

SENTENCIA

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. Fernando Zubiri de Salinas

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. Luis Fernández Alvarez

D. Manuel Serrano Bonafonte

D^a. Rosa M^a Bandrés Sánchez Cruzat

Zaragoza a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

En nombre de S.M. el Rey.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 6/2003, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha 18 de octubre de 2003, recaída en el rollo de apelación núm. 163/2003, dimanante de autos de Juicio Ordinario núm. 240/2002, seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. Uno de Teruel, en el que son partes, de la una, como recurrentes, D. Jose Ángel y D^a María Cristina , representados por la Procuradora D^a. Pilar Balduque Martín y dirigidos por el Letrado D. José Luis Fortea Gorbe, y de la otra, como recurrido, D. Pedro Enrique , representado por el Procurador D. Luis Javier Celma Benajes y dirigido por el Letrado D. José Paulino Esteban Pérez, versando el juicio sobre servidumbre de luces y vistas, estableciéndose la cuantía del procedimiento en 52.070 ?.

Antecedentes de Hecho:

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Pérez Fortea, en nombre y representación de D. Pedro Enrique , formuló en fecha 4 de septiembre de 2002 demanda de juicio verbal civil frente a D. Jose Ángel y D^a María Cristina , en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia en la que se condene a los demandados a la retirada de los tabiques levantados en su propiedad que impiden las luces y vistas a las tres ventanas pertenecientes a la vivienda de su representado, obligándoles por tanto a su demolición de forma que no se produzca menoscabo alguno de los derechos inherentes a la finca urbana propiedad de mi principal, todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 6 de septiembre de 2.002 se acordó el traslado de la demanda a los demandados, citándose a las partes para la celebración de la vista, en el transcurso de la misma y por la parte demandada se impugnó la cuantía de la demanda, solicitando se dictara resolución por inadecuación de procedimiento. Por auto de 6 de noviembre de 2002 se acordó seguir el procedimiento por los cauces del juicio ordinario reponiéndose las actuaciones

a fecha de seis de marzo, dando traslado a la demandada y emplazándola por término de veinte días. Compareciendo en tiempo y forma el Procurador D. Carlos García Dobón, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D^a María Cristina , quien se opuso a la demanda con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicando se dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con condena en costas.

TERCERO.- Una vez celebrada la comparecencia prevista en la Ley, se recibió el pleito a prueba, admitiéndose la propuesta por las partes, que se practicó con el resultado que obra en las actuaciones, ratificándose las partes en sus respectivos pedimentos y quedando el procedimiento visto para sentencia. En fecha 23 de mayo de 2003 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO.- Que procede la desestimación íntegra de la demanda formulada por la representación procesal de Pedro Enrique contra Jose Ángel y María Cristina , no habiendo lugar a lo solicitado. Asimismo se imponen las costas causadas en la instancia al demandante."

CUARTO.- Contra la resolución anterior se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Sra Pérez Fortea, en nombre y representación de la parte actora, y presentado por la demandada escrito de oposición al recurso se tuvo por formalizado el trámite de oposición al mismo, se elevaron los autos a la Audiencia Provincial de Teruel, con emplazamiento de las partes, donde se tramitó el recurso por el procedimiento de los de su clase , dictándose sentencia en fecha 18 de octubre de 2003, cuya parte dispositiva dice así: "Fallamos: Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Enrique , contra la Sentencia de fecha veintitrés de mayo del año en curso, dictada en los autos civiles nº 240 del año 2002, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Teruel, de los que este rollo dimana y, en consecuencia, se revoca dicha resolución. Se estima parcialmente la demandada que formaliza Don Pedro Enrique , contra D^a María Cristina y D. Jose Ángel , condenándose a éstos a que realicen la obra que se recoge en los fundamentos quinto a séptimo - en éste en particular- de esta resolución, sin hacer expresa condena en costas respecto de ninguna de las instancias, las que deberán satisfacerse por ambas partes, las comunes por mitad y cada una las causadas de su orden. Notifíquese esta resolución en la forma que determina el art 248.4 de la LOPJ en relación con los 149 y siguientes de la LEC y, con testimonio de la misma, devuélvase las actuaciones al Juzgado de Procedencia para su cumplimiento".

QUINTO.- Por el Procurador Sr. García Dobón, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D^a María Cristina , se presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, y posteriormente formuló el oportuno escrito de interposición del expresado recurso, en el que articuló los siguientes motivos: "Primero.- El recurso presenta interés casacional, al vulnerarse por la Sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial consolidada de las Audiencias Provinciales de Aragón, y la de la extinta Audiencia Territorial de Zaragoza, en cuanto que propugna la primera una interpretación distinta del derecho del vecino a edificar o construir, contenida en el art. 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Segundo.- El recurso presenta igualmente interés

casacional, al vulnerarse por la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial consolidada de nuestro Tribunal Supremo referente a la interpretación del art 144 de la Compilación, en cuanto al derecho del vecino a edificar o construir. Tercero.- El recurso presenta igualmente interés casacional, al vulnerarse la doctrina jurisprudencial consolidada de nuestro Tribunal Supremo, Audiencia Territorial de Zaragoza y Audiencias Provinciales de Aragón, en cuanto que la Audiencia Provincial de Teruel realiza una interpretación contraria a la propugnada por el Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales y extinta Audiencia Territorial de Zaragoza, sobre el art.7 del Código Civil, en su relación con el art. 144 de la Compilación Aragonesa, referente al ejercicio del derecho del vecino a edificar o construir. Cuarto.- El recurso presenta igualmente interés casacional, al vulnerarse la doctrina jurisprudencial consolidada de nuestro Tribunal Supremo en relación con la doctrina jurisprudencial del abuso de derecho y su ejercicio antisocial, en interpretación del art. 7 del Código Civil, la Sentencia recurrida contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Y terminó suplicando, "se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y dictando otra de conformidad con la dictada en Primera Instancia por el Juzgado de Teruel, de acuerdo con los fundamentos de este recurso, entendiendo procedente el denunciado interés casacional y sentando claramente y declarando de forma expresa, por su interés casacional, la doctrina contrariada por la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Teruel, haciendo expresa condena en costas de ambas instancias y del presente recurso a los actores".

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha 7 de enero del presente año auto admitiendo el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición por plazo de 20 días a la parte recurrida, quien formalizó en tiempo y forma escrito de oposición, en el que, tras rebatir los motivos articulados de contrario, terminó solicitando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto, con imposición de costas a la parte recurrente, y por providencia de fecha 4 de febrero se señaló el día 3 del corriente mes para votación y fallo, al no considerarse necesaria la celebración de vista. Al no haberse recibido el vídeo en el que se contiene la grabación de la prueba practicada, la Sala acordó su reclamación, dejando sin efecto el señalamiento anterior; y, una vez recibido, señaló para votación y fallo del recurso el día 17 de marzo de 2004, en que tuvo lugar.

Es Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

Fundamentos de Derecho:

Primero.- La representación procesal de Don Pedro Enrique interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Teruel demanda de juicio verbal civil, en reclamación de derechos, frente a Don Jose Ángel y Doña María Cristina , solicitando la retirada de los tabiques levantados en la propiedad de los demandados que impiden las luces y vistas a las tres ventanas de la vivienda del demandante.

En el trámite procesal pertinente el juzgado acordó, por Auto de 6 de noviembre de 2002, la adecuación del procedimiento al correspondiente a juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que los demandados se opusieron a la demanda e instaron su desestimación.

El juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 23 de mayo de 2003, desestimatoria de la pretensión ejercitada por el demandante; sustancialmente, el juez entendió que no existía a favor del actor un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el predio de los demandados, sino que se trataba de ventanas abiertas con arreglo a las relaciones de vecindad, reguladas en el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, por lo que el dueño de la finca contigua tenía el derecho a edificar en ella, y al obrar así su actuación estaba amparada por el ordenamiento jurídico.

Apelada la sentencia, el recurso fue resuelto por sentencia de la Audiencia Provincial fecha 18 de octubre de 2003, que estimó en parte el recurso interpuesto por la demandante, al apreciar -sustancialmente en sus fundamentos de derecho cuarto, quinto, sexto y séptimo- que la parte demandada obró con abuso de derecho, por lo que su actuación no podía contar con el amparo de la ley, a tenor de lo establecido en el artículo 7 del Código Civil, y por ello estimó parcialmente la demanda y ordenó abrir, en los muros o paredes del patio de luces de los demandados, huecos suficientes y bastantes para permitir la entrada de luz y ventilación por las tres ventanas tapiadas y coincidentes con la mitad superior de las dimensiones de éstas, mitad de la altura de la ventana tapiada y de anchura igual a la que tenían, conciliando así, según se afirma en la fundamentación jurídica, el interés del actor con el derecho de los demandados de evitar inmisiones no deseadas, y ello previa reposición o reparación por el actor de los elementos de protección a los que hace referencia el artículo 144 de la Compilación aragonesa.

Segundo.- El recurso de casación se ha anunciado e interpuesto por la vía prevista en el artículo 477, número 2, apartado 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender el recurrente que la resolución del recurso presenta interés casacional. Tras el trámite legalmente establecido, que se llevó a efecto ante el Tribunal provincial, esta Sala por Auto de 7 de enero de 2004 acordó la admisión del recurso de casación, por entender que la resolución del recurso presenta interés casacional, toda vez que no existe doctrina jurisprudencial de este Tribunal sobre alguna de las cuestiones de derecho propio de esta Comunidad discutidas en el litigio.

Dado que el citado Auto se dictó con el voto particular discrepante de uno de los Magistrados que integran la Sala, y a fin de esclarecer los términos de la admisibilidad de los recursos de casación en supuestos como el presente, parece necesario incidir en la procedencia del recurso de casación por interés casacional y en las cargas procesales que la parte recurrente ha de cumplimentar.

Tercero.- Conforme al artículo 477.2.3º, de la Ley procesal, procede el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales,

aparte otros supuestos, cuando el recurso presente interés casacional. Y, a tenor de lo establecido en el apartado siguiente del precepto, se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. La parte que pretende servirse de esta vía de acceso a la casación ha de invocar el interés casacional y acreditar su efectiva existencia, debiendo facilitar los datos precisos para que el Tribunal pueda constatar la presencia de ese invocado interés. Para ello ha de citar o aportar las sentencias que han sentado jurisprudencia contradictoria con el criterio recogido en aquella de la que se discrepa, exponer la diferencia en la razón de la decisión y razonar en qué punto se produce la discrepancia o contradicción jurisprudencial.

Así, el interés casacional ha de fundarse y razonarse sobre la existencia de un núcleo básico de la contradicción, respecto al caso sometido al debate procesal, cuando se alegue y acredite que entre los hechos comprobados en los procesos resueltos en las sentencias de contraste y el decidido en la sentencia que se pretende recurrir por esta vía existe la suficiente homogeneidad, para que sea relevante la invocación de esa jurisprudencia que sea, efectivamente, contradictoria con la doctrina sentada en la sentencia que se recurre. El recurso queda circunscrito a la estricta función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, sobre la subsunción y la consiguiente aplicación al caso de la norma jurídica sustantiva.

Ahora bien, en el ámbito de los recursos de casación de los que ha de conocer un Tribunal Superior de Justicia, el concepto de interés casacional es ampliado por la ley procesal, pues se entenderá -según se ha expuesto- que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. En este caso, basta que se invoque la inexistencia de tal doctrina jurisprudencial del Tribunal competente, si bien éste, en trámite de admisión, puede acordar la inadmisión del recurso intentado por esta vía, en los términos establecidos en el artículo 483.2.3º de la Ley.

Cuarto.- En el caso de autos son hechos relevantes para la decisión del recurso, y vienen acreditados en las instancias y recogidos como tales en las sentencias dictadas en ellas, los siguientes:

1. El demandante, propietario de la casa situada en el número 29 de la calle Mayor de Perales de Alfambra (Teruel), tenía abiertas cuatro ventanas que daban sobre la propiedad de los demandados, sita en el número 31 de la

misma calle, si bien dichas ventanas estaban dotadas de reja remetida en la pared y cristal traslúcido, de modo que recibían luz desde la propiedad de los demandados, pero no eran practicables ni los poseedores del inmueble podían tener vistas sobre el predio contiguo.

2. Los demandados edificaron en su propiedad una casa, conforme a proyecto realizado por arquitecto, y en la nueva edificación se incluyó una habitación dormitorio, cuya pared colindaba con una de las ventanas de la casa del actor. De esta forma, dicha ventana quedó cegada.

3. Además, los demandados construyeron un patio de luces en el solar de su propiedad, en que se situó un tendedero, una chimenea de salida de gases y humos desde la caldera de calefacción, situada en la planta baja, y dicho patio quedó cerrado por dos paredes, perpendiculares entre sí, de la misma altura que el edificio. De esta forma, las paredes de cierre del patio de luces taparon las otras tres ventanas sitas en la casa del demandante, antes mencionadas.

4. El citado patio dotaba de luz a la vivienda de los demandados, y cercaba la propiedad de éstos.

Quinto.- Los cuatro motivos de recurso invocan la infracción de lo establecido en el artículo 144 de la Compilación de Aragón, del artículo 7 del Código Civil, y de la jurisprudencia recaída en aplicación de éste. Sustancialmente, la parte recurrente sostiene que la sentencia de la Audiencia Provincial ha inaplicado el último párrafo del precepto foral, al hacer aplicación indebida al caso de lo dispuesto en el artículo antes enunciado del Código Civil, y ello por entender, contrariamente al criterio sustentado por la sentencia que se recurre, que en el actuar de los demandados no ha existido abuso de derecho.

Según el artículo 144 citado, que lleva por rúbrica "Régimen normal de luces y vistas", "1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. 2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. 3. La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna".

El artículo 7 del Código Civil afirma: "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

La proximidad de la argumentación que se realiza en el desarrollo de los motivos hace que deban ser objeto de examen conjunto; ahora bien, dado que

la parte recurrente incide fundamentalmente en la inexistencia de abuso de derecho en su actividad constructiva, es necesario con carácter previo determinar la viabilidad de este recurso para cuestionar la citada apreciación de la Audiencia Provincial.

Sexto.- La Ley de Enjuiciamiento Civil ha previsto la existencia de una doble instancia para los procesos ordinarios, y de dos recursos extraordinarios frente a las sentencias de las Audiencias Provinciales: el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación.

Ambos recursos existen en la legislación procesal vigente, si bien el primero de ellos no ha adquirido la plenitud de eficacia, en los términos previstos en los artículos 468 y siguientes de la Ley procesal, al no haberse abordado la reforma competencial en la Ley Orgánica del Poder Judicial, habilitadora y necesaria para que los Tribunales Superiores de Justicia pudiesen conocer del citado recurso extraordinario, y ello a pesar de que recientemente ha sido reformada dicha Ley, por Ley Orgánica 19/2003. Ante ello, la disposición final 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció un régimen transitorio de viabilidad del recurso extraordinario de infracción procesal, que restringe su ejercicio a supuestos en que la sentencia de que se disiente sea susceptible de recurso de casación, y que ordena que, en los casos en que la competencia para conocer del recurso de casación corresponda a los Tribunales Superiores de Justicia, deban interponerse conjuntamente ambos recursos, pero con la debida separación de motivos, ya que uno y otro de los recursos juegan papeles diferentes en el proceso y están diseñados para fines diferentes.

El recurso extraordinario de infracción procesal es la vía para denunciar la existencia de infracciones de naturaleza adjetiva, como la vulneración de las reglas legales sobre valoración, apreciación o distribución de la carga de la prueba -vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de marzo de 2003-. Conforme al Auto del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2003, y los que en él se citan, dicho recurso es el instrumento procesal apto para denunciar las infracciones de naturaleza adjetiva, entendidas en sentido amplio, por lo que se incluyen en su ámbito no sólo las comprendidas en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también la legitimación, así como la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, por lo que el juicio sobre los hechos se encuadra dentro de la actividad procesal.

De este modo la casación queda limitada a la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, su calificación jurídica y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma.

Pero de esa imposibilidad de revisar el resultado de la valoración de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial en el recurso extraordinario de casación, que como repetidamente se ha expresado no es una tercera instancia, se exceptúa la consideración de los hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferencia, revisable en casación: así lo ha mantenido la jurisprudencia constante y reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en materias relativas al ánimo o la voluntad de realizar un

acto típico -Sentencia de 22 de octubre de 2001, entre muchas otras-; y lo ha realizado la jurisprudencia de la Sala Primera, al revisar la existencia de buena o mala fe, o de abuso de derecho, en la actuación de una de las partes: Sentencias de 1 de febrero de 1990, 31 de mayo de 1993 y 26 de febrero de 2000.

Por ello en este recurso la Sala de casación puede y debe reexaminar el criterio sostenido en la sentencia impugnada sobre si la actuación de la parte demandada debe ser valorada como un abuso de derecho, pero partiendo de los hechos comprobados y recogidos como tales en la sentencia que se recurre.

Séptimo.- Es principio general del derecho el que afirma *qui iure suo utitur, neminem laedit*: quien usa de su derecho no daña a nadie, en el sentido de que con el uso del derecho propio no se causa a un tercero un daño o perjuicio antijurídico, que no esté obligado a soportar. Por tanto, no se tiene acción, en sentido jurídico civil, frente al ejercicio legítimo de un derecho.

A la vez, nadie puede legítimamente abusar del derecho propio, habiendo perfilado la jurisprudencia los contornos del abuso de derecho. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1998 se establecen los requisitos de este concepto: uso de un derecho, de forma externamente y en principio legal; el daño a un interés de tercero, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y la inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestado en forma subjetiva, como deseo de producir un perjuicio, *animus nocendi* o intención dañosa. Se recoge en dicha sentencia doctrina jurisprudencial anterior, sentada en Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963, 12 de febrero de 1964, de 5 de junio de 1972 y de 10 de febrero de 1998.

Conforme a la Sentencia del Alto Tribunal de 12 de julio de 2001, viene constituido por el ejercicio anormal del derecho, contrario a los fines económico-sociales reconocidos al mismo, en sentido objetivo, lo que desde un punto de vista subjetivo muestra que se ejercita el derecho con intención de dañar o perjudicar, sin auténtico interés en ejercitarlo.

También se ha mantenido que la doctrina del abuso de derecho es excepcional, de alcance singularmente restrictivo: Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000.

Octavo.- El derecho aragonés ha establecido históricamente, y mantiene en su regulación vigente, un régimen normal en las relaciones de vecindad, que establece un sistema de tolerancia a los huecos abiertos, pero debidamente protegidos, aunque advirtiendo que dichos huecos no constituyen signo aparente de servidumbre, ni impiden al propietario del predio sobre el que dan los huecos edificar en su propiedad, a cualquier distancia del contiguo o colindante. Como se ha expuesto en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2004, ya el derecho consuetudinario aragonés inspiró el Título de la Observancia única *De aqua pluviali arcenda* incluida en el Libro VII de la Compilación de las Observancias del Reino de Aragón, elaboradas por

Ildefonso en 1437, donde se permite, conforme al uso del Reino y a la buena voluntad, en su Observancia VI, reguladora de la materia relativa a las luces y vistas, la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quién es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquellas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del Juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que -por falta de luz- la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común; Observancia que fue recogida en lo esencial en los artículos. 14 y 15 del Apéndice Foral de 1925 así como en los Anteproyectos aragoneses de 1961, 1962 y 1963 y Anteproyecto de la Comisión de Codificación de 1965, y en la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón.

La regulación actual del régimen normal de relaciones de vecindad, contenida en el art 144 de la Compilación, en cuanto permite el cierre de huecos, en ejercicio del derecho del propietario del fondo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, ha sido objeto de decisiones jurisprudenciales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989 afirma: "sin dejar de reconocer el incuestionable derecho que el propietario del fondo sobre el que aparecen abiertas las ventanas tiene a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna respecto de dichos huecos, conforme establece el párrafo 3.º del citado artículo de la Compilación aragonesa, de cuyo derecho podrá usar en cualquier momento en la forma indicada, o sea, mediante una construcción o edificación, pues la permisión de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1.º y 2.º de dicho precepto, con acogimiento a los cuales fueron abiertas las nueve ventanas a que se refiere este proceso, no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta (Sentencias de esta Sala de 30 de octubre y 23 de noviembre de 1983; 12 de diciembre de 1986), sin embargo no puede ser jurídicamente permisible que, pretendiendo acogerse a ese incuestionable derecho que le concede el citado párrafo 3.º del artículo 144 de la aludida Compilación, el dueño del fondo sobre el que aparecen abiertos, tales huecos trate de cerrarlos o taparlos, sin realizar, como establece dicho precepto, alguna construcción o edificación, que, en el caso que nos ocupa, le viene prohibida hasta ahora por la autoridad municipal, sino estrictamente mediante un simple tabicón levantado con esa única y exclusiva finalidad, pues la expresada conducta, como la entidad actora, aquí recurrida, adujo en su demanda como uno de los fundamentos jurídicos de su pretensión, configura una clara y típica situación de abuso de derecho, proscrita por el artículo 7.º del Código Civil de indudable aplicación a este supuesto (artículo 13 del mismo Cuerpo legal), al concurrir las circunstancias que, según reiterada doctrina de esta Sala, determinan la existencia de la misma, cuales son las subjetivas de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria y legítima, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (Sentencias de 26 de abril de 1976; 2 de junio de 1981; 22 de abril de 1983; 23 de mayo de 1984; 14 de febrero de 1986, entre otras)."

Noveno.- En el caso de autos los demandados han realizado, en predio propio, una edificación de nueva planta, y en ella se incluye un patio de luces, a fin de dotar de luz a los huecos de la casa propia, de mantener en él un tendedero de ropa y de sujetar a una de las paredes de cierre de dicho patio una chimenea de salida de humos. El cierre de dicho patio de luces, mediante paredes que se alzan a la misma altura del resto del edificio, se efectúa para delimitar la propiedad, siendo una técnica constructiva correcta desde un punto de vista arquitectónico, según resulta de la prueba pericial obrante en autos.

La obra de cierre del patio, que necesariamente causaba el cegamiento de los huecos abiertos en la casa del actor, se realizó para lograr fines objetivamente permitidos, como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria. Se afirma en la sentencia de primera instancia que el patio de luces "no es sino una parte más de toda la unidad constructiva derivada del proyecto de edificación", y en la dictada por la Audiencia que "la construcción de un patio de luces es necesaria para dotar a la vivienda de los demandados de ventilación vertical adecuada, luz y para sustentar dichos elementos accesorios: chimenea de calefacción y tendedero interior".

Ante ello no puede valorarse como una construcción tendente exclusivamente a perjudicar, sin beneficio o utilidad propia. Los supuestos en que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de marzo de 1999 recogía como abuso de derecho un caso en que "la construcción llevada a cabo por D. B. en el patio o corral de su propiedad y en la colindancia del mismo con la pared de la casa de la actora, que da al citado patio, consistente en una pared o tabique de ladrillos, de la misma anchura y altura que la aludida pared, de manera tal que la oculta en su totalidad, cerrando los tres huecos de ventanas existentes en la misma, con reja remetida, para tomar luces desde el aludido patio, pared a la que se adosa en una parte sólo de la misma un cobertizo de igual material, destinado a leñera, no tiene otra finalidad, en lo que excede de dicha leñera, de cegar los citados humos de ventana de la casa de la actora, lo que configura una clara y típica situación de abuso de derecho, que proscribe el artículo 7.2 del Código Civil"; y la sentencia de la misma Audiencia de 23 de diciembre de 2000 expresa -sentenciando en un proceso posesorio- que constituye perturbación posesoria la consistente en la construcción de un muro adosado a la fachada, pues es clara la posesión de la misma por la demandante y su derecho a no ser perturbada en ella, sin que tal actuación pueda verse amparada por el precitado artículo de la Compilación, que no autoriza actos como el descrito.

Por consiguiente, no se puede exigir a los demandados la realización de correcciones constructivas en la forma establecida en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida. La sentencia de la Audiencia Provincial trata de llevar a cabo una bienintencionada conciliación de los intereses en conflicto, pero lo hace sin tener presente que no puede reconocerse un interés -que no derecho, como dice expresamente la sentencia- a costa de vulnerar la plenitud de ejercicio legítimo del derecho del titular del

predio vecino. Es de tener en cuenta, por lo demás, que con arreglo a lo dispuesto en el art 3.2 del Código Civil la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita, lo que no sucede en el caso de autos.

Décimo.- Por todo ello procede la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida y la íntegra confirmación del fallo dictado en primera instancia.

Con las consecuencias prevenidas en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de las costas de primera instancia; y sin que proceda hacer especial declaración sobre las costas de este recurso y de la apelación.

Fallo:

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de casación número 6/2003, interpuesto por la representación procesal de Don Jose Ángel y Doña María Cristina , contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel en fecha 18 de octubre de 2003, y en su consecuencia casamos la resolución impugnada, debiendo estarse a los pronunciamientos recaídos en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Teruel; sin que se haga especial pronunciamiento respecto de las de este recurso y del recurso de apelación.

Líbrese a la Audiencia Provincial de Teruel la certificación correspondiente, con remisión de los autos y del rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular el Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Alvarez, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Voto particular:

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernández Alvarez a la sentencia de esta Sala dictada el 31 de marzo del presente año en el rollo de recurso de casación número 6/2003, procedente de la Audiencia Provincial de Teruel.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría y lamentando tener que discrepar de ella, formulo al amparo de lo prevenido en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil voto particular, entendiendo que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

S E N T E N C I A

En Zaragoza a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

Aceptando el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de

la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las últimas reformas del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, movidas por la necesidad de aliviar la carga competencial desmesurada del Tribunal Supremo, imposible de afrontar con la deseable prontitud, estuvieron presididas por el propósito de limitar el elenco de supuestos en que aquél procedía; dichas reformas operaron, principalmente, sobre el elemento de la cuantía litigiosa, elevando su tope mínimo, lo que dio lugar a que, mientras ciertos temas se repetían sin fruto alguno para el enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial, había numerosas cuestiones jurídicas, algunas de relevancia, que permanecían excluidas del ámbito de la casación, con lo que se privaba al recurso de cumplir de manera adecuada su primordial función de unificar la aplicación de las normas, cometido que en los últimos años resulta más necesario toda vez que el derecho privado ha experimentado cambios importantes merced a la publicación de nuevas leyes en parcelas de gran repercusión social.

Consciente de este panorama, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ensaya una nueva fórmula de acceso a la casación que sin entrañar una apertura exagerada del recurso, permite que lleguen al mismo aquellos asuntos que, si bien no rebasan el tope cuantitativo fijado - veinticinco millones de pesetas-, merecen recibir un pronunciamiento en éste grado jurisdiccional máximo.

Dicha fórmula significa la innovación más saliente en la nueva regulación del recurso de casación, y consiste, según señala el artículo 477.2, apartado 3º, en admitir también dicho recurso cuando la resolución del mismo presente "interés casacional", cuya apreciación no queda confiada a la discrecionalidad del tribunal, sino que se objetiva, concretándose en el número 3 de dicho artículo sus dos hipótesis.

SEGUNDO.- Según tiene declarado el Tribunal Supremo, en caso de recurso por interés casacional basado en la existencia de divergencias judiciales en la interpretación de una norma, al recurrente no le basta con afirmar que la sentencia impugnada se opone a la jurisprudencia sentada en otras resoluciones, mencionando éstas y recogiendo parte de su contenido o aportándolas, sino que es necesario expresar su "ratio decidendi" y razonar de qué modo se produce la contradicción jurisprudencial, pues lo que constituye interés casacional no es la mera diferencia entre sentencias, sino la existencia de jurisprudencia contradictoria, la cual se da cuando una misma cuestión jurídica es resuelta con disparidad de criterios, quedando circunscrito el recurso de casación por interés casacional a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar y sustituir la apreciación que de los hechos haya realizado el Tribunal de instancia.

Sólo si se da interés casacional, que queda referido exclusivamente a las

normas sustantivas, es posible la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal del párrafo 2º de la regla 5ª de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien autoriza a incluir en el recurso por interés casacional motivos del art. 469, supedita el eventual examen de estos motivos a la admisibilidad de la casación en que se insertan, casación que se admitirá atendiendo únicamente a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que quepa atacar la valoración de la prueba por la vía del art. 469.1.2º de la mentada Ley Procesal Civil para, una vez alterada, en su caso, y fijados unos nuevos hechos, poder defender la infracción de doctrina jurisprudencial (véanse los autos del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre y de 27 de noviembre del 2001, entre otros).

TERCERO.- La mayoría de esta Sala ha acogido en materia de admisibilidad del recurso de casación por interés casacional una postura que se halla en contradicción con la doctrina del Tribunal Supremo; en un primer momento la sentencia de la que discrepo expresa que dicho recurso "queda circunscrito a la estricta función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, sobre la subsunción y la consiguiente aplicación al caso de la norma jurídica sustantiva", pero luego asevera que cabe alterar la apreciación de los hechos probados realizada por el tribunal de instancia si se trata de "hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferencia", citando a favor de su postura jurisprudencia de las Salas Segunda y Primera del Tribunal Supremo (véase el fundamento jurídico sexto).

Obviamente, ningún valor tiene la referencia que se hace a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, toda vez que aquí nos hallamos ante una casación civil, y en cuanto a la jurisprudencia de la Sala Primera que se cita, debe tenerse en cuenta que la misma se refiere al recurso de casación ordinario, en el que si cabe, dentro de estrictos límites, la revisión de los hechos probados, actualmente por la vía del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (véanse los autos del Tribunal Supremo de 22 de enero y 3 de diciembre de 2002 y el de 8 de julio de 2003, entre otros); por el contrario, en el recurso por interés casacional no cabe, como ya dijimos, atacar la valoración de la prueba por la vía del artículo 469.1.2º para, una vez alterada, en su caso, y fijados unos nuevos hechos, poder defender la infracción de doctrina jurisprudencial.

A este respecto el auto del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003, relativo a un supuesto en que también se discutía la existencia o no de abuso de derecho, dice lo siguiente:

"No nos encontramos ante un supuesto en que, sentado el carácter abusivo del acuerdo, no se halla declarado su nulidad, ..., sino que en este caso fue rechazada la declaración de nulidad de los acuerdos, por entender la Audiencia Provincial que resulta clara ausencia de abuso de derecho o fraude de ley en la adopción de los acuerdos impugnados.

En conclusión, no se puede estimar un efectivo interés casacional, porque se alegue oposición a una doctrina jurisprudencial genérica, cuya vulneración por la Audiencia Provincial hubiera exigido la previa apreciación de la existencia de fraude de ley o abuso del derecho; por el contrario lo que concurre en el

presente caso es la falta de acreditación por los demandantes del presupuesto de tal nulidad, esto es, la conducta abusiva del órgano social, lo que ha entendido la Audiencia Provincial que no acontece."

Ciertamente, dicha resolución se refiere a un supuesto distinto, pero la doctrina que sienta es plenamente aplicable, "mutatis mutandis", al caso de autos.

El criterio adoptado por la mayoría de la Sala va en contra de la propia naturaleza y ámbito del recurso por interés casacional, que se circunscribe a la estricta función revisora del juicio jurídico, o sea, al juicio sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en esta modalidad de casación alterar o sustituir la apreciación que de los hechos probados realizó la sala de instancia, y conduce a resultados inaceptables, pues confiere a este cauce de impugnación una extensión desmesurada, aproximándolo a la casación ordinaria, ya que basta con atacar la valoración de los hechos para generar la admisibilidad del recuso por interés casacional, toda vez que la revisión del juicio fáctico permite defender la infracción de doctrina jurisprudencial, lo que implica hacer supuesto de la cuestión, pues el recurrente fundamenta su tesis sustantiva sobre la base de cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia impugnada: la resolución de instancia carece de interés casacional, pero se le dota del mismo sobre la base de cuestionar la valoración de la prueba de la sentencia recurrida.

La consecuencia sería una equiparación casi total a la casación ordinaria, con el consiguiente incremento de la litigiosidad y de los gastos a soportar por las partes, al tiempo que se generaría una carga competencial imposible de afrontar por el Tribunal Supremo.

Por último, es de señalar que la sentencia de la que disiento ni crea jurisprudencia ni la unifica; tanto la resolución de esta Sala como la de la Audiencia Provincial parten de la noción de abuso del derecho contenida en el artículo 7.2 del Código Civil, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, divergiendo únicamente en la valoración de la prueba, por lo que aquélla carece de interés casacional.

CUARTO.- Lo anteriormente razonado conduce a la inadmisión del presente recurso, lo que exonera de entrar a examinar el fondo del asunto, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Debería en consecuencia dictarse el siguiente:

FALLO

Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del presente recurso nº 6/2003 por carecer de interés casacional, interpuesto por la Procuradora D^a Pilar Balduque Martín, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D^a María Cristina , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en fecha 18 de octubre de 2003, recaída en autos de juicio ordinario sobre servidumbre número 240/2002 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Teruel, y en su consecuencia se declara la firmeza de dicha resolución, sin que se haga

especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvanse los autos a la Audiencia Provincial de Teruel, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Voto particular que firmo en Zaragoza en la fecha arriba indicada.