

## **A CONSTITUCIÓN DA SERVIDUME DE LUCES E VISTAS POR TÍTULO: O CONSENTIMENTO TÁCITO**

**(En torno á Sentencia da Audiencia Provincial de  
Pontevedra, secc. 1ª, de 16 de maio do 2000)**

M.ª Cruz Enjo Mallou

Universidad de Santiago de Compostela

A sentenza que nos dispoñemos a comentar aborda con certo detemento, e de aí o seu especial interese, algún dos aspectos que máis suxestivas cuestións plantexan no eido da servidume de luces e vistas, que deu orixe ó conflito de autos, continuando neste senso o camiño xa aberto por unha corrente xurisprudencial certamente dinamizadora - da que se dará conta ó longo destas páxinas- que matiza ou somete a revisión algunhas das visións tradicionais máis arraigadas na nosa xurisprudencia a forza de reiterarse, en ocasións de xeito un tanto tópico e repetitivo, nas sucesivas decisións xudiciais recaídas en materia de servidumes dende o século pasado.

Así, dunha banda, e con carácter principal, a sentenza ven, ó meu entender, implícitamente a poñer de manifesto a insostible situación de desamparo e impotencia na que se atopa o propietario dunha edificación que abre fiestras ou balcóns para luces e vistas cara o predio contiguo que, aínda sen respecta-las distancias legais que para a apertura dos mesmos impón o artigo 582 do Código Civil, son manifestación dunha situación posesoria inequívoca e pacificamente prolongada no tempo, fronte á pretensión de cerre dos ocos exercitada polo colindante a través da correspondente acción negatoria, -situación esta da que é un fiel reflexo o caso de autos-, que ten como trasfondo a caracterización da servidume de luces e vistas como negativa cando o oco se atopa en parede propia que condicionará -xa veremos en qué medida-, a posibilidade de adquirir-la servidume por usucapión.

En efecto, en primeiro termo, e deixando por agora á marxe os problemas que plantexa a usucapión en materia de luces e vistas – os cales non son especificamente tratados na resolución- e adiantando algunhas conclusións que serán debidamente desenrolladas ó longo do comentario, sácase a relucir , fronte a invocación polo demandado da inmemorialidade da servidume, a dificultade que, ó día de hoxe, e habida conta do tempo transcorrido desde a promulgación do Código Civil, xorde para acreditar a adquisición da servidume por prescripción inmemorial, tema éste ó que adicaremos algunhas liñas e que a resolución obxecto de comentario aborda no fundamento xurídico cuarto, concluíndo que

“dada la antigüedad del inmueble y de los huecos abiertos en la pared. cuyo conocimiento deriva de los testimonios antes comentados que desde siempre, y desde sus antecesores han conocido la existencia de la casa con las ventanas a que la litis se refiere. Hoy la inmemorialidad es siempre difícil de acreditar, por las limitaciones temporales de los testigos”

Desde outra perspectiva, na cal centraremos – tal como fixo a resolución- a nosa atención, a presente resolución xudicial supón un distanciamento da tradicional actitude de receo dos nosos Tribunais, que amosan a súa reticencia fronte á alegación, a fin de fundar a existencia do título constitutivo que daría cobertura xurídica ó que, *de facto*, non é outra cousa que o exercicio dunha servidume de luces e vistas, da concorrencia dun consentimento manifestado, non xa expresamente por medio da palabra escrita ou oral, senón por un comportamento do dono do predio presuntamente servinte que permita poñelo implícitamente de manifesto, de xeito tácito, ou ben obtido, alternativamente, por vía presuntiva a partir de elementos de xuízo extraídos do litixio, posibilidade esta última, non obstante, á admisibilidade da cal se poñen non poucas reservas, a pesar do cal a resolución comentada non dubida en expresar a súa opinión ó respecto, efectuando una rigorosa e razoada argumentación a favor da admisibilidade do consentimento tácito ou presunto como título constitutivo da servidume, ata o punto que será determinante da revogación da resolución do xuíz de primeira instancia, desestimando a acción negatoria de servidume de luces e vistas entablada polo actor, en base a unha serie de consideracións reflexadas basicamente no fundamento xurídico cuarto, que di así :

“Cuando la Ley habla de título de adquisición de servidumbre (art 537, 539 del CC) no se está refiriendo solo a título documentado, sino al negocio jurídico

en cuya virtud aquélla se ha constituido, es decir al pacto o convenio que dio nacimiento a la servidumbre. En palabras de la STS de 21-12-1990, a efectos de la adquisición de la servidumbre por virtud de título, ha de entenderse por éste todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, inter vivos o de última voluntad; negocio jurídico que da nacimiento a la servidumbre, no al documento en que este acto se hace constar.

El hecho de que tal pacto o acuerdo no haya quedado documentado no debe, en modo alguno, conducir a la tesis de su inexistencia si hay otros elementos de juicio que llevan al entendimiento de que el estado de cosas existente permite, o bien presumir que hubo título originado en un negocio jurídico preexistente, o que se ha producido un consentimiento tácito; dicho de otro modo, y desde otra perspectiva, que aquel estado de cosas no se explica sino en virtud de la preexistencia, en algún momento, de un pacto o convenio habilitante, basado en una voluntad efectiva, real de dar vida a la servidumbre.

En efecto, no es concebible que la continuidad durante tan prolongado período de tiempo –hablamos de cien años, un siglo, desde una perspectiva biográfica comporta el paso de varias generaciones- de una situación de hecho caracterizada por tan evidentes y rotundos signos como la existencia de unas ventanas construidas con el propio inmueble en pared tan inmediata al fundo colindante, solo separada por el mínimo hiato de un cauce, no obedeciese a algo más que una mera tolerancia. Cuando el titular (o sucesivos titulares) del predio afectado resisten tan rotundo estado de cosas, tan evidentes y visibles signos, de modo impertérrito y continuado durante prácticamente un siglo – y probablemente más- tan dilatada realidad histórica no puede explicarse, no se sostiene con la explicación de actitud tan frágil como es la mera tolerancia. Emerge, entonces, como fundamento o razón, la idea de la preexistencia de un título constitutivo esto es de un acto de voluntad constituyente, suficientemente consolidado como para haber servido de apoyo de una situación de permanencia y visibilidad no concebible fuera o al margen de un sustento comercial con vocación constituyente. Y si se entendiera que la materia de servidumbres se resiste a admitir la idea del consentimiento presunto –pese a tan vehementes presunciones-, el título podría descansar igualmente, dadas las circunstancias, en un consentimiento tácito, puesto de manifiesto en el hecho de que el titular del predio vecino haya mantenido durante prácticamente un siglo la situación enjuiciada, de características tan significativas que solo un decidido consentimiento puede justificar la persistente y pacífica continuidad.

El criterio sostenido, sobre no ser ajeno al ya sustentado en otras resoluciones de Audiencias Provinciales (A Coruña – Sec. 1.<sup>a</sup>- de 28-9-1995), ha sido también utilizado por el propio TS en sentencia de 24-3-1994 que valora el respeto a una situación de hecho consistente en la preexistencia de unos huecos como “demostrativo de la existencia de un negocio capaz de originar

la adquisición de dicha servidumbre por título; tan es así, que, al contestar la reconvencción se trae a colación un plano... que demuestra una realidad inamovible en el año 1974 ..., es decir, después de casi un siglo se mantiene una situación producto de una paz negociada en su inicio por los interesados"; esta argumentación de la sentencia –que es acertada- no se ha visto convincentemente rebatida por los recurrentes, que más bien desvían la cuestión a la no prescripción adquisitiva pero ignoran la existencia del calificado en la sentencia como "negocio capaz de originar la adquisición de dicha servidumbre por título".

Por outra banda, e dun xeito un tanto secundario ou tanxencial, por non facer descansar, ó fin e o cabo, nesta argumentación a decisión de desestimar – revocando así o pronunciamiento condenatorio do xuíz *a quo*, apegado á corrente máis tradicionalista- a acción negatoria exercitada, toca a Sentencia no segundo fundamento xurídico, o alcance e limitacións dun precepto como o artículo 584 do Código Civil que, como é sabido, exceptiona a obriga de garda-las distancias legais previstas no artículo 582 do mesmo Corpo sustantivo cando os predios están separados por unha vía pública, se ben cinguíndose a un punto moi específico, cal é o da equiparación dos cauces de augas á vía pública ós efectos de aplica-lo artículo 584, efectuando no fundamento xurídico segundo unha serie de matizacións – ás que non deixaremos de facer unha referencia na última parte da exposición- á luz das peculiares circunstancias que rodean suposto axuizado, no que, tras reputar acreditada a existencia do cauce entre as fincas, e descartando a alegación do demandante de que o mesmo discurría polo seu predio<sup>1</sup>, conclúe que

"Dando por cierto que dicho cauce, según la propia descripción del título del actor, no está incluido en el perímetro de la finca, pues linda con él, la recurrente estima que es de aplicación el criterio ya utilizado en la STS de 11 de octubre de 1979 (Arz. 3389); en efecto, en aquella ocasión y en litigio sobre

---

1 Sinálase textualmente na resolución que "es cierto que hay un cauce entre ambas fincas; es un hecho admitido por todos y que las fotografías que están unidas a los autos ponen de manifiesto. Pero el demandante dice que ese cauce le pertenece y que discurre por su finca (...) Pero cualquiera que sea la apariencia física de las cosas y lo que las partes digan, es lo cierto que le propio título del demandante dice que la finca limita al este con cauce que separa del predio de B. B. F., incontestable dato descriptivo que sitúa el cauce fuera de la propiedad el actor, por más que pueda servirse o beneficiarse de su riego, lo que de hecho ocurre respecto de otras fincas, a juzgar por lo que dicen los testigos que, además, le atribuyen la condición de público (...), tanto por este dato como por el hecho de que antes de discurrir entre ambos predios litigiosos lo hace adosado a un camino público".

servidumbre de luces y vistas, donde discurría entre las propiedades una acequia de una comunidad de regantes (que figuraba como lindero en los títulos de propiedad), habiendo calificado el tribunal de instancia como vía pública al acueducto, el TS no solo apoya esta calificación (con cita de otra sentencia de 9-3-1929) sino que añade la nota de la flata de la condición física de la contigüidad, por su sentido y finalidad, y ello para sentar que la limitación que establecen los arts 581 y 582 es solo exigible cuando existe esa contigüidad, pero no cuando hay un hiato o separación producido o creado por un accidente topográfico que haga desaparecer la finalidad que, por error de las buenas relaciones de vecindad persiguen dichos preceptos.

No obstante, tal criterio jurisprudencial, entendemos no sería exactamente aplicable al caso de autos, dada la angostura del cauce que no priva prácticamente de inmediatez entre la pared de los demandados y la finca de la parte actora, al punto de desvirtuar la nota de contigüidad”.

### **1. A adquisición da servidume por prescripción inmemorial: a dificultade probatoria**

Como é sabido, a peculiar mecánica procesual da acción negatoria que deu orixe á litis, opera unha inversión da regra sobre o *onus probandi* contida no artículo 1214 do Código Civil, de xeito tal que traslada, unha vez acreditada polo actor a realidade da perturbación efectuada polo demandado con pretensións de impoñer un dereito real sobre o seu predio, e o dominio sobre a finca que pretende ver libre de todo gravame, ó demandado a carga de probar cumpridamente, ben a concorrencia de determinadas circunstancias que, como a incidencia das vistas sobre unha vía pública, no senso requerido polo artículo 584 do Código Civil- unha das tácticas defensivas que esgrimió o demandado-, exclúen a entrada en xogo das distancias legais prescritas polo artículo 582 do mesmo Corpo legal, ben a existencia dunha servidume de luces e vistas constituída por calquera dos medios admitidos en Dereito, a saber, constitución por título, por signo aparente ex artigo 541 ou polo transcurso dun determinado período de tempo fixado legalmente para dar lugar a adquisición da servidume, sendo esta última vía a utilizada polo demandado para tentar acredita-la constitución do gravame.

Cómpre efectuar, con carácter previo, unha serie de consideracións que axuden a entender porqué o demandado centrou o seu alegato defensivo na inmemorialidade da servidume que, como veremos, precisa, pola súa propia natureza, para ser apreciada duns requisitos moi precisos, e fundamental-

mente que a orixe da situación se remonte ós tempos anteriores á promulgación do Código Civil, e non na usucapión, para consuma-la cal bastaría, en principio, segundo o disposto no artigo 538, con acreditar unha antigüidade de vinte anos; pois ben, a razón estriba na existencia dunha consolidada e insistentemente reiterada doutrina xurisprudencial que, xa dende o século pasado, ven atribuíndo, sen fisuras, carácter negativo á servidume de luces e vistas cando os ocos se atopan practicados en parede propia do dono do fondo dominante, e positiva cando tales ocos se atopan en parede medianil ou propia do dono servinte, non puidendo, no primeiro suposto – polo demáis, o que con maior asiduidade se verifica na práctica de acordo co teor do artigo 538, dar comezo ó cómputo do prazo prescriptivo vintenal senon a partir da produción dun acto obstativo polo que o dono do que sería predio dominante prohibe ó do servinte a execución dun feito que lle sería lícita sen a servidume ( requirimento para non edificar, acción dirixida a obter a suspensión do edificio en construción, etc.), mentras que no segundo caso o *dies a quo* ven constituído polo día mesmo de apertura dos ocos.

Así as cousas, sen perxuízo de que semellante entendemento xurisprudencial, non esté exento, ó meu xeito de ver, de inconvenientes tanto no seu plantexamento teórico coma nos seus resultados prácticos – non é este o lugar axeitado para profundizar nesta espinosa cuestión- o certo é que ven sendo unha realidade estadisticamente constatable, que na inmensa maioría das ocasións nas que se opón, fronte á pretensión de peche das fiestras que levan abertas un tempo considerable – en calquera caso, máis de vinte anos- sen variación na súa configuración ou dimensións – pois en tal caso poderíase incurrir nunha agravación da servidume-, os Tribunais botan en falta, por máis que a antigüidade das fiestras exceda, con creces, do prazo legalmente requerido para a adquisición por usucapión, a concorrencia do acto obstativo, a ausencia do cal impide que teña comezo o cómputo do prazo vintenal, abocando así ó máis rotundo fracaso o intento de funda-la adquisición da servidume por prescripción adquisitiva.

Pintada dun xeito tan desalentador para aquel contra quen se dirixe a acción negatoria, que polo demáis acostuma ser plenamente consciente do arraigado, e por ende enormemente difícil de eludir, da secular interpretación exposta, absolutamente dominante no panorama xurisprudencial, o instituto da prescripción inmemorial erixese, pois, coma unha alternativa idónea

naqueles supostos nos que, como acontece no caso exposto, o conflito xira en torno a unha edificación centenaria, modalidade de prescripción que precisa, como será xa coñecido, da permanencia da situación de feito de que se trata, desde tempo inmemorial, isto é, cunha longísima e pacífica posesión de orixe tan remota que non sexa alcanzada pola memoria dos homes, e sen que exista, asemade, memoria de feito algún contrario a ela<sup>2</sup>, medio de adquisición de servidumes que, aínda non tendo expreso recoñecemento no Código, o Tribunal Supremo deriva do xogo da combinación da súa Disposición Transitoria 1<sup>a</sup> coa Lei 15, Título 31, Partida 3<sup>a</sup>, ó abeiro da lexislación anterior ó Código.

Ocorre, nembargantes, que sendo o medio probatorio idóneo, e o único posible en moitos casos, a declaración testifical, co longo tempo trascorrido dende o 24 de xullo de 1899 – data de entrada en vigor do Código Civil- tórnase máis difícil, a medida que nos alonxamos da data de vixencia do Código, é virtualmente imposible ó día de hoxe, transcorrido máis dun século, atopar persoas coa idade, consciencia e coñecemento suficientes que poidan dar testimonio da inmemorialidade do exercicio da servidume<sup>3</sup> – a iso se refire a resolución cando fala las “limitacións temporais dos testigos”- o que fai obrigado acudir a outras circunstancias obxetivas ou características que no caso poidan concorrer – á configuración do predio ou á manifesta ostensibilidade da servidume, compatible á súa vez coa inmemorialidade da mesma fai alusión a SAP Pontevedra de 5 de outubro de 1992- que non se aprecian no suposto litixioso; factores, en fin, todos eles –dificultade de acredita-la inmemorialidade ante o relativo valor que cabe dar a uns testigos que, pola súa idade, non puideron ter coñecemento directo da orixe da situación, e a carencia de outros datos obxetivos que, cando menos, avalen ou reforcen as declaracións prestadas- que, sumados ás discrepancias xurdidas na xurisprudencia entre aquelas resolucións que esixen que a prescripción esté xa

---

2 Neste senso se pronuncian xa no século pasado as SSTS 4 xuño 1864, 15 outubro 1866, 7 xaneiro 1895, 28 febreiro 1898.

3 A antiga xurisprudencia do Tribunal Supremo ven esixindo, cando de testigos se trata, que é preciso que non recorden, nin por sí nin por referencia dos seus maiores a orixe da servidume, nin a existencia dun estado de cousas contrario á mesma, vid. Así, SSTS 24 xuño 1864, 12 xuño 1886, 24 outubro 1874, 11 xaneiro 1895. Polo demáis, a dificultade da proba da prescripción inmemorial mediante declaracións testificais é posta de manifesto, entre outras, pola SAT Oviedo 13 abril 1984, SAP Pontevedra 5 outubro 1992 ou a SAP A Coruña 27 marzo 1996.

consumada á entrada en vigor do Código Civil<sup>4</sup> e aqueloutras que, en tono menos restrictivo, estiman suficiente que a prescripción se iniciara, aínda que non se consumara, con anterioridade á vixencia do mesmo<sup>5</sup>, impiden ou dificultan, a pesares de resultar constatado, -tanto polas distintas declaracións testificais, como polo informe pericial acompañado coa demanda, corroborado pola pericial practicada- que a edificación do demandado ten unha antigüidade aproximada de cen anos, así como que as fiestras que se pretenden clausurar datan da mesma época en que se levantou a construción, ó Tribunal, facendo gala, neste punto, dunha actitude certamente cautelosa, chegar a convicción da inmemorialidade da situación de feito axuizada, inclinándose por dirixi-lo debate cara outro tipo de consideracións, que a continuación pasamos a analizar.

## **2. O consentimento tácito na constitución da servidume de luces e vistas**

En efecto, como xa se adiantou, Tribunal non quere renunciar a profundidar noutra liña de argumentación que, partindo igualmente como base da situación fáctica acreditada en autos, isto é, a considerable antigüidade das fiestras e a ausencia de calquera acto de oposición por parte do colindante, efectúa unha serie de reflexións en torno á posibilidade de fundar a existencia da pretendida servidume de luces e vistas, se non na prescripción adquisitiva, polas razóns xa apuntadas, sí na apreciación da existencia dun negocio xurídico capaz de dar lugar ó nacemento do gravame, modo constitutivo éste no que, a pesar de non ter sido a principal vía de defensa sostida polo demandado, fai especial fincapé, ata o punto de facer descansar-lo título, ben na existencia dun consentimento presunto, apoiado, ó seu criterio, en “vehementes presuncións” detraídas dos elementos de xuízo concorrentes no suposto, ou ben acudindo como alternativa, consciente das reticencias con que a xurisprudenza acostuma a contemplar tal categoría, no consentimento tácito do titular do predio pretendidamente servinte, “posto de manifesto no feito de que o titular do predio veciño veña mantendo durante practicamente

---

4 Nesta liña sitúanse, por citar algunhas, as SSTS 14 novembro 1961 (RJ 1961, 3652) ou 15 febreiro 1989 (RJ 1989, 966).

5 Tal é a tendencia seguida polas SSTS 7 xaneiro 1920 ou 5 marzo 1993 (RJ 1993, 2007), entre outras.

un século a situación enxuizada, de características tan significativas que só un decidido consentimento pode xustificar a persistente e pacífica continuidade”, cuestión ésta sobre a que pasaremos a efectuar unha serie de consideracións que estimamos poden ser de interese, sen que por elo omitamos algunha reflexión en torno ó consentimento presunto.

Partiremos na nosa exposición, acollendo a sistemática utilizada na resolución, do concepto de título como modo de constitución de servidumes, que conta con recoñecemento expreso nos artigos 537 e 539 do Código Civil, o cal haberá de ser entendido, como xa ten sentado unha abondosa xurisprudencia<sup>6</sup>, e reitera a citada STS de 21 de decembro de 1990, non no senso material de documento, senón no de negocio xurídico, veña dado xa por un acto xurídico *inter vivos* xa *mortis causa*, e ben a título oneroso ou gratuito, de calquera forma que éste se produza conforme á súa propia natureza para a súa validez, de xeito tal que a titulación escrita, - a cal, por certo, non debe indentificarse necesariamente coa escritura pública como elemento *ab solemnitate* que condicione a eficacia obrigatoria e a validez do pactado- aínda admitindo que facilitará sensiblemente ó demandado a tarefa probatoria da existencia do gravame, non é nin moito menos imprescindible -pensar outra cousa suporía descoñecer o principio de liberdade de forma que inspira o noso Código Civil<sup>7</sup>- podendo ser acreditada a existencia de título

---

6 Vid., *ad exemplum*, SSTS 2 xuño 1969 (RJ 1969, 3191), 10 abril 1978 (RJ 1978, 1269), 26 xuño 1981 (RJ 1981, 2614)

7 Neste senso, recorda a STS de 10 de abril de 1978 (RJ 1978, 1269) en que o título revelador de servidume voluntaria non require forzosamente o outorgamento de escritura pública, ó non existir precepto legal que expresamente o imponha, posto que, según prevén o artículo 1278 do Código Civil os contratos serán obrigatorios, calquera que sexa a forma en que se teñan celebrado, sempre que neles concorran as condicións esenciais para a súa validez, sen que - engade a STS de 26 de xuño de 1981 (RJ 1981, 2614)- a esixencia de forma escrita contida no último párrafo do artículo 1280 do mesmo corpo, y concretamente referido ós actos e contratos que teñan por obxecto a creación de deritos reais sobre bens inmobles, como é a servidume de luces e vistas, teña o alcance de forma solemne que oida afectar á eficacia obrigatoria do contrato, senón, simplemente, e posto en relación co artigo 1279 do debandito corpo legal sustantivo, o recoñecemento da facultade, e non unha obriga, - vid. SSTS 3 maio 1879, 11 marzo 1932 (RJ 1932, 956) e 30 abril 1955 (RJ 1955, 1558)- de compelerse recíprocamente os contratantes a enche-la forma escrita, sempre e cando concorran os requisitos de consentimento e demais necesarios para a súa validez, requeridos polo artículo 1261 do Código Civil, pero sempre sobre a base de que ésta, concorrentes eses requisitos, opera con independencia do cumprimento da formalidade da escritura cando non ven esixida *ad solemnitate* ou *ad probationem*.

constitutivo da servidume por calquera dos medios admitidos en Dereito, sen que sexa dable excluir, por conseguinte, a posibilidade de que o pacto ou negocio xurídico constitutivo do gravame non teña reflexo documental, a pesar de que certa corrente xurisprudencial –quebrantando, ó meu entender, os máis elementais principios procesais en materia de proba<sup>8</sup>- semelle dar a entende-lo contrario, pois non cabe esquecer que o indispensable concerto de vontades que o título debe reflectir<sup>9</sup>, pode ser expresado, -deixando a un lado as dificultades probatorias que poida entrañar- non só por escrito, senón tamén por medio da palabra a través dun acordo verbal, que por outra parte xa ten sido apreciado na xurisprudencia<sup>10</sup>.

Pero é que, avanzando un paso máis no fío argumental ata o de agora desenrolado, non cabe obviala posibilidade, aboada polo principio espiritualista que en materia de forma rixe respecto ós negocios xurídicos de índole patrimonial coma o que nos ocupa, de que o acordo de vontades se manifeste,

---

8 Así, pon de manifesto REBOLLEDO VARELA, A. L., *Los derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbre de paso y servientia)*, ed. Revista Xurídica Galega, 1999, páx. 139 e 140, que a esixencia xurisprudencial, en sintonía co principio de interpretación restrictiva reinante en materia de servidumes, de que non exista dúbida algunha sobre a existencia do acordo de vontades, desembocou na práctica, e de xeito implícito, na esixencia de un título-documento para acreditar tal acordo de vontade, sen dar valor procesual a outro tipo de probas, poñendo como exemplo desta tendencia a STS 30 abril de 1993 (RJ 1993, 2958), secundada na xurisprudenza menor pola SAP Cuenca 11 decembro de 1995 (AC 1995, 2481) que requiren, con fundamento no artigo 1280 do Código Civil, que a vontade negocial se atope “suficientemente documentada”.

9 Concorrenza de vontades na que, como atinadamente sinala a STSJ Cataluña (RJ 1992, 2574) será especialmente relevante a aquiescencia do titular do predio serviente, que deberá constar de maneira clara e terminante, posto que o gravame constituirase no seu perxuízo. Por outra parte, na necesidade de que o consentimento sexa bilateral, sin que sea suficiente a vontade dunha das partes favorable á creación do gravame, sen a aceptación da outra, insiste a STS de 27 de febreiro de 1993 que nun suposto de luces e vistas no que o dono do presunto fundo dominante alegaba como título para obté-lo éxito da acción confesoria instada, un documento que o Tribunal considerar que non contén acordo de vontades ningún, senón tan só a prohibición de que os servintes, co edificio que proxectaban construír, tapasen os ocos existentes na edificación do demandante, por non ser máis que un acto formal e obstativo imprescindible para poder adquirir por usucapión a pretendida servidume, sen que en modo algún tal documento poida ser conceptualado *per se*, como título constitutivo de servidume, ou recoñecemento da mesma, limitándose os demandados a ser meros receptores dunha prohibición.

10 Así, as SSTS 11 maio 1962 (RJ 1962, 2313), 9 marzo 1979 (RJ 1979, 856), 6 decembro 1985, SAP 11 xaneiro 1995 (AC 1995, 91) ou SAP Tarragona 10 febreiro 1999 (El Derecho 1999, 6636).

non xa de xeito explícito por medio da palabra, escrita ou oral, senón incluso de xeito tácito, a través de feitos concludentes reveladores la máis absoluta aquiescencia; e así, sendo verdade que, con carácter xeral, o mero coñecemento da existencia dunha determinada situación non pode ser equiparado, por si só, ó consentemento<sup>11</sup>, así como que a declaración de vontade emitida indirectamente ha de resultar terminante, clara e inequívoca<sup>12</sup> non é menos certo que cando o coñecemento dun determinado feito vai acompañado dun comportamento, activo ou omisivo, pero en calquera caso de significación tan evidente inequívoca que, máis alá do que é unha actitude meramente pasiva, polas circunstancias anteriores ou coetáneas concorrentes no caso concreto, resulta inequívocamente revelador, sen dúbida algunha ó respecto, da aceptación de tal situación por aquel a quen perxudica, o consentemento tácito preséntase, ó meu entender, como unha razoable dedución que pode derivarse, non xa de conductas de activa colaboración na instauración da situación que posteriormente se combate, senón incluso da permisividade dun estado de cousas consolidado ó longo dos anos sen que conste oposición algunha ante unha rotunda e evidente realidade fáctica con pretensións de adquirir transcendencia xurídica.

Así, en primeiro termo, e proxectando a doutrina reseñada ó específico suposto de autos, cabe resaltar coma unha das circunstancias relevantes a ter en conta, a prolongada e inquebrantada continuidade no tempo, ata acadar unha antigüidade de case un século, dunha situación de feito, como a representada pola apertura de fiestras<sup>13</sup>, balcóns ou outros voladizos semellantes, sen observa-las distancias mínimas prescritas polo artigo 582 do

---

11 Así o poñen de manifesto resolucións como a STSJ Navarra de 19 de setembro de 1991 (Act. Civ. 1992-1, @45) ou a Sentencia do 28 de xuño de 1993 do Tribunal Supremo (RJ 1993, 4791) que advirte que o consentemento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demostren de xeito seguro o pensamento de conformidade do axente, sen que caiba atribuír esa aceptación ó mero coñecemento, por requerirse de actos de positivo valor demostrativo dunha vontade determinada en tal senso.

12 Sen que, como advertiu a STS de 8 de febreiro de 1964 (RJ 1964, 682) "sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación, sinó, por el contrario, reveladoras del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho".

13 Neste senso, leva razón a resolución comentada cando sinala, no fundamento xurídico terceiro que "hay datos de hecho que no pueden ser ignorados: la vivienda de los demandados cuenta con una antigüedad de unos 100 años y las ventanas cuyo cierre se pretende datan de la fecha de construcción del inmueble", datos que resultaron acreditados tanto pola proba pericial practicada coma polas declaracións testificais.

Código Civil respecto do predio limítrofe, isto é, a larga permanencia dun estado de feito contrario a unha norma limitativa do dominio que podería, ser entendida, en unión doutros indicios, coma unha expresión de vontade permisiva por parte de dono do fondo colindante<sup>14</sup>; polo demáis, non cabe esquecer que a situación fáctica así definida, non está, nin moito menos, exenta de consideración no noso ordenamento xurídico que, xa de entrada, outorga tutela xudicial á debandita realidade posesoria a través dos mecanismos procesais – os tradicionais interdictos- de protección de situacións posesorias, que poden desembocar, se ben de xeito sumario e provisional, na paralización dunha obra efectuada sen garda-la distancia de tres metros que o artigo 585 do Código Civil impón para o caso de existencia de unha servidume de luces e vistas respecto do colindante que infrinxiu as distancias do artículo 582, sen entrar en valoracións xurídicas atinxintes á real e efectiva existencia dun dereito real de servidume.

Pero e que, a maior abundamento, e como un indicio máis a ter en conta en unión do xa apuntado, o consentimento tácito pode derivarse, así mesmo, dun comportamento persoal que implicitamente o poña de manifesto<sup>15</sup>, pois non doutro xeito pode verse a actitude mostrada ante a realización das obras cando éstas se verifican á vista, ciencia e paciencia dos sucesivos titulares do predio colindante que, xeneración tras xeneración, lonxe de reaccionar ante o que, de feito, non é senón unha servidume de luces e vistas, limitáanse a contemplar -facendo nosas as elocuentes palabras utilizadas polo órgano xudicial *ad quem*- “de modo impertérrito y continuado durante prácticamente un siglo” tan significativo estado de cousas, sen que conste que mostraran, ó longo de tan dilatado período de tempo – ata a presentación da demanda que deu orixe ó litixio- a súa oposición ou, tan sequera a máis mínima protesta, a pesares do evidente e prolongado da situación que coa acción negatoria se trata de facer cesar<sup>16</sup>.

---

14 Vid. SAP Pontevedra, sección 3ª, 6 de marzo de 1998 (El Derecho 1998, 5059).

15 Vid., sobre esto, a STS 24 maio 1975 (RJ 1975, 2104).

16 Así, precisa o Tribunal *ad quem*, tras entender acreditado que as fiestras levaban abertas desde a construción da casa do demandado, que “no consta, por lo demás, que en todo ese tiempo ni el titular o titulares anteriores de la finca de los demandantes, ni éstos, desde que la compraron en mayo de 1980 (es decir, diecinueve años antes de presentar la demanda), hubiesen formulado no ya requerimiento alguno, sino tampoco protesta de algún género. Ni siquiera con ocasión tan significativa como la de levantar en la finca la edificación que se aprecia en las fotografías unidas a los autos”.

Non semella que, nestas circunstancias, a situación descrita teña fácil encaixe na que a resolución comentada denomina “frágil” categoría dos actos meramente tolerados, en contra do que ven mantendo dende sempre o sector máis tradicionalista e conservador da xurisprudencia, para o cal a mera falta de oposición ó exercicio de feito dunha servidume, independentemente do maior ou menor período de tempo que tal situación teña sido mantida, non pode, en ningún caso, dar lugar a adquisición do dereito real por usucapión en relación coas servidumes discontinuas e non aparentes- o caso típico da servidume de paso- a imprescriptibilidade das cales se deriva expresamente do disposto no artigo 539 do Código, aquelas nas que, sendo continuas e aparentes, polo seu carácter negativo, se fai depender o inicio do cómputo do prazo prescriptivo da concorrencia dun acto obstativo – así ocorre coa servidume de luces e vistas cando o oco se atopa en parede propia- , negando, en definitiva, que a mera pasividade ante un feito que, a fin de contas, constitúe unha clara infracción de normas limitativas do dominio como as contidas no artigo 582, tuteladoras da situación do colindante, poida ser entendida como expresión dun consentemento tácito non indo, de acordo con este restrictivo criterio, máis alá de actos meramente tolerados, que, de acordo cos artigos 444 e 1942 do Código Civil non afectan á posesión, a permisividade dos cales descansaría simplemente na actitude condescendiente ou complacente do dono do predio pretendidamente servinte, carentes de trascendencia real necesaria para facer entrar en xogo o instituto da prescripción adquisitiva<sup>17</sup>.

En efecto, non deixa de te-la súa coherencia o razoamento así exposto cando cuestiona que o mero transcurso de máis o menos tempo sen instar en vía xudicial a eliminación da perturbación supoña un asentimento á mesma, desde o momento en que as accións teñen un prazo para ser exercitadas que, no caso da acción negatoria, acada os trinta anos segundo o artigo 1963 do Código Civil, sen que pareza de recibo forzar a un propietario a recorrer ós Tribunais, cos costes e molestias que todo pleito conleva, ante a máis mínima infracción que cometa o colindante, radicando, en calquera caso, a clave da cuestión en marcar unha nítida liña de separación a fin de diferenciar o o que son actos de mera tolerancia, que poden realizarse, e

---

17 Doutrina recollida, entre outras, nas SSTS de 8 outubro 1988 (RJ 1988, 7395), 30 de abril de 1993 (RJ 1993, 22958) e, na denominada xurisprudencia menor, pola SAP Cuenca 17 marzo 1994 (AC 1994, 1678).

deixarse realizar, sen ánimo de constituir un dereito, e sen que afecten á posesión (art 444 e 1942 C.C.) e a notoriedade dos actos, evidentes, inequívocos e reveladores do exercicio dun dereito sobre predio alleo con pretensións de adquirilo dereito en cuestión<sup>18</sup>.

Agora ben, sen perxuízo de que a doutrina dos actos tolerados poida te-la súa razón de ser no eido da usucapión tal e como está configurada no Código e entendida pola xurisprudencia, e nesa dirección se moven as resolucións que lle dan acollida, o certo é que o recurso, tantas veces utilizado -en ocasións dun xeito que roza o rutinario, sen proxectar tan xenérica declaración ó caso concreto-, pola xurisprudencia ós actos meramente tolerados para restar calquera trascendencia xurídica ós actos posesorios realizados en materia de servidumes, non parece que sexa recoducible, como se ven facendo, á constitución por negocio xurídico, cando existen actos tan contundentes e significativos como a dilatada, e non cuestionada, permanencia ó longo de case un século das fiestras controvertidas, situación que, de feito, e queremos insistir especialmente neste punto, non pode ser considerada máis que coma o exercicio dunha servidume de luces y vistas, o que, ó meu xeito de ver, se compadece mal coa categoría dos actos tolerados, demasiado endeble para sustentar "tan dilatada realidade histórica".

Non obstante, certa xurisprudencia parece ter tomado conciencia do problema suliñado, e así fronte a aquelas resolucións, de corte clásico e marcadamente restrictivo que, como a STS de 30 de abril de 1993 (RJ 1993, 2958), estima absolutamente irrelevante a efectos de plasma-la vontade constitutiva do gravame, a situación posesoria disfrutada durante un intervalo máis ou menos longo de tempo, que, ó seu criterio, non sería máis que fruto da mera tolerancia do que a sofre, cabería opoñer aquela outra liña, que conta cada vez con maior número de adeptos entre os órganos xudiciais<sup>19</sup>, -á que se suma a resolución obxeto de comentario-, por máis que non deixe de ser unha postura minoritaria dentro do panorama xurisprudencial actual, que aposta pola idea de que, cando o exercicio da servidume se leva a cabo

---

18 Vid. ROCA JUAN, J., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirixidos por Albadalejo García, t. VII, vol. 2, ed. Edersa, Madrid 1990, páx. 67.

19 Partidarias desta dinamizadora liña interpretativa son, por citar algunhas, e sen afán de exhaustividade, a STS 19 outubro 1984 (RJ 1984, 4900), 20 outubro 1993 (RJ 1993, 7750), 24 febreiro 1997 (RJ 1997, 1193) ou a SAP Pontevedra, 16 abril 1991 (R.X.G. 1992, 17).

durante un número considerable de anos, podendo chegar a contarse por séculos, con pleno coñecemento dos sucesivos propietarios do predio sobre o que recaen as vistas que, incluso ó longo de varias xeneracións, aquíétanse ante tan evidente, rotunda e inequívoca situación sen manifestar en ningún momento a máis mínima protesta, aparte de merece-la consideración de actos propios, cabe aprecia-la existencia dun consentimento tácito derivado dos denominados *facta concludentia*, isto é, de feitos e circunstancias que, de xeito absolutamente concluínte, revelan a actitude de aquiescencia do titular do predio supostamente servinte ó establecemento dunha carga sobre o seu predio, sendo neste senso paradigmáticas as declaracións vertidas na Sentencia de 28 de setembro de 1995 da A.P. A Coruña ( R.X.G. 1995, 200) ó coñecer dunha acción negatoria de servidume de luces e vistas pola que se instaba o peche dunha serie de fiestras, abertas a menos da distancia legal, que se ben tiñan unha antigüidade superior ós vinte anos non eran susceptibles de adquisición por usucapión por non terse acreditado a concorrencia do acto obstativo requerido polo artigo 538 do Código Civil, argumenta, traendo a colación o artigo 7.1 do Código Civil, como un reforzo máis para xustifica-lo rexeitamento da acción negatoria, desvinculándose da postura máis tradicional, que determina-la prosperabilidade da demanda iría contra o principio da boa fe, por entrañar un retraso desleal no exercicio do dereito que atenta contra a doutrina que impide ir contra os propios actos, para engadir, acto seguido, con cita das SSTs 14 xuño 1963, 24 maio 1975 e 26 maio 1986, e entrando propiamente no aspecto que nos interesa que “ es claro, como afirma la jurisprudencia, que en la reglamentación negocial, el consentimiento puede manifestarse a través del comportamiento, por lo que existirá una voluntad tácita, cuando el sujeto, aún sin exteriorizar de manera directa su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que presupone el consentimiento por una deducción razonable según los usos sociales y del tráfico”<sup>20</sup>, en alusión ós denominados feitos concluíntes que permiten exterioriza-la vontade interna do suxeito, en canto implica aquiescencia a unha determinada situación, a cal pode poñerse de manifesto a través do positivo respecto ó estado de feito resultante do evento que debía consentir.

---

20 Vid., en similares termos, a STS 11 xuño 1994 (RJ 1994, 6388).

Alternativamente, a resolución, suxire, que non afirma con absoluta rotundidade, consciente quizáis das reticencias que, tanto na doutrina científica como na xurisprudencia, se veñen poñendo á admisibilidade do consentimento presunto, que a preexistencia do título constitutivo da servidume pode obterse por vía presuntiva a partir de feitos probados tan significativos como a permanencia no tempo e ostensibilidade, e correlativamente, a ausencia de protesta do dono do predio gravado, dunha situación que exterioriza o exercicio dunha servidume, a cal non parece concebible, a teor da resolución comentada “fuera o al margen de un sustento negocial con vocación constituyente”, apoiándose nun criterio xa acollido polo Tribunal Supremo, na Sentencia de 24 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2229)<sup>21</sup>, en relación cunha acción negatoria de servidume de luces e vistas, que desestima, a pesar da inexistencia do acto obstativo esixido polo artigo 538 do Código Civil, por entender que unah situación de feito tan reveladora como a que representa a apertura de fiestras cara o predio colindante que se mantén despois de case un século, non pode ser máis que o “producto de una paz negociada en su inicio por los interesados” e, por conseguinte “demostrativo de la existencia de un negocio capaz de originar la adquisición de dicha servidumbre por título”, deducindo así o asentimento necesario para integra-lo título constitutivo, non directamente, senón por vía presuntiva, a partir duns datos probados dos que se presume que tiveron un sustento negocial<sup>22</sup>.

De calquera maneira, non queremos poñer punto e final a este apartado sen salienta-lo acertado do razoamento da resolución obxeto de comentario por canto se aliña nunha tendencia xurisprudencial de talante innovador e certamente dinamizador, se ben -forzoso é recoñecelo- ó día de hoxe aínda minoritaria, que permite superar ou esquivar os obstáculos que á constitución de servidume se veñen opoñendo desde planteamentos xurisprudenciais decimonónicos - necesitados, na miña opinión, dunha profunda revisión á

---

21 Criterio que recolleu, recentemente, a SAP Soria de 5 de maio de 1999 (El Derecho 1999, 16726).

22 Cómpre puntualizar que, a maiores, a debandita resolución terá en conta, para reputar a existencia de consentimento do servinte a instauración do gravame, a autorización do Concello para amplia-la terraza, pois aínda cando, con carácter xeral, o outorgamento da licenza de obras non pode ser considerado como título constitutivo de servidume, no caso litixioso, ó ser o fundo servinte propiedade do Concello tal autorización “creó un título suficiente que avala su existencia anterior y su modificación extensiva”.

luz do momento histórico actual- mediante o recurso ó consentimento tácito, derivado de feitos ou circunstancias inequívocas e concluíntes, como manifestación dun negocio xurídico de constitución dunha servidume.

### 3. O oncepto de vía pública do artigo 584 do Código Civil

Non queremos deixar de facer unha referencia, siquera somera por canto non constituíu o sustento último do pronunciamento desestimatorio da acción negatoria, á outra liña de defensa esgrimida polo demandado a fin de eludi-la aplicación do art. 582 o suposto de litis e impedi-la prosperabilidade da acción negatoria entablada que, como xa se adiantou, fúndase na presenza dun cauce entre as fincas litixiosas que, en principio, faría entrar en xogo o art. 584 do Código Civil que excepcióna a aplicación das limitacións en canto a distancias legais cando o edificio no que se abren as vistas linda cunha vía pública.

Pode chama-la atención, sen embargo, o dato de que o que separa as propiedades dos litigantes non é, *strictu sensu*, unha vía pública, termo este que induce a pensar na existencia dun camiño, rúa, sendeiro, ou, en fin, calquera outra franxa de terreo de dominio público destinada ó tránsito do común dos cidadáns, senón un cauce, non obstante o cal, a resolución parece dar por feita a asimilación desta corrente de auga a unha vía pública, equiparación que, adiantámolo xa, sendo acertada, adquire a súa lóxica no contexto dunha línea interpretativa que, facendo gala dunha visión certamente ampla e flexible, a xurisprudencia ven defendendo desde hai xa tempo en relación co alcance e ámbito de aplicabilidade da disposición contida no artigo 584 do Código Civil que parece oportuno expoñer, tan sequera nos seus trazos básicos, para poñer en antecedentes ó lector, antes de entrar na análise das conclusións acadadas no fundamento xurídico segundo da resolución.

Neste senso, comezaremos traendo a colación un consolidado corpo de xurisprudencia que, acollendo unha concepción certamente elástica e dinamizadora do termo “vía pública”, prescinde de criterios puramente administrativos en favor dun enfoque netamente civil, por canto considera que a noción administrativa encerra n tenicismo en exceso riguroso que se compadece mal co espírito que informou a introducción do art. 584, e que impediría subsumir na súa esfera toda unha variada gama de situacións que,

poderían ter cabida no laxo concepto, que de vía pública se ven mantendo dese a coñecida STS de 9 de marzo de 1929<sup>23</sup> manteñen os Tribunais, comprensivo de todos aqueles terreos que, en ausencia de demostración da súa pertenza ó dominio privado<sup>24</sup>- e aínda cando tampouco quede probada a súa natureza demanial- sirvan para poñer en comunicación ou para transitar por eles, independentemente da súa anchura – dato este que será tido en conta para o caso- e condicións de policía e urbanización que puideran ter a outros efectos.

Avanzando un pouco máis, o seguinte paso nesta dinamizadora evolución xurisprudencial virá dado por aquelas decisións xudiciais, avaladas pola doutrina científica que, tendo en conta o art. 344 do Código Civil, que considera como bens de uso público, nas provincias e nos pobos, os camiños provinciais e veciñais, así como as prazas, calles, fontes, augas públicas, paseos e outras obras públicas de servicio xeral, fan entrar todos estes elementos, en canto bens de dominio público, no concepto de vía pública a efectos do art. 584, por cohonestarse á perfección, senon coa literalidade, sí, atendendo a criterios hermenéuticos teleolóxicos, á súa finalidade e inspiración, constituindo un bo expoñente desta tendencia , a SAP Cuenca de 10 de outubro de 1996 (AC 1996, 1803) que equipara un parque a unha vía pública.

E, seguindo o recorrido xurisprudencial chegamos, en tempos recentes, ata aquelas resolucións xudiciais que, secundando a liña iniciada pola STS de 11 de outubro de 1979 (RJ 1979, 3389), rompen unha lanza máis en favor do entendemento amplo e flexible do termo vía pública, dando lugar, con apoio, máis que na natureza pública ou demanial dun determinado espazo ou terreo, na ausencia de colindancia entre as fincas litixiosas, -presuposto fáctico de inexcusable concorrencia para a entrada en escea das limitacións

---

23 E secundado polas SSTs 2 febreiro 1962, 23 febreiro 1974 e 22 de novembro de 1989, por citar algunhas das máis significativas.

24 O respecto, compre puntualizar que o carácter público ou privado do terreo en cuestión virá determinado, conforme teñen sentado as SSTs 11 decembro 1969 (RJ 1969, 528), ou 11 xullo 1989 (RJ 1989, 5599) por factores tales coma a inmemorialidade do camiño, a afectación a un uso público ou a inclusión do mesmo no inventario municipal, sendo éste último un dato meramente indiciario e non determinante para a calificación como vía pública dun terreo, polo que non compartimos o restrictivo criterio mantido ó respecto pola STS 17 xullo 1987 que esixe que a vía pública esté catalogada como tal no inventario municipal obrigatorio.

ó dominio conteidas nos art. 581 e 582- á aplicación do art .584 cando existe un hiato ou separación producido ou creado por un accidente topográfico que, rompendo a contigüidade das fincas, faga desaparece-la falidade que, en aras a garantir uhan armónica convivencia no marco das relacións de vecindade, perseguían os debanditos preceptos, entendendo por tal, calquera elemento orográfico imaxinable, dese un barranco ou precipicio<sup>25</sup>, a unha acequia de rego<sup>26</sup>, pasando polos regatos<sup>27</sup> ou, en xeral, calquera corrente de auga que discorra entre as fincas, tendo sinadalo neste senso a Sentencia da A.P. Burgos de 22 de outubro de 1993 (Act. Civ. 1994, 568), en relación cun arroio que separa as fincas litixiosas que, en canto recolle augas públicas, a súa natureza de ben de dominio público parece dificilmente discutible á luz do disposto no artigo 2 e concordantes da Ley de Augas de 1985, radicando pois a *ratio* última da equiparación entre as correntes de auga e a vía pública ós efectos do artigo 584 do Código Civil, o feito de que en ámbolos dous casos a apertura de ocós permite a fiscalización dun ben de dominio público, en non dunha propiedade privada<sup>28</sup>.

Unha vez expostos os precedentes xudiciais que desembocaron no que na resolución se da por feito, isto é, a consideración dun cauce como vía pública ós efectos de aplicación do art. 584 do Código Civil, e resolta a discusión sobre si o cauce discorre efectivamente pola liña divisoria dos preios ou se atopa, polo contrario, dentro do perímetro da finca do demandante, - dato este último que sería un sinal indicativo da natureza privada do discutido cauce- inclinando a balanza a favor da primeira alternativa, poderíamos

---

25 Vid. SAP Navarra 30 outubro 1997 (El Derecho 1997, 19217).

26 Vid. SAP Segovia 30 decembro 1995 (Act. Civ. 1996, 301). Agora ben ,se, como puntualiza a recente SAP Jaén 26 xaneiro 1999 (El Derecho 1999, 2889) a acequia se atopa materialmente ubicada dentro do perímetro da finca do demandante, que á súa vez está cercada, non cabe falar de vía pública.

27 Vid. SAP Santander 14 setembro 1992 , que aplica o artigo 584 a un camiño que discorría sobre o cauce dun regato encauzado entre as fincas dos litigantes ou a SAP Cáceres 16 decembro 1996 (AC 1996, 2393) que equipara a unha vía pública un regato existente entre as propiedades de actor e demandado que recollía as augas de diversas rúas.

28 A maior abundamento, a resolución apuntada trae a colación o artículo 132 do texto constitucional, segundo o cal os bens de dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, carecendo de trascendencia o feito de que aparezan inscritos no Rexistro da Propiedade, o mesmo que se teñen sido poseídos pública, pacífica e ininterrumpidamente durante trinta anos, pois son *res extra commercium* e como tales imprescriptibles segundo se desprende do artigo 1936 do Código Civil.

preguntarnos, entón, cal é a razón pola que o Tribunal declina a aplicación do mentado precepto, pois a angostura do cauce, non parece consituir, en principio, un obstáculo insalvable cando, como se viu, as resolucións non semellan ter en conta, á hora de catalogar un terreo como vía pública nin as súas condicións de urbanización, nin, polo que aquí importa, a súa anchura, sendo en principio irrelevante que a mesma non acade os dous metros esixidos polo artículo 582 respecto das vistas rectas.

Ahora ben, aínda asumindo como válida, e acertada en liñas xerais, semellante doutrina, o que tampouco pode pretenderse, ó meu entender, é atribuí-la condición de vía pública a un cauce que, como sinala a Sentencia, “no priva practicamente de inmediatez entre la pared de los demandados y la finca de la parte actora, al punto de desvirtuar la nota de contigüidad”, isto é, non parece razoable, dende un punto de vista teleolóxico, so pena de desvirtua- lo senso da disposición contida no artigo 584, considerar como vía pública un cauce tan escasamente significativo que apenas produce unha ruptura perceptible na contigüidade dos predios, como acontece no caso, todo elo sen perxuízo de que, como norma xeral, salvando supostos excepcionais coma o concorrente no caso de autos, as correntes de augas entren no concepto de vía pública *ex* artigo 584 do Código Civil.