

Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña

(Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)

SUMARIO: PARTE PRIMERA: DERECHO DE VECINDAD: a) Introducción; b) La vecindad. I.—LA VECINDAD COMO CONTIGÜIDAD Y COLINDANCIA DE LOS PREDIOS: a) Determinación de los límites de las propiedades contiguas; b) Intercomunicación utilitaria de los espacios limitados; c) Las limitaciones ontológicas al Derecho de propiedad derivadas de la contigüedad o vecindad. II.—LA VECINDAD COMO INTEGRACIÓN EN UNA COMUNIDAD SOCIAL. III.—SOBRE LA CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.—PARTE SEGUNDA: LA REGULACIÓN DE LA MEDIANERA DE CARGA: a) Concepto; b) Caracteres de la medianería; c) Contribución de los gastos de construcción y mantenimiento de la medianera; d) Contenido de los derechos y obligaciones derivados de la medianera de carga; e) Presunciones legales favorables y contrarias a la existencia de medianera.—PARTE TERCERA: LA REGULACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PRE-DIALES: a) Concepto; b) Naturaleza jurídica: acción confesoria; c) Adquisición de las servidumbres; d) Contenido del derecho de servidumbre; e) Extinción de las servidumbres; f) Clases de servidumbres según su forma de constitución; f^o) Las servidumbres forzosas: 1. Servidumbre de paso y 2. Servidumbre de redes aéreas y de conducciones superficiales y subterráneas; f^o) Servidumbre voluntaria de luces y vistas.—PARTE CUARTA: LA REGULACIÓN DE LAS INMISIONES Y ACCIÓN NEGATORIA: a) Caracteres de la acción negatoria de la nueva ley catalana; b) Concepto de la acción negatoria; c) Clases de inmisiones; a^o) Atendiendo al diferente grado de resarcimiento: 1. Según que intervenga o no dolo o culpa de parte del perturbador. 2. Según que sean o no dirigidas especialmente al fundo vecino. 3. Según que sean inocuas o sustanciales. 4. Según que provengan o no de instalaciones autorizadas administrativamente y 5. Según que sean consecuencia o no del uso normal del predio perturbador y afecten exageradamente o no al producto del predio o al uso normal del predio perturbado; b^o) Atendiendo a las características,

contenido y finalidad de la inmisión o perturbación: 1. Según que afecten directamente a las fincas o a las personas. 2. Según que puedan suponer el ejercicio de un derecho de servidumbre o no y 3. Según que su círculo de influencia sea concreto o **generalizado**.—**PARTE QUINTA: LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD DERIVADAS DE LA CONTIGÜIDAD DE LOS PREDIOS: LAS RELACIONES DE VECINDAD:** a) Naturaleza jurídica: El problema de la prescripción de las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad; b) Supuestos: 1. Derivadas del mismo hecho de los límites entre los predios. 2. Por razón de luces y vistas. 3. De las distancias para ciertas construcciones. 4. De las distancias para plantaciones, y 5. De las aguas que bajan de un predio a otro.

PARTE I: DERECHO DE VECINDAD

A) INTRODUCCIÓN

La Ley 13/1990, de 9 de julio, publicada en el *BOE* el día 1 de agosto de 1990 se enmarca en la progresiva y deseable reforma del Derecho civil catalán, desgraciadamente anquilosado en los preceptos de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña. Aunque resulta novedosa en diversas cuestiones lo cierto es que algunos de sus artículos tienen sus antecedentes en las soluciones aportadas por el Derecho Romano, en las Constituciones y Ordinaciones de Sanctacilia (1), recopiladas en el siglo XIV por un práctico conocido con el nombre de Sancta Cilia y posteriormente incluidas en el Libro IV, Título II, capítulo 1.º del volumen 2.º de las Constituciones y altres drets de Catalunya; y, también, fundamentalmente en materia de servidumbres, en el Código Civil español, y de inmisiones en el Código Civil alemán.

A diferencia de los artículos de la Compilación, ahora derogados (artículos 343 y los artículos 283 y siguientes hasta el 295), que no obedecían a una sistemática, y que debían entenderse en el sentido de los compiladores del derecho foral; la ley catalana actual en la materia comentada si pretende conformar un cuerpo único y cerrado, cuya integración se hará

(1) Para un análisis histórico ver entre otros JOSÉ PELLA y FORGAS, *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sanctacilia*, Barcelona, 1901. Este mismo autor, en *ob. cit.*, págs. 192 a 196, nos hace un breve estudio histórico de las Ordinaciones, señalándonos cómo todos los tratadistas admiten que las Costumbres de Barcelona sobre servidumbres rigen en todo el Principado, excepto en Tortosa, habiendo influido en Mallorca, donde han regido como formando parte de los privilegios y franquicias admitidas desde antiguo y que respetó Felipe V, llegando a por el "espíritu esencialmente práctico de sus disposiciones, gracias a la fama que gozan entre los constructores, informar algunos artículos del Código Civil español".

tomando en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituye la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico catalán y *sólo de formasupletoria los preceptos del Código Civil*

La ley dedica cuatro capítulos (de la acción negatoria y las inmisiones, servidumbres, medianera de carga y relaciones de vecindad) y tres disposiciones (una derogatoria de los artículos de la Compilación relativos a la materia; y dos transitorias, relativas a las paredes de carga que son medianeras y a las plantaciones).

B) LA VECINDAD

Los seres humanos vivimos en sociedad, en comunidad, estamos en contacto unos con los otros en términos jurídicos. Es indudable que la relación jurídica de una persona con otra, aunque tiene que desarrollarse en uno o varios espacios, no tiene su razón de ser en la existencia de dicho espacio, sólo lo utiliza como dimensión y como elemento relevante en la aplicación de un ordenamiento jurídico (un comerciante inglés y un comerciante español se relacionan "desde dentro" de sus espacios territoriales y en un espacio internacional, pero su relación no viene determinada por dicho espacio, aunque si regida por las normas de uno o de otro o de un tercero, inclusive).

I. LA VECINDAD COMO CONTIGÜIDAD Y COLINDANCIA DE LOS PREDIOS

Las personas en sociedad, acotamos el espacio y ejercemos un señorío sobre dicho espacio. Todo ello plantea una serie de problemas que podemos resumir en:

a) *Determinación de los límites de las propiedades contiguas*

"El límite" entre dos fincas no es una cosa corpórea, sino abstracta: el límite carece de espacio por la misma razón de que es la propia definición del espacio. Así pues, un espectador, ajeno a los colindantes, a la vista de una pared de cerramiento o de carga, puede deducir que hay un límite de propiedades, pero no puede saber si dicha pared es de uno de los vecinos o es compartida por los colindantes, si se encuentra en terreno de uno o de dos, o si se encuentra más en el terreno de uno que en el del otro. Y muchas veces, ni siquiera los propios vecinos lo saben ciertamente, al

haber sucedido (*monis causa* o *inter vivos*) a otros, que puede que no fueran los edificadores de la pared. El espacio de un fundo (entendido como el objeto del señorío del *dominus*) se convierte algo no estático, sino "relativo", o probabilístico, que va variando en función del tiempo, de la misma forma que el tiempo varía en función del espacio. Por otra parte, la fe pública registral sólo se extiende a la protección del titular registral, pero no da seguridad acerca de los límites o extensión de las fincas. El Derecho intenta, no obstante, dar seguridad a la posible inseguridad proveniente de estos "espacios relativos", a través de diversas fórmulas:

1. Concediendo la *actio finium regundorum* romana del artículo 384 del Código Civil a los propietarios colindantes para que puedan establecer los límites de sus propiedades (2). Así MARTÍN WOLF (3) nos indica "el deslinde es una transformación de la propiedad posible en propiedad efectiva que se basa en la probabilidad o en la equidad. Este derecho de deslinde y el consiguiente derecho de amojonamiento se basa, como dice algún autor, más que en el derecho de propiedad en 'le droit du particulier a s'affirmer chez lui'" (4).

2. La tolerancia de las construcciones extralimitadas cuando se den ciertas condiciones, y a través de diversas fórmulas, que derogan en parte el principio básico romano de *superficies solo cedit*, dando lugar a toda la problemática de la accesión invertida (5).

(2) Señala HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, págs. 151 a 165, que el deslinde es una institución jurídica del derecho de vecindad: por una parte, porque no puede hacerse sino con el consentimiento de los colindantes; y por otra, porque se sustenta en la colindancia de los predios y es esta una de las fuentes generadoras del derecho de vecindad. Nos dice este autor que los hitos o mojones son la clase de signos que, por su conexión con la realidad se consideran señales designativas de la colindancia. Y por último, señala HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pág. 163, que el derecho de cerrar las fincas rústicas consiste en separar y apartar por medio de algo tangible y continuado una finca de otra.

(3) MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 379.

(4) ALEX WEILL, citando a J. P. GRIDEL, *ob. cit.*, pág. 241.

(5) Se ha señalado por la doctrina clásica alemana que las construcciones que invaden la finca vecina serían verdaderas limitaciones de dominio. En determinados casos y siempre que se den varios requisitos (traspaso de límites por el propietario del fundo vecino, sin dolosidad o negligencia, y sin protesta a tiempo del otro vecino), éste ha de *tolerar* la construcción extralimitada. "El deber de tolerancia entra desde entonces en el 'contenido de la propiedad' de la finca invadida. Correlativamente se amplía el contenido normal de la propiedad de la finca *invasora*", dice MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 366. Una consecuencia importante de esta concepción es que el deber de soportar la construcción extralimitada se extingue con la demolición de ésta y el que la construyó no tiene derecho a reedificarla, no adquiriendo la propiedad del suelo; lo que no ocurre en nuestro Derecho (Sentencias clásicas de 30 de junio de 1923, 16 de mayo de 1959, 17 de junio de 1961).

3. Permitiendo o imponiendo el cerramiento de los espacios para evitar la confusión de los límites entre las fincas, y estableciendo unas presunciones favorables o contrarias a la "medianería", a la comunidad.

4. Regulando a través de diversas instituciones el régimen jurídico del elemento corpóreo que representa el elemento abstracto del "límite", bien sea de un propietario o de otro, o de las dos partes iguales o a partes desiguales, o en mancomunidad.

b) Intercomunicación utilitaria de los espacios limitados

Pero la definición de los "límites" de las propiedades no conlleva que los espacios definidos se conviertan en independientes. Necesitan la "utilidad", no necesariamente en términos económicos, del espacio vecino que no tiene porque ser siempre el colindante: a veces, para pasar a través de él; a veces, para trasladar las aguas por el mismo o para vertirlas; y en ocasiones, para actividades inmateriales, como ver o recibir luces por dicho espacio. Esta interconexión o intercomunicación de los espacios definidos no puede ser desconocida por el Derecho y, efectivamente, no lo ha sido: el Derecho romano creó y reguló las servidumbres para que un predio pudiera aprovecharse de las "utilidades" parciales del colindante o de los vecinos en general.

En ocasiones, el convenio entre los particulares no es posible, y el Derecho tiene que definir que necesidades de un predio son básicas para el mismo y tienen que ser facilitadas por los vecinos, quieran o no, imponiendo las llamadas servidumbres forzosas de utilidad privada. Al mismo tiempo, el Derecho crea los sistemas de protección frente a estas exigencias del vecino (acción negatoria clásica) o frente a los desconocimientos de estos derechos (acción confesoria).

c) Las limitaciones ontológicas al Derecho de propiedad derivadas a la contigüidad o vecindad

La definición de los "límites", como hemos dicho, no convierte a los espacios definidos en independientes en términos de "utilidad", ni al dueño de los mismos extraño a las propiedades vecinas. Su derecho de propiedad se encuentra limitado ontológicamente por el derecho de propiedad de los otros dueños; aparece pues frente al límite físico el límite jurídico, frente al espacio limitado, pero interconectado con los otros, el dominio limitado por la vecindad de los otros. Y este límite demanial no puede ser otro que

la concreción del no dañar al otro (6). En este punto el Derecho actúa en doble sentido:

1. Presumiendo *iure et de iure* que determinadas conductas realizadas en el predio de una persona pueden dañar al colindante y, por tanto, prohibiéndolas. Todo ello sin perjuicio de que los colindantes puedan llegar a otros acuerdos, ignorándolas o variándolas (no pueden plantar árboles en una finca a una determinada distancia de la contigua, salvo que los interesados establezcan lo contrario).

2. Protegiendo a los fundos y a las personas de los mismos de las conductas de los vecinos, no necesariamente de los colindantes, que pueden resultar perturbadoras o perjudiciales, aún cuando aisladamente consideradas no representen más que el ejercicio del derecho de propiedad de dicho vecino y, por tanto, limitándole. Esta protección se efectúa especialmente por razones de vecindad y tiene su razón de ser ella, pero no debe impedir otro tipo de responsabilidades extracontractuales (y a veces, contractuales).

II. LA VECINDAD COMO INTEGRACIÓN EN UNA COMUNIDAD SOCIAL

A las personas se les ha permitido el acotamiento de sus espacios y en cierto modo que puedan establecer sus reglas para relacionarse con sus vecinos; pero no por ello dejan de vivir en comunidad con los otros. En este sentido, podemos decir que toda persona es vecina de otra, miembro de la misma comunidad. Ahora bien, estamos ante dos situaciones muy diferentes que no pueden ni deben confundirse.

En las sociedades agrarias y de pequeñas interrelaciones sociales surgieron las normas reguladoras de la vecindad en el primero de los sentidos expresados, aunque no ignoraron las segundas. Las sociedades industriales y postmodernas han generado numerosas restricciones a la propiedad en aras de su función social, pero no han olvidado aquellas primeras normas

(6) HERNÁNDEZ GIL, en "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 89. Distingue este autor, en *ob. cit.*, págs. 96 y 97, entre límites, que serían los que conforman normalmente la propiedad; limitaciones, que concurren como los límites a determinar el contenido del derecho de propiedad, si bien no con carácter general, sino ante determinadas situaciones en las que interviene directamente el ordenamiento jurídico para prevenir y resolver conflictos de intereses, bien con el fin de subordinar el interés privado al público o bien con el fin de conciliar los intereses privados; y los derechos reales limitados, que reducirían el contenido del derecho de propiedad sobre el que recaen. Las relaciones de vecindad son limitaciones legales de la propiedad. La clasificación señalada es admitida por la doctrina (así LACRUZ BERDEJO, ALONSO PÉREZ).

surgidas en otro tipo de sociedad, pero que pueden ser perfectamente utilizadas en la nuestra. Prueba de ello es la nueva normativa catalana, modelo de que lo antiguo no está reñido con lo moderno, de que las soluciones de una sociedad de la Baja Edad Media son perfectamente aplicables a una Cataluña de finales del siglo XX. Su lectura nos permite encontrarnos con la problemática clásica de hace dos mil años y a la vez enfrentarnos con las nuevas tecnologías y los avances de la Edad Contemporánea.

Esta distinción entre la vecindad entendida en el sentido vulgar, pero exacto de problemas surgidos de la colindancia y contigüedad de las propiedades y la vecindad como integración en una comunidad social no siempre han sido perfectamente distinguidas por la doctrina, quizá influida por la legislación vigente. En efecto, el legislador de Código Civil configuró dentro de las servidumbres las llamadas de utilidad pública (la llamada servidumbre de interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento y del camino de sirga del artículo 553; la de saca de agua y de abrevadero de los artículos 555 y 556; o bien, la servidumbre de paso para ganado y las de abrevadero, descansadero y majada del artículo 570), contraponiéndolas a las de utilidad privada (que como ha indicado la doctrina y veremos más adelante comprenden servidumbres propiamente dichas y limitaciones del dominio). La doctrina moderna habla de "servidumbres administrativas", o de "limitaciones de la propiedad por su función social", para crear una categoría de las antiguas servidumbres de utilidad pública. Pero a pesar de la utilización de una figura jurídica clásica para configurarlas nos encontramos ante otra problemática muy diferente a los problemas derivados de la vecindad, que conllevará la aplicación de un Derecho distinto (Derecho privado y Tribunales comunes, unas; Derecho Administrativo, y Tribunales contencioso-administrativos, otras).

Es cierto que existe una norma de "policía de vecindad": El "pub" se rige por una normativa administrativa en cuanto a sonidos y horas de apertura y cierre; no se puede edificar sino hasta una altura determinada; o no se pueden vertir las aguas residuales sino en determinadas condiciones marcadas por la correspondiente licencia; o no se pueden plantar andamios en la calzada sino con determinados requisitos fijados por la Administración municipal; o hay que respetar unas distancias cerca de las carreteras o de las autopistas para la edificación o construcción; se fijan la extensión de los huecos y de las aperturas; se reglamenta la responsabilidad de las centrales térmicas o nucleares por la emanación de fluidos y humos, y se les exigen determinadas limitaciones o restricciones a su derecho de propiedad. Todas estas normas públicas de "policía de vecindad" nos recuedan (y como hemos dicho muchas veces se utiliza la misma técnica jurídica) a

las normas de vecindad "privada"; pero entiendo que el bien protegido en las primeras es la comunidad en general, si bien se aplican concretamente a un sector de dicha comunidad; mientras que las segundas protegen intereses privados. Puede haber concurrencia, pero no debe haber confusión. La nueva ley catalana nos da una imagen de ello al señalar que puede haber inmisiones que provengan de instalaciones administrativamente autorizadas y que, sin embargo, puedan ser objeto de indemnización (artículo 3.5).

III. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA DE UN DERECHO DE VECINDAD: PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

No dudamos que puede configurarse un derecho de vecindad omni-comprendivo de toda la problemática descrita en los dos apartados anteriores, y desde luego la persona que quiera saber qué es lo que puede hacer y no en su propiedad tiene que acudir al Ayuntamiento y al Notario (permítaseme esta contraposición a efectos puramente dialécticos, pero quizá muy vividos en la calle). Mas entiendo que debemos circunscribir este derecho de vecindad al primero de los aspectos que hemos tratado, es decir, como regulador de los conflictos de intereses privados que pueden surgir como consecuencia de la delimitación, colindancia y contigüidad de los predios (7). La ley catalana que comentamos se dirige a esta última cuestión (8) (8 bis).

(7) ALEX WEILL, *ob. cit.*, pág. 228 y siguientes nos señala como por una parte tenemos la propiedad individual y las relaciones de vecindad (*rappports de voisinage*), donde el derecho ha aplicado dos técnicas jurídicas para la armonización de los intereses de los propietarios vecinos: una procedente del derecho de bienes y otra derivada de la responsabilidad civil. En cambio, las técnicas para restringir el derecho de propiedad individual en función del interés colectivo se han obtenido del derecho privado, pero ello no supone que siempre sea así (por ejemplo, las nacionalizaciones o las expropiaciones). Y señala como "Des cette époque, il est donc clair qu'il existe des restrictions au droit de propriété individuelle; et il est non moins clair que ces restrictions ne sont pas dues seulement à la nécessité d'aménager de manière harmonieuse, les relations de voisinage. Des considérations de plus grande ampleur expliquent déjà l'existence de restrictions plus ou moins profondes, par exemple en matière maritime ou forestière (pág. 278). MARTI BAGUE, *ob. cit.*, hace una configuración cuatripartita al exponer la materia de las servidumbres y limitaciones generales a la propiedad inmobiliaria: servidumbres públicas administrativas; servidumbres legales de interés privado; intervencionismo de la Administración pública en favor de un interés público e intervencionismo de la Administración privada en interés privado (limitaciones de la propiedad).

(8) Precisamente los elaboradores del anteproyecto de ley barajaron varios títulos de la ley. Uno primero, sería "Llei núm.../1988, primera, segona y tercera u de... de... sobre propietat immobiliària", que sugerirían, como dice ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 313, una idea rectora, una política institucional a largo término, manifestando la voluntad de establecer un código inmobiliario en Cataluña sobre los derechos reales.

(8 bis) Así PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *Institucions*, pág. 234, hablan de que los

Así pues, la expresión "derecho de vecindad" es ambivalente y puede entenderse en un sentido amplio o bien estricto. También lo es la expresión "relaciones de vecindad", referida en algunos casos a las relaciones que pueden originar este derecho de vecindad y otras, como en la ley catalana, en un sentido de limitaciones derivadas de la contigüidad o proximidad de las fincas.

La doctrina nos ha dado diferentes definiciones del derecho de vecindad, en uno u otro de los sentidos expresados. Así, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (9) señala que "la expresión relaciones de vecindad es un enunciado teórico utilizado para catalogar y explicar ciertas situaciones y efectos que tienen por base la contigüidad o la proximidad en que pueden encontrarse determinados bienes inmuebles, lo que da lugar, como consecuencia, a limitaciones concernientes al contenido y al ejercicio del derecho de propiedad. El concepto, tanto en su dimensión lingüística como jurídica, es ajeno a la terminología, al contenido y al sistema del Código Civil que, sin embargo, configura y dota de regulación a supuestos de hecho principalmente al ocuparse de la propiedad, de las servidumbres legales y de la responsabilidad civil extracontractual, que son perfectamente reconducibles a esta categoría dogmática que, como tal, desconoce". Y define el derecho de vecindad como el "conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos vecinos".

Señala también HERNÁNDEZ GIL que la proximidad da lugar a las relaciones de vecindad, que pueden entenderse con una significación real, donde la colindancia tiene un significado riguroso, a la vez físico y jurídico, pues hace referencia al efectivo contacto entre fincas distintas; o con un significado obligacional, donde falta una relación previamente establecida como tal y falta también el derecho a declararla constituida y donde la proximidad no se manifiesta como una relación jurídica con presencia en el contenido de la propiedad. En estos casos, la relación de vecindad se desdibuja o desaparece: no hay una relación entre fincas limitativas de los correspondientes derechos de propiedad.

límites del derecho de propiedad establecido en interés privado se llaman también relaciones de vecindad.

(9) HERNÁNDEZ GIL, en "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 89.

PARTE II: LA REGULACIÓN DE LA MEDIANERA DE CARGA

No es ocasión en este trabajo entrar en la naturaleza jurídica de la llamada por el texto común "servidumbre de medianería", pero sí indicar que la totalidad de la doctrina siempre ha estado de acuerdo en que no nos encontramos técnicamente ante una servidumbre (10).

El nuevo texto catalán (11), como hemos indicado anteriormente, separa de la regulación de la servidumbre las situaciones de paredes medianeras, distinguiendo dos situaciones diferentes: por una parte, la pared medianera de carga, que es la que sirve o va a servir de elemento sustentador de una edificación o de una construcción que efectuada en el interior de una finca tiene dicha pared sustentadora en el "límite" con otra y otras fincas (dicha pared tendrá, en principio, "el grueso correspondiente, la mitad en el terreno propio y la otra mitad en el del vecino o vecinos

(10) La doctrina ha considerado que nos encontramos ante una propiedad exclusiva de cada mitad de la pared medianera, ostentada por cada uno de los propietarios del suelo donde la pared se alza, existiendo una reciprocidad de restricciones en dichas propiedades, cada una en interés de la otra, y dándose una comunidad de utilización (así PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 135 a 137, que tiene en cuenta a ALBADALEJO y PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS). Ya WOLF, *ob. cit.*, pág. 381, con base en la doctrina alemana, había indicado que si la instalación medianera se encuentra en la misma línea divisoria, se aplica el principio de "superficies solo cedit", y cada vecino es propietario exclusivo de la parte que se halle en su terreno, pero ambos vecinos tienen un derecho común de uso sobre toda la instalación. Otros más concretamente hablan de que la medianería no es una servidumbre legal, sino una comunidad especial que tiene una regulación propia, apartada en numerosos puntos de la comunidad de bienes, aunque a ésta debe acudir para completarla en lo que consienta su peculiar objeto (así DÍEZ PICAZO y GULLÓN, "Sistema...", *ob. cit.*, págs. 400 y 401). También JUAN ROCA, *ob. cit.*, pág. 173, dice, considerando que es la doctrina mayoritaria, que nos encontramos ante una institución singular, forma especial de la propiedad basada en las relaciones de vecindad y que supone una comunidad de intereses en su utilización. BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 175, nos indican como los propietarios de fincas vecinas pueden construir paredes juntas, pero cada cual en su terreno, que atribuyen a cada propietario el dominio absoluto de la pared que está construida en su terreno; paredes comunes, que producen un verdadero condominio, sujeto a las reglas de la institución; y paredes medianeras, que constituyen una comunidad especial que los golosadores expresan en la palabra "communio pro divisi", y que viene a ser una servidumbre legal recíproca. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, pág. 245, hablan de que la medianera de carga es una manifestación de las relaciones de vecindad, centrada en el supuesto de una comunidad de utilización de la pared medianera.

(11) La doctrina catalana anterior a la Compilación distingue al tratar de las paredes entre predios vecinos dos situaciones. Por una parte, la comunidad *pro diviso*, que originaba la situación de las paredes medianeras, en las que cada uno de los propietarios podía aprovecharse de las mismas, aunque sólo hasta la mitad de su espesor; y por otra parte, las comunidades *pro indiviso*, en las que los propietarios se comportaban como en una comunidad de bienes normal, pudiendo cargar sobre la misma en todo su espesor, y rigiéndose según las normas de la comunidad (así PUIG FERRIOL y ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS, comentado a PELLA, *ob. cit.*, pág. 100). Así también BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, en nota anterior.

interesados", según indica el artículo 29.2 *in fine*), y por otra, la pared de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta una altura mínima de dos metros, que es la que sirve o va a servir de elemento separador de fincas y que debe entenderse que se realiza, al igual que la anterior, en el "límite" (de ahí que el artículo 34.2 entienda que "el suelo de la pared divisoria será medianero", con lo que implícitamente se está remitiendo a lo dispuesto en el artículo 29.2 *in fine*).

La Ley 13/1990, de 9 de julio, a diferencia del Código Civil y de la legislación foral (12) anterior (13), separa radicalmente las situaciones y las relaciones jurídicas generadas por la existencia de los "límites" entre las propiedades y la necesidad de delimitarlas y aprovecharlos económicamente. La pared medianera de carga queda regulada en el capítulo III de la ley, mientras que las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares, lo son en el capítulo IV, dentro de las relaciones de vecindad de los predios. La medianera de carga se configura con un origen voluntario ("los propietarios confrontados podrán acordar establecer la medianería"), que dará lugar a una situación de comunidad *sui generis*; mientras que el cerramiento de patios, huertos, jardines y solares se configura con un eminente carácter forzoso, derivado de las exigencias del derecho de propiedad y de los límites ontológicos del mismo ("la medianería será forzosa", dice el artículo 34.1), aunque también se llegará a una situación de comunidad *sui generis*, en la que podrán aplicarse alguna de las normas del capítulo III, relativo a la medianera de carga. No obstante, puede convenirse también el régimen jurídico de las paredes de cerramiento entre los propietarios de las fincas colindantes.

(12) Señalan PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, págs. 101 y 102, cómo el carácter forzoso de la medianería no era muy claro antes de la Compilación. Las *Ordinacions* imponían la medianería con respecto a ciertas paredes, como en las paredes de cierre de terrados de igual altura, huertas o jardines (0: 12, 22, 23, 43, 45): se podía obligar al vecino a tener que dejar la mitad del terreno para la edificación de la pared. También cuando alguien quería edificar en su terreno y encontraba levantada en el límite la pared del vecino, podía constituirse una medianería con carácter forzoso. Pero fuera de estos casos no era forzosa. No obstante, PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 227 y 228, manifiestan que el derecho catalán supone una excepción radical y profunda sobre el derecho romano, que tiene sus orígenes en el derecho consuetudinario de la Edad Media (excepto Castilla, que en su Fuero Real, sólo admitía el carácter forzoso en las paredes de cierre de heredades), como en las costumbres de París, Orleans, Roma, Urbino, o la costumbre catalana de Perpiñán. Todo ello prueba, dice PELLA y FORGAS, una corriente poderosa del derecho consuetudinario que se impuso y borró el derecho clásico, sin duda, impulsada por la necesidad de reducirse las ciudades a causa de las fortificaciones.

(13) Las *Ordinacions* recogen una norma de derecho consuetudinario muy antigua y de carácter general y permitieron la constitución obligatoria de la medianería entre edificios colindantes, y todo ello sin perjuicio del carácter voluntario o contractual que también puede tener.

A pesar de esta radical separación entre la medianera de carga y las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta la altura mínima de dos metros, lo cierto es que éstas pueden llegar a convertirse posteriormente en medianeras de carga y que aquélla no deja de ser una pared de cerramiento en algunos casos.

Los aspectos más significativos de la medianera de carga son:

a) Concepto (artículo 27)

Artículo 27. Será pared medianera de carga a la que se eleve en el límite de dos o más fincas con la finalidad de servir de elemento sustentador de las edificaciones o de otras obras que en ella se realicen.

Se define legalmente que se considera como pared medianera (14).

b) Caracteres de la medianería (artículo 29)

Artículo 29. 1. La pared medianera será del tipo adecuado, tendrá los cimientos, gruesos y altura pertinentes, en relación con los proyectos o la finalidad de las edificaciones pactadas y tendrá la apariencia de muro exterior o de fachada, según exija la normativa urbanística.

2. A falta de previsiones específicas en el pacto constitutivo, las características de construcción de la pared medianera serán las usuales en el lugar y de acuerdo con la obra que ha de edificarse, según las reglas del arte en el momento de la construcción. El propietario que construya primero la pared medianera lo hará de acuerdo con sus necesidades. Dicha pared tendrá el grueso correspondiente, la mitad en el terreno propio y la otra mitad en el del vecino o vecinos interesados.

Desde el punto de vista fáctico, las características de la pared medianera serán las establecidas en el título constitutivo de la misma; y en caso de no existir tales previsiones, habrá que ir al uso, atendiendo al lugar y a la obra que ha de edificarse (y, por tanto, a las necesidades del que primero construya). Por otra parte, ha de ser del tipo adecuado y tendrá los cimientos, grueso y altura pertinentes, como dice la ley, en relación con los proyectos o la finalidad de las edificaciones pactadas, teniendo la apariencia de muro exterior o de fachada. En suma: la pared medianera de carga debe construirse de acuerdo con la finalidad de necesidades del

(14) Se ha preferido, como dice ISAAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 329, definir la pared medianera por su función y no por sus características constructivas.

constructor, pero siempre en el marco de las limitaciones administrativas derivadas del derecho urbanístico, por una parte, y de lo previsto en el título constitutivo generador de la comunidad, por otra. No veo ningún motivo para que estas normas de construcción sean utilizadas, debidamente adaptadas, a la construcción de las paredes de cerramiento de patios, jardines, huertos y solares hasta la altura mínima de dos metros.

Desde el punto de vista jurídico, la pared medianera de carga tiene carácter voluntario, separándose de la obligatoriedad impuesta en los antecedentes legales. En efecto, el artículo derogado de la compilación número 285 señalaba que "todo propietario que se proponga edificar en su predio podrá construir una pared de obra de grueso correspondiente mitad en solar propio y mitad ocupando el del vecino"; y el siguiente configuraba tal derecho como forzoso, excepto para el supuesto del artículo 285, párrafo segundo, al decir que "será asimismo forzosa la medianería en las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares". Ahora, la nueva regulación no habla en el artículo 34 (correlativo al anterior 286 de la Compilación) de que el establecimiento de la pared medianera de carga sea forzoso y, por otra parte, reitera la necesidad de pacto en los diversos artículos reguladores de la medianera de carga ("a falta de previsiones específicas en el pacto constitutivo"-artículo 29.2; "los propietarios confrontados podrán **acordar**"-artículo 28; "coste fijada en el pacto constitutivo de la medianería", "excepto pacto en contrario", "la cantidad **pactada**"-artículo 30; o, el mismo artículo 31 que señala que todo lo dispuesto en sus apartados 1, 2 y 3 será sin perjuicio de lo pactado). Ello viene totalmente confirmado por la exposición de motivos de la ley que de forma terminante establece que "se suprime la medianera forzosa excepto en el caso de las paredes de cerramiento de huertos, patios y jardines. Hasta ahora en materia de edificaciones un propietario podía imponer la medianería a la otra: a partir de ahora deberá pactarla" (15).

Ahora bien, se reitera, como hemos venido indicando, al igual que en el texto de la Compilación derogada (artículo 286), su carácter forzoso en las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta la altura mínima de dos metros.

(15) Es la opinión también de los comentaristas del anteproyecto (ver ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, págs. 329 a 333), donde nos señala que el criterio propuesto por la nueva ley va más allá de la propuesta adoptada en la Junta de Gobierno del Colegio de Arquitectos de Cataluña de fecha 3 de diciembre de 1987 sobre modificación de diversos artículos de la Compilación.

c) *Contribución a los gastos de construcción y mantenimiento de la medianera: artículos 31.1, 2, 4*

Artículo 31. 1. Hasta el momento en que el vecino realice la carga, los gastos de construcción y conservación de la pared medianera serán a cargo del propietario que ha levantado la misma.

2. A partir de aquel momento, cada propietario contribuirá en la proporción pactada o, si no se ha pactado, en proporción al uso que haga de ella.

4. Todo lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 será sin perjuicio de lo pactado.

El criterio general, concordante con el texto derogado (artículo 286, párrafo segundo, artículo 287, párrafo primero) es que hasta que el vecino no realice la carga sobre la pared medianera no contribuirá a los gastos de construcción y mantenimiento de la medianera. En suma: hasta que la medianera no le sea útil no debe contribuir a la misma. Sin embargo, el carácter voluntario y pactado de la medianera de carga, hará que en la práctica los propietarios de los fundos colindantes podrán convenir —y será lo usual— que ya desde el principio los gastos de construcción y mantenimiento de la pared sean de cargo de ambos, sin esperar al momento en que el que no ha construido quiera hacerlo (admitido en el número 4 del artículo 31). Este supuesto no se dará por su carácter de forzoso en las paredes de cerramiento de patios, jardines, huertos y solares, tal como nos indica el artículo 34.2; sin perjuicio de que puede llegarse también aquí a un convenio entre los particulares.

El texto legal común impone la obligación de costear las obras de reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias medianeros por los dueños de las fincas que tengan a su favor la medianería (artículo 575, párrafo segundo), pero no nos indica el momento. El Código Civil plantea el problema de si el legislador común intentó que los gastos de construcción y mantenimiento de la medianera (o los motivados por dar mayor elevación, profundidad o espesor) debían ser satisfechos en el momento de realizarse o si por el contrario, a semejanza del derecho *foral catalán*, sólo en el momento en que el propietario no constructor quiera utilizar la pared. Debemos inclinarnos por la primera alternativa y separarnos en esto de la regulación catalana tradicional así como de la actual (16).

(16) Algunos autores, con referencia al texto derogado, habían señalado que la obligación de pago a la mitad del coste nace en el momento en que se produzca la carga (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 141). Ahora con el nuevo texto, hay que pensar que será

d) *Contenido de los derechos y obligaciones derivados de medianera de carga: artículos 30, 32 y 33*

a.1) Debemos señalar que con relación al vecino, que no ha contribuido a la construcción de la medianera de carga, y que, por tanto, no la utiliza, podrá:

Artículo 30. 1. No se podrá cargar sobre la pared medianera que el vecino haya edificado sin haber pagado la parte de coste fijada en el pacto constitutivo de la medianería.

2. Los interesados, excepto pacto en contrario, podrán solicitar al Juez la rectificación de las cantidades que deben pagarse teniendo en cuenta la naturaleza, la antigüedad, el estado de conservación y las condiciones de obra de la pared medianera.

3. En el caso de ejercer la facultad consignada en el apartado 2, la tramitación del procedimiento no impide que, mientras tanto, el vecino que ha pagado la cantidad pactada pueda cargar sobre la pared medianera.

Artículo 32. El vecino que construya sin hacer uso de la pared medianera deberá pagar la parte del coste que le corresponda según lo pactado y de acuerdo con lo establecido en el artículo 30. Además tomará las medidas de construcción adecuadas para evitar perjuicios al propietario que ha levantado la pared. Si se producen dichos perjuicios estará obligado a indemnizar.

1. *Querer usar de la medianera de carga:* Deberá necesariamente pagar la parte de coste fijada en el pacto constitutivo de la medianería. Tal obligatoriedad se daba en el artículo 287 de la Compilación; si bien ahora se establece, salvo pacto en contrario, la posibilidad de solicitar del Juez la rectificación de las cantidades que deban pagarse teniendo en cuenta la

así en el caso de las paredes de cerramiento de patios, jardines, huertos y solares, pero no en la medianera de carga, donde su origen es contractual y no forzoso. No sería aplicable a la medianera de carga lo señalado por algún autor (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 145) acerca de que si por las razones que fuera el que quiere utilizar la pared paga la mitad de su coste antes de iniciar la obra, estaríamos ante una situación en la que no cabría hablar técnicamente de pago, puesto que se daría antes del nacimiento de la obligación y entonces la entrega del dinero debería considerarse como una garantía de cobro futuro de un crédito que no nacería hasta que efectivamente no se utilizara la medianera, con la consecuencia de que si el medianero ya ha entregado el importe convenido y pierde el interés en edificar, utilizando la medianería, procedería la devolución de la suma. Esta solución ya no puede ser aplicable a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.

naturaleza, la antigüedad, el estado de conservación y las condiciones de obra de la pared medianera; pudiendo mientras dura el procedimiento pagar o consignar la cantidad pactada y cargar sobre la medianera de carga (17).

Entiendo que igualmente el propietario que construyó la medianera podrá acudir al Juez para solicitar la rectificación de las cantidades pactadas cuando por diversas causas, además de las expresadas legalmente, hayan variado las condiciones contractuales iniciales. Por ejemplo, por variaciones del valor del dinero.

2. *No querer usar de la medianera de carga:* En el derecho del Código Civil todo propietario, y salvo en el caso de que la pared medianera sostenga un edificio suyo, puede dejar de contribuir a los gastos de mantenimiento o no costear los gastos de construcción, mediante una renuncia a la medianería, que no es más que una aplicación de la renuncia de un comunero en una comunidad, de conformidad con lo señalado en el párrafo segundo del artículo 575 (o bien, no contribuir a los gastos de conservación de la pared, en lo que esta se haya levantado o profundizado sus cimientos respecto como estaba antes, haciendo uso, en este caso, de la pared sólo en proporción al derecho que tenía antes de las obras de elevación, profundización o mayor espesor, es decir, renunciando a los derechos de medianería sobre las partes nuevas de la pared, de conformidad con los artículos 577 y 578).

¿Qué ocurre en el derecho actual de Cataluña? El caso se contempla para la medianera de carga, indicando que el propietario que no quiera usarla, construyendo su edificio, debe pagar la parte del coste que le corresponda en la pared medianera de carga, según lo pactado, y además tomar las medidas de construcción adecuadas para evitar perjuicios al propietario que ha levantado la pared, indemnizando, en el caso de que se hubiesen producido dichos perjuicios. Hay que entender que en este caso el propietario que no quiere usar dicha medianera de carga al pagar conserva sus derechos en dicha pared y, por tanto, en el futuro podrá utilizarla para las necesidades de su predio. Dicho de esta otra forma, no hay propiamente en este artículo una renuncia jurídica a la medianería, a la comunidad, sino una renuncia económica a beneficiarse de la misma

(17) En la doctrina clásica catalana se había discutido con anterioridad a la Compilación si la cantidad a pagar era el coste actual (PELLA), o el coste primitivo (BASEGODA). Analizando la cuestión PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 108. Sobre el particular, es interesante la problemática expresada por PELLA y FORGAS acerca de si el muro se encuentra en ruina, en el que la indemnización consistirá simplemente en el pago del valor actual de los materiales; o si por el contrario, es lujoso, en cuyo caso será necesario pagar según algunos autores su coste o sólo lo necesario para el sustento del que quiere edificar (ver PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 230 a 231).

(un derecho que puede ejercitar o no) (18). Si realmente quisiera renunciar a dicha medianería entiendo que será válida la solución señalada para el Código Civil, y la medianera de carga dejará de ser común y pasará a ser del primer constructor, pero ¿tendrá que resarcir además al propietario del fundo vecino con el cual convino la construcción de dicha medianería de carga posiblemente realizada pensando en la carga de los dos edificios colindantes y, por tanto, con realización de unos gastos superiores a las necesidades del primero? A mi entender tal obligación de resarcimiento, que puede ser aplicable al derecho común, aunque no lo diga el Código, es una consecuencia del incumplimiento contractual (artículo 1.1101) y debe moderarse según los Tribunales atendiendo a la utilidad que dicha medianera preste al primer constructor y hasta el montante máximo previsto en el artículo 32 de la Ley.

¿Qué ocurrirá en el mismo supuesto que el planteado anteriormente en las paredes de cerramiento de huertos, jardines, patios y solares? ¿Cualquiera de los comuneros colindantes puede renunciar a la propiedad de la pared de cerramiento? Solución admitida en el Código Civil a tenor de lo señalado en el artículo 575, párrafo segundo, que no habla de una obligación de resarcimiento por parte del renunciante. Nada se indica respecto a la legislación catalana: nos podemos encontrar con que la construcción se ha realizado en base a un convenio entre los vecinos, que dará lugar a la aplicación de las soluciones señaladas para la medianera de carga. O bien, no ha habido convenio y, por tanto, uno de los vecinos en un momento determinado se ha amparado en el carácter forzoso de la medianería para exigir al otro que contribuya a su construcción, a costa de ambos, en cuyo caso no habrá devolución de lo ya pagado por el renunciante; o ha optado por construirla a su costa, ante la negativa del otro, en donde nos encontraremos con que el renunciante ha incumplido una obligación *ex lege*, de la cual podrá quedar liberado mediante la correspondiente renuncia a entrar en la comunidad, perdiendo la parte del terreno suyo (siendo más difícil en este caso, debido a la propia pared de cerramiento, entender que el constructor ha tenido que realizar unos gastos superiores a los necesarios).

a.2) Con relación al propietario que ha construido la medianera de carga, vendrá obligado a costear los gastos de construcción y mantenimiento de la misma, como ya se ha indicado, y además se le concede un derecho a derribar la medianera, pero distinguiendo:

(18) Sin embargo, **Isac AGUILAR**, *ob. cit.*, pág. 332, nos indica que el artículo supone la admisión de la resolución unilateral del vínculo contractual que da origen en el nuevo sistema al régimen de la medianería.

Artículo 31. 3. Si una construcción cargada sobre la pared medianera se derriba, quien lo realice deberá dejarla en estado adecuado para la utilización futura y con la apariencia de muro exterior o de fachada que corresponda, de acuerdo con su configuración originaria.

4. Todo lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 será sin perjuicio de lo pactado.

Artículo 33. 1. El propietario que primeramente ha levantado y pagado la pared medianera podrá derribarla en cualquier momento anterior al inicio de las obras de construcción del edificio que deberá cargar encima.

2. El derribo sólo se podrá realizar si el vecino no ha pagado la parte del coste que le corresponde y si, una vez notificada fehacientemente al vecino la intención de derribarla, éste, dentro del plazo de treinta días, no se opone a ello pagando o consignado el pago de aquella parte del coste.

1. *Antes de iniciar las obras de construcción del edificio que deberá cargar encima:* Puede derribar la pared en cualquier momento, siempre que el vecino no haya pagado la parte proporcional del coste que le corresponde. Ahora bien, tiene que comunicar la intención del derribo de forma fehaciente (por ejemplo, a través de carta enviada por conducto notarial o mejor aún por acta de notificación) y esperar un plazo de treinta días, en los que el vecino puede oponerse al derribo pagando o consignando el pago de aquella parte del coste (artículo 33).

¿Se podrá por el que ha costeado la pared darle mayor espesor o cimentación más profunda para hacerla soportar mayor elevación o carga o en general reforzar la pared medianera sin necesidad de la comunicación establecida para el derribo por el artículo 33 de la ley nueva? Así se admitía en el artículo 289 de la Compilación (correspondiente al artículo 577 del Código Civil), con la obligación de dar el mayor espesor sobre el terreno propio. Desaparecido este artículo de la nueva regulación, en donde sólo se contempla el derribo, cabe entender que dichos actos no pueden ser realizados por uno de los colindantes sin el consentimiento del otro o de los otros, y esto se haya costeado o no la pared inicial por todos (interpretación extensiva del término "derribo" del artículo 33 de la Ley para recoger estas actuaciones), o simple aplicación del artículo 397 del vigente Código Civil.

2. *Después de construido el edificio que carga sobre la medianera de carga:* Se puede derribar el edificio y como consecuencia la medianera de carga, pero con la obligación de dejarla en estado adecuado para la utilización futura y con la apariencia de muro exterior o de fachada que corresponda. La posibilidad del derribo del edificio se mantenía en el Código Civil en su artículo 576.

a.3) No tiene sentido ya en la medianera de carga, dado su carácter voluntario, lo dispuesto en el artículo 288 de la Compilación acerca de cuando la pared medianera, por sus defectos o mal estado, resultare insuficiente para sostener las cargas, podrá cualquiera de los medianeros exigir que se refuercen sus cimientos o se reconstruya la pared a expensas comunes. Ahora será necesario siempre un nuevo convenio entre los vecinos. No obstante, debe entenderse aplicable la solución a las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta la altura mínima de dos metros.

e) *Presunciones legales favorables y contrarias a la existencia de medianera*

Por lo visto hasta ahora podemos deducir que la llamada "medianería" tiene dos finalidades distintas, pero complementarias: una servir como elemento delimitador de las propiedades (ello se ve claramente en las paredes de cerramiento, pero también en las medianeras de carga) y otra, servir para una mejor utilización económica de los predios (no es necesario que los vecinos construyan cada uno por su cuenta una pared para sostener el edificio que se eleve en cada finca, sino que pueden ponerse de acuerdo en tener en común una única pared, ganando terreno y evitando costes). También, por lo visto, podemos deducir que sea cual sea la finalidad pretendida en cada supuesto y el origen de la misma, contractual —medianera de carga— o *ex lege* o contractual —paredes de cerramiento de patios, jardines, huertos y solares—, "la medianería" resultante es en realidad el objeto de una comunidad de bienes.

Ahora bien, no siempre que nos encontremos ante una pared de carga o ante una pared de cerramiento nos encontramos ante una "medianería", ante una situación de cotitularidad, en el sentido anteriormente expresado, aunque la pared seguirá sirviendo como elemento delimitador de las propiedades. Debemos proceder:

1. Verificar si los propietarios colindantes tienen algún título acerca de la titularidad o cotitularidad de la pared. Al configurarse la pared medianera de carga como voluntaria en la Ley 13/1990 es muy posible que quede constancia de los necesarios convenios entre los vecinos. En ellos se aclarará cuál es la titularidad de dicha pared.

2. A falta del anterior, acudir a cualquier medio de prueba admitida en Derecho que pueda indicarnos si nos encontramos ante una pared común o privativa.

3. Y, por último, presumir que la pared es o no "medianera". El nuevo texto nos señala dos presunciones:

- La pared de cerramiento entre dos edificios se presume siempre medianera (artículo 34.3).
- Los márgenes o ribazos entre predios vecinos, así como las paredes que, en su caso, los revistan, se presumirán de propiedad del titular del predio superior (artículo 38). Se ha transcrito literalmente el artículo 291 de la Compilación.

¿Son aplicables las presunciones establecidas en el artículo 572 y 573 del texto común a Cataluña? Parece que no hay ningún inconveniente, y así cuando hay "un signo exterior contrario a la servidumbre de medianería" nos encontramos con que el Derecho prescinde de la cotitularidad para resolver el límite de las propiedades colindantes y presume que la pared (sea de carga o de cerramiento) sea dentro del terreno del favorecido por la presunción (19).

Por otra parte, es aplicable al derecho catalán al artículo 581 del Código Civil, que es una aplicación de considerar la medianería como una comunidad de bienes.

PARTE III: LA REGULACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

La regulación de las servidumbres se efectúa en tres secciones que recuerdan la sistemática del Código Civil español: una primera, dedicada a las disposiciones generales, al igual que el capítulo primero, título VII, Libro II, del CC; una segunda, a las llamadas servidumbres forzosas, al igual que el capítulo segundo del CC; y una tercera, que se dedica a las servidumbres de luces y vistas, voluntaria, que correspondería al capítulo tercero del CC, que se refiere a las servidumbres voluntarias en general (20).

Las correlaciones y diferencias con el CC son las siguientes:

(19) Así PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 150; CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 187, que indica como es PLANAS y PELLA, uno de los primeros expositores en entender aplicable al Derecho catalán las presunciones del Código Civil. Sobre el particular, ver PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 231 a 239, en cuya obra, así como en su "Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas", hace un largo comentario a las presunciones a favor y en contra de la medianería, señalando como el Código debería haber partido de un principio común como el de suponer que son signos contrarios a la medianería todas aquellas obras que las leyes y ordenanzas prohíben que se hagan en los muros medianeros: de cuyo principio general se derivaría que como nadie puede abrir, por ejemplo, ventana en pared medianera, la existencia de huecos o ventanas debiera ser necesariamente indicio de que la pared tenía la calidad opuesta a la medianería.

(20) La teoría general de las servidumbres estaba regida por el Derecho romano, con la única excepción del modo de adquirirlas en que resultan de aplicación normas nuevas locales como el *Usatge omnes causae*, confirmado por las *Ordinacions de*

a) *Concepto: artículo 4*

Artículo 4. 1. La servidumbre es un derecho real que grava parcialmente a un inmueble en beneficio de otro. El inmueble a favor del que está constituida la servidumbre se denomina predio dominante, y el que la sufre predio sirviente.

2. El titular del predio dominante podrá utilizar al sirviente en la medida determinada por el título constitutivo o por la ley.

3. El titular del predio sirviente no podrá realizar los actos ni ejercer los derechos para los que estaría legitimado de no existir la servidumbre.

Podemos señalar que:

1. La definición como derecho real no como un gravamen sin especificar la naturaleza del mismo. La consideración de derecho real en cuanto dotado de una acción confesoria aparece recalcado en el artículo 5, al decir que "el titular del predio dominante tendrá acción real".

2. El señalamiento de que se trata de un gravamen parcial sobre los fundos, que no pueden agotar el contenido del derecho de propiedad.

3. La supresión del requisito de que los predios deben pertenecer a distintos propietarios (21), tal como prescribía el CC, admitiéndose la

SANCTACILIA y por el *Recognoverunt procures*. La teoría especial tenía muchas disposiciones del derecho local que, sobre todo, en materia urbana dio lugar a prácticas y usos completamente separados de las leyes romanas, permitiendo afirmar, dice CASTÁN, en *ob. cit.*, pág. 181, que el Derecho catalán ha ampliado el concepto de derecho de servidumbre y se ha anticipado a la transformación que dicho concepto fue experimentando en el Derecho romano; constituyendo las *Ordenacions* más que un código de servidumbre un tratado bastante completo de las relaciones de vecindad entre los predios y principalmente un tratado de reglas de edificación en beneficio de los dueños de los predios vecinos.

(21) El derecho real de servidumbre se configura como *in re aliena*, pero ya los comentaristas habían observado como un condómino del predio dominante puede ser dueño del sirviente y viceversa, con lo que sería más exacto decir (como dice BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 156), que una finca no puede prestar servidumbre a ella misma: ya que lo esencial es el elemento real de las fincas, siendo cosa accidental, quien sea su propietario. Sobre los problemas del condominio en el derecho común cuando uno de los comuneros es dueño del predio dominante y del sirviente, ver JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, págs. 19 y 20. También en base al artículo 541 algunos comentaristas, basándose en las teorías germánicas y suizas, que habían configurado la categoría dogmática de los derechos reales en cosa propia, habían intentado aplicar tal figura al Derecho Español (ver BONET CORREA, *ob. cit.*, pág. 91, que recoge diversas teorías interpretativas del artículo 541, señalando que sólo nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*). E inclusive algunos autores han mantenido que el principio clásico solamente es válido si el propietario tiene actualmente "las facultades a que la servidumbre se refiere" (por ejemplo, en el supuesto del usufructo del predio sirviente atribuido a un tercero, ALBADALEJO, citado por JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 18). No obstante, la doctrina catalana, basándose en Derecho romano de aplicación en Cataluña mantenía los principios de *Nulli res sua servit* y *Nullum praedium ipsum sibi servire* (así PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, pág. 201).

servidumbre del propietario —*eigentümergehörigkeit* (contra lo dispuesto en el artículo 546.1 y 530 del CC) (22).

4. La no regulación de las servidumbres personales o irregulares que quedan fuera de la definición cerrada de la ley (23).

b) Naturaleza jurídica: acción confesoria: artículo 5

Artículo 5. 1. El titular del predio dominante tendrá acción real para mantener y restituir el ejercicio de la servidumbre establecida para utilidad de su predio contra el titular del predio sirviente que se oponga a él.

2. El actor deberá probar la existencia de la servidumbre y la lesión causada a ese derecho.

3. La acción confesoria prescribirá al cabo de treinta años a contar desde la producción del acto obstativo.

La naturaleza de la acción confesoria queda configurada como real, y en su doble vertiente de mantenimiento y restitución del ejercicio de la servidumbre. También se pediría subordinadamente la reparación de los daños producidos al desconocer o impedir el ejercicio de la servidumbre (24).

(22) ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 320, ha manifestado que no se ha considerado necesario introducir una regla especial permisiva de la servidumbre del propietario, pero que sí se podían incluir alguna norma como "El propietari de diverses finques pot constituir les servituds que tingui per convenient damunt d'alguna d'elles a favor d'alguna o totes les altres, pero només seran eficaces si el predi dominat i el servent arriben a pertànyer a diferents persones" o, por ejemplo, "Les servituds que hagin de recaure sobre finques pertanyents al mateix propietari i que presumiblement hagin de pertànyer a diferents titulars encara que s'exterioritzin per signes aparents, només podran constituir-se sotmetent-les a condició suspensiva". En el derecho común, aunque no se admite la servidumbre del propietario, se puede consignar en un documento público (previo a otro y otros donde se va a documentar una transmisión), la existencia de un signo aparente de servidumbre, que se convertirá en tal servidumbre una vez se haya otorgado la correspondiente escritura pública de compraventa; o bien, una servidumbre sometida a condición. Pero, en realidad, todas estas fórmulas son utilizadas por no admitir el Derecho romano y el Código Civil la servidumbre del propietario.

(23) Ahora bien, no hay duda de que podrán configurarse en el Derecho catalán derechos reales del tipo de las servidumbres personales gracias al principio del *numerus apertus* en materia de derechos reales que rige en nuestra legislación.

(24) La doctrina llamó a la confesoria y a la acción negatoria acciones de servidumbre. Corresponde la confesoria al titular de la servidumbre, o sea, al propietario del fundo dominante, y por extensión se da utiliter al *enfiteuta*, al superficiario y al acreedor hipotecario. En cuanto al usufructuario del fundo dominante, algunos le dan la posibilidad de ejercitar la acción confesoria, mientras otros piensan que podrá ejercitar la acción de usufructo, que llevará embebida la acción confesoria; en cambio, el que tiene servidumbre sobre finca en usufructo debe ejercitar la acción contra el nudo propietario

El texto catalán se refiere como que se encuentra legitimado para el ejercicio de dicha acción "el titular del predio dominante"; pero tal expresión no hay que entenderla en términos absolutos y extenderla a otras personas (el usufructuario, el comunero en beneficio de la comunidad o el fiduciario) (25).

El plazo de prescripción sigue siendo de treinta años, en concordancia con lo señalado en el artículo 344 Comp., no derogado, y relativo a la prescripción extintiva.

c) Adquisición de las servidumbres: artículos 6, 7 y 11

Artículo 6. Las servidumbres se constituirán por título por usucapión y por disposición de la ley.

Artículo 7. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas pertenecientes a un único propietario no se considerará, si se transmite una de ellas, título suficiente para que continúe la servidumbre, si en el acto de enajenación no se dispone así.

Artículo 11. La adquisición de las servidumbres por usucapión tendrá lugar mediante la posesión, pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho de servidumbre por un período de treinta años.

1. Todas las servidumbres pueden adquirirse en virtud de título (doctrina sustentada por los artículos 537, 538 y 539 del CC). En suma, pueden adquirirse por contrato sin necesidad de tradición o casi tradición, o bien por acto de última voluntad.

(así, BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 208 a 210). La acción confesoria como la negatoria se extiende no sólo a la declaración de la existencia de la servidumbre, sino también a indemnizar al titular del predio dominante por los perjuicios ocasionados y puede llegar a que se pida caución por la **posibilidad** de lesiones futuras (así, BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 210). Así, JUAN IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 341. BIONDI, *ob. cit.*, pág. 1.185, nos señala como el tema de la acción confesoria y negativa es el mismo y el derecho que se alega en juicio siempre es el mismo, esto es la existencia de la servidumbre. La negatoria se encuadra en la función propia de la confesoria, aunque sea indirectamente. Y así BIONDI declara que no hay realmente inversión de la prueba en una con respecto a la otra: es siempre el titular el que debe probar la existencia de la servidumbre, tanto si acciona con la confesoria, cuanto si es demandado, habiendo solamente una distinta situación procesal derivada de una distinta iniciativa.

Desde el punto de vista pasivo se dirige la acción contra toda persona que se oponga al derecho de servidumbre, y no sólo frente al titular del derecho de servidumbre (así PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, pág. 259).

(25) Así la doctrina, como JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 11, citando a diversas sentencias del Tribunal Supremo.

2. Todas (26) las servidumbres pueden adquirirse en virtud de la usucapición, pero siempre que puedan darse los requisitos de la misma, posesión pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular de servidumbre (27) por un período de treinta años (28).

¿Se ha suprimido del derecho catalán la diferenciación entre servidumbres continuas y discontinuas, así como aparentes y no aparentes en orden a la posibilidad de usucapición del derecho real de servidumbre (29), a

(26) La doctrina había puesto de manifiesto el principio general de usucapibilidad del derecho de servidumbre. Antes de la promulgación de la Compilación se había señalado (BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 202), que en Cataluña todas las servidumbres se pueden usucapir, excepto algunas que, por disposición de la ley, no se puede poseer (cuasi poseer) o que no se pueden ganar por posesión. En el mismo sentido PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 116, **manifiestan** que todas las servidumbres pueden constituirse por medio de la posesión continuada en concepto del titular; de ello resultará que si el legislador, por razones de orden público o conveniencia, excluye la posibilidad de que determinadas servidumbres puedan constituirse por usucapición, esta exclusión se hace pensando que pueden no ser susceptibles de ser **poseídas** en concepto de titular del referido derecho.

(27) Sobre la adquisición de las servidumbres mediante la posesión *ad usucapionem* y sus requisitos, ver PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 105 a 121. La doctrina indica que el ejercicio del derecho de servidumbre no tiene que hacerse necesariamente por el dueño del predio dominante o su representante, sino que es suficiente que se cuasiposea con ánimo de tenerla como propia del predio (así BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 203).

(28) El problema de la aplicación de la usucapición ordinaria del Código Civil a Cataluña ha sido objeto de un debate doctrinal y jurisprudencial, tanto antes como después de promulgada la Compilación. Aunque, la doctrina, como dice PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 103 a 105, y en especial en la nota 26 de la pág. 104, citando a diversos autores, FIGA FAURA, GASSIOT, FAUS-CONDOMINES, REBES SOLE, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, ha estado de acuerdo que el antiguo artículo 342 recogía la tradición catalana del *usatge omnes causae* y, por tanto, no se aplicaba en Cataluña la usucapición prevista para el Código Civil. Discrepancias jurisprudenciales se dieron entre la Sentencia de 12 de noviembre de 1970 y la de 3 de diciembre de 1973, que admitía la prescripción del artículo 1.957 del Código Civil (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 104 y 105). Otro problema se ha planteado en torno a la usucapición inmemorial de las servidumbres discontinuas en el territorio catalán (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 120 a 128), en el sentido expresado por el artículo 343, párrafo segundo de la Compilación, ahora derogado. ¿Qué ocurre en la actualidad? Hay que entender que debe aplicarse la usucapición general catalana y que se ha variado la tradición catalana en cuanto a este supuesto.

(29) La doctrina había señalado las diferencias existentes entre el Derecho catalán y el castellano al definir las servidumbres aparente. El antiguo artículo 283, número 8, decía que eran no aparentes "las que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio" (se entiende el sirviente), lo que discrepaba del artículo 532 del vigente Código Civil, aunque podría interpretarse este último en el sentido del primero (así, por ejemplo, lo hace PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 98 a 101). Parece, pues, que puede llegarse a una solución parecida partiendo de uno o de otro texto. Por otra parte, el concepto de aparente o no puede ser útil para comenzar a contar el tiempo para la usucapición: las servidumbres positivas y aparentes comienzan a usucapirse desde que se ejercita la servidumbre o bien desde que se realizan actos que harán posible tal ejercicio; y las servidumbres negativas y no aparentes, desde que se realiza algún acto obstativo a la libertad del dominio del fundo sirviente (así BORRELL y DURAN, *ob. cit.*, pág. 203).

diferencia de lo señalado para el Código Civil? (30). Hay que entender que la clasificación de las servidumbres no es ahora, como realmente tampoco lo fue en el derecho tradicional catalán, el instrumento para conocer si una servidumbre es o no usucapible, sino que tenemos que ver si se dan o no en el caso concreto los requisitos de la posesión (cuasiposesión) *ad usucapionem* (31); sin perjuicio, de que el conocimiento de si una servidumbre es continua o discontinua, aparente o no (32), pueda facilitarnos el saber si se dan o no tales requisitos. Por tanto, es indiferente que la servidumbre sea continua o discontinua, dado que el uso intermitente de esta última puede perfectamente darse al exterior y ser público, si bien es cierto que puede llegar a resultar dudoso, en algún supuesto, el cumplimiento del requisito de posesión ininterrumpida; poco importa que la servidumbre sea aparente o no aparente, en el sentido señalado por el artículo 532 CC, dado que su no apariencia no está reñida con la exteriorización de la posesión, si bien también es cierto que en el caso concreto será muy difícil distinguir la posesión pública de la no apariencia de las servidumbres (33).

(30) Así PARA MARTÍN, *ob. cit.*, págs. 94 a 97, nos indica cómo el Código Civil, a diferencia de la legislación catalana, partía de la clasificación de las servidumbres para declarar susceptibles de usucapición unas y no susceptibles de usucapir otras, lo cual no deja de ser imperfecto y ha planteado serias dudas doctrinales fundadas: no es seguro el afirmar que no queda la usucapición ordinaria de las servidumbres discontinuas o de las continuas no aparentes (ver los autores que cita el autor, en notas núm. 2, 3 y 4 de la pág. 95), no es seguro afirmar que la prescripción de veinte años no sea aplicable en general a todos los casos de servidumbres no aparentes, presupuesta la posibilidad de usucapición de las servidumbres negativas. También en JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, págs. 58 a 67.

(31) Para PARA MARTÍN lo más sencillo es dejar al arbitrio judicial la decisión de si concurren o no en cada supuesto los requisitos de la posesión *ad usucapionem* (*ob. cit.*, pág. 96).

(32) La publicidad puede darse sin ningún tipo de problemas en las servidumbres discontinuas, pues el uso intermitente puede darse perfectamente al exterior; y también con respecto a las servidumbres no aparentes, pues su no apariencia no está reñida con la exteriorización de la posesión, nos dice PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 113. Señala este autor cómo se daba una antinomia entre el artículo 343, 3.º y 283, 8.º de la Compilación, resuelto por la doctrina a favor de la tradición jurídica catalana que partía del principio general de la usucapibilidad del derecho real de servidumbre: quien posee una servidumbre negativa o no aparente sin exteriorizarla por actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirviente, no posee *ad usucapionem*. Pero desde el momento en que realiza dichos actos reveladores comienza a usucapir (pág. 120). En un sentido parecido, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pág. 53, nos dice cómo la usucapibilidad de las servidumbres no aparentes era la regla general del derecho anterior, concordante con el artículo 343.1, siendo una novedad el artículo 287.7, que no se encontraba recogido en las *Ordinacions*; siendo usucapibles las servidumbres discontinuas por prescripción inmemorial en Derecho catalán, siempre que los intervalos que separan los actos de ejercicio de la servidumbre correspondan a los que median entre los actos de ejercicio normal de un derecho y no puedan ser considerados como interrupción de la posesión.

(33) Ello supone más que una innovación, un regreso a las concepciones del Derecho romano, en el cual no existía la categoría de servidumbres aparentes y no aparentes.

La adquisición *ad usucapionem* del derecho de servidumbre queda, a mi modo de ver, correctamente circunscrito a probar por el actor que se ha poseído el derecho de servidumbre cumpliendo los requisitos clásicos de la usucapición, quedando convertido en una cuestión eminentemente probatoria, a cargo del que pretende tener a su favor el derecho. Ahora bien, el texto, a mi modo de ver, no deroga la tradición catalana sino que la continúa.

¿Es posible una prescripción ordinaria, inmemorial o extraordinaria de los casos anteriormente señalados en la Compilación, en su artículo 283, como no sujetos a prescripción, ni siquiera inmemorial? ¿Cuándo debe empezar a contarse el tiempo para la prescripción? La derogación de los artículos 283 y 343 de la Compilación puede suponer, a simple vista, la admisión de la *usucapibilidad* de tales servidumbres, pero en realidad, el legislador catalán sólo pretende establecer un marco general de regulación de las servidumbres y de las limitaciones al dominio por razón de las relaciones de vecindad, dentro del marco y de la tradición jurídico catalana, no muy bien reflejada en la Compilación. De acuerdo con esto podemos indicar que:

- La regulación de los supuestos del artículo 283, número 1, por una parte, y del artículo 283, número 2, 3 y 4 (34), por otra, quedan dentro del ámbito de las limitaciones por razón de las distancias para ciertas plantaciones, y de las luces y las vistas, respectivamente, al que nos remitimos. Con las salvedades allí indicadas, especialmente en materia de árboles, los consideramos vigentes.
- La regulación del supuesto del artículo 283, número 5 (35), tiene

Tal clasificación surge con los glosadores y posglosadores, que además tampoco intentaron crear una categoría general de las servidumbres, como hace el Código Civil, sino que se tuvo en cuenta dos cuestiones: en el caso de venta de un fundo gravado con servidumbre, en el que la apariencia era un dato acerca del consentimiento del adquirente del fundo gravado que aceptaba, por tanto, la servidumbre; y en el caso de distinguir entre un ejercicio "iuris *familiaritatis*", de mera tolerancia, y un ejercicio "iuris *servitutis*", si el ejercicio se verificaba de un modo visible y aparente (así JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 39, citando a su vez a LUCAS FERNÁNDEZ).

(34) La servidumbre de luces y vistas es, según la jurisprudencia, a los efectos de la usucapición, continua y aparente o no, según se revele por balcones, ventanas, voladizos o no (ver nota anterior y cita allí señalada). Por otra parte, la servidumbre es positiva si los huecos están abiertos en pared medianera, o negativa, si están contruidos en pared propia del predio dominante (sobre este problema y la posición de la jurisprudencia, ver JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, págs. 46 a 49).

(35) Artículo 283, número 5, derogado, señalaba que no pueden constituirse por *usucapición*, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: "5.—La de desagüe por canal o vertedero de agua de una casa sobre predio vecino, si remueve o levanta las tierras de ésta, o la de verter aguas sobre el predio vecino que resulte de deterioros, imperfecciones o insuficiencias de los canales, conducciones, márgenes o compuertas".

en realidad dos partes: la primera, que más que recoger un supuesto de no usucapibilidad, establece un caso de extinción; y la segunda, que se refiere a actos de tolerabilidad. La solución es aplicable al derecho actual: la primera, porque implícitamente se admite por el artículo 15 de la nueva ley, igual al antiguo 284 de la Compilación; y la segunda, en función del principio general de la prescripción adquisitiva en cuanto a los actos tolerados.

- La regulación del artículo 283, número 6, puede llevarse a las limitaciones, al derecho de propiedad por razón de las distancias para ciertas construcciones.
- La regulación del artículo 283, número 7 (36), se basa en casi todos los supuestos en actos tolerados, que no pueden servir para la usucapición. Si así no fuera, serían perfectamente usucapibles (37).
- La regulación del artículo 283, número 8, relativo a que no eran usucapibles las servidumbres no aparentes, había sido muy criticado por la doctrina catalana. Su supresión obedece a la vuelta a los principios de la tradición jurídica catalana.

El tiempo para la prescripción debe contarse, a pesar de la derogación del artículo 313, distinguiendo si la servidumbre es positiva o negativa, y no si es aparente o no. La cuasiposesión de las servidumbres negativas no pueden empezar sino desde que se realiza algún acto obstativo a la libertad del dominio del fundo sirviente, dado que la sola abstención de hacer uso

El texto se basaba en las *Ordinacions* número 44, que señalaba que si alguien tuviera canal por el que pase agua que vierta sobre el predio del otro, si aquel de algún modo altera la servidumbre, con ello la pierde y no puede volver a recobrarla. Era, como dice, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, págs. 116 a 120, un caso en el que se sancionaba un supuesto de extinción, pero no se decía que no se pudiera usucapir.

(36) El artículo 283, número 7, indicaba que no podrán constituirse por usucapición, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: “7.—La urbana de paso por hueco de pared que lo proporcione sobre vía pública o pasaje particular y de una casa a otra por medio de puentes, arcos, entablados u otros medios aptos; la que es consecuencia de permanecer abierto el portal de una casa o predio o de no hallarse éste cercado, y la de paso circunstancial entre fincas rústicas usado sólo en época de labores agrícolas”. Tiene sus antecedentes, como señala PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, págs. 116 a 120, en las *Ordinacions* 10 y 61 que declaraban que no eran usucapibles cuanto sirva de paso a casa o albergue del vecino o de ventana o agujero por donde pueda pasar un hombre al predio vecino.

(37) En el derecho común, la jurisprudencia ha entendido que la servidumbre de paso es discontinua, porque el ejercicio de la misma, la actuación del contenido del derecho de la servidumbre, requiera un acto del hombre, que por su propia naturaleza no es continuo, lo que no ocurre en la servidumbre de luces y vistas, donde el fundo dominante obtiene la utilidad del sirviente sin necesidad de acto alguno del hombre. La de paso sí puede ser aparente (así en JUAN ROCAJUAN, *ob. cit.*, págs. 37 a 42, citando a su vez a CAEPOLLA y diversas sentencias del Tribunal Supremo).

de alguna de las facultades que concede el ser propietario, no puede interpretarse en que no lo hace porque no puede hacerlo.

3. La adopción de un criterio opuesto al regulado en el artículo 541 CC en torno al signo aparente de servidumbre, que la doctrina había indicado que se aplicaba a Cataluña (38).

4. Las servidumbres pueden establecerse en virtud de disposición de la ley (servidumbre legales) (39).

(38) Parece que la jurisprudencia posterior al Código Civil había aplicado esta disposición común al Derecho catalán, en contra de lo dispuesto por el Derecho romano que partía del criterio de presumir la libertad del fundo. Ver jurisprudencia citada en BORRELL y DURAN, *ob. cit.*, págs. 197 y 198, nota 5; en donde se indica que el criterio de aplicar el Código Civil a Cataluña podía basarse en la costumbre 59 de SANCTACILIA y una sentencia de los ediles de Barcelona de 1600. Igualmente, PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 203 a 205, citando a CÁNCER, nos comenta un caso de un propietario que lo era de dos casas contiguas y todo el agua de una vertía en la otra, el cual vendió esta última, no sin que el comprador viese los canales del agua que vertía; más algún tiempo después dicho comprador ejercitó la acción negatoria de servidumbre y pidió se librase de ella su casa. CÁNCER sostiene la opinión contraria, fundándose en la Ley Binas del Digesto de SERVITUTES URBANORUM PRADIORUM y en el comentario que Pablo de Castro hace a la Ley 47, tít. 3, lib. 39, D., señalando que así se resolvió por los ediles en Barcelona en una sentencia del mes de enero de 1600.

No obstante, la cuestión no ha sido pacífica ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, y así una sentencia de la Audiencia Territorial de Cataluña de 18 de diciembre de 1975, entendió que no era aplicable a Cataluña este modo de adquirir la servidumbre; recurrida ante el Tribunal Supremo, no fue aclarada en la Sentencia del Alto Tribunal de 10 de diciembre de 1976, que se inhibió del problema, tal como dice PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 464. Para un estudio de dicha sentencia ver el artículo de JOSÉ BONET CORREA, "La inaplicabilidad de la constitución de servidumbre por signo aparente en Cataluña, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976", en ACD, 1978. PUIG FERRIOL y ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS, comentando las dudas doctrinales y jurisprudenciales manifiestan su opinión en contra de la aplicación del artículo 541 del Código Civil a Cataluña, aún con la vigencia de la Compilación (así, *ob. cit.*, pág. 122). Estos últimos autores, en *Instituciones*, pág. 255, aun reconociendo que la Sentencia de 31 de enero de 1990 se inclina claramente por la vigencia en Cataluña del artículo 541, indican que no ha habido un cambio de criterio, sino más bien una interpretación correcta al problema de la aplicación del artículo 541 del Código Civil, con lo que el actual artículo 7 se aplicará a las situaciones anteriorese a la entrada en vigor de la ley.

Hay que entender que el artículo 7 de la nueva ley catalana expresa una simple presunción *iuris tantum*, que como tal admite prueba en contrario, y que sería la opuesta a la establecida en el Código Civil. Tanto uno como otro texto legal partiría de considerar cierta apariencia (el signo externo de servidumbre), aunque con un valor diferente. Ya había indicado BONET CORREA, *ob. cit.*, pág. 95, que la equiparación de los signos externos a un título (voluntario) no supone una ficción, sino que es la consecuencia de una valoración de las actitudes antes y después de la enajenación (ver para un estudio crítico del artículo 541 y la posición de la doctrina clásica la obra citada de BONET CORREA).

(39) También pueden constituirse por sentencia judicial, en el caso de las servidumbres forzosas o en el caso de aquellas que declarada la existencia del título, se manden judicialmente constituir en cumplimiento de éste. Aunque entiendo que no es un modo de constitución propiamente hablado. La jurisprudencia ha señalado como "las servi-

d) *Contenido del derecho de servidumbre: artículos 8, 9, 10, 12 y 16*

Artículo 8. La servidumbre se **constituirá** para utilidad exclusiva del predio dominante y no se extenderá más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo.

Artículo 9. 1. La servidumbre se ejercerá de la manera más adecuada para obtener la utilidad del predio dominante, y a su vez de la manera menos incómoda y lesiva para el predio sirviente.

2. El titular del predio sirviente tendrá derecho a la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios causados por el uso de la servidumbre, de conformidad con la presente ley, que no sea consecuencia necesaria de su ejercicio.

Artículo 10. 1. El propietario del predio dominante podrá realizar en el predio sirviente las obras y trabajos necesarios para el uso y la conservación de la servidumbre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.

2. Corresponderá al propietario del predio dominante el pago de los gastos de establecimiento y mantenimiento de las instalaciones necesarias para el uso de la servidumbre.

3. Sin embargo, si la servidumbre tiene también utilidad para el propietario del predio sirviente, éste deberá contribuir proporcionalmente.

4. El propietario del predio sirviente no podrá realizar ninguna obra que perjudique o dificulte el ejercicio de la servidumbre.

5. Lo dispuesto en los apartados 1, 2, 3 y 4 se entenderá sin perjuicio de pacto entre los interesados.

Artículo 12. Si por razón del puesto asignado primeramente o de la forma establecida para el uso de la servidumbre, el ejercicio de la misma se convierte en excesivamente gravoso o incómodo para el propietario del predio sirviente o le impide la realización de obras, reparaciones o mejoras, éste podrá exigir, a su cargo, las modificaciones que crea convenientes, siempre que sean las adecuadas para que no disminuya el valor de la servidumbre ni perjudique su uso.

Artículo 16. 1. La división del predio dominante no extingue la servidumbre, pero tampoco podrá hacer más molesto su ejercicio.

2. Si la servidumbre sólo es útil para algunas de las fincas que resultan de la división, el titular o los titulares del predio sirviente podrán exigir su extinción respecto a las otras.

dumbres pueden constituirse por **contrato**, por testamento o por el uso" (Sentencia 2 de junio 1969; ver también Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de 13 de diciembre de 1990 y la 5 de febrero del mismo año).

3. En el caso de división o segregación, los titulares de la finca o fincas resultantes que no tengan utilidad alguna para el predio dominante podrán exigir la extinción de la servidumbre respecto de aquellas fincas.

El principio básico de la constitución y mantenimiento del derecho de servidumbre es la utilidad que reporta la misma al predio dominante. Tal característica reconocida en el Derecho romano y en el Código Civil, se manifiesta terminantemente en el artículo 8 de la Ley 13 "se constituirá para utilidad exclusiva del predio dominante".

Se transportan a la Ley 13 normas ya existentes en el Código Civil, inclusive con cierta semejanza literaria. Así:

1. Los derechos del titular del predio dominante se extienden a todo lo que sea necesario para el uso de la servidumbre (art. 542 CC, art. 8, *in fine*, *a sensu contrario*, de la Ley 13).

2. Los derechos del titular de la servidumbre a hacer las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre (40) (art. 543 CC y art. 10.1 y art. 9 de la Ley 13) (41).

3. Gastos de la constitución de la servidumbre (art. 544 CC, art. 10.2 y 3). Entiendo que resultará de aplicación lo señalado en el artículo 599 del CC, por el carácter supletorio del mismo, y el titular del predio sirviente que se haya obligado voluntariamente a costear los gastos de la servidumbre, podrá librarse de esta carga "abandonando" su predio al titular del dominante (la doctrina entiende que sólo la parte del fundo afectado por la servidumbre).

4. El deber del titular del predio sirviente de no impedir el ejercicio de la servidumbre (art. 545 CC, art. 10.4 de la Ley 13).

5. La facultad de cambiar el lugar asignando primitivamente a la servidumbre cuando se den determinados requisitos (art. 545, párrafo segundo del CC, art. 12 de la Ley 13) (42).

(40) Se ha señalado que el texto recoge la regulación tradicional catalana, que se basaba en el artículo 543 del Código Civil; así como lo dispuesto por el artículo 741 del Código Civil suizo y el párrafo 1.020 y siguientes del Código Civil alemán (así ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 323).

(41) ¿Tendrá que ser indemnizado el titular del predio sirviente por las obras que se realicen en su finca para el mantenimiento de la servidumbre? Este problema se ha planteado también en el derecho común (ver JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 82). En el nuevo Derecho catalán parece deducirse este deber de indemnización, dado que son indemnizables los daños y perjuicios causados por "el uso de servidumbre, ..., que no sean consecuencia necesaria de su ejercicio", según el artículo 10.1, y las obras y trabajos se autorizan siempre que "sean necesarios para el uso y la conservación de la servidumbre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9". Podría tener su fundamento en el artículo 569 del Código Civil.

(42) La invariabilidad absoluta de las servidumbres estaba establecida en Cataluña para la de DEGOTIS, en la Costumbre 42 de SANCTACILIA, pero en el Derecho romano

6. La indivisibilidad de las servidumbres. La ley catalana mejora la redacción del texto del Código Civil y establece criterios ya señalados por los comentaristas del CC (43). En caso de que como consecuencia de la división o segregación se pierda la utilidad de la servidumbre para alguno de los fundos resultantes de dichas operaciones hipotecarias. Es decir, se consagra el principio romano básico de la necesaria utilidad de la servidumbre y su extinción en caso contrario (44).

7. ¿Es posible que el dueño del predio sirviente pueda liberarse de costear las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre, si se hubiera obligado a ello en el momento de su constitución, abandonando el predio al dueño del dominante? No veo ningún motivo para la aplicación a Cataluña de lo previsto en el artículo 599 del Código Civil. Así se reconocía con anterioridad incluso a la promulgación de la Compilación de Derecho especial (45).

e) Extinción de la servidumbre: art. 13, 14 y 15

Artículo 13. Las servidumbres se extinguirán:

- a) Por el no uso durante treinta años.
- b) Por el cumplimiento del término, en las temporales, o por el cumplimiento de la condición, en las condicionales.
- c) Por renuncia del titular del predio dominante.
- d) Por la redención convenida entre los titulares de los predios dominantes y sirvientes.

Artículo 14. 1. Si el ejercicio de la servidumbre resulta imposible, el titular del predio sirviente podrá exigir su extinción.

2. La imposibilidad de exigir la servidumbre se determina en función de la naturaleza de la servidumbre a la que afecta, pero en ningún caso se tendrá en cuenta la que dura menos de un año completo.

3. El titular del predio que fue dominante tendrá derecho a reclamar

en varios textos (como dice BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 206, nota 5) permitía variar la forma cuando esta variación, lejos de hacerla más gravosa, la hace más ligera. Ahora hay que entender que la facultad de variar se aplica a todas las servidumbres, incluida la de degotis.

(43) Se ha señalado la influencia de los parágrafos 1.025 del BGB y 734 y 744 del Código suizo (así ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 324).

(44) Se había afirmado el error del artículo 535 y la aparente contradicción del mismo: cada nuevo propietario de los fundos divididos o segregados no debe sufrir la servidumbre, sino sólo tolerarla en la parte del predio que le corresponda (así JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 50 a 55).

(45) Admitido implícitamente entre otros por BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 205.

al titular del que fue sirviente el restablecimiento, sin indemnización, de la servidumbre, si antes de transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, las circunstancias de los predios dominante y sirviente permiten nuevamente su ejercicio.

Artículo 15. 1. La servidumbre de luces consistente en la lucerna, o sea, el vacío que mide una anchura constante en el parámetro externo de 12 centímetros y una altitud mínima de 45 centímetros y máxima de 70 centímetros, y la de “degotis” o desagüe 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.

2. De haber sido constituidas dichas servidumbres por título, sólo se extinguirán por no uso durante treinta años.

Artículo 17. La servidumbre no se extinguirá por el sólo hecho de que se consiga reunir en una sola persona a los propietarios de los predios dominante y sirviente, pero el interesado podrá manifestar su voluntad de extinguirlo y obtener su cancelación registral.

Son recogidas las mismas causas de extinción que las señaladas en el CC (46), con las siguientes diferencias (47):

1. La admisión de la llamada servidumbre del propietario, que se consagra explícitamente en la Ley 13, en su artículo 17.

2. La adaptación de la prescripción extintiva del CC a la prevista en la legislación catalana tradicional, desde los tiempos medievales, que sigue siendo treinta años (48).

3. El señalamiento que la imposibilidad de exigir la servidumbre se determinará en función de la naturaleza de la servidumbre a la que afecta, pero que en ningún caso se tendrá en cuenta la que dura menos de un año

(46) También se ha señalado por algunos autores que las servidumbres forzosas, como no se basan en la simple utilidad para el dominante, la desaparición de la necesidad que movió su constitución debe permitir al dueño del predio sirviente liberar su finca del gravamen que le ha sido impuesto, probando el hecho extintivo de que la necesidad ya no existe (así JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 95). No veo inconveniente en aplicar esta causa de extinción al Derecho catalán.

(47) Ver BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 210 a 216, en cuanto a la aplicación de las causas de extinción del Código Civil a Cataluña en el derecho anterior a la Compilación.

(48) Todo ello sin perjuicio de la USUCAPIÓ LIBERTATIS (del que creyó con buena fe y justo título adquirir, y adquirió pro prescripción, un derecho de propiedad libre de la servidumbre), que puede ser admitida como causa independiente de extinción de las servidumbres.

completo (planteándose la duda de que si debe contarse seguido o a intervalos).

4. Se retiene de los artículos de la Compilación lo previsto acerca de la extinción de la servidumbre de luces consistentes en la lucerna (49) y la degotis o desagüe (50), según se adquiriesen en virtud de título (se extinguen sólo por el no uso durante treinta años) o por usucapión (se extinguen por desaparición de los signos externos de las mismas) (51).

f) *Clases de servidumbres según su forma de constitución*

La nueva ley, después del estudio de las disposiciones generales aplicables a las servidumbres, dedica dos secciones más a las servidumbres: una a las servidumbres forzosas y otra a la voluntaria de luces y vistas. Ahora bien, las servidumbres forzosas reguladas pueden ser también constituidas de forma voluntaria; y la regulada por la nueva ley no es la única posible, sino que hay que entender aplicable a Cataluña el principio del *numerus apertus* en materia de constitución de servidumbres. Igualmente no creo que la ley abarque todas las servidumbres forzosas, sino que será de aplicación supletoria el Código Civil (por ejemplo, para la imposición de la servidumbre de desagüe de aguas pluviales, regulada por el artículo 589 de dicho cuerpo legal).

(49) Nos dice PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 240 a 248, que las *Ordinacions* establecen una clasificación completa de ventanas, a saber: lluhernas (lucernas), rejaleras, croeras, ventana a cantó y ventanas prospectivas. La lluherna era la ventana alta de dos o tres palmos de destre y ancha sólo de medio palmo de destre, según la *Ordinacions* número 50 (el palmo de destre tiene 0,235 metros). No permite su escaso ancho otra utilidad, sino la de recibir luz, como sucede con las saeteras de que trata la Constitución de Zenón, a las que se parece y con las cuales las confunde el Código de las Costumbres de Gerona. También en el artículo de MELÓN INFANTE, *ob. cit.*, págs. 122 a 125 se mencionan las diferentes servidumbres de luces y vistas, señalando que tras la Compilación quedan reducidas a dos: servidumbre de luces mediante lucerna y todas las demás servidumbres de luces y vistas. La diferenciación se hace en función del diferente régimen de las servidumbres en cuanto a su adquisición.

(50) Nos dice PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 250 a 253, que el *sticllidid* es el *degotis* catalán o vertiente de tejados, aquella servidumbre que obliga al vecino a recibir el agua pluvial que cae sobre nuestro tejado; siendo la opuesta *STICLLICIDIUM NON AVERTENDI*, o sea el derecho de prohibir al vecino que recibe el agua de sus tejados para que esto resulte en utilidad mía, por ejemplo, para llenar mi cisterna. La servidumbre *FLUMINIS RECIPIENDI* es la que obliga al vecino a recibir el agua que llega por canal y con ímpetu.

(51) Se hecha de menos, como nos dice JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 3, un precepto que hiciera posible la prevención de verdaderas necesidades que pudieran presentarse en casos concretos, valorables judicialmente como suficientes para exigir la constitución forzosa de una servidumbre de interés privado. Es criticable, por tanto, esta limitación en la fijación de los tipos de las servidumbres legales.

Por otra parte, muchas de las limitaciones del dominio por razón de la contigüidad de los predios pueden solucionarse mediante convenios entre los particulares, dando lugar a servidumbres voluntarias.

f') Las servidumbres forzosas: artículos 18 a 24

Artículo 24. 1. Las servidumbres forzosas a que se refieren los artículos 18 y siguientes hasta el 22 se regularán en lo que no determina en el título constitutivo, por lo que establecen las normas para las servidumbres voluntarias contenidas en los artículos 8 y siguientes hasta el 17, que les sean de aplicación.

2. La servidumbre forzosa de acueductos se regirá por la legislación de aguas.

Dentro de las llamadas servidumbres legales del capítulo segundo del título dedicado a las servidumbres ya el Código Civil distinguía entre las establecidas para utilidad pública o comunal, de las que estaban establecidas en interés de los particulares, o por causa de utilidad privada. La Ley 13 sólo regula las servidumbres legales o forzosas establecidas en interés de los particulares, aplicándose las normas de las servidumbres en general (artículo 551 CC, artículo 24 de la Ley 13), salvo para la servidumbre de acueducto que se rige por la legislación en materia de aguas (artículo 563 del CC, art. 24.2 de la Ley 13), es decir, la Ley de 2 de agosto de 1985 sobre regulación de las aguas.

Son reguladas las siguientes servidumbres forzosas:

1. Servidumbre (52) de paso (53)

Artículo 18. 1. El propietario de una finca que para su debida utilización necesita una salida a camino público, podrá exigir a sus vecinos previo acuerdo de una indemnización por los perjuicios causados.

(52) Se ha señalado refiriéndose al Derecho alemán que no nos encontramos ante una servidumbre forzosa, sino más bien ante una limitación legal del contenido mismo de la propiedad (así MARTIN WOLF, *ob. cit.*, pág. 370). MARTIN WOLF nos indica que "el derecho de paso es parte del contenido de la propiedad de la finca aislada, y el deber de tolerarlo del vecino pertenece al contenido de la propiedad de éste, igual que sucede con los vecinos afectados por las inmisiones permitidas o por las construcciones extralimitadas. No existe en ello una servidumbre predial de carácter legal, sino una extensión y limitación, respectivamente, del contenido de una y otra propiedad. Si el necesitado utiliza el paso por mi finca, no ejerce con ello un derecho que grave mi propiedad, sino su propio derecho de dominio; si se lo impido, tiene en méritos de tal violación de su

2. La anchura y las características del paso se fijarán en función de las necesidades de cultivo o la utilización normal del predio dominante.

3. La indemnización consistirá en el precio del terreno afectado, a excepción de que lo utilice también el propietario del predio sirviente, en cuyo caso la indemnización se reducirá proporcionalmente a la utilización respectiva prevista.

4. El paso se dará por el punto menos perjudicial o incómodo para los inmuebles grabados y a su vez más beneficioso para el predio dominante.

Artículo 19. El titular del predio sirviente podrá exigir la extinción de dichas servidumbres si la salida a la vía pública es inutilizada por un acto arbitrario del titular del predio dominante; éste podrá, sin embargo, reclamar el restablecimiento de la servidumbre pagando de nuevo la indemnización correspondiente.

Artículo 20. Si a consecuencia de un acto de disposición sobre una o más partes de una finca resulta alguna parte sin salida los titulares de las que sí tengan concederán paso sin indemnización a la parte sin salida.

Artículo 21. La servidumbre de paso es accesoria de las servidumbres principales de acueductos, de acequia, de pastos, de leñas y de las redes áreas y conducciones superficiales y subterráneas a las que se refiere el artículo 22.

2. También será accesoria para realizar las instalaciones necesarias para establecer una servidumbre y para realizar en ella trabajos de reparación y conservación.

Regulación idéntica, en esencia, a la establecida por el texto del Código

derecho de propiedad, una pretensión negatoria e imprescriptible dirigida a que se tolere el uso del paso" (*ob. cit.*, pág. 373). PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECERUS, KIPP y WOLF, señalan que en nuestro derecho el paso aparece como el derecho a una concesión forzosa de una servidumbre predial, salvo en dos supuestos: el acceso forzoso para obras y reparaciones a que se refiere el artículo 599 y la llamada servidumbre de paso de ganados (artículo 570).

(53) Parece que el núcleo más antiguo de las servidumbres se produjo en el ámbito de lo rústico y concretamente la de paso y acueducto, aunque la concepción originaria no fue la de configurarlas como *iura in re aliena*, sino la pertenencia de porciones de terreno al propietario del fundo al que sirven, sin excluir una especie de condominio con el propietario del fundo atravesado, llegándose al concepto de *IURA* sobre fundo ajeno, con la progresiva determinación de los derechos que antiguamente venían absorbidos en el genérico poder soberano del "pater familias" (así en JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 7, citando a GROSSO DEIANA, en "Servitù prediali". JUAN IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 332, nos dice que la idea actual de que la antigua servidumbre se concibió como "propiedad" tiene que ser rechazada: "los romanos no conciben que una cosa sea a la vez dos cosas y a esta consecuencia llegaríamos si dijéramos que la servidumbre es un *fundus*".

Civil español (54), aunque se ha dicho que hay una cierta influencia del BGB (55) y de ciertos criterios romanos (56):

- a) El presupuesto que da lugar a la aparición de la servidumbre: la necesidad de salida al camino público. Ahora bien, la ley catalana habla de que para "su debida utilización necesite una salida a un camino público", no de que se encuentre enclavada "sin salida a camino público", como dice el texto del Código. Ello permite afirmar que podrá establecerse la servidumbre forzosa de paso aún en los supuestos de que la finca tenga una salida a camino público, pero éste no permita la debida utilización del fundo, y ello en virtud del carácter eminentemente social de la propiedad (art. 18.1 de la Ley 13, art. 565 del CC) (57).
- b) La anchura del paso en función de las necesidades del predio dominante (art. 18.2 de la Ley 13, art. 566 del CC).
- c) El lugar del paso en función del menor perjuicio para el predio sirviente (art. 18.4 de la Ley 13, art. 565 del CC).
- d) La obligación de indemnización como consecuencia del establecimiento de la servidumbre (art. 18.3 de la Ley 13, art. 654 del CC). Tal obligación de indemnización no se exige cuando la situación es creada como consecuencia de un acto de disposición (art. 20 de

(54) En el Derecho catalán la servidumbre de paso para personas solas apenas se usa, salvo que sea para camino de SACRAMENTO, o como accesoria constante de la acequia o acueducto, y a la cual la costumbre 9 de SANCTACILIA señala el ancho de dos palmos y medios de destre; también se conocían la de CAMI RAMALER, EL CARRAL, CARRETERA o PASO DE CARRO, LA CARRERADA o paso para ganado. Entre las servidumbres urbanas, el Derecho catalán conocía los LLAMADOS PUENTES o CORREDORES de casa a casa, no permitiendo que se adquirieran por usucapión, según la costumbre 10 de SANCTACILIA, citado por BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 165 a 167. PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 216 a 225, nos estudia las servidumbres de caminos en Derecho catalán, diciéndonos como la regulación de las mismas ha sido elogiada por la doctrina al ser la legislación catalana una de las más prácticas y completas que se conocen.

(55) Se ha indicado la influencia de lo dispuesto en el parágrafo 917 y 918 del BGB (así ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, págs. 326 y 327).

(56) En el Derecho romano se configuraban como servidumbres rústicas de paso la ITER, ACTUS y VÍA. Ahora bien, la doctrina ha puesto de manifiesto que aunque puede señalarse un texto de ULPIANO como el origen de la servidumbre de paso forzosa (*iter ad sepulcrum*), lo cierto es que es creación del Derecho posterior, dado que el sistema romano de la *limitatio*, en los fundus rústicos (que dejaba siempre una zona neutra para el paso), y el del *ambitus*, que rodeaba las edificaciones urbanas "Ínsula", la hacían innecesaria (así JUAN ROCA, *ob. cit.*, págs. 154 y 155, donde señala antecedentes en las Partidas, en los Fueros municipales y en las costumbres municipales de Amiens y Lille, que pasan al Código francés).

(57) La solución ya se ha apuntado para el derecho común por la doctrina y la jurisprudencia (ver JUAN ROCA, *ob. cit.*, págs. 156 y 157).

la Ley 13, art. 567 del CC). El artículo 20 de la Ley mejora sustancialmente la redacción del artículo 567 al aplicarse también al enclave del predio retenido por el transmitente y a los casos de enajenación de parcelas a distintos adquirentes, que no eran contemplados directamente por el derecho supletorio, aunque analógicamente, y no sin problemas, quedaban comprendidos en la norma (58).

- e) La extinción de la servidumbre por desaparición del presupuesto legal para su aparición presenta diferencias entre el CC y la legislación catalana. En el Código Civil, si el paso deja de ser necesario por voluntad del dueño del predio dominante, el del sirviente puede pedir su extinción, pero da lugar a la devolución de la indemnización; en la ley catalana, sin embargo, sólo se contempla el supuesto de que la salida a la vía pública sea "inutilizada por un acto arbitrario del titular del predio dominante", dando derecho al titular del sirviente para que pueda pedir la extinción de la servidumbre.

Nada dice la ley catalana acerca de si la servidumbre se extingue en caso de que se abra un camino que dé acceso a la finca enclavada, o de que el titular del predio dominante reúna su predio a otra finca que sea contigua a camino público, pero hay que entender que supletoriamente es aplicable el texto común (art. 568, párrafo 2 del CC).

- f) La servidumbre se configura como accesoria de otras servidumbres de una manera expresa en la ley catalana, tal como se indicó por la doctrina para el Código Civil (art. 21 de la Ley 13) (59).

2. *Servidumbre de redes aéreas y de conducciones superficiales y subterráneas*

Artículo 22. 1. El propietario de un inmueble permitirá a cambio de la indemnización correspondiente la instalación a través de su finca y en beneficio de otra, de redes aéreas y de conducciones superficiales y subterráneas si la conexión a las conducciones públicas no se puede realizar por

(58) El Código Civil parte de que el predio enclavado sea el que se enajena, pero, como dice JUAN ROCA, *ob. cit.*, págs. 162 y 163, puede darse igualmente el supuesto contrario, enclave del predio retenido por el transmitente, planteándose el problema de si hay derecho a indemnización o no en el caso de adquisiciones gratuitas, que él lo resuelve aplicando analógicamente el artículo 567.

(59) Ver nota 23.

otro lugar sin gastos desproporcionados y si los perjuicios ocasionados no son sustanciales.

2. Si el interesado necesita sólo conectar su predio a la conducción que discurre por el predio vecino tendrá derecho a realizarla si paga los gastos de la conexión y la parte proporcional de la que al principio pagó el propietario afectado.

3. El dueño del predio por el que discurra la conducción podrá exigir que ésta se realice de forma que él también pueda servirse de la misma. En dicho caso, contribuirá proporcionalmente a los gastos producidos por la conexión.

4. Los interesados contribuirán al mantenimiento de la instalación proporcionalmente al uso que hagan de la misma.

5. En el caso de que las instalaciones a que se refieren los apartados 1, 2, 3 y 4 produzcan perjuicios, el beneficiado por la servidumbre deberá indemnizarlos.

Aparece como una novedad legal esta servidumbre, que de forma atípica, y en virtud del criterio del *numerus apertus*, se había convertido en usual en la práctica.

La ley catalana se limita a establecer el sistema de contribución al establecimiento y mantenimiento de la servidumbre, que no deja de ser una aplicación de la regla general señalada para todas las servidumbres (art. 22 de la Ley 13).

3. *Servidumbre de acueducto*

Artículo 23. 1. La servidumbre forzosa de acueducto permitirá al propietario del predio dominante conducir al agua a través del predio sirviente.

2. Dicha servidumbre atribuirá al propietario del predio dominante las facultades especificadas en la ley y en el título constitutivo y, en todo caso, las siguientes.

- a) Construir acequia, mantenerla, limpiarla de barro y otros residuos y **dejarlos** al margen.
- b) Hacer reparaciones y mejoras que no hagan más molestas la servidumbre y no perjudiquen el predio sirviente.

3. El titular del predio dominante será responsable de los perjuicios causados por inmisiones, filtraciones y otros defectos de construcción.

Queda configurada más técnicamente el contenido de la servidumbre de acueducto, en cuanto que el titular del predio dominante puede construir acequia, mantenerla, limpiarla de barro y otros residuos y dejarlos al margen, a la vez que hacer reparaciones y mejoras que no hagan más molesta la servidumbre y no perjudiquen el predio sirviente. Los comentaristas del CC ya habían apuntado tales derechos, aún cuando no recogían, como ahora se hace para Cataluña, en el texto legal (60).

Nada se dice acerca de la indemnización de los predios sobre los que transcurran las aguas; aunque debe interpretarse que es una omisión del legislador. Parece que supletoriamente son de aplicación los artículos 559 y 560 del texto común (61).

f'') Servidumbre voluntaria de luces y vistas

Artículo 25. 1. La servidumbre voluntaria de luces permitirá recibir la luz que entra por el predio sirviente y pasa al predio dominante.

2. La servidumbre voluntaria de vistas comprenderá la de luces y permitirá abrir ventanas.

(60) La servidumbre de acueducto ya se encontraba regulada en el derecho civil catalán tradicional, en las *Ordinacions* 9 y 57. Decía la primera que si alguno deba dar paso a aguas para conducir las a otros predios, debe dejar espacio o senda de dos palmos y medio de destre, además del cauce donde pase el agua y junto a éste (así PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 214 y 215).

(61) El artículo 46 de la Ley 2 de agosto de 1985, reguladora de las aguas señala como: 1. Los Organismos de Cuenca podrán imponer, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil y en el Reglamento de esta ley, la servidumbre forzosa de acueducto, si el aprovechamiento del recurso o su evacuación lo exigiera. 2. Con arreglo a las mismas normas, los Organismos de Cuenca podrán imponer las servidumbres de saca de agua y abrevadero, de estribo de presa y de parada o partidor, así como las de paso cuando se trate de garantizar el acceso o facilitar el mismo a zona de dominio público de los cauces, para usos determinados, incluyendo los deportivos y recreativos, y en general cuantas servidumbres estén previstas en el Código Civil. 3. El expediente de constitución de servidumbre deberá reducir, en lo posible, el gravamen que la misma implique sobre el predio sirviente. 4. La variación de las circunstancias que dieron origen a la constitución de una servidumbre dará lugar, a instancia de parte, al correspondiente expediente de revisión que seguirá los mismos trámites reglamentarios que los previstos en el de constitución. 5. El beneficiario de una servidumbre forzosa deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al predio sirviente de conformidad con la legislación vigente. También es interesante el artículo 6 de la ley que reglamenta una servidumbre para uso público en los márgenes de los cauces públicos, así como una zona de policía de cien metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen.

Hay igualmente una norma sobre titularidad demanial en el artículo 47 en el que se dice que en toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y los márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas, o en caso de evacuación, de los que procedieran.

Artículo 26. 1. Si un predio tiene constituida a su favor una servidumbre de luces y vistas, el dueño del predio sirviente que quiera edificar deberá dejar ante la aberutra la androna a que se refiere el artículo 40, excepto que el título constitutivo establezca otra cosa, no obstante, podrá abrir ventanas que reciban la luz por dicha androna.

2. Si la servidumbre es solamente de luces, el dueño del predio sirviente podrá también edificar dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco que da luces.

Los artículos 25 y 26 de la Ley 13 recogen lo ya establecido por el artículo 295 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña en cuanto a esta servidumbre (62).

PARTE IV: LA REGULACIÓN DE LAS INMISIONES Y ACCIÓN NEGATORIA

Innovador respecto al ordenamiento general del Estado en materia privada resulta el capítulo I de la ley que venimos comentando, dedicado a la acción negatoria y las inmisiones en fundo ajeno. La acción negatoria aparece, como dice la Exposición de Motivos, como el marco general donde van a desarrollarse las demás instituciones.

Es cierto que los comentaristas del Código Civil, amparándose en diversos preceptos del mismo (artículo 1.908, especialmente en su número segundo, artículo 590, 7.2 y 3.1) habían intentado configurar una teoría general que respondiese a la cuestión de que hasta que punto está obligado el propietario de una finca a soportar una forma de utilización o aprovechamiento del predio ajeno que le cause molestias o bien que desvalore de cualquier forma su propiedad (63).

(62) Sobre la adquisición de esta servidumbre por prescripción se dice que “*Item, que algún qui finestra haura, no la pot obtenir per prescripció, si dones no la ha ab carta de son vehi, ans es feta en frau de la altra part*” (Ordinacions 62).

(63) La norma del Código Civil más encuadrable como relación de vecindad de carácter obligacional figura en el artículo 1.908 del Código Civil, donde se declara la responsabilidad de los propietarios por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades (hay que entender que la restricción del agente al propietario es excesiva y no puede entenderse en términos literales. Como nos dice HERNÁNDEZ GIL, “*Las relaciones de...*”, *ob. cit.*, págs. 167 a 170, cualquier humo o inmisión no son suficientes para generar la responsabilidad, sino que se encuentra implícito aquí el dato social de la normalidad del uso: la especial sensibilidad de una persona no puede ser la medida de lo excesivo ni, correlativamente, la de lo tolerable. Por otra parte, no es indispensable la prueba de una conducta culposa o negligente para que exista el deber de indemnizar.

Y antes que estos comentaristas los clásicos habían formulado diversas soluciones a la mencionada cuestión (actos de emulación: todo el mundo puede hacer en su predio aquello que quiera, con tal que no lo haga con ánimo de causar daño al vecino; la teoría de la inmisión: el fundo vecino no debe soportar inmisiones de los colindantes, sino en cuanto sean indirectas; la teoría de la normal tolerancia de IHERING o la teoría del uso normal; la teoría de la necesidad del uso de BONFANTE (64).

Falta en el texto común una regulación sistemática de las inmisiones y de la protección jurídica frente a las perturbaciones jurídicas o materiales en un predio procedentes de los vecinos. Es en este sentido, de ordenación sistemática, donde se encuentra el carácter innovador del texto catalán, que separa las relaciones de vecindad (que habría que entenderlas con el significado anteriormente expresado de real), de las inmisiones (que habría que entenderlas con el significado anteriormente expresado de obligacional).

a) *Caracteres de la acción negatoria de la nueva ley catalana*
(artículos 1 y 2)

Artículo 1. 1. El propietario de un inmueble tendrá acción para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación o el retenimiento indebido de la posesión. Tendrá asimismo acción para exigir la abstención de perturbaciones futuras y previsibles del mismo género.

2. No corresponderá la acción:

- a) Si los hechos actuales que se pretendan cesar o los futuros que se pretendan evitar no perjudican el interés del propietario en su propiedad.
- b) Si por disposición de la ley o por negocio jurídico el propietario debe soportar la perturbación.

(64) Para un estudio de la evolución histórica de la dogmática en esta materia, ver HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, págs. 101 a 125. También muy interesante es el estudio de ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 367 y 386, donde nos señala como los antecedentes deben encontrarse en el Derecho romano (D. 8, 5, 8, 5), donde ULPIANO dice que *in sou enim alii hactenus facere licet, quatenus nihill in alienum inmitat*. Se trataba de un caso en que un tal VITALIS arrienda a un municipio romano una fábrica de elaboración de quesos, y en consecuencia, se propongan humos y olores altamente nocivos a los pisos superiores. Los juristas consultados dicen que salvo servidumbre constituida no son lícitas las inmisiones de sólidos (piedras), líquidos (aguas) o gases (humos). JUAN IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 250, nos indica como no es clásica la doctrina de la prohibición de la INMISSIO IN ALIENUM, cuando reviste notable importancia, sino que el principio de la prohibición fue formulado por los justineaneos, a través de una serie de interpolaciones.

Artículo 2. 1. La acción negatoria tendrá como objeto la protección de la libertad del dominio de los inmuebles y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a una perturbación jurídica o material.

2. En el ejercicio de la acción negatoria, además del cese de la perturbación, podrá reclamarse la indemnización correspondiente por daños y perjuicios producidos.

3. En el ejercicio de la acción negatoria no será necesario que el actor pruebe la ilegitimidad de la perturbación.

4. La acción negatoria será incompatible con la reivindicatoria.

5. La acción negatoria prescribirá a los cinco años a partir de que el propietario tenga conocimiento de la perturbación ilegítima.

De los preceptos de la Ley 13/1990 pueden deducirse como características de la acción las siguientes:

1. La acción corresponde al propietario del inmueble. Toda la doctrina ha puesto de manifiesto cómo se encontrarán legitimados también los titulares de derechos reales sobre el fundo (65).

2. Tiene por objeto la protección de la libertad del dominio de los inmuebles frente a cualquier clase de perturbación, sea jurídica o material (artículo 2.1). Hay que entender que el legislador ha pretendido ampliar el ámbito de aplicación de la acción negatoria, como señalan LLUIS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS, aunque de la lectura de diversos autores puede observarse que no es claro cuál era el campo actual de dicha acción (66).

(65) La acción negatoria, dice BORRELL, *ob. cit.*, pág. 149, corresponde al propietario de una casa frente al tercero que casi posea indebidamente algún derecho real sobre la misma; y también se da utiliter al poseedor, al enfiteuta, superficiario y hasta al acreedor hipotecario. La acción negatoria corresponde, dice BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 149, al propietario y utiliter al poseedor, al enfiteuta, superficiario y hasta al acreedor hipotecario.

(66) Así ISAC AGUILAR nos dice que el objeto tradicional de la acción negatoria es el constituido por las ingerencias jurídicas y materiales (ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 318). No obstante, JUAN ROCA JUAN, *ob. cit.*, pág. 12, nos señala, por ejemplo, que la acción negatoria se ejercita contra quien pretenda o afirme tener a su favor un derecho de servidumbre, ejercitando los actos *materiales* que correspondan al ejercicio de este derecho, y no contra cualquier perturbador frente al que pueden ejercitarse otras acciones de defensa. Y BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, pág. 149, nos declara que la lesión del dominio que no consistiese en la cuasiposesión de un derecho real, con corpus y animus, sino en la lesión de carácter transitorio, no provocaría esta acción, sino la derivada del hecho.

En otro sentido, PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 152 a 161, nos indica como la acción negatoria no será procedente cuando el propietario quiera eliminar una perturbación de hecho, pues tendrá los cauces de los interdictos. GONZÁLEZ PORRAS, en BIONDI, *ob. cit.*, pág. 1.126, nos comenta cómo en el Derecho romano la acción negatoria se destinaba a la defensa de la propiedad contra las servidumbres que otro le atribuía, pero a través

El legislador catalán contrapone las perturbaciones jurídicas a las materiales, estableciendo que tanto unas como las otras darán lugar a la acción negatoria. ¿Qué se quiere decir exactamente? ¿Dónde se encuentra la diferencia? ISAC AGUILAR (67) manifiesta al comentar el artículo 1 del anteproyecto que la acción frente a las perturbaciones jurídicas se ejercerá contra quien alega ser propietario o titular de un derecho real, como, por ejemplo, de una servidumbre; y en el caso de las perturbaciones materiales, frente a quien introduce objetos en la finca o provoca inmisiones sustanciales, así como también se comprenderán los casos de perturbaciones sin inmisión ni introducción (fotografías en fundo ajeno), perturbaciones negativas (privación de señales de telecomunicación, vistas panorámicas) o perturbaciones ideales como la del tipo estético. La doctrina había hablado en otro sentido de perturbaciones de hecho frente a perturbaciones jurídicas (68).

A mi modo de ver, la contraposición jurídico-material realizada por la ley no es del todo correcta, aunque puede servir para entender el espíritu del legislador. Toda perturbación en fundo ajeno o es relevante desde el punto de vista jurídico o no lo es. En realidad, la perturbación es un hecho del mundo de la realidad, que cuando es tomado en cuenta por el Derecho, para derivar consecuencias jurídicas, se convierte en jurídico y, por tanto, toda perturbación, todo hecho, que cae bajo la ley comentada es por esa misma razón jurídico. Ahora bien, hay hechos o perturbaciones (jurídicas) que bien aisladamente o bien en unión de otros hechos son expresivos del ejercicio de una servidumbre (la instalación de un conducto de desagüe a través de la finca próxima es una perturbación, que puede además repre-

de la evolución del Derecho común la acción negatoria se amplió hasta el punto de poder utilizar para oponerse a cualquier perturbación de un predio, además de la procedente de querer ostentar sobre el mismo un derecho de servidumbre. Y el mismo BIONDI, *ob. cit.*, págs. 1.122 a 1.124, nos dice como el ámbito de la negatoria se encontrará en las limitaciones legales por razón de las relaciones de vecindad, llámese como se quiera la acción. Y terminantemente ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 368, escribe que toda invasión puede dar motivo al ejercicio de la acción negatoria de la perturbación. Ver también la nota 8.

(67) ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 316.

(68) Así Díez Picazo, en "**Fundamentos...**", págs. 733 a 735, nos dice que podríamos hablar de perturbaciones de mero hecho, frente a las perturbaciones que afectan a la situación jurídica o perturbaciones jurídicas. La perturbación de hecho consiste en atacar el señorío posesorio, tendiendo a provocar una disminución material en el goce de la cosa y caracterizándose fundamentalmente porque el que la realiza no pretende ostentar un derecho sobre la cosa (que tendría su amparo en el Código Civil en el artículo 1.560); mientras que en las perturbaciones jurídicas, el tercero que las provoca realizaría, frente al titular del derecho, actos que son o que pretender ser de ejercicio de otro derecho (que tendría su amparo en el artículo 1.502 del Código Civil). También nos encontraríamos, dice este autor, con situaciones en que sin modificación alguna del estado posesorio anterior se niega o desconoce el derecho.

sentar el ejercicio del contenido de un derecho real de servidumbre); y hay otros hechos o perturbaciones (también jurídicas) que no representan tal ejercicio directamente (el ruido procedente de la casa del vecino). El legislador se refiere a perturbaciones jurídicas en el primero de los sentidos expresados, y a perturbaciones materiales, en el segundo; pero olvida que muchas de las perturbaciones materiales pueden llegar a convertirse en perturbaciones jurídicas: uno, empieza a realizar actos **emulativos** sobre fundo ajeno y después pretende que dichos actos son como consecuencia del ejercicio de un derecho real de servidumbre.

En el marco de las perturbaciones materiales se encontrarían las inmisiones, tal como son definidas por la doctrina (68 bis).

Entiendo, pues, que la acción negatoria se ejercitará, según el nuevo texto, frente a cualquier perturbación; lo cual no debe impedir, a mi modo de ver, que puedan utilizarse otras acciones cuando no sea posible el ejercicio de la misma (por ejemplo, no veo inconveniente en que cuando se produzca la existencia de humos en una propiedad, procedentes del vecino, pueda ejercitarse la acción de responsabilidad extracontractual además de la negatoria.

3. No se aplicará a aquellas perturbaciones que consistan en la privación o en el retenimiento indebido de la posesión (artículo 1.1), precisamente porque el propietario o el poseedor de un inmueble ya se encuentra protegido frente a estas perturbaciones por otros cauces procesales —los interdictos de retener y recobrar la posesión o la antigua acción publiciana. La acción se considera incompatible con la acción reivindicatoria (artículo 2.4).

4. Las perturbaciones, jurídicas o materiales, han de ser ilegítimas (artículo 1.1), en el sentido de que el propietario no tiene que estar por la ley o por negocio jurídico con el perturbador (o con el propietario del fundo que motiva la perturbación) obligado a soportarlas (artículo 2 b). Pero, al igual que en el artículo 1.908, párrafo segundo, del texto común, la responsabilidad es objetiva, aquí nos encontramos con que es suficiente que la acción perturbadora sea antijurídica, sin exigir una intención dolosa o culposa en su autor (69).

(68 bis) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, pág. 235, definen las inmisiones como “**invasió** de la finca vena, que es **produeix** per **mitjà** de la penetrado de substancies molestes, como poden ésser-per exemple-sorolls, vibrations, **fums**, gasos, **olors**, **pols**, calor, cendres, nocives per a les activitats que es desenvolupen en el predi veí i perjudicials per a la **salut** de les persones o perilloses per **raó** dels riscos que comporten”.

(69) La doctrina se ha preguntado acerca del fundamento de la responsabilidad. Así ALEX WEILL, *ob. cit.*, págs. 270 a 274, nos dice como no puede ser que la responsabilidad derive de una especie de cuasicontrato de vecindad, como se creyó inicialmente sobre la base de un texto de POTHIER; ni tampoco en el abuso del derecho de propiedad, pues esta requiere una falta del propietario, y en algunos casos de responsabilidad, como

No obstante, el actor no tiene que probar la ilegitimidad de la perturbación, correspondiendo, por tanto, la prueba de que puede hacerse tal inmisión al demandado (artículo 2.3). La doctrina tradicional predicaba tal característica de la acción negatoria al presumirse el dominio libre de cualquier limitación o servidumbre, teniendo sólo el actor que justificar su derecho de propiedad y probar la perturbación que el demandado le haya causado en el goce de su propiedad (70).

5. Las perturbaciones pueden ser actuales, pero también puede exigirse el cese de las perturbaciones futuras y previsibles del mismo género (artículo 1.1 *in fine*). Se enmarcaría así dentro de la acción negatoria algunas acciones tradicionales como la de daño temido (*damni infecti*) (71).

6. Las perturbaciones tiene que ser importantes, no dándose la protección jurídica para aquellos casos en que sean inocuas o no causen perjuicios no sustanciales en el fundo, es decir, cuando los hechos actuales que se pretenden cesar o los futuros que se pretendan evitar no perjudiquen el interés del propietario en su propiedad [artículo 2 a) y artículo 3]. Ahora bien, las inmisiones dirigidas especial o artificialmente contra la propiedad

en los supuestos de autorización administrativa para la instalación de una fábrica, no podemos entender que se dé tal falta. Estaría según la jurisprudencia francesa en el "*dépassement des inconvénients normaux du voisinage*". El autor señalado indica se pregunta con muy buen criterio: *Unité ou pluralité des fondements? Peut-on dégager en la matière l'existence d'un fondement unique? Ne vaut-il pas mieux admettre qu'au pluralisme des responsabilités, correspond une pluralité de fondements?*

(70) MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 355, nos indica como las limitaciones legales del contenido de la propiedad inmobiliaria en cuanto a las inmisiones pueden modificarse por contrato. Los vecinos interesados pueden otorgar contratos obligatorios sin eficacia frente a los ulteriores propietarios (a menos que exista una cesión o una asunción de deuda); y contratos reales de **modificación** que tendrían por contenido la constitución de un derecho real de servidumbre predial, consistente en la reducción o aumento de las inmisiones legales. Estos últimos requerirían en nuestro Derecho documento público e inscripción en el Registro de la Propiedad para poder afectar a los terceros propietarios de las fincas afectadas (artículo 1.280 del Código Civil). Señala también MARTÍN WOLF como se puede regular por contrato tanto la mediada de las inmisiones, como el establecimiento o exclusión de pretensiones de indemnización.

(71) La doctrina había señalado para el derecho común como los artículos 389 a 391 (edificios ruinosos y árboles que amenacen ruinas) son limitaciones de la propiedad, que puede traducirse, como es lo normal, en una relación de vecindad porque los propietarios de los fundos vecinos son los más afectados, aunque no sean el interés de éstos el único protegido. Por tanto, como dice HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, págs. 142 a 146, el hecho de que el artículo 391 remita a los artículos 1.907 y 1.908, reguladores de la responsabilidad civil, no quiere decir que el único efecto de los artículos 389 a 390 sea el indemnizatorio. En este sentido, MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 357, nos indica como el parágrafo 908 del BGB da una protección preventiva frente a las amenazas de derribarse una casa o desprenderse una parte de la misma, sustituyendo a la *cautio damni infecti* del derecho común.

ajena no deben tolerarse (artículo 3.6), como tampoco aquellas que tengan una intención de dañar (artículo 3.1) (72).

No es definido por el legislador que debe entenderse por "sustancial", aunque se ha señalado que debemos acudir a criterios económicos.

7. La acción se configura con un cuádruple fin: poner fin a la perturbación producida, evitar el daño futuro previsible, resarcir o indemnizar (artículo 2.2, 3.1, 3.4 y 3.5) y compensar económicamente de los daños que puedan producirse en el futuro (artículo 3.4) (73).

8. La acción es prescriptible, teniendo en el nuevo texto un plazo de ejercicio de cinco años, contados desde el momento en que el propietario tenga conocimiento de la perturbación ilegítima (artículo 2.5) (74).

Por otra parte, si el titular de un predio perturba jurídicamente el predio vecino mediante el establecimiento de un signo o, en general, la realización de un acto propio del contenido del derecho de servidumbre, el titular del fundo que ha sufrido la perturbación podrá ejercitar la acción negatoria por un plazo de cinco años, a contar de que tenga conocimiento de la perturbación ilegítima, volviendo las cosas al estado original. El no ejercicio de tal acción durante dicho plazo, hace que no pueda ejercitarla, al haber prescrito, pero no le impide eliminar los signos exteriores del ejercicio de dicha servidumbre, siempre que tal eliminación no suponga una inmisión en el fundo dominante o en otro. Una vez adquirida la servidumbre por usucapión, si se pretendiese eliminar dichos signos externos, el titular del predio sirviente podrá ejercitar la acción confesoria (salvo y por expresa mención del artículo 15 de la ley, antiguo 284 de la Compilación, en las servidumbres de luces o lucerna y de degotis o degotie).

Estamos totalmente de acuerdo con la crítica que realiza LLUIS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS a esta variación del plazo de prescripción de la acción negatoria de treinta años a cinco: "Les diferéncies entre un termini de trenta anys i un termini de cinc anys, per unes institucions regulades en un mateix text legal i que, per consegüent, cal pensar que es fonamenten en uns mateixos principis comuns, són massa considerable i no semblen fàcilment justificables" (pág. 264).

(72) ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 318.

(73) Se ha indicado que sería distinta la acción de cesación de la acción de responsabilidad civil (así ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 317). No obstante, la acción negatoria también da lugar a la exigencia de la correspondiente indemnización.

(74) Con relación a desde que momento se cuenta en los casos de perturbaciones continuadas y permanentes, ver SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, págs. 643 a 645, donde cita diversas sentencias del Tribunal Supremo. Señala que en estos casos, el día inicial de la prescripción será no el del comienzo del hecho, sino el de su verificación total. Distingue también el autor, basándose en CALVILLO, a los efectos de la prescripción entre daños continuados, actos instantáneos con efectos permanentes y daños progresivos.

b) Concepto de la acción negatoria

Podemos definirla como aquella acción que tiene el propietario de un inmueble para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas, jurídicas o materiales o exigir la abstención de perturbaciones futuras y previsibles del mismo género, que no consistan en la privación o el retenimiento indebido de la posesión y siempre que perjudique el interés de dicho propietario en su propiedad, así como para reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a dicha perturbación jurídica o material.

c) Clases de inmisiones (artículo 3)

Artículo 3. 1. Las inmisiones producidas por actos ilegítimos del vecino que causen daños al inmueble quedarán prohibidas y generarán responsabilidad por el daño causado. El propietario del inmueble afectado por una inmisión dolosa o culposa tendrá acción negatoria para hacerla cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados.

2. Todo propietario deberá tolerar las inmisiones que provengan de una finca vecina, si éstas son inocuas o si causan perjuicios no sustanciales.

3. Igualmente, tolerará las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto económicamente desproporcionado. Asimismo podrá adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo del propietario vecino.

4. En dicho caso el propietario afectado tendrá derecho a la indemnización por los daños producidos en el pasado y a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que se produzcan en el futuro si estas inmisiones afectan exageradamente al producto del predio o al uso normal del mismo, según la costumbre local.

5. Las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas administrativamente facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas.

Si aún así las consecuencias no pudiesen evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos.

6. Ningún propietario estará obligado a tolerar inmisiones dirigidas especialmente o artificialmente contra su propiedad.

a') *Atendiendo a su admisión o no, así como al diferente grado de resarcimiento del daño producido por unas u otras podemos clasificarlas en diferentes grupos:* ~

1. *Según que intervenga o no dolo o culpa de parte del perturbador*

Anteriormente hemos indicado al definir las características de la acción negatoria que la responsabilidad es objetiva, prescindiendo del grado de culpabilidad del autor. Ello no hace más que continuar la doctrina tradicional de los comentaristas del Código que hablaron de una responsabilidad objetiva en alguno de los supuestos del capítulo II del título XVI del Código Civil, relativo a las obligaciones que nacen de culpa o negligencia (en especial el artículo 1.908, número 2) (75).

Sin embargo, el nuevo texto catalán, en su artículo 3.1 se refiere a que "el propietario del inmueble afectado por una inmisión dolosa o culposa tendrá acción negatoria para hacerla cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados". ¿Quiere esto decir que sólo se dará cuando en la inmisión intervenga dolo o culpa del actor? No es ésta la intención del legislador, si se compara este último párrafo del artículo 3.1 con el inicio del mismo artículo o simplemente con los demás supuestos del mismo, en donde se prescinde de la intencionalidad del agente provocador. Entiendo que el supuesto comentado se está refiriendo a aquellos casos en que se produce una inmisión en el fundo ajeno con intención (con dolo o con culpa o negligencia) de dañar y se encuadraría en los actos emulativos del Medioevo; no exigiéndose, por tanto, ni que la inmisión sea sustancial, ni que se realice de una forma o por un conducto especial. Por otra parte, el resarcimiento de daños y perjuicios podría variar en función del mayor o menor grado de culpabilidad (a semejanza del incumplimiento contractual del artículo 1.107 del Código) (76).

(75) En el derecho medieval la doctrina de la *aemulatio* se basó en el principio de *Quod alli noceat et sibi non proicit*. Cino de Sinibuldi, sobre fórmulas de BALDO DE UBALDIS, en el siglo XIV, en un informe sobre la apertura de una ventana molesta sobre la finca del vecino, manifestó que se prohíbe al propietario de una finca aquellos actos que sin reportarle una utilidad, se realizan con ánimo de perjudicar al vecino. Así pues, en el Medioevo, por influencias canonistas, se dio importancia a la intención del sujeto provocador; pero en el Derecho moderno, como nos dice ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 272 a 274, la doctrina de la *aemulatio* pierde su protagonismo al no permitir resolver múltiples conflictos vecinales en los que no queda o es difícil demostrar la intención de causar daño. Por otra parte, nos dice este autor, como la "doctrina de la *aemulatio* no es otra cosa que una especial forma de la *inmissio*, dado que el requisito del daño es común a ambas categorías", así como que "si del acto se infiere la inutilidad y el propósito de dañar, constituirá para el agente una hipótesis más de responsabilidad civil por culpa".

(76) Estas conductas deben situarse dentro del ejercicio antisocial de un derecho. Así el BGB, en su parágrafo 226, declara "el ejercicio de un derecho es inadmisibile

2. *Según que sean o no dirigidas especialmente al fondo vecino (artículo 3.6)*

Se inspira el precepto en el derecho alemán cuando dice el número 3 del párrafo 906 del BGB que "**Die** zuführung durch eine besondere leitung ist unzulässig", es decir, no está permitida la penetración a través de un conducto especial.

El legislador catalán prohíbe las inmisiones dirigidas "especialmente o artificialmente", mientras que el alemán se refiere a las inmisiones a través de un conducto especial. Tanto uno como otro texto intentan prohibir aquel tipo de penetración o inmisión en fondo ajeno que se realiza de una forma directa (así si una persona para eliminar los humos de su casa, construye una canalización que desemboca en la casa vecina, está **dirigiéndose** indiscriminadamente a un vecino y no a otro, por una parte, e invadiendo directamente el fondo ajeno, por otra). La artificiosidad será una prueba de que se está realizando un acto emulativo en la propiedad del vecino, pero no toda inmisión artificial necesariamente se dirige especialmente a la finca vecina. Quizá, por tanto, hubiera sido preferible prohibir toda inmisión dirigida especialmente de una forma artificial o simplemente toda inmisión especial.

3. *Según que sean inocuas o sustanciales (artículo 3.2)*

El legislador catalán, basándose en el derecho alemán, expresa que no habrá acción en caso de que la perturbación no perjudique el interés del propietario en su propiedad [artículo 1.2 *a*)], admitiendo como tolerables aquellas perturbaciones que sean inocuas o no causen perjuicios sustanciales (77).

cuando sólo puede tener por fin causar daño a otro". El artículo 2 del Código suizo proclama que "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley". Y el artículo 833 del Código italiano señala que "El propietario no puede realizar actos que sólo tengan el fin de dañar o causar molestias a otros". Como señala HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 118 es el suizo quien realiza una enunciación del principio más amplia, al apartarse de la intencionalidad en el ejercicio.

(77) Así el BGB manifiesta que: Der eingethümer eines grundstücks kann die zuführung von gasen, **dämpfen**, gerüchen, rauch, russ, **wärme**, geräusch ers chütierrungen und ánhliche von einem anderen grundstück ausgehende einwirkungen **insoweit** nicht verbieten, als die einwirkung die benutzug seines grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt (el propietario de una finca no puede impedir la propagación de gases, vapores, olores, humos, hollín, calor, trepidaciones, ruido e inmisiones parecidas procedentes de otra finca, siempre que la inmisión no perjudique o sólo de modo no sustancial al aprovechamiento **de** su finca).

La sustanciabilidad del perjuicio será indudablemente una cuestión probatoria que en última instancia quedará al arbitrio del juzgador de instancia. Hay que pensar que la valoración de si una perturbación es o no sustancial a la finca debe realizarse en función de criterios económicos, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad propia de la finca vecina y no a la persona del vecino, más o menos sensible (78).

4. *Según que provengan o no de instalaciones autorizadas administrativamente (artículo 3.5)*

Cuando la inmisión en el fundo ajeno proceda de una instalación en el vecino que ha sido autorizada administrativamente (cumpliendo entonces los requisitos de derecho administrativo exigidos), se puede llegar a producir una colisión entre el Derecho Privado y el Público (79). Si la inmisión no es sustancial debe tolerarse (y ello esté autorizado o no el vecino para dicha instalación, sin perjuicio, es este caso, de la correspondiente reclamación en vía administrativa); pero si es sustancial el perjudicado debe también tolerarla y sólo puede, si es posible, "solicitar la adopción de las mediadas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas", y en última instancia, "si aún así las consecuencias no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos" (artículo 3.5) (80).

(78) Así MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 351. También ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, pág. 318, comentando la nueva ley catalana señala que los perjuicios deben entenderse en términos económicos. Igualmente, PUIG FERRIOL, *Instituciones*, pág. 235, señala como se habrá de tener en cuenta fundamentalmente la naturaleza y finalidad propia de la finca que sufre la inmisión.

(79) Ya en el Derecho alemán MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, pág. 353, nos indica como una vez establecida una instalación industrial con licencia de la autoridad, conforme a la ley industrial, el vecino no tiene pretensión alguna para que se suspenda la explotación, aunque produzca influencias considerables y contrarias al uso de la localidad. Sólo puede exigir que se suprima todas las molestias que quepa evitar y se instalen en su caso dispositivos de protección (por ejemplo, chimeneas más altas, sordinas). En otro orden de cosas, nos dice que la pretensión de indemnización en este caso no es de naturaleza delictual, sino basada en la pretensión de libertad de la propiedad en grado atenuado.

(80) SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, págs. 645 y 646, nos comenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1981, en la que dio el supuesto de explotación por la demanda de una fábrica de cemento colindante con el inmueble propiedad del actor, en cuyo arbolado causaron daños las emanaciones de polvo procedentes de la fábrica. La demandada señaló que los daños no se habían producido de forma antijurídica; declarándose por el Tribunal Supremo que la relación o juicio de **antijuricidad** no se basa exclusivamente en ser el acto incriminado contrario a una concreta norma jurídica (normativa administrativa sobre la instalación fabril), precisamente porque si se dieron

¿Puede reclamar una compensación económica por los perjuicios que se van a producir en el futuro, además del resarcimiento de los ya producidos? El texto catalán omite esta compensación (a diferencia de lo expresado en el número anterior de este artículo), pero no veo ninguna objeción para que admita que aunque la perturbación sea autorizada por un acto administrativo puede dar lugar a una indemnización por los daños causados hasta el momento de la reclamación civil, no deba extenderse la tutela judicial a la compensación económica de los futuros.

5. *Según que las inmisiones sean consecuencia o no del uso normal del predio perturbador y afecten exageradamente o no al producto del predio o al uso normal del predio perturbado (artículo 3.3 y 4)*

Toda inmisión sustancial no debe tolerarse, a excepción de las autorizadas administrativamente, y de las mencionadas anteriormente.

El texto catalán se inspira directamente en el BGB cuando dice que "Das gleiche gilt landswelt, als eine wesentliche beeinträchtigung durch eine ortsübliche benutzung das anderen grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch massnahmen verhindert werden kann, die benutzern dieser art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der eigentümer hiernach eine einwirkung zu dulden, so kann er von dem benutzer des anderen grundstücks einem angemessenen ausgleich in geld verlangen, wenn die einwirkung eine ortsübliche benutzung seines grundstücks oder dessen ertrag über das zumutbare mass hinaus beeinträchtigt" (se aplicará la misma disposición —es decir, la tolerabilidad de la inmisión— cuando se produce un perjuicio sustancial por un aprovechamiento de la otra finca de acuerdo con los usos locales y que no se puede impedir mediante la adopción de medidas exigibles económicamente a quienes tiene un aprovechamiento de esta índole. Si el propietario debe soportar, en consecuencia, la inmisión, puede exigir igualmente de quien tiene la otra finca una adecuada compensación pecuniaria, cuando la inmisión perjudique un aprovechamiento de su finca conforme a los usos de la localidad o perjudique el aprovechamiento de aquélla por encima de la medida tolerable).

los daños es que las garantías adoptadas conforme a esas disposiciones no fueron suficientes. De ahí, dice el autor mencionado, que "la antijuricidad, como requisito de la responsabilidad extracontractual, no se elimine al presuponer un acto conforme a las normas, sino que se integra por faltar el mandato general de diligencia al actuar frente a bienes jurídicos protegidos". En otras ocasiones, se ha acudido por el Tribunal Supremo para justificar el deber de indemnizar más que a la antijuricidad del acto, que hasta cierto punto no sería contrario a derecho, a la exigencia de justicia conmutativa de que el perturbador ha defendido su derecho en su interés y en perjuicio del otro, sin respeto a la propiedad ajena y todo ello aún siendo autorizado por la normativa administrativa.

Como dice MARTIN WOLF (81), comentando el derecho alemán, el concepto de lo "usual en la localidad" no hace referencia a un derecho consuetudinario local, sino a usos de hecho, dotados de virtud normativa. Las molestias usuales de la localidad, aunque produzcan daños de consideración son, sin embargo, legítimas. Deben ser consideradas como actividades normales y ser aceptadas por todos los vecinos sin que éstos tengan pretensiones de indemnización o de defensa. A veces, podrán adoptarse medidas protectoras, pero será necesario valorar y sopesar el coste de las medidas y la gravedad de las molestias sufridas. En cualquier caso si no pueden adoptarse tales medidas si será posible una indemnización cuando se den las circunstancias marcadas en la ley.

b) *Atendiendo a las características, contenido y finalidad de la inmisión o perturbación podemos distinguir:*

Ya hemos indicado anteriormente cómo el legislador catalán y también algunos autores hablan de perturbaciones jurídicas y perturbaciones materiales, estableciendo entre ellas una contraposición. Entiendo que podríamos hablar de:

1. *Según que afecten directamente a las fincas o a las personas*

Toda perturbación, como todo derecho, se da sólo entre las personas. Una perturbación es producida por una persona frente a otra. Ahora bien, hay inmisiones que son de carácter personal y afectan directamente a las personas e indirectamente a los inmuebles; y hay otras que se dirigen a la casa, aunque a través de ella influyen en la persona. Pensamos, por ejemplo, en el ruido (82) o en las trepidaciones (contemplado expresamente en el BGB o en el Código austriaco), como una perturbación encuadrable

(81) MARTÍN WOLF, *ob. cit.*, págs. 352 y ss. Nos dice este autor cómo hay que tener en cuenta los avances en la técnica y el desarrollo del tráfico, que no es posible detener por la simple alegación de los que ha sido usual hasta ahora. Hay que tolerar las molestias que son usuales en el lugar, no las que lo fueron un tiempo, ni tampoco las que acaso lo sean pronto.

(82) Sobre la problemática del ruido en la nueva sociedad y sus correlaciones con los artículos 1.907 a 1.909, ver SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, págs. 647 a 657. ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 385, nos habla cómo la jurisprudencia alemana ha considerado como inmisiones en fundo ajeno el sonido extemporáneo de las campanas de una iglesia, excesivo croar de las ranas, los ruidos de los niños en un kindergarten, el graznido nocturno de los ánades, o tocar el piano pasada las once de la noche en un restaurante, los ruidos procedentes de una bolera, o la música y canciones en una casa de huéspedes que impide dormir a los vecinos.

dentro de las primeras, y que afecta directamente a las personas (aunque puede llegar a tener incidencias en la propiedad: así la discoteca situada en una planta baja de un inmueble puede llegar a hacer disminuir el valor económico de las fincas próximas a ella).

La defensa frente a las inmisiones de carácter personal se ha configurado tradicionalmente en el derecho común dentro de la responsabilidad extracontractual (por riesgo o no, según los supuestos), acudiéndose a los principios de buena fe o de abuso del derecho.

2. *Según que puedan suponer el ejercicio de un derecho de servidumbre o no*

Hay perturbaciones que no suponen el ejercicio de un derecho de servidumbre: todas las que afectan directamente a las personas, pero también muchas de las que afectan directamente a los predios. Redactando este comentario fui requerido como Notario por dos personas que eran inquilinos de los pisos bajos de una casa en el centro de mi población de residencia para que observase el estado de los pisos superiores: personado en el lugar se constató que las ventanas se encontraban abiertas y habían entrado las palomas, constituyendo todo el edificio, excepto los locales arrendados, un verdadero palomar. Los inquilinos me decían que el propietario del inmueble había realizado la abertura de las ventanas para forzarles a pactar un nuevo contrato de alquiler o inclusive para que se fueran y así poder vender el edificio a una inmobiliaria. Es indudable que nos encontrábamos ante una inmisión en fundo ajeno, con intención maliciosa de dañar a los arrendatarios. Al margen de la problemática de si en este supuesto podían los arrendatarios de los bajos utilizar la negatoria contra el propietario de los mismos, o si la acción correspondiente era la contractual derivada del arrendamiento o la de responsabilidad aquiliana, lo cierto es que si no nos hubiésemos encontrado con unos propietarios de los bajos distintos de los pisos altos, no estaríamos en presencia del ejercicio de los actos propios de un derecho de servidumbre.

3. *Según que su círculo de influencia sea concreto o generalizado*

La doctrina moderna ha configurado como inmisiones inadmisibles, basadas en las relaciones de vecindad o en un derecho de vecindad, las derivadas de fenómenos generalizados, consecuencia de la era industrial (la radiación procedente de las centrales nucleares, la polución atmosférica,

o en general, el deterioro del medio ambiente). Y así, ALONSO PÉREZ (83) nos dice cómo "el Derecho de vecindad intenta superar la doctrina clásica, que veía en los conflictos vecinales concretos dañadores asentados en predios contiguos, para prevenir, vigilar y corregir los riesgos que amenazan al ser humano procedentes de múltiples inmisiones generalizadas y altamente nocivas". Quizá, como hemos dicho anteriormente, sea excesivo dar al derecho de vecindad un alcance tan amplio, sin perjuicio de que las soluciones aportadas por el derecho privado sean llevadas a la erradicación de este tipo de perturbaciones colectivas, que quedarán enmarcadas en los límites del derecho de propiedad y en los principios generales y básicos de la convivencia social. La regulación de las inmisiones generalizadas escaparían, pues, a los moldes tradicionales del derecho de vecindad.

PARTE V: LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD DERIVADAS DE LA CONTIGÜIDAD DE LOS PREDIOS: RELACIONES DE VECINDAD

La existencia de un espacio territorial y la consiguiente aparición de los límites separadores de dicho espacio, consecuencia histórica del paso de los pueblos primitivos del nomadismo a la agricultura, da lugar a las llamadas relaciones de vecindad, han puesto de manifiesto, como hemos indicado anteriormente, cómo el dominio no es ilimitado, sino que se encuentra limitado ontológicamente, dando lugar a lo que la doctrina ha definido como limitaciones demaniales de interés privado derivadas de la vecindad o contigüidad de los predios (84).

a) Naturaleza jurídica: El problema de la prescripción de las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad

¿Cuál es el fundamento jurídico de las llamadas relaciones de vecindad? Del análisis de los supuestos recogidos en la ley (fijación de distancias para ciertas construcciones, o plantaciones, prohibición de luces y vistas sobre la finca del vecino), podemos afirmar que tales limitaciones pretenden prevenir inmisiones en el fundo ajeno que puedan resultar perjudicia-

(83) ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 390.

(84) Y otro supuesto es en el caso de cerramiento de las fincas rústicas donde el propietario que tiene el derecho de cerrar su finca debe respetar las servidumbres constituidas, y dado que el Código Civil, como dice HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 165, configura la medianería como una servidumbre, también habrá de respetarse si se procede al cerramiento de la finca propia.

les. Son, como he dicho anteriormente, presunciones *iuris et de iure* de actos emulatórios en propiedad ajena y como tales prohibidos terminantemente, con independencia de que se produzca o no realmente tal inmisión. Serían casos concretos de inmisiones típicas, frente a las cuales sólo el convenio de entre los particulares podrían hacerlas decaer.

Solamente el derecho concedido en el artículo 34 a todo propietario de cerrar su patio, huerto, jardín o solar hasta la altura mínima de dos metros y el mismo derecho de atans tienen otro fundamento diferente, cual es el principio general de que todo propietario puede acotar su terreno.

¿Son prescriptibles también los supuestos establecidos como de relaciones de vecindad por el nuevo texto? La doctrina ha puesto de manifiesto que son imprescriptibles por no uso las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad (85), precisamente porque conforman el derecho de propiedad mismo, siendo limitaciones ontológicas de él, aunque pueden prescribir las acciones indemnizatorias derivadas de la trasgresión de deberes de esta clase o del acto ilícito (si una persona construye un pozo a menor distancia de la establecida y causa unos daños, nos encontraremos con que podrá ejercitarse la acción negatoria o la de responsabilidad aquiliana, en su caso, sólo dentro del plazo legalmente establecido y sólo dentro de este plazo se tendrá obligación de indemnizar por los perjuicios causados; pero si no se ejercita ninguna acción y transcurre el plazo de treinta años no podrá alegarse, por parte del infractor, que se ha adquirido un derecho real de servidumbre a tener pozo cerca de la finca del vecino y a menor distancia de la marcada por la ley.

Sin embargo, el actual artículo 41 del nuevo texto catalán establece un plazo de prescripción de diez años a la acción para exigir la tala de árboles o arbustos que se planten contraviniendo las distancias señaladas en el mismo precepto. ¿Supone ello que los demás supuestos de relaciones de

(85) Así ALONSO PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 365, nos señala que una de las diferencias entre las servidumbres legales y las limitaciones al derecho de propiedad derivadas de las relaciones de vecindad es que los límites vecinales no se extinguen por el no uso, como derecho común de la propiedad. También HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pág. 100, se plantea el problema de si el propietario puede adquirir por usucapión una servidumbre de contenido contrario a la relación de vecindad y excluyente de ésta, si persiste durante veinte años (pensemos en treinta para Cataluña) en la inobservancia de los deberes inherentes a la limitación impuesta por las relaciones de vecindad, señalando que "algunos autores entienden que sí, pero puede llegarse a la conclusión contraria, porque si el no uso no determina la prescripción extintiva, el uso invocable a los efectos de la usucapión sólo es el efecto reflejo del no uso, y si el no uso no produce la extinción, parece contradictorio que el uso (indebido) produzca la adquisición por usucapión de una servidumbre excluyente de la relación de vecindad. A lo sumo podría verse en el no uso una renuncia de concurrir los requisitos propios de ésta; pero entonces estaríamos ante la modificación del régimen legal por obra de la renuncia y no propiamente ante la adquisición por usucapión de una servidumbre.

vecindad quedan sometidos a la prescripción adquisitiva de treinta años por parte del vecino que nos las respeta? Ello parece ser la opinión de algún comentarista de la nueva ley catalana (86); pero entiendo que habría que matizar distinguiendo los diferentes supuestos regulados por el capítulo cuarto de la ley nueva. Así:

1. Las limitaciones derivadas del mismo hecho de los límites entre los predios no se pierden por el no uso. El propietario de una finca que sea un jardín, huerto, patio o solar podrá en cualquier momento cerrar su propiedad y no podrá alegarse por el otro vecino que el no uso de dicho derecho ha llevado a la pérdida del mismo. Así pues, uno de los caracteres ontológicos de la propiedad, que es la delimitación física de la misma, no puede perderse por el no uso. En el derecho común no prescribe entre propietarios de fincas colindantes la facultad de deslindar las propiedades contiguas de conformidad con lo señalado en el artículo 1.965.

Tampoco el no uso del derecho de atans supone la pérdida del mismo, lo que ocurre en este supuesto es que el propietario vecino puede haber adquirido una servidumbre en el plazo de treinta años, que debe ser respetada por el que pretende atansarse. Esto ya lo indica el propio artículo 36, al regular el derecho de atans y, por tanto, no nos encontramos ante un supuesto de prescripción por no uso de dicho derecho, sino ante la configuración ordinaria del mismo.

2. Las limitaciones por razón de luces y vistas: ¿qué ocurre si alguna persona no respeta la limitación de la androna y abre ventana o construye voladizo a menor distancia del metro exigido, sin que el vecino reclame frente a este hecho? Serán actos de pura tolerancia, que no pueden dar lugar a la adquisición por usucapión de una servidumbre y, por tanto, en cualquier momento será exigible el derecho a ser mirado o visto guardando las distancias de la androna.

Ahora bien, ¿supone la derogación del artículo 283, números 2, 3 y 4 por la nueva ley catalana la admisión de que pueden adquirirse por usucapión las mencionadas servidumbres, al someterse a la regla general de la usucapibilidad de dicho derecho? (87). Entiendo que no y que, por tanto,

(86) ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, págs. 336 y 337, nos dice, comentado el artículo 30, que el término general de prescripción de treinta años ha parecido excesivo a la hora de establecer los límites temporales de los derechos de los propietarios vecinos para exigir el arrancamiento de los arbustos o árboles; proponiéndose como alternativa un término especial de diez años. Ahora bien, este autor manifiesta cómo el propietario que ha plantado no adquiere ningún derecho para volver a plantar en caso de que se destruyese el primer árbol plantado.

(87) El derogado artículo 283 de la Compilación, en sus números 2.º, 3.º y 4.º señalaba: "No podrán constituirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: 2.º, la de luces mediante agujeros, rendijas, enrejados o aberturas en cualquier

las infracciones a las limitaciones por razón de luces y vistas no están sujetas a prescripción porque esta solución se encontraría conforme con la tradición jurídica catalana (88) que se recogía en el artículo 283, número 2, 3 y 4 derogados, que se basaba en normas de las *Ordinacions*, tradición a la que hay que acudir para interpretar e integrar el derecho catalán; porque la nueva ley en su artículo 15 reproduce el artículo 284, lo que implícitamente está señalando que sólo se puede adquirir por usucapión la servidumbre de luces consistentes en la lucerna; y porque ello estaría conforme con la doctrina que mantiene que las limitaciones al dominio por razones de vecindad no están sujetas a prescripción extintiva, ni puede usucapirse una servidumbre por el infractor (89).

3. Las limitaciones derivadas de las distancias para ciertas construcciones (pozos): podríamos incluir aquí el supuesto regulado en el artículo 283, número 6 (90), por una relativa similitud. En este caso, el legislador

pared, excepto cuando se trate de lucerna, o sea del hueco que mida una anchura constante en el paramento externo de 12 centímetros y una altura variable entre la mínima de 45 y la máxima de 70 centímetros; 3.º, la de vista, sea en pared propia o medianera; 4.º, la de luces y vistas entre terrados contiguos de igual o distinta altura, que no se hallen cerrados, o lo sean mediante rejas". El número dos se basaba en las *Ordinacions* 14 que declaraba que no se podía alegar posesión de la luz que se recibe del cielo o del predio vecino, a menos de recibirla por medio de lucerna; el número tres tenía sus antecedentes en la *Ordinacions* 62 que declaraba que la imposibilidad de usucapir la servidumbre de vistas sobre el predio del vecino y que había hecho afirmar a la doctrina catalana que toda ventana puede cerrarse en cualquier tiempo; y el número cuatro en las *Ordinacions* 65 y 66, que decían como todos los que tengan los terrados a igual altura deben cerrarlos a expensas comunes, así como que cuando el terrado propio sea más alto que el del vecino, aquel debe cerrarse a una altura tal que no tenga vistas sobre el predio vecino, a no ser que mire antes sobre terreno propio.

(88) MELÓN INFANTE, *ob. cit.*, pág. 126, dice que frente al Código Civil el Derecho catalán vigente en la Compilación sólo permite la usucapión de las servidumbres 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. BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 186 y 187, nos dice como una interpretación recta de las *Ordinacions* (0.61) nos muestra como no pueden adquirirse por usucapión la servidumbre de vistas, por lo cual el propietario del predio sirviente puede mandar cerrar la ventana en todo tiempo y taparla cuando edifica, y el que la disfruta no posee título; puesto que no pudiéndose adquirir por posesión, se entiende que se tiene a precario.

(89) El Tribunal Supremo, sin embargo, ha declarado alguna vez que si los huecos no guardaban los requisitos del artículo 581, puede ganarse la servidumbre por prescripción de veinte años. La servidumbre de luces y vistas ha sido considerada por la jurisprudencia como continua y aparente, pero fundamentalmente negativa, siempre que los huecos están abiertos en pared propia del predio dominante (Sentencias de 9 de febrero de 1907, 27 de mayo de 1932, 8 de junio de 1962). Si lo están en pared medianera, y el que los ha abierto ha incumplido, por tanto, la prohibición del artículo 580, la jurisprudencia entiende que es positiva.

(90) El artículo 283, 6.º señalaba que no podrán constituirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: "La de mantener maquinarias o artefactos que causen incomodidad o peligro al predio o casa vecinos". Tenía sus anteceden-

catalán ha querido retener el precepto de la Compilación, olvidando los números antecedentes en las *Ordinacions* y, sobre todo, que el supuesto sólo hace referencia a una de las múltiples inmisiones que se pueden producir por razón de las construcciones. La materia debe llevarse al marco de acción negatoria y del momento en que empieza a contarse el tiempo para su ejercicio.

4. Las limitaciones derivadas de las distancias para las plantaciones: el legislador señala un plazo de prescripción de la acción para exigir el arranque de los árboles, que es de diez años. No nos encontramos ante una excepción a la regla general de no prescripción de las limitaciones por razón de la vecindad, sino más bien ante un caso especial de protección de un bien común (en sentido no jurídico). No se adquiere un derecho a plantar y mantener árbol o menor distancia (91).

5. Las limitaciones derivadas de la corriente de las aguas: por la propia naturaleza de la limitación, y el fin de las mismas, que es facilitar el flujo de las corrientes de aguas, siempre se ha mantenido la imprescriptibilidad de la mencionada limitación (92).

b) *Supuestos*

La nueva normativa catalana establece las siguientes limitaciones, que deben entenderse en el sentido de relaciones de vecindad con significado real, en el sentido que expresábamos anteriormente, mencionando a HERNÁNDEZ GIL, aunque pueden aplicarse otras limitaciones derivadas de la aplicación del texto común en Cataluña (por ejemplo, la de desagüe de aguas pluviales del artículo 586, o la de paso del artículo 569).

tes en la *Ordinacions* 21 que decía que nadie puede empotrar telares en pared contigua a la del vecino con el fin de evitar todo daño a dicha pared como consecuencia de las trepidaciones.

(91) HERNÁNDEZ GIL en "Las relaciones de vecindad y sus diferencias", *ob. cit.*, pág. 367, ante la pregunta de si el propietario de una finca puede exigir al de la colindante que arranque los árboles plantados a menor distancia de la marcada en el Código Civil, hace treinta años, contesta que no es posible aplicar la prescripción señalada para las servidumbres, y que en todo momento el propietario de la finca afectada tiene derecho a exigir que sean arrancados los árboles. Es interesante las observaciones que hace HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, págs. 369 a 370, de qué ocurriría en el supuesto anterior en caso de que considerásemos que puede haberse adquirido una servidumbre consistente en que el propietario del predio donde están plantados los árboles ha perdido el derecho a pedir que se arranquen (sería una servidumbre negativa con todos los problemas de constitución de las mismas).

(92) JUAN ROCA, *ob. cit.*, pág. 99, señala que si se contraviene la limitación del artículo 552 (coincidente con el artículo 37 de la nueva ley catalana), no se adquiere una servidumbre consistente en excluir al dueño del predio superior la facultad de evacuar las aguas en descenso de un modo natural, y precisamente porque estamos en presencia de una infracción.

1. *Derivadas del mismo hecho de los límites entre los predios*
(artículos 34 y 36)

Artículo 34. 1. La medianería será forzosa en las paredes de cerramiento de patios, huertos, jardines y solares hasta la altura mínima de dos metros.

2. El suelo de la pared divisoria será medianero, pero el vecino no tendrá la obligación de contribuir a la mitad de los gastos de construcción y mantenimiento de la pared hasta que por su parte edifique o cierre la finca.

3. La pared de cerramiento entre dos edificios se presume siempre medianera.

Artículo 36. El propietario podrá construir una pared y acercarla o adosarla a lo largo o a través de la pared vecina, sin menoscabarla y con obligación de respetar las servidumbres existentes.

La misma existencia de los límites entre las fincas hace que los propietarios de los fundos queden sometidos a dos tipos de limitaciones:

a) Los propietarios de fincas que sean patios, huertos, jardines o solares puedan proceder a su cerramiento, delimitando sus terrenos e imponiendo —y de ahí el carácter de limitación **dominical**— a los vecinos, no sólo que lo hagan, sino que tal cerramiento se verifique en el mismo "límite" de las propiedades, levantándose la pared de cerramiento por mitad en el terreno propio y en el del vecino. Así el ejercicio del derecho puede llevar a la pérdida del derecho de propiedad individual obligando a convertir la titularidad individual en una propiedad colectiva, en una cuota, en una comunidad.

Esta limitación supone, por tanto, como se ha dicho anteriormente, la aparición de una comunidad *sui generis* entre ambos propietarios; que da lugar a todo un régimen jurídico en donde no podemos hablar ya de limitaciones dominicales, sino más bien en derechos y obligaciones surgidas de una comunidad *ex lege*. Y así PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (92 bis) manifiestan que la pared es medianera desde el momento que se construye, aunque sólo haya pagado uno de los propietarios afectados, y todo ello en virtud de lo que disponen las normas generales sobre accesión.

El nuevo artículo 34, 1 y 2, reitera literalmente lo indicado en el texto primitivo en su artículo 286, añadiendo que la pared de cerramiento entre dos edificios se presume siempre medianera.

(92 bis) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, pág. 243.

En el derecho castellano el derecho de cerrar las fincas viene reflejado en el artículo 388 del Código Civil, aunque el cerramiento no es forzoso para los colindantes, sino que el que quiera cerrar su propiedad habrá de asentarla o construirla sobre la finca propia.

b) El propietario de un terreno podrá "dentro" de él construir una pared y acercarla y adosarla a lo largo o a través de la pared vecina (y ello como consecuencia del ejercicio del contenido de su derecho de propiedad), pero, y he aquí, las limitaciones de dicho derecho, sin menoscabar la pared vecina y con la obligación de respetar las servidumbres existentes. El actual artículo 36 reitera lo indicado en el artículo 290 de la Compilación (93), si bien suprime lo que señalaba este precepto acerca de que tales limitaciones se darían fuese medianera o no la pared vecina (lo que no dejaba de sorprender que se llamase vecina a una pared que en parte, aunque sea en mano común, es propia). A mi modo de ver, tal supresión no altera la situación anterior, sino que la mejora técnicamente evitando la contradicción señalada y distinguiendo dos casos: el aquí recogido, construir a lo largo o a través de la pared vecina; y el previsto en el artículo 32, construir a lo largo o a través de la pared medianera, que obliga al segundo constructor de la pared "dentro" de su terreno a costear los gastos de la pared medianera, y con las consecuencias señaladas en su lugar.

Aunque no se diga expresamente en el Código Civil, todo propietario puede edificar "dentro" de su propiedad, con las mismas limitaciones que las expresadas en el artículo 36. Una aplicación de ello es lo señalado en el párrafo tercero del artículo 581 cuando se admite que el propietario de un terreno pueda levantar una pared contigua a la pared no medianera, edificada sobre la finca ajena, cubriendo las ventanas o huecos para recibir luces, existentes en éstas y realizados como consecuencia de lo establecido en el artículo 581 (dentro de la mal llamada sección del Código "de las servidumbres de luces y vistas") (94).

2. *Por razón de luces y vistas (artículo 40)*

Artículo 40. 1. Nadie podrá tener vistas ni luces sobre el predio vecino ni abrir ventana alguna o construir voladizo ni tampoco en la

(93) El llamado derecho de atans.

(94) Y otro supuesto es en el caso de cerramiento de las fincas rústicas donde el propietario que tiene el derecho de cerrar su finca debe respetar las servidumbres constituidas, y dado que el Código Civil, como dice HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 165, configura la medianería como una servidumbre, también habrá de respetarse si se procede al cerramiento de la finca propia.

pared propia que confronte con la del vecino si no tiene construida una servidumbre a su favor, sin dejar en el terreno propio una androna de anchura fijada por las ordenanzas o costumbres locales o, a falta de estos, de un metro en cuadro, como mínimo, a partir de la pared o desde la finca de salida si existe voladizo.

2. No se podrá abrir ninguna ventana en una pared contigua a la del vecino o que forme ángulo de 60 grados con ésta si no es a una distancia mínima de un metro y medio contado a partir de la línea de unión de ambas paredes.

El artículo 40 repite lo preceptuado en el artículo 293 de la Compilación catalana, en cuanto a la prohibición —limitación— de tener vistas o luces sobre el predio vecino o a abrir ventana alguna o construir voladizo sobre el mismo si no es dejando en terreno propio una androna de un metro en cuadro como mínimo a partir de la pared o desde la línea de salida del voladizo; si bien, habrá que estar a la legislación urbanística o a las costumbres locales. El nuevo texto presenta una novedad en cuanto que la distancia mínima para abrir ventana en una pared contigua a la del vecino o que forme ángulo de 60 grados con ésta no es, como en el texto derogado, de 60 centímetros, sino de metro y medio (95).

Desaparece de la nueva ley los derechos (y limitaciones) de los dueños de los predios sirvientes de las servidumbres de luces y vistas que tenían su regulación en el artículo 295 de la Compilación (que correspondía al artículo 585 del Código Civil, aunque con diferente regulación), cuando habían sido adquiridas en virtud de título, única forma de adquisición de dichas servidumbres en el texto derogado (artículos 283, números 2, 3 y 4 Compilación). Es posible que el legislador piense que en este caso habrá que estar a lo que indique el título, pero habrá que preguntarse qué ocurre en los supuestos en que el título de constitución no lo regule y se limite a

(95) Para un comentario de este artículo puede verse PARA MARTÍN *ob. cit.*, págs. 154 a 161, que nos indica como la doctrina ha criticado la gran severidad de la compilación al adoptar un criterio más restrictivo que el propio Código Civil, y no permitir ni siquiera los llamados huecos de ordenanza, permitidos por el artículo 581 del texto común. Es de aplicar la limitación, aunque el fundo ajeno sea un solar y entre terrados de igual altura, que deben cerrarse a expensas de los propietarios de ambos fundos con una pared medianera, o bien entre terrados que estén a diferente altura, en cuyo caso debe cerrarlo el dueño del terrado más alto. La expresión de un metro en cuadro no equivale (como dice PARA MARTÍN, citando a BORRELL) a un metro cuadrado, sino a un metro en profundidad. CASTÁN, en *ob. cit.*, pág. 190, recogiendo la opinión de PELLA y FORGAS, nos indica como este espíritu prohibitivo del Derecho catalán puede ser una consecuencia de considerar la casa catalana como un recinto cerrado a modo poco menos de arca sagrada que había que defender de las impertinentes miradas de los vecinos; aunque también puede venir de la consideración de que LUMINIS IMMITENDI del Derecho romano, la luz que se introduce en el predio no es propia, sino que es la predio vecino que está delante, por lo cual, en términos generales no puede recibirse dicha luz.

establecer la servidumbre de luces y vistas o a que tal servidumbre de luces y vistas pueda haberse adquirido por prescripción (suponiendo que admitamos tal posibilidad).

Aunque de forma diferente, tales limitaciones demaniales por razón de luces y vistas, tienen su regulación en el Código en los artículos 581 a 585; siendo de aplicar el artículo 580 a Cataluña, el cual prohíbe a un medianero abrir en pared medianera ventana o hueco alguno si no es con consentimiento del otro medianero, al ser una consecuencia directa del régimen de comunidad generado por la medianería.

3. *De las distancias para ciertas construcciones (artículo 39)*

Artículo 39. Nadie podrá abrir pozo alguno a una distancia menor de 60 centímetros de una pared medianera o del límite con el predio vecino. En todo caso, quedará siempre salvado lo dispuesto en la legislación sobre aguas.

Se mantiene en la nueva regulación lo establecido en el artículo 294 de la Compilación sobre la distancia mínima para construir un pozo en finca propia, que es de 60 centímetros de una pared medianera o del límite con el predio vecino ("de los cimientos de la pared medianera", decía el texto derogado, más propiamente en el sentido que la distancia debe ser en toda la extensión de la edificación subterránea a la línea de prolongación de la pared o del límite exterior).

Tiene su correlación con el artículo 590 del texto común, que comprende no sólo a los pozos, sino a todo tipo de construcciones (96), aunque sin expresión de la medida de la distancia; y resulta criticable tanto uno como otro, en cuanto a que la legislación administrativa (Ley de Aguas,

(96) La doctrina entiende que es aplicable a Cataluña las limitaciones de dicho precepto (así CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 189, se refiere en la nota 1 a que esa es la opinión de FAUS y CONDOMINES, GASSIÓ y FIGA). Hay, por otra parte, numerosos antecedentes en las *Ordinacions*, de las limitaciones por razón de las construcciones, que son tratadas por la doctrina catalana. Como limitaciones al derecho de atans, bien por razón del edificio al cual pretende el constructor arrimarse o bien por razón de la naturaleza de la obra que se arrima. Así, entre las primeras, se cita que no puede acercarse una obra a menos de doce palmos a las torres que tengan almenas —ord. 16—, ni a menos de diez palmos del muro de la ciudad —ord. 36—; y entre las segundas, el que la construcción de una letrina debe apartarse un palmo y medio —ords. 19 y 45—, la instalación de telares de tejer debe hallarse a la distancia de un palmo de la pared —ord. 21—, un pozo sólo puede construirse apartándose dos palmos de la pared vecina —ord. 54—, etc. (en este sentido, ver PELLÀ y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 254 a 259, así como su artículo del derecho de atans, págs. 593 a 600; o, por ejemplo, BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 173 a 175).

Reglamento de 30 de noviembre de 1960, etc.) será de aplicación preferente en la mayoría de los casos. El artículo debería haberse suprimido, pues sólo recoge un supuesto de inmisión por construcción-pozo-en fundo ajeno (97).

4. *De las distancias para plantaciones (artículos 35 y 41)*

Artículo 35. Entre predios separados por una cerca ningún titular podrá mantener árbol o elemento de construcción alguno que por la proximidad a aquélla inutilice su función de facilitar el acceso al predio vecino.

Artículo 41. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 el propietario que plante arbustos o árboles entre predios destinados a plantación o cultivo deberá hacerlo a una distancia mínima de un metro o de dos metros, respectivamente, de la línea de partición.

2. La acción para exigir la tala de árboles o arbustos plantados contraviniendo lo dispuesto en el apartado prescribirá a los diez años.

3. En materia de plantación forestal se deberá estar a lo dispuesto por la legislación especial.

El artículo 41 de la nueva normativa se inspira más en el artículo 591 del Código Civil que en el párrafo primero del artículo 292 del texto derogado (98), aunque varía las distancias: no se pueden plantar árboles o arbustos si no es a la distancia de uno o dos metros, respectivamente, de

(97) Se ha corregido la considerada por la doctrina errata legislativa del antiguo artículo 294, dado que la expresión era contradictoria: si es medianera no es exclusivamente de su vecino (PARA MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 161, tomando lo indicado por PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *ob. cit.*, pág. 94). El Proyecto de Compilación no contenía la errata.

Aunque el precepto ha perdido importancia dada la nueva legislación en materia de aguas, como dice PARA MARTÍN, sigue teniendo su vigencia. Es una vez más una colisión de los intereses privados y públicos.

La cuestión debe someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque también puede irse a la vía civil; admitiéndose la posibilidad del ejercicio del interdicto de obra nueva (así HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 130).

(98) La compilación no recogió la doctrina amplia que existía en Cataluña sobre las distancias y alturas de los árboles. En efecto las consuetudines 26 a 34 y tres ordenaciones que forman la segunda parte de las Consuetudines de Sanctacilia configuraron una reglamentación muy extensa sobre esta materia (ver BORRELL y SOLER, *ob. cit.*, págs. 191 a 194). Se ha señalado por la doctrina catalana ciertas discrepancias entre las Ordenaciones de arbres que donen e donar dany en terra de altri, que son de origen desconocido y las Ordenaciones de Sanctacilia (ver, por ejemplo, PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, págs. 264 a 267).

la línea de partición (en el Código, a falta de reglamentos, era de dos o de cincuenta centímetros, según fuesen árboles altos o bajos; y la Compilación se refería sólo al supuesto de plantación de liños para formar cerca).

La acción para exigir la tala de árboles o arbustos que se planten contraviniendo las distancias señaladas tiene un **palzo** especial de diez años (artículo 41.2), que resulta innovador frente al texto derogado (99).

En todo caso, el nuevo texto señala que entre predios separados por una cerca no se pueden mantener árboles (o en general cualquier elemento de construcción) que por la proximidad a la cerca inutilice su función de facilitar el acceso al predio vecino (hay que **pensar** que por la existencia de algún tipo de servidumbre de paso) (100). Son interesantes las observaciones que hacen PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (100 bis) a este precepto: no está sujeto a la prescripción de los diez años y por otra parte el perjudicado puede exigir la tala del árbol aunque se encuentre a mayor distancia de la fijada por el artículo 41.

No veo que haya alguna objeción a la aplicación al territorio catalán del artículo 592 del Código Civil (extensión de las ramas por encima del fundo ajeno, o de las raíces por el suelo del mismo); así como de lo dispuesto en el artículo 591, párrafo segundo, del Código Civil, y el propietario puede pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren a menor distancia de su heredad. Tampoco para la aplicación de los artículos 389 a 391, en conexión con el 1.907 y 1.908, así como 1.951, en su caso, aunque sometido al plazo de prescripción indicado (101).

5. *De las aguas que bajan de un predio a otro (artículo 37)*

Artículo 37. 1. El dueño del predio inferior está obligado a recibir las aguas pluviales que llegan naturalmente del predio superior, pero el propietario de éste no podrá poner obstáculos al curso del agua ni alterar su régimen y hacerlo más gravoso.

(99) Se ha señalado como el término general de prescripción de treinta años ha parecido excesivo a la hora de establecer los límites generales de los derechos de los propietarios vecinos para exigir arrancar los árboles. Un árbol, dice ISAC AGUILAR, *ob. cit.*, págs. 336 y 337, de más de diez años ha de ser **objeto** de respeto por la ley, como igualmente ha de serlos por los ciudadanos.

(100) Ver nota 86.

(100 bis) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, págs. 239 a 241. Ver también el comentario que se hace sobre el artículo 35, en comparación con el antiguo artículo de la Compilación y el artículo del proyecto.

(101) Aunque en el caso de los edificios ruinosos y árboles que amenacen caerse nos encontramos con limitaciones del derecho de propiedad, que normalmente se enmarcan en las relaciones de vecindad, pero no siempre.

2. Si en una finca existen obras de defensa contra el agua, el dueño del predio superior estará obligado a permitir que el propietario del predio inferior realice las obras de reparación que sean necesarias.

No regulado en el texto anterior (102) la obligación que tienen los predios inferiores de recibir las aguas de los superiores aparece ahora en la Ley 13/1990 a semejanza de lo señalado en el Código Civil en su artículo 552 (103). PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (104) han indicado cómo la utilización del término "pluviales" por la ley catalana puede llevar a la duda de si se aplican en Cataluña los preceptos del Código Civil y de la Ley de Aguas, que no se limitan a este tipo de aguas, con lo que debe entenderse el texto en el sentido de que las aguas pluviales serían el tipo más común de las aguas que bajan naturalmente, aunque no el único.

MARTÍN GARRIDO MELERO

Notario de Tarragona

Prof. Asociado Univ. Barcelona

(102) Aunque sus antecedentes se encuentran en el Derecho romano, donde se encontraba protegido por la *Actio Aquae Pluviae Arcendae*. Aquí nos encontramos realmente, como dice HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de...", *ob. cit.*, pág. 147, en una estructura clásica de la relación de vecindad, y en donde más que una relación entre dos fincas, hay una cadena de relaciones, apareciendo muy marcada la nota de reciprocidad.

Los antecedentes de este artículo se pueden encontrar tanto en las Partidas como en las *Consuetuts* de Barcelona, que señalan que: Encara, que *lans* de ayguas de rieras ne de torrent que saltan, de la una honor en *altra*, que si dany lin esdevé no li es tingut de esmena de aquell dany que haura sostengut per 90 com es cas de accident, que Deu dona.

(103) El precepto se encuentra también en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, en su artículo 45, núm. 1. El número 2 señala que "Si las aguas fueran producto de alumbramiento, sobrantes de otros aprovechamientos, o se hubiese alterado de modo artificial su calidad espontánea, el dueño del predio inferior podrá oponerse a su recepción, con derecho a exigir resarcimiento de daños y perjuicios, de no existir la correspondiente servidumbre". En todo caso, las interpretaciones del antiguo Código Civil ya no serán las mismas después de la promulgación de la Ley de Aguas que de una manera u otra, como dice CABALLOL y ANGRILL, *ob. cit.*, pág. 124, manifiesta la intención del legislador de modificar **sustancialmente** el régimen de titularidad de las aguas, procediendo a su demanialización; aunque en principio se ha optado por un régimen transitorio que respeta los derechos privados preexistentes.

(104) PUIG FERROL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, págs. 239 y 240.

BIBLIOGRAFÍA

Las notas a pie de página están basadas fundamentalmente en la bibliografía que referimos. El tema tratado es, por una parte, un tema clásico del Derecho civil, y por otro, dado la novedad de la ley, nuevo. Ello puede servir de excusa de que falten obras fundamentales sobre la materia, y de que, salvo excepciones, no se haya consultado la bibliografía extranjera.

ANTONIO PARA MARTÍN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXX, capítulo III, "De las servidumbres". Editorial Revista de Derecho Privado, 1987.

ANTONIO M. BORRELL y SOLER, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, libro segundo. Editorial Bosch, 1944.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, volumen II. Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, 1973.

MONTSERRAT CABALLOL y ANGRIL, "L'interès i el domini privat de les aigües, en especial dins del règim transitori de la llei d'aigües de 2 d'agost de 1985", en *R.J.C.*, 1991, número 1.

JOSÉ BONET CORREA, "El signo aparente de servidumbre como título para su constitución", en *R.D.N.*, 1968, números 61-62, págs. 75 a 98.

LUIS DIEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, volumen III, "Derecho de cosas". Editorial Tecnos, Madrid, 1977.

LUIS DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen II. Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, "Las relaciones de vecindad en el Código Civil", en *Derechos reales-derechos de sucesiones*, en *Obras completas*, volumen IV. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1989.

"Las relaciones de vecindad y sus diferencias con las servidumbres legales". *Ibidem*.

"La determinación del contenido de una servidumbre de luces y vistas conforme al título, antes y después del Código Civil". *Ibidem*.

"Caracteres y régimen de adquisición de la servidumbre de luces y vistas". *Ibidem*.

"La adquisición de una servidumbre discontinua conforme al derecho anterior al Código Civil". *Ibidem*.

"La naturaleza positiva o negativa de una servidumbre y el *dies a quo* de la prescripción adquisitiva". *Ibidem*.

JUAN ROCA JUAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo VII, volumen 2.º. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

MARTIN WOLF y LUDWIG RAISER, "Derecho de cosas", en *Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, Kipp y Wolf*, tomo III, volumen 1.º de la décima revisión. Tercera edición al cuidado de JOSÉ PUIG BRUTAU. Editorial Bosch, Barcelona, 1971.

LUIS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS, "Derecho patrimonial catalán", en *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*. Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, volumen 2.º. Editorial Bosch, 1979.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, volumen III. Editorial Bosch, 1980.

JUAN IGLESIAS, *Derecho romano, Instituciones de Derecho privado*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1972.

JUAN ANTONIO MARTÍ BAGUE, "Servidumbres y limitaciones generales a la propiedad inmobiliaria", en *R.J.C.*, 1963, págs. 665 a 716.

JOSÉ PELLA y FORGAS, "Del derecho de *atans*", en *R.J.C.*, 1901, págs. 593 a 600.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, "La servidumbre de luces y vistas en la Compilación de Derecho

- civil de Cataluña", en *R.J.C.*, 1970, págs. 75 a 88 (comentario a la Sentencia de 31 de enero de 1969).
- BIONDI BIONDI, *Las servidumbres*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1978 (comentarios José Manuel González Porras).
- FIGA FAURA, *Manual de Derecho civil catalán*. Editorial Bosch, 1961.
- JOSÉ PELLA y FORGAS, *Código Civil de Cataluña: Exposición del derecho catalán comparado con el Código Civil español*. Barcelona, 1917.
- CARLOS MELÓN INFANTE, "Luces y vistas en la Compilación **foral** catalana", en *Anuario de Derecho civil*, tomo XV, págs. 107 a 138.
- ANTONIO ISAC AGUILAR, "La regulació futura de les servitud", en V Jornades de dret cátala a Tossa, Cent anys de Codi Civil des de Catalunya. Promociones Universitaries, Barcelona, 1988.
- MARIANO ALONSO PÉREZ, "Relaciones de vecindad", en *Anuario de Derecho civil*, 1983, págs. 357 a 396 (desarrollo de una conferencia en la Academia Matritense del Notariado de 5 de noviembre de 1979).
- ALEX WEIL, FRANÇOIS TERRE y PHILIPPE SIMLER, *Droit civil*, "Les **Biens**", Précis Dalloz, París, 1985.
- JAIME SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones **forales***, comentarios a los artículos 1.907 y 1.009, tomo XXIV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1984.
- Una vez terminado el texto, se ha tenido a la vista, el libro de LUIS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA TRÍAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, Editorial Bosch, tercera edición, **abril-1991**, que son los que tratan de ley comentada por primera vez, y al que nos referimos como PUIG, *Institucions*.