

SOBRE LA EXORBITANTE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 541 DEL CÓDIGO CIVIL (SERVIDUMBRE POR SIGNO APARENTE O POR DESTINO DE PADRE DE FAMILIA) EN ARAGÓN: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

***ON THE EXORBITANT APPLICATION OF ARTICLE 541
OF THE CIVIL CODE (EASEMENT BY APPARENT SIGN
OR BY DESTINY OF FATHER OF A FAMILY) IN ARAGON:
A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS***

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El artículo 541 del Código civil ha alterado la aplicación del Derecho civil aragonés desde la Compilación de 1967 al servir de justificación para introducir otros signos aparentes, propios del Código civil pero no del Derecho aragonés, en la constitución de servidumbres de luces y vistas, criterio que tuvo que corregir la jurisprudencia aragonesa. Con el Código del Derecho Foral de Aragón de 2011 se regula expresamente la servidumbre por signo aparente, pero los Tribunales aragoneses han seguido aplicando el artículo 541 del Código civil cuando la servidumbre se ha constituido con anterioridad a 2011, pese a lo que establece la disposición transitoria 23.^a sobre la aplicación inmediata del Código foral aragonés desde su entrada en vigor.

Palabras clave: Servidumbre artículo 541 Código civil. Servidumbre signo aparente o por destino padre de familia. Derecho aragonés. Análisis jurisprudencial.

ABSTRACT

Article 541 of the Civil Code has altered the application of Aragonese civil law since the Compilation of 1967 by serving as a justification to introduce other apparent signs, typical of the Civil Code but not of Aragonese Law, in the constitution of easements of lights and views, criterion that had to correct the Aragonese jurisprudence. With the Code of Foral Law of Aragon of 2011, the easement by apparent sign is expressly regulated, but the Aragonese Courts have continued to apply article 541 of the Civil Code when the easement has been constituted prior to 2011, despite what is established in the provision transitory 23rd on the immediate application of the Aragonese Foral Code from its entry into force.

Key words: Easement of article 541 Civil Code. Easement by apparent sign or by destiny of father of a family. Aragones Law. Jurisprudential analysis.

SUMARIO

I. LA SERVIDUMBRE POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 541 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS POR REMISIÓN DEL ARTÍCULO 145 DE LA COMPILACIÓN ARAGONESA (1967-2010). 1. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES DEL ARTÍCULO 145 DE LA COMPILACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA SERVIDUMBRE DEL PADRE DE FAMILIA. 2. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SAP DE ZARAGOZA DE 9 DE JULIO DE 1994 Y SENTENCIAS POSTERIORES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES. 3. EL MANTENIMIENTO DE LA POSICIÓN DOCTRINAL TRADICIONAL POR LAS AUDIENCIAS DE HUESCA Y TERUEL. 4. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2004 Y 16 DE DICIEMBRE DE 2005. II. EL ARTÍCULO 566 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ARAGONESES (2011-2021). 1. LA REGULACIÓN DE LA SERVIDUMBRE POR SIGNO APARENTE EN EL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS. 2. LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGÉSIMO TERCERA DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN. 3. SENTENCIAS DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 541 CC Y 566 CDFA DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS. 4. COMPETENCIA EN RECURSOS DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 2019. 5. DIFERENCIAS ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE SOBRE FINCA PROPIA (ART. 564 CDFA) Y POR SIGNO APARENTE (ART. 566 CDFA)

I. LA SERVIDUMBRE POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 541 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS POR REMISIÓN DEL ARTÍCULO 145 DE LA COMPILACIÓN ARAGONESA (1967-2010)

El Libro III de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, adoptada e integrada en el Ordenamiento jurídico aragonés por Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, regulaba los derechos reales bajo la denominación «derecho de bienes», y se dividía en dos títulos, bajo los epígrafes «De las relaciones de vecindad» (arts. 143 y 144), y «De las servidumbres» (arts. 145 a 148).

Con relación a las luces y vistas, la regulación era doble, en sede de relaciones de vecindad en el art. 144 («régimen normal de luces y vistas»), y en sede de servidumbres en el art. 145 cuyo tenor literal era el siguiente:

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

La constitución de la servidumbre por signo aparente, o «por destino del padre de familia» según la doctrina tradicional, de un servicio fundiario entre dos inmuebles pertenecientes al mismo dueño, carecía de antecedentes forales en Aragón (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón [STSJA] 4 de febrero de 2004,voto particular del magistrado Luis Fernández Álvarez), al igual que en el Derecho navarro, y el legislador catalán no la reguló hasta 1990, por la polémica surgida sobre la aplicación supletoria del art. 541 CC¹. En Aragón el problema lo originó la confusa remisión que el art. 145 de la Compilación de 1967 hizo al art. 541 CC en sede de servidumbres de luces y vistas que originó un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre los signos aparentes de luces y vistas (solo los de la Compilación o si la remisión incluía también los del Código civil).

La doctrina estaba de acuerdo en que el fundamento del problema radicaba en la propia redacción del art. 145 («Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 CC») por la remisión que el art. 145 de la Compilación hacía al art. 541 CC, que originó un vidrioso problema por su deficiente redacción. La remisión a los signos aparentes del Código civil en la constitución de la servidumbre de luces y vistas por signo aparente o destino del padre de familia, se originó ya en la redacción de los Anteproyectos de la Compilación, y así en el Anteproyecto de la Comisión de jurisconsultos aragoneses de 1962 se añadió un párrafo, que no figuraba en el del Seminario de la Comisión del año anterior, que establecía: «*No obstante, a los efectos de lo dispuesto en el art. 541 CC serán signos aparentes los que determinan dicho Código*». En el Anteproyecto redactado por la Sección especial de la Comisión General de

¹ Regulado en la actualidad en el art. 566-3.2 del Código civil de Cataluña.

Codificación de 1965 se complica la redacción (*«Los voladizos... sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, salvo para lo dispuesto en el art. 541 CC. No lo son la falta de protección..»*), y el texto legal de la Compilación de 1967 fue traslado literal del Anteproyecto de Sección especial de la Comisión General de Codificación, en 1966.

La clave parece estar por tanto en el mismo texto del art. 541 CC al estatuir que *«la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura»*.

Reiterada jurisprudencia, citada por la STS de 29 de julio de 2000 (RJ 2000\6205), ha determinado los requisitos que deben cumplirse para declarar la realidad y subsistencia de la servidumbre contemplada en el art. 541, siendo necesario acreditar: 1.^º La existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; 2.^º Un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical; 3.^º Que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de los dos; 4.^º Que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas; 5.^º Que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real.

El contenido de la servidumbre que surja de este modo vendrá necesariamente determinado por la existencia del signo aparente y el estado o relación de servicio establecido en el mismo fundo antes de la división «establecido por el propietario»², pero no podía decirse que en Aragón fuesen signos inequívocos

² La STS de 30 de octubre de 1959 (RJ 1959/3971) afirma que para la correcta interpretación del art. 541 CC es preciso que se trate de una inequívoca situación de servicio, de un estado de hecho entre ambos predios del cual resulta por signos visibles y evidentes que el uno presta al otro un servicio determinante de una servidumbre si cualquiera de ellos perteneciera a distinto dueño. La sentencia de 18 de marzo de 1999 (RJ 1999\1857) añade la exigencia de que «este signo aparente esté materialmente constituido y configurado en la realidad de los hechos, como una conducta inequívoca por parte del propietario del fundo único, cuando se trata de separar ambos, y muestra expresa de su voluntad». Y la SAP Zaragoza (secc.4.^ª) de 29 abril 1994 expresa la importancia del signo aparente de servidumbre «hasta el punto de resultar incluso prevalente la apreciación de esa realidad física a la mención en contrario en las escrituras de que las fincas se transmiten libres de cargas (STS de 7 de marzo de 1991 y 13 de mayo de 1986)».

Y hay que recordar también que en orden a su registración, la doctrina y la jurisprudencia se muestran de acuerdo en que al bastar la existencia de un signo aparente sin necesidad de acto escrito, no precisa su inscripción a los efectos de ser invocada. *Vid. STS 18 noviembre 1992 (RJ 1992\9236)*.

La aplicación de la servidumbre por destino del padre de familia a las servidumbres de luces y vistas en Aragón, originaba el riesgo de desvirtuar el sistema de signos aparentes de las servidumbres en Aragón (arts. 144 y 145 Compilación) de larga tradición foral. Introducir una dualidad de signos aparentes en la adquisición de servidumbres por usucapión o por destino de padre de familia, parecía avalar la tesis de que en lugar de producirse la constitución de forma voluntaria, ésta se producía *ex lege* por el

(art. 532 CC) para constituir una servidumbre aparente positiva de luces y vistas otros elementos que los voladizos sobre fundo ajeno (art. 145 Compilación), y no los huecos o ventanas no protegidos (art. 144 Compilación)³.

simple cumplimiento de los requisitos, tal como describía LLÁCER MATAcÁS, M. R., *El título constitutivo de servidumbre en el artículo 541 del Código Civil*, Barcelona, 1996, p. 121: «es una figura donde confluyen elementos de origen legal y de origen voluntarista», ya que la sede histórica de esta servidumbre es «históricamente voluntarista, derivando hacia una presunción de voluntad tácita», aunque reconoce la autora (p. 123) que si bien el art. 541 presenta la mencionada sede voluntarista, en ella se incardina una presunción legal absoluta que hace referencia al conocimiento de un hecho indicio fundamental: el signo aparente. Con ello deviene bastante exigua la posibilidad de demostrar la voluntad contraria a la servidumbre, que también defiende GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 522: «cuando se producen una serie de elementos —los contemplados en el art. 541— crea la servidumbre», concluyendo que es indiferente, a efectos prácticos, que se adopte el criterio voluntarista o el exclusivamente legal, «pues en ambos supuestos concluimos que es la Ley quien crea la servidumbre», añadiendo LACRUZ y LUNA, *Elementos de derecho Civil...*, III, 2.^º, p. 119, que «es perfectamente posible que, al separarse la propiedad de las fincas, el adquirente del predio sirviente, el del dominante o ambos desconozcan la existencia del signo de servidumbre, lo que, impidiendo la voluntariedad, no obsta, desde luego, a que opere el precepto considerado».

³ *Vid.* ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Parte sexta. Las servidumbres en el Derecho aragonés», en REBO-LLEDO VARELA, A. L. (director), *Tratado de Servidumbres*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007 (2.^a ed.), pp. 1294 y ss., y 1344 y ss.

Aplicando el Derecho civil común, BONET CORREA, J. , «Sentencias comentadas: La naturaleza jurídica y los requisitos del título constitutivo de las servidumbres por destino del padre de familia (comentario a las Sentencias del T.S. de 11 de junio y 30 de diciembre de 1975)», *Anuario de Derecho Civil*, 1977, pp. 470-476, commenta la STS de 30 de diciembre de 1975, que considera la constitución de una servidumbre de luces y vistas por los signos aparentes, que consistían en una ventanas que daban a unos patios de los que recibían luz y vistas, lo que no plantea objeción jurídica en territorio de Derecho común en consideración al art. 581 CC.

La STS de 30 de octubre de 1983 niega que la existencia de grandes ventanas sin protección construidas hacia más de cien años en pared propia colindante con patio vecino de un edificio de Teruel origine una servidumbre de luces y vistas aplicando el derecho de las Observancias, integrando la situación estudiada en «las relaciones de vecindad, sin haberse acreditado la constitución de servidumbre por acto o pacto expreso ni por presunción prescriptiva; no aplicable la inmemorial (por otro lado solo prevista para las servidumbres no aparentes, según art. 148 de la Compilación) por su frontal contradicción con ese estado de tolerancia vecinal, en ningún caso título habilitante según sentencia de 14 de mayo de 1861, recaída en caso de Aragón». Y la SAP Huesca de 21 de enero de 1993 afirma que «el hecho de que en un muro propio que recaiga en finca ajena existan huecos de cualquier dimensión no puede presuponer la existencia de una servidumbre, puesto que al abrirlos se ejercitó un derecho y ello aun cuando carezcan de toda protección, pues realmente tal apertura representa una mera tolerancia del dueño de la finca sobre la que recaen los huecos quien en cualquier momento puede exigir la colocación de las mencionadas protecciones». O como expresa la SAPZ 31 marzo 2003 (Roj: SAP Z 801/2003 - ECLI:ES:APZ:2003:801, Francisco Acín Garós) FD CUARTO.- «En definitiva, a pesar de que en la pared del piso de los demandados que da al patio de luces del actor existía un hueco -galería- carente de protecciones, existiendo ya el mismo cuando el edificio en su totalidad pertenecía al causahabiente de las partes, los demandados no adquirieron en el momento de la separación de las propiedades, "ipso iure", ex art 541 C.C., una servidumbre de luces y vistas, pues en ese momento no concurría el requisito indispensable de la existencia de un signo aparente de servidumbre, no constituyéndola la falta de aquélla protección según lo dispuesto por el art 145 de la Compilación. Por lo que, recayendo sobre fundo del actor las ventanas posteriormente abiertas en la galería cerrada, aquel puede exigir que dichos huecos se provean de las protecciones a que ese artículo se refiere, frente a lo que entendió la sentencia de instancia, que con estimación del recurso debe ser revocada».

1. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINARES DEL ARTÍCULO 145 DE LA COMPILACIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA SERVIDUMBRE DEL PADRE DE FAMILIA

Como indica SANCHO REBULLIDA, el texto del artículo 145 Compilación oca-sionaría una interpretación estricta y aislada, «limitada a admitir en Aragón la constitución de servidumbres por disposición del padre de familia», lo que entra-ría en contradicción con la permisión de la Compilación de una amplia suple-to-riedad del Código civil en materia de servidumbres, con el propio sistema de fuentes (art. 1º.2 Compilación), y con el criterio de la Comisión General de Codificación de evitar las reiteraciones obvias o innecesarias⁴.

La importancia de los signos aparentes de servidumbre, que quedan en el mismo plano de eficacia que el título o una prueba (BONET CORREA), lleva a SANCHO REBULLIDA a considerar que la Compilación no ha querido decir nada diferente a lo que se señalaba en el Anteproyecto de 1962, pero encuentra la dificultad de determinar qué signos aparentes existen en el Código que no se mencionen en la Compilación, ya que el Código civil se basa en el concepto genérico de apariencia del art. 532 y no realiza una enumeración concreta, lo que le conduce a establecer un paralelismo entre los arts. 581 y 582 CC y el art. 145 Compilación, que le reafirma en la conclusión de lo que se deducía del Anteproyecto citado: «la falta de defensas y la existencia de voladizos no distan-ciados no son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas salvo que, establecidos tales signos por el propietario de dos fincas, enajenara una sin estable-cer nada en contrario en el título de enajenación y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura (art. 541 CC)»⁵.

MERINO suscribió también esta conclusión, y deja traslucir una interpre-tación del art. 145, correspondiendo en su primer inciso, voladizo sobre fundo ajeno, a los signos aparentes que permiten la adquisición de la servidumbre por usucapión, y el resto (huecos sin protección y voladizos no distanciados), o ambos, como signos aparentes para la constitución automática de la servi-dumbre por destino del padre de familia desde la separación, división o enaje-nación de la finca, de lo que se deduciría que son signos aparentes para la constitución de la servidumbre por título —por la equiparación que realiza el art. 541 CC—, pero no a otros efectos⁶.

De lo anterior, se deduce que ciertos balcones o voladizos, que de acuerdo con lo establecido en estos artículos del Derecho aragonés no constituyen signo aparente de servidumbre, por no observar las distancias mínimas, pueden adquirir

⁴ SANCHO REBULLIDA, F. de A., «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI*, XLIV (1968), p.565.

⁵ SANCHO REBULLIDA, «Los derechos reales...», *op. cit.*, p. 566. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Artícu-lo 145», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 242-243, manifestaba también su conformidad con esta interpretación.

⁶ MERINO, J. L., «Artículo 145», pp. 242-243.

tal catalogación, por disposición del padre de familia; y lo mismo sería aplicable respecto de los huecos y no guardan la protección debida (reja y red) que, a pesar de que legalmente no tienen declarada la categoría de signo aparente de servidumbre, el propietario de la finca podría otorgarle tal cualidad al tiempo de constituir la servidumbre.

2. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SAP DE ZARAGOZA DE 9 DE JULIO DE 1994 Y SENTENCIAS POSTERIORES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

La remisión a los signos aparentes del Código civil en la constitución de la servidumbre de luces y vistas por signo aparente o destino del padre de familia, fue aplicada por la doctrina y jurisprudencia aragonesas desde la entrada en vigor de la Compilación, pero se debatió posteriormente por las Audiencias Provinciales este criterio excepcional y poco coherente con el Derecho aragonés.

En concreto, el criterio de SANCHO REBULLIDA era el seguido por la doctrina antes de la Compilación, y el constante de los Tribunales aragoneses⁷, pero la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (SAPZ) de 9 de julio de 1994 (RDCA⁸-1996-II, núm. 1.^º, marginal 35, ponente Joaquín Cereceda Marquínez), establece un nuevo criterio tras un serio estudio de los antecedentes: «la vigente Compilación sigue una tercera vía para la aplicación en Aragón del art. 541 CC cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: ni una remisión al Código civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre como hacía el proyecto del año 1962, ni la inaplicabilidad de aquel precepto referido a la servidumbre de luces y vistas, como pretendía el proyecto de 1965, sino la vigencia del art. 541 CC en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbres de luces y vistas... Por ello, salvo disposición expresa de la Compilación, serán signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, a los efectos del art. 541 CC, aquellos que determine dicha Compilación. Al estimar esta Sala que las normas del Derecho Civil de Aragón no contienen aquella remisión específica al CC y que por lo tanto solo son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas los especificados en el art. 145 de la Compilación...» (FD 2.^º). Determina la sentencia de la Audiencia que no había lugar a este tipo de servidumbre pues

⁷ Con alguna excepción de valor relativo por no justificar el Tribunal su decisión, como en la SAT Zaragoza 30 septiembre 1981 que establece que los huecos sin voladizos, aunque no cuenten con las protecciones de reja y red, son expresión del régimen normal de vecindad entre edificios, «y ello lleva a la consecuencia de que la remisión que hace el último párrafo del precitado art. 145 Comp., al 541 CC, carezca de relevancia en el caso litigado, puesto que ni antes de dividirse la propiedad única..., ni después, tales huecos significaron signo alguno aparente de servidumbre de obligada continuación, salvo que en la escritura de división se pactara, cosa que no ocurrió respecto a los mencionados huecos.»

⁸ *Revista de Derecho Civil Aragonés* (RDCA). Se cita de este modo la jurisprudencia aragonesa incluida, en la mayoría a texto completo o con amplio resumen, en cada número de la *Revista*.

al enajenarse un único dominio en dos titularidades distintas no había signo alguno de servidumbre de luces y vistas según lo que por éstos se entiende en la Compilación, por no considerarse tal la falta de protecciones en los huecos⁹.

Quizás el valor de la sentencia citada resida en interpretar lo que la Ley dice, y no lo que el legislador estatal de 1967 quiso decir, desde un prisma constitucional de distribución de competencias en materia de Derecho civil según el sistema de fuentes de la propia Compilación. La duda razonable se planteó respecto a si los huecos sin protección o los voladizos no distanciados son en Aragón signos idóneos e inequívocos de apariencia a efectos del art. 541 CC, por el peligro que tal interpretación y consecuencias originan en el sistema de confianza recíproca y solidaria de relaciones de vecindad en el Derecho aragonés.

Doctrinalmente la única opinión relevante aragonesa posterior a esta sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1994 ha sido la de GUTIÉRREZ CELMA que apoya las opiniones de SANCHO REBULLIDA y MERINO al entender que el art. 145 al no reconocer la apariencia a unos efectos y sí para la constitución de la servidumbre del art. 541 CC «no supone necesariamente un capricho arbitrario del Legislador», aunque posteriormente critica la “esquizofrenia conceptual” a la que lleva esta distinción¹⁰.

Pero será en las sentencias de las Audiencias Provinciales donde se debatirá, durante un decenio, el alcance la aplicación del art. 541 CC en Aragón, por remisión del art. 145 Compilación. La SAP Zaragoza (Secc. 2.^a) de 15 de julio de 1996 (RDCA-1997-III, núm. 2.^º, marginal 26, Julián Carlos Arqué Bescós) ya cita la sentencia de 1994 como criterio de la Sala, y en consecuencia «*considera que no*

⁹ El criterio interpretativo que siguió la Audiencia, ya lo había señalado previamente la sentencia recurrida, la S. JPI Zaragoza n.^º 13, 9 de marzo de 1994 (RDCA-1996-II, núm. 2.^º, marginal 7), que reconoce que por remisión expresa del art. 145 de la Compilación al 541 CC, también en Aragón se puede producir la adquisición de servidumbre por la presunción prevista en el Código (adquisición por destino del dueño), siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos en el citado artículo del Código civil. Y el primer requisito es que exista un signo aparente entre dos fincas que sean del mismo dueño, pero para definir qué pueda entenderse por signo aparente de servidumbre de luces y vistas hay que estar al propio Derecho aragonés: «*así frente a los genéricos términos empleados por el Código civil en el citado art. 541 al referirse al signo aparente, y a la también general definición de lo que sea aparente contenida en el art. 532 del mismo Código, la Compilación aragonesa, en línea con la atención histórica que el Derecho aragonés ha venido dando a las relaciones de vecindad, prevé supuestos específicos de cuándo podrá entenderse existente signo aparente y cuando no en su art. 145 en relación al art. 144.*

¹⁰ GUTIÉRREZ CELMA, G. y otros: «El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres», *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 81-82. En todo caso, la opinión de este autor sobre la servidumbre del art. 541 CC y su aplicación en Aragón, viene condicionada por la posición previa favorable a la consideración de estos huecos sin protecciones y voladizos no distanciados como signos aparentes de hecho, aunque no legales, y las consecuencias que derivarían de los mismos en la adquisición de servidumbres por usufructo sin este impedimento, que salva en el caso de la servidumbre por destino de padre de familia, llegando por vía de excepción, a una conclusión que no puede generalizarse en la Compilación.

son signos aparentes la falta de protecciones de los huecos, siendo de aplicación a pesar de la antigüedad de los huecos la Compilación de 1967, en virtud de la disposición transitoria novena de la misma; por lo que cabía obligar al demandado a colocar reja y red, conforme al art. 144 de la Compilación y anteriormente al art. 15 del Apéndice foral, siendo imprescriptible dicha facultad al tratarse de un acto meramente tolerado derivado del incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las buenas relaciones de vecindad (FD 2.^o). La SAPZ 30 de enero de 1997 (RDCA-1998, IV, núms. 1.^o y 2.^o, marginal 34, José Esteban Rodríguez Pesquera) señala que la falta de reja de hierro y red de alambre en una ventana que recae sobre fundo ajeno no es un signo aparente de servidumbre, pero sí lo es la existencia de un balcón sobre ella, ya que «tanto el balcón como la ventana existían y tenían la misma configuración que en la actualidad, cuando el actual apelante compró su finca» al anterior propietario; y la SAPZ 30 de junio de 1997 (RDCA-1998, IV, núms. 1.^o y 2.^o, marginal 48), con el mismo ponente que la anterior, sobre unas ventanas que se abrieron más de cincuenta años antes, cuando ambas viviendas se integraban en un edificio único con un solo propietario, que se conservaron tras la división del edificio, rechaza la constitución de una servidumbre de luces y vistas aplicando lo previsto en el artículo 541 del Código civil, porque «la presencia en los huecos o ventanas de rejas de hierro remetidas en la pared y de redes de alambrado o de otro material equivalente es claro signo de que no existe la referida servidumbre».

El mismo criterio siguen las SSAPZ de 17 de junio de 1998¹¹ (RDCA-1999-V, núm. 2.^o, marginal 42, Pedro Antonio Pérez García); de 24 de septiembre de 1998¹² (RDCA-1999-V, núm. 2.^o, marginal 45, Juan Ignacio Medrano Sánchez); de 26 de febrero de 1999¹³ (RDCA-2000-VI, núm. 2.^o, marginal 9, Ángel María Iribas Genua); y ya la SAP Zaragoza (Secc. 2.^a) 4 octubre 1999 (Roj: SAP Z 2304/1999 - ECLI: ES:APZ:1999:2304, Julián Carlos Arqué Bescós) lo expresa como doctrina consolidada al exponer que «el criterio sustentado por esta Audiencia Provincial a partir de la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1994 es el de considerar que a efectos de lo dispuesto en el art. 541 CC solo son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas aquellos proclamados en la Compilación, por lo que los aludidos huecos sin protección no son signos aparentes de

¹¹ No admite la servidumbre al no quedar «justificada la situación o trazos de la vía pública que pudiera existir entre ambos fundos en tiempos pasados, o cuál era su punto de colindancia, o si los huecos de mención estuvieron en momento alguno desprotegidos de reja, o cuándo en su caso ésta pudo ser colocada, bastando indicar que al tiempo actual no pueden ser considerados como constitutivos de servidumbre que impida la edificación contigua».

¹² La sentencia niega que el tejado pueda ser considerado signo aparente de servidumbre de luces y vistas a los efectos del art. 541 CC.

¹³ Alegaba el demandado que ya existía la ventana en 1942, pero la Audiencia aprecia «unas limitaciones o protecciones similares a las que el artículo 15 del Apéndice Aragonés para que tal ventana no pueda ser considerada como un signo aparente de servidumbre. Además, no consta cual era el estado de la ventana cuando se separaron las propiedades».

servidumbre» (FD 2.º), reiterándolo en las de 11 de enero de 2002 (JUR 2002/71153) y 31 de marzo de 2003¹⁴ (Roj: SAP Z 801/2003).

3. EL MANTENIMIENTO DE LA POSICIÓN DOCTRINAL TRADICIONAL POR LAS AUDIENCIAS DE HUESCA Y TERUEL

Sin embargo, otra fue la posición defendida por la Audiencia Provincial de Huesca, especialmente por el magistrado Gonzalo GUTIÉRREZ CELMA, alineado doctrinalmente con la doctrina tradicional (Sancho Rebullida y Merino), al entender que subsistía una diferencia de criterios judiciales sobre la aplicación del art. 541 C en Aragón, al no haberse pronunciado ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Superior de Justicia, manteniendo el criterio doctrinal de que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por destino del padre de familia, criterio que expone la SAPH 4 de octubre de 2000¹⁵ (RDCA-2001-2002-VII-VIII, marginal 23, ponente Gonzalo Gutiérrez Celma) (FD 2.º): «La interpretación sostenida por el Juzgado ha sido también defendida por la Audiencia Provincial de Zaragoza en las sentencias de 9 de julio de 1994 y 4 de octubre de 1999. Pero la tesis contraria fue mantenida por esa misma Audiencia de Zaragoza en su sentencia de 5 de febrero de 1992 y la doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del artículo 145 de la Compilación Aragonesa, referido al artículo 541 del Código Civil, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por disposición del padre de familia. Debe tenerse en cuenta que la falta de protecciones, como los voladizos en fundo propio o sobre el ajeno, es algo que, tanto en Aragón como

¹⁴ FD4.º: «En definitiva, a pesar de que en la pared del piso de los demandados que da al patio de luces del actor existía un hueco -galería- carente de protecciones, existiendo ya el mismo cuando el edificio en su totalidad pertenecía al causahabiente de las partes, los demandados no adquirieron en el momento de la separación de las propiedades, “ipso iure”, ex art 541 C.C., una servidumbre de luces y vistas, pues en ese momento no concurría el requisito indispensable de la existencia de un signo aparente de servidumbre, no constituyéndola la falta de aquélla protección según lo dispuesto por el art 145 de la Compilación. Por lo que, recayendo sobre fundo del actor las ventanas posteriormente abiertas en la galería cerrada, aquél puede exigir que dichos huecos se provean de las protecciones a que ese artículo se refiere, frente a lo que entendió la sentencia de instancia, que con estimación del recurso debe ser revocada».

¹⁵ Y reitera en la SAPH 5 de marzo de 2002 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 48, ponente Gonzalo Gutiérrez Celma) (FD 2.º): «En este sentido ya indicamos en nuestra sentencia de 4 de octubre de 2000 que la doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del artículo 145 de la Compilación Aragonesa, referido al artículo 541 del Código Civil, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por disposición del padre de familia». Este autor, sin embargo en la misma obra, se lamenta de los difícil que es sintonizar «la tolerante tradición aragonesa» con la distorsión que produce la importación de dogmas y planteamientos jurídicos del Derecho común y su aplicación al ordenamiento aragonés (*Cfr. GUTIÉRREZ CELMA, ob. cit., pp. 11-12.*)

en Castilla, salta a la vista y cuando la Compilación niega que los dos primeros supuestos (falta de protecciones y voladizo sobre el suelo propio, se entiende que sin proteger), sean signo aparente, está recurriendo a una ficción jurídica para negar una apariencia que de hecho existe, la misma apariencia que en el Código Civil y en el Apéndice ha permitido calificar siempre de aparente a esta servidumbre, tanto en su versión positiva como en la negativa, aunque ésta última no comience a ejercerse sino desde que tiene lugar el llamado acto obstativo salvo, precisamente, del caso que se constituya por destinación del padre de familia. Esta clase de constitución es admitida para esta servidumbre negativa en el derecho castellano (...), pero *en la servidumbre negativa, desde la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de julio de 1994, tal cosa no es pacífica en Aragón, dada la confusa redacción del artículo 145. Ni el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ni el Tribunal Supremo han sentado jurisprudencia que pueda zanjar la cuestión debatida, ni existe tampoco ningún precedente dictado por esta misma Audiencia Provincial*.

Tendrá ocasión la Audiencia Provincial de Huesca, en sentencias de 5 de marzo (JUR 2002/127250) y 30 de octubre de 2002 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 52) —así como la Audiencia Provincial de Teruel en sentencia de 6 de septiembre de 2001 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 27, ponente Fermín Hernández Gironella)—, de pronunciarse sobre este punto controvertido. La SAP Huesca de 30 de octubre de 2002 (ponente José Tomás García Castillo), incorporando lo expresado previamente por las sentencias de 5 de marzo y la de 4 de octubre de 2000, consolida la posición previa de la Audiencia de Huesca: «entendemos, en conclusión, que lo que se quiere significar en el art. 145 Compilación es, siguiendo la opinión del profesor Sancho Rebullida, que la falta de protección de los huecos abiertos para luces y vistas no son signos aparentes de servidumbre salvo que, establecidos tales signos por el propietario de dos fincas, enajenara una sin establecer nada en contrario en el título de enajenación y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura»¹⁶.

¹⁶ En el análisis de los hechos, la parte actora alega que el antiguo propietario único de las dos fincas litigiosas manifestó que no estableció servidumbre de ningún tipo entre las dos porciones al practicar la segregación. «No obstante, y conforme el propio art. 541 CC, debió ser en el mismo momento de la segregación (enero de 1996), y no más de tres años después, cuando el anterior propietario, perfecto conocedor de la existencia de huecos en la fachada de la casa que daba al pajá, debió haber manifestado que los referidos hueco sin protección, que en un caso como en el que nos ocupa deben normalmente ser considerados como signos aparentes de servidumbre, no habían de ser tenidos como tales. La persistencia del signo aparente en el momento de la adquisición de las dos nuevas fincas, por otra parte, resulta incuestionable...» También carece de virtualidad suficiente para eliminar los signos constitutivos de servidumbre (al tratarse de signos aparentes) la expresión en la escritura de compraventa de que la propiedad adquirida por los actores se transmitía libre de cargas.

En la SAP Teruel de 6 septiembre 2001 pesa tanto la posible constitución de una servidumbre de luces y vistas con arreglo al art. 541 CC por haber abierto la anterior propietaria dos ventanas desde su casa al jardín sin protecciones y haberse dividido los fondos sin manifestarse en contrario en la escritura de venta o haber hecho desaparecer el signo externo, como el ejercicio abusivo de la construcción de un cobertizo por los demandados con un muro que clausuró las ventanas, que resultaba innecesario, y se deduce que se hizo con la finalidad tan solo de tapar los huecos.

La SAP Teruel de 23 de octubre de 2002 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 59, Fermín Hernández Gironella) recuerda su posición doctrinal de la Sentencia de 6 septiembre 2001, ya citada, pero no la aplica al caso, porque si bien ambas fincas pertenecieron a un mismo propietario, no consta que «*al tiempo de separarse las propiedades dicho hueco o ventana estuviese abierto, ya que el mismo no consta en los planos que se acompañan a la demanda, ni la apertura del mismo constituye por sí sola signo aparente de servidumbre, cuando el mismo se haya protegido por reja de hierro y red de alambre, signo este precisamente contrario a la existencia de la misma*» (artículo 145 de la Compilación), y cuando, en contra de lo afirmado por el recurrente, dicha ventana no conforma voladizo alguno sobre dicho patio, tal y como se infiere del informe emitido por el perito judicialmente designado».

4. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN DE 4 DE FEBRERO DE 2004 Y 16 DE DICIEMBRE DE 2005

Contra la SAP Zaragoza (Sección 2.^a) de 31 de marzo de 2003 (Roj: SAP Z 801/2003 - ECLI: ES:APZ:2003:801, Francisco Acín Garós), que defendía la posición doctrinal de la Audiencia de Zaragoza, frente a la posición contraria mantenida por la sentencia de instancia, se interpuso recurso de casación por interés casacional, cuya admisión no fue pacífica¹⁷. Se impugnó la interpretación del art. 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón en relación con el 541 del Código civil realizada por la sentencia recurrida de la Audiencia, de tal modo «que los recurrentes consideran que la cuestión que se plantea en el presente recurso de casación y que debe ser resuelta por la Sala, es si la existencia de una galería supone la existencia de signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, por destino del padre de familia, tal como se exponía en la contestación a la demanda y resultó en la sentencia de primera instancia».

Refleja la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (STSJA) de 4 de febrero de 2004 (RDCA-2003-2004-IX-X, marginal 3, ponente Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat) los puntos de controversia jurídica en las diversas sentencias de las Audiencias Provinciales, para determinar que (FD 3.º):«la vigente Compilación, cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, no hace ninguna remisión al Código Civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre, como hacían los Anteproyectos del año 1962 y 1963, ni se pronuncia en el sentido en que lo hacía el art. 143 del Anteproyecto de 1965 de la Comisión de Codificación. Deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 CC, pero hay que entender que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas.

¹⁷ La presentación del escrito de preparación del recurso de casación fue rechazada por el TSJA por Auto de 11 de abril de 2003, al igual que el recurso de reposición. Presentado el correspondiente recurso de queja, por Auto de 24 de junio de 2003 el Tribunal Supremo acordó inadmitir dicho recurso por ser funcionalmente competente el TSJA, que estimó el recurso de queja, presentándose a continuación el recurso de casación.

Por ello, a los efectos de dicho precepto del CC, hay que entender, que signos aparentes de luces y vistas serán los que la Compilación determine, esto es, los del art. 145 de la Compilación, interpretación que, como decía la referida SAP 9 julio 1994, es conforme al sentido propio de las palabras del precepto, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del art. 3.1 CC».

Añade otro argumento al entender que la interpretación de los recurrentes del art. 145 «desconoce la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas, regulando los signos aparentes de forma distinta según se trate de adquisición por usucapión o por destino del padre de familia, lo que produciría una grave inseguridad jurídica, pues no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos, con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad».

La sentencia tiene un voto particular del magistrado Luis Fernández Álvarez, que examina los requisitos para constituir la servidumbre por destino del padre de familia y el sentido y aplicación del art. 145 Compilación. Tras comprobar que se dan todos los requisitos exigidos para la constitución de una servidumbre del art. 541 CC en el caso, menciona que el art. 541 CC es fuente primaria del Derecho aragonés por remisión expresa de la Compilación «en su redacción actual» (disposición final de Compilación en 1985), que el legislador aragonés pudo regular con normas propias, aceptando sin embargo la salvedad del apartado 3.^º del art. 145 Compilación.

Añade (FD 3.^º) que «la constitución de las servidumbres prediales por destino del padre de familia es una figura que carece de antecedentes en el Derecho foral de Aragón; este modo de adquirir tiene su origen en la doctrina de los postglosadores y llega al Código Civil por el doble conducto del Código de Napoleón y de la jurisprudencia; carente el Derecho aragonés de disposición alguna sobre dicha figura se aplicó el art. 541 en Aragón por la jurisprudencia como derecho supletorio; al elaborar la Compilación, el legislador optó por asumir íntegramente el régimen del art. 541, y para evitar toda duda procedió a incorporar dicho precepto al derecho aragonés mediante remisión al mismo, al tiempo que lo dejaba expresamente a salvo de lo previsto en el apartado segundo del art. 145 de la Compilación (“queda a salvo”), aceptando, por tanto, para la adquisición de las servidumbres por destino del padre de familia como signos aparentes los que determinaba el Código».

Concluye el magistrado afirmando que el diferente régimen contemplado en el art. 145 de la Compilación no supone un capricho arbitrario del legislador. Nos encontramos ante dos distintos modos de adquirir las servidumbres que han recibido del legislador un trato diferente al apreciar si la falta de protección en los huecos de luces y vistas constituye signo aparente de servidumbre: «en la adquisición por usucapión extraordinaria se estableció un régimen específico en concordancia con la mayor permisividad del Derecho histórico aragonés para abrir huecos de luces y vistas, mientras que para la adquisición por destino de padre de familia se optó, al carecer de antecedentes en el Derecho foral aragonés, por asumir íntegramente el régimen del art. 541, aceptando como signos aparentes los que determinaba el CC».

Vuelve a pronunciarse el TSJA en la aplicación del art. 145 de la Compilación en relación con el art. 541 CC en la STSJA 16 de diciembre de 2005 (RDCA-2007-XIII,

marginal 5, ponente Luis Ignacio Pastor Eixarch) al recurrirse la SAP Teruel de 15 de febrero de 2005¹⁸ (RDCA-2007-XIII, marginal 16, María Teresa Rivera Blasco), que determinó la constitución de una servidumbre de luces y vistas *ex art. 541Cc* a partir de un hueco sin protecciones y apreciar el TSJA contradicción entre las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza y la recurrida de la Audiencia Provincial de Teruel, rechazando el criterio de la recurrida por entender no ajustada la resolución al artículo 145 de la Compilación de Aragón porque la falta de protección del hueco de luces vistas no es en Aragón signo externo de la existencia de tal servidumbre, ya que (FD 5.^º) «*si se entendiera que la remisión del art. 541 CC incluye también la asunción en el derecho civil aragonés del sistema de este cuerpo legal en todo lo relativo a presencia o no de signos externos de servidumbre se infringiría la mención del art. 145 excluyente, sin distinción alguna, de la falta de protección como signo aparente de servidumbre.*» Por otro lado, la remisión al art. 541 del Código civil, regulador tan solo de la posibilidad de adquisición por el destino dado por el dueño transmitente, se haría extensiva a toda la normativa de este Código sobre qué es signo externo de servidumbre, contrariando así el sistema de fuentes previsto con carácter general en el art. 1 de la Compilación de Aragón, pues se integraría la normativa propia de régimen de vecindad y regulación específica de la apertura de huecos con principios del derecho civil común, en vez de los propios del derecho aragonés». Y cita en apoyo de esta conclusión las sentencias, en el mismo sentido, de la Audiencia Provincial de Zaragoza y «tal tesis fue la plasmada en sentencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 4 de febrero de 2004», reproduciendo su FD 3.^º.

En las sentencias posteriores de las Audiencias a la STSJA 4 de febrero de 2004, se rechazan las pretensiones de constitución de tal tipo de servidumbre por no probar la pertenencia de las fincas al mismo propietario¹⁹, pero la SAPZ 8 de octubre de 2009 (RDCA-2011-XVII, marginal 50, ponente Juan Ignacio Medrano

¹⁸ La SAPT 15 de febrero de 2005 sigue acogiéndose a la doctrina de la Audiencia de Teruel establecida en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, que reproduce, y por ello determina que «en el supuesto que nos ocupa, con base en lo expuesto, el hecho de que el anterior propietario del inmueble de la actora, que lo era también del patio contiguo propiedad de la demandada, abriese sobre el mismo un hueco, por el que entraba la luz, carente de la protección exigida por el art. 144 de la Compilación, constituye signo aparente de servidumbre de luces y vistas que, al dividirse ambos fundos, determina el nacimiento de aquel gravamen, al no haber efectuado dicho propietario manifestación alguna al donar las fincas, ni en el momento de la partición, ni haber hecho desaparecer aquel signo externo. Por ello, debe ser acogido en este punto el recurso y, consecuentemente, estimada esta pretensión de la demanda».

¹⁹ La SAPH 21 de diciembre de 2004 (RDCA-2005-2006-XI-XII, marginal 64, ponente Antonio Angós Ullate), ante la alegación de los demandados de que la finca de su propiedad tiene constituida una servidumbre de luces y vistas adquirida por destino del padre de familia, al amparo del artículo 541 del Código civil, en relación con el artículo 145 de la Compilación aragonesa, la Audiencia indica que «*con independencia de si cabe o no esa forma de adquisición de una servidumbre en Aragón, lo cierto es que, en el presente caso, no se ha acreditado que ambas fincas hayan pertenecido a un mismo propietario.*» En la SAPZ 15 de septiembre de 2005 (RDCA-2007-XIII, marginal 49, ponente Antonio Luis Pastor Oliver) no se aplica el art. 541 Cc a una pretendida servidumbre de paso (FD 3.^º) «puesto que

Sánchez) ratifica la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda que explicaba «el origen unitario que tuvo en su día las fincas y que tras su reparto entre sus primitivos propietarios quedó en su actual estado siquiera “antes de dicho reparto ya existían las ventanas de mi mandante, sin reja ni rete, debiendo considerarse que dichos huecos constituyen signos aparente (sic) de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia”». La Audiencia expresará que «la fundamentación jurídica que sustenta la sentencia de instancia no merecerá ningún reproche en el recurso» al asentarse en el criterio de la STSJA 4 de febrero de 2004, cuya fundamentación reproduce. En consecuencia, señala, «la falta de protección no es signo de servidumbre y el voladizo, para que lo sea, debe guardar una relación funcional de las luces y vistas, lo que no es el caso».

No se modificó ni una coma del libro III de la Compilación desde 1967 hasta el año 2010 con la Ley de Derecho civil patrimonial, y esta parte estaba afectada de una economía dispositiva excesiva, al igual que fue excesivo el número de remisiones al Código civil. Es cuestionable como técnica, y opina DELGADO que aun no considerando inconstitucional el procedimiento, lesiona el principio de seguridad jurídica y el de publicidad de las normas, al igual que es cuestionable que el legislador otorgue fuerza de obligar a normas sobre cuyo contenido no ha formado una voluntad propia por el procedimiento legislativo adecuado. La técnica legislativa adecuada en la actualidad es incluir en la norma aragonesa las del Código, acordes con los demás preceptos aragoneses y formando conjuntos armónicos, como se hizo en las sucesivas leyes que han derogado partes de la Compilación y refundidas desde 2011 en el Código del Derecho Foral de Aragón²⁰.

II. EL ARTÍCULO 566 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ARAGONESES (2011-2021)

1. LA REGULACIÓN DE LA SERVIDUMBRE POR SIGNO APARENTE EN EL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS

Las SSTSJA de 4 de febrero de 2004 y 16 de diciembre de 2005 crearon jurisprudencia aragonesa sobre la remisión del art. 145 de la Compilación al art. 541 CC, respecto a los signos exteriores en las servidumbres aparentes, doctrina que ha sido reconocida en el Preámbulo del Código del Derecho Foral de Aragón

este precepto exige que el signo aparente de servidumbre lo sea entre dos fincas y establecido por el propietario de ambas. En el caso enjuiciado no se da ninguna de ambas circunstancias».

²⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Las fuentes del Derecho civil aragonés», en *Manual de Derecho civil aragonés* (Delgado Echeverría, J. [director] y Parra Lucán, M.A. [coordinadora]), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, pp. 116-19. Cita, a título de ejemplo, el art. 145 Compilación con relación al art. 541 CC.

(40): «La remisión que el artículo 145 de la Compilación hizo al artículo 541 del Código civil dio lugar a muy diversas interpretaciones sobre las que la jurisprudencia tuvo que sentar finalmente un criterio estable y acertado. Ahora, el artículo 566 atiende de manera general a la constitución de servidumbres por signo aparente («por destino del padre de familia» llamaba a esta figura la doctrina más tradicional), de modo que excluye la aplicación de aquel artículo del Código, y el 574, al aclarar que los voladizos sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, hace segura legalmente la solución jurisprudencial».

La derogación de los Libros III y IV de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, se produjo por la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que entró en vigor el 1 de enero de 2011²¹, pero que tuvo una corta vigencia ya que por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo fue aprobado, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles que se inserta a continuación del Decreto Legislativo, entre las que se encontraba la Ley de Derecho civil patrimonial²². Entró en vigor el 23 de abril de 2011²³, y regula en su Título I las relaciones de vecindad (arts. 537 a 550) y en el Título II las servidumbres (arts. 551 a 587).

La importancia de la nueva regulación no es solo en número de artículos, pasando de seis en la Compilación a cincuenta y uno en el nuevo Código, sino en su contenido normativo, ampliando la regulación de las servidumbres, y así en la constitución de servidumbres, ya se reflejan todos los modos de constitución de las mismas (art. 561), se amplía la legitimación para constituirlos a los titulares de derechos reales posesorios, se regula la servidumbre sobre finca indisa y finca propia, por su utilidad práctica, y se incorpora al Derecho aragonés la servidumbre denominada de forma tradicional «por destino del padre de familia» y ahora «por signo aparente» (art. 566), reforzando la coherencia del régimen aragonés de servidumbres.

Era necesaria la incorporación expresa al Derecho aragonés de la servidumbre por signo aparente justamente para evitar el problema de la remisión del artículo 145 de la Compilación y, por otra parte, la idea de no regularla por carecer de antecedentes forales en Aragón no se planteó en ningún momento de la reforma de la Compilación, por la proximidad que siempre ha mostrado el Derecho aragonés con el Código civil en las instituciones sobre las que no ha existido derecho foral propio, y podría conducir de nuevo a una aplicación

²¹ Publicada en el BOA n.º 248, de 22 de diciembre de 2010.

²² Publicado en BOA n.º 63, de 29 de marzo de 2011.

²³ Una información detallada sobre el proceso de elaboración, tramitación parlamentaria, novedades legislativas y valoración en SERRANO GARCÍA, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», en Carmen BAYOD (coordinadora), *Derecho civil patrimonial*, Institución «Fernando el Católico»-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 11-62. También SERRANO GARCÍA, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», *ADC*, LXV, 2012, pp. 1497-1549.

suptetoria del artículo 541 CC con sus problemas interpretativos. Tampoco la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se mostró partidaria de seguir la regulación distinta de la servidumbre que adoptó la legislación catalana actual²⁴ y, por ello, tras la primera propuesta normativa, que la regulaba con la servidumbre sobre finca propia²⁵ y tomaba rasgos del Derecho catalán y navarro (Ley 397 del Fuenro Nuevo)²⁶, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil decidió regular la

²⁴ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales:

«Artículo 566-3. Servidumbre sobre finca propia.

2. La servidumbre sobre una finca propia publicada únicamente por la existencia de un signo aparente, si se enajena la finca dominante o la sirviente, solo subsiste si se establece expresamente en el acto de enajenación».

En el Derecho civil catalán originó una larga polémica la aplicación suptetoria del art. 541 CC en Cataluña, debido a que se trata de una figura que no proviene del Derecho Romano. Al legislador catalán le pareció que no regular esta forma de constituir servidumbres iba a provocar la duda de si seguía aplicándose en Cataluña el art. 541 CC, aunque la pretensión fuera no contemplarla, por lo que optó a partir de Ley 13/1990, de 9 de julio, por regularla, pero de otro modo distinto al CC, de tal manera que la mera existencia de un signo aparente entre las dos fincas de un mismo dueño no presume la existencia de una servidumbre cuando se enajene una, salvo que se disponga expresamente en el título de la enajenación. Regulación que siguió en la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, y se incorporó al art. 566-3.2 CC Cataluña.

²⁵ «Articulo 11. Servidumbre sobre finca propia.

Pueden constituirse o mantenerse servidumbres entre fincas de propiedad individual y común, aunque algún partícipe sea titular del derecho de propiedad en ambas fincas, y cuando concurran sobre la misma finca titulares de derechos reales distintos.

En caso de separarse la propiedad de las fincas, dominante o sirviente, por actos *inter vivos* o de última voluntad de la persona titular del derecho de propiedad, la servidumbre sobre finca propia publicada únicamente por la existencia de un signo aparente inequívoco subsiste si no ha desaparecido el signo y si el título de disposición no excluye la servidumbre».

²⁶ «Asimismo se considerarán como servidumbres los servicios establecidos con signo aparente entre fincas de un mismo propietario, cuando se separe la propiedad de ambas por actos *inter vivos* o de última voluntad de aquél, si al tiempo de la separación subsiste el signo y si el título de disposición no excluye expresamente la servidumbre».

En el Derecho civil navarro fue una incorporación tardía en los trabajos prelegislativos sin contar con precedentes forales, y se incorporó como tercer párrafo de la ley 397 Fuenro Nuevo. Vicente GUI-LARTE, *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 398, ha criticado la inclusión del precepto en el cuerpo foral por innecesaria e injustificada.

Comenta FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., (*Tratado de Servidumbres* REBOLLEDO VARELA, A. L. (director) Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007 (2.^a ed), pp. 1518-9) que ello se debe a que la diferencia con la disposición del CC afecta a la dogmática de la institución, a su concepción y fundamento doctrinal, aunque carezca de relieve práctico en lo que a las consecuencias derivadas de su aplicación se refiere, ya que frente a la concepción voluntarista subyacente en el art. 541 CC, que asimila la persistencia del signo aparente de servidumbre al «título» —o acto constitutivo voluntario—, la ley 397 FN, al poner el acento en la consideración legal como servidumbre de la relación de servicios establecida con signo aparente entre fincas cuando su propiedad se separa, parece residenciar su fundamento en la propia Ley. La subsistencia del signo sin declaración en contrario determina legalmente la existencia de la servidumbre, con total abstracción de la efectiva voluntad al respecto del propietario dispONENTE y de los adquirentes de las fincas afectadas por ella.

servidumbre por signo aparente conforme al modelo del artículo 541 del Código civil estatal²⁷, introduciendo las mejoras técnicas que consideró convenientes.

El artículo 566 CDFA («Constitución por signo aparente») establece: «1. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas *se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre*, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación. / 2. *La regla establecida en el apartado anterior se aplicará a las fincas resultantes por división o segregación de aquella sobre la que existiera el signo aparente*».

Como puede observarse, el artículo 566 CDFA sigue el modelo y redacción del artículo 541 CC, salvo en las diferencias que señalamos: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, *se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente*, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación *de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura*²⁸,

Se intenta mejorar el texto del Código civil en la redacción aragonesa, al considerar la incorrección del art. 541 CC al indicar que la servidumbre «continuará», o que el signo aparente es «título» para que la servidumbre continúe. Por ello el art. 566 CDFA se refiere a la constitución de la servidumbre, y no a la continuación de la misma, como expresa el art. 541 C. Y la incorrecta invocación al «título» del art. 541 CC («se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente») conforme a la interpretación doctrinal mayoritaria²⁹, se cambia por la expresión jurídicamente más correcta de «se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre», subordinando la configuración del signo aparente como título a la enajenación, y otorgando un menor protagonismo a la voluntad jurídica del enajenante frente a la constitución de servidumbre sobre finca propia (SAPZ 3 de abril de 2018).

²⁷ Algún miembro de la Comisión planteó que al haberse regulado la servidumbre sobre finca propia tenía menos sentido regular la constitución por signo aparente y que tal vez podría aplicarse la solución jurídica catalana. Pero otros miembros de la Comisión consideraron que el sistema catalán poco tenía que ver con el del Código civil o el aragonés, y que, por ello, aunque ambas soluciones eran razonables, el sistema aragonés estaba en la órbita del Código civil, por lo que parecía mejor mantener la solución del art. 541 CC, y por ello se decidió regular la constitución de servidumbre por signo aparente y «darle básicamente la redacción del art. 541 Cc» (*Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial*. Acta 241, sesión de 11 de marzo de 2009, pp. 6 y 7),

²⁸ Se observa la coincidencia de ambos textos, salvo en las partes en cursiva que indican las diferencias entre las dos normas

²⁹ Por todos, REBOLLEDO VARELA, A. L., «Parte primera. Régimen general de las servidumbres», en *Tratado de servidumbres*, I (REBOLLEDO VARELA, coord.), 3.^a ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2013, pp. 275 y ss.

También la Comisión Aragonesa de Derecho Civil decidió suprimir el inciso final del art. 541 CC («o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura»), por considerarlo innecesario, al valorar que el momento relevante para la existencia del signo aparente no es el de la escritura sino el de la enajenación, «y que el signo ha de existir en dicho momento ya resulta del texto». Por esta razón se cambia la expresión «si se enajenare una» del art. 541 por «cuando se enajenare una» del texto legal aragonés, de manera que «la existencia del signo aparente ha de darse cuando se enajene una de las fincas»³⁰.

El precepto aragonés, por tanto, dispone que el propietario que enajena una parte de la finca original puede oponerse al nacimiento de la servidumbre a través de la manifestación en contrario en el título de la enajenación, sin necesidad de añadir —como en el art. 541 CC— que también se considera acto contrario a la servidumbre hacer desaparecer el signo aparente antes del otorgamiento de la escritura, ya que se deduce del texto legal aragonés que dicho signo existe en el momento de la enajenación (que no lo considera incluido en el art. 566 CDFA la STSJA 16 de noviembre de 2016).

El Tribunal Supremo ha reafirmado el fundamento de esta servidumbre en la constitución voluntaria o tácita frente a la tesis de la constitución automática o *ex lege*, por el «reconocimiento del juego de la voluntad tanto respecto del acto de destinación del signo por el propietario común de ambas fincas, como requisito previo para su constitución, como a la falta de declaración en contra en el título de enajenación o transmisión de la finca, como condición para su existencia» (STS 22 de julio de 2016).

El contenido de la servidumbre que surja vendrá determinado por la existencia del signo aparente y el estado o relación de servicio establecido en el mismo fundo antes de la división (SAPHU 31 de marzo de 2017). En la STS 16 de octubre de 2019, en casación de la SAPHU 31/03/2017 (en aplicación todavía del art. 541 CC), se declara —siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo— que es la utilidad o conveniencia para el fundo dominante y no la necesidad, como en las servidumbres legales o forzosas, la que justifica la subsistencia de la servidumbre, en este caso, de paso.

El apartado segundo del art. 566 aclara que al no existir dos fincas antes de constituirse la servidumbre, la misma regla se aplica cuando el signo aparente existe sobre una finca que es objeto de división o segregación, requiriendo este supuesto la existencia de distintos titulares con independencia de la causa, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*, por la que se haya producido la segregación o división, y la *ratio iuris* del precepto opera igual en caso de enajenación de una de las dos fincas que en caso de división material de una sola finca (STS 10 octubre 1957 [RJ 1957, 2861]), como expresión de la amplitud del negocio jurídico

30 Acta 241, p. 7.

de constitución de la servidumbre (STSJA 24 de junio de 2013 y SSTS 19 de febrero y 22 de julio de 2016³¹).

No cabe, sin embargo, entender que cabe adquirir esta servidumbre en el caso de una transformación radical del servicio originario del signo aparente ya que, como indica la STS de 7 de marzo de 1991 (RJ 1991\2079), resulta rechazable que los continuadores se lucren de la situación de dependencia primitivamente existente entre dos inmuebles.

El legislador aragonés ha optado, como el catalán y el navarro, por incorporar al Código foral la regulación de la servidumbre por destino del padre de familia bajo la actual denominación de «constitución por signo aparente», que es el título del art. 566, y establecer en el art. 574, en sede de servidumbres de luces y vistas, y heredero del art. 145 de la Compilación, que los voladizos «son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas», para cerrar definitivamente la impropia ampliación de signos aparentes que originó la remisión al art. 541 CC en la Compilación, pero guarda fidelidad con el art. 541 del Código civil, con diferencias en su redacción.

Respecto a la constitución de la servidumbre, el art. 562 CDFA otorga legitimación a los titulares de derechos reales posesorios para constituir una servidumbre, por lo que se plantea si el establecimiento del signo aparente de servidumbre puede ser llevado a cabo necesariamente por el dueño de la finca segregada, o si basta con que el mismo sea realizado por otra persona distinta. Aplicando el art. 541 CC, la SAP de Zaragoza (Secc. 4.^a) de 26 de octubre de 1999 rebate la argumentación del posible establecimiento del signo aparente por un arrendatario y, haciendo una lectura de las SSTS de 26 de enero de 1971, 8 de abril de 1988 y 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6007), reconoce que no es necesario que sea el mismo propietario el que establece dicho signo aparente y el que enajena separadamente las fincas, que habían conservado el mencionado signo, pero exige en todo caso el establecimiento por la persona que ostenta las facultades dominicales, como expresamente menciona el art. 541 CC³². La profesora ALONSO intenta conciliar los arts. 562 y 566 CDFA, ya que el

³¹ STS 22 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3976), respecto al art. 541 CC: «Por lo que se refiere a sus presupuestos de aplicación hay que precisar, en primer término, que el requisito de enajenación que contempla la norma está sujeta a una interpretación flexible conforme a la naturaleza de su constitución. De forma que quedan claramente comprendidos los supuestos en los que el titular de la finca matriz procede a su división. Caso, entre otros, de la división de la finca conforme a la constitución del régimen de propiedad horizontal».

³² Este parece ser el criterio más firme, y así lo afirma BONET (*La constitución voluntaria de las servidumbres por signo aparente*, Madrid, C.S.I.C., 1970, p. 119), pero ROCA JUAN, J. («Artículo 541», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2.^º, Madrid, 1978, *op. cit.*, pp. 71-72) —apoyándose en la STS de 26 de enero de 1971— considera que ha podido ser establecido por otras personas, y que el «establecimiento» del signo aparente puede equivaler a la *conservación* del mismo por el propietario actual que enajena, y es GUILARTE (*op. cit.*, pp. 444-446) quien considera que se parte del equívoco de presuponer que realizar la destinación, es decir, establecer la relación de servicio entre las

primero no reduce la posibilidad de los titulares de derechos reales limitados a un modo, como el voluntario por negocio jurídico, de constitución de servidumbres, y el art. 566 se refiere al propietario para exigir que sea él quien establezca el signo aparente, pero no está determinando quien va a ser el titular de la servidumbre constituida por lo que podría hacerlo a favor o en contra de los derechos de los usufructuarios³³. Entiende que cabe una mayor flexibilidad en la aplicación del art. 562 si se considera la constitución por signo aparente como una servidumbre voluntaria, pero no como servidumbre legal, pero REBOLLEDO considera —con relación al art. 541 CC— que «no podrán constituir el estado de hecho con eficacia originadora de servidumbre los simples poseedores o titulares de un derecho real o personal de uso y disfrute» porque la constitución por signo aparente carecería de la limitación temporal que es inherente a tal derecho³⁴.

2. LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGÉSIMO TERCERA DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

El Libro Cuarto del Código foral, sobre derecho patrimonial, cuenta con dos disposiciones transitorias, la vigésimo tercera referida a todo el Libro, pero de especial aplicación a las relaciones de vecindad y servidumbres, y la vigésimo cuarta referida específicamente al derecho de abolorio:

Vigésimo tercera. Aplicación inmediata

Las normas contenidas en el Libro Cuarto son aplicables de inmediato, desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, a todas las situaciones contempladas en él.

Vigésimo cuarta. Derecho de abolorio.

La regulación del derecho de abolorio contenida en este Código es aplicable cuando la enajenación se haya realizado a partir del 1 de enero de 2011.

Correspondían estas disposiciones transitorias a la 1.^a y 2.^a de la Ley 8/2010,

dos fincas, equivale a gravar el fundo con una servidumbre, cuando la capacidad necesaria exigible para cada uno de los actos es distinta, y por ello admite la posibilidad del arrendatario para realizar tales actos, ya que el arrendatario común, art. 1571 con relación al 487, ambos del CC, permiten realizar obras útiles, siempre y cuando no alteren la forma y la sustancia de la cosa arrendada.

³³ Lo fundamenta en el siguiente caso: «un único propietario de dos fincas, que establece un signo aparente -o que, existiendo ese signo no lo hace desaparecer; con posterioridad, este propietario constituye sobre cada una de las fincas usufructos a favor de titulares distintos, siendo que en el título constitutivo no dice nada en contra de la servidumbre. En tal caso, creo que debe poder afirmarse que se ha constituido una servidumbre a favor y en contra de los dos derechos de usufructo...». ALONSO PÉREZ, T., “Constitución y extinción de las servidumbres”, en Carmen BAYOD (coordinadora), *Derecho civil patrimonial*, Institución «Fernando el Católico»-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 170-1.

³⁴ REBOLLEDO VARELA, *Tratado...*, op. cit., p. 234.

de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, y posteriormente se refundieron en el Código del Derecho Foral de Aragón, que entró en vigor el 23 de abril de 2011.

La vigésimo tercera, bajo la rúbrica «Aplicación inmediata», dispone que las normas del Libro IV son de aplicación inmediata a todas las «situaciones» contempladas en él desde la entrada en vigor de la Ley de Derecho civil patrimonial (1 de enero de 2011). Se justifica en el Preámbulo del Código (44) porque: «La mayor parte de las disposiciones del Libro Cuarto son de aplicación inmediata a todas las situaciones, aun anteriores al 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, como corresponde de ordinario al estatuto de la propiedad, y es más oportuno en este caso habida cuenta de los pocos cambios sustantivos introducidos en su regulación. La excepción es la regulación del derecho de abolorio, que, en atención a algunas modificaciones, solo será aplicable cuando la enajenación sea posterior al 1 de enero de 2011».

Parece sencilla la interpretación y aplicación de la disposición transitoria 23.^a, de acuerdo con el texto legal y el apoyo interpretativo del Preámbulo, en el sentido de que cualquier «situación» referida a los derechos reales regulados, aunque hubieran nacido con anterioridad como, por ejemplo, la constitución de una servidumbre, no se regirían ya por la Compilación aragonesa o el Código civil sino por la Ley 8/2010 y, posteriormente, por el Código del Derecho Foral, y por ello la disposición transitoria 24.^a establece una excepción para el derecho de abolorio, aplicándose el Código foral si la enajenación se había producido con posterioridad al 1 de enero de 2011³⁵.

El sentido de «aplicación inmediata» de la disposición y el Preámbulo es el criterio seguido por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que al debatir la propuesta de lo que finalmente sería la disposición transitoria 1.^a de la Ley de Derecho Patrimonial (actual DT 23 CDFA) sobre aplicación inmediata a todas las situaciones reguladas, barajó la posibilidad de incluir una aclaración indicando que sería aplicable «incluso a las situaciones constituidas con anterioridad», pero no se incluyó por valorarse que podía debilitar el criterio de aplicación inmediata, aunque sí se consideró adecuada «la referencia a situaciones

³⁵ BAYOD LÓPEZ, M. C.: «De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias. Disposición derogatoria y Disposiciones finales», en BAYOD, C (coord.) *Derecho civil patrimonial aragonés*, 2013, p. 330. Y CALATAYUD SIERRA, A., «Disposiciones transitorias del Código del Derecho Foral de Aragón», en *Actas de los Vigesimoprimeros encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, p. 140. Adolfo Calatayud, miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, indica que la DT 23.^a se aplica a la regulación de relaciones de vecindad y servidumbres, y «da igual la fecha de adquisición de la propiedad o de constitución de la servidumbre»; para añadir a continuación que «parece que incluso en las situaciones resueltas con anterioridad por sentencia judicial no podrá evitarse la aplicación inmediata de la nueva regulación, ya que ésta devino aplicable al entrar en vigor la Ley de Derecho civil patrimonial, con independencia de las vicisitudes experimentadas hasta entonces».

jurídicas que salvará cualquier interpretación de su alcance en derechos reales y obligaciones»³⁶.

La disposición transitoria 23.^a se inspiró en la de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, la octava actual del Código foral, referida al Libro Segundo, y también bajo la rúbrica de «Aplicación inmediata»³⁷, y quería evitar entrar a regular una lista minuciosa de casos aplicando una regla general, que afecta a actos realizados con anterioridad y que pudiera orientar la actuación de los órganos jurisdiccionales³⁸.

Se trataba también evitar la polémica doctrinal y jurisprudencial que ocasionó la disposición transitoria 9.^a de la Compilación de 1967 («Las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera (artículo ciento cuarenta y cuatro) serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de

³⁶ *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial.* Acta 252, de 18 de noviembre de 2009, p. 4.

³⁷ «Octava. Aplicación inmediata.

Las normas de los Títulos Primero, II, III, IV y V del Libro Segundo son aplicables de inmediato, desde el 23 de abril de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo vitalicio, con las excepciones señaladas en las tres disposiciones siguientes».

La STSJA de 8 de julio de 2005 (Roj: STSJ AR 1643/2005 - ECLI:ES:TSJAR:2005:1643, ponente Manuel Serrano Bonafonte) no aplica retroactivamente la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, por haber ocurrido los hechos con anterioridad a su entrada en vigor, al denunciarse en el recurso de casación la indebida aplicación de las disposiciones transitorias 1.^a y 2.^a de la Ley (actuales 8.^a y 9.^a CDFA). Contempla los efectos sobre matrimonio contrario con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2003, la STSJA de 14 de mayo de 2010 (RDCA-XVI-2010, marginal 5, Fernando Zubiri de Salinas)

Sobre la competencia del TSJ Aragón en recursos de casación con invocación conjunta de normas del Código civil y de Derecho civil aragonés (sobre la que tratamos más adelante), y sobre la aplicación de la disposición transitoria 9.^a CDFA, referente también a la Ley 2/2003, *vid. Auto Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sala 1.^a) de 27 de noviembre de 2020* (Roj: ATSJ AR 83/2020 - ECLI:ES:TSJAR:2020:83.^a, ponente Ignacio Martínez Lasierra).

38 En intervención del presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, el profesor Jesús Delgado, en sesión y Acta previamente citadas p. 4, defiende que la aplicación inmediata también afecta a actos anteriores y que requiere el acuerdo de la Comisión, que finalmente aprobó el texto de la disposición transitoria 1.^a, mencionándose una fecha indicativa, pensando especialmente en las disposiciones transitorias de la Compilación para mantener la transitoriedad específica en cada una de las leyes, como ocurrió entre el Apéndice y la Compilación (p. 5).

Explica DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General. Volumen primero. Introducción*, LACRUZ BERDEJO, J.L. et alii, 3.^a edición puesta al día por J. DELGADO, Madrid, Dykinson, 2002, que los grados de retroactividad, con su utilidad para la tarea interpretativa sobre el alcance temporal de la norma, ampliamente utilizados por la doctrina y tribunales españoles no es sin embargo la doctrina más extendida en otros países, en los que ha alcanzado notable aceptación la doctrina del «efecto inmediato» de la ley, que constituiría la regla en ausencia de otra manifestación del legislador. Y explica que «en virtud de esta regla, una ley nueva debe aplicarse de inmediato a las situaciones en curso a partir del día de su entrada en vigor, de manera que solamente la remoción de efectos ya conclusos o consumados de esa situación entrañaría retroactividad», p. 213.

entrar en vigor la Compilación»), que originó una viva discusión sobre si se refería a las paredes ya construidas al entrar en vigor la Compilación, tesis que se impuso mayoritariamente, y no a los huecos ya existentes, y el grado de retroactividad de la norma, cuando la solución más sencilla era considerar que lo que establecía la Compilación respondía a las situaciones ya contempladas en el Derecho histórico aragonés que han tenido el mismo régimen en Aragón desde las Observancias (STS 30 de octubre de 1983)³⁹.

En las sentencias de los Tribunales aragoneses desde 2011, la disposición transitoria 23.^a ha sido objeto de interpretaciones diversas y en algunos casos, contradictorias. Se citan en primer lugar algunas sentencias referidas a relaciones de vecindad y servidumbres, para examinar posteriormente la aplicación de los artículos 541 CC y 566 CDFA.

Algunas sentencias de las Audiencias y del Tribunal Superior aplican dicha disposición transitoria a situaciones nacidas con anterioridad al 1 de enero de 2011 y aplican los preceptos de derechos reales del Código foral. Así, por ejemplo, la SAPZ de 24 de julio de 2012 (Roj: SAPZ 1786/2012-ECLI:ES:APZ:2012:1786, Alfonso María Martínez Areso), sobre la naturaleza medianera de una pared, atiende la petición de la demandada de aplicación de los arts. 545 y 547 CDFA, que correspondían a los arts. 9 y 11 de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de

³⁹ *Vid. ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Parte sexta. Las servidumbres en el Derecho aragonés», en REBOLLEDO VARELA, A. L. (director), *Tratado de Servidumbres*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007 (2.^a ed), pp. 1296-1299.*

La SAPZ (Sección 2.^a) de 2 de marzo de 2010 (Roj: SAP Z 387/2010 - ECLI: ES:APZ:2010:387, ponente Francisco Acín Garós) expresa (FD 2.^o) que “dado que el demandado manifestó en su interrogatorio que su inmueble tenía una antigüedad de 80-100 años, admitiendo que el de la actora era anterior en el tiempo, hay que conectar con la Disposición Transitoria Novena de la Compilación —«Las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera (art. 144) serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación»—, cuya interpretación —si la expresión «ya construidas» se refiere a las paredes, propias o medianeras, o a los huecos— y grado de retroactividad ha suscitado dudas en la doctrina”. Y destaca que la posición doctrinal “más autorizada sostiene que, dado que la Disposición se dictó para corregir desviaciones jurisprudenciales en la interpretación del derecho histórico en este punto, lo que hay que entender es que la Compilación reafirma el régimen tradicional en luces y vistas, vigente sin solución de continuidad desde la Observancia 6.^a «De aqua pluviali arcenda» hasta la actualidad. Sentido en el que se manifestó la STS 30-10-1983, que en un caso en el que las ventanas tenían una antigüedad de 150 años y daban a un patio en el que su propietario quería edificar, rechazó la posibilidad de la prescripción inmemorial por entrar en contradicción con un estado de tolerancia vecinal y declaró que la pretensión de adquisición de una servidumbre no cabía ni con el Derecho anterior ni con la Compilación”.

Vid. también STSJ A 23 febrero 2005 (Roj: STSJ AR 414/2005 - ECLI:ES:TSJAR:2005:414, ponente Fernando Zubiri de Salinas). Fundamento de Derecho 3.^a.

Y ARBUÉS ÁISA, D., «Relaciones de vecindad. Luces y vistas», *Derecho civil patrimonial aragonés*, Zaragoza, IFC 2013, pp. 134-5 señala como desaparece con el Código la referencia a “paredes”, que es sustituida por la expresión “situaciones” junto con la expresión “aplicables de inmediato”, y extrae una consecuencia extrema: «con independencia de la fecha en que se hay construido la pared o se haya abierto el hueco, incluso en la vigencia de las Observancias, será de aplicación la nueva normativa».

Derecho Civil Patrimonial en virtud de «su *Disposición Transitoria* Primera, luego Vigésimo cuarta [sic] en el Código de Derecho Foral de Aragón , epigrafiada como «Aplicación inmediata» afirmaba que «las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato a todas las situaciones contempladas en ella». Y aplicado al caso, «a la vista de la regulación, que permanece idéntica aunque más desarrollada, ha de estimarse que dada la libertad del derecho aragonés a la apertura de huecos que no perjudiquen a nadie en las relaciones de vecindad, la existencia de una ventana, como parece ser el caso, en modo alguno es un signo contrario a la existencia de medianería, no siendo de aplicación el CC»⁴⁰.

La STSJA 17 de noviembre de 2014 (Roj: STSJ AR 1605/2014 - ECLI:ES:TSJAR: 2014:1605, Ignacio Martínez Lasierra) aplica también la normativa del Código foral a una situación de modificación de servidumbre, que la Audiencia había resuelto con cita de varios artículos de Derecho común y aragonés pero aplicando finalmente el art. 543 CC; y la parte recurrida en casación alega la contradicción de invocar normas aragonesas por el recurrente, y que las obras sobre el predio dominante de la servidumbre se habían realizado en el año 2010, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial. El TSJ defiende la invocación y aplicación de las normas del Código foral y que en las sentencias anteriores no se aclara la fecha de finalización de las obras, «y, fundamentalmente, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Vigésimo tercera del CDFA ordena la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto, aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFA». La sentencia en casación declara infringido el art. 571 CDFA sobre extinción de servidumbres.

En otros casos, como la STJA de 6 de febrero de 2013 (Roj: STSJ AR 3/2013 - ECLI:ES:TSJAR:2013:3, ponente Emilio Molins García-Atance) sobre servidumbre de paso, ante la invocación de la demandante que invoca la aplicación del Código foral de acuerdo con la disposición transitoria 23.^a, distingue dos situaciones ocurridas en los años 2001 y 2011, y aplica a la primera la Compilación y el Código civil y a la segunda el plazo de usucapión de servidumbres aparentes de los arts. 568 (anterior art. 147 Compilación) y 570 CDFA, aunque determina que la recurrente no había probado suficientemente la continuidad en el paso para su adquisición por usucapión. Tampoco aplica directamente el Código foral a una situación surgida con anterioridad, aunque la solución del Código contemplaba el concreto supuesto, la SAPZ 13 de septiembre de 2013 (Roj: SAP Z 1883/2013 - ECLI:ES:APZ:2013:1883, Antonio Luis Pastor Oliver) en relación a un corte de ramas de árboles entre comunidades de propietarios, no aplica

⁴⁰ En casación, uno de los motivos del recurso es «la infracción —indebida aplicación— del art. 547.2 y 545.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, y Disposición Transitoria 23.^a de dicho texto legal» pero la STSJA 19 de febrero de 2013 (Roj: STSJ AR 4/2013 - ECLI: ES:TSJAR:2013:4, Carmen Samanes Ara), no entra finalmente en este motivo.

directamente los arts. 538 y 539.4 CDFA por considerar que no estaban vigentes en el momento de la ejecución, pero le sirven como principios inspiradores de las relaciones de vecindad en la Compilación. En casación denuncian los recurrentes la aplicación del Código foral en relación con la disposición transitoria 23.^a, pero la STSJA de 12 de febrero de 2014 (Roj: STSJ AR 284/2014 - ECLI:ES: TSJAR:2014:284, Luis Ignacio Pastor Eixarch) estudia la posible responsabilidad civil extracontractual para concluir que no se produjo daño con el corte de ramas «que es requisito esencial y previo a la posible declaración de responsabilidad extracontractual, lo que conlleva, con desestimación del recurso interpuesto, el rechazo de la pretensión indemnizatoria de la parte actora. Sin que sea procedente ya entrar a conocer del resto de motivos del recurso sobre legislación aragonesa aplicable a las relaciones de vecindad y sus efectos».

3. SENTENCIAS DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 541 CC Y 566 CDFA DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS

Aplica el art. 541 CC la STSJA 11/2013, 21 de febrero de 2013 (RDCA-XIX-2013, marginal 12, Ignacio Martínez Lasierra) en casación de la SAPZ (Sección 4.^a) 20 de julio de 2012, alegando el recurrente como motivo de casación «inaplicación del art. 541 del Código Civil, en relación con la regulación del derecho foral de Aragón en materia de servidumbres, concretamente el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, hoy artículo 568 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA)». El Tribunal Superior aprecia, con la sentencia recurrida, la inexistencia de signo apparente de servidumbre de paso «y tal conclusión, fundada de manera inequívoca en las circunstancias físicas descritas, no ha sido combatida por la única vía posible a tal fin, el recurso extraordinario por infracción procesal, de tal forma que el resultado de la prueba que ofrecen ambas instancias, del que deducen que no existe signo apparente de servidumbre de paso, *no permite apreciar que haya resultado infringido el artículo 541 CC. pues falta el primero de sus presupuestos, que es la existencia de signo apparente de servidumbre por lo que el primer motivo del recurso debe ser rechazado*» (FD 3.^º).

Y aplica el art. 145 de la Compilación, y por remisión de la misma el art. 541 CC, la STSJA 25/2013, 24 de junio de 2013 (RDCA-XIX-2013, marginal 30, Fernando Zubiri de Salinas), que casa la SAPZ (Sección 5.^a) 12 de noviembre de 2012, aunque se planteó como motivo del recurso de casación la infracción del art. 566 CDFA (antiguo art. 145 Compilación) sobre constitución de servidumbre por signo apparente.

La parte actora, en el ejercicio de la acción confesoria de luces y vistas, planteó en primer lugar la adquisición de dicha servidumbre conforme a lo establecido en el art. 145 de la Compilación, que se remite al art. 541 CC, actual art. 566 del CDFA, al existir un «claro signo de servidumbre de luces y vistas (balcón corrido) sobre la finca segregada, y no diciéndose nada en contra en dicho título, es evidente que por disposición legal queda establecida dicha servidumbre» (FD 5.^º, apartado 2.^º, de la demanda). Con carácter subsidiario, y dada la

existencia de signo aparente, invocó la adquisición de la servidumbre por usucapión. Ambas sentencias, la de instancia y de la Audiencia, determinan la no existencia de título escrito de creación de servidumbre y no haber sido adquirida por usucapión por el transcurso de 10 años.

El TSJA admite el motivo del recurso «porque concurren los presupuestos fácticos para llevar a efecto la consecuencia jurídica prevista en el art. 145 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, vigente en el momento en que se produjo la segregación de la finca, regulación que en este punto es similar a la hoy recogida en el art. 566 del CDFA. Se trata de la constitución de la servidumbre por el titular del predio, que posteriormente es dividido, habitualmente denominada constitución por el padre de familia». El signo aparente era un balcón corrido que continuó existiendo después de la segregación de parte de la finca, transmitida a la demandada, y también tras la adquisición de herencia por parte de ambos litigantes, una vez fallecido su progenitor: dicho «balcón tiene consideración legal de voladizo, a los efectos prevenidos en los preceptos citados, sin que el hecho de que posteriormente se haya modificado la forma, dejando de ser un balcón corrido para construir dos balcones con barandilla, separados entre sí pero con el mismo vuelo que tenía el anterior, afecte a la existencia del voladizo como signo aparente de constitución de la servidumbre».

La STSJA 26/2016, 16 de noviembre de 2016 (RDCA-XXIII-2017, marginal 24, Manuel Bellido Aspas) que resuelve en casación sobre la SAPHU 5 de mayo de 2016, aplica el art. 541 CC por entender que la servidumbre se constituyó con anterioridad al 1 de enero de 2011, sin tener en cuenta la regla de la disposición transitoria 23.^a, al igual que hará la SAP HU de 31 de marzo de 2017, y cuyo recurso de casación resolvió la STS de 16 de octubre de 2019.

La STSJA 16 de noviembre de 2016 entiende que las servidumbres sobre las que se discute solo podrían haberse constituido, en su caso, por destino de padre de familia conforme al art. 566 CDFA o 541 CC (por ser derechos anteriores al 1 de enero de 2011) y no por usucapión, por no haber transcurrido el tiempo suficiente para su adquisición. Pero respecto a una de las servidumbres, la Audiencia concluye que tampoco puede afirmarse su constitución por destino del padre de familia, puesto que no quedó acreditado que al tiempo de separarse las propiedades estuviera marcado sobre el terreno el camino, ni que dicho camino comunicase con la finca dominante. Expone el Tribunal Superior que «en una pretendida servidumbre de paso, para su adquisición por destino del padre de familia o por usucapión, la apariencia no la da el uso, naturalmente discontinuo, sino los signos exteriores marcados sobre el terreno a modo de senda, camino o carril, proclamando una relación de subordinación/dominio entre las fincas que ha de estar presente en el momento de la separación de las propiedades (destino del padre de familia) o durante todo el tiempo durante el cual se consolida la usucapión».

Concluye que se han constituido las servidumbres por destino del padre de familia, conforme al art. 541 CC, y aclara un equívoco por la referencia en la sentencia a que, «si no se hubieran hecho desaparecer los signos externos de los

pasos cuando las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño», que indica no es una afirmación, sino, simplemente, la mención expresa del requisito exigido por dicho precepto y «no se está refiriendo a que en ella se hicieron desaparecer los signos externos, lo que contradeciría lo dispuesto en el art. 541 CC —que exige que la desaparición de los signos externos sea anterior al otorgamiento de la escritura—, puesto que si lo que se quiere es poner fin a la servidumbre en ésta, nos encontramos ante el otro supuesto de precepto —único contemplado en el art. 566 CDFA— que permite, para que la servidumbre no continúe tras la separación de las fincas, que «se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas». En realidad, el precepto aragonés dispone que el propietario que enajena una parte de la finca original puede oponerse al nacimiento de la servidumbre a través de la manifestación en contrario en el título de la enajenación, sin necesidad de añadir —como en el art. 541 CC— que también se considera acto contrario a la servidumbre hacer desaparecer el signo apparente antes del otorgamiento de la escritura, ya que se deduce del texto legal aragonés que dicho signo existe en el momento de la enajenación.

La SAPZ (Sección 4.^a) 25 noviembre 2020 (ponente Juan Ignacio Medrano Sánchez) (Roj: SAP Z 1630/2020 - ECLI:ES:APZ:2020:1630), aplica exclusivamente el art. 541 CC, aunque se denuncia en el recurso de apelación que la sentencia de instancia había aplicado retroactivamente el art. 566.2 CDFA, a la división o segregación de la finca en 1985. El recurrente alega, con base en el art. 541 CC que no hay servidumbre de paso, llamando la atención sobre el hecho de que tal servidumbre no se mencionó en la escritura de segregación, ni en la finca original, sin que se contemplara pasillo lateral alguno, «reconociendo sí que en los primeros años, por meras razones de vecindad, permitió el acceso de camiones de suministro a los distintos inquilinos de la finca segregada». Sin embargo, el Tribunal no está de acuerdo con esta alegación, y con cita de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 541 CC, determina (FD 5.^º) que «el propietario inicial de la total finca suma de las hoy dos parcelas, segregó una parte para transmitirla como dación en pago de una deuda que mantenía con el nuevo propietario de la segregada, a la que le resultaba, como se ha dicho, no solo útil sino necesaria para el aprovechamiento económico industrial de la finca segregada, por lo que puede considerarse incontestable que existió voluntad del anterior propietario de la total finca antes de la segregación de conformar ese paso a través del pasillo lateral como verdadera servidumbre y no como acto meramente tolerado».

Aplica el art. 566 CDFA, pero realiza una cita conjunta con el art. 541 CC, la SAPT 5 de marzo de 2013 (RDCA-XX-2014, marginal 42, Fermín Francisco Hernández Gironella) en relación a una servidumbre de paso que la sentencia de instancia califica de voluntaria, con una anchura de unos ocho o nueve metros, mientras que el recurrente la considera como una servidumbre forzosa de paso, que tendría una anchura de un metro, suficiente para las necesidades del predio dominante. La Audiencia confirma el planteamiento de la sentencia de instancia, al partir de que ambas parcelas pertenecieron en su momento a un mismo propietario, que la repartió a su fallecimiento. Así las cosas, indica la sentencia,

«resulta evidente que si al tiempo de producirse la división no se hizo constar la voluntad contraria se constituyó una servidumbre de paso por signo aparente habida cuenta que tanto el artículo 541 del C. Civil como el 566 del Código de Derecho Foral de Aragón establecen que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación», aunque el texto legal corresponde al art. 566 CDFA, que no coincide exactamente con el tenor literal del art. 541 CC⁴¹.

4. COMPETENCIA EN RECURSOS DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 2019

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019 (Roj: STS 3238/2019, ponente Antonio Salas Carceller) resuelve en casación sobre la SAP Huesca de 31 de marzo de 2017 (Roj: SAP HU 116/2017 - ECLI: ES:APHU:2017:116, ponente Antonio Angós Ullate), con el único motivo de casación fundado en la aplicación del artículo 541 CC, pese a que en las instancias inferiores se habían citado conjuntamente los artículos 541 CC y 566 CDFA, por lo que provoca cierta perplejidad inicial que el recurso de casación se presentase y resolviese por el Tribunal Supremo.

El *iter* procesal fue el siguiente:

La SAP Huesca de 31 de marzo de 2017 (Roj: SAP HU 116/2017) examinó el recurso de apelación planteado contra la Sentencia de 9 de febrero de 2015 del

⁴¹ La SAPT de 13 de octubre de 2017 (Roj: SAP TE 140/2017 - ECLI: ES:APTE:2017:140, M.^a Elena Marcen Maza) desestima la existencia de una servidumbre de luces y vistas por destino de padre de familia de acuerdo con el Código foral y no reconoce los signos aparentes de acuerdo con el art. 574 CDFA.

La SJPII n.^º 2 Ejea de los Caballeros (Zaragoza) de 10 de diciembre de 2021, sentencia n.^º 000121/2021, aplica los arts. 561 y 566 CDFA para constatar la posible existencia de una servidumbre de desague o escorrentía, distinta a la servidumbre natural de aguas, que el demandante niega y los demandados defienden que las fincas proceden de un mismo propietario habiéndose procedido en el año 1966 a la división de finca, creándose dos “porciones”. Que la «aguera» existía con anterioridad a la división de la finca y el propietario de la misma, decidió romper parte de la aguera para derivarlas aguas por su propia finca y evitar dañar el camino (FD 1). Para la resolución del caso valorando si existe signo aparente y utilidad de la servidumbre, invoca (FD 3.^º) la STS de 9 de febrero de 2016, que declara como doctrina jurisprudencial (fundamento jurídico 4.^º) que “en el caso de la servidumbre por destino, prevista en el artículo 541 CC, —equivalente a nuestro artículo 566 del CDFA— únicamente cabe estimar su subsistencia cuando represente una verdadera utilidad para el predio dominante, aun cuando no se haga desaparecer el signo ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación.” En el presente caso, no se cumple el anterior presupuesto, a la vista de las conclusiones contenidas en el informe pericial aportado por el propio demandado, cundo dice, expresamente, que: “La recuperación del antiguo trazado de ambas agüeras aportará mejoras a las dos parcelas, evitando los daños en la parcela 281.”

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Huesca, sobre acciones confesorias de servidumbre.

En la Demanda del Juzgado de Primera Instancia se solicita el reconocimiento de una servidumbre de paso entre dos predios señalando las medidas, «al amparo de lo establecido en los art. 541 del Código civil y 566 del Código de Derecho Foral de Aragón». La sentencia desestima la demanda y condena en costas a la actora.

En la SAP Huesca de 31 de marzo de 2017 el recurso de apelación se funda la acción confesoria de servidumbre de paso —en favor de la casa ahora propiedad de los actores en detrimento de un callejón o solar situado de la misma calle perteneciente a los demandados— en la existencia de un título constitutivo; subsidiariamente, en la constitución por destino del padre de familia; y subsidiariamente, en la usucapión por el transcurso de 10 años e incluso por posesión inmemorial.

Se rechaza la constitución por acto o negocio jurídico. Los datos que constan en el título de adquisición del dominio por parte de los apelantes y en las inscripciones registrales relativas a la finca revelan la existencia de título constitutivo de una servidumbre de paso, sino que se limitan a describir sus límites empleando términos tales como “paso a corrales”, “entrada a varios corrales” o “bago”, referentes a un callejón de la misma calle, pero no a ningún título de constitución de la servidumbre de paso, ni mucho menos en virtud de un acto o negocio jurídico concreto.

En cuanto a la constitución por signo aparente o por destino del padre de familia, negada la constitución por título, comprueba la Audiencia (FD 4.^º) «si concurren los requisitos necesarios para la adquisición de la servidumbre de paso por signo aparente o por destino del padre de familia, según el artículo 541 del Código civil aplicable en la época en la que sucedieron los hechos objeto de controversia (actual artículo 566 del Código de Derecho Foral de Aragón, aplicable a partir del 1 de enero de 2011, según su disposición transitoria vigésimo tercera referida al libro cuarto), los cuales son los siguientes, según una jurisprudencia conocida (...): a) dos predios pertenecientes a un solo propietario; b) un estado de hecho entre ambos del que resulte por signos visibles y evidentes que el uno presta al otro un servicio determinante de una servidumbre; c) que estos signos demostrativos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, el “padre de familia”; d) que uno de los predios sea enajenado por éste sin establecerse nada en contra de la pervivencia de tal servidumbre».

En el caso litigioso, la demandada, hasta el día 5 de agosto de 1998, cuando transmitió la casa era propietaria de dicha finca y, además, del callejón o solar, y existía un signo aparente de servidumbre de paso establecido por el dueño común (el padre de la demandada, cuya actuación fue asumida por la propia demandada), cual era la puerta, “cuya configuración y características implican una apariencia o signo visible y evidente de paso —a modo senda, camino o carril—” desde la parte trasera del edificio hasta la vía pública pasando por el

callejón... Y añade que tal como indica la jurisprudencia⁴² «no es necesario que el signo aparente de servidumbre lo cree el propio dueño de ambos fundos, sino que basta con que, constando previamente las servidumbres a favor o en contra de las respectivas fincas, el adquirente de ellas, si una vez bajo su titularidad no las hace desaparecer». Por otra parte, el padre de la demandada en el momento de transmitir el inmueble «no hizo nada por eliminar la apariencia de servidumbre de paso, de la que luego se han aprovechado los subsiguientes propietarios»⁴³.

Concluye el Tribunal que concurren todos los requisitos para entender constituida la servidumbre de paso por signo aparente o destino del padre de familia, lo que hace innecesario analizar la pretensión subsidiaria de constitución de la servidumbre de paso por usucapión por el transcurso de diez años o por posesión inmemorial, y por ello estima parcialmente la demanda y declara la existencia de una servidumbre de paso por signo aparente o destino del padre de familia.

La demandada en apelación «interpuso recurso de casación por interés casacional, fundado como motivo único en la infracción del artículo 541 del Código Civil en relación con la jurisprudencia de esta sala» (FH 3.^º), que fue admitido por Auto del Tribunal Supremo. Sala de lo civil de 8 de mayo de 2019 (Roj: ATS 4842/2019, ponente magistrado Ignacio Sancho Gargallo) y resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (1.^a) de 16 de octubre de 2019 (Roj: STS 3238/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3238, ponente el magistrado Antonio Salas Carrer).

En el Fundamento de Derecho Segundo, se expresa que «El recurso contiene un solo motivo, que se formula por infracción del artículo 541 CC, con infracción de la doctrina jurisprudencial en referencia a dos sentencias de esta sala: la núm. 85/2016, de 19 de febrero, y la núm. 524/2016, de 22 de julio».

La parte recurrente alega que la Audiencia Provincial consideró existente y subsistente la servidumbre aun cuando la finca beneficiada tiene acceso directo

42 Con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1991 (ROJ: STS 13159/1991 - ECLI:ES:TS:1991:13159 Recurso: 39/1986) y de 8 de abril de 1988 (ROJ: STS 9906/1988 - ECLI:ES:TS :1988:9906).

43 Sigue la sentencia (FD 4.^a) indicando que: «Esta apariencia de paso desde la puerta hasta la calle tampoco queda desvirtuada por que el padre de la demandada pudiera haber cerrado el acceso del callejón desde la vía pública con un latón (declaración de la propia demandada), con una chapa (declaración del testigo Sr. Ismael) o con unas tablas mal clavadas (declaración del testigo Sr. Justino), puesto que tal cierre no elimina el uso del callejón a favor de la casa del número NUM000 por el mismo dueño viiniendo precisamente desde la vía pública. Además, no consta que la chapa o tablones de cierre del callejón colocados por el padre de la demandada se hubieran mantenido por ella misma después de la muerte de su padre (ocurrida en mayo de 1997, como hemos dicho) y hasta el 5 de agosto de 1998, cuando la Sra. María Rosario aportó el inmueble del número NUM000 a la sociedad INTEGRADOS METODOLÓGICAMENTE , S.L., momento en que no hizo nada por eliminar la apariencia de servidumbre de paso, de la que luego se han aprovechado los subsiguientes propietarios, como los aquí demandantes».

a la vía pública, prescindiendo valorar la necesidad o verdadera utilidad de la servidumbre, y por ello alega que «la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial fijada por esta sala en la sentencia 85/2016, de 19 de febrero, que exige, para la subsistencia de la servidumbre por destino del padre de familia, prevista en el artículo 541 CC, una verdadera utilidad para el predio dominante, aun cuando no se haga desaparecer el signo ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación».

La parte recurrida alegó como causas de inadmisibilidad del recurso el hecho de haber sido citada una sola sentencia de la sala 1.^a del Tribunal Supremo como fundamento del interés casacional, cuando fueron dos las sentencias citadas, que contienen además la misma doctrina, y se refirió «a una serie de cuestiones que son más propias de la resolución del recurso que de un planteamiento de inadmisión», por lo que no parece que pusiera en duda la competencia del Tribunal Supremo para resolver el recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación por ser doctrina jurisprudencial reiterada, por las sentencias citadas de 85/2016, de 19 de febrero y la 524/2016, de 22 de julio, que la servidumbre por destino del padre de familia del artículo 541 CC «únicamente cabe estimarla subsistente en el supuesto de que represente una verdadera utilidad para el predio dominante, aun cuando no se haya hecho desaparecer el signo aparente ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación», y la de 22 de julio de 2016 añade que «este criterio de utilidad, como requisito de la citada servidumbre, no se proyecta como una prevalencia del requisito o nota de necesidad o servicio para el predio dominante, propia de las servidumbres legales, sino como una exigencia de comprobación de que la utilidad, comodidad o conveniencia que en su día pudo llevar a la constitución de dicha servidumbre sigue existiendo en la actualidad».

Por ello reafirma el criterio de la Audiencia de Huesca de que en «las servidumbres voluntarias —como es la prevista en el artículo 541 CC— no se precisa necesidad —en este caso del paso— sino que basta la utilidad o conveniencia para el predio dominante que supone contar con un nuevo acceso hacia su predio con independencia de que el mismo tenga salida a la vía pública y por tanto la misma servidumbre no hubiera podido constituirse con carácter legal. De ahí que dicha servidumbre se extinguiría, según dispone el artículo 546- 3.^º CC, únicamente cuando los predios vengan a tal estado “que no pueda usarse de la servidumbre” y no cuando ésta no resulte necesaria, que es lo pretendido por los recurrentes».

El final de este Fundamento de Derecho tercero, anterior a que el Tribunal Supremo declare la desestimación del recurso, plantea otra cuestión que no explica la sentencia cual es que al aceptar el criterio de la Audiencia de la aplicación del artículo 541 CC, por referirse a hechos ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 2010, acepta también que las causas de extinción de las servidumbres en Aragón son las del artículo 546 del Código civil y no las del art. 571 del

actual Código foral aragonés, a pesar de realizar la sentencia un planteamiento hipotético sobre la extinción de la servidumbre que, como declara sus subsistencias en la actualidad, se produciría en el futuro. La causa de extinción del art. 546.3.^º CC, («cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre»), no coincide con ninguna de las causas establecidas en el Código aragonés, pero hay que considerarla incluida en la causa de extinción de servidumbres del art. 571.1.f CDFA («la pérdida total de la finca sirviente o de la dominante»), interpretándose el precepto aragonés en el sentido que la pérdida total puede afectar a ambas fincas y representa su destrucción material o el advenimiento de circunstancias que impiden su función o destino económico —que coincidiría, por ejemplo, con la interpretación que del art. 546.3 CC hace la SAP Huesca de 30 de junio de 2006 (RDCA-2008-XIV, marginal 26, ponente Santiago Serena Puig)—, permitiendo extinguir la servidumbre sin necesidad del transcurso del plazo de veinte años, que exige la causa más amplia del Código civil cuando no se da una imposibilidad transitoria de uso.

Plantea el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo la duda de si no hubiera podido interponerse de igual modo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ya que la Ley 4/2005, de 14 de junio de 2005, de las Cortes de Aragón, sobre la casación foral aragonesa (BOA núm. 75, de 24 de junio de 2005, y BOE núm. 201, de 23 de agosto de 2005), contempla su competencia en su artículo 1, en los siguientes términos: «La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés».

En el caso tratado, tanto en el Juzgado de Primera Instancia como en la Audiencia Provincial de Huesca se citan conjuntamente los artículos 541 CC y 566 CDFA, aunque la Audiencia en su sentencia de 31 de marzo de 2017 decide que es únicamente el art. 541 CC «el aplicable en la época en la que sucedieron los hechos objeto de controversia (actual artículo 566 del Código de Derecho Foral de Aragón, aplicable a partir del 1 de enero de 2011, según su disposición transitoria vigésimo tercera referida al libro cuarto)». Esta interpretación seguida desde 2011 en la mayoría de las sentencias de los Tribunales aragoneses, supone una incorrecta interpretación y aplicación de la disposición transitoria vigesimotercera del Código foral, tal como hemos analizado más arriba.

Esta interpretación y aplicación de la Audiencia de Huesca facilita la invocación única del artículo 541 CC en el recurso de casación planteado ante el Tribunal Supremo, y que éste aceptó. Si la invocación en el recurso hubiera sido conjunta con el art. 566 CDFA, la competencia hubiera sido del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ya que de acuerdo con el art. 478.1 LEC: 1) Si el recurso de funda exclusivamente en infracción de normas de Derecho civil común, la competencia corresponde al Tribunal Supremo; 2) Si se funda exclusivamente en normas de Derecho civil foral o especial, corresponde al Tribunal Superior de Justicia; 3) Si el recurso se funda conjuntamente en infracción de

normas de Derecho civil común y de derecho foral o especial, la competencia se atribuye también al Tribunal Superior de Justicia.

Así lo aplica la STSJA de 17 de noviembre de 2014 (Roj: STSJ AR 1605/2014 - ECLI:ES:TSJAR:2014:1605, ponente magistrado Ignacio Martínez Lasierra), que indica con cita de la STSJA n.º 30, de 26 de septiembre de 2014 (recurso 26/2014), y la del Tribunal Supremo n.º 947/1999, de 16 de noviembre de 1999 (recurso 205/1995), que, salvo infracción de precepto constitucional, «la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia. Y afirmaba la citada sentencia del Tribunal Supremo: "... cualesquiera que hayan sido las normas aplicadas por la sentencia recurrida, si aquél no alega infracción de norma o normas de Derecho civil foral o especial la competencia corresponderá a esta Sala y, si lo hace, corresponderá a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, asumiendo así el recurrente los riesgos de una posible incoherencia entre la fundamentación de la sentencia impugnada y la motivación de su recurso de casación"».

En el caso tratado ante el TSJA la parte demandada y recurrente alegó en su escrito de contestación a la demanda los preceptos del Código Foral que consideraba aplicables, y la sentencia del Juzgado expresamente determinó la aplicabilidad de la regulación aragonesa frente a la invocación del Código civil por parte de la actora. La sentencia recurrida recoge preceptos de ambos cuerpos normativos, aunque finalmente resuelve en base a lo dispuesto en el artículo 543 del Código civil. Por ello, concluye el Tribunal, «la invocación en el recurso de casación de la normativa aragonesa no resulta artificiosa ni contradictoria pues se afirma que se debió aplicar la misma y que bajo su amparo la sentencia debió ser otra». Y reafirma este criterio el Tribunal al mencionar que, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria vigésimo tercera del CDFA ordena «la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto, aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFA»⁴⁴.

Recuerda el Tribunal Superior que es al recurrente a quien compete la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables, pero que corresponderá al Tribunal la decisión

⁴⁴ Alega la parte recurrida que no es éste el criterio que ha seguido el TSJA, en otras sentencias, citando la STSJA de 24 de junio de 2013 (Roj: STSJ AR 875/2013 - ECLI:ES:TSJAR:2013:875, ponente el magistrado Fernando Zubiri de Salinas). FD 8: «El motivo de recurso debe ser estimado, porque concurren los presupuestos fácticos para llevar a efecto la consecuencia jurídica prevista en el art. 145 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, vigente en el momento en que se produjo la segregación de la finca, regulación que en este punto es similar a la hoy recogida en el art. 566 del CDFA. Se trata de la constitución de la servidumbre por el titular del predio, que posteriormente es dividido, habitualmente denominada constitución por el padre de familia».

sobre las normas aplicables, y la resolución del recurso conforme a las mismas. Por ello cabe recordar que la competencia de los órganos jurisdiccionales es una cuestión de orden público que no puede quedar a merced de la voluntad de los litigantes⁴⁵, y no podrá ser determinada ni excluida por el hecho de que el recurrente invoque, según su interés personal, una norma de derecho civil foral o de derecho común, ya que una materia específica de Derecho civil estatal o de Derecho civil autonómico foral no puede ser sustraída al conocimiento del órgano competente para conocer de ella⁴⁶.

⁴⁵ La Circular 1/2020 (de 3 de enero de 2020) de la Fiscalía General del Estado sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil recuerda «que la competencia funcional es *ius cogens*, debiendo ser apreciada de oficio por los Tribunales y no siendo disponible para las partes, generando su infracción la nulidad de actuaciones, conforme a los arts. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC» (p. 79).

⁴⁶ La Circular 1/2020 (de 3 de enero de 2020) de la Fiscalía General del Estado sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil, en su apartado 4 (*Competencia para conocer de los recursos cuando se invoca la infracción de una norma foral*), incluye las pautas del Tribunal Supremo para evitar fraudes de ley en la determinación de la competencia funcional (pp. 81-82):

«1.^a) Como principio general la competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación viene determinada por las normas invocadas en el recurso, y se atribuye por la ley a un único órgano, lo que no impide que en el examen que de su propia competencia debe hacer el órgano judicial este acuda a las posibilidades que ofrece el art. 11 LOPJ para evitar situaciones exclusivamente orientadas a la elección del órgano judicial de casación que más pueda interesar a la parte recurrente.

2.^a) A tal efecto conviene insistir en que las partes no son libres de invocar a su elección cualquier norma que —aun tangencialmente relacionada con la materia litigiosa— les interese para fijar la competencia funcional del órgano al que dirigen su recurso; al contrario, es necesario —y esta es la clave— que las normas que se citan como infringidas tengan una conexión real o verdadera, razonable y coherente, con la cuestión controvertida.

3.^a) Junto a lo anterior también será relevante la identificación de la cuestión jurídica sobre la que se ha de fijar jurisprudencia. Un proceso que se desarrolle en el ámbito de aplicación del Derecho foral o especial, respecto del que el CC actúa como supletorio, no permitirá invocar la infracción del CC solo para augurarse la competencia del TS de la misma manera que en un proceso en el que se discuta el alcance de ciertas normas de Derecho común, sin conexión alguna con un tema de Derecho foral o especial, no podrá asegurarse la competencia del Tribunal Superior de Justicia mediante la cita de una norma foral o especial por más que pueda estar tangencialmente relacionada con la controversia.

4.^a) En definitiva, la formulación del recurso no debe provocar el efecto de alterar —por la cita formal de una norma— la función institucional de creación de jurisprudencia y unificación de criterios en la aplicación de la ley que, en sus distintos ámbitos competenciales, tienen atribuida esta Sala Primera del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia (ATS de 4 de diciembre de 2015, rec. 1011/2015).

En esta misma línea el ATS de 10 de julio de 2019, rec. 6014/2018, declara que “cuando el procedimiento se ha seguido en un ámbito territorial donde el derecho civil aplicable al caso es el derecho foral o especial, siendo el Código Civil derecho supletorio, constituyen normas aplicables para resolver el proceso las normas forales sobre la correspondiente materia y que han sido dictadas en el uso de la competencia legislativa atribuida por el Estatuto de Autonomía [...] no resulta posible invocar la infracción de derecho supletorio para predeterminar la competencia del Tribunal Supremo, por cuanto ello supondría tanto como admitir la alteración de las normas sobre la competencia, en este caso funcional, a voluntad del recurrente”»

No era determinante la aplicación del art. 541 CC por la Audiencia de Huesca en la sentencia de 31 de marzo de 2017 para fundamentar el recurso de casación necesariamente ante el Tribunal Supremo ya que, con independencia de la interpretación que la Audiencia realiza de la Disposición transitoria vigésimo tercera del Código aragonés, el art. 566 CDFA tiene el mismo contenido, mejorado jurídicamente, que el art. 541 CC, por lo que cabía una invocación conjunta de ambos artículos en el recurso de casación que debería haber resuelto el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, decidiendo sobre que artículo pivotaba su decisión, que hubiera sido clarificadora de la posición del Tribunal Superior sobre la aplicación de la disposición transitoria citada, necesitada de una doctrina jurisprudencial aragonesa asentada. Y parece que si el interés de la parte recurrente era la aplicación de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero y 22 de julio de 2016, en el sentido que le interesaba de considerar la no utilidad de la servidumbre de paso por disponer de otra salida a vía pública, podía haber planteado la resolución de dicha cuestión como de interés casacional también aragonés con cita de sentencias ya existentes en los órganos jurisdiccionales aragoneses, además de fundamentar sus pretensiones del recurso en las correspondientes sentencias del Tribunal Supremo. Finalmente, y curiosamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019 avala con las sentencias citadas en el recurso de casación la decisión de la Audiencia Provincial de Huesca de considerar la utilidad de la servidumbre voluntaria de paso por signo aparente y no la necesidad, que califica a las servidumbres legales.

5. DIFERENCIAS ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE SOBRE FINCA PROPIA (ART. 564 CDFA) Y POR SIGNO APARENTE (ART. 566 CDFA)

A resolver problemas prácticos, sin suponer novedosas soluciones a las aportadas por la doctrina en el Derecho estatal, responde el art. 564 CDFA que condiciona la eficacia de la servidumbre a la transmisión de una de las fincas pertenecientes a la misma persona, mientras que si la titularidad de ambas fincas pertenece solo de forma parcial a una persona, la servidumbre produce sus efectos desde su constitución. Aunque el Derecho aragonés facilita el reconocimiento de la servidumbre de propietario por no establecer como presupuesto esencial de las servidumbres la ajenidad entre predios (art. 551) y deducirse de la causa de extinción del art. 571.2, el art. 564 parece limitar sus efectos al cambio de titularidad de alguna de las fincas, por lo que entiende ALONSO que la contradicción normativa podría salvarse interpretando que cabe distinguir entre la constitución de la servidumbre, que es posible perteneciendo la finca al mismo titular, y la eficacia de la misma subordinada a la pertenencia a distintos dueños⁴⁷.

⁴⁷ Le resulta un poco forzada esta interpretación porque la regla del art. 571.2 CDFA sobre extinción no se entiende bien si se refiere exclusivamente a la constitución y no a la eficacia. ALONSO PÉREZ, M. T., “Constitución..., *op. cit.*, pp. 160-2.

En cuanto a las diferencias entre la servidumbre por signo aparente y sobre finca propia, el Derecho aragonés parece ofrecer al titular único de ambas fincas las dos vías o soluciones para constituir una servidumbre⁴⁸; parece, además, que condicionadas en ambas la eficacia de la servidumbre a la enajenación o transmisión de una de las fincas, es más sencilla la servidumbre de propietario que no requiere el establecimiento o pervivencia de un signo aparente para constituir la servidumbre. Cabe diferenciarlas, sin embargo, en cuanto a la clase de servidumbres que pueden constituirse, ya que el art. 566 solo lo permite para las aparentes pero no existe limitación para la constitución de servidumbres sobre finca propia, cuya eficacia, que se producirá en el acto de enajenación de una de las fincas, se retrotraerá al momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad, mientras que en la servidumbre por signo aparente la constitución y eficacia se darán en el mismo momento que se enajene o transmita una de las fincas⁴⁹.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil prefirió plantear la diferenciación de regulación entre ambas, aunque en los trabajos previos se propuso una regulación conjunta, al considerar que «la constitución de servidumbre sobre finca propia requiere un acto de voluntad jurídica, mientras que en la constitución por signo aparente o destino del padre de familia, no se precisa ese acto de voluntad jurídica, y la constitución solo se produce si en el momento de la enajenación el signo subsiste y el título de la disposición no excluye la existencia de la servidumbre»⁵⁰.

La SAPZ (Sección 4.^a) 3 de abril de 2018 (ROJ: SAP Z 861/2018-ECLI:ES:APZ:2018:861, Juan Ignacio Medrano Sánchez) considera que ambos casos se trata de constitución voluntaria de servidumbres, jugando la voluntad del titular común un distinto papel ya que la servidumbre de propietario requiere una expresa voluntad de constitución de la servidumbre, mientras que en la constitución de la servidumbre por signo aparente solo se requiere la voluntad implícita o el acuerdo tácito de voluntades⁵¹.

Para ello entra a comparar la regulación en el Código foral de la constitución de la servidumbre sobre finca propia (art. 564 CDFA), que el recurrente alega se produjo de forma implícita, con la servidumbre por signo aparente (arts. 561 y

⁴⁸ ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁹ BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «Servidumbres: Concepto, clases, caracteres, contenido de las servidumbres», *Derecho civil patrimonial aragonés*, IFC-DPZ, Zaragoza, 2013, p. 139.

⁵⁰ Acta 241, p. 6.

⁵¹ La Audiencia analiza la posible existencia de la servidumbre de luces y vistas, para lo que tiene que diferenciar la constitución de la servidumbre sobre finca propia (art. 564 CDFA) de la servidumbre por signo aparente (art. 566 CDFA), y por ello advierte (FD 6.^º), que «*todas las formas de constituir las servidumbres de luces y vistas se asientan sobre un elemento factual común, a saber que puesto que se construyó por el que fuera propietario único en términos de los que resultaba arquitectónicamente una configuración de la que existían signos aparentes de aprovechamiento que se mantuvieron tras la división de la finca, la hay porque fue voluntad del propietario único constituirla, y porque se mantuvo al dividirse sin expresión en contrario*».

566 CDFA) (FD 7.º): «El art. 564 CDFA permite al propietario constituir servidumbre sobre finca propia, siquiera dado que se trata de un derecho real sobre cosa ajena (art. 551.1 CDFA), la «efectividad» se subordinaba a un cambio de titularidad. Es una obviedad que *el art. 564 CDFA regula algo diferente de la constitución por signo aparente, pues en caso contrario el primer precepto resultaría innecesario. El art. 564 CDFA recoge una especialidad que debe nacer de una voluntad. Y esa voluntad solo puede ser expresa, pues una carga o gravamen no se puede presumir.* Al margen de operar contra la presunción de libertad de las cargas opera también en nuestro Derecho histórico contra la presunción de tolerancia que rige las relaciones de vecindad (art. 537 CDFA), de suerte que no se puede afrontar una nueva configuración arquitectónica como expresión de una voluntad, que se dice implícita, de constituir esa servidumbre. No tiene un especial sentido explicitar una voluntad implícita para constituir una servidumbre cuando la total propiedad se concentra en una sola mano. La falta de alteridad empuja a exigir una voluntad expresa”.

Y establece a continuación que tal planteamiento de constitución por voluntad implícita atribuida al art. 564 CDFA casa mal con la constitución por signo aparente del art. 566 CDFA: “*la voluntad implícita de constituir una servidumbre subyace ya en el art. 566 CDFA, que es el que parte, ahora sí, de una determinada configuración constructiva para, a partir de la misma, atribuir un efecto constitutivo (art. 561 CDFA), de suerte que partiendo de una determinada realidad arquitectónica es cuando se entiende constituida la servidumbre. Pero esta voluntad, al tiempo de la división, debe estar apoyada en hechos Y no los hay*”. Ya que consideran como signos aparentes el alero del tejado, que no ha sido nunca signo externo y aparente de servidumbre de luces y vistas, y tampoco lo son “los huecos regulares abiertos en la fachada que da a la finca de los demandantes (...), aunque no tengan la protección prevista en el art. 545 CDFA”.