



Roj: STS 2046/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2046  
Id Cendoj: 28079110012016100302  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1309/2014  
Nº de Resolución: 317/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 13 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, el 4 de marzo de 2014, recaída en el rollo de apelación 393/2013, dimanante de juicio ordinario 959/2011 del Juzgado de Primera Instancia de **Llanes**. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Adolfinia y don Marcial, representados por el procurador don Armando García de la Calle. Ha comparecido en calidad de parte recurrida doña Antonieta, representada por el procurador don José Ignacio de Noriega Arquer.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los Tribunales don Vicente Buj Ampudia, en nombre y representación de doña Antonieta, formuló demanda de Juicio Ordinario suplicando al Juzgado:

« Que teniendo por presentado este escrito con documentos acompañados y copias de todo ello, lo admita, haga de él, el oportuno mérito, se tenga por formulada la demanda a que se contrae, la siga por las normas que le son propias con demandante y demandados ya circunstanciados, para en su día y previo el recibimiento del juicio a prueba que desde ahora intereso, se dicte sentencia por la que estimando íntegramente nuestra demanda se condene a la parte demandada:

1.- A que se declare que nuestra propiedad no está gravada con servidumbre de luces y vistas ni tampoco de desagüe, condenando a la contraparte a estar y pasar por tal declaración.

2.- A eliminar a su costa la parte del alero construido por los demandados en su viento Norte, reponiéndolo en cuanto a su vuelo a su primitivo ser y estado y con la profundidad que tenía antes de obrar en él, eliminando el canalón y su correspondiente bajante con las obras pertinentes para ello.

3.- A clausurar a su costa las tres ventanas que los demandados tienen abiertas sobre la finca de la actora, al igual que la rejilla aperturada en su pared y el cable de la televisión, todo en el viento Norte.

4.- A eliminar el tubo de desagüe de las aguas residuales y la arqueta que sobre nuestro terreno tiene construida los demandados, con las obras pertinentes para encauzarlas a su propiedad.

5.- Para que procedan a eliminar las superficies de pintura que de la vivienda de los demandados invaden nuestras fachadas cuyo límite de propiedad lo configuran los sendos aleros tanto de la vivienda como de nuestro almacén, debiendo igualmente proceder a retirar a su costa la hilera de tejas que invaden nuestro tejado en la colindancia de las respectivas viviendas, cual señala la fotografía nº 12 acompañada con nuestro Informe Pericial, reponiéndolo a su primitivo ser y estado.

6.- Para que en base a tales peticiones se nos restituya en las superficies y terreno invadidos.

7.- Al pago de las costas procesales en todo caso.»

2.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 21 de noviembre de 2011, se dio traslado a las partes para contestar y el procurador don Víctor García Tames, en nombre y representación de doña Adolfina y don Marcial, contestó a la demanda y formuló reconvencción.

El suplicó de la contestación es del siguiente tenor literal:

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos acompañados y escritura de poder en la forma dicha, lo admita, me tenga por comparecido en nombre y representación de la parte demandada y, en su virtud, tenga formulada contestación y oposición a la demanda y tras los trámites oportunos, dicte sentencia por la que:

a) Se desestime íntegramente la demanda.

b) Imponga a la parte actora el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación de este procedimiento.»

El suplico de la reconvencción es como sigue:

«Por presentado este escrito, lo admita tenga por interpuesta demanda reconvenccional frente a doña Antonieta y con estimación íntegra de la misma DECLARE:

1º.- Que la pared Oeste de mis representados (finca NUM000) es en la actualidad medianera con la pared Este de la construcción de la actora en la finca registral NUM001.

2º.- Que la pared Este de mis representados (finca NUM000) en la actualidad es medianera con la pared Oeste de la vivienda de la actora sita en la finca registral NUM002.

3º.- Que la finca NUM002 está gravada con servidumbre de alero y de vertiente de tejados con sus pluviales a favor de la finca de mis representados nº NUM000 en cuanto la vertiente Norte, pronunciándose igualmente en que instalación del canalón y su bajante en modo alguno es una agravación de dicha servidumbre.

4º.- Que la finca NUM002 está gravada con servidumbre de desagüe de aguas residuales procedentes de la cocina de la finca de mis representados nº NUM000 haciéndolo a través de conducción parcialmente soterrada a una arqueta existente en la finca anteriormente referida.

5º.- Que la finca NUM002 está gravada con servidumbre de luces y vistas a favor de la finca de mis representados nº NUM000 en cuanto a la existencia de tres ventanas con unas dimensiones de 1 x1,05 m; 0,80x1,05m y 1,45x1,05 m abiertas en la pared propia Norte.

6º.- Que el tejado realizado por la actora en su finca NUM001 se ha extralimitado excediéndose en la ocupación de la pared medianera con la finca de mis representados nº NUM000, y que en virtud de dicha extralimitación se declare que la parte de las tejas colocadas fuera del límite pasen a ser propiedad de dicha finca NUM000 y por otro lado se condene a la actora al derribo de la parte de las chimeneas que no estén construidas dentro de la parte medianera que se le atribuye a la actora.»

3.- El procurador don Víctor García Tames, en nombre y representación de doña Adolfina y don Marcial, presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia de **Llanes** ampliando la demanda reconvenccional y suplicando al Juzgado:

«Que por presentado este escrito, se sirva, admitirlo, tenga por ampliada la reconvencción presentada por esta parte en cumplimiento del art. 401.2 LEC en el sentido de tener por ejercitada con carácter subsidiario y para el caso de estimación total o parcial de la demanda presentada de contrario, en el sentido de que se declare el derecho de mi mandante a adquirir por accesión invertida y en beneficio del edificio de mis representados, el Registral NUM000, una franja de terreno, a lo largo del viento Norte, de la finca colindante propiedad de la actora (Registral NUM002) de una anchura suficiente para que los huecos existentes queden a una distancia de dos metros de distancia, midiéndose las distancias conforme determinan los artículos 582 y 583 CC, con lo que desaparecería la calificación de servidumbre de luces y vistas así como las de alero y desagüe a que el inmueble de mi representada hubiera podido dar lugar y en dicho supuesto se indemnice a la actora en la cantidad de 552 €.»

4.- La representación procesal de doña Antonieta, contestó a la demanda reconvenccional y suplicó al Juzgado:

«Tenga a mi parte por opuesta a la demanda reconvenccional promovida de adverso, la siga por las normas que le son propias para en su día y previo el recibimiento del juicio a prueba, se dicte sentencia por

la que se desestime íntegramente la misma, estando conforme a mi parte, y allanándose a la consideración de que las paredes que separan las propiedades contiguas de los litigantes son medianeras, con expresa condena en costas a los demandados.»

5.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de **Llanes** dictó sentencia el 17 de julio de 2013 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Desestimar la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Vicente Buj Arnpudia, en nombre y representación de doña Antonieta , contra doña Adolfina y don Marcial absolviendo a los demandados de todos los pedimentos contra ellos ejercitados, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Estimar parcialmente la demanda reconvenzional interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Víctor García Tames, en nombre y representación de doña Adolfina y don Marcial contra doña Antonieta y, en consecuencia, declarar:

1º.- que la pared Oeste de doña Adolfina y don Marcial , finca NUM000 , es medianera con la pared Este de la construcción de doña Antonieta en la finca NUM001 ;

2.- que la pared Este de doña Adolfina y don Marcial , finca NUM000 , es medianera con la pared Oeste de la construcción de doña Antonieta en la finca NUM002 ;

3.- que la finca NUM003 está gravada con servidumbre de alero y de vertiente de tejados con sus pluviales a favor de la finca de doña Adolfina y don Marcial nº NUM000 en cuanto al viento Norte.

4.- que la finca NUM003 está gravada con servidumbre de desagüe de aguas residuales procedentes de la cocina de la finca nº NUM000 haciéndolo a través de conducción parcialmente soterrada a una arqueta existente en la finca anteriormente referida;

5.- que la finca NUM002 está gravada con servidumbre de luces y vistas a favor de la finca NUM000 en cuanto a la existencia de tres ventanas abiertas en la pared Norte de dimensiones de 1 x 1,05 m., 0,80 x 1,05 m y 1,45 x 1,05 metros. En cuanto a la demanda reconvenzional cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. »

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Antonieta , correspondiendo su resolución a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo que dictó sentencia el 4 de marzo de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Se estima parcialmente el recurso de apelación formulado por doña Antonieta , contra la sentencia de fecha diecisiete de junio de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de **Llanes**, en el Juicio Ordinario 959/11. Se revoca la sentencia de instancia.

Se estima parcialmente la demanda presentada por doña Antonieta , contra don Marcial y doña Adolfina y en consecuencia se declara que la finca de la actora nº NUM002 , inscrita en el Registro de la Propiedad de **Llanes**, al tomo NUM004 , libro NUM005 , folio NUM006 , se halla libre de servidumbres de luces y vistas y de desagüe de aguas residuales. Se condena a los demandados a cancelar, o a dotar de un cierre fijo y con cristal traslúcido, o de cualquiera otra manera que impida vistas sobre el predio de la demandante, los huecos que tienen abiertos en la fachada Norte de su vivienda, de dimensiones 1 x 1'05 m; 0'80 x 1'05 m; 1'45 x 1'05 m, pudiendo mantener la rejilla que se ve en las fotografías, todo ello sin perjuicio del derecho de la demandante a edificar, en un futuro, hasta el lindero de su finca. Se condena a los demandados a retirar o cegar el desagüe de aguas residuales que vierte a la arqueta sita en la finca de la demandante, y que se aprecia en la fotografía número ocho del informe pericial de la actora, debiendo adoptar las medidas necesarias para que dichas aguas evacuen a través de su vivienda.

Se estima la pretensión de la actora, en el sentido de que los demandados han de retranquear el alero de la fachada Norte de su vivienda, restituyéndolo a su primitivo ser y estado, retirando la canalización y bajante de aguas pluviales instalada.

Se condena a los demandados a retirar el exceso de pintura de las fachadas, de manera que ésta no invada la fachada de la vivienda de la demandante, como se recoge en la fotografía número doce de su dictamen pericial.

En todo lo demás se desestima la demanda presentada, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas de la misma, así como tampoco de las de esta apelación.

Se confirma la sentencia de instancia, en cuanto a la estimación parcial de la demanda reconvenional, en el sentido de mantener el pronunciamiento de medianería de los muros laterales Este y Oeste de la finca de los señores Marcial Adolfina . En todo lo demás se rechazan sus pretensiones, sin hacer especial pronunciamiento de las costas de la reconvenición.

En aplicación del punto octavo de la Disposición adicional decimoquinta de la LOPJ , devuélvase a la recurrente el depósito constituido para apelar.»

**TERCERO.** - *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

**1.-** Contra la anterior resolución interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Adolfina y don Marcial , con base en los siguientes motivos:

Recurso extraordinario por infracción procesal, invocado al amparo del motivo segundo del artículo 469.1.2 de la LEC .

Recurso de casación:

Primero: por infracción de los artículos 572 y 573 del Código Civil en relación con el artículo 1249 del Código Civil .

Segundo: por infracción de los artículos 1261 y 1262 del Código Civil .

Tercero: por infracción del artículo 1278 del Código Civil .

Cuarto: por infracción de los artículos 361 a 363 del Código Civil .

**2.-** La Sala dictó auto el 8 de julio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Adolfina y don Marcial , contra la sentencia dictada, con fecha 4 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 393/13 dimanante del juicio ordinario nº 959/11 del Juzgado de Primera Instancia de **Llanes**.

2º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de doña Adolfina y don Marcial , contra la sentencia dictada, con fecha 4 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 393/13 dimanante del juicio ordinario nº 959/11 del Juzgado de Primera Instancia de **Llanes**, con pérdida del depósito constituido.

3º) Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a las parte recurrente.

4º) Entréguense copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

**3.-** La representación procesal de doña Antonieta evacuó el traslado conferido, manifestando su oposición al recurso formulado de contrario.

**4.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 20 de abril de 2016 en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

**1.-** Doña Antonieta , como propietaria de dos fincas inscritas en el Registro de la Propiedad de **Llanes**, una la nº NUM002 , del tomo NUM004 , libro NUM005 , folio NUM006 ; y otra según ella dice y así se mantiene a lo largo del juicio, la número NUM001 inscrita al tomo NUM007 , libro NUM008 , folio NUM009 ; aunque según se desprende de la escritura de adjudicación de herencia otorgada el 23 de julio de 2007, sería la NUM010 , del Registro de la Propiedad de **Llanes**, inscrita al tomo NUM007 , libro NUM008 , folio NUM009 ; según se desprende de la hoja NUM011 y NUM012 , vuelto de esa escritura, formula demanda contra doña Adolfina y don Marcial , como propietarios de la finca registral no NUM000 , también inscrita en el registro de la Propiedad de **Llanes**, al tomo NUM013 , libro NUM014 , folio NUM015 , que se halla ubicada entre las fincas de la demandante, con las que colinda por los vientos, Oeste, Este y Norte.

En ese escrito rector de la litis la demandante articula las siguientes acciones legales:

1ª.- Negatoria de servidumbre, a fin de que se declare que su finca no están gravada con servidumbre de luces y vistas ni de desagüe, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración.

2º.- Oposición a la modificación de la servidumbre de alero, condenando a los demandados a eliminar, a su costa, la parte de alero construido por el viento Norte de la vivienda edificada en la finca de su propiedad, reponiéndolo, en cuanto al vuelo, a su primitivo ser y estado, con la profundidad que tenía antes, eliminando el canalón y su correspondiente bajante.

3º En relación con el apartado primero, se condene a los demandados a clausurar a su costa las tres ventanas abiertas, así como la rejilla y el cable de la televisión, todos ellos ubicados en la fachada Norte de la casa de los demandados.

4ª.- También en relación con el apartado primero se condene a los demandados a retirar el desagüe de aguas residuales Y la arqueta ubicada en la finca de la actora, debiendo encauzar esas aguas por su propiedad.

5ª.- Condena de los demandados a eliminar la pintura practicada en las fachadas de la finca de la actora, la cual viene delimitada por sus aleros, debiendo también proceder a tirar a su costa la hilera de tejas que invaden el tejado de vivienda de la actora, según se recoge en la fotografía nº 12 del informe pericial unido a la demanda, reponiendo la situación del tejado a su primitivo ser y estado.

6º.- Condena de los demandados a restituir a la actora los terrenos invadidos.

2.- Los demandados se opusieron a las pretensiones de la actora formulando además demanda reconvenicional en la que solicitan se declare:

1º.- Que la pared Oeste de la finca de su propiedad NUM000 , es medianera con la pared Este de la construcción de la finca de la actora NUM001 (como dijimos precedentemente se refiere a la NUM016 ).

2º.- Que la pared Este de su finca NUM000 , es medianera la pared Oeste de la construcción existente en la finca registral NUM002 .

3º.- Que la finca NUM002 , se halla gravada con servidumbre de alero y vertiente de tejado con sus pluviales a favor de la finca registral nº NUM000 , en su fachada Norte, así como que la instalación del canalón y su bajante en modo alguno supone una agravación de dicha servidumbre.

4º.- Que la finca NUM002 , está gravada con servidumbre de desagüe de aguas residuales procedentes de la finca nº NUM000 , haciéndolo a través de una conducción parcialmente soterrada y de una arqueta ubicada en la finca de Antonieta .

5º.- Que la finca NUM002 está gravada con servidumbre de luces y vistas a favor de la finca nº NUM000 , en cuanto a la existencia de tres ventanas de dimensiones 1 x 1'05 m; 0'80 x 1'05 m y 1'45 x 1'05 m, abiertas en la pared Norte,

6º.- Que el tejado de la finca NUM001 , se ha extralimitado ocupando parte de la pared medianera de la NUM000 y en consecuencia se declare que las tejas colocadas fuera de ese límite pasan a ser de ésta última. Se condene a Doña Antonieta al derribo de la parte de la chimenea que no esté construida dentro de la medianería.

En escrito de 2 de febrero de 2.012 amplían la demanda reconvenicional a fin de que de no acogerse las anteriores peticiones se reconozca su derecho a adquirir, en beneficio de la finca NUM000 , una franja de terreno a lo largo del viento Norte de su finca, de la finca nº NUM002 , de una anchura suficiente para que los huecos existentes queden a la distancia legalmente exigida para preservar las luces, vistas, alero y desagüe.

3.- El fallo de la sentencia de primera instancia desestima la demanda y estima parcialmente la demanda reconvenicional, declarando medianeras las paredes Oeste y Este, la existencia de las servidumbres de alero y vertiente de tejados con sus pluviales, de desagüe de aguas residuales y de luces y vistas.

4.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación dictándose sentencia de segunda instancia por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, de fecha 4 de marzo de 2014 , que estima parcialmente el recurso de apelación formulado por la demandante y declara que la finca de la actora se halla libre de servidumbres de luces y vistas y de desagüe de aguas residuales. Condena a los demandados a cancelar o a dotar de un cierre fijo y con cristal traslúcido o de cualquier otra manera que impida las vistas sobre el predio de la demandante, los huecos que tienen abiertos en la fachada Norte de su vivienda, pudiendo mantener la rejilla, todo ello sin perjuicio del derecho de la demandante a edificar en un futuro, hasta el lindero de su finca. Condena a los demandados a retirar o cegar el desagüe de aguas residuales y a retranquear el

alero de la fachada Norte restituyéndolo a su primitivo estado y retirar el exceso de pintura de la fachada. En lo demás se desestima la demanda. Confirma la estimación de la demanda reconvenional manteniendo el pronunciamiento de medianería de los muros Este y Oeste y rechazando el resto de las pretensiones.

5.- La sentencia de la Audiencia Provincial, entiende en síntesis que no hay título constitutivo de las servidumbres, sino un acuerdo de mera tolerancia por entre los respectivos progenitores de las partes, sin que el transcurso de 20 años permita prescripción adquisitiva tratándose de una servidumbre de luces y vistas en el presente caso negativa por haberse abierto los huecos en pared propia.

Negada la servidumbre examina la pretensión de accesión invertida. Entiende que *el criterio jurisprudencial sobre la accesión invertida no es de aplicación, en términos generales a las servidumbres de luces y vistas, pues en estos supuestos faltaría el principio de buena fe. Además existe una regulación específica en la materia en concreto el artículo 582 del Código Civil que exige que se respeten determinadas distancias, precepto legal que quedaría vacío de contenido de reconocerse la accesión invertida, subsanado así el incumplimiento de la normativa vigente, en tal sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1995 y 1 de octubre de 1984.*

6.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Adolfina y don Marcial al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, articulándolo en cuatro motivos. También se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal.

7.- La Sala dictó auto el 8 de julio de 2015 acordando admitir el recurso de casación y no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

8.- La parte recurrida, tras el oportuno traslado, impugnó el recurso de casación.

Recurso de casación.

**SEGUNDO.-** Enunciación y planteamiento de los motivos primero, segundo y tercero:

1.- El motivo primero por infracción de los artículos 572 y 573 del Código Civil en relación con el artículo 1249 del Código Civil sobre presunción de paredes medianeras y la doctrina jurisprudencial de dichos preceptos recogida en las SSTS de 25 de marzo de 2003 y 24 de febrero de 2011.

La parte recurrente alega que la sentencia recurrida de la Audiencia al manifestar que «no se acredita la compensación que pudo percibir el padre de Antonieta» y que «el actor podía construir en cualquier momento, cerrando ese hueco» no tiene en consideración el carácter previo de pared propia de su inmueble donde existía una ventana abierta, sobre la que no se podía construir y que impediría al padre de la actora haber apoyado su nueva construcción en esa pared, cosa que se hizo conforme resulta de las fotografías aportadas a los autos. En definitiva sostiene que hay prueba que destruye la presunción de medianería de la pared sobre la que el actor elevó la cuadra y apoyó su cubierta.

2.- El motivo segundo por infracción de los artículos 1261 y 1262 del Código Civil en relación con la manera de acreditar la prestación del consentimiento y la doctrina jurisprudencial de dichos preceptos recogida en las SSTS de 14 de junio de 1963 y 26 de mayo de 1986. En este motivo discrepa la parte recurrente de la sentencia en cuanto no considera acreditado el consentimiento prestado por el padre de la actora para la constitución voluntaria de la servidumbre.

3.- El motivo tercero por infracción del artículo 1278 del Código Civil en relación con la forma de celebración de los contratos y la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS de 26 de junio de 1981 y 24 de febrero de 1997. En la argumentación del motivo lo que sostiene la parte recurrente es que hay un consentimiento tácito que sirve de título constitutivo de la servidumbre.

**TERCERO.-** Admisibilidad de los anteriores motivos

1.- Los tres motivos, cuya enunciación y planteamiento se han recogido, aisladamente considerados podrían incurrir en causa de inadmisión, pues el primero integra hechos en base a la valoración de la documental e incluso pretende negar algo pacífico de la sentencia recurrida, cuál es, el carácter medianero de las paredes a que hace mención la demanda reconvenional; el segundo cita preceptos genéricos y el tercero por fundarse en algo no exigido por la sentencia de apelación, a saber, que sea precisa forma para la existencia del título.

2.- No obstante, y de ahí su admisión, lo que sucede en los tres motivos, y así se plantea por la parte recurrente, es la existencia de título constitutivo de las servidumbres, y ello es una cuestión jurídica revisable

en casación. Es doctrina de la sala que la valoración de la prueba corresponde al tribunal de instancia y que no puede ser revisada en casación sino en los concretos y singulares supuestos que recoge tal doctrina.

De ahí que en el caso que enjuiciamos no puedan ser puestos en duda los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. Ahora bien, como afirma la sentencia de 24 de octubre de 2006, Rc. 20/2000, sí puede la sala «entrar en la calificación jurídica sobre si los hechos son o no suficientes para revelar la existencia de una voluntad expresa de constitución de la servidumbre necesaria para la existencia del título constitutivo exigido por el Código Civil». Corolario de lo anterior es que la calificación de los hechos en que se apoya el reconocimiento del título constitutivo de la servidumbre constituye una *questio iuris* (cuestión de derecho) revisable en casación.

#### CUARTO.- TÍTULO

1.- Nuestro Código Civil emplea en distintas ocasiones la expresión «título» como instrumento hábil para la constitución de las servidumbres (art. 537 , 539 , 540 , 541 etc.) aunque otras veces habla de «voluntad de los interesados».

A partir de tal dato hay quienes equiparan título y modo de adquirir (art. 443) concediéndole un sentido amplio como hecho que explica y justifica el nacimiento del derecho (abarcaría así tanto el negocio jurídico como la usucapion o el destino del pater familias), mientras que otros, parecen seguir el criterio contrario, no considerando la usucapion como título sino como algo diferente.

Así título sería para algún autor de la doctrina científica la convención «inter vivos» o la disposición «mortis causa» destinadas al nacimiento de la servidumbre. Así lo recogía el Tribunal Supremo (5. 2-6-69), entendiendo por título todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, «inter vivos» o de última voluntad.

Siguiendo este orden expositivo hay que precisar que el término título se ha de emplear en sentido jurídico-material, y no como meramente instrumental o documental, existiendo dentro de esa denominación una gran variedad de supuestos.

Vamos a centrarnos en la de negocio jurídico y dentro de él en la de contrato por ser, entre otras cosas, al que alude e invoca la recurrente.

Llegados a este estudio de la cuestión se han de hacer dos precisiones: Que este negocio «inter vivos» no requiere forma especial alguna; de ahí que pueda ser verbal, como el que se predica; y que en caso de duda la interpretación debe ser restrictiva, apareciendo de forma concluyente e inequívoca la voluntad de las partes de constituir la servidumbre.

No desconocemos que cuando se trata de convenciones verbales la dificultad es máxima para el que ejercita la acción, sobre todo si la situación fáctica es perdurable en el tiempo, ya que se crea la duda de si se trata de servidumbre constituida o acto meramente tolerado.

Para ello resulta de interés las inferencias que puedan hacerse de los actos o explicaciones que rodean la situación.

2.- Tal doctrina la recoge y sistematiza la sentencia, ya citada, de 24 octubre 2006 , que afirma que: «La doctrina científica viene definiendo el título constitutivo de la servidumbre a que se refiere el artículo 539 CC como cualquier negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre, independientemente de su constancia documental, dado que la posibilidad de obtener mediante sentencia firme el reconocimiento de la existencia de la servidumbre (según se desprende del artículo 540 CC ) comporta la posibilidad de acudir a cualquier medio de prueba para la demostración de la existencia del título constitutivo.

Así, a) según las SSTS de 26 de junio de 1981 , 8 de octubre de 1988 , 2 de junio de 1989 , 6 de diciembre de 1985 , 27 de febrero de 1993 , 30 de abril de 1993 , 20 de octubre de 1993 , 1 de marzo de 1994 , 24 de febrero de 1997 , 19 de julio de 2002 , 24 de marzo 2003 y 18 de noviembre 2003 , la exigencia de título contenida en los artículos 537 y 539 CC no condiciona el nacimiento de la servidumbre de una manera absoluta, pues se considera título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, inter vivos o mortis causa, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente; pero la voluntad constitutiva ha de ser expresa: se requiere, cuando se trata de la creación inter vivos del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin y no es necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* [formal] que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, siempre que conste bien clara la voluntad de los otorgantes; b ) cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo ( SSTS de 30 de octubre de 1959 , 8 de abril de 1965 , 30

de septiembre de 1970 , 8 de octubre de 1988 , 9 de mayo de 1989 , 27 de febrero de 1993 , 21 de diciembre de 2001 y 19 de julio de 2002 ); c ) la STS de 20 de octubre de 1993 , ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública, como exige con el rango de forma constitutiva el art. 633 CC para las donaciones.».

Más recientemente reafirma tal doctrina las SSTS de 26 marzo de 2014, Rc. 589/2012 , y es que como se ha dicho, de forma unánime, la propiedad se presume libre y no se presumen las servidumbres ( SSTS de 25 marzo de 1961 , 23 de junio de 1995 y 22 de diciembre de 2008 ), ya que éstas constituyen una derogación del Derecho Común de la propiedad y, de ahí que en los contratos en los que se constituyen o se establece algún gravamen que afecte a la libertad de las fincas haya de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre esos extremos ( SSTS de 4 de noviembre de 1987 y 13 de noviembre de 1929 ).

#### **QUINTO.- Prescripción**

En pared propia, contigua a finca ajena, como afirma la recurrente ser la suya, para adquirir verdadera servidumbre de luces será necesario ganar esos huecos por prescripción, y como la servidumbre de luces y vistas en pared propia se reputa negativa (como establece reiteradísima jurisprudencia, de las que, por «clásicas», cabe citar las SSTS de 27 de mayo de 1986 , 9 de febrero de 1907 , 18 de octubre de 1909 , 15 de marzo de 1934 y 19 de junio de 1951 ), el tiempo necesario para adquirir por prescripción esta clase de servidumbres se cuenta desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido por un acto formal al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre, conforme al artículo 538 del Código Civil , por lo que el «*dies a quo*» para el cómputo del plazo de usucapión es aquél en que se produjo el denominado acto obstativo.

El Tribunal Supremo, sin variar dicha tesis, la ha matizado aseverando que debe partirse del supuesto de que toda servidumbre de luces y vistas, al ser continua y aparente, es susceptible de ser adquirida por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 537 y 538 del Código, teniendo dicha servidumbre carácter de negativa cuando los huecos están abiertos en pared propia del dueño del predio dominante y de positiva cuando tales huecos se hallan en pared medianera o propia del dueño del sirviente; en el caso de la servidumbre negativa, el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse sino a partir de la producción de un acto obstativo, por el que el dueño del que sería predio dominante prohíbe al del sirviente la ejecución de un hecho que le sería lícito sin la servidumbre (por ejemplo, requerimiento para no edificar, interdicto de obra nueva para suspender la construcción), mientras que en el supuesto de la positiva el «*dies a quo*» del citado plazo lo constituye 1 día mismo de la apertura de los huecos (por ejemplo, STS de 8 de octubre de 1988 ).

Así lo afirmaba también la precedente de 2 de marzo de 1985, y lo afirma la más reciente de 11 de julio de 2014.

#### **SEXTO.- Decisión de la Sala sobre la servidumbre de luces y vistas.**

1.- La sentencia recurrida afirma, y no es cuestión controvertida, que las ventanas abiertas en la fachada norte de la finca de los señores Marcial Adolfinia no respetan las distancias sobre el fundo colindante que exige el artículo 582 CC . Cuando se construyó la vivienda de los demandados se ocupó por ese viento la totalidad del suelo, de forma que colinda con la finca de la actora sin solución de continuidad. Por tanto, añade conforme a la doctrina antes expuesta, que el mantenimiento de esos huecos y ventanas practicados en esa fachada sólo se justifican si tuviesen las dimensiones mínimas permitidas para los huecos de cortesía o tolerancia o si tuviesen cobertura jurídica por la existencia de un gravamen que limite el derecho de propiedad del predio colindante, esto es, servidumbre de luces, constituida por título o adquiridas por prescripción adquisitiva o usucapion.

2.- La sentencia del Tribunal de apelación, ante la inexistencia de título documentado sobre la constitución de la servidumbre, alcanza la conclusión de que no hay prueba bastante que acredite la existencia del acuerdo de voluntades de los titulares de ambos predios, en orden a la constitución de un gravamen sobre el predio de la demandante:

(i) Ambas partes reconocen que se abrieron hará unos 20 años por acuerdo de sus padres, pero la actora matiza que su padre lo consintió como acto de mera tolerancia y con la advertencia de que cuando quisiera tenían que .cerrarlos.

(ii) A la hora de inclinarse por una u otra versión, la sentencia recurrida, con inferencia razonable, lógica y no arbitraria, opta por la de la actora, favorable a la libertad de fundos, por no constar acreditada compensación o contraprestación para constituir un gravamen de tan graves consecuencias para el fundo colindante. La

consecuencia es la de un acto meramente tolerado, y si, a efectos dialécticos, se considerase la constitución de la servidumbre por mera liberalidad, sería precisa escritura pública ( STS de 24 de octubre de 2006 ).

(iii) La recurrente entiende que existió contraprestación y que consistió en la autorización del señor Adolfina para que el padre o antepasado de la actora rehabilitara la cuadra con la que colinda la vivienda de los demandados por el viento Oeste, elevando aquél su altura y cerrando una ventana que había en esa fachada.

A ello ofrece respuesta contundente la sentencia recurrida con un argumento cuya *ratio decidendi* (razón de decidir) es que ese cierre de ventana por elevación de la cuadra se remonta cronológicamente al año 1969, es decir, hace 45 años, en tanto que las ventanas del litigio, según dicen todos, tendrían una antigüedad de unos veinte años, con lo que, con una diferencia tan sustancial del tiempo, no es posible establecer la necesaria conexión entre ambos sucesos.

Tal argumento es inatacable por lógico y razonable.

La sentencia recurrida acude a un argumento de refuerzo-«además»-, no *ratio decidendi*, cual que la ventana que se cerró para elevar la cuadra podía cerrarla el antepasado de la actora, por poder construir en su finca en cualquier momento.

Al estar abierta la ventana en pared medianera la servidumbre tendría carácter de positiva y se ignora si en el año 1969 se había adquirido por prescripción adquisitiva o usucapion. Pero como decimos este no es el argumento decisorio para negar la contraprestación.

(iv) Tampoco se puede reconocer adquirida por prescripción porque según la doctrina expuesta, habría de computarse el plazo desde el acto obstativo, que, a salvo de prueba en otro sentido, coincide con la interposición de la presente demanda y, por ende, no se ha cumplido.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la Sala sobre la servidumbre de desagüe de aguas residuales.*

Se ha de confirmar la decisión de la sentencia recurrida por falta de prueba de que obedeciese a un acuerdo de los padres de las partes. Aquí no se trata sólo de que la «simple apariencia física no es dato o factor abonable jurídicamente si no se respalda con título o por medio de prescripción...», sino que, además, tal apariencia no existe porque, según afirma la sentencia, la conexión del tubo de desagüe a la arqueta parece que fue clandestina, oculta y pasaba desapercibida.

**OCTAVO.-** En cuanto a la servidumbre de alero y vertiente de tejado no se pone en tela de juicio la existencia del gravamen sino que se ha modificado, agravándose el mismo, sobre todo por ampliar el ancho del alero en unos quince centímetros. Se acoge la motivación de la sentencia de apelación por ser razonable y ajustada a derecho, al no constar necesidad que justifique la agravación.

Otro tanto cabe decir de la respuesta razonable que ofrece la sentencia respecto de la franja de pintura de la fachada de la vivienda o respecto de la hilera de tejas de la vivienda de los demandados.

**NOVENO .-** *Enunciación y planteamiento del motivo cuarto.*

Se articula por infracción de los artículos 361 a 363 CC en cuanto a la accesión invertida y la doctrina jurisprudencial en la interpretación de dichos preceptos recogida en SSTs de 3 de abril de 1992 y 10 de diciembre de 1980, entendiéndose que la sentencia recurrida las infringe al negar de manera categórica la posibilidad de la ascensión invertida para las servidumbres de luces y vistas.

**DÉCIMO.-** *Decisión de la Sala.*

1.- Se plantea a través de este motivo que se abrieron ventanas en pared del edificio de los recurrentes, construido en suelo propio contiguo al solar vecino, sin respetar las prescripciones del artículo 582 CC, constituyéndose así unilateralmente una servidumbre de luces y vistas. Ejercitada acción negatoria de servidumbre por la actora los demandados se opusieron a ella, como ya se ha examinado, y, además, reconvinieron solicitando, con carácter subsidiario, que, en todo caso, se le reconociera su derecho a la adquisición de la franja de terreno necesaria del predio ajeno y colindante para regularizar la situación, con apoyo en sentencias de esta Sala sobre construcción extralimitada o accesión invertida, doctrina que en alguna ocasión se ha extendido a supuestos de luces y vistas, atendiendo a razones de política económica, social y de conveniencia cuando la extralimitación constructiva se ha producido de buena fe. En tales casos se ha permitido la conservación de los huecos, indemnizando al propietario del predio vecino el valor de la franja de terreno perdido por el desplazamiento del lindero.

2.- Bastaría para desestimar el motivo con afirmar que quien construyó no obró de buena fe, siendo tal dato *questio facti* de la exclusiva incumbencia de la sentencia de instancia recurrida, bien entendido que como

la buena fe se presume debe declarar lo contrario la Sala a quo, expresa o tácitamente (SSTS de 3 de abril de 1992 , 30 de noviembre de 1981 , entre otras). Pues bien, según ya se ha razonado al decidir sobre los tres primeros motivos del recurso de casación, el tribunal de apelación alcanza la conclusión de que lo edificado, con apertura de huecos y ventanas, obedeció a la mera tolerancia del dueño del predio colindante hacia el edificante, haciéndole saber que se cerrarían cuando quisiera.

De ahí que, cualquiera que sea el criterio que se siga para la calificación de la buena fe del constructor, a los efectos de la accesión invertida, en este supuesto se aprecia su ausencia por cuanto la apertura de los huecos y ventanas fue fruto de un pacto de tolerancia con el dueño del predio colindante; de lo que se infiere que ni éste consintió a su vista, ciencia y paciencia la constitución de una servidumbre de luces y vistas ni el edificante obró en la creencia de poder abrir los referidos huecos, siendo así que la mala fe requiere que la edificación se realice a sabiendas, que sería el caso, de que no había derecho a hacerla ( STS de 17 de junio de 1961 , 27 de enero de 2000 , 1 de octubre de 1984 )

**3.-** No obstante, la cuestión jurídica de fondo sobre la posibilidad de apreciar la ascensión invertida en relación con las servidumbres ha merecido respuestas diversas por la doctrina y la jurisprudencia que vamos a recoger a continuación, en el buen entendimiento que, en contra de previsiones existentes en el derecho comparado, las sentencias de esta Sala en lo que han tenido uniformidad ha sido en negar la posibilidad de adquirir la servidumbre por accesión invertida, por «no ser medio hábil para ello ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la ley», admitiendo que lo adquirido será la franja de terreno invadida en la extensión a lo largo de la fachada con la que lindan los predios ajenos, necesaria para que se respeten las distancias que exige el Código Civil.

**4.-** Hecha la anterior consideración conviene llamar la atención sobre las razones que subyacen en las sentencias de esta Sala citadas por la parte recurrente, que son de política económica, social y de conveniencia, hasta el punto de haber afirmado algún sector de la doctrina que con ellas se abre una vía por el camino de la equidad. En evitación de confusiones es necesario precisar que la sentencia de 3 de abril de 1992 no decidió sobre la accesión invertida en materia de luces y vistas al no ser necesario ofrecer respuesta a ello, por lo que sólo decidió sobre la invasión del alero de la edificación que se concretó en una anchura de 10 centímetros a lo largo de 3 metros, o sea, en una superficie rectangular de 30 decímetros. Partiendo de ese dato, y con citas de doctrina legal sobre la accesión invertida, concluye, y ello es relevante, que tal invasión no afecta a la posible y posterior elevación de la casa del demandante, ya que existen medios técnicos para solucionar tal situación, por lo que niega la demolición de lo edificado en la parte que invade el vuelo, sin perjuicio del abono de su valor y de los perjuicios ocasionados.

Por contra, la sentencia de 10 de diciembre de 1980 , citada con recurrencia, sí se ocupa de esta cuestión jurídica en relación con la servidumbre de luces y vistas.

**5.-** La expresada sentencia, que hace ver los graves perjuicios que se causarían si no se aplicase la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida, resuelve en los siguientes términos: «si es cierto que el problema que se plantea en la litis y llega a este recurso, encontraría su solución legal simplemente ejercitándose, tal como lo hacen los actores, las correspondientes acciones negatorias de servidumbres de paso, luces y vistas, puesto que con arreglo a la normativa de la propiedad que tiene su sanción legal en el artículo 348 del Código civil , en el supuesto de autos, en relación con los artículos 564 y siguientes reguladores de las servidumbres de paso, y por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 582 del propio Código, conforme al cual, no se pueden abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos, y a su semejanza, terrazas con dichas vistas, a menos de dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y la finca del vecino, la solución no habría de ser otra, tal como propugna el Juzgador, sino la de convertir la fachada en una simple pared o muro de cerramiento en el que no habría más huecos que los de ordenanza, o la de, aún más drástica, que su derribo y consiguiente retranqueo del edificio en los metros necesarios para que los nuevos voladizos y demás huecos guardasen aquellas distancias, en relación a lo linderos de los predios de los actores, soluciones, una y otra, que por razones obvias hace innecesario hablar de su transcendencia, consecuencias y repercusiones que habría de ocasionar; bástenos solamente traer a colación que se trata de un edificio o torre, compuesto de sótano, planta baja destinada a locales de negocio, diez plantas superiores con cuatro viviendas en cada una y planta de ático con vivienda para el portero, construido en régimen de propiedad horizontal y viviendas de protección oficial, de buena fe, extremo éste no discutido en la litis ni sobre el que la sentencia nada en contrario se declara, y a vista, ciencia y paciencia de los propietarios de los predios colindantes, los hoy actores recurridos, luego si razones de política económica, social y aún podría afirmarse de buena vecindad, -como de relaciones de vecindad configura el Derecho alemán la construcción extralimitada- justifican la accesión invertida, razones de esa índole, más

que suficientes, indudablemente se dan en el caso contemplado. Al examen y ponderación del caso, según lo expuesto, sigue el razonamiento que determina el acogimiento del recurso: es de tener en cuenta, que si bien los casos examinados por las sentencias que sientan la doctrina de la accesión invertida, contemplan supuestos de construcciones que invaden el terreno ajeno, siendo la propiedad del suelo, tanto del vuelo como del subsuelo, esto es de cuanto está sobre el mismo como por debajo, que encuentra su más significativa expresión en el axioma formulado por los glosadores a base de textos romanos, "*cujus est solum ejus est usque ad coelum et usque ad inferos*" fundamento de cuanto dice el artículo 350, de nuestro Código civil, al determinar la extensión objetiva del dominio en sentido vertical, de que "el propietario de un terreno es dueño de su superficie -vuelo- y de lo que está debajo de ella", es de concluir, que la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo, al tener proyección sobre las facultades dominicales, como lo puede ser por voladizos, huecos con vistas rectas y oblicuas, terrazas con iguales posibilidades o con pasos o caminos por el suelo ajeno, como accesos a la construcción y natural es, con la propia significación, alcance y efectos, que la de haber traspasado los linderos del terreno propio; por lo que, si la accesión invertida encuentra su justificación en aquellas razones de política económica social e incluso de vecindad, dando lugar a aquella inversión, "solo cedit superficie", igualmente lo ha de ser cuando concurriendo las mismas razones de política económica, social y de convivencia, en el caso que se contempla; y dándose por otra parte los requisitos que exige la accesión invertida, esto es, la existencia de una edificación en suelo propio pero que invade parte del ajeno, pues como quedó expresado es indiferente, a este respecto, que la edificación traspase el suelo o el vuelo y que el constructor haya actuado de buena fe, extremo éste no discutido, resulta indudable la aplicación de dicha figura jurídica al supuesto de autos; pero bien entendido que lo que adquiere la demandada no son las servidumbres a que dio lugar con la construcción del edificio, por no ser la accesión, tanto la continua como la invertida, medio hábil para ello, ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la Ley, sino la franja de terreno invadida en la extensión a lo largo de la fachada con la que lindan los predios ajenos, necesaria para que los voladizos más salientes se encuentren a dos metros de distancia del que va a resultar nuevo lindero de la propiedad ajena, previa la correspondiente indemnización a dichos propietarios del valor de dicha franja de terreno, y la que quedara en beneficio del edificio; solución ésta que, con la mayor equidad, resuelve los intereses en colisión, principalmente los que afectan a los propietarios de los pisos y locales del edificio, que de no ser así se verían privados de una propiedad legítimamente adquirida y terceros al problema que la invasión, por la construcción en terreno ajeno, ha motivado; por lo que, al no entenderlo de tal forma el Juzgador de instancia, procede admitir este primer motivo del recurso, casando y anulando la recurrida sentencia.»

6.- La sentencia del TS de 1 de octubre de 1984 estableció conclusiones distintas, aunque en supuesto no exactamente igual que el que contempló la sentencia de 10 de diciembre de 1980.

La citada sentencia de 1 de octubre de 1984 hizo un examen previo de las modalidades de edificar en terreno ajeno ya recogidas en sentencia de 17 de junio de 1961, para, a continuación rechazar la aplicación de la doctrina sobre la accesión invertida con apoyo en los argumentos que especifica:

« A) primero en que si originariamente alegó la Comunidad una inmisión, efectuada con los cimientos y encofrados en el terreno de la misma, reclamante en el interdicto de obra nueva y aquí demandada y recurrida, este punto de la invasión propiamente dicha quedó ejecutoriado -y para dejarlo en claro, se antepusieron al estudio del motivo, las imprescindibles puntualizaciones de las vicisitudes procesales del caso- y así permanece únicamente el de haberse construido la escalera del nuevo edificio, no con invasión de terreno de la finca de la Comunidad, sino conculcando el ordenamiento de la servidumbre de luces y vistas constituida por título y regulada en el artículo 585 del Código civil, sin respetar la existencia de la misma, no obstante las advertencias y el hallarse publicada por el Registro de la Propiedad; por lo cual no se da en este caso el supuesto de la doctrina sobre la accesión, justamente por la existencia de una regulación legal constituida por el expresado artículo; B) porque aunque, hubiera de extenderse a otros supuestos de invasión, como los de ocupación del vuelo o las vistas rectas u oblicuas tomadas sin respetar las distancias intermedias de los artículos 582 y 585 pero sin traspaso de la línea de contigüidad, ello significaría alterar el régimen de constitución de las servidumbres según los artículos 536 y 541 y los modos de extinguirse las mismas conforme al 546, actuando en el caso a la manera de una redención forzosa de la servidumbre creada en el año 1929, a lo que se opuso la ya citada sentencia de 10 de diciembre de 1980 que advirtiendo "no ser la accesión, tanto la continua como la invertida, medio hábil para ello (la adquisición de una servidumbre de luces y vistas), ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la ley", regularizó lo edificado mediante aplicar la accesión invertida a la franja de terreno necesaria para que la aproximación de los

voladizos se ajustara al régimen legal; C) pero, aparte todo lo razonado hasta aquí, lo ciertamente determinante y decisivo en el caso ha de ser el que, en todo el conjunto de las sentencias recordadas, recaídas sobre la accesión invertida o inversa, siempre se le exige al beneficiario (que sería aquí la Inmobiliaria recurrente) el indispensable requisito de la buena fe, rotundamente negado a la misma por la Sala de instancia -según se dejó ampliamente consignado, con transcripción de las apreciaciones al respecto, en el lugar correspondiente de la presente sentencia- siguiéndose, ante una situación de mala fe de la parte recurrente, la radical inaplicabilidad de la doctrina legal invocada.»

7. Dentro del mismo supuesto aquí enjuiciado, esto es, la alegación de la ascensión invertida en un supuesto de servidumbres de luces y vistas, cabe citar también la sentencia de 22 de noviembre de 1989 , que contiene la siguiente motivación: « A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo cuarto, formulado, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con fundamento en alegada infracción de la doctrina sobre la accesión invertida, y que el recurrente apoya en Sentencias de 31 de mayo de 1949 , 10 de diciembre de 1980 y 1 de octubre de 1984 , toda vez que reconocido en la sentencia recurrida, en el ámbito fáctico, con plena vinculación al respecto, que los huecos objeto de controversia fueron contruidos con falta de buena fe en su constructor, el demandado, conocedor de la consideración de camino privado, con adscripción del terreno que ocupaba en proyección a la finca del demandante al dominio de éste, impide la aplicación al supuesto que se examina de la doctrina de la accesión invertida, o construcción extralimitada, que viene acogida por la jurisprudencia, y de la que son exponente las sentencias de 31 de mayo de 1949 , 10 de diciembre y 1 de octubre de 1984 , citada por el recurrente, además, de las de 23 de junio de 1923 , 21 de diciembre de 1945 , 17 de junio de 1961 , 19 de abril de 1972 , 23 de octubre de 1973 , 22 de febrero de 1975 , 3 de marzo y 11 de diciembre de 1978 , 1 de octubre de 1985 y 24 de enero de 1986 , toda vez que, como en ellas se expresa, al ser tal modalidad de accesión una mera ejecución forzosa de la segunda opción del artículo 361 del Código civil , su reconocimiento requiere no solamente la acreditación de que quien la pretenda sea titular dominical de lo edificado, que lo edificado lo sea en parte en propiedad ajena y tenga una importancia y valor superior a los del terreno invadido, sino también que el edificante, en este caso el demandado, hubiera procedido de buena fe, aspecto que, como establece la sentencia recurrida, sin eficiente desvirtuación por dicho demandado recurrente, no se da en el presente caso; y a lo que en nada obsta la circunstancia de que el referido constructor haya procedido a la venta a los también demandados de pisos correspondientes a la edificación construida con tales huecos, no significativos de viabilizar servidumbre de luces y vistas, pues esa circunstancia la única consecuencia que puede producir en relación con dichos adquirentes de pisos es la posibilidad de ejercicio de acciones que por su causa, de cerrarse tales huecos, estimasen corresponderles contra dicho constructor y transmitente.»

8.- Con cita de las anteriores sentencias se dictó la sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1995 , también citada recurrentemente en la materia, en la que se recoge que, en general ha prevalecido en la jurisprudencia un criterio contrario a la apreciación de la accesión invertida en relación con la servidumbre de luces y vistas, haciéndose hincapié en la inexistencia del requisito de la buena fe, pero no sin exponer otras razones. Así: «Especialmente la sentencia de 1 de octubre de 1984 , trata de objetivar el problema apoyándose asimismo en argumentos no dependientes de la buena o mala fe sino en la sumisión del Juez al imperio de la Ley. Y, es sobre este último planteamiento, desde donde ha de enfocarse y resolverse el problema, ya que la doctrina de la accesión invertida, como tal creación jurisprudencial, dentro de la tarea de prestar complemento al ordenamiento jurídico que interpreta se explica en tanto en cuanto viene a dar respuesta a una laguna legal surgida cuando la construcción no se hace toda ella en terreno propio, esto es, cuando se construye parcialmente en terreno ajeno (y se tiene buena fe). Pero si el caso concreto halla pleno y claro encaje en el supuesto normativo, por más que resulten penosas las consecuencias del restablecimiento de la situación jurídica lesionada, no hay otra alternativa que la del respeto riguroso de la norma en cuestión, y, ninguna duda deja al respecto la aplicación al caso del artículo 582 del Código civil que claramente ordena que no se abran ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Otra cosa es que la ejecución de las medidas restitutorias al estado precedente se lleven a cabo con el menor costo posible para el ejecutado.»

Esta doctrina jurisprudencial hace prevalecer el imperio de la ley, hasta el punto de que existe un sector doctrinal que afirma que en la sentencia de 10 de diciembre de 1980 parece existir una especie de expropiación forzosa en interés privado.

**DÉCIMO PRIMERO.-** De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

**FALLO**



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º** - Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Adolfina y don Marcial , representados por el procurador don Armando García de la Calle, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, el 4 de marzo de 2014, recaída en el rollo de apelación 393/2013 , dimanante de juicio ordinario 959/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de **Llanes**. **2.º** - Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.º** - Imponer a la parte recurrente las cosas del recurso con pérdida del depósito para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller **Francisco Javier Arroyo Fiestas** **Eduardo Baena Ruiz** **Fernando Pantaleon Prieto** **Xavier O'Callaghan Muñoz**

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ