.

- El dueño o condueño de la pared puede tener huecos en ella con balcones o voladizos que caigan sobre el fundo ajeno (art. 145).
- El dueño del fundo vecino tiene que permitir su inmisión y no puede edificar sino a distancia legal (artículo 585 del Código civil).

— *No aparente*.

- El dueño o condueño de la pared puede tener en ella huecos para luces y vistas.
- El dueño del fundo vecino no puede obstruirlos edificando a menor distancia de las señaladas en el artículo 585 del Código civil.

5. La corrección sistemática ocasionada por el Derecho de luces y vistas, al separar el régimen dominical del de servidumbres, ofrecía una excelente coyuntura para revivir un viejo precepto foral

que la costumbre había mantenido vigente en muchas comarcas aragonesas (39) y que regulaba una auténtica relación de vecindad (40), por cierto, con criterio mucho más comunitario y positivo que el del Código civil: me refiero a la inmisión de ramas y raíces.

Ya el Fuero de Jaca afirmaba ser *for común et antic* que cuando las ramas de un árbol frutal se extendiesen sobre la heredad vecina, el señor de ésta debía tener, por fuero, la mitad de los frutos de aquellas ramas (núm. 38, *De arbore vecinal*). La norma pasó a la Compilación de Huesca en el fuero único *de confinálibus arbóribus*, el cual afirmaba también ser *foris communis, antiquus, et aprobatus*, si bien éste concedía al dueño del fundo vecino, alternativamente, *recipere medietatem fructum illorum ramorum, vel scindere illos* (41). También los Estatutos de montes y huertas de Zaragoza recogieron esta norma en su capítulo 22, precisando que el derecho a cortar las ramas sólo tendría lugar si el dueño del árbol no permitía recoger la mitad de frutos correspondiente al dueño del fundo invadido (42). Aparecía asimismo, aunque limitando el derecho a la cuarta parte de los frutos que cayeran naturalmente, en el § 296 del Fuero de Teruel.

Para EDO QUINTANA se trata de una costumbre de origen germánico acaso enlazada con primitivos usos españoles, como en otras instituciones ocurrió (43). Lo cierto es que concuerda con algunos Derechos germánicos históricos que atribuían al dueño de la finca

(39) Así lo atestigua, para la comarca de Borja, EDO QUINTANA, *El derecho a participar en los frutos del árbol ajeno que invade finca propia*, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1951-1952, pág. 122; tenemos también el testimonio personal, que agradecemos, de José Miguel BUÑUEL, respecto a Aranda de Moncayo, y la constancia personal de supervivencia en el Bajo Aragón.

(40) Para EDO QUINTANA no se trata de accesión ni de servidumbre; nos encontramos—dice—ante un caso de las llamadas relaciones de vecindad (op. y loc. cit.). Los autores del *Informe* del Seminario se inclinaban a considerarlo como un caso de comunidad especial y propia de nuestro Derecho (pág. 6), pero incluían el precepto en el capítulo de las relaciones de vecindad. Seguramente ambas conceptualizaciones son compatibles: se trata de una ordenación de la vecindad que origina una comunidad especial.

(41) También en las distintas versiones de la Compilación de Huesca: Ms. 458 de la Biblioteca Nacional, núm. 178 (TILANDER, *Los Fueros de Aragón*, Lund, 1937); Ms. 207 de la Biblioteca Provincial Universitaria de Zaragoza, párrafo 175 (LACRUZ, *Fueros de Aragón hasta 1265*, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1945).

(42) *Estatutos y Ordenaciones... tocantes y pertenecientes a los montes y huertas de la ciudad de Zaragoza*, Zaragoza, 1672, fol. 9.

(43) Op. cit., págs. 121 y 122.

el derecho de coger para sí los frutos del árbol ajeno que extendiese las ramas sobre su propiedad y el de sacudirlas para que cayera el fruto en su finca; el antiguo Derecho francés conoció también esta participación en los frutos de las ramas inmiscuidas.

En el Derecho navarro, el Fuero General (6,2) atribuye al dueño del campo sobre el que hicieren sombra las ramas del árbol ajeno el derecho de sacudirlas con una pértiga y hacer suyos todos los frutos que cayeran en su tierra, pudiendo también, en determinadas condiciones, cortar las ramas o hacer fuego bajo ellas si se le negaban los frutos.

Este tipo de soluciones comunitarias chocaba con la corriente romanista. Así, en Castilla—donde el Fuero Viejo (5, 4, 12) facultaba al dueño de la heredad para cortar las ramas, también en cierta manera y medida, o hacer suya la mitad de la fruta que cayere en su finca sacudiendo las ramas, y donde la costumbre aflora también en el Fuero Real (3, 4, 15) para admitir la percepción por el dueño del suelo si el del árbol no los recogía el día que cayeren—las Partidas no reconocieron más derecho que el de obligar a que sean cortadas las ramas y raíces o el de cortarlas por sí, y autorizaron al dueño del árbol y, por consiguiente, de los frutos a entrar en la heredad ajena para recogerlos durante tres días (3, 28, 18 y 7, 16, 28). En Cataluña las Constituciones de Santacilia (32), también por herencia romana, admiten sólo el derecho a cortar las ramas y raíces (44).

Esta corriente influyó más en los redactores del Código que los mismos precedentes castellanos e incluso que el *Code* francés, cuyo artículo 673, recogiendo los precedentes citados, además del derecho a cortar las raíces y a obligar a que se corten las ramas, concede a aquel sobre cuya propiedad avancen las ramas del árbol vecino derecho a hacer suyos los frutos que caigan naturalmente en su propiedad (45). Sin embargo, como digo, el Código español no incluyó derecho alguno a participar en los frutos de las ramas inmiscuidas, por lo que, conforme al artículo 354, pertenecen todos al propietario del árbol, y el artículo 592 concede derecho a cortar las raíces y hacer cortar las ramas.

(44) EDO QUINTANA, op. cit., pág. 121.

(45) El párrafo 911 del Código alemán concede derecho sobre los frutos que caigan en el suelo, pero no sobre los pendientes de las ramas que invadan el espacio aéreo.

En Aragón el viejo sistema foral de participación no planteó problemas, por lo que la doctrina—como constata también EDO QUINTANA (46)—le dedicó poca atención. Los proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 no mencionan el fuero, si bien el sistema quedaría subsistente como costumbre local a través de sus artículos 1.º y 4.º, respectivamente. ISÁBAL lo menciona como vigente (47). El Apéndice de 1925 tampoco lo recogió en su articulado; sin embargo, de hecho, está constatada, según he dicho, su ininterrumpida observancia consuetudinaria en muchas comarcas aragonesas.

Por ello, y porque la solución del Código resulta en exceso individualista y totalmente antieconómica—con el corte de ramas y raíces nadie se beneficia—, merece crítica favorable la inclusión, en el título primero del libro III de la Compilación, de la siguiente norma:

Inmisión de raíces y ramas.

Artículo 143. 1. Si algún árbol frutal extiende sus ramas sobre la finca vecina, el propietario de ésta tiene derecho a la mitad de los frutos que tales ramas produzcan, salvo costumbre en contrario.

2. Ello se entiende sin perjuicio de poder usar, mediante justa causa, de las facultades que a dicho propietario concede el artículo 592 del Código civil.

La salvedad de la costumbre en contrario no figuraba en la propuesta del Seminario ni en el texto provisional del Anteproyecto de la Comisión compiladora (cfr. art. 35) y acaso pueda ocasionar alguna dificultad de interpretación. Fue el Anteproyecto definitivo, tras la información pública, el que añadió al comienzo del precepto (art. 31) «salvo pacto o costumbre en contrario»; en el Proyecto presentado a las Cortes, tras la revisión de aquél por la Comisión general de codificación, se suprimió la salvedad del pacto, manteniendo la de la costumbre, y así quedó en el artículo 143 de la Compilación. Podría entenderse que en este punto se admite la costumbre *contra legem* nacida después de su vigencia,

(46) Op. cit., pág. 123.

(47) Op. cit., pág. 208.

pero no creo sea ésta la intención del legislador, sino el señalamiento del ámbito de vigencia de la norma, ahora legal; en efecto, como desde 1926 la vigencia de este sistema era puramente consuetudinaria, al formularlo como sistema legal la Compilación pudo imponerlo con carácter general (si bien, siempre en defecto del pacto contrario por virtud del artículo 3.º de la misma Compilación); pudo también confirmar legalmente su vigencia donde la costumbre lo hubiera mantenido hasta su promulgación, y pudo también—es lo que hizo—ratificar y elevar a norma legal la costumbre donde existiera, sustituir el artículo 592 del Código civil donde se aplicara éste como Derecho supletorio del aragonés y respetar cualquier costumbre distinta donde se observara. Empero cabe preguntar: ¿qué costumbre puede ser ésta, después del artículo 13 del Código...? Parece que solamente cabe la hipótesis de una costumbre distinta del sistema del fuero, no coincidente tampoco con el del Código y respetada por su artículo 13; por ejemplo, una costumbre que hubiera mantenido el sistema del Fuero de Teruel; no conozco la vigencia de ninguna. Cabría también que en alguna comarca se aplicase el sistema del artículo 592 del Código civil por vía consuetudinaria y que en ella debiera prevalecer no por subsistencia del 592, sino de la costumbre coincidente; pero tal hipótesis me parece puramente especulativa: en el plano doctrinal sería discutible la vigencia de una norma consuetudinaria cuyo contenido coincidiera con una norma legal de vigencia superpuesta, y en el plano práctico sería sumamente difícil probarlo.

La entrada en juego—mediando justa causa o si el dueño del árbol niega su participación al vecino—del sistema de corte autorizado por el artículo 592 del Código civil fue prevista ya por el Seminario: «Este artículo recoge—decía en su informe—la tradición de nuestro Derecho, pero ajustada a la técnica y necesidades actuales...; se introduce un elemento nuevo de apreciación por los Tribunales y es la justa causa para poder ejercitar la facultad de cortar las ramas que penetren, aun cumpliendo el dueño del árbol la obligación a que le constriñe el artículo. No prevista tal hipótesis, podrían darse situaciones contrarias a la equidad e incluso a la *ratio* económica del precepto: piénsese el caso de la imposibilidad de cortar para edificar, a cambio de unos kilogramos

de fruta...» (48). En consecuencia, la segunda parte del artículo propuesto decía: «... pero en tanto el dueño del árbol le entregue su participación, sólo puede hacer uso de las facultades que le confiere el artículo 592 del Código civil mediante justa causa». La Comisión compiladora hizo suyo este texto y conforme a él formuló el artículo 35 del Anteproyecto provisional; pero, tras la información pública del Anteproyecto, formuló así el artículo 31 del definitivo: «Salvo pacto o costumbre en contrario, si algún árbol frutal extiende sus ramas sobre la finca vecina, el propietario de ésta tiene derecho a la mitad de los frutos que tales ramas producen.» «Si el dueño del árbol no le entrega su participación, el propietario de la finca vecina podrá optar por reclamar aquélla o usar de las facultades que le confiere el artículo 592 del Código civil respecto a la corta de ramas y raíces.» «Podrá también usar de estas facultades mediando justa causa, aun cuando el dueño del árbol le entregue su participación.» En realidad, a la misma solución se llegaba interpretando *a contrario sensu* el texto anterior, pues si para cortar se necesitaba justa causa en tanto el dueño del árbol le diese su participación, parece que no se necesitaría otra causa cuando se la negase; por otra parte, tratándose de una obligación legal, la solución sería optativa entre compeler a cumplirla o usar de la facultad subsidiariamente concedida. En el Proyecto, y lo mismo en el texto legal del transcrito artículo 143, se unifica la excepción, referida a la justa causa; parece indudable que lo será la negativa del dueño del árbol y que, por tanto, subsistirá en este caso la opción entre la reclamación de los frutos o el corte.

La casuística de las razones y circunstancias constitutivas de justa causa es tarea doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial.

Regirá también el artículo 592 en cuanto a los árboles no frutales.

6. Así como en el título primero se regula, junto al régimen normal de luces y vistas, como relación de vecindad, la inmisión de raíces y ramas, en el título segundo, junto a la servidumbre

(48) *Informe*, cit., pág. 6.

de luces y vistas se regula, también como servidumbre (49), la «alera foral» y los «adempros» (50). El texto legal es como sigue:

Alera foral y «adempros».

Artículo 146. La «alera foral» y las mancomunidades de pastos, leñas y demás «adempros», cuando su existencia esté fundada en título escrito o en la posesión inmemorial, se registrarán por los estatuido en aquél o lo que resulte de ésta.

La servidumbre de alera—que, uniforme en su esencia, comprende un sinnúmero de derechos de pastos de diversas modalidades—fue legal con anterioridad al Apéndice, al estar regulada—acaso con minuciosidad excesiva—en los fueros, observancias y aun concordias de los lugares afectados; el Apéndice, atendido el remoto origen de muchas de ellas, tuvo la habilidad no sólo de hacerla voluntaria, sino de seguir admitiendo al mismo tiempo, como era tradicional en Aragón, la prescripción inmemorial. Pero el artículo 16 reconocía en el título escrito o en la vigente costumbre su existencia; en realidad, este tratamiento legal no resultaba del todo correcto; la costumbre no es por sí—decía el

(49) El profesor FAIRÉN GUILLÉN, después de intentar considerarla como comunidad de pastos, llega a la conclusión de la imposibilidad y—atendiendo a su causa perpetua, inalienabilidad, gravamen sobre cosa ajena, indivisibilidad, vecindad de predios y utilidad del gravamen—estima que se trata de una servidumbre predial, discontinua, aparente o no, según los casos particulares y sus respectivos títulos, positiva, con aspectos de Derecho público, pero también de Derecho privado (*La alera foral*, Zaragoza, 1951, págs. 207 y sigs.). También PÉREZ MARTÍNEZ, en el *Informe del Seminario* (pág. 57).

FAIRÉN ha estudiado el tema con particular intensidad (cfr., además, *El régimen de pastos de alera foral en la actualidad*, en el «Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol», Zaragoza, 1953, págs. 303-319; *Consideraciones jurídicas sobre los boales en Aragón*, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 399-432; *La llamada alera foral entre los valles de Canfranc y Aisa*, en «Argensola», núm. 14, Huesca; *Faceries internacionales pirenaicas*, Madrid, 1956), y redactó un informe y un boceto de articulado para los trabajos del Seminario.

Cfr. también ABADÍA ESCOLÁ, *La alera foral y los pastos de faceria*, en el «Anuario de Derecho Aragonés», 1951-1952, págs. 85-88.

(50) BORAO define «ademprío» (y, por remisión, «ademprívio») como «egido o término común de pastos» (*Diccionario de voces aragonesas*, Zaragoza, 1908, 2.ª ed., pág. 151). La Real Academia Española define «ademprío» (y, por remisión, «ademprívio») como «terreno de pastos común a dos o más pueblos» (*Diccionario de la Lengua Española*, 18.ª ed., Madrid, 1956, pág. 25).

informe del Seminario—fuente creadora de derechos subjetivos, sino medio y forma de ejercicio de los mismos; en esta materia, título y costumbre no son términos creadores de derechos ambos e incompatibles entre sí; la alera no puede nacer al amparo de una costumbre más o menos prolongada, que tampoco puede ser considerada como título presunto que produce los efectos de la prescripción adquisitiva; en realidad, la costumbre indica simplemente una forma de realización, predicable tanto de un derecho nacido de posesión inmemorial cuanto de otro nacido de título escrito (51). Es muy frecuente el fenómeno—dice FAIRÉN—de que siendo el título originario de la alera foral un antiguo pacto, una concordia, una «pazeria», una sentencia arbitral, este título como tal se haya perdido, quedando solamente recuerdo, memoria de él; así, el pacto se transmite verbalmente de generación en generación y las actuales luchan a veces con la falta de concreción en su regulación, sin hallar un texto al que remitirse; es entonces cuando se rigen por la costumbre (52).

En este aspecto la formulación del artículo 146 de la Compilación parece más técnica que la del 16 del Apéndice. Todavía la propuesta del Seminario matizaba más, pues refería el título escrito y la posesión inmemorial a la *existencia* de la alera; pero en cuanto a su *régimen*, a ellos—título escrito y posesión inmemorial—añadía la costumbre y el propio Cuerpo foral; la Comisión compiladora, tanto en el Anteproyecto provisional (art. 38) cuanto en el definitivo (art. 34), refería también el título y la posesión al *fundamento de su existencia* y a las *fuentes de su regulación*, pero añadía: «integrándose e interpretándose con los usos consuetudinarios y el principio de reciprocidad» (principio muy discutible en cuanto a la alera: lo que ocurre es que ya la Comisión había incluido en el mismo precepto las mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios»). Fue la Comisión de Códigos quien suprimió esta invocación a la costumbre en el artículo 146 del Proyecto, a mi juicio con buen criterio, pues no creo que pretendiera negar a la costumbre, además de valor de título—que no puede tenerlo—, el de regla de interpretación, incluso integradora, sino que entendió que este valor le venía dado por el artículo 1.º de la propia

(51) *Informe*, cit., pág. 58.

(52) Cfr. el *Informe*, cit., pág. 53.

Compilación. En cuanto a la supresión, como regla interpretativa, de la reciprocidad, ya he dicho que, referida a la alera foral—servidumbre—, resulta muy discutible, y referida a las mancomunidades, su valor interpretativo (al menos de las nacidas de pacto) le puede venir dado por el artículo 1.289 del Código civil.

En la propuesta del Seminario se añadía a este precepto un segundo párrafo que decía: «Subsidiariamente regirán los preceptos del Código civil relativos a las servidumbres y las leyes administrativas pertinentes, sin perjuicio del derecho de los interesados a recurrir por la vía que corresponda contra disposiciones administrativas de rango inferior al de esta Ley, acuerdos, concordias y otros actos que lesionen una servidumbre de alera, sea modificándola o extinguiéndola.» En el informe se reconocía la innecesariedad teórica de esta norma, pero se insistía en su oportunidad práctica, basada en la experiencia, como medida tuitiva de los particulares (53). La Comisión compiladora, pese a haber introducido las mancomunidades, limitó esta remisión a los preceptos del Código civil relativos a las servidumbres (§ 2.º del artículo 38 del Anteproyecto provisional y 34 del definitivo). Y en el Proyecto, como después en el texto legal, el artículo 146 queda despojado de este segundo párrafo.

Una última observación crítica en esta materia: tratándose del título relativo a las servidumbres no parece del todo correcto haber incluido las mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios», que, evidentemente, no son servidumbres. Con todo, tal como ha quedado el contenido del artículo 146, la observación carece de importancia práctica.

7. El resto del título II regula la usucapión de servidumbres.

No procede aquí un planteamiento pormenorizado de la cuestión en general ni la crítica del Código civil en esta materia. por otra parte, ya expuesta en otro lugar (54), y voy a limitarme a la cuestión específica dentro de la nueva Compilación aragonesa.

La regulación de la usucapión de servidumbres era de las más dificultosas; buena prueba de ello dan los prolongados estudios y las enconadas discusiones de que fue objeto en el seno del Semi-

(53) Págs. 54-57.

(54) LACRUZ, *Usucapión...*, cit.

nario. Respondía esta dificultad a que confluían en este punto un ordenamiento histórico relativamente prolijo y de no fácil comprensión—baste citar como botón de muestra la equívoca conclusión a que buen número de autores llegaban nada menos que sobre la cuestión de si se precisaba o no título al interpretar la observancia 7.^a, de *praescriptionibus*, a la luz de la primera y del fuero, también primero, del mismo título—, con una regulación defectuosa y equívoca en el Código civil (arts. 537 y 539), que, a su vez, había influido notablemente en la redacción y, sobre todo, en la interpretación del artículo 14 del Apéndice.

La solución a tan compleja problemática adoptada por la Compilación se basa en las siguientes apreciaciones:

1.^a La distinción entre servidumbres continuas y discontinuas es irrelevante a los efectos de la prescripción adquisitiva (no así a los de la extintiva), por ser perfectamente posible la posesión «continua»—pública, pacífica, inequívoca, con *ánimus utendi iure servitutis*—de una servidumbre discontinua: lo discontinuo es el ejercicio, no la posesión (55). Las legislaciones más progresivas—concretamente el Código italiano de 1942—y los autores modernos lo consideran requisito inútil y perturbador, y el Derecho aragonés no lo había exigido para la usucapión.

2.^a Una cosa es la apariencia y otra la posedibilidad de la servidumbre; no se trata de conceptos necesariamente coincidentes y, ello supuesto, el requisito de la usucapión es la susceptibilidad de posesión, no la apariencia. Sin embargo, esta consideración convenía referirla sólo a la usucapión ordinaria—con buena fe y título—para evitar que los actos meramente tolerados dieran nacimiento a servidumbres viciosas.

3.^a La usucapión extraordinaria del artículo 537 del Código

(55) El error arranca, seguramente, de BARTOLO; al negar que pueda ser continua la posesión de aquellas servidumbres cuya utilización requiere el hecho del hombre, se confunde la continuidad de la posesión con la continuidad del ejercicio de la servidumbre.

Por continuidad no debe entenderse un ejercicio ininterrumpido (como lo demuestra bien claro el artículo 561 del Código civil). La característica de las servidumbres discontinuas y su diferencia esencial de las continuas es la necesidad del hecho actual del hombre cada vez que quiera usarse de ellas. Tenemos, pues, como notas diferenciales, la obra de la naturaleza para el uso de las servidumbres continuas y el hecho del hombre para el de las discontinuas (cfr. LACRUZ, *Usucapión...*, cit., págs. 37-43).

civil (veinte años) y del artículo 14 del Apéndice (56) (diez años entre presentes y veinte entre ausentes) es compatible con la usucapación ordinaria—con buena fe y título—del artículo 1.957 del Código civil, y en este sentido debe interpretarse el 539 del mismo Código (57).

Dejo para después la cuestión de las servidumbres negativas.

Sobre esta base, he aquí—salvada la errata material del Proyecto y del texto legal—la regulación vigente:

Usucapación de las servidumbres aparentes.

Artículo 147. Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapación de diez años entre presentes y veinte entre ausentes (58), sin necesidad de justo título ni buena fe.

Usucapación de las no aparentes.

Artículo 148. Las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapación de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena

(56) En el *Informe* del Seminario se decía que al párrafo primero del artículo 14 le sobraban palabras, que nada añadían, y le faltaban otras; lo primero porque, si se empieza por afirmar que «todas las servidumbres continuas y aparentes...» resulta innecesario añadir el inciso «cualquiera que sea el derecho en que consistan o la obligación correlativa que impongan»; y lo segundo, por cuanto, admitida—de acuerdo, a la vez, con nuestro Derecho histórico y la mejor parte de la doctrina moderna—la usucapación ordinaria de las servidumbres no estaría de más añadir, con respecto a la extraordinaria, que es la que regula este artículo, que, junto a la posesión idónea *ad usucapionem*, no es necesaria ninguna otra condición: ni título ni buena fe (páginas 34 y 35).

Por lo demás, como el artículo 14 del Apéndice refería la usucapación extraordinaria a las servidumbres continuas y aparentes, la generalidad de los autores deducía que las demás (las discontinuas y las no aparentes) sólo podían adquirirse mediante título, tal como en una primera interpretación se deduce del artículo 539 del Código civil. No era, sin embargo, conclusión necesaria y, en cualquier caso, la supuesta imposibilidad de adquirir por usucapación las servidumbres discontinuas y las no aparentes, ha desaparecido en la Compilación.

(57) Sobre la interpretación del artículo 539 del Código civil, LACRUZ, *Usucapación...*, cit., págs. 60-89.

(58) Como se ve, el nuevo texto no reproduce el segundo párrafo del artículo 14 del Apéndice, relativo al cómputo; simple aclaración innecesaria, aplicable sólo a las positivas, y que nada tiene de foral.

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

Por consiguiente, la tabla de la usucapión de servidumbres queda en la siguiente forma:

— USUCAPIÓN ORDINARIA.

Resultante del título, la buena fe y la posesión *ad usucapionem* de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Aplicable a todas las servidumbres susceptibles de posesión, sean continuas o discontinuas:

A las no aparente, por disposición expresa del artículo 148.

A las aparentes, por cuanto si son susceptibles de usucapión extraordinaria (sin título ni buena fe) en los mismos términos, por disposición del 147, con mayor razón lo serán con título y buena fe; por cuanto si el artículo 148 la admite para las no aparentes, con mayor razón debe ser admitida para las aparentes; en último caso, por aplicación del artículo 1.957 del Código civil.

— USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA.

Sin otro requisito que la posesión *ad usucapionem* (por consiguiente, la posesibilidad); sin necesidad, pues, de título ni de buena fe. Diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Aplicable sólo a las servidumbres aparentes, pero—insisto—sean continuas o discontinuas.

— POSESIÓN INMEMORIAL.

Más que una forma de usucapión es una presunción de título; por eso la Compilación ha reproducido el texto—de clarísima y excelente redacción—del último párrafo del artículo 14 del Apéndice.

Sin otro requisito, la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida produce, en todo caso, los efectos de la prescripción adquisitiva.

Queda sin resolver expresamente en la Compilación el problema de la usucapibilidad de las servidumbres negativas.

El Apéndice, en cambio, en el párrafo tercero del artículo 14

refería el comienzo de la usucapión de la servidumbre de luces y vistas al acto obstativo, referencia poco conciliable con el párrafo primero en su interpretación dominante—inusucapibilidad de las servidumbres no aparentes (59)—, puesto que el tercero se refería claramente (especificando que los huecos habían de ser sin balcones ni otros voladizos) a la servidumbre *negativa* de luces y vistas (60).

Este tercer párrafo tenía la ventaja de subrayar que en Derecho aragonés la servidumbre de luces y vistas era normalmente (sin voladizos sobre el suelo ajeno) negativa; por eso en una primera propuesta de articulado el Seminario lo reprodujo, eliminando los vocablos ociosos; pero con posterioridad eludió el problema, manteniendo sólo la fórmula de prescripción de las no aparentes, puesto que en la nueva regulación (que permite los huecos *iure domini* y priva a los voladizos en suelo propio y a la ausencia de defensas del carácter de signos aparentes) todas las negativas lo son, y dejó así al intérprete que decidiera si son o no susceptibles de posesión. Y en estos términos queda planteada la cuestión en el texto legal.

Al prescindir la Compilación de la doctrina del acto obstativo y centrar toda la aptitud para la usucapión en la posedibilidad, la cuestión tendría que resolverse rechazando que las servidumbres negativas sean usucapibles, pues propiamente no son susceptibles de posesión: la inscripción del título puede producir efectos de publicidad frente a terceros, pero no es un sucedáneo de la posesión y tampoco puede considerarse como equivalente de ésta el acto obstativo; la prohibición formal no puede bastar, de suyo, para paralizar una regla tan fundamental en el libre ejercicio de los derechos como es aquella por la cual *in facultativis non datur praescriptio*: frente a la oposición, el propietario del fundo a quien se dirige debe tener derecho a encogerse de hombros y continuar, si

(59) Cfr. *supra*, nota 56.

(60) Pudo ser ello consecuencia del criterio jurisprudencial que rechazaba la facultad *iure proprietatis* de abrir huecos en pared propia contigua a suelo ajeno, en relación con el criterio del Tribunal Supremo, ya expuesto, en cuanto al *tertium genus*, de apariencia equivoca o ambigua, constituida por huecos que, no constituyendo ejercicio normal del dominio, podían ser obstruidos edificando. Al menos podría explicarse, en base a estos criterios jurisprudenciales, la concordancia entre los párrafos primero y tercero del artículo 14 del Apéndice.

lo estima más útil, no ejercitando una facultad comprendida en su dominio—la de edificar, por ejemplo—seguro de no perderla por ello (61).

Mas también cabría argumentar de este otro modo: no resuelta la cuestión de las servidumbres negativas en la Compilación, será aplicable—a través de su artículo 1.º-2—el artículo 538 del Código civil, que si en el mismo Código parece inconciliable con el 537, no lo es en Derecho aragonés, en el cual hay que referirlo al artículo 148 de la Compilación, que hace inaplicable el 537 del Código. Puesto que las servidumbres negativas son siempre no aparentes, y puesto que la usucapión de las no aparentes está admitida en la Compilación, cabría entender que el artículo 538 del Código civil tendría en Aragón el siguiente sentido: «Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refieren los artículos 147 y 148 de la Compilación, el tiempo de la posesión se contará... en las negativas desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que le sería lícito sin la servidumbre.»

También dentro de esta hipótesis interpretativa surgiría un obstáculo para admitir la usucapión de las servidumbres negativas: si éstas son siempre no aparentes, sólo serán susceptibles de prescripción ordinaria con buena fe y título, además de posesión (artículo 148); aun prescindiendo de la isusceptibilidad de ser poseídas (admitiendo, pues, que el acto obstativo *suple* a la posesión, originando una institución *sui generis* equivalente a la prescripción), la objeción surge conforme al siguiente planteamiento: si, de una parte, la buena fe supone ignorancia de que el constituyente de la servidumbre no es el verdadero dueño del fundo gravado y la consiguiente creencia de que lo es (art. 1950 del Código civil), y de otra, la notificación formal para que se abstenga de ejecutar el hecho que sería lícito sin la servidumbre debe ser dirigida al verdadero propietario del fundo, parece imposible que concurren a la vez los dos requisitos de la buena fe y la notificación, porque en tanto se tendrá buena fe en cuanto se haga la notificación al propietario aparente, pero no real, y en tanto se hará la notificación al propietario real en cuanto se haya llegado a conocer que el propietario aparente no lo es realmente. Si se trata de

(61) Cfr. LACRUZ. *Usucapión*, cit., págs. 94 y 95.

servidumbre negativa constituida *a dómimo*, la usucapión aparece igualmente imposible, porque o el título es nulo de pleno Derecho, en cuyo caso no es hábil para usucapir, o bien es simplemente anulable, en cuyo caso se trata de prescripción extintiva (62).

No se ve otra escapatoria a este planteamiento que la hipótesis de constitución *a non dómimo* ignorando esta circunstancia el dueño del fundo dominante, si después el constituyente adquiere el dominio o lo transmite con eficacia adquisitiva a un tercero, y a partir de entonces se produce la prohibición formal dirigida a quien es ya propietario real del fundo que va a gravarse: entonces concurre la buena fe del usucapiente con la notificación al verdadero propietario.

De cualquier modo, creo que esta segunda hipótesis interpretativa es rechazable en su origen: el prescindir la Compilación del acto obstativo no supone una laguna legal a suplir con el artículo 538 del Código civil, sino que supone rechazar este sistema como sucedáneo de la posesión; puede ser significativo lo que a este respecto dice la exposición de motivos de la Compilación: «En cuanto a la usucapión de servidumbres, se prescinde de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base de la distinción entre servidumbres aparentes o no aparentes.»

FRANCISCO SANCHO REBULLIDAL

(62) Cfr. LACRUZ, *Usucapión...*, cit., pág. 95.