

3 de mayo de 1956.

## ACCION NEGATORIA DE LUCES Y VISTAS

- Acción negatoria de luces visitas.
- Construcción sobre acequias o acueductos ajenos.
- Pared medianera.
- Contigüidad a finca ajena.
- Interposición de acueducto entre las dos heredades.
- Observancia *De aqua pluviali arcenda*.
- Apertura de ventana.
- Presunción del carácter de la pared en que se abre.
- Derecho foral aragonés.
- Apertura de huecos para recibir luces y obtener vistas en el sistema legal de Aragón en pared medianera y en pared propia.
- Interpretación lógica, sistemática y finalista.

## RECURSO DE CASACION

### ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

#### A LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

D. Antonio Górriz Marco, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación, según poderes que acompaño (para que, testimoniados en los autos, me sean devueltos), de D.<sup>a</sup> Pascuala Gérez Lasheras, viuda de D. Martín Fernández de Heredia Simón, mayor de edad, sin profesión, vecina de Calatorao (Zaragoza), y D.<sup>a</sup> Petra María Fernández de Heredia Gérez, sin profesión, asistida de su esposo D. José María Los Arcos García, médico, ambos mayores de edad, vecinos de Calatorao; comparezco ante la Sala con el carácter de *parte recurrente* en los autos de *recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal*, preparado contra la sentencia, fecha 19 de diciembre de 1955, dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, en la segunda instancia del juicio declarativo de mayor cuantía, sobre *acción negatoria de luces y vistas y otros extremos*, promovido ante el Juzgado de primera instancia de La Almunia de Doña Godina, como demandantes, por D.<sup>a</sup> María y D.<sup>a</sup> Esperanza Ramón Lasheras, soltera y viuda, respectivamente, y los cónyuges D. Jesús Claro Mingarro y D.<sup>a</sup> Purificación Ramón Lasheras, contra D. Martín Fernández de Heredia Simón y D.<sup>a</sup> Pascuala Gérez Lasheras, autos en los cuales, por fallecimiento de D. Martín Fernández de Heredia, han advenido demandados-apelados mis representados arriba indicados, D.<sup>a</sup> Pascuala Gérez Lasheras y D.<sup>a</sup> Petra Fernández de Heredia Gérez (asistida de su esposo, D. José María Los Arcos García). Y como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que en trámite del artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil, *formalizo este recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal*, sobre los motivos que se articularan, exponiendo previamente los siguientes

#### ANTECEDENTES

##### I

Los cónyuges aragoneses, vecinos de Calatorao, D. Martín Fernández de Heredia Simón y D.<sup>a</sup> Pascuala Gérez Lasheras, realizaron obras de reforma y ampliación en una casa propiedad de la esposa (aunque inscrita todavía a nombre de herederos de su padre, D. Simón Gérez, en el Registro de la Propiedad) señalada con el número 16, duplicado, después 18, de la calle de La Fuente, hoy de Don Fernando el Católico, de dicha villa, al objeto de modernizarla y fijar en ella su domicilio.

El solar del edificio y dependencias preexistentes afectaba, y sigue afectando, forma rectangular con poca anchura y mucho fondo, confrontando por el Este o fachada principal con la calle de su situación; por el Oeste, o fachada trasera, con la carretera comarcal denominada del Jalón, y sus dos laterales o accesorias, en su segundo tramo desde la calle hacia el fondo, es decir, rebasadas las casas inmediatas de la derecha y de la izquierda, daban a sendos huertos propiedad, respectivamente, el de la izquierda, según se entra, de las Sras. Ramón Lasheras, del que le separaba un brazal o acequia de riego llamado de Matafuegos, de 1,50 metros de anchura, de cauce perteneciente a la Comunidad de Riegos del Rey de Calatorao, y el de la derecha o norte, a un jardín-huerta de otro propietario.

La especial configuración rectangular de la nueva planta, determinada por el solar de escasa anchura y mucho fondo, no consentía sino una sola habitación a la fachada anterior o de la calle y otra a la posterior o de la carretera, haciéndose preciso plantear las restantes piezas en sentido longitudinal, una tras otra, con puertas a un pasillo de comunicación que atravesara longitudinalmente la planta de la fachada anterior a la posterior, uniendo las habitaciones a éstas orientadas. Por esta razón, la disyuntiva para los constructores consistía en situar las habitaciones orientadas al Sur y el pasillo de comunicación al Norte, o viceversa. Naturalmente, hubo de optarse por la primera solución aconsejada por las normas racionales de la construcción y que, por otra parte, permitía tomar luces mediante la apertura de huecos sobre el brazal de Matafuegos que separaba esta propiedad de la huerta de las Sras. Ramón. Así, en efecto, se llevó a cabo elevándose la pared del antiguo edificio para formar la nueva planta y abriendo en ella una ventana y cuatro balcones, unidos estos exteriormente por un voladizo o galería afectando la forma llamada de «balcón corrido», bien entendido que proyectados sola y exclusivamente sobre el brazal, tanto los huecos como el voladizo, sin rebasarlo ni en longitud ni en anchura.

Aun cuando es costumbre local abrir huecos sobre los dos brazales (Matafuegos y Juspeña) que bordean el casco urbano, sin sujeción a limitaciones de ninguna clase por razón de existencia de predios de distinto propietario en la margen opuesta, recibiendo dichos cauces a tales efectos, por parte del vecindario, análogo tratamiento que si de vías públicas se tratase, es lo cierto que en las obras más recientes suelen los constructores, antes de iniciarlas, solicitar autorización del Sindicato de Riegos, bien sea para construir puentes sobre el brazal, para cubrirlo edificando, para la apertura de puertas, ventanas o huecos sobre el mismo, etc. El Sindicato autoriza tales obras y la ocupación de los márgenes, siempre y cuando no perjudiquen las mondas o limpias y sin perjuicio, claro está, de la propiedad que privativamente le corresponde sobre todos los elementos integrantes: cauces, patios, márgenes, etc. Sobre este extremo existe amplísima prueba documental y testifical en el pleito.

Solicitó, pues, permiso del Sindicato D. Martín Fernández de Heredia mediante instancia dirigida en 26 de abril de 1947, antes del comienzo de la obra, supuesto que la apertura de huecos y la proyección del voladizo sobre el cauce podían afectar de alguna forma las facultades de policía del Sindicato sobre el brazal. La Junta hubo de otorgar autorización para la construcción del voladizo o galería proyectado sobre el cauce del brazal de Matafuegos. Está acreditado en autos la solicitud, el acta de la sesión de la Junta en que se otorgó y el oficio comunicando la resolución.

En febrero de 1948 dieron comienzo las obras que, al lento ritmo en que se llevan en el ámbito rural, no finalizaron hasta fines del año 1949, ocupando la nueva casa la familia Fernández de Heredia a primeros de 1950.

Durante el tiempo de realización de las obras las propietarias del huerto, Sras. Ramón, vecinas y sabedoras de las mismas, no formularon oposición alguna a la elevación de la pared preexistente del edificio de los cónyuges Fernández de Heredia-Gérez ni a la apertura en el nuevo lienzo de huecos proyectados sobre el brazal de Matafuegos. Pero, una vez terminadas, y trasladados ya al nuevo edificio los propietarios, demandaron a estos, en febrero de 1950, a un acto de conciliación para que se aviniesen a «derruir la pared que han edificado sobre otra medianera con las actoras, colindante con el huerto de éstas sito en Calatorao y en su calle de La Fuente; para el caso de que no procediera tal destrucción, se avengan a cerrar los huecos que han abierto en dicha pared con voladizos o sin ellos». Celebrado el acto sin avenencia, los demandantes dejaron pasar más de tres años, y en octubre de 1953 reproducen la demanda de conciliación, a fin de que los demandados se avengan «a reconocer que son propietarios de un edificio sito en Calatorao y en su calle de La Fuente contiguo a la casa y huerto que tienen en la misma calle los actores, cuyo edificio no tiene constituida a su favor servidumbre alguna de luces y vistas ni ninguna otra sobre las fincas colindantes de los actores, a pesar de lo cual han levantado la pared que separa su finca de la de las hermanas Ramón Lasheras, abriendo en ella varios huecos, algunos provistos de voladizo en forma de galería, de dimensiones diversas y todos con vistas rectas sobre la línea de las demandantes»; y «a derruir la pared divisoria de ambas fincas en la mayor elevación que le han dado sin consentimiento de las demandantes y si tal destrucción no procediera, a cerrar los huecos existentes en toda la pared y destruir los voladizos de que algunos de ellos están dotados».

Como es natural, el acto tuvo lugar sin avenencia, conscientes como eran los demandados de que ni la pared era medianera con los actores, sino propia de su edificio, ni colindaba con la huerta de aquéllos, sino con el brazal de Matafuegos que las separa, ni, en consecuencia, procedía el cierre de huecos, abiertos sola y exclusivamente sobre el cauce, sobre el que igualmente se proyectaban los voladizos. Pero aun de haberse tratado de pared medianera, como los demandantes de conciliación parecían pretender, tampoco venían obligados a destruir la mayor elevación, para la que estaban legalmente facultados, ni a cerrar los huecos, cuya apertura, aun sin consentimiento del medianero, es perfectamente lícita en la legislación foral aragonesa.

## II

En octubre de 1953, ante el Juzgado de primera instancia de La Almunia de Doña Godina, las Sras. Ramón Lasheras deducen demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra los esposos Fernández de Heredia-Gérez, planteada en los siguientes términos:

En el escrito de demanda se formula la *súplica* de que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º Que la pared o tapia que divide o separa la finca de las demandantes descrita en el hecho primero de la demanda tiene el carácter de medianera hasta la altura que tenía antes de ser elevada por los demandados y que aun conserva en la parte no afectada por la nueva edificación. 2.º Que todos los huecos existentes en dicha pared

medianera deben ser provistos, si ya no lo estuvieran, de reja remetida y red de alambre, cuyas mallas no excedan de 2 centímetros de lado. 3.º Que la nueva pared construida por los demandados sobre la anterior tiene el carácter de propia de dichos demandados en cuanto exceda de la primitiva elevación. 4.º Que los demandantes, D.<sup>a</sup> María, D.<sup>a</sup> Esperanza y D.<sup>a</sup> Purificación Ramón Lasheras tienen derecho a adquirir la medianería sobre esta mayor elevación de la pared dada por los demandados, mediante el abono a éstos de las cantidades a que se refiere el artículo 578 del Código civil. 5.º Que la finca de los demandantes descrita en el hecho primero no está gravada con servidumbre alguna de luces y vistas en favor de la finca colindante por el Norte con la finca de los demandados. 6.º Que los demandados no pueden abrir en la pared que separa ambas propiedades, en toda ella si toda ella se declara propiedad de aquéllos o, en otro caso, en la edificada por los mismos para darle mayor elevación, hueco alguno para luces que no reúna las condiciones determinadas por el artículo 581 del Código civil. 7.º Que tampoco pueden los demandados abrir en dicha pared ventanas con vistas rectas ni balcones y otros voladizos semejantes sobre la finca de las actoras descrita en el hecho primero de esta demanda. 8.º Que tampoco pueden los demandados construir terraza alguna en su propia finca que permita disfrutar de vistas rectas ni oblicuas sobre la de los demandantes. Condenando a los cónyuges D. Martín Fernández de Heredia Simón y D.<sup>a</sup> Pascuala Gérez: *a)* a estar y pasar por estas declaraciones; *b)* a proveer de reja remetida y red de alambre cuya malla no exceda de 2 centímetros de lado los huecos existentes en la pared de que se trata y en la parte que sea declarada medianera; *c)* a destruir los voladizos que han construido y cerrar los huecos que aparezcan abiertos en la misma pared y parte de la misma que sea declarada de propiedad exclusiva de los demandados; *d)* a destruir la terraza construida sobre su propia finca o ponerla en condiciones que no permitan disfrutar de vistas rectas ni oblicuas sobre la finca de los demandantes. Todo con apercibimiento a los demandados de que si no lo hiciesen se mandará hacer a su costa y con expresa imposición a los mismos de todas las costas del juicio.

Los demandados se opusieron a la demanda; y en el escrito de contestación formularon esta súplica:

Que se dicte sentencia por la que: 1.º Se absuelva a mis representados de la demanda en cuanto a la acción confesoria de servidumbre de medianería ejercitada, declarando ser de la propiedad de éstos la pared sur de su edificio respecto a la cual se pretende la medianería, absolviéndoseles igualmente de cuantas pretensiones se articulan en la demanda bajo los números 1.º al 4.º del suplico. 2.º Se absuelva igualmente a mis representados de la demanda en cuanto a la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas ejercitada y de los pedimentos articulados bajo los números 5.º al 8.º del suplico, declarando por el contrario gravada la finca de los actores con servidumbre de luces y vistas a favor del fundo de mis representados a través de la ventana abierta en la referida pared, cuyas características se describen en el hecho noveno de esta contestación, servidumbre adquirida por prescripción y en virtud de los fundamentos jurídicos aducidos bajo el número IV de los alegados en el cuerpo de este escrito. 3.º Se absuelva a mis representados de las pretensiones de condena articuladas bajo las letras *a)* a *d)*, ambas inclusive, del suplico de la demanda. 4.º Se condene a los actores, lo que por vía de reconvencción solicito, a estar y pasar por el pronunciamiento solicitado en el pedimento 2.º de este suplico y a no impedir ni obstaculizar el disfrute de luces y vistas sobre su huerto por la referida ventana, y a no edificar a menor distancia que los 3 metros que preceptúa el artículo 583 del Código

civil, de la forma que el mismo artículo establece. 5.º Condenar a los actores a todas las costas que se produzcan en la presente litis.

En trámites de réplica y duplica, los pedimentos de ambas partes no sufrieron alteración. Recibido el pleito a prueba, interesa reseñar que por reconocimiento judicial y por documentos públicos se demostró que toda la pared discutida (excepto la porción terminal hacia la carretera, y que sostiene la terraza) confronta, no con el huerto de los demandantes, sino con el brazal o acequia de Matafuegos, propiedad de la Comunidad de Regantes de Calatorao, siendo costumbre que dicha Comunidad o su Sindicato otorguen permisos para apertura de huecos y construcción de balcones y voladizos sobre la acequia, y siendo también costumbre que existan huecos sin sujeción a dimensiones sobre tal cauce de la Comunidad. También se probó que la ventana existente en la parte de la pared de los demandados anterior a la obra reciente tiene *antigüedad* superior al año 1926 (en que empezó a tener vigencia el Apéndice aragonés).

### III

El Juzgado de primera instancia de La Almunia de Doña Godina, en 30 de octubre de 1954, dictó sentencia con el siguiente *fallo*:

«Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador Sr. Lozano en nombre de D.<sup>a</sup> María y D.<sup>a</sup> Esperanza Ramón Lasheras y los cónyuges D. Jesús Claro Mingarro y D.<sup>a</sup> Purificación Ramón Lasheras, debo declarar y declaro que los demandados no pueden construir terraza alguna en su finca que permita disfrutar de vistas rectas ni oblicuas sobre la de las demandantes, condenándoles a destruir la terraza construida o ponerla en condiciones que no permita disfrutar de vistas rectas ni oblicuas sobre la finca de las actoras, desestimando las demás peticiones de la demanda y absolviendo de ellas a los demandados se declara ser de la propiedad de éstos la pared sur de su edificio respecto de la cual se pretende la medianería y, admitiendo la reconvencción, debo declarar y declaro gravada la finca de los demandantes con servidumbre de luces y vistas a favor del fundo de los demandados, a través de la ventana abierta en la referida pared, condenando a las actoras a no impedir ni obstaculizar el disfrute de luces y vistas sobre su huerto por la referida ventana y a no edificar a menor distancia de la misma de 3 metros. Sin hacer expresa condena en costas.»

Esta sentencia de primera instancia contiene los siguientes *considerandos*:

«CONSIDERANDO: Que, por la parte actora se solicita, en su demanda, que la pared en que los demandados han construido varios huecos y un voladizo y que linda con la finca descrita en el hecho primero de su demanda, es medianera y como consecuencia de ello se hagan las declaraciones que en el suplico de la demanda interesan, hechos estos que son negados por los demandados, alegando que dicha pared es propia y no medianera, solicitando se grave la finca de las actoras con servidumbre de luces y vistas a favor de los demandados.

CONSIDERANDO: Que por la parte demandada se reconoce, en su escrito de contestación a la demanda, la elevación de una pared y la apertura de determinados huecos, cuyo cierre se pretende por las actoras, y del conjunto de la prueba practicada,

apreciada según las reglas de la sana crítica, se deduce que la pared objeto del litigio puede dividirse en tres porciones, desde su comienzo en la calle de la Fuente hasta su terminación en la carretera, de una extensión total de unos 30 metros, la primera porción separa la casa de los demandados de la de Fermín Lahuerta, la segunda se extiende desde donde termina la anterior y sigue hasta el lugar en que el brazal se introduce debajo de la casa de los demandados y la tercera desde este sitio hasta la carretera, siendo la segunda porción, que es lamida en toda su extensión por las aguas del brazal de Matafuegos, donde se centra principalmente la litis, ya que en ella están abiertos los huecos cuyo cierre solicitan las actoras y afirmar éstas que por ser esta parte de pared cerramiento de su huerto, tiene la condición de medianera, hecho negado por los demandados por estimar que el cauce del citado brazal separa las dos fincas, por lo que dicha pared debe considerarse como propia, teniendo únicamente el carácter de medianera la porción tercera de la pared que efectivamente separa ambas fincas, por no discurrir entre ellas el mencionado brazal.

CONSIDERANDO: Que existe discrepancia en cuanto a las pruebas aportadas por las partes, en lo que respecta a los linderos de sus respectivas fincas, afirmando las actoras que si bien consta en los linderos de la finca de los demandados que ésta confronta por la espalda con el brazal de Matafuegos, ello es debido a que así lo quisieron hacer constar dichos propietarios, pero en los de su casa, que son más antiguos, no existe dicha confrontación, aserto que es desvirtuado por la parte contraria, al aportar certificación del Registro en que se hace constar que la casa de los hoy demandados fue inscrita en el año 1893 a nombre de D. Simón Gérez Lázaro y que linda por la espalda con el brazal de Matafuegos, pudiendo afirmarse, como consecuencia de ello, que ambas fincas, en la parte que eran separadas por el brazal, lindaban con éste y que, por tanto, la citada pared está construida sobre terreno propio de los demandados, no siendo de aplicación al caso de autos las presunciones de medianería que enumera el Código civil en su artículo 572, ya que no se da en él el requisito de que las paredes sean divisorias, habida cuenta de que entre ambas fincas discurre el tantas veces mencionado brazal, que es propiedad de la Comunidad de Regantes, pues a tenor de lo que dispone el artículo segundo de las Ordenanzas aprobadas en 1904, pertenecen a dicha Comunidad las acequias enumeradas en el artículo anterior y sus respectivas obras consignadas en el apéndice a estas Ordenanzas, de lo que se infiere que las acequias de dicha Comunidad, y entre ellas el brazal de autos, aunque discurran por terreno particular cercado, no por eso dejan de pertenecer a la Comunidad y, por tanto, con él linda la pared basta que éste se introduce por debajo de la casa de los demandados, por lo que la mencionada pared no tiene el carácter de divisoria, y descrita como huerto la finca de las demandantes y siendo predio urbano el otro lado de la pared, no separa ésta edificios contiguos, como exige para estimar la presunción de medianería el apartado primero de dicho artículo, concurriendo además en la misma signo exterior contrario a la servidumbre de medianería, como es la existencia de una ventana en dicha pared, por lo que ésta tiene el carácter de propia y no de medianera.

CONSIDERANDO: Que en la prueba de reconocimiento judicial se pudo apreciar que el brazal de Matafuegos, en su primera parte, que llega hasta la calle de la Fuente, es de difícil tránsito y en su gran parte discurre por zona particular cercada, pero, en su segunda, de extensión aproximadamente igual a la anterior, es perfectamente transitable, pero el hecho de que, como se ha dicho anteriormente, discurra por zonas cercadas no indica que su cauce pase a ser propiedad de los dueños de las mismas, sino

que en toda su extensión es propiedad de la Comunidad de Regantes del Rey, que es la que autoriza su cierre y cubrimiento y estando los propietarios obligados a entregar una llave a dicha Comunidad para su acceso al brazal, sin que esta afirmación quede desvirtuada por la de la parte contraria de que no ha entregado ninguna llave, ya que ello es una mera tolerancia por parte de la Comunidad.

CONSIDERANDO: Que el Apéndice foral, en su artículo 15, faculta al condueño de pared medianera para abrir en toda la altura de ella... cuantos hechos convengan, con destino a luces o vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas..., no hablando para nada de cuando estos huecos se abren en pared propia, a los que según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo se aplicará el Código civil, que regula esta materia en sus artículos 580 y siguientes, pero habida cuenta que ha quedado probado que entre ambas propiedades corre el brazal de Matafuegos, que no tiene el carácter de particular, no es aplicable a la pared de autos, lo que dispone el artículo 582 de dicho Cuerpo legal, que prohíbe abrir ventanas con vistas rectas ni balcones ni otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay 2 metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, ya que la acequia citada tiene el carácter de vía pública, estando los voladizos construidos sobre la misma, ya que la anchura de éste es superior a la de aquéllos, por lo que al permitirse a los demandados la apertura de los citados huecos no es procedente acceder a las peticiones de la demanda.

CONSIDERANDO: Que habiendo sido probada la existencia de lo que los demandantes llaman terraza y los demandados cubierta de la parte final de las cuadras, que está inmediata a la finca de las actoras, y aunque con respecto a ella aleguen los demandados que la obra se halla sin terminar, no es pertinente admitir esa afirmación, dado el tiempo transcurrido desde la paralización de la obra, por lo que, de acuerdo con la petición de las demandantes, los propietarios de la misma deben cerrarla por dicha parte, evitando el disfrute de vistas rectas u oblicuas sobre la finca de aquéllas.

CONSIDERANDO: Que probado por el demandado la existencia en la pared tantas veces citada de una ventana desde tiempo inmemorial o, por lo menos, anterior al Apéndice foral, es de aplicación la disposición transitoria única de dicho Apéndice, que dice que la aplicación de lo estatuido en él a hechos o actos anteriores a la vigencia del mismo se regirá por las Disposiciones Transitorias del Código civil, que en la preliminar dice que las variaciones introducidas por este Código que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo, hay una servidumbre de luces y vistas a favor de los demandados sobre el huerto de las actoras y a tenor de lo que preceptúa el artículo 585 del Código civil es procedente declarar la existencia de dicha servidumbre de vistas sobre la finca de las actoras, por lo que éstas no podrán edificar a menos de 3 metros de distancia.

CONSIDERANDO: Que no habiendo temeridad ni mala fe por parte de los litigantes no es procedente la expresa condena en costas.

CONSIDERANDO: Que esta sentencia ha sido dictada fuera de plazo por haberse disfrutado de quince días de permiso el Juez titular y no haber nombrado ninguno en prorroga.»

Apelada esta sentencia del Juzgado por la parte actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, en 19 de diciembre de 1955, resolvió la segunda instancia con sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

«FALLAMOS: Que revocando la sentencia recurrida, estimando en parte la demanda y desestimando la reconvencción, debemos declarar como declaramos: Primero. Que la pared o tapia que divide o separa la finca de las demandantes descrita en el primero de los resultandos de la sentencia recurrida que han sido aceptados, tiene el carácter de medianera, hasta la altura que tenía antes de ser elevada por los demandados, y que aun conserva en la parte no afectada por la nueva edificación. Segundo. Que todos los huecos existentes en dicha pared medianera deben ser provistos, si no lo estuvieran ya, de reja remetida y red de alambre, cuyas mallas no excedan de 2 centímetros de lado. Tercero. Que la nueva pared construida por los demandados sobre la anterior tiene hoy el carácter de propia de dichos demandados en cuanto exceda de la primitiva elevación. Cuarto. Que las demandantes D.<sup>a</sup> María, D.<sup>a</sup> Esperanza y D.<sup>a</sup> Purificación Ramón Lasheras, tienen derecho a adquirir la medianería sobre esta mayor elevación de la pared dada por los demandados, mediante el abono a éstos de las cantidades a que se refiere el artículo 578 del Código civil. Quinto. Que la finca de los demandantes descrita en el hecho primero no está gravada con servidumbre alguna de luces y vistas en favor de la finca colindante por el Norte, propiedad de los demandados. Sexto. Que los demandados pueden abrir en la parte que hoy tiene la pared de medianera, y en su totalidad si los actores ganaran la medianería sobre la parte elevada de la misma, los huecos y ventanas que estimen oportuno, no sólo para luces, sino para vistas, cualquiera que fueren sus dimensiones, siempre que lleven red de hierro remetida y red de alambre con malla, que no podrá exceder de 2 centímetros de lado; y si no adquirieran la medianería, mientras la elevación sea pared propia, solamente podrán abrir huecos y ventanas para recibir luces a la altura de las carreras o inmediatos a los techos y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro y en todo caso con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre. Séptimo. Que los demandados vienen obligados a destruir los balcones voladizos y demás huecos y ventanas que no reúnan las condiciones expresadas anteriormente. Octavo. Que la terraza construida no podrá tener servidumbre de luces y vistas sobre el predio de las actoras, pudiendo únicamente, si interesa a la parte demandada, abrir huecos o ventanas sujetándose a la doctrina antes expuesta, según se trate de pared medianera o propia en cuanto a la elevación sobre la medianera. Condenamos a los demandados, D.<sup>a</sup> Pascuala Gérez Lasheras y a su esposo D. Martín Fernández Heredia, hoy su heredera e hija D.<sup>a</sup> Petra M.<sup>a</sup> Fernández de Heredia Gérez, a estar y pasar por estas declaraciones, a que destruyan los voladizos construidos y a que sujeten los huecos o ventanas abiertas a las dimensiones y condiciones que acaban de exponerse, absolviéndoles de los demás pedimentos de la demanda, así como absolvemos a las actoras de los pedimentos de la reconvencción. No hacemos expresa condena en costas de las causadas en ambas instancias. Notifíquese a las partes, háganse los asientos correspondientes, llévase certificación al rollo de Sala y con testimonio literal de la misma, una vez que sea firme, revuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia para su conocimiento, observancia y demás efectos.»

Esta sentencia de segunda instancia y su «fallamos» es razonada de la siguiente manera:

«SE ACEPTAN los considerandos primero, segundo, sexto, octavo y noveno de la sentencia recurrida y se desestiman todos los demás.

CONSIDERANDO: Que es extremo esencialmente básico para decidir los problemas jurídicos planteados, la determinación de la propiedad de la pared, de 14 metros aproximadamente, que por los demandados ha sido elevada para dar mayor altura al edificio, cuadra o graneros, que antes existían y por donde el brazal de Matafuegos discurre sobre el huerto de las actoras. Y sobre este particular, teniendo sobre digo presente que las certificaciones del Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina, obrantes a los folios 25 y 170 de los autos, aseveran que la casa de los demandados confina únicamente por espalda con brazal de Matafuegos y no por la izquierda con dicho brazal; que la finca o huerto de las actoras, según la escritura notarial del folio 67, otorgada en 1901, acredita que esta finca limita por el lado Norte con edificio de herederos de Pedro Gérez, punto cardinal que coincide con el lado izquierdo, entrando, de la casa de los demandados; que, según se acredita por la diligencia de inspección ocular obrantes a los folios 116 y siguientes, el brazal de Matafuegos entra al huerto de las actoras, por debajo de la casa, continua atravesando el huerto por uno de los lados y, haciendo un recodo, continua lamiendo materialmente la pared divisoria entre el huerto y el edificio de las demandadas, aunque entre esta pared y el brazal mediere espacio de terreno, introduciéndose después por bajo de la casa de las demandadas; si este brazal tiene una anchura de 1,50 metros, precisamente por el lado de esta pared, si por la prueba pericial de los folios 212 y 213 de los mismos autos se acredita que la pared en todo lo largo es una, que toda ella es de la misma naturaleza, que los cimientos son continuos, aunque de diferente profundidad, según a los fines a que se dedique la misma, si es de la misma construcción, si en parte hubo de repararse en el lado que confina con la carretera, y las actoras contribuyeron con la mitad de los gastos, según el recibo obrante al folio 6. Todo ello demuestra que nos encontramos ante una pared que reviste los caracteres de medianería, sin que a ella se opongan la ventana que de antiguo estaba abierta en su parte inferior, más por el contrario, según la Observancia 6.<sup>a</sup>, *De aqua pluviali arcenda*, es un signo más en pro de la medianería, ni que las vigas de los pisos descansan en su totalidad sobre la aludida pared, que si bien es un signo contrario a la medianería, aparece desvirtuado por todos los demás anteriormente invocados, y sobre todo es corriente hacerlo en esta Región cuando se trata de pequeñas edificaciones, para darles mayor seguridad y cuando confina con predio rústico.

CONSIDERANDO: Que, esto sentado, los demás pedimentos que se hacen con carácter principal en la demanda vienen a ser una consecuencia de la anterior afirmación. Si la pared es medianera hasta el punto en que se ha iniciado la mayor elevación como consecuencia de las construcciones de los demandados, no ofrece duda que el propietario o las propietarias del huerto podrán adquirir la medianería de aquello que se hubiera elevado conforme a lo dispuesto en el artículo 578 del Código civil. Y que en ningún caso los demandados pueden construir balcones o voladizos, como lo han hecho, sobre la finca de las actoras, aunque estos no rebasen la anchura del brazal de Matafuegos, que es accidental en la finca, porque a ello se oponen los artículos 582 y siguientes del Código civil, habiendo, en su consecuencia, destruir todos los que no reúnan las condiciones legales. Por si, cumpliendo con lo que ordenan los artículos 15 del Apéndice de Derecho Foral aragonés y 580 y siguientes del Código civil están facultados, para que en pared medianera abran los huecos para luces y vistas que estimen oportunos y de las dimensiones que crean conveniente, siempre que en ellos

coloquen reja de hierro remetido y redes de alambre que no excedan de 2 centímetros de lado. Y si las actoras no alcanzan la medianería de la parte de pared nuevamente construida sobre la medianería, en tal caso, cumpliendo el artículo 581 del invocado Código y ante el silencio del Derecho civil aragonés sobre este particular, podrán los demandados abrir ventanas o huecos para recibir luces, pero a la altura de las carreras e inmediatos a los techos y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

CONSIDERANDO: Que por lo que hace a la terraza construida, también sobre pared medianera, si ha de tener luces y vistas sobre el predio de las actoras, deberá ponerla en condiciones de que los huecos o ventanas tengan reja de hierro remetida y red de alambre, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 del Apéndice de Derecho Foral antes invocado, o, en otro caso, levantar la pared de forma que impida el uso de la servidumbre.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a lo solicitado por reconvencción, por las declaraciones que acaban de hacerse hay que desestimar lo que por esa vía reclama la parte demandada, incluso en cuanto a la estimación de la prescripción de servidumbre de luces y vistas a través de la ventana que desde tiempo inmemorial se encuentra abierta en la parte baja de la pared medianera, porque teniendo tal condición no cabe estimar tal prescripción, que haría imposible llevar a cabo los derechos del predio sirviente para cerrarla, concedidos a favor del titular de éste por el último párrafo del artículo 15 del invocado Apéndice, y antes por la Observancia 6.<sup>a</sup>, *De aqua pluviali arcenda*.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en las partes litigantes para hacer una expresa condena en costas de las causadas en ambas instancias.»

## V

Durante la tramitación de la segunda instancia falleció el demandado D. Martín Fernández de Heredia Simón, y por este motivo compareció en los autos su hija y heredera universal D.<sup>a</sup> Petra Maria Fernández de Heredia Gérez, asistida de su esposo D. José Maria de los Arcos García, representados por el Procurador D. Vicente Aranda Gomara, que ya representaba a los demandados apelados, el fallecido D. Martín Fernández de Heredia y su esposa, D.<sup>a</sup> Pascuala Gérez Lasheras.

La referida sentencia de la Audiencia, de 19 de diciembre de 1955, fue notificada al Procurador Aranda al siguiente día de su fecha. Y en 28 del mismo mes, por dicha parte demandada-apelada, se presentó escrito, fechado el 27, por el que se preparaba recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal. Por auto del siguiente día 29, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial ordenó se librase y se entregase certificación de las sentencias. Y habiéndose entregado al procurador Sr. Aranda el testimonio, en 14 de marzo de 1956, a efectos del presente recurso, el Procurador que suscribe, dentro del plazo legal de cuarenta días, se persona ante esa Sala del Tribunal Supremo, formalizando el anunciado y preparado recurso de casación, acompañando los documentos exigibles que se previenen en el artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin constituir depósito, por no ser conformes las sentencias de

primera y segunda instancia, recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal que se articula en los siguientes

## MOTIVOS DE CASACION

### *MOTIVO PRIMERO*

Al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: el fallo recurrido incide en error de hecho y de Derecho en la apreciación de las pruebas, resultando el error de hecho de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador.

En efecto, la sentencia recurrida, para llegar a la declaración del pronunciamiento 1.º de su fallo -según el cual la pared o tapia que divide o separa la finca de los demandantes, descrita en el primero de los resultandos de la sentencia recurrida, tiene el carácter de medianera, hasta la altura que tenía antes de ser elevada por los demandados- y para sentar los restantes pronunciamientos, se apoya en la premisa errónea de que el *trozo de la acequia o brazal de Matafuegos que lame la segunda porción de la pared en cuestión* (según se afirma en el considerando 2.º de la sentencia de primera instancia, aceptado en la sentencia de la Audiencia), es una parte integrante o constitutiva de la finca de los demandantes, con lo que todas las relaciones, limitaciones o derechos de la finca de los demandados sobre la finca de los demandantes son referidos a una *contigüidad* de fincas que por dicha porción de la pared no existe, ya que el mencionado trozo de acequia o brazal de Matafuegos no pertenece a la finca de los demandantes, sino a la Comunidad de Regantes de Calatorao.

Al apreciar las pruebas de esa manera la sentencia recurrida incide en *error de hecho* que resulta del documento o acto auténtico presentado con el número 3 con la contestación a la demanda -«Ordenanzas de Riegos de la Comunidad de Regantes de Calatorao, aprobadas por R. O. de 18 de enero de 1904»-, en cuyo artículo 2.º se dice que pertenecen a la Comunidad las acequias enumeradas en el artículo anterior y sus respectivas obras consignadas en el Apéndice. El artículo 1.º enumera entre tales acequias pertenecientes a la Comunidad «la Acequia Baja y su derivación el Brazal de Matafuegos». Los artículos 21, 26 Y 27 determinan las facultades del Sindicato sobre las acequias, brazales y obras. En el Apéndice, obrante a las paginas 32 y siguientes, se describen las venas de riegos, entre ellas el brazal que tiene su nacimiento en la Acequia Baja (número 18 de su descripción, pág. 41): «Ojo libre que da entrada a las aguas al llamado Brazal de Matafuegos, que se utiliza para riegos y al servicio de la población»; se describe el curso del brazal y sus obras (pág. 42), hasta «su terminación y desagüe en la Acequia del Espino, en la partida del Salidero».

Estas Ordenanzas tienen el carácter de *documento público*, conforme al número 5 del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil; su texto, impreso con nota de haber sido aprobado por Real Orden de 18 de mayo de 1904, *ha sido aceptado como auténtico* por la parte adversa, en el apartado c) del hecho 6.º del escrito de réplica.

Ese error de hecho del fallo recurrido se demuestra también mediante otros documentos auténticos que corroboran que el brazal de Matafuegos no forma parte del huerto de los demandantes, sino que es propiedad de la Comunidad de Regantes de Calatorao. Citamos, en primer término, la certificación del Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina, fecha 13 de noviembre de 1953, documento número 1 de los que acompañaban al escrito de contestación (que obra a los folios 23 a 26 de los autos de primera instancia), y en la que con referencia a la inscripción de la finca número 5.760, que es la de los demandados, asiento fecha 5 de febrero de 1942, se describe así:

«Urbana, casa sita en la villa de Calatorao, y su calle de la Fuente, a la que corresponderá el número 16, duplicado, de ciento cincuenta y ocho metros y sesenta y cinco decímetros cuadrados de superficie, confrontante por derecha, entrando, con la adjudicada a D. Tomás Pérez y su hija D.<sup>a</sup> Carmen; *por izquierda*, con la de D. Ildefonso Maestro y *brazal de Matafuegos*, y por espalda con carretera.»

Se confirma este extremo de hecho en todos estos otros documentos públicos, que demuestran el error manifiesto producido por el Juzgador: a) Las certificaciones del Presidente del Sindicato de Riegos del Rey de la Villa de Calatorao, fechas 15 y 13 de marzo de 1954, de los folios 131, 131 bis, 132 a 142 y 164 a 167; Y las certificaciones del mismo Presidente, testimoniadas en la certificación librada por el Secretario del Juzgado de primera instancia de La Almunia de Doña Godina, fecha 29 de marzo de 1954, folios 170 y 171.

b) La relación de propietarios que han edificado sobre o en las márgenes del brazal de Matafuegos, suscrita por el Presidente del Sindicato de Riegos, fecha 16 de marzo de 1954, folio 140.

c) El Informe del Presidente del Sindicato de Riegos de Calatorao, de 16 de marzo de 1954, folio 168.

d) El Informe de la Alcaldía de Calatorao, fecha 22 de marzo de 1954, folio 169.

Todos estos documentos auténticos demuestran *también* que el trozo del brazal de Matafuegos que pasa lamiendo la pared en cuestión es reconocido como de la propiedad de la Comunidad de Regantes y sobre ella la Comunidad, mediante su órgano el Sindicato de Riegos, viene concediendo permisos de apertura de huecos y de balcones, a los propietarios de los edificios colindantes, y viene ejercitando otros actos de manifestación de dominio.

Los artículos citados de las Ordenanzas de Riego y el contenido de los demás documentos que hemos reseñado atribuyen a la Comunidad de Regantes de Calatorao la propiedad de la acequia denominada Brazal de Matafuegos, demuestran el *error de hecho* que en la sentencia recurrida se comete al estimar que el trozo de brazal que lame la pared en cuestión es propiedad de los demandantes; error que a su vez origina la equivocada consecuencia de que dicha pared separa la finca de los demandantes de la de los demandados y es medianera.

De todo el considerando primero de la sentencia de segunda instancia se infiere que la confrontación de la finca de los demandantes con la de los demandados, por esa

parte, sólo es posible si se circunstancia o matiza con el siguiente aditamento: «mediante brazal de Matafuegos». Y siendo dicho brazal propiedad de la Comunidad de Regantes y no de los demandantes, es claro que el muro de que se trata, en esa parte, no tenía pared medianera, sino fachada recayente al brazal.

También se comete *error de derecho* en la apreciación que de la prueba sobre este extremo hace la sentencia recurrida. Es cierto que no se citan en ella preceptos legales sobre valoración de la prueba. Empero en ese silencio, en ese prescindir, ese olvidar la norma aplicable, reside el error de derecho. La sentencia se fija en la certificación del Registro de la Propiedad con referencia a un asiento antiguo, no vigente, en la que se asevera que la casa de los demandados confina únicamente por espalda con brazal de Matafuegos, y no por la izquierda; y se fija también en la escritura notarial del folio 67, que acredita -dice- que la finca de los actores limita por el lado Norte con edificio de herederos de Pedro Gérez.

Al atribuir a la descripción registral de la finca ese valor y fehaciencia, se incurre en el error de derecho de sobreestimar la presunción establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, atribuyéndole el carácter de presunción *juris et de jure*, cuando por aplicación del artículo 1.251 del Código civil esa presunción tiene la consideración de *juris tantum*, y puede destruirse por la prueba en contrario; como efectivamente se ha destruido en nuestro caso, en que la diligencia de inspección ocular (que es aludida en el primer considerando) prueba que la casa de los demandados, por esa parte, confronta con el brazal de Matafuegos y no con el huerto de los actores.

Y al sobrevalorar la descripción que de la finca se hace en la escritura notarial mencionada, la sentencia recurrida comete el error de derecho de desdeñar la disposición del artículo 1.218 del Código civil, según el cual los documentos públicos sólo hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y no de la fecha de éste, o de declaraciones que hubieran hecho los contratantes. Pero carecen de infalibilidad acerca de la descripción del inmueble y de sus confrontaciones.

## **MOTIVO SEGUNDO**

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: la sentencia incurre en infracción por violación por inaplicación de los artículos 408 del Código civil, 563 del propio Código, y 98 y 99 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que especifican a quien pertenecen, en toda *acequia*, el cauce, los cajeros y las márgenes.

Estos preceptos legales dicen así:

Artículo 563 del Código civil:

«El establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas, de que se trata en esta sección, se regirán por la Ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código.»

Artículo 98 de la Ley de Aguas:

«En toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que van destinadas las aguas.»

Artículo 99 de la Ley de Aguas:

«Nadie podrá, sino en los casos de los artículos 96 y 97, construir edificios ni puente sobre acequia o acueducto ajeno, ni derivar agua, ni aprovecharse de los productos de ella ni de los de sus márgenes, ni utilizar la fuerza de la corriente, sin expreso consentimiento del dueño.

Tampoco podrán los dueños de los predios que atravesase una acequia o acueducto o por cuyos linderos corriese, alegar derecho de posesión al aprovechamiento de su cauce ni márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos de tal derecho. Si por ser la acequia de construcción inmemorial, o por otra causa, no estuviese bien determinada la anchura de su cauce, se fijará, según el artículo 91, cuando no hubiese restos ni vestigios antiguos que la comprueben.

En las acequias pertenecientes a comunidades de regantes se observará sobre el aprovechamiento de las corrientes y de los cauces y márgenes lo prescrito en las Ordenanzas municipales.»

Artículo 408 del Código civil, *párrafo último*:

« En toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas. Los dueños de los predios, por los cuales o por cuyos linderos pase el acueducto, no podrán alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce o márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o dominio que reclamen.»

Todos estos preceptos fueron invocados por la parte demandada en los Fundamentos de Derecho de su escrito de resumen de prueba y conclusión (vulgarmente denominado escrito de conclusiones). La sentencia recurrida, al estimar que la acequia o brazal de Matafuegos pertenece o forma parte del huerto de los demandantes, y al negar que sea propiedad de la Comunidad de Regantes de Calatorao, comete la infracción por violación de dichos artículos, que se denuncian en el presente motivo de casación.

### **MOTIVO TERCERO**

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción por *aplicacion indebida* de los artículos 578, 581 y siguientes del Código civil, relativos a huecos de luces y vistas en pared medianera y en pared propia, y *violación por inaplicación* del artículo 584 del mismo Código y de la doctrina legal que después se dirá.

En efecto, se ha demostrado en los motivos precedentes que el trozo de muro que es lamido por el brazal de Matafuegos no es contiguo a la finca de los demandantes, toda vez que entre ese muro y la citada finca se interpone la acequia o brazal

mencionado, que pertenece a la Comunidad de Regantes de Calatorao y que, por consiguiente, no es porción integrante de la finca de los actores. En consecuencia, dicho trozo de pared no puede ser calificado de pared *medianera* de ambas fincas; pero tampoco de pared *propia contigua* a finca ajena *en lo que respecta al predio de los actores*; ya que el brazal de Matafuegos no pertenece a éstos.

Pues bien, el *derecho* que concede el artículo 578 del Código civil a los propietarios interesados que no hayan contribuido a dar más elevación, profundidad o espesor a la pared, para adquirir en ella los derechos de medianería (en las condiciones que en tal precepto se regulan), *presupone* que el trozo de pared originario sea medianero, es decir, divisorio de predios contiguos. En nuestro caso no concurre esa circunstancia.

La limitación y el condicionamiento en la situación y en las dimensiones de las ventanas o huecos para luces que se especifican en el artículo 581 del Código civil *presupone* que se trate de pared propia no medianera, *contigua* a finca ajena. En el caso del pleito no se da esa hipótesis de la contigüidad.

La prohibición de abrir ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos sobre la finca del vecino, si no se guardan las distancias señaladas en el artículo 582, *presupone* que entre la pared y la finca del vecino exista una distancia menor, no siendo aplicable a los edificios separados por una *vía pública*, según el artículo 584. En el presente pleito -refiriéndonos al trozo de pared contiguo al brazal de Matafuegos- entre ambas fincas se encuentra este brazal. La interposición de este acueducto nos coloca en el supuesto del artículo 584, y excluye la aplicación del artículo 582, según doctrina de la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 8 de abril de 1946 (caso de la Acequia llamada de «Malos Años»), y según la doctrina de interpretación no restrictiva del citado artículo 584, sobre los conceptos de «vía pública» y de «separación de edificios», que se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1898, 9 de marzo de 1929 y 16 de mayo de 1952.

Mas a pesar de que los supuestos que se contemplan y se regulan en los citados preceptos legales son diferentes a los del pleito -allí pared medianera, divisoria o pared propia no contigua; aquí pared separada de una finca por una acequia equivalente a vía pública-, la sentencia recurrida *aplica indebidamente* esos artículos del Código civil; y *deja de aplicar*, también indebidamente, el artículo 584 y la doctrina legal que se desprende de las sentencias citadas, puesto que este precepto legal y doctrina ordenan la excepción del artículo 582 a los casos de fincas separadas por un acueducto, equivalente a vía pública.

Con ello se cometen la infracción de ley y de doctrina legal denunciada en este «motivo».

#### *MOTIVO CUARTO*

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: subsidiariamente, para el supuesto de que no se estimen los dos motivos anteriores y se entienda que el trozo de pared en cuestión es contiguo a la finca de los demandantes (es decir, que el brazal de Matafuegos es parte integrante de dicha finca), se denuncia

infracción de ley por *interpretación errónea* de la observancia 6.<sup>a</sup>, *De aqua pluviali arcenda*, e infracción por violación de los artículos 573 y 574 del Código civil; en cuanto a la sentencia atribuye a la «observancia» un sentido de fijación de signo de medianería, y en cuanto deja de aplicar los artículos referidos atinentes a signos contrarios o a favor de medianería.

a) En efecto, la sentencia recurrida estima que la existencia de una ventana que de antiguo estaba abierta en la parte inferior de la pared es un signo más en pro de la medianería, según la observancia 6.<sup>a</sup>, *De aqua pluviali arcenda*. Incide así, la sentencia, en *interpretación errónea* de dicha observancia, al atribuirle un sentido, un contenido normativo, ajeno por completo a su texto.

Dicha observancia dice: «Se observa que cualquiera, al arbitrio de su voluntad, puede hacer ventanas en pared común, no sólo para luz, sino también para vistas, aunque el dueño de las casas vecinas, si construyese edificio que sobresalga sobre la ventana puede cerrarla, lo cual tiene lugar cuando la casa vecina puede tener luz de por sí o de otra parte, etc.» (*Item observatur, quod quilibet pro libito voluntatis in pariete communi facit fieri fenestras, non solum ad lucem, sed etiam ad prospectum, quamvis dominus domorum vidnarum si aedifitium construxerit, quod emineat super talem fenestram claudere eam possit; quod habet habet locum ubi vicina domus de se, vel aliunde, lumen habere potest; etc.*).

Utilizamos la versión castellana de MARTÓN y SANTAPAU (del año 1865) y el texto latino de la edición de SAVALLY y PENÉN (del año 1866).

Cualquiera que lea este texto de la «observancia», en una u otra lengua, se percatará de que en él no se dice que la apertura de una ventana en una pared sea *signo* de medianería. Lo que dice es que en pared común (luego nos ocuparemos de la interpretación de esta locución) *se puede* abrir ventana. Aun suponiendo que «pared común» quisiera decir «pared medianera», *la apertura de la ventana no prejuzgaría la calificación de la pared*, porque también hay abiertas ventanas en paredes no medianeras, bien sea porque se entienda que el dueño de pared no medianera goza también de ese derecho de apertura, bien porque se entienda que se ha obtenido tal derecho por contrato o por prescripción adquisitiva.

Aquí, en la sentencia, como tantas otras veces, se confunde la *condición suficiente* con la *condición necesaria*. E incide con ello en violación de la «observancia», por interpretación errónea, y, por tanto, en infracción de precepto legal.

b) Siguiendo en la misma hipótesis (rechazada en los motivos primero y segundo) de que la acequia o brazal de Matafuegos que lame el trozo de muro no sea ajena a la propiedad de los actores, la sentencia recurrida infringe, por violación, los artículos 573 y 574 del Código civil, sobre signos contrarios o presuntivos de medianería.

El número 4.º del artículo 573 estatuye que se entiende que hay signo exterior, contrario a la servidumbre de medianería, cuando la pared divisoria sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas, y no de la contigua.

Pues bien, en el considerando primero de la sentencia recurrida se afirma que las vigas de los pisos descansan en su totalidad sobre la aludida pared. Y aunque se admite

que es un signo contrario a la medianería, se sostiene que aparece desvirtuado por todos los demás que invoca; lo cual carece de consistencia, pues todos los demás que invoca no son signos exteriores, ni prueba de medianería.

El artículo 574 del Código civil dispone que las zanjas o acequias abiertas entre las heredades, se presumen también medianeras, si no hay título o signo que demuestre lo contrario. Pues bien, en nuestro caso, si se estimase que el brazal de Matafuegos no pertenece a la Comunidad de Regantes, habría que llegar a la conclusión de que, por ser acequia abierta entre las heredades, se presume medianero, con lo cual la pared lamida por la acequia, en el lado o cajero de los demandados, sería pared no medianera, sino propia.

La sentencia recurrida hace caso omiso de los citados preceptos legales, comprendidos en los artículos 573 y 574, a pesar de que se dan los supuestos *de facto* para hacer oportuna aplicación de los acotados párrafos de dichos artículos, puesto que esta demostrado el signo contrario a la medianería con respecto al trozo de pared en cuestión; y esta probado que dicha pared se halla más allá de la acequia, que es signo de medianería por su parte. Ello implica, en el fallo recurrido, infracción de ley, por violación por inaplicación de los preceptos legales expresados.

#### *MOTIVO QUINTO*

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción por *violación y aplicación indebida* de los artículos 581, 582 Y siguientes del Código civil, en relación con el artículo 13 del mismo Código, y con el artículo 1.º del Apéndice Foral aragonés; e infracción por *interpretación errónea* de los artículos 14 y 15 del Apéndice Foral aragonés; en cuanto la invocación que en la sentencia se hace de los artículos 581, 582 y siguientes del Código civil implica el parecer u opinión de que tales preceptos no se oponen a disposición foral vigente en Aragón, y en cuanto interpreta los artículos 14 y 15 del Apéndice como si de ellos no *resultase facultado* el dueño de pared *propia* para abrir cuantos huecos les convengan con destino a luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, sobre el predio contiguo.

Este motivo de casación se articula también subsidiariamente para el supuesto de que se entienda que el trozo de pared en cuestión es contiguo a la finca de los demandantes, de suerte que la acequia o brazal de Matafuegos forme parte de ella y que la parte contigua de ese trozo de pared (en el que existía desde hace mucho tiempo abierta una ventana) es pared medianera hasta el punto en que se ha iniciado la mayor elevación como consecuencia de las construcciones de los demandados, siendo pared propia, no medianera, desde ese punto hacia arriba. Es decir, a efectos de discusión, admitimos provisionalmente la calificación de la pared como *contigua* que se contiene en el considerando segundo de la sentencia de la Audiencia, dando por bueno que los huecos para luces y vistas que se han abierto en la parte de pared elevada recientemente son huecos en pared propia contigua. Pero aun admitiendo hipotéticamente esa calificación, vamos a demostrar la infracción de ley que se comete en dicho fallo recurrido cuando declara (en su pronunciamiento sexto) que si los *demandantes* no adquirieran la medianería en esa parte de pared calificada de pared propia de los *demandados*, éstos, los demandados, solamente podrán abrir huecos o ventanas para recibir *luces a la altura de las carreras, o inmediatos a los techos, y de las dimensiones*

*de 30 centímetros en cuadro*; y cuando en el pronunciamiento séptimo declara que los demandados vienen obligados a destruir los balcones voladizos y *demás huecos y ventanas* que no reúnan las condiciones expresadas anteriormente; y cuando condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, a que se destruyan los voladizos construidos y a que se sujeten los huecos o ventanas a las dimensiones y condiciones que acaban de exponerse.

La cuestión jurídica que se plantea y se decide en esos extremos del fallo recurrido -decisión en la que se comete la infracción de ley que en el presente motivo de casación se denuncia- es la de la aplicabilidad en Aragón de los preceptos del Código civil sobre apertura de huecos para luces y vistas en pared propia, no medianera, y sobre distancias para vistas rectas y oblicuas (arts. 580 y 581). Y esta cuestión se plantea ante los Tribunales porque los artículos 14 y 15 del Apéndice Foral aragonés, que bajo la impropia rúbrica «De las servidumbres», se ocupan de estas clásicas *relaciones de vecindad*, no estatuye, de una manera explícita y directa, el derecho del dueño de pared propia para abrir cuantos huecos le convengan con destino a luces o vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas. El Apéndice Foral aragonés reconoce expresamente este derecho potestativo al *condueño de pared medianera*, en el párrafo primero del artículo 15. En el párrafo tercero del artículo 14 prevé, a efectos de prescripción adquisitiva, que el dueño exclusivo de un muro abra en él huecos para luces y vistas sobre el suelo ajeno contiguo. Pero omite una declaración directa, extensa y asertórica, de derecho a favor del dueño de pared propia para abrir huecos sin sujeción a dimensiones, con destino a luces y vistas, semejante al reconocimiento que en el artículo 15 se hace, con igual objeto, a favor del condueño en pared medianera.

Esta omisión de dicha declaración directa, esta aparente laguna legal (sólo aparente, como luego veremos), ha dado lugar a que la Audiencia Territorial de Zaragoza, en algunas sentencias, haya argumentado así: «Puesto que en las disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente están vigentes en Aragón no existe precepto expreso regulador de derecho de apertura de huecos para luces y vistas *en pared propia* ni regulador de las distancias que deban guardarse para vistas rectas u oblicuas, balcones u otros voladizos sobre la finca del vecino, rigen en Aragón los preceptos que sobre estas materias se contienen en los artículos 581 y 582 del Código civil. Este régimen sería consecuencia obligada -siguiendo la misma errónea argumentación- de lo establecido en el artículo 13 del mismo Código, que es de este tenor:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir, en Aragón y en las Islas Baleares, al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes.»

Y el artículo 1.º del Apéndice Foral aragonés dice así: «Según esta preceptuado por los artículos 12 y 13 del Código civil, las disposiciones forales del presente Apéndice regirán en Aragón, no obstante lo estatuido por aquella ley común *acerca de los respectivos casos y asuntos*.»

La errónea interpretación que combatimos en este motivo de casación se funda también en una errónea interpretación de la observancia 16, *De aqua pluviali arcenda*, en el párrafo que antes hemos reproducido y que dice: *Item observatur quod quilibet*

*pro libito voluntatis in panete communi facit fieri fenestras, non solum ad lucem, sed etiam ad prospectum, etc.»* (Se observa que cualquiera, al arbitrio de su voluntad, puede hacer ventanas en pared común, no sólo para luz, sino también para vistas, etc.)»)

Para demostrar que la sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea, los artículos 14 y 15 del Apéndice Foral aragonés y por aplicación indebida los artículos 581 y 582 del Código civil, con violación de los artículos 13 de este Código y 1.º de aquel Apéndice, vamos a razonar que esos artículos 581 y 582 *se oponen* a lo que, en una recta interpretación, se dispone en aquellos artículos 14 y 15 del Apéndice.

Para ello consideramos conveniente reproducir el texto literal de estos dos artículos:

Artículo 14 del Apéndice Foral aragonés:

«Todas las servidumbres continuas y aparentes, cualquiera que sea el derecho en que consistan o la obligación correlativa que impongan, pueden ser adquiridos por prescripción de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes.»

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

*«Esto no obstante, cuando el dueño exclusivo de un muro abra en el huecos para luces o vistas sobre el suelo ajeno contiguo, el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino, cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen. Se entiende que la apertura de huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos.»*

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

Artículo 15 del Apéndice Foral aragonés:

«El condueño de pared medianera está facultado para abrir en toda la altura e ella, cuando los demás interesados no tienen en su lado edificaciones, o bien por encima de la común elevación, cuando las tienen, cuantos huecos le convengan con destino a luces vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas; pero habrá de colocar rejas de hierro remetidas y redes de alambre, cuyas mallas no excedan de dos centímetros de lado.»

«En cualquier momento, sin embargo, podrán los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos.»

En una recta interpretación de estas disposiciones forales se llega a la conclusión de que, en ellas, está insita la norma vigente para el *caso y asunto* en cuestión (recuérdese el texto del artículo 1.º del Apéndice: «... acerca de los respectivos casos y asuntos»). De esos artículos 14 y 15 del Apéndice Foral aragonés se desprende que el dueño de *pared exclusiva*, es decir, *no medianera*, puede abrir en ella huecos con destino a luces y vistas, *sin sujeción a dimensiones determinadas*, con obligación de

colocar rejas de hierro remetidas y redes de alambre cuyas mallas no excedan de 2 centímetros de lado, sin perjuicio de que el dueño del predio contiguo pueda obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos.

Y si esto es así, claramente se sigue que, en Aragón, se podrán abrir ventanas con vistas rectas a menos de 2 metros y 60 centímetros de distancia entre la pared en que se abran y la finca del vecino; y podrán tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la propiedad del vecino a menos de 60 centímetros. Pues la limitación o prohibición en contrario del artículo 582 del Código civil es consecuencia de la limitación o prohibición de abrir huecos para vistas del artículo 581.

Que ésta es la interpretación correcta resulta, en primer término, de la regla hermenéutica de que debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo. Y es evidente que conduciría al absurdo el aceptar que el condueño de pared *medianera* (que sólo tiene una *participación* en la propiedad de la pared) puede abrir huecos para *luces* y *vistas*, sin sujeción a dimensiones determinadas (para lo que expresamente le faculta el artículo 15 del Apéndice), y el dueño de pared *propia*, que goza no de una participación, sino de la *propiedad plena y exclusiva* del muro, *sólo esté facultado* para abrir huecos con destino a *luces*, a la altura de las carreras o inmediatos a los techos y de dimensiones de *30 centímetros en cuadro*. Es absurdo que quien tiene más poderes dominicales, más derecho *cuantitativo* sobre la pared, ése tenga limitadas las facultades de apertura de huecos; y el que tiene menos poderes dominicales, puesto que no es dueño exclusivo, ese goce de libertad para romper y perforar la construcción. Si el condueño de pared medianera puede abrir huecos sin sujeción a dimensiones, *con mayor razón* podrá hacerlo el dueño de pared exclusiva.

Si esto no fuera bastante, el texto del artículo 14 del Apéndice nos conduciría a la misma interpretación. En dicho artículo se regula, en primer término, el cómputo del tiempo para la prescripción adquisitiva de las servidumbres continuas o aparentes. Pero en el párrafo tercero se dispone que cuando el *dueño exclusivo* de un muro abra en él huecos para luces o vistas sobre el suelo ajeno contiguo, el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiere prohibido por acto formal al vecino, cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen. Luego, el legislador de 1925 da por supuesto que el dueño exclusivo de un muro *puede abrir* en él *huecos* para luces y para *vistas*, como derecho potestativo, que no sirve para iniciar un proceso de usurpación mientras no vaya acompañado de acto obstativo; pero que implica un *poder* en el dueño de *pared propia* que a su vez no constituye por sí solo un gravamen sobre el predio contiguo que tiene que soportar las vistas del vecino.

Esta que acabamos de apuntar es la *interpretación* lógica de ambos artículos, el 14 y el 15 del Apéndice Foral vigente. Pero es, además, la *interpretación sistemática*; es la que revela el *sistema* de las relaciones de vecindad en el Derecho aragonés, en materia de huecos para *luces* y *vistas*, sistema distinto del regulado en los artículos 580 y siguientes del Código civil. En éste, parece como si las *vistas* sobre el predio vecino constituyeran un gravamen, una intromisión molesta y vituperable; mientras que, en el sistema del Derecho aragonés, la facultad de tener vistas sobre el solar contiguo es algo natural e inocuo que se permite al dueño del edificio vecino con amplitud y libertad absolutas, como se deduce del precepto explícito del artículo 15 del Apéndice. Esa manera de considerar esta relación de vecindad no puede variar por razón de la condición medianera o propia de la pared; porque se trata de un derecho que no se

concede por la ley en función de la exclusividad o de la comunidad de la pared, sino en razón del *sentido* con que en uno y otro ordenamiento jurídico se concibe y se observa el principio de Derecho *alterum non laedere*.

La interpretación sistemática y la *interpretación finalista* (contemplación del *fin* u objetivo de la norma, de los *intereses* tutelados por el precepto) son coincidentes; porque el sistema responde a un fin único, que sirve de norte en la orientación del instituto, del conjunto de reglas rectoras de las relaciones de vecindad.

Y porque el *sistema* del Código civil es distinto del *sistema* del Derecho aragonés, hay que concluir que no debe accederse al primero mientras no se agote la inteligencia, la interpretación del segundo. Esta es la ortodoxa aplicación conjugada de los artículos 13 del Código y 1.º del Apéndice. Y ésta es la doctrina que fluye de aquella magistral *sentencia* de esa Sala Primera, de 7 de febrero de 1945, con referencia al problema de la consideración del edificio construido con dinero de la sociedad conyugal en terreno propio de uno de los cónyuges (en Aragón), en la cual sentencia el Tribunal Supremo razonó que no parecía adecuada la aplicación en Aragón del artículo 1.404 del Código civil, porque el *sistema* de la sociedad legal de gananciales es muy diverso de la sociedad conyugal aragonesa, y no parece lo más adecuado intentar llenar el vado de la ley aplicando una disposición que se refiere a un régimen económico del matrimonio de características diversas al contemplado, máxime cuando en la legislación anterior, de que es el Apéndice resumen, se contienen disposiciones que tienen el carácter común a lo edificado con dinero social en suelo propio de uno solo de los cónyuges.

Esta orientación hermenéutica, que asimila «*disposición*» a «*sistema*», invoca también los antecedentes históricos de la norma vigente. Veamos, pues, la *interpretación histórica* en las relaciones de vecindad y en la regulación de la apertura de huecos para luces y vistas en el Derecho aragonés anterior al año 1926 en que empezó a regir el Apéndice.

La observancia 2.<sup>a</sup> *De aqua pluviali arcenda* no alude a *pared median era*, sino a pared que media entre dos edificios, sin calificar dicha pared de medianera o propia. El texto de las «Observancias» dice: *in pariete communis*.

MOLINO y PORTOLÉS, en su *Repertorium y Scholia*, respectivamente, no se plantean el problema de si en esa «observancia» se comprende o no la facultad de abrir huecos en pared propia, sin duda porque entendieron ser éste el régimen normal de la propiedad en Aragón.

D. MARCELIANO ISABAL, autorizado sintetizador de foralistas aragoneses, en su *Exposición y Comentario*, etc., dice: «La opinión parece inclinada a que se aplique la Observancia a toda pared que existe entre dos fundos, sea verdaderamente medianera o meramente divisoria, entendiendo que a ambas alcanza la expresión "pared común".»

Esta interpretación es la que se desprende del texto más antiguo de la Observancia, en la obra de JACOBO DE HOSPITAL, manuscrito inédito del siglo XIV, que se conserva en la Biblioteca Universitaria de Zaragoza.

Por otra parte, la interpretación sistemática de las observancias *De aqua pluviali arcenda*, nos conduce a la misma conclusión; pues si bien la observancia 2.<sup>a</sup> de esta

rúbrica sólo habla de *pariete communi*, hay que coordinar este texto con el de la observancia 1.<sup>a</sup>, que dice así: «Acerca de esta materia, debe estarse a lo que suena la letra, y es aquí el mejor argumento, el que cada uno puede hacer su voluntad en posesión ajena, mientras lo haga sin daño de aquel de quien es la posesión.»

En esta «observancia» han visto algunos comentaristas insinuada la doctrina de la función social de la propiedad, con su contrapartida, la condenación del abuso del derecho. En todo caso demuestra que en pared propia se podía hacer todo lo que no dañase al vecino; y no era dañar al vecino el tener luces y vistas sobre su predio, puesto que en la observancia siguiente se consideraban lícitas las ventanas.

Los proyectos de Apéndice de FRANCO y LÓPEZ, de 1899, explícitamente recogen esa facultad del dueño de pared propia. El de 1904 (proyecto de GIL BERGES) la supone y regula implícitamente.

La Audiencia de Zaragoza, en varias sentencias, ha sostenido lo contrario. En la sentencia de 25 de octubre de 1952 se apunta una vacilación en pro de la interpretación que creemos ortodoxa y por la que estamos arguyendo.

La convicción jurídica de los foralistas de la generación actual y aun del pueblo aragonés, revela una franca protesta contra la doctrina que se sienta en el fallo recurrido. Los comentaristas de las publicaciones *Anuario de Derecho Aragonés* y *Foro Aragonés*, reiterada y razonadamente, la combaten.

Por su parte, CASTÁN dice, textualmente: ((Hoy, el Apéndice autoriza al dueño exclusivo de un muro para abrir en el mismo huecos para luces y vistas sobre el suelo ajeno o contiguo, con estas dos salvedades: 1.<sup>a</sup> Que el tiempo para consolidar por prescripción tales huecos sólo se cuenta desde que dicho dueño hubiese prohibido por acto formal al vecino, cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen. 2.<sup>a</sup> Que se entiende que la apertura de huecos ha de ser sin balcones u otros voladizos (art. 14, apartado 3.<sup>o</sup>).»

La convicción jurídica del pueblo puede comprobarse con sólo darse un paseo por las principales ciudades aragonesas, especialmente por la capital del antiguo Reino, y observar las nuevas edificaciones, en las cuales los propietarios contiguos no han adquirido la medianería sobre la pared que excede de la común elevación, y se verá que existen abiertas ventanas para luces y vistas de dimensiones corrientes.

Finalmente, para dar una idea del contrasentido que se contiene en el fallo recurrido basta reparar que, conforme a su pronunciamiento «sexto», se daría el caso de que en la parte de pared recientemente construida elevando la antigua (que se reputa medianera), por ser *pared propia*, los demandados no pueden abrir huecos para vistas y deben reducirlos a luces de treinta centímetros en cuadro; pero si los demandantes adquieren la medianería de esa pared, entonces los demandados podrán rasgar de nuevo los huecos con las dimensiones que deseen para luces y vistas.

Por el juego de esa peregrina aplicación de preceptos del Código civil, que pugnan con el sistema regulador de las relaciones de vecindad en la propiedad inmobiliaria aragonesa, se llega a brindar a los demandados esa expectativa de mejorar sus luces y vistas y de obtener a la vez el provecho económico de la venta de la

medianería, y en el momento en que los demandantes, al adquirir derechos sobre la pared, los perderían sobre su independencia óptica. No parece serio este tejer y destejer.

En resumen, la sentencia recurrida, sobre la base implícita de que en los artículos 14 y 15 del Apéndice no se regula la apertura de huecos para luces y vistas, declara aplicables en Aragón los artículos 581, 582 y siguientes del Código civil, incide en infracción de estos por aplicación indebida, en infracción de aquellos por interpretación errónea y en infracción por violación del artículo 13 del Código y del artículo 1.º del Apéndice.

#### *MOTIVO SEXTO*

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción por *violación por inaplicación de la costumbre*, según la cual es lícito en el término de Calatorao abrir huecos con destino a luces y vistas y construir balcones y voladizos, sin sujeción a dimensiones determinadas, y sin obligación de poner reja y red, sobre las acequias y brazales de riego que atraviesan el casco de la población, y señaladamente sobre el brazal de Matafuegos, costumbre que ha sido demostrada en *periodo* probatorio y cuya violación de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de Código civil sobre conservación, en su integridad, del *régimen jurídico escrito o consuetudinario*, en territorio aragonés.

No combatimos *error de hecho* en la sentencia sobre este extremo; pues la sentencia recurrida no sólo no ha negado que exista esta costumbre en Calatorao, sino que ha prescindido de la cuestión, la ha pasado por alto, a pesar de que ese tema ha sido objeto de consideración en los escritos de las partes y en las diligencias de prueba.

La contestación unánime de los testigos que han declarado sobre la pregunta 37 del interrogatorio del ramo de prueba del demandado demuestra esa costumbre; «ser cierto que existen numerosos huecos abiertos en paredes de edificios colindantes con el brazal de Matafuegos y con el brazal de Inspeña y que los propietarios del otro lado del brazal no tiene noticias el declarante de que se hayan opuesto nunca a la existencia de dichos huecos abiertos, exigiendo su cierre.

Los documentos procedentes del Sindicato de Riegos y de la Alcaldía de Calatorao, reseñados en el motivo primero del presente recurso, prueban también esa costumbre.

En el informe del Presidente del Sindicato de Riegos de Calatorao, de 16 de marzo de 1954, folio 168 de los autos de primera instancia, se dice:

«...4.º: Que, efectivamente, numerosas casas del pueblo lindan con los brazales de la Comunidad, entre ellos el de Matafuegos.

5.º: Que por costumbre local los edificios colindantes con brazales dejan huecos para luces y vistas de forma y dimensiones que precisan. Cuando hacen edificios nuevos o reformas, solicitan permiso del Sindicato.

6.º: Que igualmente ocurre con las aperturas que tienen lugar en aquellos casos en que las fincas del lado opuesto del brazal pertenecen a propietarios distintos de las casas que dan frente.

7.º: Que igualmente ocurre en aquellos casos en que las fincas del lado opuesto están cerradas por edificios por un lado y por tapias por otro.»

Y lo mismo se dictamina en el informe de la Alcaldía de Calatorao, fecha 22 de marzo de 1954, del folio 169, apartados números 2.º y 3.º, agregándose en el 4.º que ello ocurre igualmente en los casos en que los huertos o fincas rusticas están cerrados.

Esta costumbre tan claramente demostrada y los citados preceptos legales que acogen su vigencia, han sido infringidos por violación por inaplicación en la sentencia recurrida.

### *MOTIVO SEPTIMO*

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción por violación por inaplicación del artículo 585 del Código civil en relación con la disposición transitoria preliminar del Código civil y disposición transitoria única del Apéndice. En cuanto al referido artículo dispone que cuando por cualquier título se hubiera adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de 3 metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583.

En efecto, la sentencia recurrida rechaza y desestima la reconvencción. En el extremo 4.º de la súplica del escrito de contestación-reconvencción, los demandados pedían que se condenase a los actores, lo que por vía de reconvencción solicitaban, a estar y pasar por el pronunciamiento solicitado en el pedimento 2.º de este suplico y a no impedir ni obstaculizar el disfrute de luces y vistas sobre un huerto por la referida ventana y a no edificar a menor distancia que los 3 metros que preceptúa el artículo 583 del Código civil, de la misma forma que el mismo artículo establece. Se fundaba este pedimento en que conforme al artículo 585, cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de 3 metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583.

Supuesto que la pared en que los demandados tienen abierta una ventana desde tiempo inmemorial, o por lo menos anterior al Apéndice, no es una pared medianera, sino pared propia o exclusiva de los demandados; y supuesto que con anterioridad a la vigencia del Apéndice se entendiera que en Aragón, en esta clase de paredes propias, regía el Código civil y, por tanto, no era necesario, para ganar por prescripción las luces y vistas sobre el predio vecino, el acto obstativo a que se refiere el artículo 14 del Apéndice, sino que, por tratarse de servidumbre positiva, la apertura del hueco era el acto que iniciaba el plazo para ganar por prescripción este derecho, es evidente que, como decía uno de los considerandos de la sentencia de primera instancia, sería aplicable la disposición transitoria única del Apéndice, que dice que la aplicación de lo estatuido en él a hechos o actos anteriores a la vigencia del mismo se regirá por las disposiciones transitorias del Código civil, que en la preliminar dice que las variaciones

introducidas por este Código que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior no tendrán efectos retroactivos; hay una servidumbre de luces y vistas a favor de los demandados sobre el huerto de los actores, y a tenor de lo que preceptúa el artículo 585 del Código civil es procedente declarar la existencia de dicha servidumbre de vistas sobre la finca de las actoras, por lo que éstas no podrán edificar a menos de 3 metros de distancia.

La sentencia recurrida, al absolver de la reconvencción a los demandantes, rechazando el reconocimiento de esta servidumbre a favor de los demandados, infringe los preceptos citados en el presente motivo, por violación por inaplicación.

### FUNDAMENTOS PROCESALES DEL RECURSO

*Primero.* Procede interponer este recurso de casación por tratarse de una sentencia definitiva pronunciada por la Audiencia Territorial de Zaragoza (artículo 1.689 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

*Segundo.* Procede interponerlo por infracción de ley, por los motivos que han sido alegados y porque la sentencia ha recaído en juicio declarativo de mayor cuantía (arts. 1.692 y 1.694 de la citada Ley procesal).

*Tercero.* Este recurso se formaliza dentro del plazo de cuarenta días previsto en el artículo 1.716 del propio cuerpo legal, contados desde el siguiente a aquel en que se hizo entrega a esta parte de la certificación de las sentencias.

SUPLICO A LA SALA que admitiendo este escrito, con los poderes que se acompañan y sus copias y con la certificación de las sentencias que también se adjuntan, se dignen tener por formalizado en tiempo y forma el recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal a nombre de mis representados, contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de que se ha hecho mérito, acordar se sustancie este recurso por los trámites legales y, en su día, dictar sentencia por la cual, dando lugar a este recurso, se case y anule la sentencia recurrida y se dicte otra de conformidad con lo interesado en la súplica del escrito de contestación-reconvencción formulado en la primera instancia.

OTROSI. A los efectos de lo prevenido en el artículo 1.722 de la Ley de Enjuiciamiento civil, solicito se me provea de un testimonio acreditativo de haber formalizado ante esta Sala el presente recurso de casación dentro del plazo legal.

SUPLICO A LA SALA se dignen acordar se libre y se me entregue el testimonio de referencia.

Madrid, 3 de mayo de 1956.