

LOS DERECHOS DE LOS COLINDANTES CON VIAS PUBLICAS URBANAS *

P O R

PEDRO ESCRIBANO COLLADO

Ayudante de Derecho administrativo
en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. EL MARCO JURÍDICO: LAS RELACIONES DE COLINDANCIA ENTRE LA VÍA PÚBLICA Y LAS EDIFICACIONES.—2. EL NACIMIENTO DE LOS DERECHOS DE COLINDANCIA: A. La situación de colindancia.—B. El nacimiento de los derechos del colindante: a) Examen del Derecho civil. b) La colindancia con la vía pública: b1) La existencia de una vía pública limítrofe. b2) La existencia de un inmueble. b3) Ambito jurídico del derecho de acceso.—3. LA DESAFECTACIÓN DE LA VÍA: A. Supuestos posibles.—B. La alteración de los derechos del colindante con especial referencia al derecho de acceso.

1. EL MARCO JURÍDICO: LAS RELACIONES DE COLINDANCIA ENTRE LA VÍA PÚBLICA Y LAS EDIFICACIONES

La estructura fundamental que presentan los núcleos de población se caracteriza por la constante vecindad de espacios públicos y privados, lo cual implica la existencia de situaciones normales de mutua interferencia entre unos y otros. Parece claro, en este sentido, que la colindancia siempre ha imprimido rasgos propios al ejercicio del derecho que se ostenta sobre el bien, hecho éste del que debemos partir.

* El presente trabajo constituye un capítulo de mi tesis doctoral: *El régimen jurídico administrativo de las vías urbanas*, de pronta publicación.

Abreviaturas empleadas:

- Cc = Código civil.
- FI = Foro Italiano.
- Giur. Ita. = Giurisprudenza Italiana.
- LS = Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
- OMM = Ordenanzas Municipales de Madrid.
- RDSP = «Revue du Droit Public et de la Science Politique».
- RDU = «Revista de Derecho Urbanístico».
- RGE = «Rivista Giuridica dell'Edilizia».
- Rt. DPC = «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile».

En nuestro caso la colindancia se produce entre un bien de propiedad privada, las edificaciones, y un bien afectado al uso público (1), la vía a la que aquéllas dan frente. Esta situación trae consigo consecuencias muy importantes. De un lado, la colindancia entre ambos no es accidental, como suele ocurrir en otras esferas del dominio público, sino impuesta como presupuesto indispensable para el nacimiento de las edificaciones y de la propia vía. De otro, unos bienes que se necesitan respectivamente para poder ser objeto de derechos implican una interdependencia mucho más profunda que la vecindad física, en la que las relaciones entre predios se basan en un principio mínimo de convivencia, a través de la articulación de limitaciones convencionales o legales. Por último, el principio de utilización colectiva y pública del bien hace del colindante un usuario sometido a las reglas que dominan la utilización de la vía.

Estas notas, que presiden la colindancia entre las vías urbanas y las propiedades limítrofes, informan los principios jurídicos que dominan las relaciones entre ambas y que han contribuido al nacimiento, sin duda, de un fenómeno, a la par sociológico y jurídico, denominado ampliamente la propiedad inmobiliaria urbana (2). Las normas urbanísticas que regulan la edificación, las normas de policía y ornato públicos, etc., han incidido desde hace tiempo en la formulación y ejercicio del derecho de propiedad privada, logrando con ello un cierto carácter estatutario (3) frente al régimen unitario del Código civil.

La etiología de este movimiento excede con mucho del aspecto que estamos examinando, incluso del mismo campo jurídico, mas en cada situación concreta es posible identificar a la vía urbana como génesis de importantes preceptos.

Frente a esta transformación del derecho de propiedad urbana, los espacios destinados al uso público han permanecido formulados

(1) Tradicionalmente, esta colindancia se ha planteado entre la propiedad privada y el dominio público. La posibilidad de que existan vías urbanas no demaniales plantea el tema necesariamente en otros términos.

(2) La formulación de la propiedad privada en el interior de las ciudades ha sido tarea fundamental de numerosos autores. Así, DÍAZ PICAZO y PONCE DE LEÓN: *Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística*, RDU, 1971, páginas 13 y ss.; MARTÍN MATEO: *El Estatuto de la propiedad inmobiliaria*, en esta REVISTA, núm. 52, 1967; *La eclosión de las nuevas comunidades*, en esta REVISTA, número 45, 1964; *Propiedad urbana y planificación*, RDU, 1969, pp. 13 y ss.

Además, pueden consultarse los manuales dedicados al régimen administrativo de la propiedad privada y al urbanístico.

(3) No hay duda sobre el extremo de que la propiedad privada urbana es el resultado de la definición de la Ley del Suelo y de los Planes de Urbanismo. Véase la bibliografía citada en nota anterior.

con arreglo a normas demasiado rigurosas y exorbitantes, como para entrar en relación con la propiedad privada en un plano satisfactorio (4). Frente a la utilidad de las normas que regulan los derechos personales de uso y aprovechamiento de las vías urbanas, ha quedado huérfana de regulación jurídica la situación de los propietarios de edificaciones colindantes y las consecuencias que esta vecindad permanente trae consigo.

En principio, la colindancia ha de quedar primeramente formulada como fuente no sólo de relaciones entre predios urbanos, vía e inmuebles, sino de utilizaciones diversas en beneficio de los propietarios de las edificaciones limitrofes. Ambas esferas deben ser claramente distinguidas. Mediante las normas que regulan la colindancia de los fundos se establecen en beneficio de la propiedad pública normas de sumisión de las edificaciones privadas. Normas, todas, exorbitantes, basadas en los poderes de afectación de la vía o en los poderes generales de policía (reglamentación del derecho de edificar, alineaciones, limitaciones de carácter estético e higiénico, etc.). En contrapartida, a favor de los inmuebles limitrofes no se estableció, sobre la vía, ningún tipo de limitación ni carga (5), articulándose en favor de los propietarios colindantes una serie de aprovechamientos, cuya expresa finalidad consiste en lograr un máximo rendimiento de la propiedad inmueble, que forman parte del contenido propio de la afectación pública de la vía.

a) Las relaciones entre la vía y los inmuebles limitrofes se caracterizan por el establecimiento de un conjunto de limitaciones, *latu sensu*, sobre la propiedad privada, que inciden primeramente sobre el derecho de edificar en los espacios calificados de solares y posteriormente sobre el ejercicio del derecho de propiedad sobre los inmuebles.

El primer conjunto de limitaciones se articula a través del control que la Administración ejerce sobre las edificaciones. Según establece

(4) No hace falta sino un somero examen de las reglas del dominio público para caer en la cuenta de la ausencia total de normas de relación entre los bienes que lo constituyen y la propiedad privada. Cuando existen, por los propios imperativos de la utilidad pública que prestan, implican la sumisión incondicionada del derecho de propiedad privada a las necesidades de la pública.

(5) El régimen de vecindad física entre la vía urbana y las edificaciones no se basa en un principio de reciprocidad. Al contrario, la propiedad pública no aparece limitada en ninguna forma, ya que las utilidades que presta a los colindantes forman parte de su afectación pública. En contrapartida, el régimen de sumisión de las propiedades limitrofes a las normas de policía de la Administración es evidente.

el artículo 165, 1, de la LS, las obras de nueva planta quedan sometidas a la obtención de una licencia previa. La terminología empleada por la Ley hace pensar que la licencia previa viene exigida atendiendo a la actividad que se pretende ejercitar—la de edificar sobre suelo edificable—, excluyendo como motivo determinante la posible colindancia de las edificaciones con el trazado viario. Pero puede afirmarse que la expresión de la Ley obedece a razones de pura ortodoxia jurídica. Es sabido que en nuestro Derecho la licencia de obras subsume en un solo acto todos los tipos de control del derecho de edificar. Así, por ejemplo, a través de ella se determina la alineación, precepto de un marcado carácter protector de la vía, así como las normas estéticas que afectan al inmueble. De todas formas, no es preciso olvidar que las primeras intervenciones de la Administración en la esfera de las edificaciones tuvieron un marcado carácter protector de la vía, ya se tratara de la identidad física de ésta, ya de garantizar el uso público (6).

La situación de colindancia exige en cada caso la existencia de una vía y la de un terreno susceptible de edificación. De manera sucinta, hay que señalar que el derecho de edificar comienza, a los efectos de la planificación, a partir de la calificación como urbanos de los terrenos, según los criterios que establece el artículo 63, 1, de la LS. Dentro de ésta, la estructura urbana que se adopta se basa en los conceptos de espacio libre y zona edificable (art. 63, 2, LS), pudiendo distinguirse distintas clases y divisiones dentro de uno y otro grupo de espacios. Por lo que a nosotros respecta, el espacio vial representa en todo caso el conjunto de normas necesarias para la calificación de los terrenos limítrofes como susceptibles de edificación, si tal es el destino establecido en el plan para ellos (7). El sentido de esta colindancia necesaria viene dado por la noción misma de espacio urbanizado. Se trata, por una parte, de la ordenación de una serie de servicios indispensables para la utilización de la propiedad edifi-

(6) Las Ordenanzas de Granada contenían una Ordenanza dedicada a alineaciones de calles de marcado carácter protector. Asimismo, como ya quedó señalado en la evolución del estatuto de las vías privadas, la intervención de la Administración en la actividad edificatoria de los particulares a través de la alineación suponía, fundamentalmente, junto a la satisfacción de un fin de orden público, una medida protectora de la integridad física de la vía.

(7) La susceptibilidad hace referencia a la aptitud física de un terreno para ser edificado, en cuanto cumple los requisitos del artículo 63.1 de la LS, y el destino a la aptitud jurídica.

cada (8) y, de otra, la planificación de una serie de espacios comunes que hagan posible la vida en el exterior de los inmuebles (9).

El desarrollo de la colindancia parte de este principio fundamental y se despliega en un amplio conjunto normativo. Primeramente se garantiza el cumplimiento efectivo de las condiciones de higiene, ornato y salubridad por las construcciones, misión ésta encomendada a la Administración municipal a través de la aprobación de la Ordenanzas de la construcción. Posteriormente se articulan, de manera unilateral, las relaciones entre la vía y las edificaciones en materia de límites y aprovechamientos.

b) Pero hay asimismo un conjunto de facultades dominicales que presentan, al ejercitarlas, una cierta influencia sobre la vía. Ello hace que el derecho del propietario de usar de su propiedad resulte afectado por las normas que regulan el uso público en aquella medida en que el propietario se sirve de la vía directamente. Estas hacen referencia ampliamente a los derechos que los propietarios colindantes con vías urbanas ejercitan sobre ellas y que dan lugar a una utilización de la vía misma. Tal es el sentido que se ha venido dando a los derechos de los colindantes con vías públicas. Pero basta ojear el planteamiento doctrinal y jurisprudencial realizado hasta nuestros días para sacar la conclusión de que la formulación de estos derechos no se ha logrado plenamente, después de una etapa de grandes debates doctrinales.

Antes de toda formulación dogmática, como ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia italianas con carácter exhaustivo, la situación jurídica en que se desenvuelve el propietario colindante con una vía pública encuentra su fundamento en la relación especial de colindancia que se produce entre ellos (10). Esta relación tiene, como ya señalábamos, dos centros de interés claramente diferenciados, la vía urbana y la edificación privada. Ello se traduce en la existencia de una

(8) Recuérdese el contenido del artículo 826 de la OMM de 1892 sobre el particular: «Tan pronto como en una de estas calles ya autorizadas se edifique una sola casa, el propietario de la calle queda obligado a establecer en toda ella los servicios públicos antes expresados, sin cuya circunstancia no se concederá la correspondiente licencia para poder alquilar ni habitar la casa construida.»

(9) Este doble sentido de espacio urbanizado puede trasladarse a la realidad que presenta la ordenación de una ciudad, ya que en el desarrollo de ésta el acondicionamiento interno y el externo presentan una unidad de actuación.

(10) Todas las sentencias citadas a lo largo de la exposición mencionan de alguna manera esta relación especial de colindancia, inicialmente formulada en la sentencia de la Corte d'Apello di Firenze de 5 de febrero de 1962, de la que nos ocupamos más adelante, y posteriormente desarrollada por la sentencia de la Corte di Cassazione de 29 de julio de 1964 y posteriores.

situación objetiva en relación con las características de los predios, espacio vial-espacio edificable, que se basa fundamentalmente en la permanencia del destino del vial y en consecuencia de su afectación pública. En suma, la peculiaridad de esta relación, de base real, es su no fungibilidad, es decir, la imposibilidad de mantener esta misma situación, desaparecido alguno de los dos factores que lo constituyen, con especial referencia a la vía pública (11).

Como fácilmente puede observarse, en la adopción o no de este criterio se encuentra el gran problema de la formulación jurídica de los derechos de quienes edifican a lo largo de las vías urbanas. En efecto, si pensamos que las características de ambos espacios, en definitiva la presencia de su destino urbanístico, son tan sólo presupuesto del nacimiento de estos derechos, que pueden hacerse valer más allá de la existencia de la propia vía y una vez desaparecida ésta, se hace hincapié en la situación objetiva de los lugares en relación con su disposición física, independientemente de la calificación jurídica de cada uno de ellos. Por el contrario, si la existencia de los derechos del colindante constituyen una manifestación del régimen jurídico que regula la especial relación de colindancia entre la propiedad privada y la pública, se adopta el criterio según el cual la desafectación de la vía hace desaparecer la existencia de tales derechos.

La primera postura, que ha sido mantenida por la jurisprudencia italiana hasta fechas muy recientes, está montada sobre la idea fundamental de la situación físico-objetiva de los lugares, según la cual, respecto de un inmueble, la existencia de una vía pública y su posterior desaparición no desconocen el derecho del propietario de disfrutar de una salida a la vía, bien entendido que el distinto régimen que preside su afectación o desafectación transforma la formulación concreta de su derecho (12). Concretamente la calificación jurídica del derecho de acceso, cuando éste se ejecuta sobre la vía pública, es la de un uso especial del dominio público, y cuando sobreviene una desafectación es la de una servidumbre de paso, de carácter civil, sobre fundo ajeno. Como señala la sentencia mencionada, los colin-

(11) Como se verá, la evolución de la jurisprudencia italiana no ha llegado a consagrar definitivamente este principio.

(12) Con evidente claridad se manifestaba una sentencia de la Corte di Cassazione de 18 de marzo de 1961, en la que se afirmaba: «*La sdemanializzazione può influire, cioè, sul nomen iuris, sulla qualificazione giuridica di qual diritto di uso, ma non può sopprimere il contenuto sostanziale.*» En RGE, 1961, p. 242.

dantes obtienen una especial utilización del bien demanial, que linda con su propiedad privada, no tanto porque usen de él más frecuentemente como porque *se establezca una especial relación objetiva de colindancia entre su bien y la vía y obtengan utilidades diversas y mayores de ella* (13). En realidad, las razones invocadas por la sentencia son completamente inexactas. En primer lugar, la colindancia de las edificaciones con la vía pública no constituye por sí misma una forma de utilización de la vía, si bien no es erróneo considerar que pueda dar lugar ella misma a determinados aprovechamientos. Las normas especiales que regulan el derecho de edificar, en su confrontación con las vías urbanas, como ha señalado BIAGI, intentan suministrar al propietario colindante los medios necesarios, a través de los cuales puedan obtener el completo goce del fundo, en perfecta armonía con los principios de la demanialidad (14), mas, no regulan propiamente la condición de usuario cualificado de la vía en base a que su situación de colindancia le atribuye ventajas especiales de disfrute. Digamos que el propietario colindante efectúa un uso localizado de la vía, mas no necesariamente especial.

Para fundamentar aquel carácter, la jurisprudencia favorecedora mantiene la idea de que el propietario colindante, en cuanto tal, obtiene de la vía una serie de ventajas y utilidades mayores en relación con los demás ciudadanos. Frente a ello la doctrina ha mantenido (15), al socaire de alguna sentencia (16), que la vía pública lleva implícita un destino institucional que concierne a los colindantes.

A nuestro modo de ver, en esta afirmación se encuentra la quiebra de la teoría del uso especial. Como señalaba la sentencia de la Corte d'Apello di Firenze citada, un fenómeno actual, como el de los planes reguladores de las ciudades, reclama la atención sobre el hecho de que las vías urbanas no vienen predispuestas y mantenidas sólo con un fin de circulación, sino para hacer posible el asentamiento poblacional. Esto significa que, al menos en las ciudades, el destino institucional es, además del tránsito, el acceso a los edificios colindantes (17). Con independencia de las restantes conclusiones de la sentencia, sobre la que volveremos, es acertado considerar que el conjunto

(13) RGE, 1961, p. 241.

(14) BIAGI: *I vantaggi dei frontisti di strade situate nel centro abitato*, Rt. DPC, 1967, p. 1343.

(15) VELA: *Sdemanializzazione di suolo stradale e diritto di accesso dei frontisti*, RGE, 1962, p. 292.

(16) Así la sentencia de la Corte d'Apello di Firenze de 5 de febrero de 1962.

(17) Sentencia de la Corte d'Apello..., cit., RGE, 1962, p. 292.

de servicios que la vía reporta directa o indirectamente a las edificaciones, como consecuencia de su instalación colindante, forman parte de la afectación pública de la vía, ya que, al contrario, caeríamos en la grave contradicción de que el derecho de edificar, con arreglo al artículo 61 de la LS, implicaría, primero, utilidades de la vía, a las cuales no tenemos derecho, con arreglo a su afectación pública, y segundo, la autorización necesaria e indispensable de éstas por la Administración, caso por caso.

Evidentemente, si comparamos la situación del colindante globalmente con la del usuario de la vía con un fin de circulación, se observa que hay en favor de aquél un conjunto más amplio de ventajas y de utilidades. Pero este símil no conduce a ninguna afirmación importante. Baste recordar que hay una notable diferencia entre aquellas utilidades comunes que implican una ocupación material del dominio de aquellas otras que no suponen ocupación ni temporal ni permanente, sin que se altere por ello la naturaleza colectiva y común del uso. Con tal motivo interesa señalar en esta ocasión el grave peligro que encierra la adopción de concepciones, tales como la del uso típico y atípico del dominio público, verdadera malversación del concepto de uso normal y anormal, ya que, sin duda, en teorías como la señalada ahora, esta manera de pensar ha debido de tener cierta influencia. Hacer de la circulación la única manifestación del uso común de las vías urbanas, en cuanto reúne en sí las notas fundamentales de esta categoría de uso, es predicar su carácter típico, ignorando que no hay más uso común que aquel para el que el bien ha sido destinado, sea o no prototipo.

Con el pretendido carácter especial del uso de los colindantes contrasta la dimensión colectiva, que constituye su nota peculiar. Primeramente se trata de facultades instauradas por vía general por la ley, de forma que su nacimiento no se opera de manera individual por la Administración (18). Asimismo el conjunto de facultades que constituyen el contenido de la cualidad de colindante es igual para todos los que construyen a lo largo de las vías urbanas. De donde estas notas de generalidad e igualdad nos anuncian más un uso colectivo que un uso individual, *uti singoli*, sin perjuicio de que pueda indivi-

(18) Si bien SANDULLI opina que se trata de un caso excepcional de uso particular en cuanto aparece consagrado en la ley. *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1971, p. 472.

dualizarse la posición de cada propietario (19), a los efectos de una fiscalización por parte de la Administración.

Así lo ha reconocido en más de una ocasión la doctrina y jurisprudencia italianas. Respecto de esta última, ya la sentencia de 29 de julio de 1964 de la Corte di Cassazione afirmaba, aunque con cierta imprecisión, que las particulares formas de utilización del bien demanial atribuidas a los frontistas no dan lugar a figuras de una utilización especial del bien, en cuanto que no corresponden a una función propia de la vía ni a una función secundaria que se añada a la principal, sino que forman parte del régimen de relaciones entre la propiedad pública y la privada (20). En este mismo sentido se manifiestan las sentencias de 13 de mayo de 1963 y la de 26 de enero de 1968, señalando que el hecho de que los colindantes hagan del demanio vial un uso más frecuente no constituye un fenómeno intrínsecamente diverso del uso general de cada uno.

Como se ve, todas estas sentencias tienen común la teoría de que el uso que, en beneficio de su propiedad, hacen los colindantes de la vía pública forma parte del contenido de la afectación que ha recibido. Ello significa que la cualidad de éstos, de cara a la vía urbana, es la de un usuario común. BRANCA señalaba, en plena eferescencia de la teoría del uso especial, que el colindante se beneficia del paso a través de la vía como todo ciudadano, y de esta manera puede acceder a su propia casa, en tanto la ha construido legítimamente sobre el límite de la vía. Se trata de la combinación de un interés, concretado en la utilización común de la vía, y de un derecho de mantener las edificaciones (21). Por su parte, BIAGI sostiene que con el acceso a la vía pública ésta no sufre ninguna limitación ni se le sustrae utilidad alguna a las ventajas de otro; el tránsito público, del cual no se distingue el paso del frontista, es un modo que tienen los entes públicos de usar de la cosa utilizada por la colectividad (22).

En definitiva, la teoría que mantiene la virtualidad de la situación de los colindantes como consecuencia de la situación físico-objetiva de los lugares, se dirige propiamente a la solución del problema que plantea la desafectación de la vía pública, dejando de manera insatis-

(19) Como se verá, la autorización administrativa que individualiza a cada propietario frente a la Administración tiene como finalidad la fiscalización del ejercicio del derecho de propiedad, la apertura de un acceso, en cuanto que ello implica la utilización pública de la vía.

(20) Citada en RGE, 1964, p. 1375.

(21) BRANCA: *Sdemanializzazione di strada e accesso dei frontisti*, FI, 1961, p. 942.

(22) BIAGI: *I vantaggi...*, cit., p. 1348.

factoria por solucionar el tema de la calificación jurídica de los derechos de los colindantes, en tanto aquélla subsiste. Si se observa, la cualidad de éstos, sin entrar a examinar las facultades de que son titulares, la obtienen a partir de la existencia de una vía pública limitrofe; de aquí que la existencia de ésta precise de una, más detenida consideración. En nuestra opinión, la situación de los colindantes con vías urbanas parte de un presupuesto indispensable: el carácter específico de la situación de colindancia, atendiendo al destino de los fundos, público y privado. En tanto este planteamiento se mantiene, el propietario ejercita sobre su propio fundo el derecho de edificar con arreglo al artículo 61 de la LS y, por lo tanto, ostenta la facultad de efectuar la apertura de accesos y ventanas dentro de los límites de su propiedad (23). Por otra parte, la acción de desembocar en la vía pública no se diferencia del derecho de tránsito que ejerce cualquier ciudadano. Como ha señalado la doctrina, el acceso como apertura debe considerarse un modo de ser de la propiedad privada limitrofe con la demanial y no disfrute del bien público, el cual viene realizado en el instante en que el colindante se introduce en la vía, utilizándola a semejanza de *quivis de populo* (24).

2. EL NACIMIENTO DE LOS DERECHOS DE COLINDANCIA

Los derechos del colindante con vías públicas tienen un procedimiento riguroso de nacimiento. La Ley somete a la propiedad privada urbana a un proceso de definición progresivo, que comienza en la Ley del Suelo y se desarrolla a través de los planes y de las Ordenanzas municipales. Quiere ello decir que los derechos de los particulares, en relación con sus propiedades inmobiliarias, no obtienen su total plenitud, sino una vez determinados el conjunto de derechos y deberes que los asisten en virtud de la planificación operada. Surge así la

(23) Como señala BIAGI, el acceso practicado sobre la vía pública no consiste en el tránsito sobre ésta, pero lo precede. Acceder de uno a otro fundo significa traspasar la línea divisoria entre ambos, pero el acceso como abertura es practicado sobre la propiedad privada y constituye el ejercicio de facultades dominicales. *I vantaggi...*, cit., p. 1374.

(24) BIAGI: *I vantaggi...*, cit., p. 1384; BRANCA: *Sdemanializzazione di strada...*, citado, p. 942; CANZIO: *Sdemanializzazione ed alienazione a privati di strada pubblica: effetti sul «Diritto» di accesso dei frontisti*, RGE, 1970, p. 279 y ss. Difieren de esta opinión ROSA: *Aree pubbliche e diritti dei proprietari frontisti*, RGE, 1959, pp. 366-67; VELA: *Sdemanializzazione di suolo...*, cit., p. 293, para quien el colindante se sirve *uti cives* de la vía para circular por ella y *uti singulus* para disfrutar de su propia casa, y en general, la doctrina clásica.

necesidad de acudir al destino urbanístico de los fundos para conocer el conjunto de facultades que asisten a su titular, y posteriormente, la forma de ejercitarlos. Es a partir del momento en que el propietario tiene definido su derecho de propiedad cuando se da nacimiento a una situación de colindancia con la vía pública.

A. La situación de colindancia

El nacimiento de la situación de colindancia viene íntimamente ligado al planeamiento urbanístico de una determinada zona. En abstracto, será suficiente para el nacimiento de una situación de colindancia la aprobación de un plan de ordenación que determine de alguna forma los espacios destinados a viales y aquellos que deban destinarse a edificación privada. Ello indica el conjunto de previsiones del plan en relación con los terrenos objeto de urbanización, que se traduce en la obligación para sus titulares de dedicarlos al destino previsto. En concreto, la ejecución del plan aprobado tiene por objeto la determinación exacta de las superficies edificables, que, a tenor del artículo 63, 3 de la LS, habrán de dar frente a una vía que tenga las características señaladas.

Como puede verse, en virtud de una planificación concreta, la zona afectada adquiere el carácter de urbana, al efecto de recibir un destino urbanístico, haciendo posible, a partir de éste, el ejercicio de los derechos que la Ley reconoce al propietario (25). Mas la situación no es tan nítida cuando no existe plan o éste no ha sido desarrollado por planes parciales. El problema se limita a determinar la suerte que correrá el derecho de propiedad de los particulares si le falta la definición precisa que deba determinar para el titular del fundo el conjunto de facultades que le asisten. Este tema, ya viejo, ha tomado como base teorías contradictorias referentes a los poderes de la Administración para denegar una licencia de construcción cuando el plan no se pronuncia sobre la ordenación y destino de los terrenos, en que se encuentra la parcela en cuestión. El problema de fondo, como puede verse, es el de determinar el valor del plan de ordenación como norma del conjunto de facultades dominicales, ya que, dado el acentuado carácter contingente de éstos en los pequeños

(25) Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, el plan urbanístico, en contraposición a la abstracta e igualitaria ordenación de la propiedad por ley, singulariza y concreta en cada parcela de terreno planeado un tipo concreto de utilización y determina también unas limitaciones singulares. *Apuntes de cátedra* 2.º tomo III, página 193, Madrid, 1971-72.

Municipios, así como en las zonas de expansión urbana, puede resultar que se llegue a una paralización del derecho de propiedad al no existir la norma imprescindible que lo defina.

Tan agudo conflicto fue, en sede doctrinal, por primera vez planteado en las sesiones del VII *Convegno* italiano de estudios de Ciencia de la Administración, celebrado bajo el tema de la *Pianificazione urbanistica*, y tuvo como ponente al profesor TESTA. Según este autor, en tanto para una determinada zona no se haya aprobado el plan *particolareggiato*, que establece las disposiciones concretas en desarrollo de las directrices del plan general, no pueden los ciudadanos pretender que les sea concedida la autorización para construir, la cual puede volver inútil los estudios y operaciones predisuestos para la realización de un conjunto edilicio estético, higiénico y funcional en todo su conjunto, y por otra parte, es evidente que, en tanto no sea aprobado, la zona a que hace referencia debe considerarse inidónea para ser utilizada mediante la construcción de edificaciones, de donde se considera como infundada e ilegítima la pretensión de los particulares de obtener autorizaciones que no se refieran a simples obras de mantenimiento de sus bienes (26).

La teoría contraria fue mantenida en el mismo Congreso por el profesor LUCIFREDI, basando sus argumentos en que tal sistema adolecía de un vicio jurídico de primera importancia, en cuanto contradice las normas recogidas en la Constitución y en el Cc (27).

El planteamiento del problema adolecía quizá de un carácter absoluto que lo hacía inexpugnable, ya que los poderes de definición de los planes de ordenación quedaban en suspenso cuando éstos no podían determinar el contenido del derecho de propiedad, debiéndose entonces estar o a la concesión de la licencia de obras, aun cuando posteriormente el plan *particolareggiato* previera un destino diferente para los terrenos, o a la paralización del derecho de edificar, lo cual no se corresponde con las garantías constitucionales del derecho de propiedad.

(26) TESTA: *Funzione del piano particolareggiato in rapporto alla attività edilizia privata*. Atti del VII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione: La Pianificazione urbanistica, Milán, 1962, pp. 189-90.

(27) «Io penso —afirmaba— che no sia possibile concepire un diritto di proprietà svuotato della più larga parte della facoltà che lo sostanziano. Non penso che si possa ammettere, soprattutto, l'esistenza di un diritto di proprietà in cui le facoltà naturali proprie del proprietario siano abbandonate nella mano degli organi dell'amministrazione, i quali, a piacer loro, dicano di sì o dicano di no all'applicazione di questo contenuto essenziale del diritto di proprietà.» Atti del VII Convegno..., cit., *Discussione*, p. 204.

En el desarrollo de una y otra teoría existe un elemento que requiere una más exacta precisión. De un lado, no puede llevarse el principio de actuación en base a un plan hasta el extremo de hacer recaer sobre la esfera patrimonial del particular los riesgos de una abstención de la Administración. Es totalmente desacertado exigir que el plan defina con exclusividad el derecho de los particulares sobre su fundo, habida cuenta de que, hoy por hoy, la planificación no garantiza, sin excepciones, el ejercicio de tales derechos (28). Cuando no exista el plan, es imprescindible que el particular pueda de alguna manera ejercitar su derecho. Por otra parte, no es totalmente cierto que la definición del derecho del propietario quede en manos de la Administración, quien discrecionalmente rellene su contenido. Las posibilidades de los particulares se traducen en la práctica en actividades de iniciativa o, en último caso, en el cumplimiento por sí mismo de las condiciones mínimas de urbanización.

En nuestro ordenamiento urbanístico parte de estos problemas han quedado resueltos. Para el legislador, para que un terreno pueda ser susceptible de un destino urbanístico es imprescindible que ostente la naturaleza de urbano. Por tanto, un terreno puede ser edificable, primero, si es urbano, y después, si no ha recibido otro destino que impida la edificación. Para que un terreno ostente la naturaleza de suelo urbano no es imprescindible la existencia de un plan de ordenación, ya que de otra manera, cuando éste no exista, será imposible el ejercicio del derecho de edificar. Así, la Ley del Suelo distingue entre aquellos Municipios que tienen aprobado un plan de ordenación de aquellos otros que no lo tienen, a efectos de la calificación del suelo. En los Municipios en los que no exista un plan general aprobado, el suelo urbano lo constituirán aquellos terrenos comprendidos en un perímetro edificado, al menos, en un 20 por 100 de su extensión superficial (art. 66, 2), mientras que en los que exista plan general el suelo urbano alcanza una extensión más amplia (art. 63, 1).

A partir de la calificación, debida a la situación objetiva de los lugares o a las previsiones del plan, los terrenos pueden ser objeto de destino urbanístico y, por tanto, de edificación. Ahora bien, ¿es im-

(28) A pesar de ello, se tiende, en la actualidad, a poner de relieve el carácter normativo del plan desde el punto de vista de la regulación del dominio. Así GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes...*, cit., pp. 173-74. En sí, la función de todo plan de determinar las facultades del propietario sobre cada parcela implica la necesidad de que éste exista a la hora de permitir la actuación del particular, carga que recae sobre la Administración titular de la función pública del urbanismo.

prescindible que el destino concreto de los terrenos le venga dado por el plan, o puede el particular edificar sobre ellos sin esperar a que el plan se manifieste?

Según quedó señalado, la opinión de TESTA consistía en afirmar que en tanto no estuviera determinado a través del plan *particolareggiato* el destino concreto de la parcela, el propietario no tendría derecho a la concesión de la licencia de obras (29). Nuestro ordenamiento, en cambio, se inspira en principios opuestos. Ya hemos visto el alcance limitado del plan, a fin de calificar de urbanos unos terrenos; ahora veremos su eficacia limitada en relación con la vinculación de los predios a un destino previsto.

En ausencia de un plan que prevea para los terrenos objeto de edificación o para la zona en que éstos radique un destino urbanístico, el particular, en principio, puede edificar siempre que sean urbanos. La posibilidad de edificar viene atribuida entonces por la condición que presentan los lugares, según establece el artículo 63, 3, es decir, que los terrenos tengan la calificación de solares porque la vía a la que la parcela da frente tenga pavimentada la calzada, encintado de aceras y disponga de los servicios de suministro de agua, desagüe y alumbrado público, en relación con el artículo 67, 1. Esta situación objetiva habilita al particular para ejercitar el derecho de edificar sobre las parcelas, frente a la Administración, que resulta obligada a conceder la licencia. Se trata de una auténtica actividad reglada (30).

Para nuestro Tribunal Supremo, el particular de un fundo urbano tiene derecho a edificar sobre el mismo desde el momento en que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 63, 3, LS, y con independencia de que exista o no un plan parcial elaborado (Ss. de 14 marzo 1967 (R. 3461), 17 mayo 1967 (3952), 29 noviembre 1968 (R. 5499), 29 marzo 1969 (R. 2373), 20 octubre 1969 (R. 4430), etc.) o éste esté en proyecto y la Administración no haya ejercitado la facultad de suspensión que le reconoce el artículo 22 LS (S. 27 noviembre 1962).

Para nosotros, la situación de colindancia se produce, con independencia del plan de ordenación, cuando los terrenos que son limítrofes

(29) Véase TESTA: *Disciplina urbanistica*, Milán, 1967, pp. 605-06.

(30) La jurisprudencia es unánime en este sentido. Lo mismo niega la validez de una licencia por carecer los terrenos de la naturaleza de solar (S. 28 de febrero de 1970) que obliga a la Administración a concederla por cumplir los requisitos legales. Incluso, a veces, se ha considerado pertinente obligar a la concesión de una licencia de obras bajo condición de que la edificación se haga con los servicios mínimos establecidos en la Ley del Suelo (S. 13 de octubre de 1966).

entre sí forman una vía urbana y un solar edificable, sin necesidad de que la vía aparezca abierta de hecho a la circulación y el solar haya sido edificado.

B. *El nacimiento de los derechos del colindante*

El examen del nacimiento de los derechos del colindante con una vía pública urbana está dominado por una actividad de esclarecimiento del sentido que estos derechos tienen en las edificaciones. Es decir, es preciso dilucidar si se trata de facultades inherentes al propio derecho de propiedad, abstrayendo en un primer momento el hecho de su colindancia con una vía pública, y si fuera así, de qué manera resultan afectados por esta última.

La nomenclatura tradicional de los derechos de los colindantes es la siguiente: 1. Un derecho de acceso que versa sobre la facultad del propietario de desembocar a través del mismo a la vía pública (31). 2. Un derecho de luces y vistas a través de la apertura de huecos y ventanas sobre la vía pública; y 3. Un derecho de desagüe de aguas residuales.

a) *Examen del Derecho civil*

1. El acceso desde fundo propio tiene difícil encaje en el Derecho privado, al menos como figura autónoma e instrumental para acceder del interior al exterior del fundo. Como señala BIAGI, en el Derecho privado se le configura o como una limitación a la propiedad o como añadido a una servidumbre legal de paso (32). Este hecho puede ser de gran utilidad para conocer el sentido que en el Derecho civil tiene la apertura de un acceso, indefectiblemente unido a una servidumbre de paso. Asimismo será necesario prestar atención al significado de esta servidumbre impuesta en beneficio de aquellos fundos interclusos.

a) Fijándonos primeramente en este segundo aspecto señalado, el significado fundamental de la servidumbre de paso hay que buscarlo atendiendo a la situación en que se encuentra el fundo dominante.

(31) En principio, se trata solamente del acceso personal del propietario a la vía, sin que entre en el derecho de acceso la facultad de estacionar, a fin de permitir la subida y el descenso de viajeros, así como la carga y descarga de mercancías, como sucede en el Derecho francés.

(32) BIAGI: *I vantaggi...*, cit., p. 1347.

Como es sabido, la servidumbre se constituye en favor de la finca que, enclavada entre otras ajenas, no tiene salida a camino público (art. 564 Cc). Significa el hecho que una finca no debe quedar intercluida entre otras de propiedad privada, ya que de manera evidente, en relación con todas ellas, no puede el propietario traspasar los límites de su dominio, careciendo entonces, de hecho como de derecho, de un espacio público exterior a su propiedad.

La razón fundamental por la que se constituye la servidumbre de paso con carácter forzoso y en interés privado es la de acceder a un lugar público. Indudablemente en su constitución está implicado el acceso del particular a la vía pública.

Realmente el Cc no llega a calificar expresamente la facultad de acceder a la vía pública como un derecho del propietario intercluido que forma parte de su derecho de propiedad. Sin mayor precisión, indica que, a semejanza de las otras servidumbres de nacimiento legal, éstas están constituidas por causa de utilidad privada o en interés de los particulares, frente a aquellas otras que lo están en base a un interés público. En principio, la utilidad privada es un concepto muy abstracto para calificar la naturaleza jurídica del acceso a vía pública dentro del marco de la propiedad privada. Pero, no obstante, es perfectamente distinguible una distinta evaluación de la actividad que cada una de las servidumbres legales reporta al predio dominante. Sin entrar a examinar el valor de las limitaciones que, por razón de vecindad entre predios, se establecen bajo el calificativo de servidumbres legales, las servidumbres que implican la utilización forzosa de otro predio en provecho del propio, tienen, como contrapartida del acto de constitución, el *ius utendi* del propietario del fundo dominante, que, en caso contrario, resultaría seriamente dañado (33). En realidad, la calificación de esta utilidad necesaria como interés o derecho es algo que escapa a la mente del legislador, para quien de manera amplia se trata de una utilidad inherente al uso y disfrute del derecho de propiedad inmobiliaria. Este carácter patrimonial del acceso, caso de admitirse, sirve para medir, jurídicamente al menos, la incidencia que el uso, *quavis de populo*, de la vía tiene en las pro-

(33) No ofrece duda la posibilidad de reconocer y distinguir un contenido fundamental del derecho de propiedad privada a los efectos de articular criterios válidos de distinción entre las limitaciones normales al ejercicio del derecho y aquellos sacrificios que implican expropiación parcial del Derecho. Véase D'ANGELO GUIDO: *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indemnizzo*, Nápoles, 1963.

iedades inmobiliarias colindantes, hecho que no se pone suficientemente en evidencia en el Cc, dado el carácter rústico de las fincas que toma en consideración (34). Mas, por el contrario, en la propiedad inmobiliaria urbana, donde la inmediatez de espacios públicos y privados es constante, parece simplista la solución del interés en el uso de lo público para calificar el acceso de los inmuebles a la vía.

b) Un aspecto no desdeñable de la situación que presenta el Derecho civil es el hecho de que el acceso vaya íntimamente ligado a la servidumbre de paso a través de fundo ajeno; es más: que sea impensable el acceso que no implica una utilización directa del fundo de otro. Este hecho se demuestra incluso en la imposibilidad legal de abrir accesos en pared propia, si no se es titular de un derecho de paso sobre la finca del vecino. De aquí que el derecho que tiene el propietario de abrir accesos sobre la propiedad de otro venga íntimamente ligado al derecho que se tiene para circular sobre ella, ya que no puede explicarse la ejecución de una actividad de carácter instrumental como la de abrir un acceso si el fin que se persigue con ella —acceder a la propiedad de otro— es ilícito.

Pero por ahora basta con tener en cuenta estas consideraciones en cuanto que de ellas se desprenden que el acceso encuentra su fundamento en la facultad de usar —acceder y circular— el fundo ajeno:

2. Es pacífico en la doctrina civil que las facultades de efectuar huecos en las edificaciones para dotar a las habitaciones de luz natural y de abrir ventanas y miradores para gozar de las vistas que existen en el espacio exterior al fundo entran dentro del contenido normal del derecho de propiedad (35). Esta situación se transforma cuando el ejercicio de estas facultades se desarrolla dentro del marco de las relaciones de vecindad, en el cual normalmente las facultades de uno

(34) No obstante, otros Códigos civiles, como el italiano, han dado pie a la doctrina civilista para aproximarse más al carácter patrimonial del acceso a vía pública. Así, BRANCA, comentando la expresión del artículo 1.051 del C. civile. «per il conveniente uso del proprio fondo», señala: «Il diritto al passaggio è subordinato alle esigenze di utilizzazione del fondo. Senza l'accesso alla strada pubblica evidentemente non si potrebbe usare di questo: di qui la necessità, che è il fondamento della servitù coattiva», *Delle Servitù Prediali, en Comentario del Codice Civile*; SCIALOJA-BRANCA: *Libro Terzo: Della Proprietà*, Bolonia-Roma, 1954, pp. 457 y ss.

(35) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, tomo III, Madrid, 1891, pp. 635 y ss.; CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1959, tomo I, pp. 462-64; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, Barcelona, 1953; DE BUEN: *Servidumbres de luces y vistas*, «Enciclopedia Jurídica Española», tomo XXVIII, pp. 694 y ss.; ROCA JUAN: *De las servidumbres*, Madrid, 1961, comentarios al título VII, cap. II, sec. 5.ª, 6.ª y 7.ª del C. c.; IGNACIO DE CASSO: *Diccionario de Derecho privado*, tomo II, voz servidumbres.

y otro propietario suelen interferirse. El Cc regula las facultades de gozar de luces y vistas, construyendo los huecos necesarios para ello, dentro del capítulo de las servidumbres legales, y concretamente, en los artículos 580 y siguientes.

Como ha precisado oportunamente la doctrina, desde MANRESA, estas facultades no se ejercen *iure servitutis*, sino *iure proprietatis* (36), y, en consecuencia, el Cc, a pesar de la terminología que emplea, las regula como límites-confines al derecho de propiedad.

En el supuesto de las luces, el Cc exige, para la legalidad de los huecos, que la pared sobre la que se abran sea de propiedad exclusiva del titular de éstos, prohibiéndose cuando la pared es medianera y no media acuerdo entre ambos propietarios. Del régimen de las luces que establece el Cc merecen nuestra atención dos extremos:

- a) El carácter reglado de la facultad de abrir huecos.
- b) El alcance de esta facultad frente al propietario del fundo vecino.

a) Por lo que respecta al carácter reglado de la facultad (no posee una formulación legal abstracta, sino muy concreta), el Cc establece unos cauces fijos, a través de los cuales se habrá necesariamente de actuar. De este carácter reglado destaca la obligación de abrir los huecos a una altura determinada de la habitación y de unas dimensiones concretas.

Como ha tenido ocasión de explicar la doctrina civilista ampliamente (37), el ejercicio reglado de este derecho se debe a la preocupación del legislador de mantener los huecos dentro de la específica función para la que han sido abiertos. Quiere decirse con ello que, en principio, se persigue que a través del derecho de recibir luz del exterior no se obtengan vistas sobre el fundo vecino, causando con ello posibles inconvenientes a los habitantes del mismo. Por ello se explica la altura a que están situados (a nivel de las carreras) y las dimensiones del vano: un cuadro de 30 centímetros de lado.

Como puede verse, se intenta lograr a través de la regulación legal que la apertura de huecos para luces entre estrictamente en la esfera del derecho de propiedad no sólo físicamente, sino evitando

(36) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios...*, cit., p. 637; CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, cit., p. 462.

(37) Véase el libro de GONZÁLEZ-ALEGRE, BERNARDO: *Las relaciones de vecindad*, Barcelona, 1967.

cualquier utilización que implique una inmisión en el fundo vecino. Resulta, pues, que la necesidad de las edificaciones de tener abiertos huecos por donde entre la luz habrá de satisfacerse sin implicar para ello a la propiedad ajena. De lo cual se desprende que para el legislador las vistas sobre fundo de otro implican en cierta medida un tipo de utilización de ese fundo (38).

b) El verdadero significado de la apertura de luces dado por el Cc como utilización del propio bien, sin afectar a la esfera jurídica del fundo vecino implica que el propietario de éste podrá edificar sobre sus terrenos, suponga o no el desconocimiento de los huecos practicados. Es por ello por lo que el disfrute de los huecos será consecuencia de la situación de hecho de los lugares, de forma tal que una edificación contingua no los clausure o los reduzca al privarles de la luz habitual (art. 581, 2 Cc). Puede el propietario, en consecuencia, clausurar no sólo la luz, sino también el hueco efectuado si el vecino adquiere la medianería.

En suma, la facultad de todo propietario de abrir huecos en las edificaciones de su propiedad no constituye un derecho ejercitable frente a terceros ni, en todo caso, un derecho que limite la esfera jurídica del vecino. Desde el momento en que no hay inmisión en fundo ajeno que implique una utilización legítima del mismo, la permanencia de los huecos dependerá de las posibilidades del propietario limítrofe de edificar contiguamente, cosa que ocurrirá siempre que la pared propia sirva de límite a ambos fundos.

3. En cuanto al desagüe de los edificios, el Cc considera que el propietario tiene derecho a verter las aguas pluviales, no ya sobre

(38) Según se afirma normalmente, la utilización no deseada, a través de los huecos de luces, es la de hacer factible al propietario el disfrute de una situación ventajosa para penetrar en la intimidad de la vida que se desarrolla en el otro fundo. En este sentido el Código civil no hace distinciones, según se trate de una zona del fundo ajeno en que existan edificaciones o de una parte ineditificada.

Esta situación se radicaliza más en la legislación foral de Cataluña, en la que, según se ha señalado, la luz que se introduce a través de los huecos abiertos no es propia, sino del predio vecino, produciéndose de esta manera una utilización del fundo de otro. PELLA Y FORGAS: *Código civil de Cataluña*, 1916, tomo II, p. 241. El artículo 293, 1, de la Compilación establece a este respecto que: «Nadie podrá tener vistas ni luces sobre predio vecino si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor». Al contrario, la legislación foral de Aragón es más tolerante. Véase GONZÁLEZ-ALEGRE, BERNARDO: *Las relaciones...*, cit., pp. 404-07; CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1969, tomo II, vol. II, pp. 133 y ss.

suelo propio, sino sobre suelo ajeno, si ello fuere necesario. Si se examina el ejercicio de la facultad de verter aguas, el artículo 586 establece la obligación del propietario de que las aguas caigan sobre su propio fundo y no sobre el del vecino. Ello supone que el contenido del derecho del propietario se tipifica por la utilización directa de su fundo, lo que en sí mismo parece no explicar la regulación que de tal facultad hace el Cc. El precepto, lejos de limitarse a reconocer expresamente esta facultad del propietario, establece dos obligaciones que delimitan el contenido de aquélla, en atención a la vecindad con otros fundos. La primera de ellas es de tipo abstracto, recogida implícitamente en la redacción del precepto. Se trata de mantener el ejercicio de este derecho, circunscrito a los límites físicos del derecho de propiedad. En su virtud, el derecho de verter aguas no podrá efectuarse directamente sobre las propiedades vecinas, debiendo el propietario hacerlas caer sobre su propio fundo. En contrapartida, el propietario vecino puede impedir que las aguas de otro predio invadan su fundo. La segunda concreta aún más esta obligación, señalando que, aun cuando las aguas se viertan sobre su propio fundo, el propietario deberá recogerlas o desaguarlas de forma que, por efecto de su acumulación, no invadan o perjudiquen al fundo vecino.

Como puede verse, el Cc deja claramente establecido que el desagüe de aguas pluviales sólo constituye un derecho del propietario cuando, para efectuar tales operaciones, éste sólo utiliza su propio fundo. Consecuentemente, dentro de la definición institucional de las relaciones de vecindad, no existe derecho a usar del fundo ajeno para desagüe de aguas pluviales ni éste ha de recibirlos legalmente.

Según el artículo 588, la servidumbre de desagüe que beneficia al fundo intercluso crea un régimen excepcional en las propiedades limítrofes. La excepcionalidad de este régimen, que se refiere primeramente a la excepcionalidad del uso que se establece sobre ellos, hace mención también al carácter accesorio de la utilización respecto de la explotación normal de la finca. Como señala, *in fine*, el precepto, el conducto de desagüe se establecerá en la forma que menos perjudique al predio sirviente, por lo que el dueño del predio dominante no tendrá derecho a escoger el camino más corto o más acorde con sus necesidades, sino el que en definitiva determine, como menos dañoso, el propietario del fundo sirviente.

b) *La colindancia con la vía pública*

De nuestro examen del Derecho civil obtenemos los siguientes resultados:

a) Que el acceso requiere la habilitación previa para circular y transitar a través del fundo sobre el que se abre aquél, constituyendo, si está intercluido, un mecanismo indispensable para el aprovechamiento del fundo propio.

b) Que el derecho de abrir huecos para vistas en pared propia y sobre fundo ajeno implica la utilización del predio vecino.

c) Que el derecho de desagüe de aguas pluviales, a través del fundo vecino, sólo se podrá realizar en el supuesto en que el propietario no pueda recibirlas en su fundo.

En relación con las vías urbanas, estos derechos nacen a partir de que el propietario de unos terrenos edificables ejercita su derecho de edificar sobre ellos. A través de la licencia para edificar la Administración controla la actividad del particular en relación con la apertura de huecos para luces y vistas y accesos. En principio, el control de esta actividad del particular se presenta con autonomía propia e independiente de la de construir. Basta para ello conocer el contenido del control que efectúa la Administración. Por un lado, en cuanto manifestación de un derecho de propiedad, planificado a través de los planes de ordenación, la licencia garantiza que «el uso de los predios no se apartará del destino previsto» y además que la satisfacción de ese destino, cuando se trata de terrenos edificables, se ajustará a las normas que sobre las edificaciones se han establecido. Por otro lado, la Administración garantiza que el ejercicio de facultades concretas, en cuanto toman como marco la vía pública a la que el inmueble da frente, no alterará el contenido normal de la afectación que ha recibido, protegiéndose de esta manera el uso público. Puede afirmarse que la apertura de huecos y accesos a la vía pública constituye una actividad sometida a licencia previa, a partir de la cual el particular podrá efectuar, dada la inocuidad de su ejercicio, las obras solicitadas.

Como ya hemos venido señalando, de cara a la eficacia de los derechos de colindancia, son dos los presupuestos necesarios:

b1) *La existencia de una vía pública limitrofe.*

Desde la *res publicae publico usui destinatae* del Derecho romano, la colindancia física con una vía pública ha atribuido al titular del inmueble la posibilidad de traspasar la línea divisoria de ambos bienes bajo el imperio del derecho ciudadano de usar de lo público. En nuestros días, la existencia de este factor, vía pública, hace referencia a los poderes de la Administración frente a los derechos de los particulares y a la sumisión de éstos a la actividad administrativa. En las primeras formulaciones de la naturaleza jurídica de los derechos de los colindantes aparecía como primordial la naturaleza real y permanente de éstos frente a la Administración. Se trataba de someter y limitar la actividad pública en base a los derechos adquiridos por los particulares. Este momento fue posible a partir de la formulación del dominio público como objeto de un derecho de propiedad pública. Como señala BASTID, a partir de la formulación de esta teoría por HAURIU, fue posible la admisión de que sobre los bienes demaniales se constituyeran derechos reales en favor de los particulares, considerándose los derechos del colindante sobre la vía pública como una forma de servidumbre (39). Por su parte, GENOT señala una serie de *arrêts* de la *Cour de Bruxelles*, en los cuales se consideraba a los derechos de acceso, vistas y luces como inherentes al derecho de propiedad, y los caminos públicos, como organismos necesarios para permitir y garantizar el ejercicio de estos derechos (40). En el Derecho italiano, la naturaleza de los derechos del colindante cambió de formulación según la concepción vigente acerca de la naturaleza del derecho del ente público sobre los bienes de dominio público. BIAGI señala que una primera formulación concibió los derechos de los colindantes como verdaderas servidumbres legales que nacían desde el momento de la existencia de la vía y siempre que no contrariasen la afectación (41). Por su parte, los que negaban la existencia de una propiedad pública sobre el dominio público calificaban comprensivamente estos derechos de manera *sui generis* (42).

(39) BASTID: *Les Aisances de Voirie*, RDPSP, 1930, p. 614. Esta línea fue seguida al mismo tiempo por la jurisprudencia francesa de manera unánime. Véanse las citas que hace este autor en páginas 625-33.

(40) GENOT: *De la Voirie publique par terre*, Bruxelles, 1964, p. 565.

(41) BIAGI: *I vantaggi...*, cit., pp. 1321-22.

(42) Así, PROUDHON, quien calificó el ejercicio de tales derechos como manifestación de la tolerancia de la Administración. BERTHELEMY, para quien son simples facultades cuyo disfrute es conforme con la destinación natural de la vía pública, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, 1928, pp. 534 y ss. Véanse, ade-

Durante mucho tiempo ha imperado en el Derecho italiano la teoría de que los derechos del colindante, por la especial relación de vecindad que se opera entre edificaciones privadas y vía pública, constituyen una serie de limitaciones para la propiedad pública. Como señala BIAGI, la teoría se basaba en un engranaje de naturaleza real, dada la vecindad de los bienes, sometiéndose la vía pública a las limitaciones legales que se derivan para la propiedad privada, y distinguiéndose a este fin entre aquellas situaciones jurídico-subjetivas derivadas de la colindancia y aquellos derechos de los propietarios colindantes que les corresponden como usuarios de la vía (43). En realidad, la validez de esta tesis quedó pronto en entredicho, dada la falta de reciprocidad del régimen de las limitaciones y de la imposibilidad de distinguir entre derechos derivados de la situación de colindancia y derechos derivados de la cualidad de usuario del propietario (44). Esta teoría ha influido en la jurisprudencia de forma muy peculiar, sentándose en algunas sentencias el principio de la propiedad limitada frente a los poderes de la Administración de transformar el estado de los lugares. Así se manifestó la Corte d'Appello di Firenze en sentencia de 5 de febrero de 1962, señalando que la propiedad de una vía que sirva de acceso a los edificios colindantes es en sí limitada en el sentido de que su contenido no comprende la facultad de cambiar el estado de los lugares de modo de afectar el acceso. En consecuencia, cuando son puestas en consideración las dos formas de propiedad se puede afirmar la subsistencia en favor de la propiedad privada de un verdadero y propio derecho al acceso y en general al mantenimiento de la recíproca situación de los lugares (45). Con posterioridad la Corte di Casazione, en sentencia de 5 de julio de 1968, ha dulcificado los términos, señalando que la excepción que se produce respecto de la normativa civil, en cuanto a las distancias entre

más, las referencias de BASTID a estos autores y a otros en *Les Aisances...*, cit., páginas 615-20. Para DUGUIT y JÉZE el colindante no es más que un usuario de un servicio, quien se encuentra en una situación más fuerte, en cuanto la utilización que él hace de la vía tiene un carácter permanente y no accidental. JÉZE: *Du «Droit» des individus de se servir des dépendances du domain public conformément à leur destination*, RDPSF, 1910, pp. 695 y ss., especialmente la página 701 y el ejemplo gráfico citado en ella. DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo III, página 323, y *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*. MELANGES HAURIOU, París, 1929, p. 260.

(43) BIAGI: *I vantaggi...*, cit., pp. 1326-29 y bibliografía allí citada.

(44) Véanse las consideraciones de BIAGI en lugar citado *infra*.

(45) La presente sentencia sostiene que los derechos del colindante sobre la vía pública constituyen modos de ser de la propiedad privada, ya que en ausencia de ellos no podrá configurarse un derecho de propiedad, citada en RGE, 1962, p. 288.

construcciones limítrofes a la vía, suponen una limitación al *demanio stradale* en favor de la propiedad privada. Pero tal limitación no afecta al poder de disposición que tiene la Administración, pudiendo usar de él según las normas que dominan el dominio público (46).

En el momento actual no puede afirmarse que los derechos adquiridos constituyan un freno o limitación legal a la actuación de la Administración y mucho menos en el campo del urbanismo, al menos en nuestro Derecho. De manera evidente, la Administración tiene atribuida la función de determinar el trazado viario de las ciudades a través de la técnica del plan de ordenación, de manera que podrá modificar o suprimir vías públicas en el interior de las ciudades. Quiere ello decir que, por motivos de utilidad pública, puede adquirir de manera forzosa los derechos adquiridos por los particulares, y, en consecuencia, podrá, en virtud de la variación del trazado de una vía, alterar el *statu quo* de los lugares, modificando para ello los derechos de los propietarios colindantes.

A la par, y en contrapartida, la Administración deberá indemnizar aquellos atentados sufridos por los propietarios del inmueble implicado, es decir, aquellas lesiones que sufran en sus derechos e intereses patrimoniales legítimos.

Como se verá en su momento, la legalidad de la actividad de ordenación llevada a cabo no se mide con relación a la incidencia que tiene en la esfera jurídica de los particulares, sino en relación con los principios que dominan el régimen de afectación de la vía. En su virtud, la Administración se encuentra vinculada por el principio de destinación pública, de la cual se benefician los inmuebles colindantes. De aquí que el propietario de éstos pueda oponerse a cualquier actividad que, mantenida fuera de los términos en que se encuentra formulada la afectación pública de la vía, lesione su cualidad de colindante.

La idea más importante que es preciso tener en cuenta es que los derechos de los colindantes a usar y obtener utilidades de la vía, a la que dan frente sus edificaciones, se engloban dentro del régimen normal de utilización de los bienes afectados al uso público. En base a este principio se han de formular las respectivas situaciones jurídicas en que se encuentran la Administración y el colindante. Esta

(46) RGE, 1969, p. 50. Ambas sentencias se enfrentan con el problema de la edificación sobre suelo público y la posible alteración de los derechos de los colindantes por las obras concedidas.

colindancia cualificada no implica la existencia de reglas especiales que regulen la cualidad de usuario del colindante, ni siquiera algún tipo de límite a los poderes de policía de la Administración respecto de la utilización de la vía. Hay que reconocer que tanto la Administración como el colindante ostentan las facultades que se derivan del uso común de la vía pública (47).

b2) *La existencia de un inmueble*

La existencia de un inmueble constituye el ámbito específico, en el que el propietario puede ejercitar la facultad de abrir huecos y accesos sobre la vía pública. Con independencia de los aspectos estético, higiénico o arquitectónico, la apertura de éstos entra de lleno en el ejercicio del derecho de propiedad. Como señalábamos anteriormente, esta operación efectuada en el inmueble es una actividad completamente distinta a la de acceder a la vía pública. No obstante, son dos actividades interdependientes entre sí. No puede pensarse en la construcción de un acceso si no es para acceder a otro lugar con la finalidad de utilizarlo. He aquí la instrumentalidad de este derecho, en cuanto especialmente destinado a hacer posible y factible la utilización de la vía pública. En este ámbito se constituye la obligación de una autorización previa para la apertura de accesos.

En primer lugar, la apertura de un acceso a la vía pública constituye el ejercicio de una facultad sometida a control por parte de la Administración. En base a la necesidad de licencia previa, algún autor calificó el uso de acceso del colindante a la vía pública de carácter especial (48). A nuestro parecer, tal opinión no se ajusta a la realidad en cuanto que identifica dos operaciones distintas: la de apertura y la de acceso a la vía pública. Respecto de esta última, el acceso es libre, sometido a las reglas de policía que regula el tránsito público; al contrario de la primera operación, que queda sometida a la fiscalización de la Administración. Las razones que aconsejan el establecimiento de este control previo son de protección del uso público de la vía. De manera general, la doctrina más reciente en el Derecho italiano se manifiesta abiertamente contra el carácter dis-

(47) En esta línea se manifiesta la doctrina y la jurisprudencia italiana más reciente. En cuanto al Derecho francés, los derechos de los colindantes son considerados como derivados de la afectación pública de la vía, LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, tomo II, París, 1970, p. 181.

(48) ASÍ GROSSO, en GROSSO y DEJANA: *Servitù prediali, Trattato di Diritto Civile*, vol. V, tomo I, parte I, Turin, 1955, p. 173. ROSA: *Aree pubbliche...*, cit., p. 366.

crecional de la autorización. Así, BIAGI, para quien éste es un acto de verificación de condiciones y, en consecuencia, un acto reglado (49). Mas resulta obvio, por la evidencia de la práctica cotidiana, que la Administración puede denegar la apertura de un acceso a quien, teniendo ya alguno, no le sea imprescindible para el uso del inmueble y con él se produzca un atentado contra el uso público de la vía. De la misma forma no se permitirán accesos cuando el uso que se pretende obtener de la vía está prohibido; tal es el caso de las vías no abiertas a la circulación rodada (50). Como se ve, el control se destina a hacer efectivas las normas que regulan la utilización de la vía, en base a las cuales sólo se pueden ejercitar las facultades dominicales de apertura de accesos. Este segundo aspecto de la cuestión hace de la licencia previa un verdadero acto discrecional en cuanto a la Administración compete determinar las compatibilidades del acceso con el tránsito público.

En el fondo, la verdadera cuestión debatida es el ámbito jurídico de la necesidad del colindante de tener acceso a la vía a la que da frente su propiedad. Pero este mismo fondo real sitúa la cuestión en sus justos términos, ya que obviamente es diferente el derecho de abrir un acceso que beneficie al inmueble y haga posible acceder a la vía pública, de la facultad abstracta de efectuar cuantos accesos desee el propietario y para las finalidades más variadas. Una y otra actividad requieren un tratamiento jurídico diferente, a la vez que constituyen el objeto inmediato del control de la Administración. En el primer caso es donde debe optarse por la patrimonialización del derecho de acceso del colindante. Derecho de carácter real, *iure proprietatis*, ejercitable y exigible frente a la Administración. Al lado de este supuesto, el acceso, como facultad de obrar dentro del derecho de propiedad, constituye, frente a la Administración, un mero interés, que ésta habrá de controlar, en cuanto que su autorización implica una utilización de la vía que puede, cualitativa o cuantitativamente, alterar el orden público de la circulación y el tránsito al constituir una utilización especial de la vía (por su intensidad o peligrosidad).

(49) BIAGI: *I vantaggi...*, cit., p. 1351

(50) Los accesos a vía pública de los inmuebles colindantes a través de vehículos constituyen utilidades especiales del dominio, en cuanto que ello sólo es posible a través de una transformación física de los lugares e implica, frente a los demás usuarios de vehículos, una situación privilegiada, no sólo en orden a la circulación, sino también en orden al estacionamiento.

b3) *Ambito juridico del derecho de acceso*

Merece especial atención el hecho de que en la actualidad el acceso de inmueble a vía pública desborde las normales previsiones existentes en la materia. Ello ha hecho hablar, en alguna ocasión, a la jurisprudencia de accesos que constituyen una utilización anormal (véase gravosa) de la vía, así como de accesos que implican una actividad previamente autorizada (por ejemplo, la actividad industrial) o un uso posterior de la vía de acusadas características especiales. Todo ello ha motivado que el derecho de acceso se haya vuelto complejo.

Primeramente, lo que interesa recordar es que el derecho de acceso del colindante a la vía pública constituye un aprovechamiento común de la vía, sin que ello sea obstáculo para que, ejercitado bajo determinadas condiciones o a través de determinados medios o para determinados fines, constituya un uso especial. Por esto resulta imprescindible distinguir, al menos terminológicamente, entre el derecho de acceso y los posibles accesos que, además, puedan efectuarse.

La primera dificultad, en este intento delimitador, la constituye la determinación del ámbito del acceso como derecho patrimonial del propietario colindante, frente a aquellas otras pretensiones de acceso que puedan ser desconocidas por la Administración si su autorización implicara una alteración del orden público de la vía. El planteamiento anterior obliga a la formulación de una cuestión previa: ¿puede denegar la Administración un derecho de acceso aun cuando éste constituya un elemento indispensable para el disfrute del derecho de propiedad? A nuestro parecer, no. La razón es obvia: si el uso que el colindante hace de la vía viene tipificado en el conetnido de la afectación pública, difícilmente puede explicarse que el ejercicio de éste pueda producir alteraciones en el normal funcionamiento de la afectación. Ahora bien, a partir de este acceso la perturbación es posible y, por tanto, la intensidad con que el acceso pretendido viene formando parte de la afectación de la vía pública va disminuyendo. Por tanto, el derecho de acceso se configura como tal en cuanto coincide con un uso común de la vía pública, y desaparece en cuanto implica una utilización cualificada de ésta. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de poner de manifiesto la relación evidente entre el derecho de acceso y la utilización de la vía en una ocasión. En la sentencia de 24 de octubre de 1962 (R. 4032) se hace espe-

cial alusión a que el derecho de acceso a vía pública está sometido a la actividad de policía de la Administración, especialmente invocada ésta respecto de la actividad concreta que el particular espera efectuar a través del acceso (51). En este sentido, el acceso a vía pública puede ser consecuencia de una actividad industrial o comercial, que necesariamente habrá de ejercitarse con carácter legal. Este requisito previo, imprescindible, se complementa con las normas de policía que regulan el uso público de la vía, formando el régimen jurídico del derecho de acceso a la vía pública.

Para solventar aquella dificultad inicial es preciso examinar el aspecto teleológico del acceso y el aspecto material del mismo.

a) Como hemos señalado, el derecho de acceso constituye una utilización común de la vía pública, por lo que ésta presenta la aptitud de satisfacerlo, con carácter general, a todos los colindantes. En cuanto que forma parte del contenido de la afectación, la Administración no podrá desconocerlo si no es mediante previa desafectación de la vía (52). Esta definición plantea la siguiente cuestión: hasta ahora estamos formulando el derecho de acceso a la vía pública en base a la situación de colindancia entre un inmueble y la vía; ¿quiere ello decir que cualquiera que sea la finalidad a la que se destine o la actividad que se realice en su interior, el derecho de acceso permanece

(51) Quizá el aspecto más revelador de la sentencia sea aquel en el que se enfrenta con la falta de un precepto que habilite expresamente la actuación de la Administración para prohibir un acceso concreto. Las consideraciones que realiza el Tribunal son las siguientes: «Resulta fútil oponer tanto, a la licitud del acto impugnado en este procedimiento, la teoría de que la prohibición que contiene sólo sería válida si existiera un Reglamento u Ordenanza que la fundamente, puesto que cuando el interés general está amenazado..., los poderes implícitos de la Administración han de cubrir el campo en que se acuse un déficit legislativo formal.» Como puede verse, el Tribunal es plenamente consciente de que, aun cuando el Ayuntamiento no gozaba de un poder expresamente reflejado en las Ordenanzas municipales, estaba habilitado para impedir el acceso. La sentencia no señala si el uso que se persigue contraría la afectación de la vía, pero más adelante, al rechazar una alegación de los demandantes, establece: «Y aunque se encuentre fuera por completo de la línea de nuestro razonamiento, si conviene señalar la invalidez del argumento de los demandantes, que se propone mostrar que el hecho de que la circulación de vehículos que extrajeran de la finca por la vía pretendida infringieran preceptos del Código de la Circulación y del Reglamento de Sanidad es independiente de la concesión de la licencia de apertura de puerta a tal vía pública, y no puede impedirla, ya que va contra la propia esencia de la actividad administrativa que ésta conceda derechos, cuyo ejercicio no puede sino ocasionar infracciones reglamentarias.» Como puede verse, el derecho de acceso sólo podría ejercerse cuando el uso público que se pretende efectuar a través de él forma parte de la afectación.

(52) Ello supone que la Administración actuará ilegalmente cuando a través de medidas de policía altere el contenido fundamental de este derecho de acceso.

en favor del propietario? A nuestro modo de ver, la respuesta es afirmativa. La razón fundamental es que la Administración somete, como ya vimos, la edificación a un sistema normativo que, con base en el plan de ordenación, determina no sólo las características de los inmuebles, sino también la actividad que puede realizarse en su interior. La aprobación del proyecto atribuye al titular de las edificaciones derechos de acceso a la vía pública, sin que pueda la Administración denegarlos, si no es mediante la anulación de la autorización previa. A partir del momento en que la Administración autoriza el proyecto presentado sólo podrá, dentro del ámbito de la autorización, someter el derecho de acceso a las normas de policía del uso de la vía.

b) El ámbito material del acceso hace referencia a los medios a través de los cuales puede el propietario efectuarlo, elemento éste de vital importancia que puede, en algunos casos, implicar la denegación o autorización del acceso mismo.

En principio es pacífico que el colindante pueda acceder personalmente sin la utilización de medio alguno a la vía pública. Y esto aun cuando se prevea una concentración o gran concurrencia de personas, como sucede en los casos de los establecimientos comerciales.

El problema comienza cuando el acceso ha de ejercitarse a través de algún medio mecánico. ¿Desvirtúa el empleo de un medio de esta naturaleza la formulación del derecho de acceso? ¿De qué manera afecta a la formulación de este derecho el empleo del automóvil?

La solución de este problema creemos que puede esclarecer la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la vía pública. A nuestro modo de ver, hay que volver sobre la distinción entre el derecho de acceso del propietario colindante y la utilización de la vía, que se produce a continuación.

En cuanto al primer punto, en principio, no puede calificarse como un derecho *iure proprietatis*, el acceso en automóvil a la vía pública desde las edificaciones privadas. Ello no es obstáculo para el particular, deseando bonificar su edificación con la existencia de un garage propio, ostente un interés para que la Administración le autorice el acceso. Como puede verse se trata de un *plus* incorporado al inmueble, que el particular no puede exigir.

Mas en determinados supuestos el colindante encuentra su petición más fundada, en base a una necesidad efectiva, de acuerdo con la actividad que efectúa en el interior del inmueble. En estos casos

puede suceder que la existencia de un acceso para vehículos constituya un elemento imprescindible para la realización de la actividad autorizada. A nuestro modo de ver, el particular tendrá entonces un derecho frente a la Administración para que le autorice la apertura del acceso.

En cuanto al segundo punto, hay que examinar las notas características de la utilización que se lleva a cabo a través del acceso.

En primer lugar, se trata de un uso que implica un determinado acondicionamiento de la vía, en cuanto que la salida a la calzada de vehículos supone el tránsito por la acera y la disposición de ésta para la admisión del vehículo. En segundo lugar, este tipo de accesos están protegidos frente a los demás usuarios de la vía con una prohibición de estacionamiento a lo largo de la franja que ocupa la salida (53).

Como puede verse, sus dos notas fundamentales son la ocupación material de la vía, con modificación del suelo, y la utilización particular, generadora de la prohibición de estacionamiento de una franja de la vía. Ello configura al uso como un tipo de uso no común de la vía, al que, sin embargo, en determinados casos se tiene derecho.

En definitiva, en nuestro ordenamiento, el acceso a la vía pública mediante el empleo de vehículos automóviles no constituye un uso común de la vía en favor de los colindantes. Las especiales características del acceso, la especial posición de ventaja en que se encuentra el colindante, lo hacen extraño a las reglas del uso colectivo. No obstante esta característica, el colindante puede, en tanto esta manera de utilizar la vía—la circulación de vehículos—esté prevista, exigir de la Administración la autorización pertinente si la actividad que se pretende realizar en el inmueble es legal y lícita. Ello supone además la atribución a la Administración de amplios poderes de policía que regulen el uso de la vía a través del acceso.

Por lo que se refiere a los demás derechos de colindancia, el derecho de desagüe de aguas residuales constituye una utilización común de la vía, aun cuando ello suponga una ocupación directa del subsuelo de la vía pública, si bien este derecho ha sufrido una evolución interesante, que va desde la caída de aguas sobre la superficie de la vía a la necesidad de conducir las a los conductos de alcantarillado.

La calificación jurídica de los derechos de luces y vistas de los colindantes ha merecido la atención de nuestro Tribunal Supremo en

(53) Como se recordará, este régimen viene establecido en el artículo 45 del Código de la Circulación.

una sola ocasión. En ella el Tribunal estableció lo siguiente: «que aun cuando la presencia de huecos, vistas y desagüe a la vía pública tengan un evidente fondo de facultad dominical, son, en el aspecto que aquí interesa, derechos de naturaleza administrativa consistentes en una especial utilización de un bien de dominio público y uso público...» (54). Para la doctrina que se ha ocupado del tema, el régimen jurídico de los derechos de luces y vistas del colindante no es equiparable al acceso, presentando peculiaridades propias. En principio, la apertura de huecos para luces y vistas en pared propia que da a fondo propio es una facultad del propietario del inmueble. Ya vimos anteriormente que en el Derecho civil una y otra están sometidas a un ejercicio predeterminado con tal de proteger la esfera de intereses del fundo vecino. Cuando una u otra se ejercen sobre una vía pública, el interés del fundo vecino desaparece y el ejercicio de tales derechos se libera de las cortapisas del Cc (55). Como señala BIAGI, la desaparición de las normas que regulan la vecindad entre fundos tiene por finalidad atribuir al propietario colindante una serie de medios a través de los cuales puede realizar el más completo goce del fundo. Por esto la configuración preferida por el legislador es que la propiedad privada, normalmente delineada y circunscrita en torno a la red de limitaciones legales que describen para ella el modo de ser actual, resulte privada de estas limitaciones (56). La peculiaridad que presentan estos derechos es la de atribuir a su titular un ejercicio no limitado por las normas del Cc, no porque la apertura de vistas sobre la vía pública no suponga una utilización de ésta, sino porque la vía es susceptible, como bien de uso público, de recibir las vistas de los inmuebles colindantes sin que ello suponga un régimen excepcional.

Como se ve, la sentencia del Tribunal Supremo se halla un tanto alejada de las anteriores consideraciones. De todas formas, el esfuerzo jurisprudencial sirvió para hacer objeto de expropiación unos derechos de luces y vistas que eran ignorados, aunque la vía del carácter especial del uso no nos parece acertada. Pero, junto al caso en que la vía es desafectada y su suelo destinado a edificación, existe el de la realización de construcciones, directamente por la Administración o a través del concesionario, que pueden alterar el ejercicio de estos derechos. Su estudio lo dejamos para más adelante.

(54) Sentencia de 5 de diciembre de 1970 (R. 5376).

(55) Artículo 584 del Código civil.

(56) BIAGI: *I vantaggi...*, cit., p. 1343.

3. LA DESAFECTACIÓN DE LA VÍA

El verdadero supuesto controvertido del régimen jurídico de los derechos del colindante lo constituye la desafectación de la vía, así como la desaparición de su destino urbanístico, pasando el suelo a otra calificación urbanística diferente.

Frente a este evento la doctrina ha adoptado teorías contradictorias, si bien todas ellas con la finalidad de garantizar los derechos del colindante. Como ya vimos, a este movimiento, en una primera etapa, corresponden aquellas formulaciones que calificaban la situación del colindante en base a un derecho adquirido sobre la vía pública. El problema que plantea la desafectación puede concretarse en si es preciso garantizar la continuidad de los derechos del colindante, definidos en base a la vía pública a la que el inmueble da frente, o simplemente indemnizar los daños que la actuación legítima de la Administración haya producido. Como se verá, la desafectación de una vía urbana produce una situación compleja, en la que necesariamente habrá de recurrirse a diversas soluciones para proteger el derecho del colindante sin necesidad de interferir la actuación legítima de la Administración.

A. *Supuestos posibles*

Los derechos del colindante pueden verse afectados de muy diversas formas. Puede tratarse primeramente de una alteración parcial o temporal del régimen normal de goce a consecuencia de la realización de una obra pública. Puede suceder que la realización de las obras, la elevación del nivel de la vía o un ensanchamiento provoquen la privación de algún derecho concreto: por ejemplo, el de acceso. Si la privación es permanente, surgirá para la Administración la obligación de indemnizar el daño ocasionado, cuya evaluación económica será el coste cifrado de la apertura de un nuevo acceso al edificio (57). Si se trata de una dificultad temporal en el uso del acceso, el sacrificio entra dentro de la situación normal de colindancia, es decir, de los inconvenientes normales que se producen con ocasión

(57) Dictamen del Consejo de Estado de 24 de abril de 1964 en «Recopilación de Doctrina Legal», 1963-64, núm. 42, pp. 73-74.

de la vecindad física (58). La responsabilidad de la Administración por daños causados en los derechos de los colindantes surge a partir del carácter anormal de aquéllos (59).

En segundo lugar, puede tratarse de alteraciones producidas por obras o edificaciones efectuadas sobre la vía pública, directamente por la propia Administración o a través de un concesionario. El régimen de estas obras plantea previamente la legalidad de su nacimiento, sobre todo en aquellos casos en que se produce una privación concreta de luces o vistas e incluso una variación en el derecho de acceso.

El supuesto normalmente examinado por la doctrina, en parte, como caso límite, es el que se produce tras la desafectación de la vía. Cuando se habla de desafectación no se hace referencia con exclusividad a la desafectación total del vial, sino que se consideran a la vez aquellas operaciones que tienen como efecto la desafectación del trozo de vía colindante con la edificación.

Por una parte, puede producirse una alteración de los derechos del colindante a través de una remodelación del territorio, suprimiendo una vía en su totalidad y creando una de nuevo trazado que sirva más racionalmente a la zona. En estos casos, en los que la envergadura de la operación es considerable, normalmente se produce una variación global de las condiciones urbanísticas del sector de influencia de la vía, provocándose una serie de expropiaciones en las que los derechos de colindancia difícilmente son protagonistas (60); para este supuesto la Ley del Suelo prevé el sistema de expropiación de las zonas de influencia de la vía, único sistema viable, a fin de formar solares edificables que colinden con la nueva vía (art. 53, 1 y 2).

Por otra parte, puede producirse la desafectación de un trozo o parte de la vía, a fin de variar su trazado y lograr su continuación o a fin de ponerla en relación con otra vía urbana de mayor circulación o importancia. Queda entonces una superficie de terreno al que dan frente una o varias edificaciones, de manera tal que a él acceden y sobre él se han abierto balcones y huecos de luces. En este caso hay que tener presente, como algo previo a cualquier punto de vista,

(58) LAUBADÈRE: *Traité...*, cit., p. 337.

(59) Tal es el criterio sentado por el Consejo de Estado francés, como se verá más adelante.

(60) La presente situación se producirá solamente cuando las previsiones del plan provoquen una conmoción en el estado urbanístico de los predios, afectando a la mayor parte de las edificaciones existentes en la zona.

que los colindantes edificaron sobre los terrenos legalmente, de acuerdo con la calificación urbanística de sus predios y en base a una licencia recibida de la Administración que les autorizaba a ella. Se trata de una situación nacida *secundum ius* y prorrogada en el tiempo en tanto los inmuebles subsistan. Con posterioridad, el presupuesto de hecho de esta actividad, la existencia de una vía urbana colindante, en los términos en que se expresa el artículo 63, 1 de la Ley del Suelo, ha sufrido una transformación de forma que técnicamente unos terrenos que eran edificables han dejado de serlo, no porque hayan recibido un nuevo destino urbanístico, sino porque han desaparecido los presupuestos legales que los hacían susceptibles de edificación.

En estos términos, y respecto de los inmuebles colindantes con la vía desafectada, sólo puede sostenerse una situación de precariedad, en cuanto se trata de edificaciones fuera de ordenación, lo cual, sin embargo, no habilita a la Administración a desconocer los derechos que, como colindante con vía pública, venía disfrutando hasta ahora. En base al respeto que la Ley del Suelo profesa a las edificaciones fuera de ordenación, en tanto éstas existen naturalmente, es preciso invocar la permanencia de los derechos de colindancia, aunque modificados, dado el carácter de los terrenos desafectados. El problema se concreta entonces en determinar las medidas concretas que habrán de tomarse, a las que tenga derecho el colindante y los deberes que surjan para la Administración como consecuencia de todo ello.

Por último, los derechos de los colindantes pueden verse alterados por un estrechamiento de la vía como consecuencia de una nueva alineación. La situación que se produciría vendría caracterizada por la existencia de una franja de terreno entre las edificaciones y la vía urbana, que rompería con la situación de continuidad entre ambas y pondría en entredicho los derechos de los propietarios colindantes.

Como se ve, no es correcto limitar los supuestos de alteración o modificación de los derechos de los colindantes al caso único de la desafectación, incluso cuando ésta misma puede producirse de manera diversa. La diversidad de supuestos y situaciones no es sino una manifestación más del régimen de colindancia entre ambos fundos, ya que las diversas modificaciones que sufra la vía pública habrá de padecerlas también de forma diversa el inmueble colindante, sin que quepa reducirlas todas ellas a un esquema único. Creemos que la corrección de los posibles daños que se produzcan en virtud de la colindancia entre vías urbanas y edificios limítrofes, como conse-

cuencia de la variación del trazado de aquéllas, puede hacerse en cada caso según los medios que ofrece la legislación del urbanismo, así como los principios que regulan los bienes afectados.

B. La alteración de los derechos del colindante, con especial referencia al derecho de acceso

Al mismo tiempo que se producen una serie de consecuencias económicas, la transformación del estado de la vía incide directamente sobre aquellas utilidades públicas que se derivan de forma inmediata de la colindancia con las edificaciones. De manera evidente, si el acceso a la vía pública toma como presupuesto su existencia frente al inmueble, la desaparición de ésta trae consigo la del acceso por el simple hecho de que el espacio al que se accede ha dejado de ser un lugar transitable.

Es relevante el hecho de que la doctrina que se ha ocupado del tema se haya limitado casi exclusivamente a examinar las repercusiones que la desafectación produce en el derecho de acceso de los colindantes. Este fenómeno puede explicarse teniendo en cuenta que para el caso de las luces y vistas, así como para el desagüe de aguas, el derecho privado prevé normas concretas que regulan el ejercicio de tales actividades. Al contrario, el acceso es una figura que no tiene personalidad propia en el derecho privado y concretamente en las relaciones de vecindad; de aquí las dificultades de resolver la continuidad y permanencia de los accesos, una vez desafectada la vía, sin acudir al auxilio de la servidumbre de paso civil, con algunos correctivos.

Por esta razón es nuestra intención detenernos fundamentalmente en el derecho de acceso, sin perjuicio de que obtengamos conclusiones válidas respecto de los de luces, vistas y desagüe.

El derecho de acceso puede verse modificado, bien porque la actividad de la Administración incida directamente en él, o bien porque afecte de manera global a la cualidad del colindante a través de una desafectación parcial o total de la vía.

a) En el primer caso se trata de aquellas obras que se realizan sobre la vía pública, sin provocar la desaparición de ésta, y que tienen como efecto, bien la supresión del acceso, bien el entranamiento de una dificultad a la hora de su utilización.

Dentro de estas operaciones, es preciso distinguir aquellas que la Administración realiza legítimamente, en virtud de los poderes de policía que le están encomendados, de aquellas otras que se derivan de las facultades de gestión del dominio.

a1) En virtud de los poderes de policía, la Administración podrá acometer aquellos trabajos que se propongan la conservación, la mejora o cualquier suerte de transformación que beneficie al tráfico público, la realización de obras públicas, en las que esté implicado el interés de la colectividad, así como la planificación de un servicio público. En todos estos supuestos la Administración actúa legítimamente, causando un perjuicio. La realización de la obra no supone la pérdida de la cualidad de colindante, sino solamente la producción de un daño en el ámbito de ésta, y concretamente en el derecho de acceso en virtud del cual queda suprimido. La situación del colindante se traduce entonces en la legitimación para reclamar una indemnización por el daño inferido en su derecho, si bien a la hora de determinar el importe de ésta se acuda al empleo de criterios estrictos, en base únicamente a la amplitud del daño ocasionado. Para que se dé nacimiento al derecho de ser indemnizado es preciso:

a') Que el daño sea anormal. Tal ha sido el criterio seguido por el Consejo de Estado francés a la hora de determinar cuándo hay derecho a ser indemnizado. Por normal entiende aquellos inconvenientes que resultan de la proximidad con una obra pública y entran dentro de los supuestos de sujeción normal por razón del vecinaje o de la contigüidad de las propiedades. En su traslación a la situación de los colindantes, éstos deberán soportar las dificultades que se presenten durante la realización de las obras en el ejercicio del derecho de acceso, si bien el mismo Consejo de Estado señala que la importancia o la duración de los trabajos pueden hacerlos exceder de los que los colindantes están obligados a soportar sin indemnización (61). Este es el caso de aquellas obras que impiden la realización de una actividad comercial o industrial durante el tiempo que duran las operaciones y que obligan a trasladar la sede del negocio a otro

(61) *Arrêt*, E. D. F. de 14 de noviembre de 1957, en «Recueil des décisions du Conseil d'Etat», année 1957, p. 1047, y *arrêt Ville de Sarcelles, c/Labille*, de 17 de diciembre de 1965, en «Recueil...», cit., année 1965, p. 117. Asimismo, el Consejo de Estado francés reconoce la anormalidad de la situación para el comercio que, en virtud de las obras efectuadas, ha de cerrar sus puertas. La indemnización entonces consistirá en el importe de la instalación en un local distinto, donde provisionalmente ejerza sus actividades. *Arrêt Société algérienne des automobiles Renault*, de 8 de noviembre de 1957, *Recueil...*, cit., année 1957, p. 607.

lugar, si ello es posible, a menos de clausurarlo temporalmente, lo cual se halla de acuerdo con la doctrina más reciente sentada por nuestro Consejo de Estado.

b') Que el daño lesione un derecho. En este sentido nuestro Consejo de Estado es tajante: a la hora de reclamar una indemnización se habrá de ser titular de un derecho lesionado por la actividad de la Administración. La doctrina fundamental se encuentra recogida en el dictamen de 24 de abril de 1964, en el cual se señala que hay que diferenciar aquellas acciones administrativas que inciden directamente sobre el patrimonio del particular, de aquellas otras que producen, como efecto derivado, una alteración en la situación y expectativas de los administrados. El concepto jurídico de lesión implica que una actividad produce un efecto antijurídico sobre el patrimonio de una persona. Pero si el efecto es el menoscabo de un interés que nace de unas expectativas creadas o amparadas por una obra pública o por un servicio público, es evidente que no hay imposición de un sacrificio jurídicamente indemnizable (62). Este interés hace referencia a la intensidad de la circulación o a la situación estratégica de la vía, cuya modificación o alteración no puede constituir objeto de indemnización. En consecuencia, la pérdida de ventas, la disminución de la clientela y demás consecuencias derivadas para el establecimiento de una obra pública, no forman parte del derecho a ser indemnizados, ya que el interés en el mantenimiento de esa situación de hecho no vincula a la Administración cuando, por razones de interés público, se propone modificarla (63).

La figura del derecho lesionado se refiere, según tanto el Consejo de Estado español como el Consejo de Estado francés, a la privación de un derecho determinado, es decir, la privación del acceso. Así, nuestro Consejo de Estado, en el dictamen citado anteriormente, entendía que si la ejecución de una obra pública priva de entrada y salida a un edificio, se habrá ocasionado lesión indemnizable, cuya

(62) Dictamen de 24 de abril de 1964, *Recopilación...*, cit., p. 73.

(63) Dictamen de 24 de abril de 1964, *Recopilación...*, cit., p. 73. La misma doctrina se sienta en los dictámenes de 21 de diciembre de 1964, 15 de noviembre de 1965 y 14 y 21 de marzo de 1968. Por su parte, el Consejo de Estado francés ha sentado la misma doctrina en los dictámenes citados por LAUBADÈRE: *Traité...*, citado, p. 337, y en *Arrêt Ministre des travaux publics, des transports et du tourisme, c/époux Tebaldini*, de 26 de mayo de 1965, *Recueil...*, cit., année 1965, p. 1083. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo también ha mantenido una doctrina semejante en la sentencia de 4 de julio de 1963 (R. 3451). En el Derecho italiano véase BIAGI: *I vantaggi...*, cit., p. 1360.

evaluación económica será el coste cifrado en la apertura de un nuevo acceso al edificio. No será daño indemnizable la mayor distancia a una vía o la menor comodidad de un acceso, pero lo será la utilización misma de éste.

a2) Puede suceder, a diferencia de lo hasta ahora examinado, que la alteración del derecho de acceso sea consecuencia de obras realizadas en virtud de las facultades de gestión encomendadas a la Administración y que tales obras supongan o la privación del acceso, o la dificultad de utilizarlo.

En principio, es preciso señalar que la edificación sobre la superficie de una vía pública excede del contenido de la afectación, ya se trate de la realización de una obra de interés público, como de una obra de interés particular de un concesionario (64). La legalidad de estas edificaciones se basa en el respeto a las utilidades comunes de la vía y en la posibilidad de hacerlas compatibles (65).

En el desarrollo del principio fundamental, según el cual las facultades de gestión de la Administración, titular de la vía, permanecen sometidas a la afectación pública, es donde es posible encontrar el régimen jurídico de estas obras. En su relación con la esfera jurídica de los colindantes, la norma principal es la de la ilegalidad de aquellas obras que supongan un desconocimiento de los derechos de que son titulares (66), ya sean efectuadas por la Administración o por un concesionario. La ilegalidad está ocasionada por la falta de competencia del ente concedente, en cuanto que atribuye derechos que no le

(64) Puede tratarse incluso de una actividad manifiestamente contraria al destino urbanístico recibido por el Plan. Véase, en materia de parques y zonas verdes, GÓMEZ-FERRER MORANT: *Las zonas verdes y los espacios libres como problema jurídico*, Madrid, 1971, p. 170.

(65) Para BIAGI, «si può quindi affermare che l'amministrazione riguardo alla strada o piazza pubblica non può realizzare opere le quali, non ispirate a fini di interesse generale, arrechino un danno più o meno decisivo al proprietario del fondo latitante». *I vantaggi...*, cit., p. 1358. Véanse además la Sez. del Consiglio di Stato de 23 de octubre de 1964, en RGE, 1965, I, p. 251; la sentencia de la Corte d'Appello di Napoli de 9 de junio de 1964, en RGE, 1965, I, p. 358, y la Sez. de la Corte di Cassazione de 7 de mayo de 1965, en RGE, 1965, I, p. 1049.

(66) Cuando nos referimos a que una obra pública no puede desconocer los derechos de los colindantes, hacemos referencia a aquellas obras que no están destinadas a garantizar el uso público de la vía, sino a satisfacer un interés público que no se identifica con el de las comunicaciones. Véase la decisión de la Pretura di Otaviano de 10 de julio de 1970, en RGE, 1970, p. 909, y el comentario en nota a la misma de ANNUNZIATA sobre *Palificazione telefonica su strada pubblica e diritto del frontista*.

están expresamente reconocidos por el acto de afectación o por la Ley (67).

Como desarrollo de esta situación se ha planteado el problema de la competencia de la Administración para efectuar obras o concederlas cuando no existe, *in actu*, un acceso del colindante, proponiéndose la cuestión acerca de si la Administración en este caso puede llevarlas a cabo, aun haciendo imposible en el futuro la apertura del acceso. El dar una respuesta concreta a esta cuestión no es tan importante como dilucidar si las construcciones efectuadas prejuzgan definitivamente el estado de los lugares o, lo que es lo mismo, si la situación de precariedad de las mismas se somete a la eventualidad de la construcción futura de un acceso. La jurisprudencia italiana —concretamente, la Corte di Cassazione (68)— considera inaplicable las normas del Derecho privado respecto de las distancias obligatorias entre construcciones, haciendo aplicable en su lugar el principio de la situación prevalente del colindante para la apertura de accesos. En principio, las distancias que se fijan en base a los derechos de uso del colindante no han de referirse necesariamente a un acceso efectivo, ya que, en caso contrario, no sólo se podría ir contra el título concreto de actuación del concesionario, sino también en demanda de resarcimiento de daños, dada la perturbación material que se ha producido. Parece más acertado que la situación prevalente del colindante opere siempre *ex ante* y no *ex post*, cuando el concesionario ha obtenido, a través del título concesional, derechos reales sobre el suelo de la vía, cuyo tratamiento jurídico se traduce en medios más eficaces de protección que los que asisten al titular de un interés legítimo en el uso de la vía (69). Para el que no desconoce esta rea-

(67) Como señala BIAGI, «per determinare la sfera giuridica del concessionario e l'ambito di svolgimento del suo diritto in confronto al proprietario finitimo, si deve necessariamente far capo alla sfera di competenza del concedente; onde non gli si può riconoscere la titolarità di poteri più ampi di quelli che, in virtù di legge o per principi generali, sono riconoscibili all'amministrazione». I vantaggi..., citado, p. 1361.

(68) Véanse la sentencia de la Corte d'Appello di Napoli de 9 de junio de 1964, citada, p. 359, y la sentencia de la Corte di Cassazione de 7 de mayo de 1965, cit., página 1049. Actualmente, la Corte di Cassazione, en sentencia de 15 de mayo de 1970, RGE, 1970, p. 1246, estableció la doctrina siguiente: «La distanza eventualmente necessaria fra gli edifici privati e le costruzioni del concessionario sul suolo stradale può venire in considerazione solo in funzione del rispetto dell'uso normale già menzionato e non come applicazione autonoma dell'art. 873, C. c.; dettato ad altri fini.»

(69) En cuanto a la tutela posesoria del derecho de acceso del colindante, en el Derecho italiano se mantiene por la jurisprudencia la teoría de que a éste sólo le asiste la acción di spoglio y no la manutenzione de la posesión, que queda limitada a la tutela de los usos excepcionales en cuanto su concesión confiere

lidad surgirá pronto la necesidad de acudir a otro mecanismo jurídico distinto de la protección *ex post* y de la tutela posesoria para garantizar convenientemente el ejercicio de los derechos del colindante.

A nuestro modo de ver, la Administración, vinculada por la afectación pública de la vía, garantiza los derechos de los ribereños frente a terceros e incluso frente a sus facultades de gestión, de la misma manera que garantiza los demás usos comunes de la vía. Una primera consecuencia de este régimen es la imposibilidad de dar nacimiento a usos incompatibles. Según ésto, la Administración no podrá conceder aprovechamientos particulares si con ellos se dificultan o impiden utilizaciones comprendidas en el destino público de la vía. La peculiaridad de nuestro caso consiste en que se trata de un uso posible, pero no actual, y que, por lo tanto, implica la existencia de un acceso que satisfaga las necesidades mínimas del inmueble. La solución que se adopte no puede ser definitiva en un supuesto tan complejo como es el acceso, en el cual el tratamiento jurídico que recibe depende de la necesidad con que la finalidad de acceder a la vía se presenta para cada edificio. En nuestra opinión, dos son los sistemas que podrían adoptarse. El primero, como ha señalado la jurisprudencia italiana, consiste en la determinación de una distancia mínima que garantice el acceso al colindante en todo caso, exista o no el acceso en cuestión. El segundo consiste en la concesión de la edificación bajo reserva de los derechos de los colindantes. Esta cláusula introduce una auténtica situación de precariedad, incluso más gravosa que las que contiene toda concesión demanial que no afecte a los colindantes. La rigurosidad de la reserva se mide necesariamente por la eventualidad del ejercicio del derecho de acceso. Si se admitiera este segundo sistema, habría que corregir en cierta forma la onerosidad de la cláusula de precario, así como limitar el derecho del colindante a una formulación más estricta, lo cual nos parece innecesario. Es mucho más simple y eficaz el establecimiento de una zona de influencia del derecho del colindante, en base a que se trata de un uso

auténticos derechos reales. Por el contrario, BAGI señala que tal teoría no tiene en cuenta que la mayor utilidad obtenida por el propietario colindante no es sino un elemento de la propiedad privada que debe recibir la plena tutela posesoria.

En realidad, el empleo de los interdictos se efectúa en base a una alteración ilegítima de la disposición física del bien, desconociéndose la idoneidad de estos instrumentos a fin de garantizar el pleno rendimiento o el aprovechamiento efectivo del derecho de propiedad. En principio, la disminución de la utilidad de un derecho de acceso por obras efectuadas en la vía pública es, *per se*, algo que escapa a la protección interdictal.

de la vía de carácter localizado, lo cual puede explicar en cierta medida una protección más concreta.

b) El derecho de acceso presenta toda su problemática cuando la Administración lleva a cabo la desafectación de la parte de vía a la que el inmueble da frente.

De todas las doctrinas y teorías que han pretendido calificar los derechos de los colindantes con vías públicas (70), vamos a examinar aquella que los considera como un uso especial de la vía pública y aquella para la que se trata de un uso común de la misma.

b1) El derecho de acceso a la vía pública fue calificado como uso especial por la Corte di Cassazione en sentencia de 18 de marzo de 1981 (71). Para el Tribunal, la calificación del uso que efectuaba el colindante a través del acceso era supuesto indispensable para entrar a conocer las consecuencias que la desafectación de la vía podía traer consigo.

A este fin, la sentencia distingue entre un uso común de la vía, *quivis de populo*, abierto a todos según la destinación principal y normal dada por el ente público al bien, y un uso especial, perteneciente a determinadas personas, en base a una situación particular, en la que se encuentra, respecto del bien demanial. El ejemplo típico de uso especial viene dado por los colindantes (*frontisti*), los cuales obtienen una especial utilización de la vía, situada en confin a su propiedad, no tanto porque usen de ella más frecuentemente como porque se establece una especial relación objetiva de vecindad entre su bien y la vía, por la que, mientras no sea expresamente prohibido por la Administración, obtienen de ella una utilidad mayor.

Como puede verse, el fundamento de la especialidad del uso gira en torno a dos ideas: la primera, que el colindante se encuentra en una situación particular respecto de la vía pública, frente a la situación no individualizada del usuario que circula por ella, y la segunda, que, en tanto subsiste tal situación, el colindante obtiene ventajas mayores y, por tanto, especiales de la vía a la que dan frente las edificaciones.

Ambos criterios pueden ser sometidos a crítica. En cuanto al pri-

(70) Ya hemos aludido en otra ocasión a las teorías más relevantes sobre la materia, recogidas y comentadas por algunos autores. Véase, por todos, para el Derecho italiano, a BIAGI: *I vantaggi...*, cit., y la bibliografía citada por él, y para el Derecho francés, BASTID: *Les Aisances...*, cit., y bibliografía citada.

(71) En RGE, 1981, I, p. 239.

mero, el carácter particular de la situación del colindante con vía pública arranca de un fenómeno discutible, en su formulación y en su aplicación, cual es el de la extensión de la demanialidad, dentro del cual se examinan las pertenencias y las relaciones de vecindad entre el bien demanial y los otros bienes limítrofes, ya de propiedad privada como pública. El criterio sobre el que se basa esta teoría es el de la funcionalidad del bien demanial, en base al cual obtiene de los fundos limítrofes todas las ventajas necesarias para prestar su utilidad, así como para ofrecer a éstos posibles beneficios que no sean incompatibles con su destino primordial. Frente a la posibilidad de calificar esta relación de reciprocidad como efecto de una pura situación de hecho, al estilo de las relaciones de vecindad en el Derecho privado, se optó por incluirlas dentro del régimen demanial del bien. A partir de aquí surge la teoría de que los derechos del colindante constituyen una servidumbre legal que grava la vía, no pudiendo considerarse como limitaciones de la propiedad pública, dada la ausencia de un régimen de reciprocidad. Servidumbre que quedará sujeta al poder discrecional de la Administración pública, frente a la cual el Derecho mismo se degrada en simple interés (72). La influencia que tiene la propiedad pública sobre estas relaciones de vecindad es, principalmente, la de hacer inaplicables las normas del Código civil y la de no contrariar la función pública del bien (73).

Indudablemente, una relación tan cualificada, entre la propiedad pública y la privada, sólo podrá conducir a la calificación como especiales de las ventajas que obtiene el propietario colindante, basadas en una autorización de la Administración. La especialidad, obsérvese, le viene dada por la situación de ser bienes limítrofes, o, como señala ZANOBINI, se trata de facultades que forman parte de las relaciones entre la propiedad pública y la privada, que no corresponden

(72) GUICCIARDI: *Il Demanio*, Padova, 1934, pp. 312 y ss. Para este autor, los derechos del colindante se encuadran dentro de las relaciones entre propiedades inmobiliarias limítrofes. «*La posizione del frontista no è solo quella del cittadino particolarmente qualificato ad usare un bene pubblico suscettibile di utilizzazione anche da parte della generalità dei cittadini: è, prima e soprattutto, quella del proprietario di un immobile nei confronti di un altro proprietario, l'ente pubblico; e la questione che qui ne occupa è quella di stabilire quale influenza possa avere sui rapporti fra le due proprietà la natura pubblica di uno dei due proprietari, e la caratteristica di utilizzabilità generale di uno dei due confinanti.*»

(73) ZANOBINI: *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. IV, Milán, 1958, p. 24. Para este autor, ejemplos de servidumbres sobre bienes de dominio público en favor de la propiedad privada son «*i ponti sui fossi laterali alle strade per l'accesso ai terreni e agli edifici; gli scariche, ammessi solo in forza di concessione, delle acque private nei fossi o nelle fogne stradali...*».

a una función propia del bien demanial ni a una función secundaria que se añada a la principal (74). Sencillamente, las utilidades que obtiene el colindante de la vía pública no forman parte de la afectación que ha recibido, sino que constituyen utilidades marginales, no previstas, autorizadas en tanto no hagan quebrar el destino principal de la vía.

A nuestro modo de ver, la situación del colindante puede individualizarse físicamente, en cuanto la utilización que efectúa sobre la vía está localizada en una parte de ésta, la que discurre a todo lo largo del inmueble. Este carácter locativo se diferencia de otras utilidades públicas—véase el estacionamiento—por su carácter permanente, dato éste fáctico que no transforma *per se* la naturaleza del uso. Por ello, pensamos que el primer error de esta teoría consiste en tratar los derechos del colindante, como utilidades de la vía efectuadas *con ocasión de la vecindad física entre fundos*, cuando tal vecindad, en el interior de las ciudades al menos, no es accidental. Si la ley obliga a dar nacimiento a una colindancia entre vías y edificaciones, fundamentalmente está admitiendo un régimen normal de interferencia o de interdependencia entre ambos. En esto, pensamos, hay reciprocidad. Pues tan normal y común es en la actualidad la aparición de normas que regulan de manera distinta la propiedad privada, y que tienen por causa el interés público, como la existencia de un sistema de aprovechamientos en beneficio de las edificaciones colindantes con las vías urbanas, al que están específicamente destinadas. Entonces, ciertamente, hay una relación específica de colindancia entre la vía pública y las edificaciones; mas la diferencia está en que, mientras para GIUDICIARDI y ZANOBINI las utilidades de los colindantes forman parte de las relaciones de vecindad entre la propiedad pública y la privada, cuando aquélla está destinada a uso público, para nosotros la relación de colindancia constituye el ámbito material del uso—de ahí su carácter localizado—, mas no es elemento constitutivo del mismo (75).

(74) ZANOBINI: *Corso...*, cit., p. 35.

(75) En el Derecho francés, JÉZE, en un momento en que la formulación del dominio público era muy distinta a la actual, consideraba que el derecho de los colindantes que bordean la vía pública no tenía una naturaleza jurídica distinta del derecho de los individuos no propietarios. Los derechos de acceso, de vistas y desagüe no son otra cosa que el poder de servirse de la vía conforme a su destinación. *Du Droit des individus de se servir...*, cit., p. 701. El profesor JÉZE quizá fue demasiado lejos al reducir a una pura cuestión de hecho la situación de colindancia, ya que planteaba los términos de la discusión en el otro extremo: la colindancia entre la vía pública y las edificaciones no altera la cualidad de usuario común de la vía. Aquélla es un dato irrelevante para calificar el uso.

El segundo criterio sentado por la sentencia que comentamos hace referencia a la naturaleza de las ventajas obtenidas por el colindante, en cuanto son diversas y mayores que las de los usuarios que utilizan la vía para circular.

Sobre la irrelevancia de este criterio ya nos hemos referido en otro lugar. Ahora hay que señalar que, si bien carece de validez en sí misma la referencia a un conjunto de utilizaciones para medir la naturaleza de un uso, aquélla puede sernos de gran utilidad si la combinamos con la amplitud del interés que satisface, ya que si aquél está destinado a satisfacer un interés particular, la particularidad del uso es incontestable (76).

Al contrario, cuando se trata de un interés público generalizado, a cuya satisfacción directa tiende la utilización en cuestión, el uso puede formar parte de la afectación del bien.

Para algún sector doctrinal, el colindante usa de la vía en interés propio, lo cual es cierto; mas la titularidad individual del interés satisfecho no constituye un uso particular e individualizado de la vía, en cuanto que este mismo interés coincide con el de la generalidad de los propietarios colindantes que existen en el interior de una población. Entonces tal interés forma parte del estatuto que define el destino de la vía. En cuanto que si no se concibe una vía urbana sin una edificación limítrofe, más tarde o más temprano, los inmuebles colindantes constituyen un supuesto normal en su trazado (77), previsto en orden a la planificación, a través de la vía misma, de un conjunto de servicios indispensables.

Señalados ambos criterios, la sentencia desemboca en la verdadera cuestión de fondo del problema: ¿qué sucede cuando la vía pública es desafectada por la Administración? ¿Desaparecen los derechos de que disfrutaba el colindante? La sentencia abandona por completo el segundo criterio comentado, la naturaleza particular del uso, y desarrolla el primero, es decir, la relación de colindancia. En este sentido, señala: «Per quanto riguarda, invece, l'uso speciale dei frontisti devesi considerare che, nonostante la sdemanializzazione, permane nella sua interezza la obiettiva situazione dei luoghi e continua, perciò, il rapporto giuridico di vicinanza tra e beni dei privati e la limitrofe strada. Ond'è che il Diritto soggettivo all'uso di quel bene,

(76) Véanse las conclusiones a que llega SANDULLI en *Manuale...*, cit. pp. 472-74.

(77) Se podría recordar aquí la sentencia de la *Corte d'Appello di Firenze* de 5 de febrero de 1962, en RGE, 1962, I, p. 288.

riconsciuto innegabilmente ai frontisti, diritto che, giova ripetere, trova il suo fundamento sulla vicinità e sorge con essa, non può essere soppresso con la sdemanializzazione, la quale non può rendere interclusi i fondi confinanti con la strada.»

Como puede verse, la calificación de los derechos del colindante como un uso especial de la vía no tiene consecuencias producida la desafectación de ésta. La única consecuencia que permanece es la de concebir la utilización del fundo limítrofe como efecto de la relación de vecindad que existe entre ellos, relación que permanece aún después de alterada la naturaleza jurídica de la vía. La continuidad se garantiza a través de una conversión formal del derecho de uso, atendiendo a la naturaleza patrimonial del bien (78).

Frente a la teoría doctrinal y jurisprudencial que sostenía que los colindantes tienen un derecho subjetivo al uso especial del bien demanial, el Consiglio di Stato mantenía que el colindante es titular de un interés legítimo para impugnar la desafectación y enajenación de un trozo de vía (79).

b2) La teoría del acceso como uso especial se ha mantenido en la jurisprudencia de la Corte di Cassazione (80). No obstante, pronto la teoría encontró contradictores en el campo civilista. Así, en un comentario a la misma sentencia señalada por nosotros, de 18 de marzo de 1961, de la Corte di Cassazione, BRANCA criticaba la doctrina sentada en ella (81). Para este autor, el colindante se beneficia del paso por la vía como todo ciudadano, y de esta manera puede acceder a su propia casa, porque la ha construido legítimamente sobre el margen de la vía; su posición de ventaja deriva de una combinación de un interés (uso común de la vía) con un derecho o facultad

(78) Como señala a continuación la sentencia, «La sdemanializzazione può influire, cioè, sul nomen iuris, sulla qualificazione giuridica di quel diritto di uso, ma non può sopprimere il contenuto sostanziale». RGE, 1961, I, p. 242. Véase VELA: *Sdemanializzazione di suolo stradale...*, cit., p. 298.

(79) Sentencias de la Corte di Cassazione de 14 de octubre de 1961, RGE, 1961, I, p. 1074, y de 27 de julio de 1962, RGE, I, p. 877.

(80) Entre otras, pueden verse las sentencias siguientes: de 17 de mayo de 1961, RGE, 1961, I, p. 519; de 9 de abril de 1964, RGE, 1964, I, p. 756; de 5 de mayo de 1964, RGE, 1964, p. 752 (sobre derecho de vistas); de 29 de julio de 1964, RGE, 1964, I, p. 1375; de 7 de octubre de 1964, RGE, 1965, I, p. 134; de 29 de abril de 1965, RGE, 1965, I, p. 1048; de 7 de mayo de 1965, RGE, I, p. 1049; de 21 de enero de 1966, RGE, 1966, I, p. 535; de 11 de octubre de 1967, RGE, 1968, I, p. 465; de 13 de octubre de 1967, RGE, 1968, I, p. 465; de 5 de julio de 1968, RGE, 1969, I, p. 50, etc. Además, puede consultarse la sentencia de la Corte d'Appello di Firenze de 23 de agosto de 1966, RGE, I., p. 1129.

(81) BRANCA: *Sdemanializzazione di strada...*, cit., pp. 940-43.

(de mantener el edificio con sus aberturas en los límites de la vía) (82). Asimismo señala que, ocurrida la desafectación, el propietario colindante carece del interés legítimo que poseía para el uso de la vía, descartándose la posibilidad de que, por la transformación de la naturaleza del bien demanial, el interés se transforme en un derecho de servidumbre. Más exactamente, la servidumbre de paso tiende a circunscribir este efecto en los límites de la necesidad del colindante.

De manera parecida, la Corte di Cassazione se ha separado de la anterior orientación en una sentencia de 26 de junio de 1969 (83). A diferencia de las precedentes, establece que el acceso no puede considerarse comprendido en el derecho dominical del colindante, el cual ejercita el paso sobre suelo ajeno y público *uti cives*, (84). En cuanto usuario común de la vía, es titular de un interés ocasionalmente protegido, lo cual demuestra de manera evidente la imposibilidad jurídica de concebir que este interés pueda, por efecto de la desafectación, convertirse en un Derecho subjetivo perfecto, concretándose en la automática constitución de una servidumbre de paso en favor del inmueble. En definitiva, la conservación del paso no puede configurarse como un efecto automático de la desafectación.

Como puede verse, la jurisprudencia se acoge a la doctrina mantenida por los civilistas en años anteriores, rechazando la teoría que concibe el acceso del colindante como un efecto de la colindancia entre propiedad pública y privada. Pero, en nuestra opinión, no da el paso definitivo a la hora de examinar detenidamente el sentido que los derechos de los colindantes tienen dentro de la afectación que ha recibido la vía. BRANCA y el resto de la doctrina civilista se esfuer-

(82) En igual sentido, ORUSA: *Appunti in tema di sdemanializzazione di strada comunale e di diritti dei proprietari frontisti*, en *Giur. Ita.*, 1961, I, 1, p. 1286.

(83) En RGE, 1970, I, pp. 273 y ss., con comentario en nota de CANZIO sobre *Sdemanializzazione ed alienazione a privati...*, cit.

(84) «L'Interesse del frontista ad usare della pubblica strada per accedere alla sua proprietà privata... nei confronti della P. A. non è protetto in maniera diretta e immediata, ma è tutelato solo indirettamente attraverso norme que sono sancite nel pubblico e generale interesse per disciplinare l'azione della p. a. nell'attività che alla stessa è riservata riguardo al demanio stradale», p. 282. Más adelante señala: «Al proprietario frontista... deve quindi riconoscersi, non già un diritto soggettivo ma solo un interesse qualificato più intenso di quello della generalità degli altri utenti della strada, che lo rende titolare di un interesse legittimo all'uso del bene demaniale, e alla conservazione della sua destinazione... che trova ampia tutela davanti al giudice amministrativo, potendo, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il frontista ricorrere, in sede giurisdizionale, contro l'atto conclusivo del procedimento...», p. 285.

zan por poner de manifiesto que el acceder a la vía pública no constituye una facultad del Derecho de propiedad, lo cual es cierto, pero dejan sin aclarar que este acceso forma parte del destino público de la vía, no a modo y manera de como está incluido, *in genere*, para toda vía destinada a la circulación, sino de manera específica. De una forma más concreta, se podría decir que para las vías públicas, sin más precisión, el acceso se articula a través del interés por usar de lo público, mientras que, respecto de las vías urbanas, el acceder a la propiedad edificada constituye una utilidad concreta, de la que pueden beneficiarse los colindantes. Ciertamente, la cualidad de usuario común no cambia, pues sigue siendo titular de un interés en el mantenimiento de la afectación pública de la vía; mas no se trata de un *interés de circular por ella*, sino de un *interés legítimo de acceder a ella desde su propiedad*.

¿Qué sucede cuando la Administración desafecta la vía? ¿Qué consecuencias jurídicas se derivan para los propietarios colindantes de la vía desafectada?

a) En un primer momento, y como es pacífico en toda la doctrina y jurisprudencia, la desafectación de la vía ocasiona la desaparición del régimen público de utilidades. En relación con los colindantes, las utilidades que obtenían de la vía también se extinguen. En suma, la desafectación de la vía pública produce idénticos efectos que cualquier desafectación de un bien destinado a un uso público (85).

La evidencia que en el Derecho administrativo tiene este principio nos lleva a rechazar dos posibilidades ampliamente admitidas por la doctrina y la jurisprudencia. La primera de ellas es la teoría de la conversión formal de los derechos del colindante, en base a la continuidad de la situación objetiva de los lugares; la segunda es la teoría que pretende la imposición de un vínculo al adquirente de los terrenos desafectados, de naturaleza real, y en base a las utilidades que obtenía el colindante de la vía.

Ambas teorías son partidarias de la continuidad de la situación de ventaja en favor del colindante, en base, como señala BRANCA, a la necesidad de éste, preocupación que domina incluso la parte final de la sentencia de la Corte di Cassazione de 25 de junio de 1969, a pesar

(85) En este sentido, no hay continuidad de las situaciones amparadas por la afectación. Aun en las concesiones demaniales, la cláusula de precario viene precisamente a garantizar que, con posterioridad a la desafectación, no se ostentarán derechos sobre el bien.

de lo avanzado de su doctrina (86). La necesidad del colindante es un hecho innegable, pero ésta no es fuente de Derecho (87), ni, sobre todo, fuente de soluciones concretas basadas en la equidad.

b') Junto a este primer efecto, desaparición de régimen del uso público, la desafectación posee efectos urbanísticos innegables. Dejando de lado las consecuencias de carácter económico que puedan derivarse, la desaparición del vial destruye radicalmente las condiciones urbanísticas de la zona o de unos puntos determinados, en cuanto que de forma inmediata la supresión de la vía descalifica los terrenos colindantes, alterando el régimen jurídico de la propiedad privada de esos terrenos. La cuestión que surge entonces es la de saber si, como consecuencia de esa operación, es posible seguir disfrutando del derecho de propiedad inmueble.

Para la exacta solución de la suerte de los derechos del colindante, es preciso conocer el alcance de la operación de desafectación llevada a cabo. Así, en principio, un estrechamiento de la vía no exige igual tratamiento que una desafectación del trozo al que las edificaciones dan frente.

En el Derecho francés, cuando se produce un estrechamiento de la vía, se acude a la concesión en favor del colindante de un derecho de preferencia para la adquisición de los terrenos desafectados, en caso de que la Administración decida enajenarlos (88). En el Derecho italiano también ha encontrado regulación este derecho en la *Legge* urbanística de 17 de agosto de 1942, artículo 21, más como un deber, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la expropiación de un inmueble, que como un derecho del colindante (89). En cualquier caso, la posibilidad de no quedar intercluido por una operación de estrechamiento está plenamente admitida. En nuestro ordenamiento falta un precepto que especialmente se destine a la regulación de los derechos del colindante cuando se desafecta la vía a la que da frente el inmueble de su propiedad y en orden a la adquisición de los te-

(86) Véase CANZIO: *Sdemanializzazione ed alienazione a privati...*, cit., p. 285.

(87) BRANCA: *Sdemanializzazione di strada...*, cit., p. 943.

(88) En general, este derecho se hace extensivo a los casos de desafectación total de la vía. LAUBADÈRE: *Traité...*, cit., p. 182.

(89) El artículo 21 dice textualmente: «*Le aree che per effetto della esecuzione di un piano particolareggiato cessino di far parte del suolo pubblico, e che non si prestino da solo ad utilizzazione edilizia accedene alla proprietà di coloro che hanno edifici o terreni confinanti con detto relitti, previo versamento del prezzo che sarà determinato nei modi da stabilirsi dal regolamento di esecuzione della presente legge, in rapporto al vantaggio derivante dell'incorporamento dell'area.*»

rrenos desafectados. Como es sabido, existe la vía del artículo 100 del RBEL, en relación con el artículo 7.º del mismo cuerpo legal, si bien su aplicación presenta serios problemas.

En nuestra opinión, la desafectación por estrechamiento de una vía puede no alterar los derechos de los colindantes, en base fundamentalmente a la continuidad con la vía misma, aunque modificadas sus dimensiones.

La cuestión se agrava cuando la desafectación hace desaparecer la vía, en su totalidad, del frente de un inmueble. En principio, a los inmuebles limítrofes con la vía desafectada le sería de aplicación el artículo 48 de la Ley del Suelo, que reconoce la precariedad de las edificaciones hasta que sean demolidas (90). Como consecuencia, en tanto al inmueble se le reconozca su existencia, habrán de reconocérsele también las aberturas realizadas legítimamente sobre el mismo, en cuanto constituyen elementos indispensables para poder utilizar y disfrutar el inmueble. En este sentido, se satisface la necesidad del colindante de seguir disfrutando de los derechos de acceso, luces y vistas y desagües, a través de la continuidad de las edificaciones. El problema, para la doctrina y jurisprudencia italianas, es el de calificar jurídicamente, a partir de la desafectación, los derechos del colindante, en cuanto que el acceso se efectúa a través de un fundo no público, lo cual ha de transformar necesariamente la naturaleza jurídica del uso.

La continuidad del derecho de acceso, desafectada la vía pública, no se deriva del acto de desafectación, sino de la pervivencia del inmueble, aun con carácter precario. Cuando la Ley del Suelo determina que los inmuebles, que no se ajustan a la ordenación, pueden continuar existiendo, es que para ellos no se exigen las normas urbanísticas en vigor. A partir de aquí, el acceso del colindante puede efectuarse sobre los terrenos desafectados, no porque éstos continúen destinados a un fin semejante (consecuencia de la desafectación), sino porque mediante aquél se utiliza normalmente el inmueble. En definitiva, los terrenos desafectados continúan prestando la utilidad del acceso al inmueble por la continuidad de éste.

La sentencia de la Corte di Cassazione de 25 de junio de 1969 concluía que si procedía la conservación del paso a favor del propietario

(90) Sin perjuicio de que el propietario usara de la facultad que le está reconocida en el artículo 53, 4, LS.

colindante es a causa única y exclusivamente de la interclusión que de la desafectación se deriva para el fundo (91), lo cual no es rigurosamente cierto, ya que, según ella, los accesos de un inmueble no intercluido pueden ser cerrados, si con ello no se produce la interclusión de lo edificado. Lo que, a nuestro modo de ver, la doctrina precedente no tiene en cuenta es que, dentro de la ciudad, el derecho de edificar tiene un ejercicio rigurosamente determinado, de forma que el inmueble es un todo unitario que obtiene su fisonomía a través de la licencia urbanística. En tanto ésta subsista y no sea revocada, el propietario tendrá derecho a mantener el inmueble en las condiciones señaladas por aquélla. De donde trasladar la normativa civil del paso coactivo es predicar la aplicación de forma rigurosa del principio del fundo intercluido, que es una situación completamente diferente a la que se deriva del principio legal de la continuidad del inmueble (92).

Por su parte, BIAGI, para la solución del problema, acude al artículo 1.054 del Codice Civile sobre la *interclusione per effetto di alineazione o di divisione*, ya que, en su opinión, la venta es el modo normal de cesión a terceros del suelo desafectado (93). La teoría de este autor tiene la gran ventaja de superar los inconvenientes con que se encontró la sentencia comentada de la Corte di Cassazione, en orden a la gratuidad del derecho de paso coactivo. Mas deja sin resolver la suerte del acceso cuando el inmueble no queda intercluido.

Basándonos en el solo principio de la continuidad del inmueble, la continuidad del derecho de acceso obtendrá su mayor garantía de la Administración que ha desafectado, en cuanto que ésta no podrá

(91) RGE, 1970, cit., p. 286. Consecuencia ésta ya puesta de manifiesto por la doctrina civilista. Véase BRANCA: *Sdemanializzazione di strada...*, cit. p. 942.

(92) La sentencia llega, al final, a adoptar una solución de equidad de muy dudosa aplicación práctica. El texto dice, así: «A tale riguardo occorrerà soltanto stabilire... se l'interclusione debba essere rimosa con i remedi generalmente apprestati del codice civile a favore del proprietario del fondo intercluso... o se invece debba continuare a ritenersi, secondo il più recente orientamento della giurisprudenza, che il proprietario del fondo rimasto intercluso abbia in ogni caso il diritto di conservare il passaggio sul suolo già adibito a strada pubblica, tenuto conto che egli, quale proprietario di un fondo altrimenti intercluso, già ritraeva per accedere alla sua proprietà privata una particolare utilità dell'uso del demanio stradale del tutto conforme alla sua destinazione... e considerato, inoltre, che il passaggio coattivo, in relazione allo scopo a cui è preordinato, è un diritto virtualmente compreso e che affonda le sue radici nel diritto di proprietà del fondo intercluso, con la conseguenza che una volta soddisfatta l'esigenza del passaggio... qualora per il sopravvenuto mutamento della situazione giuridica del fondo venga meno la possibilità di continuare a soddisfare tale esigenza, il passaggio tende a riaffermarsi sotto forma di servitù o ad inerire con carattere di realtà sulla attesa cosa su cui esso era stato in precedenza esercitato», p. 287.

(93) BIAGI: *I vantaggi...*, cit., p. 1369.

cumplir con el nuevo destino de la parcela, sin antes haber exporpiado el inmueble o los accesos, según los casos. Como se ve, la enajenación no es necesariamente el modo normal de emplear unos bienes desafectados. Todo lo más, será un sistema distinto de ejecución de un nuevo plan de ordenación aprobado para la zona.

El mecanismo jurídico a través del que se garantizará al colindante el ejercicio del derecho de acceso será la servidumbre de paso; mas no se trata tanto de trasladar en bloque el régimen establecido en el Código civil como la figura misma de la servidumbre para adaptarla a las necesidades del urbanismo.

JURISPRUDENCIA

