

COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO

José Ramón de Verda y Beamonte
DIRECTOR

LIBRO SEGUNDO
DE LOS BIENES, DE LA PROPIEDAD Y DE LOS
DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA

COORDINADORES:
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
y Ascensión Leciñena Ibarra

Valencia, Santa Cruz de la Sierra, 2023

 **Livia**
EDITORIAL

 **IDIBE**
Instituto de Derecho Iberoamericano

 **tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL

COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO

Director: José Ramón de Verda y Beamonte

LIBRO SEGUNDO

*DE LOS BIENES, DE LA PROPIEDAD Y DE LOS DERECHOS
REALES SOBRE LA COSA AJENA*

Coordinadores: Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y
Ascensión Leciñena Ibarra

Valencia, Santa Cruz de la Sierra, 2023

 **Livia**
EDITORIAL

 **IDIBE**
Instituto de Derecho Iberoamericano

 **tirant
lo blanch**
GRUPO EDITORIAL

© **COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL BOLIVIANO**
LIBRO SEGUNDO: DE LOS BIENES, DE LA PROPIEDAD Y DE
LOS DERECHOS REALES SOBRE LA COSA AJENA
Director José Ramón de Verda y Beamonte
Coordinadores: Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
y Ascensión Leciñena Ibarra

ISBN: 978-84-09-48363-1
Depósito Legal: V-742-2023

Editorial LIVIA
IDIBE Instituto de Derecho Iberoamericano
TIRANT LO BLANCH Grupo Editorial
Diagramación: Elías On

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera sea el medio empleado -electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc., sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Impreso en Valencia, España

ÍNDICE DE AUTORES

Esther Algarra Prats (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 115, 116, 117, 118 y 119.

Federico Arnau Moya (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad “Jaime I” de Castellón): arts. 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200.

María Luisa Atienza Navarro (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia): arts. 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147 y 148.

Javier Barceló Domenech (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante): arts. 120 y 121.

Francisco de Paula Blasco Gascó (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia): arts. 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 114.

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla): arts. 255, 256, 257, 258, 259, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 281, 282 y 286.

Roque Armando Camacho Negrete: arts. 153, 154, 155, 156, 157, 210, 211, 212, 213, 214 y 215.

Salvador Carrión Olmos (Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad de Valencia): arts. 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103 y 104.

Andrea Salud Casanova Asencio (Investigadora Postdoctoral de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, en virtud de las Ayudas “Margaritas Salas” en el marco del Programa para la recualificación del sistema universitario español, Ministerio

de Universidades, trienio 2021-2023, a través de los fondos de la Unión Europea *NextGenerationEU* y del Plan de recuperación, transformación y resiliencia del Gobierno de España): arts. 217, 218, 244, y 249.

Carolina del Carmen Castillo Martínez (Profesora Titular excedente, actualmente Asociada, de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, Magistrado Juez titular del JPI nº 4 de Castellón): arts. 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85 y 86.

Juan Antonio Fernández Campos (Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Murcia): arts. 250, 251, 252, 253 y 254.

Alfredo Ferrante (Profesor Titular de Derecho Comparado de la Università di Pavia): arts. 134, 135, 136, 137, 138, 149, 150, 151 y 152.

Manuel García Mayo (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla): arts. 262, 263, 264, 265, 278, 283, 284, 285, 287, 288, 289 y 290.

Carmen Leonor García Pérez (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Murcia): arts. 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231 y 232.

Ascensión Leciñena Ibarra (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Murcia): Introducción al Título IV (Del usufructo, del uso y de la habitación).

Gabriel Macanás Vicente (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Murcia): arts. 216 y 220.

Andrés Marín Salmerón (Contratado Predoctoral FPU de Derecho Civil de la Universidad de Murcia): arts. 245, 246, 247 y 248.

Juan Pablo Murga Fernández (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla): art. 260, 261, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272 y 273.

Miguel Navarro Castro (Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Murcia): arts. 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242 y 243.

Manuel Ortiz Fernández (Profesor Ayudante de Derecho Civil de la Universidad “Miguel Hernández” de Elche): arts. 122, 123, 124, 125 y 126.

María José Reyes López (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia): arts. 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171 y 172.

Adela Serra Rodríguez (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia): arts. 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208 y 209.

NOTA DE EDICIÓN

Con el fin de facilitar su comprensión, la editorial ha traducido al español las palabras o frases latinas empleadas por los autores, aun a riesgo de ser redundante.

un perjuicio irreparable”, la autoridad judicial puede “ordenar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda”.

Manuel Ortiz Fernández

ART. 123.- (Cerramiento de luces).

I. La existencia de luces no impide al vecino adquirir la copropiedad del muro o levantar pared adherida para edificar sobre su terreno.

II. Quien adquiere la copropiedad del muro puede cerrar las luces si es que en él apoya su edificio.

1. Consideraciones preliminares. Como se deduce del art. 123 CC, el propietario de la finca vecina podrá cubrir el hueco abierto en la pared contigua de dos formas: o bien adquiriendo la copropiedad del muro; o bien edificando. Lógicamente, no es preciso señalar que el hecho de cerrar el hueco es una facultad que, como tal, puede ejercitarse o no. Podrá, por tanto, exigir o no un precio por soportar la existencia de dicha abertura.

Si se observa con detenimiento, no hay, pues, derechos específicos sobre cosas ajenas (el inmueble vecino), sino que, en puridad, estamos ante dos ejercicios del derecho de propiedad.

De un lado, como se ha visto anteriormente, el propietario de una finca puede, dentro de los límites legales, abrir los huecos de tolerancia en la pared no medianera. De otro lado, el titular del fondo contiguo también puede, como manifestación del ejercicio ordinario de su derecho, construir libremente dentro de su terreno, a pesar de que con este hecho se tapen los precitados huecos.

Siguiendo esta lógica, lo que no ampara esta facultad es a taponar directamente el hueco abierto en la pared, pues supondría una inmisión en la propiedad del vecino sin ninguna servidumbre que lo justifique.

Como destaca la jurisprudencia española, si bien no existe una acción para impedir que dichas aberturas estén abiertas y a exigir, en consecuencia, que sean cerrados,

no existe impedimento legal para que el propietario de la finca colindante construya una pared contigua.

En este sentido, los huecos en el edificio, correspondiendo a suelo y cielo ajeno, llevan consigo la servidumbre negativa de no perjudicar las luces a las que se destinan, de tal suerte que, cuando no se constituyen por contrato o última voluntad, son de mera tolerancia.

Además, no cabe protección posesoria ni oposición con base en la adquisición de una servidumbre con ese contenido (por no afectar a la usucapión). En otras palabras, el propietario del otro fundo carece tanto de la acción *ex iure dominii* (derivadas de la propiedad) como de las acciones posesorias. Asimismo, este ejercicio no prescribe ni decae con el paso del tiempo.

2. La facultad de cerrar el hueco mediante el ejercicio de las facultades dominicales. Según lo destacado hasta el momento, parece evidente que el propietario de la finca contigua podrá edificar, aunque se tape el hueco de tolerancia (art. 123.I CC). Conviene señalar que la nueva construcción no ha de formar parte, necesariamente, de una edificación, sino que es posible construir un muro adosado a la pared ajena. Sobre el particular, hemos de realizar varios apuntes.

A) Finca no apta para edificar. Por un lado, se ha defendido por parte de la doctrina científica que cuando el predio no es apto para construir en él, no existiría ningún interés legítimo en favor del propietario que amparase esta conducta. Desde nuestra perspectiva, al menos con carácter general, no nos parece adecuada tal consideración, pues se estaría vaciando de contenido, *de facto* (de hecho), la facultad del propietario.

B) Los huecos abiertos en el ejercicio del propietario de dos fundos ex art. 278 CC. También se plantea cierta discusión cuando se produce el contexto descrito en el art. 278 CC (que se pronuncia en unos términos similares al art. 541 CC español).

Nos referimos a aquellas situaciones en las que el propietario de dos fundos establece un “signo aparente de servidumbre” y enajena uno de ellos (sin realizar disposición alguna sobre la citada servidumbre). Así, existen voces que señalan que, en estos casos, estamos ante una excepción al ejercicio de las facultades dominicales.

Sin embargo, nos posicionamos en la línea de aquellos autores que indican que esta conclusión no es acertada, o que, al menos, no lo es cuando los huecos son regulares, esto es, conforme a la legalidad. No se puede obviar que el precepto habla

de “signo aparente de servidumbre” y los huecos de tolerancia no lo son ya que, como se ha tenido ocasión de señalar, se amparan en el ejercicio de las facultades ordinarias del propietario.

C) El abuso del derecho. Sea como fuere, sin negar lo cierto del anterior planteamiento, podemos encontrar supuestos conflictivos que derivan, fundamentalmente, de un ejercicio abusivo del derecho. En este sentido, los orígenes de este principio se remontan a la doctrina de los actos de emulación y su primera plasmación legal fue la contenida en el *BGB* alemán.

En primer lugar, hemos de diferenciar el abuso del derecho del ejercicio contrario a la buena fe y del ejercicio antisocial del mismo. Siguiendo a las voces más autorizadas, cabe destacar que, en los dos últimos, la ley únicamente se limita a no amparar una determinada situación, sin ir más lejos; sin embargo, en el primero se trata de un acto ilícito y el sujeto actuando tiene que indemnizar el perjuicio producido.

En segundo lugar, por lo que respecta al CC boliviano, puede deducirse del art. 1279, el cual prescribe que “Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes”.

En todo caso, como ya se indicó, encontramos una manifestación expresa del abuso del derecho en el art. 107 CC que prevé que “El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho”.

Como se puede observar, el primero no recoge un criterio subjetivo, pues no alude a la intención del sujeto actuante, sino que se manifiesta en unos términos generales. No obstante, el segundo concreta más estas disquisiciones y hace referencia expresa al “propósito de dañar”.

Como señala la doctrina española, el principio general de la prohibición del abuso del derecho, aparece como un verdadero límite al ejercicio de los derechos en general. Sobre esta posibilidad, algunos autores exigen dos presupuestos para que sea posible la aplicación de esta doctrina: de un lado, un uso de prerrogativa legalmente reconocida y, de otro, el perjuicio a un interés jurídicamente desprotegido.

En el ámbito de las relaciones que ahora nos ocupan, el mismo es calificado de auténtico principio informador de la disciplina vecinal. De esta forma, ciertos conflictos podrían resolverse a través de la aplicación de esta teoría cuando quede constatado un manifiesto abuso con repercusiones vecinales.

Así, por ejemplo, cuando la construcción no se realiza en atención a una razón de utilidad, sino que tiene, como única finalidad, tapar los huecos del vecino. En este punto, nos parece razonable entender que tales supuestos han de solucionarse atendiendo a los criterios del abuso del derecho, al menos en aquellos casos más flagrantes.

Al margen de todo lo señalado hasta el momento, no puede perderse de vista que estamos ante un concepto jurídicamente indeterminado, cuya concreción práctica no siempre es sencilla de realizar. En otras palabras, el abuso consiste en sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho, debiendo el juez establecer su contenido.

Precisamente por este motivo, también se afirma que se muestra, en ocasiones, como una herramienta insuficiente por sí misma para presentarse como un criterio único para resolver los múltiples supuestos a los que se enfrenta el jurista. Tenemos que examinar caso por caso para determinar la viabilidad de su aplicación y las consecuencias que se derivan.

En el caso de la jurisprudencia española, inicialmente no admitió la posibilidad de recurrir a esta teoría al aplicar el principio *qui iure suo utitur neminem laedit* (quien usa de su derecho no daña a nadie). Sin embargo, posteriormente suavizó esta postura y, cambiando de criterio, permitió su aplicación. Para ello, exigió tres requisitos: el uso de un derecho, objetiva o externamente legal; un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y la inmoralidad o antisocialidad de ese daño en forma subjetiva (esto es, realizado con la intención de dañar).

Siguiendo este razonamiento, ha tenido ocasión de poner de relieve que no puede considerarse abusiva una solicitud de que se declare inexistente un gravamen o carga, cuando el propietario está ejercitando la acción negatoria. Así, precisamente con esta última se pretende mantener su derecho de propiedad, lo cual evidencia el interés legítimo buscado.

3. *La facultad de cerrar el hueco con la adquisición de la medianería.* El art. 123.II CC se ocupa de aquellos escenarios en los que el hueco es cerrado porque el propietario de la finca vecina adquiere medianería con respecto a la pared en que estuviera el mismo.

En este sentido, no se puede obviar que, a partir del momento en el que una pared se convierte en medianera, los huecos de tolerancia que, en caso, existieran, pasarían a tener la consideración de signo aparente de servidumbre. Desde esta perspectiva, si el adquirente no procede a cerrarlos, podría desembocar en la *usucapio* (usucapión) de una servidumbre de luces en favor del predio contiguo.

Sin embargo, esta medida adquiere mayor sentido en algunos códigos (como el español) en los que, expresamente, se prohíbe abrir aberturas en las paredes medianeras (*vid.* a este respecto el art. 580 CC español). En este punto, el legislador boliviano ha tenido a bien guardar silencio sobre esta cuestión, lo cual puede generar ciertas dudas interpretativas.

4. *El cierre de los huecos que no cumplen las previsiones legales.* En este momento, se plantea la duda de si el propietario de la finca colindante posee facultad para cerrar aquellos huecos que no respetan las exigencias establecidas en la norma.

A este respecto, si bien parece evidente que podrá actuar judicialmente para dirigirse contra el titular de la finca vecina, no lo es tanto acerca de si es posible llevarlo a cabo, por ejemplo, con la construcción de una pared.

Esta cuestión se encuentra íntimamente ligada con la posibilidad que antes señalamos acerca de la adquisición de una servidumbre cuando se trata de un signo evidente. Sin embargo, la jurisprudencia española ha negado la aplicación de esta última de forma directa y ha exigido que se dé el acto obstativo consistente en construir o edificar para cerrar la abertura.

Desde esta perspectiva, si el mencionado acto se produce extrajudicialmente, no existirían razones legales para oponerse a tal actividad y la usucapión no daría comienzo. Así, la reclamación judicial del titular de los huecos estaría, sin lugar a dudas, condenada a fracasar, pues debería probar la existencia de una servidumbre que, por hipótesis, no existe.

Manuel Ortiz Fernández