

Luces y vistas en la Compilación foral catalana

CARLOS MELON INFANTE
Colaborador científico del C. S. I. C.

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Las servidumbres en el Derecho catalán anterior a la Compilación. 2. La reglamentación de las servidumbres en la Compilación: A) Consideración general. B) Luces y vistas. 3. La doble naturaleza de los derechos de luces y vistas.—II. *Relaciones de vecindad en materia de luces y vistas*. 1. Principio general: A) Formulación. B) Fundamento. C. Efectos. D) Exclusión. 2. Terrados o azoteas. 3. Patios, jardines y lugares semejantes.—III. *Servidumbre de luces y vistas*. 1. Especies de servidumbres: A) Derecho anterior a la Compilación. B) Criterio de la Compilación. 2. Adquisición de las servidumbres: A) Consideración general. B) La usucapción y las servidumbres de luces y vistas: a) El principio de la no usucapibilidad. b) Usucapibilidad de la lucerna. c) Plazo de usucapción. 3. Extinción de las servidumbres: A) Consideración general. B) La prescripción extintiva. C) Extinción de la lucerna. 4. Efectos de las servidumbres: A) El derecho de «atans»: su doble restricción. B) Eficacia concreta de la servidumbre.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Las servidumbres en el Derecho catalán anterior a la Compilación.*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación de su Derecho especial (1), y aparte de las normas contenidas en ciertas Leyes de carácter general (2) y de algunas disposiciones del Derecho romano, la materia relativa a las servidumbres y relaciones entre fincas (*servituts de las casas y honors*) estaba reglamentada en Cataluña por normas típica y genuinamente catalanas. Las normas en cuestión se hallaban contenidas, sobre todo, en dos colecciones de costumbres que, dadas en principio para la ciudad de Barcelona, fueron después extendiendo su vigencia a otras regiones del Principado. Las dos colecciones a que nos referimos son el Privilegio conocido con el nombre de «*Recognoverunt Proceres*», debido a las palabras con que comienza, y las famosas «*Ordinaciones de Sanctacilia*», así llamadas por el nombre de su recopilador (3). Los preceptos

(1) Promulgada por Ley de 21 de julio de 1960.

(2) Legislación de aguas, de minas, de montes, etc.

(3) El Privilegio «*Recognoverunt Proceres*» fué otorgado por Don Pedro II en el año 1283. Las «*Ordinaciones*», sancionados por Don Jaime I (no por Don Jaime II, como se creía), se recopilan después, al parecer en el siglo XIV, por un práctico llamado SANCTACILIA. De él to-

de estas dos colecciones eran en gran parte coincidentes, y sobre la base de los mismos, puesto que llegaron a obtener vigencia general o casi general en el territorio catalán, han expuesto siempre los autores la materia referente a las relaciones y servidumbres entre las fincas, tal como se configura y estructura en el Derecho foral de Cataluña (4). Como adición de carácter secundario algunos tratadistas indicaban ciertas particularidades contenidas en determinadas fuentes de naturaleza local (5).

man su denominación vulgar, que ha desplazado casi por completo a la originaria: «Consuetuts de la Ciutat de Barcelona sobre servituts de las casas e honors».

(4) Cifnendo las referencias a los derechos de luces y vistas, que son los que constituyen el objeto del presente estudio, las disposiciones a tener en cuenta son fundamentalmente las siguientes: En el «*Recognoverunt*», los capítulos 45, 46, 58, 60, 63. En las «*Ordinaciones*», las ordenanzas 1, 2, 11, 12, 14, 15, 20, 22, 39, 41, 44, 46, 50, 51, 58, 61, 62, 63, 64, 65, 66. No se indica ahora el contenido de estos textos, puesto que se hará al concordarlos con las normas de la Compilación.

(5) Ante todo el Código de las Costumbres de Tortosa, las Costumbres de Gerona, las Ordenanzas de la comarca de Valls y algunas disposiciones y prácticas observadas en el Valle de Arán. El Código de las Costumbres de Tortosa contiene numerosas normas sobre vecindad y servidumbres en las Rúbricas 10 y 11 del Libro III. Especialmente se ofrece una minuciosa reglamentación de la medianería, siendo, por el contrario, escasas las reglas sobre las luces y las vistas: en concreto, las contenidas, en la Rúbrica 11 del libro indicado, en las Costumbres 1 (posibilidad de edificar tapando las «aberturas» o «ventanas» del vecino, si éste no goza de servidumbre adquirida por convenio o última voluntad); 2 (imposibilidad de consolidar por usucapión los huecos, por dilatado que sea el tiempo transcurrido); 4 (destrucción de lo edificado en contravención de una servidumbre de no subir más alto; no habiendo servidumbre se puede construir *«tro al cel sens contrast de nuly hom»*); 8 (no extinción de la servidumbre por no uso, dure éste lo que dure; se trata de una norma general); 17 (prohibición de abrir «ventanas» y «aberturas» en paredes que den a la finca vecina y por las que se pudiese ver o mirar dicha finca) y 20 (estando separadas dos fincas por una calle, libertad de construir tan alto como se quiera, *«ves lo cel* incluso, y de abrir cuantas «ventanas», *finestras*, se deseen; no abrir, en cambio, «aberturas», *forats*). De las Costumbres de Gerona citan algunos autores estas dos normas: posibilidad de adquirir por usucapión de treinta años las lucernas o claraboyas (Rúbrica 38, cap. 1); pérdida de la facultad de llegar a adquirir estos huecos si el que los posee los cerrase sin contar con escritura o antes de haber consumado los treinta años (Rúbrica 38, cap. 2). En las Ordenanzas de Valls, en materia de luces y vistas, se disponía que cualquiera podía abrir ventanas o claraboyas (*finestras* o *spitlleras*) en la pared propia o común hacia su vecino que tuviese su casa, patio o corral más bajo, con tal que no se pudiese sacar la cabeza y mirar por los huecos. El vecino, sin embargo, podía hacer obras o edificar más alto, tapando las aberturas, no obstante cualquier tiempo de posesión, ni siquiera la inmemorial. He aquí una norma muy parecida, en su esencia, al artículo 581 C. c. Por último, en el Valle de Arán se observaban estos dos principios: a) No se puede abrir ventana sobre predio vecino; para hacerlo había que dejar una «*androna*» de nueve palmos araneses entre el edificio y el predio vecino. b) Si el predio vecino fuere urbano y en él hubiese ventana, el que quiera edificar ha de alejarse nueve palmos araneses. Ambos principios derivan de costumbre observada en la región ininterrumpidamente.

2. La reglamentación de las servidumbres en la Compilación.

Haremos en primer lugar unas observaciones de carácter general, para referirnos después a lo derechos de luces y vistas.

A) *Consideración general.*—Trata la Compilación catalana de las servidumbres en los artículos 283 a 295, con los cuales se forma, en la sistemática del texto legal, el Título III del Libro III, relativo a los «derechos reales». Como ha afirmado PORCOLES, al presentar a las Cortes la Compilación, «son escasas las disposiciones que... recoge en el Libro III. Prácticamente se limita a referirse a ciertas modalidades del usufructo rústico y a reiterar las ordenaciones hasta ahora vigentes en materia de servidumbres» (6). Matizando aún más la idea expuesta podría afirmarse que, en cuanto a las servidumbres se refiere, la Compilación de Cataluña reitera, y reproduce en versión moderna, las ordenaciones que hasta su entrada en vigor se consideraban vigentes (sobre todo las Ordenaciones de Sanctacília). Esto en cuanto al contenido y origen de las normas recopiladas.

En cuanto a su sistema, no se distingue el nuevo texto por su preocupación sistemática en la reglamentación que de las servidumbres nos ofrece. Se entremezclan los principios generales con las disposiciones específicas y se barajan e interpolan las normas concretas relativas a cada servidumbre en particular. Defecto éste no de fondo y de escasa importancia, y que pudo evitarse adoptando simplemente una distribución distinta de los artículos (7).

De todas formas, comparada con los anteriores intentos de articular y codificar el Derecho catalán, la Compilación, en cuanto a las servidumbres hace referencia, es sin duda mucho más perfecta que la parte articulada de la Memoria de DURÁN y BAS (8), que el Proyecto de Apéndice de 1896 (9) y que el Pro-

(6) Alude después en su discurso el autor citado a la posición de la Compilación en cuanto a la *enfiteusis* y a la *rabassa morta*, materias asimismo incluídas en el Libro III.

(7) Aunque no mucho, estaba en este aspecto algo más cuidado el texto del Proyecto de Compilación presentado en 1955. Cfr. artículos 170 a 185 del mismo.

(8) En el Proyecto del articulado con que DURÁN y BAS termina su «Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña» (escrita de acuerdo con lo dispuesto en el R. D. de 2 de febrero de 1880), sólo un artículo, el 137, se dedica a las servidumbres. En él se establece una disposición específica sobre los terrados, preceptuando que, si son de distinta altura, el dueño del más alto debe cerrarlo para no tener vistas sobre el otro, a no ser que antes mire sobre terreno propio. Si son de igual altura, ambos dueños deben cerrarse con pared medianera para evitar recíprocamente las vistas y el paso de un terrado a otro. En nota a este artículo 137, e insistiendo en el criterio ya mantenido en la parte expositiva de su Memoria, DURÁN y BAS reiteraba la necesidad de conservar las normas catalanas sobre servidumbres y apuntaba la conveniencia de convertir en Derecho común algunas de las disposiciones conteni-

yecto de Apéndice de 1930 (10). Por tanto, contrastada con estos textos, la reglamentación de las servidumbres contenida en la Compilación merece, a nuestro juicio, una crítica favorable por dos razones fundamentales: 1.^a Porque, aún conservando el espíritu del Derecho anterior y adoptando la orientación de éste, ofrece, sin embargo, una versión moderna y actual de sus disposiciones. 2.^a Porque ha simplificado en algunos aspectos la reglamentación antigua, tratando al mismo tiempo de configurar con un sentido más general el minucioso casuismo que dominaba las Ordenaciones; casuismo que, si a veces representaba

das en las Ordenaciones de Sanctacilia y en el Código de las Costumbres de Tortosa.

(9) Redactado por la Academia de Derecho de Barcelona para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, el Proyecto de Apéndice de 1896 sigue una orientación del todo distinta. Prácticamente acepta en bloque la reglamentación de las servidumbres contenida en el Código civil, con la única modificación de ampliar a treinta años el plazo de veinte que en el mismo se establece para la usucapación de las servidumbres continuas y aparentes. El artículo 14 del Proyecto decía así: «Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o por la prescripción de treinta años. Queda en este sentido modificado el artículo 537 del Código civil.» Comentando esta disposición en la Exposición del Proyecto se aclaraba: «Un solo artículo, el 537, ha de quedar, implícita o explícitamente, modificado para Cataluña, extendiéndose a treinta años el plazo para adquirir por prescripción las servidumbres continuas y aparentes a que dicho artículo se refiere. Así se armonizará el artículo con el alcance y desarrollo que la institución de la prescripción... recibe en el Proyecto de Apéndice.» En este Proyecto había otra norma que hemos de recordar aquí, no obstante resultar incomprensible: el inciso final del artículo 152. Después de haber sancionado para el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles la usucapación de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe y sin distinción entre presentes y ausentes, concluía el artículo 152 diciendo: «Sólo se exigirá título para la prescripción a que se refiere el artículo 539 del Código civil.» Esta disposición carecía de sentido, puesto que el artículo 539 del Código no se refiere a ninguna prescripción; se refiere al *título* como modo de adquirir las servidumbres, cosa muy distinta del *título* para usucapir. La confusión resulta inexplicable.

(10) El Proyecto de Apéndice de 1930, redactado de acuerdo con el R. D. de 24 de abril de 1899, no es otra cosa que una adaptación y complementación del articulado de la Memoria de DURÁN y BAS. Lo mismo que ésta, dedica a las servidumbres un solo artículo, el 137. Se limita a decir en él que en materia de servidumbres y relaciones de vecindad se consideren incorporadas al contenido del Apéndice las Ordenaciones de Sanctacilia. Mantiene, pues, en bloque y en su versión primitiva, el articulado de dichas Ordenaciones. Colocado dentro del Título relativo a la prescripción, el artículo 371 sancionaba para los derechos reales sobre inmuebles la usucapación de treinta años, y con respecto al cómputo en materia de servidumbres decía: «Las servidumbres positivas aparentes empiezan a prescribirse desde que se ejercitan o se realizan actos necesarios para su ejercicio; y las no aparentes y las negativas desde que se realizan actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirviente que revelen la intención de tener servidumbre. Las servidumbres discontinuas pueden adquirirse por prescripción inmemorial». Actualmente cfr. artículos 342 y 343 de la Compilación.

una ventaja, con frecuencia daba lugar a problemas de difícil solución y a dudas interpretativas.

B) *Luces y vistas*.—La orientación y criterio que preside las normas que la *Compilación* dedica a los derechos de luces y vistas, como facultad integrada en el dominio o como constitutivos de un derecho real de servidumbre, son los mismos que acabamos de indicar con respecto a las servidumbres en general: conservación del Derecho anterior y reproducción de éste en una versión moderna y actual de sus disposiciones. Para los derechos de luces y vistas vale, pues, lo que acabamos de decir unas líneas más atrás.

En concreto, las normas que la *Compilación* dedica a los derechos de luces y vistas son, enumeradas por el orden de su articulado, las que seguidamente se indican:

a) No usucapibilidad de las servidumbres de luces y vistas, salvo cuando se trate de huecos que tengan el carácter de «lucernas». Artículo 283: «No podrán constituirse por usucapición, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: ... 2.^a La de luces mediante agujeros, rendijas, enrejados o aberturas en cualquier pared, excepto cuando se trate de lucerna, o sea del hueco que mida una anchura constante en el paramento externo de doce centímetros y una altura variable entre la mínima de cuarenta y cinco y la máxima de setenta centímetros. 3.^a La de vistas, sea en pared propia o medianera. 4.^a La de luces y vistas entre terrados contiguos de igual o distinta altura, que no se hallen cerrados, o lo sean mediante reja.»

b) Extinción de la servidumbre de luces mediante lucerna, según cuál haya sido su modo de adquisición. Refiriéndose de manera conjunta a la servidumbre indicada y a la de desagüe dice así el artículo 284: «La servidumbre de luces consistente en la lucerna a que se refiere el número segundo del artículo anterior y la de «degotis» o desagüe adquiridas por usucapición se extinguirán cuando, por voluntad del dueño de predio dominante, se haga desaparecer el signo exterior, ventana, canal o conducción mediante el cual se ejercía.—De haber sido constituidas dichas servidumbres por título, aunque los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de ellas, podrá restablecerse en cualquier tiempo su disfrute, mientras no se hayan extinguido por no uso de treinta años.»

c) Derecho de aproximación o *alans*, pero respetando las servidumbres. Como estas servidumbres serán normalmente las de luces y vistas, es preciso hacer aquí referencia al artículo 290, según el cual «todo propietario podrá construir una pared aproximándola o adosándola de largo o de través a la pared vecina, sea o no medianera, con obligación de respetar las servidumbres existentes».

d) Principio básico en materia de vecindad: consecuencias del mismo. Artículo 293: «Nadie podrá tener vistas ni luces

sobre predio vecino, si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor.—No podrá abrirse ventana o construir voladizo, ni aun en pared propia lindante con la del vecino, sin dejar en su terreno propio una «androna» de la anchura fijada por las ordenanzas o por las costumbres locales, o, en su defecto, de un metro en cuadro cuando menos, contado desde la pared o desde la línea más saliente si hubiese voladizo.—Tampoco se podrá abrir ventana en pared contigua a la del vecino o que forme ángulo con ella, si no es a una distancia mínima de sesenta centímetros, contados desde la línea de unión de ambas paredes.»

e) Efectos de la servidumbre. Las consecuencias que en las relaciones entre predios provoca la posible existencia de la servidumbre de luces o vistas se sancionan por el artículo 295 en estos términos: «Si un predio tiene constituida a su favor servidumbre de luces o de vistas, el dueño del terreno vecino que quiera edificar deberá dejar frente a la misma la «androna» a que se refiere el artículo 293, salvo que otra cosa establezca el título de constitución; pero podrá abrir ventanas que reciban luz por dicha androna.—Si la servidumbre es sólo de luces, podrá incluso edificar dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco que da luces.»

f) Usucapión y prescripción. Aunque no situados en el Título relativo a las servidumbres, sino en el referente a la prescripción (11), han de tenerse también en cuenta los artículos 342 y 343 sobre usucapión, y el artículo 344 sobre prescripción extintiva. En el artículo 342 se consagra, siguiendo una tradición hondamente arraigada en el Derecho catalán, la usucapión de treinta años para el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, con inclusión de las servidumbres. El inciso 1.º del artículo mencionado establece en efecto que «la usucapión del dominio y demás derechos reales sobre cosas inmuebles, incluso las servidumbres no comprendidas en el artículo 283 (12), tendrá lugar por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe». El artículo 343, en su párrafo 1.º, señala el momento en que debe comenzar el cómputo del plazo, diciendo que «las servidumbres positivas aparentes se empezarán a usucapir desde que se ejerciten o se realicen actos necesarios para su ejercicio, y las negativas y las no aparentes desde que se realicen actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirviente, que revelen la intención de tener servidumbre» (13). Por último, en el artículo 344,

(11) Título II del Libro IV.

(12) El artículo 283 enumera las servidumbres que se consideran no susceptibles de ser adquiridas por medio de la usucapión.

(13) Como puede apreciarse, aunque mejorando la terminología, la norma coincide casi textualmente con el artículo 371, IV, del Proyecto de Apéndice de 1930. Cfr. más atrás la nota 10. Al igual que éste, el artículo

relativo a la prescripción extintiva en general, se declara que «las servidumbres prescriben a los treinta años» (14).

Estas son, expuestas en su versión literal, las normas que la *Compilación* dedica a los derechos de luces y vistas. A estudiar las sistemáticamente y a comentar y analizar su contenido dispositivo están dedicadas estas notas.

3. *La doble naturaleza de los derechos de luces y vistas.*

En su consideración genérica, y antes de determinar en cada caso concreto las circunstancias que concurran en su existencia, los derechos de luces y vistas pueden presentarse en la realidad jurídica adoptando una de estas dos configuraciones: *a*) la de meras facultades emanadas del dominio e integradas en el contenido normal de este derecho; *b*) la de derechos reales autónomos que, constituidos a favor de un predio (15), suponen un gravamen sobre otro perteneciente a distinto dueño. En el primer caso estaremos ante una simple manifestación o aspecto concreto del derecho de propiedad, ante una facultad (o ante una prohibición) que la ley vincula de una manera directa a la sola y exclusiva titularidad dominical. No procede en este supuesto hablar para nada de servidumbres, puesto que se está ante una simple relación de vecindad configurada y estructurada por la ley *ex iure proprietatis*. En el segundo caso, en cambio, los derechos de luces y vistas tendrán la naturaleza jurídica de servidumbre, con todas las consecuencias que esta calificación entraña (16).

De acuerdo, pues, con la doble naturaleza jurídica que los derechos de luces y vistas pueden presentar, y de hecho presentan, y aunque se trata de un sistema que, desde el punto de vista formal, no ha sido nunca utilizado por los expositores del *Decreto catalán* (17), vamos a dividir el tratamiento de la materia

343, II, de la *Compilación* sanciona también la «usucapión inmemorial» (sic) para las servidumbres discontinuas.

(14) A diferencia de lo que ocurre con respecto a la usucapión, nada se dice en relación con el cómputo de plazo extintivo. Parece que habrá que estar a lo que dispone, con referencia a la materia, el artículo 546, número 2.º, del C. c., distinguiendo, por tanto, según se trate de servidumbres discontinuas o de servidumbres continuas. Cfr. disposición final 2.ª de la *Compilación*.

(15) En realidad no a favor de un predio, sino a favor de su propietario en su condición de tal. Se trata de un supuesto de derecho subjetivo con titular determinado de forma mediata o indirecta. De uno de esos derechos que, con terminología inadmisiblemente y oscura, se designan a veces como «derechos subjetivamente reales» y cuya denominación exacta, puestos a utilizar terminología de importación, sería la de «derechos subjetivos *ex re*» o «derecho subjetivos *propter rem*». No se trata de derechos reales por el sujeto, sino de derechos subjetivos por la cosa.

(16) Sobre todo y ante todo la posibilidad de extinción por prescripción extintiva.

(17) Lo cual no quiere decir que no partan implícitamente de la distinción que se hace en el texto. Sin embargo, al no establecerla de una

en dos apartados básicos, relativos a las normas de vecindad en cuanto a las luces y las vistas y a las servidumbres de luces y vistas propiamente dichas. Es, creemos, la única forma de poder exponer de manera clara la cuestión. En todo momento, a fin de que resulten mejor apreciados el sentido y el significado de las normas de la Compilación, procuraremos indicar la concordancia con las disposiciones de Derecho anterior y, cuando ello sea posible, con los preceptos del Código civil (18).

Los dos apartados que siguen estarán, pues, dedicados: uno, a las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas; otro, a las servidumbres de luces y vistas. Dentro de cada uno de ellos se harán las concordancias indicadas.

II. RELACIONES DE VECINDAD EN MATERIA DE LUCES Y VISTAS

I. Principio general.

A) *Formulación*.—Adopta el Derecho catalán un criterio extraordinariamente restrictivo en cuanto a la apertura y tenencia de huecos o ventanas, por derecho de propiedad. De no existir servidumbre que a ello autorice, es tradicional en Cataluña la prohibición de abrir huecos para luces o ventanas para vistas no sólo en las paredes comunes o medianeras, sino también en las paredes propias cuando el dueño de ellas no lo sea asimismo del vuelo y del suelo al que de una manera inmediata «den» las aberturas. La prohibición indicada ha plasmado en un principio fundamental, que admite una doble formulación según se trate de las luces o de las vistas: a) No se puede tomar luz del predio vecino si antes o al mismo tiempo no se toma del propio. b) No se puede mirar al predio del vecino si antes o al mismo tiempo no se mira al propio (19).

El principio en cuestión, que no es sino la expresión clara y abreviada de una norma esencialmente catalana y cuyo origen se ha querido ver en el Derecho romano (20), se sancionaba en la

manera expresa, con frecuencia se oscurece el tratamiento de las normas y la apreciación de su verdadero significado.

(18) El estudio de los preceptos del Código civil en materia de luces y vistas constituye en estos momentos el objeto de una ponencia sostenida por el autor en el Seminario de Derecho civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Esperamos publicar el estudio indicado, recogiendo los aspectos fundamentales de la discusión en torno al mismo, en un próximo fascículo de este ANUARIO.

(19) Lo corriente en los autores catalanes era formular el principio prohibitivo diciendo simplemente que nadie puede recibir luz de arriba a través del predio vecino ni mirar al mismo predio a menos que exista una servidumbre que confiera semejante facultad.

(20) Algún autor ha aducido al respecto un texto de PAULO, contenido en el Digesto, VIII, 2, 40: «Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communis nullo iure fenestras immisisse respondit». No habiendo servidumbre de recibir luz no se tiene, pues, derecho alguno.

ordinación 11, en la que se decía que «nadie puede tener vista sobre predio de otro si antes no mira sobre el suyo» (21). Aunque referido sólo de una manera expresa a las vistas, y no a las luces, el pasaje transcrito ha servido para que la doctrina, por regla general, induzca de él un principio de significado más amplio, en el sentido que ya quedó indicado (22).

Confirmando el carácter de norma fundamental de vecindad, en lo que a las luces y a las vistas se refiere, la Compilación reitera el postulado que estudiamos, al decir, en el art. 293, I, que «nadie podrá tener vistas ni luces sobre predio vecino si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor» (23). La consecuencia de esta norma se extrae por sí sola: en pared contigua a finca ajena no cabe, *ex iure proprietatis*, abrir hueco alguno con destino a luces o a vistas. Sólo puede hacerse esto en virtud de un derecho de servidumbre, que, en cuanto tal, supondría una derogación o alteración al régimen normal de la propiedad, constituido por el artículo 293, I, de la Compilación (24).

B) *Fundamento*.—El fundamento del criterio prohibitivo adoptado tradicionalmente por el Derecho catalán, y confirmado hoy por la Compilación, se ha encontrado a veces en el respeto que merece la casa catalana, considerada como «recinto cerrado a modo poco menos que de arca sagrada a las impertinentes miradas de los vecinos». En otras ocasiones se ha aludido a la tradición del Derecho romano (25).

de abrir ventanas en pared común. El texto, como se ve, se refiere sólo a la *pared común* (*pariete communi*) y por ello no nos parece decisivo como antecedente del principio que estudiamos. Distinto sería si el pasaje hablase no de pared común, sino, como hacen las versiones griegas, de *pared ciega*: *pariete coeco* (pared en la que no se pueden practicar aberturas).

(21) Huelga advertir que cuando aludamos a las Ordenaciones nos referimos siempre a las de Sanctacilia. Coincidiendo casi textualmente con la ordenación 11 el capítulo 63 del «Recognoverunt» afirmaba: «Nadie puede tener vista sobre la posesión de otro si no mira antes sobre la suya». Tal vez obedeciendo a la misma orientación el capítulo 60 había sancionado antes la regla de que «nadie debe hacer ventana ni claraboya (*finestra ni lluerna*) en pared propia o común».

(22) Como aplicación concreta de dicho principio (ord. 11) debe considerarse lo dispuesto en la ordenación 66, que obliga al dueño de un terrado más alto que el contiguo a cerrarse para no tener vistas sobre éste, a menos que antes mire en terreno propio. Aludiremos más adelante a esta ordenación 66 al tratar de los terrados. Cfr., además, ordenaciones 16 a 18 referentes a las torres.

(23) A diferencia de la ordenación 11, que sólo se refería a las *vistas*, el artículo 293, I, alude de forma expresa a las *vistas* y a las *luces*. Para que la redacción del texto hubiera sido más exacta y completa debiera haberse dicho: «... si antes no mira sobre el propio o no toma la luz de éste...». Con el artículo 293, I, de la Compilación coincidía literalmente el artículo 184, I, del Proyecto.

(24) Criterio más severo que el adoptado por el artículo 581 y siguientes del Código civil.

(25) Téngase en cuenta lo que se dijo al respecto en la nota 20.

C) *Efectos*.—¿Qué efectos produce el principio que prohíbe tener luces o vistas sobre predio ajeno si antes no se tienen sobre el propio? En el Derecho anterior a la Compilación la cuestión no aparecía resuelta de una forma expresa y específica en los textos, no obstante el minucioso casuismo con que estaban concebidas y redactadas las Ordenaciones (26). La doctrina, sin embargo, haciendo una aplicación a la vez correlativa y analógica de las disposiciones referentes a los efectos de la servidumbre (27), entendió que para abrir huecos en pared propia contigua a predio vecino era preciso dejar entre éste y la pared en que iban a practicarse las aberturas un espacio vacío (en terreno propio naturalmente), que se conocía con el nombre de «androna» (28). En la práctica esta androna era aproximadamente de un metro en cuadro, si bien su medida exacta se consideraba de cuatro palmos de destre (ord. 2), equivalentes a unos 94 centímetros (29).

Arrancando de la práctica generalmente observada, confirmándola y completándola, la Compilación dedica dos normas a desarrollar las consecuencias del principio que acepta y sanciona en el artículo 293, I. Y así, en los párrafos II y III del propio artículo 293, establece lo que sigue: «No podrá abrirse ventana o construir voladizo, ni aun en pared propia lindante con la del vecino, sin dejar en su terreno propio una androna de la anchura fijada por las ordenanzas o por las costumbres locales, o, en su defecto, de un metro en cuadro cuando menos, contado desde la pared o desde la línea más saliente si hubiese voladizo (párrafo II).— Tampoco se podrá abrir ventana en pared contigua a la del vecino, o que forme ángulo con ella, si no es a una distancia mínima de sesenta centímetros, contados desde la línea de unión de ambas paredes (párrafo III)» (30).

La consideración de los párrafos II y III del artículo 293 de la Compilación suscita en el intérprete las apreciaciones siguientes: 1.ª) No se sanciona en estas normas de una forma expresa la distinción que recoge el artículo 582 del Código civil en tre vistas rectas y oblicuas o de costado. 2.ª) Dicha distinción tiene, sin embargo, cabida en los preceptos indicados, aunque és-

(26) Este silencio dió lugar a que, sin el menor fundamento por cierto, se llegase a plantear el problema de si sería o no aplicable a Cataluña el artículo 581 C. c. Con razón prevaleció la tesis negativa. No hay que olvidar que el precepto indicado difícilmente puede armonizarse con el sistema a que en materia de luces responde el Derecho catalán.

(27) Sobre todo lo ordinación 2.ª a la que oportunamente se aludirá.

(28) Etimológicamente este término viene a tener el significado de *ambitus*, espacio, sitio. Se observa, pues, una cierta coincidencia con el vocablo castellano «antro».

(29) El palmo de destre es una vieja unidad de medida que equivale a 23,4 centímetros.

(30) El párrafo II del artículo 293 de la Compilación coincide con el artículo 184, II, del Proyecto. El párrafo III del artículo 293 no reproduce, sin embargo, textualmente el artículo 184, II, del Proyecto. La variante será indicada en seguida. Cfr. nota 31.

tos, sobre todo el párrafo III, estén concebidos con un significado más amplio. 3.^a) Dado el sistema que establece para la computación de la distancia, hablando de «la línea de unión de ambas paredes», parece adecuado entender que el párrafo III del artículo 293 tiene que referirse a las paredes en ángulo (vistas oblicuas propiamente dichas) o a aquéllas que estén una a continuación de la otra de manera inmediata (31). 4.^a) Por exclusión, el párrafo II del mismo precepto ha de referirse a las vistas rectas o que se consideren como tales; se trata de paredes que *no se tocan* (32). 5.^a) Aunque en las normas que se comentan se parte de la hipótesis de que el vecino tenga ya pared construída, los preceptos deberán aplicarse lo mismo aun cuando esto no ocurra: el lindero de la finca se consideraría entonces como pared a efectos de aplicación de los párrafos II y III del artículo 293.

D) *Exclusión*.—El principio recogido en el artículo 293, I, y desarrollado en los párrafos II y III del mismo precepto, no tendrá aplicación cuando los predios estén separados por una «vía pública». Esta excluye la entrada en juego del artículo 293. Se estima, pues, aplicable a Cataluña el artículo 584 del Código, debiendo tenerse aquí por reproducidas las cuestiones que los comentaristas de éste han planteado sobre el exacto significado de la expresión «vía pública» (33).

2. *Terrados o azoteas.*

Tradicionalmente el Derecho catalán se ha esforzado siempre en impedir que los terrados o azoteas de las casas pudieran servir de atalaya para inspeccionar las fincas vecinas, razón por la cual se entendió que el primero que edificase había de cerrar su terrado con pared de suficiente altura, a menos que prefiriese dejar en su terreno la correspondiente «androna».

Partiendo del supuesto de la relación recíproca entre terrados de distintos dueños, haciendo aplicación a los mismos del principio general de que «no se pueden tener vistas sobre el predio vecino a menos que antes se mire sobre el propio» y adaptando di-

(31) Confirma esta interpretación, además de ser más expresivo, el artículo 184, III, del Proyecto de Compilación, en el que se decía: «Nadie podrá abrir ventana en pared contigua a la del vecino o que *forme recta o ángulo con ella*, si no es a una distancia mínima de sesenta centímetros, contados desde la línea de unión de ambas paredes.»

(32) Según esto, el artículo 293, II, viene a ser el equivalente catalán del artículo 582, I, del Código; pero menos riguroso que éste en cuanto a la distancia: en la Compilación, un metro; en el Código, dos. Por otra parte, la norma catalana es más precisa, en cuanto que habla de un metro «en cuadro». Tiene además un valor subsidiario frente a las Ordenanzas o costumbres locales, que no comparte el artículo 582.

(33) Si antes de la Compilación se estimó aplicable a Cataluña el principio del artículo 584, con más razón debe serlo actualmente en virtud de la disposición final 2.^a de dicha Compilación. El principio, por otra parte, no era extraño al Derecho catalán. Cfr. Código de las Costumbres de Tortosa. Libro III, Rúbrica II, costumbre 20 (vid. más atrás nota 5).

cho principio a la especial situación que los terrados originan, el Derecho anterior a la Compilación había establecido respecto a los mismos dos reglas fundamentales, según se tratase de terrados de igual o de diferente altura.

a) Terrados de igual altura. Era obligación de los dueños, con carácter recíproco, cerrarse a expensas comunes y con una pared medianera. La norma se sancionaba de manera muy clara en las ordenaciones 12 y 65 (34). Lo indicado no sería obstáculo para que los dueños de terrados contiguos pactasen al respecto lo que estimaren oportuno, dispensándose incluso de la recíproca obligación de cerramiento (35).

b) Terrados de altura distinta. El dueño del más alto estaba obligado a cerrarlo para no tener vistas sobre el terrado más bajo, a no ser que antes mirase sobre terreno o construcción propia. Se trata, pues, de una clarísima aplicación del principio fundamental en materia de vecindad (36). La norma indicada se establecía en la ordenación 66, haciendo una aplicación concreta de la misma la ordenación 58 (37). Para que el terrado más alto no quedara obligado a cerrarse habría de dejar, como es lógico, la androna en su terreno; sólo así miraría antes sobre éste que sobre el del vecino.

En la Compilación no se han reproducido de una forma expresa las normas sobre terrados que acabamos de indicar (38). Sin embargo, y no obstante su formal derogación, el espíritu de las mismas continúa vigente por estas razones: 1.^ª) Porque su contenido dispositivo encaja perfectamente en el principio general del artículo 203, I, y porque la aplicación de éste a las hipótesis des-

(34) Ordenación 12: «Si dos vecinos tienen sus terrados iguales deben ambos cerrarse en medianería, de tal manera que no haya paso ni vista de uno a otro.» Refiriéndose concretamente a los gastos del cerramiento la ordenación 65 añadía: «Todos los que tengan iguales los terrados deben cerrarse a expensas comunes.»

(35) Esto es lo que ocurría, y sin duda seguirá ocurriendo, en Barcelona, puesto que, al aprovecharse para la edificación el máximo de altura autorizado por las Ordenanzas municipales, prácticamente los dueños se dispensan de la obligación de cierre por un convenio tácito: la pared de cerramiento no puede construirse, porque con ella se superaría la altura permitida por las Ordenanzas de construcción.

(36) Estudiado en el epígrafe anterior. Cfr. ordenación 11 y artículo 203, I, de la Compilación.

(37) Ordenación 66: «Cualquiera que tenga el terrado más alto que su vecino debe cerrarse, y tan alto, que no tenga vista sobre él, a menos que antes mire sobre terreno propio.» Teniendo en cuenta la claridad de esta norma, y su sentido de generalidad, resultaba superflua la contenida en la ordenación 58: «Cuando dos vecinos o más en la ciudad de Barcelona sean iguales en terrados o tejados, el que primero suba edificando haya de cerrarse, de modo que no tenga mirador sobre el otro u otros (que bñador sobre aquell o aquells non haja).»

(38) En el articulado de la Memoria de DURÁN Y BAS, el único artículo relativo a las servidumbres, el artículo 137, se refería precisamente a los terrados. En él se reproducían las normas de las Ordenaciones que va conocemos. Cfr. nota 8.

critas con respecto a los terrados conduce a resultados semejantes a los previstos en las Ordenaciones. 2.^a) Por lo dispuesto en el artículo 1.º, II, de la Compilación, en el que se determina que para interpretar sus preceptos «se tomará en consideración la tradición jurídica catalana encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan». 3.^a) Porque la única disposición de la Compilación relativa expresamente a los terrados, el artículo 283, número 4.º, presupone la vigencia de la situación anterior. En efecto, si en la norma indicada se decreta la no usucapibilidad de la servidumbre de luces y vistas entre terrados contiguos de igual o distinta altura, que no se hallen cerrados o lo sean mediante reja, es, sin duda, porque las luces o vistas entre ellos se reputan consecuencia de una tolerancia de los dueños (recíproca o unilateral) que, como tal, no puede originar una posesión hábil para la usucapición. Si las luces o vistas son de «mera tolerancia», dicho queda que en cualquier momento puede hacerse valer la obligación de cierre, cuya subsistencia bajo la Compilación parece por todo ello indudable.

3. Patios, jardines y lugares semejantes.

No obstante tratarse de cuestiones que más bien afectan al problema general de la medianería, vamos a incluirlas aquí, debido a que la doctrina considera como finalidad esencial del cerramiento de los lugares indicados la recíproca evitación del paso y de las vistas entre los mismos.

De acuerdo con la ordenación 38, en el Derecho catalán anterior a la Compilación, era preciso distinguir entre cierre obligatorio y cierre voluntario. El primero afectaba a los patios y huertos de regadío; el segundo, a las viñas y al campo en general. Decía la ordenación citada que «nadie puede obligar al que sea su vecino en viña o campo a cerrarse con tapias» y añadía que «sólo en las casas o en huerto de regadío podrá obligar a que aquel (el vecino) quede cerrado». La regla transcrita resultaba desarrollada en algunos aspectos de esta forma:

a) Cierre de patios. Se concretaba en las ordenaciones 22 y 44, que preceptuaban el carácter medianero de la pared de cerramiento y su altura, reiterando, además, la obligatoriedad de dicho cerramiento; lo cual, en el ámbito estrictamente civil, suponía que cada uno de los propietarios estaba facultado para exigir del otro el cierre y obligado a colaborar en él cuando el vecino hubiese hecho uso de la mencionada facultad (39). La ordenación 22

(39) Prescindiendo aquí de las posibles obligaciones de carácter administrativo, en el ámbito estricto del Derecho civil no nos parece adecuado considerar, como a veces se ha hecho, la obligación de cerramiento de los patios (albergues) como un deber legal que se superponga a la voluntad de los propietarios. Se trata, por el contrario, de una obligación civil recíproca en el sentido indicado en el texto. Cfr. ord. 43. Lo cual

establecía el siguiente principio: «Cada uno está obligado a cerrarse con su vecino en albergue, hasta la altura de tres tapias, y el suelo de la tierra sea medianero» (40).

b) Cierre de huertos (o de jardines). Añadía a él la ordenación 23, diciendo que «el que quisiere cerrarse en huerto con su vecino debe ayudarle con dos tapias de altura siendo el suelo necesario medianero, y no esté obligado a pagar si no queda cerrado» (41). La obligación de contribuir a los gastos de cerramiento, no la de acceder a él cuando proceda (cfr. ord. 38), se condiciona pues al hecho de que el vecino quede así mismo cerrado (*e ne sic tingut de pagar si doncs no roman tancat*). Criterio que se conserva en la Compilación (42).

Hasta aquí el Derecho anterior a la Compilación. Veamos ahora lo que ocurre en ella en relación con el cerramiento que estudiamos. Nada se dice en la misma sobre si tiene o no carácter obligatorio la construcción de las llamadas «paredes de cierre» o «paredes de cerramiento». El artículo 286 se limita a señalar su naturaleza de medianeras hasta una altura mínima de dos metros, a calificar también de medianero el suelo de la pared y a condicionar la contribución a los gastos de construcción al hecho de edificar o al de quedar efectivamente cerrado. «Será así mismo forzosa, dice el precepto, la medianería en las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares, hasta la altura mínima de dos metros.—El suelo de la pared divisoria será medianero (43); pero el vecino no tendrá obligación de contribuir a la mitad de los gastos de construcción de la pared hasta que por su parte edifique o cerque su finca».

Comparado con la reglamentación anterior el artículo 286 unifica en ciertos aspectos las normas hasta ahora vigentes, pero deja sin resolver la cuestión de si deben o no considerarse obligatorios los cerramientos de que se ocupa, al menos los que lo eran con anterioridad (como era, por ejemplo, el caso de los patios). Ante el silencio de la Compilación el intérprete ha de decidirse por una de estas dos soluciones:

Primera solución: Entender que en cuanto a la obligatoriedad o no del cierre la Compilación presupone y acoge el criterio del

no quiere decir, repetimos, que no pueda imponerse a ambos propietarios el cierre en virtud de consideraciones administrativas.

(40) La ordenación 41 reitera: «En casas, hasta tres tapias de alto, el suelo sea medianero.» Lo mismo «*Recognoverunt*», cap. 62: «En orden a las cercas, cada uno debe contribuir por su parte con el vecino, y han de ser las de las casas de tres tapias, y las de los huertos de dos de alto.» Las tres tapias equivalían a unos 14 ó 15 palmos ordinarios.

(41) La obligación de contribución y la altura se sancionaban asimismo en el capítulo 62 del «*Recognoverunt*». Cfr. nota anterior.

(42) Cfr. artículo 286. II, al que en seguida se hará referencia.

(43) «Medianeras», dice la edición oficial. Entendemos se trata de una errata, que se salva en el texto. Correcto, artículo 177 Proyecto.

Derecho anterior. En apoyo de esta tesis podría aducirse lo dispuesto en el artículo 1, II, relativo, como sabemos, a la forma de interpretar las normas compiladas. Quizá también la remotísima y forzada posibilidad de encajar los supuestos de hecho contemplados por el artículo 286 en el principio básico del artículo 293, I.

Segunda solución: Estimar que la *Compilación* ha prescindido en todo caso de la obligatoriedad del cerramiento de patios, huertos, jardines y solares, limitándose a indicar la naturaleza de la pared cuando el mencionado cerramiento se practique. Aún reconociendo lo discutible de la materia, nos inclinamos por esta segunda solución. Ciertamente, a diferencia de lo que ocurre con los terrados, los supuestos que ahora se estudian son de encaje mucho más dudoso en el artículo 293, I. Para subsumirlos en el principio que éste sanciona sería preciso dar al mismo un alcance desmesurado, tal vez contrario a su espíritu y a su significación precisa (44).

III. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

1.º *Especies de servidumbres.*

Ante todo es preciso distinguir las servidumbres de luces y las de vistas. El criterio diferenciador de unas y otras viene ya dado por su sola y respectiva denominación. La servidumbre de luces es aquella cuyo contenido radica en autorizar a su titular a tomar luz del predio vecino o a través de él. La servidumbre de vistas, en cambio, además de la expresada facultad (45), tiene por contenido típico el de autorizar al titular de la misma a disfrutar vistas sobre la finca del vecino o a través de ella. Con un criterio, nada técnico si se quiere, pero sí de un extraordinario grafismo, el Derecho romano distinguía las luces de las vistas diciendo que mientras éstas se extienden también a los lugares inferiores, la luz sólo puede tomarse de arriba (46).

(44) Téngase en cuenta que en el Derecho anterior el cerramiento obligatorio sólo se aplicaba a determinadas hipótesis: patios, huertos de regadío. Se dejaban, pues, fuera del principio fundamental de vecindad casos a los que hubiera tenido que aplicarse de haber sido entendido en un sentido muy amplio. Parece por ello que las razones que hacían, según los casos, el cierre obligatorio o voluntario se manifestaban al margen de dicho principio; eran consideraciones de otra índole. No la evitación de las vistas, a pesar de lo que se ha afirmado algunas veces.

(45) Por esto se ha entendido siempre con razón que la servidumbre de vistas comprende la de luces. ¿Cuestión esencial para calificar a la primera de continua! De acuerdo con este doble aspecto de la servidumbre de vistas (luz, vista) la distinción debiera formularse diferenciando la *servidumbre de luces* y la *servidumbre de luces y vistas*.

(46) Digesto, VIII, 2, 16: «Lumen id est, ut caelumn videretur, est interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.» El texto es de

Partiendo de esta idea fundamental y configurándolas con un contenido positivo (*pati*) o negativo (*non facere*) según los casos, el Derecho romano y la doctrina elaborada sobre el mismo nos hablan, entre otras, de la servidumbre *luminum*, de la *luminis immittendi*; de la *prospectus*, de la *ne luminibus officiat*, de la *ne prospectui officiat*, etc. Prescindimos aquí de cada una de estas especies y de su respectivo significado (47). Han tenido y quizá sigan teniendo cierta importancia en el Derecho catalán. Sin embargo, debido al casuismo con que las fuentes catalanas han tratado siempre la materia de servidumbres, la vigencia supletoria de los textos romanos resultaba, en este punto, en gran medida innecesaria y más teórica que real. Al indicar, pues, en estas notas las distintas especies de servidumbres de luces y vistas en Cataluña vamos a limitarnos a la consideración de los tipos que se recogen y delimitan en los textos genuinamente catalanes. En primer lugar se aludirá al Derecho anterior a la Compilación; después, se expondrá el criterio adoptado por ésta.

A) *Derecho anterior a la Compilación*.—Sin prescindir de la finalidad de los huecos o ventanas, el Derecho catalán no tomaba, sin embargo, dicha finalidad como módulo orientador de la clasificación de las servidumbres. Por el contrario, tanto la ley como la doctrina atendían, para señalar los diversos tipos de servidumbres de luces y vistas, a la clase o especie de ventana o abertura mediante la cual se ejercía o podía en su caso ejercerse el gravamen. Con respecto al exacto significado de algunos tipos de ventana la doctrina, por cierto, no había logrado acuerdo hasta la fecha de la Compilación (48).

En armonía con la orientación indicada se solían distinguir estas especies de servidumbres:

a) Servidumbre de luces mediante *lucerna*. Numerosos textos de las Ordenaciones y algunos del «*Recognoverunt*» se refieren a la ventana lucerna. Ahora, como con respecto a las demás aberturas, sólo hemos de aludir a los que indican sus características. Concretamente la ordenación 50, que señala sus dimensiones. Era la *lucerna*, llamada también *claraboia* o *espitllera*, una abertura o ventana alta de una anchura fija de medio palmo de destre (117 milímetros) y de una altura variable de dos a tres palmos de destre (468 a 702 milímetros). No teniendo estas medidas se declaraba expresamente que no sería lucerna (49). Por

PAULO. Muy gráfica también, y desde luego correcta, la frecuente afirmación de que las aberturas para luces no permiten asomarse e inspeccionar el predio vecino, mientras que las ventanas para vistas permiten sacar la cabeza y mirar a un lado y a otro.

(47) Su respectivo concepto y contenido puede consultarse en diversos pasajes del Digesto, VIII, 2.

(48) Recuérdense las discusiones en torno a lo que era, por ejemplo, la *finestra a cantó* o la ventana *rajalera*. Cfr. más adelante.

(49) Ordenación 50: «Es costumbre que la lluherna debe tener dos palmos hasta tres de largo y debe tener de ancho de la pared por donde

sus dimensiones y forma se comprende en seguida que su finalidad no podía ser otra que la de proporcionar luces (ventana luminar), como sucede, según la doctrina, con las *saeteras* o *espitlleras* a que aluden las Costumbres de Gerona y con las cuales en ellas se confunde (50). La doctrina añadía: no puede pasar por ella un hombre (51) y difícilmente permite inspeccionar el predio del vecino. Es fundamental la calificación o no de lucerna a una abertura determinada por ser la servidumbre mediante ella la única susceptible de ser adquirida por usucapición (52).

b) Servidumbre de luces mediante *croera*. Conocida igualmente con el nombre de *crehuera* la croera es una abertura o ventana de pequeñas dimensiones cruzada por travesaños de hierro en forma de cruz o aspa o por dos ladrillos de la misma manera. Se trata pues de una ventana para luces, que, dadas sus características, no permite asomarse. Lo corriente es que las croeras estén abiertas debajo del alero o voladizo del tejado (53). Alude a las croeras, para excluir su usucapibilidad, la ordinación 15, que habla de las croeras en voladizo de tejado y de las croeras hechas de ladrillo (54). La ventana croera apenas si se usa en Barcelona, conservándose en las demás regiones.

c) Servidumbre mediante ventana *rajalera*. La ordinación 61, después de referirse a la imposibilidad de alegar la posesión (usucapición) de determinados tipos de ventanas, termina diciendo «y no en otras sino en rajalera». El precisar cuál sea el exacto significado de esta expresión ha dado lugar a discusiones doctrinales. Una opinión entiende que la ventana rajalera es cualquier tipo de ventana abierta en pared de ladrillo, basándose en que ladrillo en catalán es *rajola*. Otra, que parece la más correcta, afirma que la ventana rajalera es la abertura que tiene por objeto el paso de la luz (rayo de luz = «raij» o «raig»), siendo pues un hueco para luces o ventana luminar. Entendemos que esta tesis resulta corroborada por la circunstancia de que en la ordinación 61 (55) parece sancionarse la usucapibilidad de la ventana que

recibe la luz medio palmo de destre.» El texto termina: «en otro caso no será lluherna» (si no no es dita lluherna, dice el texto catalán).

(50) Código de Costumbres de Gerona, Rúbrica 38, capítulos I y II. En él se habla de *lucernis sive spillereys*.

(51) Lo de que pase o no pase un hombre por la abertura es importante, porque es criterio al que a veces se atendía para calificar una ventana de luminar o prospectiva. Cfr., por ejemplo, ord. 61, a la que más adelante se aludirá.

(52) Cfr. en su lugar oportuno.

(53) En ciertos aspectos la ventana *croera* recuerda a los huecos de ordenanza del artículo 581 del C. c. En su respectivo régimen jurídico hay una diferencia fundamental: los huecos de ordenanza se pueden abrir *ex iure proprietatis*; las croeras sólo *ex iure servitutis* o tenerse en precario, sin que nunca puedan consolidarse por la usucapición.

(54) *Croera de raliex de tacement de taulada y croera feta en rajola*, respectivamente. A la ordinación 15 se hará de nuevo alusión al estudiar la adquisición de las servidumbres.

(55) La ordinación 61 se transcribirá más adelante.

nos ocupa, en cuyo caso la expresión *rajalera* no designa un nuevo tipo de abertura, sino que es simplemente una forma de denominar a la *lucerna* atendida su finalidad de paso de los rayos de luz (56).

d) Servidumbre mediante «ventana prospectiva». Las ventanas para vistas se conocen por lo general con el nombre de «ventanas prospectivas» y son las que, debido a sus condiciones, permiten asomarse y facilitan vistas sobre el predio vecino o a través del mismo. Para excluirlas de la usucapión se refiere a las ventanas para vistas la propia ordenación 61, en la que se las caracteriza como agujeros o «aberturas por donde pueda pasar algún hombre» (57).

e) Servidumbre mediante *finestra a cantó*. La ordenación 46 es, sin duda, la que más discusiones ha suscitado acerca de lo que sea la ventana *a cantó* a que en ella se hace referencia. Después de las muchas opiniones en torno al significado de la ventana indicada (58) parece que pueden concretarse estas conclusiones: 1.^ª) Se trata de una ventana prospectiva. 2.^ª) Abierta en una pared que linda con la del vecino. 3.^ª) Siendo indiferente que permita vistas rectas u oblicuas. Teniendo el vecino en su pared una ventana de esta clase, el otro, al abrir otra en la pared suya, había de alejarse seis palmos de destre de la pared vecina y otros tantos de la ventana que en ella hubiera (59) (60).

B) *Criterio de la Compilación.*—En los textos compilados se ha simplificado mucho la reglamentación, ya que, con muy loable acuerdo, se ha prescindido de la mayoría de las distinciones y denominaciones que acabamos de examinar. La única servidumbre que conserva su nombre y características es la servidumbre de luces ejercida mediante *lucerna*, por ser la única que, como en el Derecho anterior, puede adquirirse por usucapión (art. 283, número 2.^º). Todas las demás han perdido su denominación específica; la conservarán sin duda en la práctica, pero en el texto de la ley ya no existe. En él se habla sin más, y sin ánimo clasificatorio, de «servidumbre de luces mediante agujeros, rendi-

(56) La *lucerna* es la única ventana que puede consolidarse por usucapión. Cfr. más adelante, en el epígrafe relativo a la «adquisición de las servidumbres».

(57) Se ha demostrado que ésta es la correcta significación del pasaje de la ordenación *e samblat forat hont puxa passar null hom*. El adjetivo *null* significaba *alguno* y no *ninguno*, como a veces se ha creído.

(58) He aquí, en síntesis, las teorías sobre la *finestra a cantó*: a) Es una ventana en pared que forma ángulo entrante con la del vecino. b) Es una ventana en pared que forma ángulo saliente. c) Es una ventana con rosetón de piedra calada. d) Es una ventana en pared que toca, en ángulo o no, a la del vecino.

(59) Estos seis palmos son la «androna» a que obliga la servidumbre de vistas del vecino. Cfr. más adelante en «Efectos de las servidumbres».

(60) Ordenación 46: «Nadie puede hacer ventana a cantó en pared cerca de su vecino si éste ya tuviere otra allí, y en este caso deba alejarse de ella y del cantó seis palmos de destre.»

jas, enrejados o aberturas en cualquier pared» (art. 283, número 2.º); de «servidumbres de vistas en pared propia o medianera» (art. 283, núm. 3.º); de «servidumbre de luces y vistas entre terrados contiguos» (art. 283, núm. 4.º).

Debido al distinto régimen jurídico que, conservando el sistema anterior, establece la *Compilación* sobre su mecanismo, la clasificación de las servidumbres, atendiendo a este aspecto, puede sintetizarse así: a) Por una parte, la servidumbre de luces mediante lucerna. b) Por otra, todas las demás de luces o de vistas. Como veremos, tan sólo la primera es usucapible, teniendo además ciertas particularidades en cuanto a su forma de extinguirse (art. 283, núm. 2.º, y art. 284) (61). Si nos atenemos, en lugar de a su mecanismo, a sus efectos, la clasificación será: a) servidumbres de luces. b) Servidumbres de vistas (art. 295).

2. *Adquisición de las servidumbres.*

A) *Consideración general.*—En general pueden adquirirse las servidumbres de luces y vistas por los mismos modos de adquisición que reconocen los artículos 537 y siguientes del Código civil. Podrán, por lo tanto, quedar constituidas en virtud de título (contrato, acto unilateral, etc.), usucapición (con las salvedades que se indicarán a continuación), escritura de reconocimiento, sentencia firme (62) y signo aparente por el juego del artículo 541 (63). De

(61) El artículo 283, número 2.º, define de pasada la lucerna diciendo que es «el hueco que mida una anchura constante en el paramento exterior de doce centímetros y una altura variable entre la mínima de cuarenta y cinco y la máxima de setenta centímetros». Se moderniza la forma de expresar las medidas, al abandonar el palmo de destre y acudir al sistema métrico decimal. En el Proyecto de *Compilación* se establecieron dimensiones distintas, no señalando sino las medidas mínimas, con lo cual se desnaturalizaba el Derecho anterior. Decía el artículo 171, número 2.º, del Proyecto que la lucerna era «un hueco que tenga por lo menos veinte centímetros de ancho por setenta de alto». Con semejante sistema la lucerna se hubiese convertido con frecuencia en servidumbre de vistas y no de luces, con las graves y peligrosas consecuencias que ello habría entrañado.

(62) No entramos ahora en el problema del verdadero significado de la escritura de reconocimiento y de la sentencia firme como «modos de adquisición» de las servidumbres.

(63) El artículo 541 se considera aplicable a Cataluña. Existe jurisprudencia reiterada, sobre todo de los tribunales inferiores. La doctrina catalana ha hablado en algún caso de «adquisición automática»: una servidumbre latente deviene efectiva al separarse la titularidad de los predios. En pro de la aplicación del principio del artículo 541 a Cataluña se ha aducido que, en cierto modo, podía fundarse también en la ordenación 59, que obligaba al vendedor de una finca a indemnizar al comprador de la misma por las servidumbres ocultas. No creemos tenga nada que ver la ordenación indicada con el artículo 541. Por esto: a) En la ordenación se hace sin duda referencia a verdaderas servidumbres y no a signos de servidumbre establecidos por el propietario de las dos fincas («servidumbre de propietario»). b) El artículo 541 presupone una apariencia de servidumbre (apariciencia de servidumbre aparente), mientras que en el texto de la

los modos de adquisición enumerados merece ser considerada especialmente, por las particularidades que presenta frente al sistema del Código, la usucapión. A ella se dedica el apartado que sigue.

B) *La usucapión y las servidumbres de luces y vistas.*—Como principio básico y fundamental ha regido y sigue rigiendo en Cataluña el de que las servidumbres de luces y vistas no pueden usucapirse, debido a que no se consideran susceptibles de posesión o, al menos, susceptibles de una posesión hábil para consolidarse a través de la usucapión. Tan sólo puede ser adquirida por este medio la servidumbre de luces mediante ventana lucerna. Por otra parte, en cuanto a ésta, el plazo es distinto del que se señala en el artículo 537 del Código: en lugar de veinte se establecen treinta años, como se verá más adelante.

Frente al sistema del Código civil el Derecho catalán, en el punto que ahora nos interesa, presenta así una doble particularidad: 1.º) En cuanto al ámbito, sólo permite la usucapión de la servidumbre mediante lucerna, mientras que el Derecho común admite ampliamente la usucapibilidad de las servidumbres de luces y vistas en su doble condición de continuas y aparentes (artículos 537 y 539 del Código civil). 2.º) El plazo es distinto del que señala el Código al reglamentar específicamente la usucapión de las servidumbres. De acuerdo, pues, con estas ideas el estudio de la usucapión de las servidumbres de luces y vistas en Cataluña va a quedar así distribuido: a) El principio de la no usucapibilidad. b) La usucapibilidad de la lucerna. c) El plazo.

a) *El principio de la no usucapibilidad.*—Como ya sabemos, es tradicional en el Derecho catalán el postulado de que, salvo la servidumbre de luces mediante lucerna, las servidumbres de luces y vistas no pueden ser usucapidas.

Las Ordenaciones formulaban el principio indicado con cierta insistencia y hacían además en algún caso aplicación concreta del mismo a determinada especie de servidumbre. El postulado de la no usucapibilidad de la servidumbre de luces y vistas, con excepción de las luces por lucerna, se sanciona en la ordenación 14, diciendo que «nadie puede alegar posesión de luz (64) que reciba de parte del cielo o de parte de su vecino si no es por lucerna que haya poseído por treinta años». Teniendo en cuenta el significado que dimos a la expresión «ventana rajalera» (como sinónima de lucerna) el principio se confirma en la ordenación 61, en la que se determina que «nadie puede alegar posesión en parq[ue]

ordenación se hace referencia a servidumbres ocultas o escondidas: *servitut encuberta o amagada*.

(64) En los diversos textos catalanes que se conservan de las Ordenaciones, en unos se habla de «luz» (*llum*) y en otros de «vista». Dado el sistema de las Ordenaciones, el principio hay que referirlo tanto a las luces como a las vistas. Cfr. ord. 61.

propia o común de ventana grande ni pequeña, ni de tal agujero (*forat*) por donde pueda pasar algún hombre y no en otras sino en rajalera» (65). Aunque en realidad resultaba superflua la declaración, en la ordenación 15 se sancionaba de forma expresa la no usucapibilidad de las *croeras*. Finalmente, y con un carácter de principio general, en la ordenación 62 se consideraban abiertas en fraude del vecino las ventanas no usucapibles, a no ser que se tuvieran con escritura de dicho vecino (66).

El principio de la no usucapibilidad de las servidumbres de luces y vistas (con excepción de la lucerna) se recoge en términos muy claros en el texto de la *Compilación*. Entre las servidumbres que no pueden ser adquiridas por usucapición, ni siquiera inmemorial, señala el artículo 283 las de luces y vistas. Según este precepto «no podrán constituirse por usucapición, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: ... 2.^ª La de luces mediante agujeros, rendijas, enrejados o aberturas en cualquier pared... 3.^ª La de vistas, sea en pared propia o medianera. 4.^ª La de luces y vistas entre terrados contiguos de igual o de distinta altura, que no se hallen cerrados, o lo sean mediante reja» (67). Hay que tener en cuenta, asimismo, puesto que pudiera afectar a ciertas especies atípicas de servidumbres de luces y vistas sin pared (vistas sobre todo), que la *Compilación* declara también no usucapibles las servidumbres no aparentes, entendiendo por tales las que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio (art. 283, núm. 8.^º) (68).

b) *Usucapibilidad de la lucerna*. — En el Derecho anterior, aparte de los textos que excluían de la usucapición a las servidum-

(65) Atenuada en el sentido del principio en cuestión había de entenderse la ordenación 41, en la que se establecía que «en pared propia ni común no se debe hacer ventana ni lucerna (*finestra ni lluherna*) en dirección a pared de su vecino, a menos que con él se hubiera convenido en escritura». La norma no excluía, pues, la posibilidad de usucapición de la lucerna.

(66) He aquí el texto de ambas ordenaciones. Ord. 15: «No se puede alogar posesión de vista (luz) por ventana croera en ningún voladizo de tejado, ni de ventanas croeras hechas con ladrillo». Ord. 62: «El que tendrá ventana y no la puede adquirir por prescripción, si no la tiene con escritura de su vecino, en otra manera se entiende hecha en fraude de la otra parte».

(67) Los textos transcritos se corresponden con los contenidos en el artículo 171, números 2.^º a 4.^º del Proyecto. Con ligeras variantes de redacción la *Compilación* ha reproducido las normas del Proyecto. Esta diferencia se aprecia: en el número 3.^º del artículo 171 del Proyecto se aludía a pared «propia, medianera o común»; en el número 3.^º del artículo 283 de la *Compilación* se alude a pared «propia o medianera». La variante no supone cambio alguno de sistema. En todo caso, exclusión de la usucapición.

(68) El Proyecto de *Compilación* sancionaba la misma regla general, citando, además, algunos ejemplos de servidumbres no aparentes que se han omitido en el texto vigente. Cfr. artículo 171, número 8.^º. Cfr. también artículo 532 C. c.

bres de luces y vistas exceptuando la servidumbre mediante lucerna (69), la posibilidad de que ésta fuera adquirida por usucapición se declara de forma terminante en el capítulo 45 del «Recognoverunt», en el que se dice que «es costumbre en cuanto a las lucernas (claraboyas) puestas en pared propia o común, de aquel que por ellas recibe la luz, que si dichas lucernas han existido por treinta años en paz y continuamente (70) no puede cerrarlas la parte contraria». Confirman esta disposición las ordenaciones 1 y 2 (71).

Por considerarse fraudulentas quedaban excluidas de la usucapición las lucernas abiertas en pared «de tapia» (pared de barro). La ordenación 20 era clara: «Nadie puede ganar posesión de lucerna que haya hecho en agujeros de tapias (72) para recibir vista (luz) de parte de su vecino». La ordenación 63 repite el precepto y fundamenta su razón de ser: carácter fraudulento de los huecos (73).

La posibilidad de adquirir por medio de la usucapición la servidumbre de luces por lucerna es establecida asimismo por la Compilación. El artículo 283, número 2.º, comienza decretando la no usucapibilidad de la servidumbre de luces mediante agujeros, rendijas, enrejados o aberturas en cualquier pared, pero inmediatamente añade: «excepto cuando se trate de lucerna o sea del hueco que mida... (74).

Nada se dice en la Compilación sobre las lucernas en «pared de tapia». Nos inclinamos a estimar que se ha querido prescindir de la excepción que las hacía no susceptibles de usucapirse y que, por lo tanto, hoy pueden ser objeto de usucapición. Nos basamos para ello en esta circunstancia: Si la regla general de no usucapición de las servidumbres de luces se formula para huecos «en

(69) Ordenaciones 14 y 61, ya estudiadas.

(70) *In pace et continue*, dice el texto latino; *en pau y continuament*, el catalán.

(71) La ordenación 1, después de sancionar el derecho de *atans* o aproximación a pared del vecino, impone el deber de respetar «la ventana lucerna, poseída allí en sana paz (*en sana pau*) por treinta años y sin contradicción de aquel y de los suyos». La ord. 2 completa la anterior, señalando la medida de la androna que impone la lucerna (cuatro palmos de destre en cuadro) recibida mediante documento o «poseída durante treinta años». En las Costumbres de Gerona se lee en la Rúbrica 38, cap. 1: «Item est consuetudo in lucernis sive spillereys, positís in parietes privata vel communi qui lucem acceperint pro ipsas lucernas quod si lucernae ipsae stiterint per triginta annos in pace et continue quod ipsae lucernae non possint claudi a parte adversa».

(72) *En forats de tapias* o *en buyals de tapias* se lee en las versiones catalanas.

(73) Ordenación 63: «La lucerna hecha en agujero de tapias no sea tomada ni obtenida por lucerna, antes se tendrá por hecha en fraude de su vecino, porque no debe gozar de la costumbre».

(74) Las dimensiones ya se estudiaron más atrás. Criterio análogo, aunque con medidas diversas, sancionaba el Proyecto, artículo 171, número 2.º. Vid. lo dicho al examinar las «especies de servidumbres».

cualquier pared», hay que entender que la excepción que permite usucapir las lucernas se refiere asimismo a lucernas «en cualquier pared» (75).

c) *Plazo de usucapión*.—Cuando, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, proceda la usucapión de la servidumbre (lucres mediante lucerna) el plazo era y seguirá siendo de treinta años.

En el Derecho anterior hasta recordar las normas a que ya nos hemos referido. En todas ellas, coincidiendo con el criterio general adoptado por el Usatge «Omnes causae», se establecía el plazo de treinta años. Se hablaba en los textos de la lucerna poseída en paz y continuamente por ese plazo (76).

Bajo la *Compilación* el plazo es también de treinta años; por aplicación de la regla general del artículo 342, inciso 1.º: «La usucapión del dominio y demás derechos reales sobre cosas inmuebles, incluso las servidumbres no comprendidas en el artículo 283, tendrá lugar por la posesión en concepto de dueño (77) por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe» (78).

¿Desde cuándo se cuentan los treinta años? En el Derecho anterior parece indiscutible que desde que la lucerna se abrió. En los textos se hace referencia expresa a la lucerna que haya *existido* treinta años o a la lucerna que se hubiere *poseído* ese tiempo (79). En la *Compilación* no se resuelve de forma específica y expresa el problema. Habrá que resolverlo acudiendo a los principios generales y sobre todo a la regla del artículo 343, I, sobre cómputo del plazo en la usucapión de las servidumbres. Aplicando dichos principios y la regla indicada se puede llegar a la solución del Derecho anterior. Véamoslo.

Principios generales. Aplicación del artículo 1, II, de la *Compilación*.

Regla sobre el cómputo. Dice el artículo 343, I, que «las servidumbres positivas aparentes se empezarán a usucapir desde que se ejerciten o se realicen actos necesarios para su ejercicio, y

(75) La cuestión, sin embargo, no es del todo clara y puede discutirse. Contra el criterio que apuntamos en el texto cabría una objeción sería: la de entender que cuando el artículo 283, número 2.º, habla de «cualquier pared» se refiere a la titularidad de la misma y no a la materia de que está construida. Entonces el problema de la posibilidad o no de usucapir las lucernas «en pared de tapia» habría de resolverse con arreglo al artículo 1, II, de la *Compilación*. Se llegaría a solución contraria a la que se propone en el texto.

(76) Cfr. ordenaciones 1, 2, 11, transcritas oportunamente en los lugares correspondientes. También «*Recognoverunt*», cap. 45.

(77) Aunque la ley no lo diga la posesión en concepto de dueño ha de ser, además, pública, pacífica y no interrumpida. Se trata, creo, de presupuestos institucionales de la usucapión. Cfr. art. 1.041 del Código civil.

(78) Coincidente con el artículo 552, II, del Proyecto.

(79) Cfr. textos citados en la nota 76.

las negativas y las no aparentes (80) desde que se realicen actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirviente, que revelen la intención de tener servidumbre» (81). La aplicación de esta norma supone la solución de una cuestión previa, cual es la de determinar la naturaleza de la servidumbre de luces mediante la lucerna. Creemos que, en todo caso (aun en pared propia), es positiva y aparente (82). Los treinta años, pues, se contarán desde que «se ejercitó» o desde que «se realizaron actos necesarios para su ejercicio» (83) (84).

(80) Sin embargo, art. 283, número. 8.º.

(81) Idéntico al artículo 553, 1, del Proyecto. Vid. también artículo 539 C. c. Parecido, pero no igual.

(82) De que es aparente no hay duda. Cfr. artículo 532 C. c. En cuanto a su naturaleza de positiva (cfr. art. 533 C. c.) resulta lo siguiente: Por virtud de la prohibición general del art. 293 de la Compilación no puede abrir lucerna si no dejo la androna. Si lo hago, una de dos: o el hueco es furtivo o lo abro porque el vecino me *deja hacer*. Luego la servidumbre es positiva. Téngase en cuenta que el que el gravamen haya, como es natural, de ejercitarse *sobre* el predio sirviente, no implica que por necesidad haya de ejercerse mediante actos *en* dicho predio.

(83) Dada la forma en que procedía el Derecho anterior y el carácter general de sus disposiciones (lucerna *existente* o *poseída* treinta años) dudamos que en este caso haya lugar a la averiguación de si la abertura y tenencia de la lucerna es o no un acto meramente tolerado que excluya la usucapación (cfr. C. c. arts. 444 y 1.942). Quizá más que de una verdadera usucapación se trate de una simple «consolidación» de una situación fáctica por el transcurso del tiempo. Esta idea, en general, puede ser muy útil para explicar muchas de las especialidades que presenta la «usucapación» (?) de las servidumbres, que tiene muy poco de común con la usucapación de los derechos reales en general.

(84) En la exposición que aquí se ha hecho del problema de la usucapación, en relación con la servidumbre de luces y vistas, el tratamiento ha quedado circunscrito a la que podríamos calificar de «usucapación específica» en materia de servidumbres (vid. nota anterior): aquella que surge como consecuencia de actos que por su sola voluntad lleva a cabo el titular del que sería, de haber servidumbre, predio dominante. Decimos esto porque nos parece muy duro el entender excluida la usucapación, que entonces se gobernaría por los principios generales, cuando el que posee la servidumbre tenga justo título y buena fe. Creo que entonces no deben jugar las disposiciones específicas sobre usucapación de servidumbres, sino el principio general de usucapabilidad de los derechos reales (art. 342). Aunque parezca lo contrario, los textos no se oponen a esta tesis, siempre y cuando que se aprecie correctamente si se trata de textos específicos relativos a la usucapación de las servidumbres (art. 283, art. 343) o de normas estableciendo principios generales que pueden jugar en otros casos (art. 342). En suma, entiendo muy discutible negar, por ejemplo, la usucapación en este supuesto: A se finge dueño de una finca, y por contrato con B constituye a favor de éste una servidumbre de vistas sobre el predio en cuestión. Si A estuviera inscrito como dueño en el Registro jugaría el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. No estándolo, me parece muy defendible la tesis de que B, con buena fe y justo título, puede usucapir la servidumbre. En este caso no deben jugar sino los principios generales. ¡Piénsese que, además, B haya inscrito la servidumbre, gozando a su favor del refuerzo que supone el artículo 35 de la Ley Hipotecaria! La argumentación anterior vale, *mutatis mutandis*, para las servidumbres que en el Código se declaran no usucapibles.

3. *Extinción de las servidumbres.*

A) *Consideración general.*—Las servidumbres de luces y vistas se extinguirán, en general, por cualquiera de los modos de extinción que señala el artículo 546 del Código civil. Dejan, pues, de existir por confusión, por no uso durante un tiempo determinado, por imposibilidad de uso debido al estado a que han venido los predios, por transcurso del plazo o cumplimiento de la condición si la servidumbre fuere temporal o condicional, por renuncia del titular y por la redención convenida entre éste y el dueño del predio sirviente (acuerdo de extinción). En su significado general cada uno de los modos de extinción enumerados tiene su sede de estudio en la doctrina general de las servidumbres. Por esto y porque no presentan especialidad alguna al referirse a las servidumbres que nos ocupan, se prescinde aquí de su tratamiento y consideración particular. Sólo la prescripción presenta alguna especialidad en el Derecho catalán.

B) *La prescripción extintiva.*—En general, en materia de servidumbres (y, por lo tanto, también con respecto a las de luces y vistas), la prescripción extintiva presenta ciertas particularidades que la separan de su significado y caracteres típicos y que permiten afirmar que la extinción de la servidumbre se produce, más que por prescripción, en virtud de no uso del derecho o en virtud de *usucapio libertatis* del predio sirviente (85).

Cuando se trata de servidumbres discontinuas, desde el momento mismo en que cesa su ejercicio comienza a gozarse como libre el predio sirviente. La *possessio libertatis* de éste y el no uso del derecho de servidumbre coinciden cronológicamente. En cambio, cuando se trata de servidumbres continuas no se da esta coincidencia o, al menos, es muy difícil de apreciar si se da o no. Por eso, lo decisivo, para iniciar el proceso de extinción, es el comienzo de la *possessio libertatis* del predio sirviente; comienzo que se concreta en el acto contrario a la servidumbre (86). Aquí la usucapción de la libertad del predio se manifiesta todavía de forma más clara que en las servidumbres discontinuas. Es, pues, la usucapción de una situación, de un *status libertatis*, del predio sirviente, más bien que la prescripción de un derecho del dominante, la circunstancia que provoca la extinción de la servidumbre.

(85) Por eso, el hablar de prescripción extintiva de las servidumbres es, en cierto modo, una inexactitud terminológica. El término «prescripción» sólo tiene en este caso un valor relativo; se emplea quizá por inercia o por comodidad. Obsérvese que el Código, en el artículo 546, número 2.º, no se refiere a la extinción de las servidumbres por prescripción, sino por *no uso*.

(86) En este orden de ideas se encuentra el fundamento de la regla que, sobre el cómputo del plazo extintivo, establece el artículo 546, número 2.º, del C. c.

Las consideraciones anteriores son perfectamente aplicables a las servidumbres de luces y vistas en su condición de servidumbres continuas.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho común, en el que el plazo extintivo son veinte años, en el Derecho catalán se amplía a treinta. En este sentido queda, pues, modificado para Cataluña el artículo 546, núm. 2.º, del C. c. Con anterioridad a la Compilación el plazo de treinta años derivaba del carácter general del Usatge «*Omnes causae*» (86 bis). La Compilación establece de una forma expresa el plazo extintivo de treinta años para las servidumbres, en el artículo 344, en cuyo inciso 2.º se dice, entre otras cosas, que «las servidumbres prescriben a los treinta años» (87).

En cuanto al comienzo del cómputo, el Derecho anterior, la doctrina especialmente sobre criterios romanos, distinguía entre servidumbres positivas y negativas. En las primeras el plazo extintivo corría desde que dejaban de ejercitarse; en las segundas desde que el dueño del predio sirviente llevaba a cabo un acto contrario a la servidumbre (88). La Compilación silencia el problema. ¿A qué criterio acudiremos? ¿Al del Derecho anterior o al del Código civil? En la mayoría de los casos se llegará a la misma solución con uno y otro criterio, puesto que las servidumbres negativas son continuas. En cambio, cuando la servidumbre de luces o vistas fuere positiva, al ser también continua (89), la solución sería distinta, según se aplicara el Derecho anterior o el Código civil. Nos inclinamos por aplicar la disposición del Código.

C) *Extinción de la lucerna.*—También en orden a su extinción existen algunas normas especiales para la servidumbre de luces mediante lucerna, que modifican y alteran las disposiciones generales o que sirven de complemento a las mismas. Las

(86 bis) En Tortosa no se extinguían las servidumbres por no uso, durase lo que durase. Cfr. Código de las Costumbres, Libro III, Rúbrica 11, cost. 8.º Vid. nota 5.

(87) En el Proyecto de Compilación no se establecía expresamente la norma; pero al sentar, en el artículo 554, el principio de que la prescripción extintiva se regiría por lo dispuesto en el Código civil, parece que se hubiera llegado a la misma solución por aplicación del artículo 1.963 de dicho Código. De todas formas es mucho más acertado el criterio de la Compilación, puesto que al formularse de manera expresa la prescripción de treinta años se ha evitado el problema que hubiera podido surgir en torno a si la remisión había de llenarse con el artículo 1.963 o con el artículo 546, núm. 2.º del Código civil.

(88) Nos parece más técnico y preferible el criterio del Código de distinguir entre servidumbres discontinuas y servidumbre continuas (art. 546, número 2.º). Institucionalmente el criterio parece más centrado.

(89) La coincidencia y superposición que se da entre servidumbre negativa y servidumbre continua no se da entre servidumbre positiva y servidumbre discontinua. Hay servidumbres positivas continuas.

normas especiales mencionadas se refieren a la extinción de la lucerna adquirida por usucapión y a la extinción de la adquirida en virtud de título.

a) La lucerna adquirida por usucapión, conforme a un principio tradicional, se pierde y no puede volver a abrirse si el titular de la servidumbre hace desaparecer la ventana. Si vuelve a abrirla, aunque sea antes del transcurso de un año, la servidumbre no por eso renace y puede ser competido a cerrarla de nuevo. La conducta del titular de la lucerna implica una renuncia a la misma y es lógico el criterio que se adopta.

El principio indicado se establecía en las ordenaciones 51 y 64 y en el capítulo 46 del «*Recognoverunt*». Las normas estaban concebidas con un matiz muy absoluto. La ordenación 51 decía: «Si alguno hubiese poseído lucerna o lucernas y aquel cuyas son las cerrare o las haga cerrar y después quisiere abrirlas, entiéndese que ha perdido toda servidumbre y posesión y que jamás las podrá volver a abrir» (90). Entendemos que, rectamente interpretada, esta norma no impide volver a abrir la lucerna y usucapirla de nuevo por treinta años. La servidumbre que se tenía se había extinguido, pero podía llegar a nacer otra.

Dando al principio un significado de mayor amplitud dice el artículo 234, I, de la *Compilación* que «la servidumbre de luces consistente en la lucerna a que se refiere el número segundo del artículo anterior y la de «degotis» o «sagüe adquiridas por usucapión se extinguirán cuando por voluntad del dueño del predio dominante se haga desaparecer el signo exterior, ventana, canal o conducción mediante el cual se ejercía». Por lo tanto, para que esta extinción específica de la lucerna (especie de renuncia tácita) se produzca se requieren dos condiciones: 1.^a) Que la lucerna se haya constituido por usucapión. 2.^a) Que la abertura se haga desaparecer por voluntad del titular de la servidumbre (91). Lo mismo que dijimos para el Derecho anterior repetimos para

(90) Reitera este principio la ordenación 64, en la que se dice que «si alguno tendrá lucerna sobre el predio de su vecino poseída por treinta y más años y voluntariamente la cerrara, y después en algún tiempo querrá abrirla, no puede hacerlo, antes pierde en todos tiempos toda servidumbre que haya tenido, mientras el otro pueda probar que la hubiere cerrado». El capítulo 46 del «*Recognoverunt*», confirma: «Es también costumbre que los que tienen lucernas, sin instrumento alguno para tenerlas allí, ni otra tuición, sino la sola prescripción de treinta años, si las cerraren, obrando en aquel lugar o de otro modo, que otra vez no puedan tenerlas allí. En las Costumbres de Gerona sólo se aplicaba el principio si no se había llegado a consumar la usucapión de treinta años. Decía, en efecto, la Rúbrica 38, capítulo 2: «Item est consuetudo quod si ille qui habet lucernas non habet instrumentum de lucernis nec aliquam tuitionem triginta annorum, quod si clauserit eas operando ibi vel ali modo quod iterum ibi non poterat habere lucernas.»

(91) En sentido análogo se expresaba el artículo 172, I, del Proyecto.

la Compilación: que la servidumbre se extinga no quiere decir que no pueda llegar a nacer otra por usucapión.

b) Para el supuesto de que la lucerna haya sido adquirida en virtud de título, haciendo una aplicación de la regla contenida en el artículo 546, número 3.º, del Código civil, establece la Compilación una norma, en el artículo 284, II, que no se encuentra en el Derecho anterior. Se dice en ella que «de haber sido constituidas dichas servidumbres por título (92), aunque los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de ellas (93), podrá restablecerse en cualquier tiempo su disfrute, mientras no se hayan extinguido por no uso de treinta años» (94). Tres particularidades presenta esta disposición comparada con el artículo 546, número 3.º, del Código civil: 1.ª) Tiene un ámbito más reducido, puesto que, mientras la norma del Código se refiere a todas las servidumbres, la de la Compilación sólo hace alusión expresa a dos servidumbres (95). 2.ª) La norma de la Compilación queda o parece quedar circunscrita al supuesto de servidumbre adquirida por título, mientras que en el Código nada se especifica en este sentido. No se aprecia razón que justifique el criterio de la restricción indicada (96). 3.ª) De acuerdo con el respectivo plazo extintivo, el plazo de restitución del disfrute es distinto en ambas normas: treinta y veinte años. En realidad, el artículo 284, II, de la Compilación podía haberse omitido y todo estaría exactamente igual. Las dudas interpretativas que puede originar no se compensan con su escaso o nulo contenido positivo; nada añade que no estuviera ya implícitamente contenido en la Compilación. Como aclaración del párrafo I del propio artículo 284 es del todo superfluo e inconveniente.

4. Efectos de las servidumbres.

A) *El derecho de «atans»: su doble restricción.*—Es un postulado fundamental en el Derecho de Cataluña, que supone la supresión y desaparición de los antiguos *ambitus* entre las edifica-

(92) Se refiere a la servidumbre mediante lucerna y a la de «degotis» o desagüe.

(93) Incluso la forma de expresión recuerda la dicción empleada por el artículo 546, número 3.º, del Código.

(94) Prácticamente igual que el artículo 172, II, del Proyecto. Retoques de redacción.

(95) Sin embargo, con respecto a las demás se llegará a la misma solución por aplicación del artículo 546, 3.º, del Código (con la modificación de los treinta años) o simplemente por aplicación de la norma que sanciona la extinción por prescripción de treinta años (art. 344, inciso 2.º de la Compilación).

(96) ¿Qué sucederá si la lucerna se había adquirido por usucapión y los predios vienen a tal estado que deviene imposible su uso? Formalmente tal vez no proceda aplicar el artículo 284, II, puesto que sólo se refiere a la servidumbre *ex titulo*. De todas formas se llegaría a igual solución aplicando el artículo 344 (prescripción de treinta años) o el artículo 546, 3.º, del C. c. con la modificación indicada en la nota anterior.

ciones, el de que todo el que quiera edificar tiene en principio la facultad de aproximar su pared a la del vecino, de largo o de través. Esta facultad es el derecho de aproximación o «derecho de *atans*».

El derecho en cuestión se formulaba en la ordenación 39 diciendo que «cualquiera pueda tener aproximación (*atans*) de largo o de través a la pared de su vecino, aunque la haya hecho y la tenga por suya». El mismo principio, permisivo de la aproximación, se establece en las ordenaciones 1 y 2 y en el capítulo 58 del «*Recognoverunt*» (97).

El derecho de *atans* es mantenido y reconocido expresamente por la Compilación, en la que, además, se da un sentido de generalidad a la idea de respeto a las servidumbres (98). Se reconoce, pues, el derecho de aproximación, pero al mismo tiempo se impone a quien hace uso de él el deber de respetar las servidumbres. Dice con la orientación apuntada, el artículo 290 que «todo propietario podrá construir una pared aproximándola o adosándola de largo o de través a la pared vecina, sea o no medianera, con obligación de respetar las servidumbres existentes» (99).

Este derecho de *atans* o derecho de aproximación, cuya naturaleza no parece sino la de una concreta facultad dominical por derecho de vecindad, corresponde en principio a todo dueño de un terreno que se proponga edificar. La facultad de aproximación, no obstante, puede quedar restringida por una de estas dos circunstancias: 1.^a) Porque el que construye la pared decida abrir en ella ventanas, en cuyo caso, para dar cumplimiento al principio de vecindad recogido en el artículo 293, habrá que dejar la androna o distancia a que se refiere la propia norma. 2.^a) Porque el vecino ostente una servidumbre de luces o vistas sobre el predio del que construye la pared indicada. Esta segunda hipótesis es la que se ha previsto de forma genérica en el artículo 290, al condicionar al respeto de las servidumbres el ejercicio absoluto del derecho de «*atansarse*». De ella nos vamos a ocupar a continuación al examinar la eficacia concreta de la servidumbre, en la que se manifiesta precisamente el contenido legal del gravamen (100).

(97) Textos en los que, además, se precisa que la facultad de aproximación es sin perjuicio del respeto debido a las posibles servidumbres, criterio que, como ahora mismo veremos, comparte la Compilación. En el «*Recognoverunt*» se decía: «Cualquiera puede acercarse de largo o de través a la pared del vecino como no cause impedimento a las lucernas de éste que estuvieren allí por espacio de treinta años o las tuviere en fuerza de instrumento» (cap. 58). A las ordenaciones 1 y 2, por señalar ya en qué consiste el respeto a la servidumbre, nos referiremos más adelante.

(98) En el Derecho anterior, de una forma expresa, sólo se hablaba del respeto a las lucernas. Vid. nota 97.

(99) Equivalente al artículo 173 del Proyecto.

(100) Cuando concurren las dos circunstancias enumeradas en una misma hipótesis parece claro que la androna que impone la servidumbre del vecino (art. 295) puede desempeñar también la función de androna

B) *Eficacia concreta de la servidumbre.*—Los efectos concretos y el contenido específico de la servidumbre de luces o vistas radican en atenuar el principio, fundamental en materia de vecindad, de que no se pueden tener vistas sobre el fundo vecino ni tomar luz de él, a no ser que antes las vistas se tengan sobre el propio o se tome la luz de éste (art. 293, I). Quebrando el postulado anterior la servidumbre faculta a su titular para tener esas vistas o para tomar esas luces que la norma excluye. En esta facultad plasma en concreto el contenido del gravamen, que pasamos a examinar distinguiendo entre servidumbre de luces y servidumbre de vistas, y separando, como siempre, el Derecho anterior y las normas de la Compilación.

a) Con anterioridad a la Compilación el efecto o contenido de la servidumbre de luces consistía en obligar al titular del predio sirviente, cuando edifica, a dejar una androna de cuatro palmos de destre en cuadro (101). Se referían a la cuestión las ordenaciones 1 y 2. En la ordenación 1 se comenzaba reconociendo el derecho de *atans* y, después de haber dicho que «cualquiera pueda tener aproximación en pared propia o común, en pared cerca de su vecino, a lo largo y al través», se añadía textualmente: «y exceptuada la ventana lucerna poseída allí por treinta años en sana paz y sin contradicción de aquél y de los suyos». El contenido de esta excepción a la facultad de aproximar se indicaba en la ordenación 2, al decir que «si la hubiera poseído durante treinta años, o la hubiese recibido mediante documento, y el vecino quiere tener en ella aproximación edificando (*atans obrant*), que se haya de alejar de la dicha lucerna o lucernas cuatro palmos de destre en cuadro». De esta regla, que la ley aplicaba específicamente a la lucerna, indujo la doctrina un principio general aplicable en todo caso de servidumbre de luces. Existiendo, pues, una servidumbre de este tipo, fuere mediante lucerna o mediante otra clase de ventana (típica o atípica), el efecto de la misma consistía en la obligación del predio sirviente de dejar la indicada androna de los cuatro palmos de destre en cuadro (102).

No se resolvía en el Derecho anterior de una manera com-

impuesta por el propio deseo de abrir huecos en la pared que se construye (art. 293). Confirmación: artículo 295, I, al final (posibilidad de abrir ventanas que «den» a la androna derivada de la servidumbre del vecino). Cfr. más adelante.

(101) Lo mismo que si él por su parte hubiese decidido abrir huecos en la pared que construye (cfr. más atrás, II, 1, C). Para apreciar el efecto de la servidumbre basta pensar en la posición jurídica del titular del predio sirviente. De no haber servidumbre ha de dejar la androna si él abre huecos (lo mismo que el vecino habría de dejarla si también los abriese). En cambio, existiendo servidumbre, tiene que dejar la androna tanto si abre como si no abre huecos, ya que entonces la androna tiene su razón de ser en la servidumbre del vecino más que en los huecos que él vaya o no a abrir. Lo cual no quiere decir que, si los abre, no pueda aprovecharse de la misma androna que ya existe (siempre que por su parte resultara cumplida la distancia legal *ex iure vicinitatis*).

pleta el problema del efecto concreto de la servidumbre de vistas. Únicamente se contaba al respecto con la oscura y debatida ordenación 46, relativa a la *finestra a cantó*. Teniendo en cuenta el que parecía ser su verdadero significado (103), se había entendido que en todo caso de servidumbre de vistas, fueran rectas u oblicuas las que la ventana prospectiva proporcionase, había que alejarse de dicha ventana seis palmos de destre. Doctrinalmente parece que ésta era la solución correcta (104). Sin embargo, en la práctica se adoptó otra distinta, distinguiendo las vistas oblicuas de las rectas. En el primer caso se aplicaban los indicados seis palmos de destre; en el segundo, la misma solución que si se tratase de ventana luminar, o sea, los cuatro palmos de destre (105) (106).

b) Al determinar los efectos de la servidumbre la *Compilación* distingue expresamente entre servidumbre de luces y vistas y servidumbre sólo de luces. Partiendo de esta separación dice el artículo 295: «Si un predio tiene constituida a su favor servidumbre de luces o de vistas (107), el dueño del terreno vecino que quiera edificar deberá dejar frente a la misma la androna a que se refiere el artículo 293, salvo que otra cosa establezca el título de constitución; pero podrá abrir ventanas que reciban luz por dicha androna.—Si la servidumbre es sólo de luces podrá incluso edificar dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco que da luces» (108). Unas palabras sobre cada una de las dos servidumbres.

Servidumbre de vistas. El dueño del predio sirviente ha de dejar la oportuna androna que, por la remisión al artículo 293, es de un metro en cuadro, pareciendo indiferente que la servidumbre proporcione las vistas rectas u oblicuas.

¿Desde dónde se computa la androna? Nada dice la norma. En el Derecho anterior se venía aplicando la regla de que el dueño del predio sirviente había de alejarse «de la ventana» la distancia correspondiente (109). No hay razón para no seguir

(102) Los cuatro palmos de destre equivalían aproximadamente a unos 94 centímetros, como ya se indicó. Huelga recordar que cuando no se tratara de lucerna la servidumbre no podría haberse adquirido por usucapión.

(103) Cfr. más atrás.

(104) Entre otras razones, porque la ordenación 46 era la única que de una forma específica se refería a las servidumbres de vistas. Ya dijimos que las *finestras a cantó* eran ventanas prospectivas.

(105) La razón de la mayor distancia en las vistas oblicuas radicaba en que por éstas se estimaba más hacedero el paso de una finca a otra. Ventanas prospectivas equivalen a aberturas «por las que pueda pasar algún hombre». Recuérdese lo dicho en la ordenación 61.

(106) En el valle de Arán la androna era de nueve palmos araneses, que significaban 2,142 metros. Vid. nota 5.

(107) Debe entenderse «luces y vistas». El párrafo II del propio artículo lo demuestra. En realidad, con haber dicho únicamente «vistas» bastaba: las luces van comprendidas en ellas.

(108) Idéntico al artículo 185 del Proyecto.

(109) Tratándose de servidumbre de luces mediante lucerna, en la or-

manteniendo la misma práctica. El obligar al dueño del predio sirviente a contar la androna *ex servitute* desde la línea de separación de las fincas parece excesivo. Lo que sí resulta claro es que si el que construye quiere a su vez tener o abrir ventanas deberá en todo caso quedar cumplida la distancia legal que, como norma de vecindad, establece el artículo 293 (110). Si, aplicando la regla general sobre el cómputo, esa distancia no resultare observada, el dueño del predio sirviente habrá de «adentrarse» más en su terreno, ya que entonces concurren la obligación de alejarse de la ventana *ex servitute* y el deber de adentrarse en su predio *ex vicinitate*.

Servidumbre de luces. Se permite construir dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco por el que se ejerce la servidumbre. Esto, en la práctica, significa que la androna se deja no desde el suelo, sino desde el borde inferior de la ventana: se deja, pues, desde más arriba que en el caso de la servidumbre de vistas. A partir de la altura en cuestión la problemática es ya la misma.

Diremos, para terminar, lo siguiente: Comparado con el artículo 585 del C. c. el artículo 295 de la Compilación es más completo y más preciso. Más completo por referirse a los efectos de la servidumbre de vistas y a los de la de luces. Más preciso por concretar geoméricamente la «distancia»; distancia «en cuadro», mientras que el C. c. sólo habla de «distancia». Finalmente es menos riguroso al señalar una distancia menor en dos metros.

«distancia» se hablaba de alejarse «de la dicha lucerna o lucernas» cuatro palmos de destre en cuadro.

(110) Siendo ventanas para luces no parece precisa la observancia de esa distancia, puesto que habiendo androna derivada de la servidumbre se concede en términos generales (art. 295, 1, al final) la facultad de abrir huecos lumináres. De ser preciso guardar la distancia del artículo 293 la norma que comentamos era del todo superflua, al conceder al dueño del predio sirviente un derecho que ya tenía (art. 293).