

LA OCUPACION TEMPORAL DE TERRENOS

SUMARIO.—*Planteamiento. Antecedentes. El artículo 843 del Codice Civile. Sus diferencias con el artículo 569 de nuestro Código. Naturaleza jurídica. Presupuestos de ejercicio de la Facultad concedida por el artículo 569 del Código Civil.*

PLANTEAMIENTO

En la sección tercera, del capítulo segundo, del título séptimo, del libro segundo del Código Civil, a propósito de la Servidumbre legal de paso, aparece una extraña norma que establece: "Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio, pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque".

He calificado de extraña esta norma por varias razones: En primer lugar se encuentra entre las servidumbres lo que ya, sólo a primera vista, no parece una servidumbre; además, se regula a propósito de la servidumbre de paso, un derecho que no es exactamente "un paso", pues, aunque lo incluya, supone sólo, "pasar materiales por predio ajeno", pero también "colocar en él andamios u otros objetos para la obra", lo cual ha determinado que se le califique de "servidumbre de andamiaje".

Es además extraño este precepto por la escasa utilización que de él se ha hecho, lo que se demuestra por la ausencia de jurisprudencia acerca de su aplicación.



No obstante su nula utilización no cabe negarle utilidad. La tiene si se piensa en la, cada vez más frecuente, construcción en espacios de terreno difíciles de aprovechar precisamente por su emplazamiento, en terrenos que están situados entre otros predios vecinos, de tal manera que reclaman el concurso de los mismos, no sólo para pasar a través de ellos, sino para utilizarlos como provisional apoyo y sede de las obras necesarias para su construcción, reparación o adecentamiento.

Parecen un tanto oscuras las razones de que el contenido de este precepto no se ponga en práctica. Sobre todo si se piensa lo útil que puede ser; quizá un cierto desconocimiento de su existencia, causado, precisamente, por su relegación práctica; quizá por no encontrar, en la gran mayoría de los casos, oposición por parte del obligado a consentirlo. Es decir, que, posiblemente si se utilice y lo que ocurra sea que no haya necesidad de reclamarlo judicialmente; o que, previstas sus posiblemente molestas consecuencias, se trate de sustituir por ciertas compensaciones económicas, que induzcan a su titular a buscar otro sitio y no ejercitarlo; piénsese en que, en no pocas ocasiones, el deseo de evitarse las molestias que la ocupación del propio predio puede acarrear, pudiera llevar a realizar gastos para que la mencionada ocupación no se produzca, gastos que bien podrían estar destinados a "compensar" al vecino que, utilizando este precepto, tendría facultad para ocupar temporalmente el propio predio.

De cualquier forma, lo cierto es, que es poco conocido y que, además, no goza de un adecuado tratamiento doctrinal, o dicho más correctamente, su tratamiento doctrinal es más bien escaso y puede que insuficiente¹, circunstancias estas, que creo justificarían lo que en estas notas se intenta.

ANTECEDENTES

La norma objeto de este comentario parece tener señalados diversos antecedentes, cuyo repaso no es ocioso a la hora de analizar su contenido y delimitar su efectividad.

Parece tener esta institución ciertos precedentes en el Derecho romano,

¹ Hay leves referencias al mismo en los apartados correspondientes de los Comentarios al Código Civil de MANRESA y SCAEVOLA, así como en el trabajo de ROCA JUAN en los recientes "Comentarios al Código Civil de la Editorial EDESA". Sin olvidar el libro de LUCAS FERNÁNDEZ, "Servidumbre predial de paso". Obras todas ellas que serán citadas con más precisión en alusiones posteriores.

singularmente en el instituto denominado "ambitus". Llamábase "ambitus" al lugar de dos pies y medio que se deja entre los edificios vecinos, con el fin de poder rodearlos; al parecer se trataba de una circunferencia de esas dimensiones, que era necesario dejar alrededor de las edificaciones, y a través de ese espacio, los vecinos podían no sólo pasar, sino también apoyar, ocuparlo para construir, depositar materiales, etc.

Desde luego el instituto del "ambitus" puede servir como antecedente remoto de la moderna institución que aquí se estudia, pero como advierte Borsari², el "ambitus", "no tiene el mismo carácter"; y además desapareció en la misma Roma cuando la construcción se transformó³.

Puede citarse también como antecedente romano de la institución el texto siguiente: "Donum suam reficere unicuique licet, dum non officiat invito alteri in quo jus non habet"⁴.

Algo parecido a lo que los romanos denominaron "ambitus" se conoció en Francia con el nombre de "investison"⁵. Pero de la institución que nos ocupa puede señalarse como más próximo precedente el derecho consuetudinario francés; en efecto, en el derecho francés anterior al Código, se le reconocía al vecino la posibilidad de utilizar el predio ajeno de análoga manera a como lo permite el artículo 569 de nuestro Código civil.

Bajo la denominación de "tour de l'échelle", o de "droit d'échellage" describe Merlin⁶ "aquella servidumbre urbana y discontinua en virtud de la cual aquél a quien es debida (el que la tiene a su favor) puede apoyar una escalera en el fundo de su vecino y ocupar el espacio de tierra que es necesario para el giro de la escalera para efectuar reparaciones o construcciones en la parte de su casa que sobresale por el lado del vecino". Aunque descrita aquí como "una servidumbre urbana y discontinua", parece cierto que en su origen aparece como una limitación de la propiedad "fundada en la

² BORSARI, "Commentario del Codice civile italiano", vol. II, pp. 694 y 695. Napoli, 1872.

³ "Al reunirse los edificios, después de muchos siglos, hasta el incendio producido por Nerón, el ambitus, ya no conviene a aquel nuevo modo de edificación; pero después del incendio, hasta la época de Antonio y Lucio Vero, se restablecen las islas (sic, isole), donde el ambitus vuelve a aplicarse".

⁴ D. 50,17,61, (Ulp. 3 opin.).

⁵ "Los romanos dejaban un espacio entre sus edificios y los de sus vecinos: dándole al otro lado el nombre de isla para designar lo que nosotros llamamos heritage. Este uso pasa a los Galos y se mantuvo, en los países de Derecho escrito, bajo el nombre de investison, sin duda porque este espacio fue cerrado por cada uno de los propietarios...". LAURENT, "Principes de Droit civil", T. VIII, parágrafo 116, París, 1873.

⁶ MERLIN, Répert, tour de l'échelle. Citado por PULVIRENTI, "Delle servitu", p. 310. Napoli, 1923.

humanidad, la caridad y la igualdad naturales"; así estaba concebida en el artículo 204 de la Coutume de Melun: "Cuando alguien quiere edificar o reparar su predio, el vecino tiene que darle conformidad y paso para efectuar la reparación de lo que haya encontrado roto, demolido o deteriorado"⁷.

En el mismo sentido; es decir, como limitación del dominio, califica Pothier, el deber que el artículo 240 de las "Coutumes D'Orleans" imponen al que es vecino de quien necesita reparar o construir; y así, "cuando alguien realiza edificaciones y reparaciones en su heredad, su vecino está obligado a facilitarle y soportar esta obra, reparando e indemnizando aquel que edifica diligentemente, lo que hubiera roto, demolido y gastado a su vecino. Y no puede por esta razón adquirir derechos y posesión en contra ni en perjuicio de aquél que ha dado o padecido la carga de la reparación o de la edificación...". A lo que Pothier añade, "cualquier persona regularmente no tiene derecho a entrar, ni a hacer nada en la heredad de otro; a menos que la necesidad y las leyes de vecindad, obliguen a cualquiera a sufrirlo"⁸.

Aparecen pues en estos precedentes franceses las notas de limitación del dominio para favorecer las relaciones de vecindad, la necesidad del que efectúa las obras y la preceptiva indemnización, algunas de las cuales recoge, como veremos, nuestro Código civil en su artículo 569.

Esta limitación que, como hemos comprobado, fue ampliamente recogida por el Derecho francés anterior al Código, no pasó al mismo: "El Código no habla ni de *échelage*" ni de "investisón"... la intención del legislador ha sido liberar a los propietarios de esta restricción al derecho que ellos tienen sobre su suelo. No se puede hablar de la servidumbre legal de *échelage*, la Ley no la establece, ni siquiera pronuncia esta palabra"⁹.

Si pasó la limitación al Código civil italiano de 1865; en su artículo 592 dice: "Ogni proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità, affine di costruire o riparare un muro od altra opera propria del vicino od anche comune". Esta norma está completada con el artículo 594 del mismo Código: "Sarà sempre dovuta una indennità al danno cagionato dall'accesso o dal passaggio, di cui è cenno nei due precedenti articoli". Nuestro artículo 569 sustituye la ex-

⁷ Vid. LAURENT, op. y lug. cit

⁸ Oeuvres de POTHIER, tomo X, pp. 434 y 426, París, 1835. Allí aparece citado el artículo 240 de las "coutumes D'Orléans", a las que me he referido. Otros precedentes vienen recogidos en "La servidumbre predial de paso en el Código Civil español", de LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, pp. 224-225, Murcia, 1962.

⁹ LAURENT, op. cit., parágrafo 117.



presión "debe permitir el acceso y el paso", por la de que "el dueño está obligado a consentirlo"; y, además, hace expresa alusión a algo que significa más que el mero acceso; me refiero a "colocar" en el predio "andamios u otros objetos para la obra", lo que en el supuesto que esta norma contempla será más útil que el paso o acceso, ya que la construcción o reparación de un predio, requiere más lo segundo que lo primero. Esta es la razón del título de este trabajo: "Ocupación temporal de terrenos", pues se trata de una verdadera ocupación, más que de un paso por los mismos para reparar o construir.

Se echa de menos en la redacción del artículo 569 de nuestro Código civil la referencia a que la obra pueda ser también común, pero no hay dificultad en admitirlo así, aunque en este caso es difícil de imaginar la posibilidad que se produzca un daño indemnizable exclusivamente por uno de los copropietarios, ya que en este caso el beneficio es también común; aunque el aludido supuesto pudiera estar contemplado para el caso que regulan los artículos 577 y 578 del Código civil, pues es posible que un propietario quiera elevar la pared medianera, utilizando, si es necesario, la finca del vecino y los demás no.

La referencia a la indemnización está en ambos Códigos, si bien el italiano la contempla en artículo distinto.

EL ARTÍCULO 843 DEL CODICE CIVILE. SUS DIFERENCIAS CON EL ARTÍCULO 569 DE NUESTRO CÓDIGO

Posteriormente el Código civil italiano de 1942 recogió en su artículo 843 una norma similar a la del artículo 569 de su precedente de 1865; dice este nuevo artículo: "Il proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità, al fine di costruire o riparare un muro o altra opera propria del vicino oppure comune.

Se l'accesso cagiona danno, é dovuta un'adeguata indennità.

Il proprietario deve parimenti permettere l'accesso a chi vuole riprendere la cosa sua che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia. Il proprietario può impedire l'accesso consegnando la cosa o l'animale".

Como se ve este artículo del Código civil italiano de 1942 mantiene idéntica redacción que su precedente, añadiendo la permisión del paso para



"coger las cosas que accidentalmente caen a fundo vecino o los animales que huyen de la custodia de su propietario"¹⁰.

Dos supuestos diferentes pues contempla este artículo, ambos tienen en común que se trata de un acceso al fundo, pero sólo uno de ellos da lugar a una adecuada indemnización, pues dicha indemnización, sólo se contempla para el primer caso y no para el segundo. Quizá porque el legislador italiano consideró que los supuestos de paso para recoger cosas accidentalmente caídas, o para perseguir animales que escapan a la custodia de su dueño, tienen menor relevancia que el "paso" y el "acceso" para "construir o reparar", lo cual no es obstáculo, para que, al menos en nuestro Derecho, se deba indemnización en cualquier caso que se ocasione un daño; además nuestro artículo 612 contempla expresamente la necesidad de la indemnización para los casos, ciertamente singulares, que regula.

Parece, por lo menos a primera vista, que el contenido de este artículo 843 del Código civil italiano, no es el mismo que el del artículo 569 de nuestro Código civil; no sólo porque en el nuestro no se hace alusión a la recogida de objetos o a la fuga de animales, sino porque, en lo que concierne al objeto de este trabajo, acaso pueda afirmarse que nuestro legislador ha sido más generoso.

Así mientras el italiano se refiere sólo a "permitir el acceso y el paso", el nuestro contempla, además, la posibilidad de "colocar andamios u otros objetos para la obra". Es decir, parece que, mientras uno excluye la permanencia en el predio del vecino, el otro la admite expresa y principalmente: Con referencia al Codice civile de 1865 se dijo: "El paso no el depósito de materiales que estorba el terreno por un cierto tiempo, mientras el paso tenga naturaleza de momentáneo y transitorio. Obtenido el paso será preciso descargar los materiales sobre suelo propio"¹¹. Si así fuera bien podría afirmarse que nuestro artículo 569 es verdaderamente original, pues contempla una propia ocupación temporal del predio vecino y no un simple y ocasional paso a través del mismo.

Parece pues que el artículo 569 se asemeja más a la vieja institución francesa, ya aludida, bajo la denominación "tour de l'échelle" o "droit d'échellage", que permitiría ocupar un espacio de tierra del fundo vecino, que a su

¹⁰ Nuestro Código Civil establece en el artículo 612 una norma que parece similar al 2.º inciso de este artículo 843 del Código Civil italiano; aunque en el caso de nuestro Código, el artículo 612 se encuentra en el título que regula la "Ocupación" y establece el derecho de perseguir el enjambre de "abejas" y de "reclamar los animales amansados".

¹¹ BORSARI, op. cit., p. 696.



precedente italiano, por cuanto en este, lo que se permite es "un paso necesario" solamente.

La doctrina italiana insiste en que "la facultad de acceder sobre el suelo de otro no incluye aquélla de hacer depósito de materiales o de ocupar de otra manera el fundo; ésta permanece limitada exclusivamente al paso y solamente en función del paso es reconocida" ¹².

Debe observarse además, que la interpretación de preceptos como este, debe ser restrictiva, pues suponen contrariar el principio de absoluta libertad de los predios, de manera que para que la facultad de ocupar sea posible, debe venir expresamente reconocida por la Ley; y este expreso reconocimiento aparece en nuestro Código civil y es, al menos literalmente, desconocido por el italiano.

En fin parece que mientras en ambos Códigos los fines contemplados son los mismos: "construir o reparar", los medios son distintos; en el italiano, "sólo pasar", en el español, además, "colocar andamios u otros objetos para la obra" ¹³.

NATURALEZA JURÍDICA

Acerca de su naturaleza jurídica ya se advirtió que sólo a primera vista está claro, que no se trata de una servidumbre; y menos, de una servidumbre de paso, ya que se excluye la utilidad permanente característica de esta última exceptuando el caso del artículo 564, párrafo 3.º, en el que se contempla, ciertamente, un supuesto de paso no permanente para cultivo de fincas y extracción de cosechas.

De otra parte la servidumbre de paso requiere que el predio esté rodeado de predios ajenos sin salida a camino público, hipótesis que, desde luego, aquí no aparece. Lo que sí encontramos en el precepto objeto de nuestra atención, es el dato de la "necesidad", dato este que también se encuentra en la servidumbre de paso, puesto que el artículo 569 dice que sea "indispensable", lo que equivale a "no tener otra salida", en la de paso. Lo que

¹² Así por ejemplo, además del citado en la nota anterior, MARTINO, Francesco de, "Commentario del Codice civile a cura di Scialoja E Branca", Libro III "Della proprietà", Roma, 1954, p. 164.

¹³ En el mismo sentido vid. LUCAS FERNÁNDEZ, op. cit., pp. 225 y 226; "nuestro Código, en el citado precepto del artículo 569, a través del Proyecto de 1882, en el artículo 571, da una regulación a este derecho de andamiaje que se aproxima más al antiguo Derecho francés".

ocurre es que lo "indispensable", aquí, no está definido y en la de paso, sí, en virtud de datos objetivos: no tener (o tenerla particularmente difícil) salida a camino público. Al concepto de qué es "indispensable" a los efectos de este precepto me referiré posteriormente.

El que el artículo 569 del Código civil se encuentre situado en la sistemática del mencionado cuerpo legal a propósito de la servidumbre legal de paso, ha llevado a algún autor a afirmar que se trata de "una servidumbre de paso de índole también transitoria y temporal para el sólo efecto de construir o reparar un edificio que exija el paso de materiales por predio ajeno, o la colocación en él de andamios u otros objetos para la obra, imponiéndole al dueño de dicho predio la obligación de consentirlo, pero mediante indemnización" ¹⁴.

No parece otra cosa, que cuando se recurre a la calificación de este instituto, de "servidumbre", pase de ser un simple recurso para explicar su naturaleza; falta, además, la llamada "*perpetua causa servitutis*" ¹⁵, que evidentemente también falta, incluso aunque se entienda, como modernamente se hace, no como "*causa perpetua*", sino como "*permanente y estable*"; y en, definitiva, no nos encontramos ante lo que nuestro Código entiende como servidumbres, es decir, ante "un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro", sino ante, como el propio Código señala, ante "la obligación que tiene el dueño de un predio ajeno de consentir la temporal utilización por el dueño de otro, no sólo para pasar, sino también para colocar andamios u otros materiales, necesarios para la construcción o reparación".

Por tanto, parece que, ni el nacimiento de esta facultad, ni su extinción, ni su ejercicio se regulan como si de una servidumbre se tratase.

Cabe añadir, porque pudiera ser significativo, que, como antes se ha apuntado, el Derecho italiano, donde esta norma encuentra un cierto prece-

¹⁴ Así SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho civil", tomo III, p. 619, Madrid, 1900. En el mismo sentido puede verse RICCI, Francesco, "Diritto civile"; vol. II, parágrafo 316: "Dos especies de servidumbres son establecidas por el Código patrio. Una temporal, para un fin determinado, pasado el cual, el derecho de servidumbre cesa, la otra tiene un carácter de estabilidad y permanencia..."

También PACIFICI - MAZZONI, Emidio, "Trattato delle servitù legali", parágrafo 732, Firenze, 1906: "Puede considerarse como una servidumbre, ya que de hecho un fundo sirve a otro fundo: es cierto que el servicio es eventual, temporal; pero no es menos cierto que cuando nace, y por el tiempo que dura, no aparece otra cosa que un gravamen impuesto sobre un fundo en beneficio de otro fundo".

¹⁵ Enunciada en D. 8.2,28: "Omnes servitutes praediorum perpetuas causam habere debent".



dente sitúa al mismo dentro de la regulación del derecho de dominio; y no entre las servidumbres.

El deber de indemnizar, establecido por el artículo 569 del Código civil, puede servir también para tratar de establecer su diferencia con las servidumbres. Estas, como es sabido, suponen, en cualquier caso, una limitación permanente a la facultad de exclusión del titular del predio sirviente; y por ello dan *siempre* lugar a una indemnización; mientras que el artículo 569 establece una obligación de consentir el paso y la ocupación y un deber de indemnizar, *sólo para el caso de que se produzca perjuicio*, lo que no ocurre en la servidumbre legal, pues el artículo 564 del Código civil, al establecer la "previa indemnización" para la servidumbre de paso, establece precisamente, que ésta es "previa" y no distingue, como lo hace el artículo 569, la necesidad de indemnización, sólo cuando corresponda al perjuicio que se le irroque. A todo ello le falta la precisión de que el paso previsto en el párrafo 3.º del artículo 564, no es, como su misma finalidad indica, permanente, constituyendo, pues, una excepción al carácter, ciertamente permanente de la servidumbre de paso.

El carácter de permanencia que suponen las limitaciones del dominio, conduce a negar que podamos estar ante una de ellas, pues pretender que nos encontremos ante una limitación del dominio, en el supuesto del artículo 569 del Código civil es, al parecer, llevar las cosas más allá de su propia finalidad. La posible "necesidad" de un fundo vecino, que será sin duda esporádica, no puede justificar el establecimiento de una permanente limitación del contenido del derecho de propiedad. Además debe tenerse en cuenta que "las limitaciones legales del dominio forman parte integrante del mismo, y por tanto gravan a cualquier propietario"¹⁶, que, naturalmente, esté en alguna determinada situación. Y no es esto, evidentemente, lo que nuestro legislador pretendió, pues si así lo hubiese querido, debería haberlo dicho expresamente, ya que, de otra manera, contradice abiertamente "la concepción del dominio que inspira a nuestro Código civil, que acogió la idea de la normal atribución al propietario de poderes absolutos y generales sobre lo suyo...", "...de manera que toda limitación al poder de exclusión del propietario exige una expresa legitimación". Además, nuestra jurisprudencia alude reiteradamente al principio de libertad de los fundos, "declarando como

¹⁶ BIONDO BIONDI, "Las servidumbres", anotado por GONZÁLEZ PORRAS, Madrid, 1978, p. 1.292.



principio inconcuso la presunción, y la regla de que el juzgador debe ayudar a la libertad en los casos dudosos" ¹⁷.

Diffícilmente puede hablarse de una verdadera y propia limitación del dominio cuando, como en este caso, el uso de la propiedad ajena depende de la voluntad del titular de un predio ajeno también, voluntad que, como sabemos, está basada en la "necesidad", pero esta "necesidad", puede, como se verá, ser creada por el titular de la facultad concedida por el mencionado artículo 569 del Código civil.

De otra parte, parece que configurar el contenido del artículo 569 como una limitación, del dominio, obedece a que nuestro Código civil regula entre las servidumbres genuinas limitaciones del dominio; y la doctrina para separar de éstas el contenido del aludido artículo 569, recurre a encuadrarlo como una limitación del dominio basada en las relaciones de vecindad, lo que, hasta cierto punto, es lógico, aunque discutible, sobre todo si se piensa que el artículo 569 se refiere a "predio ajeno" y no necesariamente a predios vecinos ¹⁸.

Lo que parece que ocurre, en este caso, es que, efectivamente, se suspende el contenido excluyente del derecho de propiedad, esta suspensión se produce por ministerio de la Ley y se basa en la necesidad de la ocupación.

Acaso el fundamentarse en la necesidad, aunque temporal, de la ocupación, sea el motivo, que no la justificación, de incluir el contenido del artículo 569 del Código civil entre las servidumbres legales; y acaso, para negar que no es servidumbre, lo que ya he dicho que parece evidente, se la incluya entre las limitaciones legales del dominio.

De cualquier forma parece excesivo calificar de límite al derecho de propiedad, lo que sólo pretende ser la concesión al que lo "necesite" de la facultad temporal de usar una cosa ajena indemnizando los perjuicios que dicha utilización pueda ocasionar. Es cierto que para conseguir estos fines la Ley tiene que limitar el poder del propietario, pero no lo hace estableciendo una verdadera y propia limitación al dominio, sino que se limita al establecimiento de una mera y temporal suspensión de una de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad: la facultad de exclusión que siempre asiste al propietario.

¹⁷ Vid. ROCA JUAN, "Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales", Edersa, tomo VIII, p. 6 y jurisprudencia allí citada.

¹⁸ Véase, en este sentido, Díez-PICAZO - GULLÓN, "Sistema de Derecho Civil", vol III "derecho de cosas", p. 124, Madrid, 1977.



No parece haber en nuestro Código civil otras disposiciones que expresamente permitan el acceso a fundo ajeno, salvo la curiosa permisión al propietario de un enjambre de abejas, contemplada por el artículo 612, caso éste que, difiere esencialmente de la que aquí estamos contemplando, sin embargo, es también una suspensión temporal al poder del propietario, así como pudiera haber otras, siempre y cuando estuviesen expresamente admitidas por la Ley.

Algún autor se refiere al contenido del precepto que nos ocupa, diciendo, para tratar de explicar su naturaleza, que se trata de una servidumbre transitoria de paso, calificándola, además, de "una suerte de arrendamiento". Este es el caso de Lacruz, el cual afirma que: "A la servidumbre transitoria de paso se refiere el artículo 569 a cuyo tenor...; normalmente, (añade) no como constitución de servidumbre, sino como si se tratase de una suerte de arrendamiento, si bien nada se opone a que el juez ordene constituir un verdadero derecho real"¹⁹.

Ya quedó, en su momento, claro que el contenido del artículo 569 del Código civil no es ni parece que pueda ser el mismo que el de una servidumbre, pues además de faltarle las características propias de ésta, no sirve a la misma finalidad que la de las servidumbres.

Tampoco se entiende la afirmación de que "el juez pueda ordenar la constitución de un derecho real, pues, efectivamente puede hacerlo siempre que se trate de una servidumbre forzosa, caso en el que no nos encontramos.

Y, en fin tampoco parece que pueda hablarse de "arrendamiento", pues ni hay cesión de una cosa por tiempo cierto, ni la indemnización a la que alude el artículo 569 del Código civil puede ser calificada de precio cierto que constituyese la renta del pretendido arriendo. Por todo ello, cabe pensar, que la referencia a una servidumbre transitoria de paso, o a una suerte de arrendamiento, no son más que intentos de explicar la, si no oscura, rara naturaleza del derecho o facultad concedido por este precepto.

Otros autores ven en esta norma solamente "una obligación negativa a cargo del propietario del fundo que correlativamente atribuye un derecho al propietario vecino que se encuentra en las condiciones establecidas por la Ley... Tal obligación no tiene por objeto la constitución de una servidumbre. Por sus fines temporales, por no decir momentáneos... sería exorbitante la

¹⁹ Vid. LACRUZ, "Elementos de Derecho Civil", III. vol. II, p. 89, Barcelona, 1980.

constitución de una servidumbre, que por su naturaleza permanente juega para fines permanentes del fundo" ²⁰.

De manera que, como se ve, se sostiene en general, la naturaleza provisoria y pasajera del derecho concedido por el artículo 569, mientras que la servidumbre predial es siempre una "qualitas fundi", aun cuando sea concedida por tiempo determinado ²¹.

La jurisprudencia y parte de la doctrina italiana han visto en el artículo 843 del Codice civile, similar, como se dijo, a nuestro artículo 569, una "obligación propter rem", "porque la persona del obligado está individualizada por ser aquella que se encuentra en el goce del bien gravado". La referencia a la obligación "propter rem" es, por lo menos, confusa a la hora de establecer la naturaleza jurídica de la que aquí se denomina "ocupación temporal de terrenos"; no sólo porque la "institución se debería estimar como desaparecida" ²², sino porque el propio concepto de obligación "propter rem" es bastante confuso. Así lo han entendido diversos autores que especialmente se han ocupado del tema.

En el caso que nos ocupa la referencia a la obligación "propter rem" se debe a que ésta viene configurada "como una categoría general y libre, que supera los límites de la servidumbre, con la consecuencia de que siguiendo tal dirección, se reducen las cuestiones acerca de esta institución a vanos ejercicios dialécticos, en cuanto que aquello que se niega ser servidumbre, se admite como obligación propter rem" ²³.

Esto es lo que precisamente ocurre en este caso; es decir, como se niega que la referida ocupación sea una servidumbre se recurre a calificarla de obligación "propter rem". Pero al parecer, se le llama obligación "propter rem" también, para eliminar lo que pudiera considerarse limitación del dominio ²⁴.

²⁰ BIONDO BIONDI, "Le servitù". "Trattato di Diritto civile e commerciale" de Cicu y Messineo, Milán, 1967, pp. 844 y 845.

²¹ COVIELLO, L., "Dell'usucapione delle servitù prediali", p. 101 (estratto dalla Riv. ital. per la scienze giuridiche, vol. X. COVIELLO, N., "Trascrizione", II n.º 320). Citados por PULVIRENTI, "Delle servitù", Napoli, 1923, p. 311.

²² BIONDI, op. cit. p. 1.287.

²³ DISTASO, Nicola, "Diritto reale, servitù e obbligazione "propter rem", Riv. trim. dir. e proc. civ. 1953, p. 439.

²⁴ La asimilación de los límites legales a la obligación "propter rem" se justifica en la apriorística hipótesis del estado de libertad de los fundos, respecto al cual prosperará como servidumbre o como obligación real, las limitaciones legales nacidas de las llamadas relaciones de vecindad; asimilación que constituye no sólo una complicación inútil, sino que las motivaciones de carácter ideológico son más que discutibles: no atentar a la

En apariencia algunas de las características de la obligación "propter rem" se dan en el supuesto que contempla el artículo 569 de nuestro Código civil, sobre todo aquella de que corresponde soportar la ocupación de su predio a la persona que sea titular del mismo, o a aquella que lo está poseyendo. Además de que se produce también aquí, al igual que en el caso de la obligación "propter rem" el hecho de que la citada obligación de soportar la ocupación, se transmite con la posesión de la finca. Pero no se tiene en cuenta que esa llamada obligación carece de un contenido positivo y por tanto no puede ser calificada de obligación "propter rem"; así, como advierte Biondi, "el contenido positivo de la obligación es lo que distingue la obligación propter rem no sólo de la servidumbre, sino de las limitaciones legales del dominio, sobre todo relativas a relaciones de vecindad que tienen contenido negativo... En todos éstos y en otros casos nos hallamos en presencia de limitaciones legales del dominio, que no dejan de ser tales por estar enunciadas en forma de obligación. Son deberes pero no obligaciones propter rem, y consisten no en una prestación positiva sino en una abstención o tolerancia. Las limitaciones forman parte integrante del dominio y, por tanto, gravan a cualquier dueño. Ello no induce a calificarlas como obligaciones propter rem. En otro caso deberíamos concluir que todas las relaciones de vecindad habrían de calificarse como obligaciones propter rem, o incluirse en la célebre categoría de las servidumbres legales. Hay deber de abstención o tolerancia, pero no obligación"²⁵.

Aunque, como anteriormente se dijo, no parece que nos encontremos ante una limitación legal del dominio; y sí, ante ese deber de tolerancia de contenido negativo al que alude Biondi, el cual no debe ser designado, por tanto, como una obligación propter rem.

Si observamos lo dispuesto por el artículo 569 de nuestro Código civil, veremos cómo en ningún momento establece una obligación para el propietario del predio ajeno, se limita a establecer para éste un deber de abstinencia, de permisión de la entrada y permanencia en la finca. Este deber no se

imagen de la propiedad exclusiva y mantener hasta lo posible la máxima expansión de la soberanía del propietario...

...Para que sea libre lo más posible el ejercicio del derecho de propiedad deben estar claras las cargas que la gravan por razón de vecindad: cargas que están claras y bien circunscritas en tanto que vengan consideradas como relaciones jurídicas en sentido técnico; esto es como servidumbres (cuando se imponga al propietario un non facere, o un no impedir que otros hagan) o como obligaciones reales (cuando se imponga un facere). Vid. SANTILLI, Marina, apéndice II, la "Proprieta" de Natoli, Milano, 1980, pp. 294 y 295.

²⁵ BIONDI, op. cit., p. 1.292.

le impone al mencionado titular del predio por le hecho de que, a su vez, sea también titular de un derecho real, lo que caracterizaría a la obligación "propter rem", sino que se trata de una suspensión de la facultad de exclusión que corresponde a todo propietario; esta suspensión de la citada facultad de exclusión se basa en la vecindad de los predios. En este sentido parece establecer Distaso las características de una obligación propter rem, los cuales no se dan en el supuesto a que nos estamos refiriendo; y así dice que "el particular carácter de la obligación propter rem se concreta y se resume en el hecho de que no se refiere al individuo, sino al propio individuo como titular de un derecho real; y es esta conexión entre obligación y titularidad del derecho real la que determina aquella particular ambulatoriedad de la obligación, que no tiene lugar en la servidumbre ni en la carga real, caracterizadas por la inherencia al fundo como cualidad jurídica inseparable del mismo fundo"²⁶.

La importancia y la insistencia de ella derivada, de establecer que el artículo 569 del Código civil no contiene una obligación propter rem, estriba en sustraerla a las consecuencias que en orden a la acción, podría suponer tal consideración: así, se trataría de una acción personal, se excluiría la tutela posesoria, se detereminaría la competencia del juez según los criterios generales de la competencia por el valor...²⁷. Y, en mi opinión la cuestión ya está aclarada, no sólo por lo ya dicho, sino porque la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado del tema con carácter específico lo niega rotundamente²⁸.

Es más correcta la visión de Santilli, al establecer que "que la referencia a la obligación real acaba por ser sustancialmente artificiosa sobre un doble perfil: es instrumento para dar una definición a figuras de las cuales no se pretende negar la realidad, y no configurables técnicamente como servidumbres; y de otro lado son expedientes para reconducir a un plano de relaciones intersubjetivas aquéllas que, como ya se ha dicho, antes que obligaciones

²⁶ DISTASO, op. cit., p. 466.

²⁷ Tal y como ha ocurrido con la jurisprudencia italiana: vid. SANTILLI, op. cit., p. 293.

²⁸ Ya vimos, en este sentido, las afirmaciones de autores con la autoridad de BIONDI o DISTASO; además de ellos BIGLIAZZI... "entre las obligaciones propter rem encuentran colocación algunas hipótesis en las cuales se contiene, en efecto, no una obligación, sino una característica limitación legal de la propiedad"; entre las que esta autora destaca, "el acceso y el paso por un fundo... a fin de construir o reparar un muro u otra obra propia del vecino o común". Vid. BIGLIAZZI, "Oneri reali e obbligazioni propter rem". "Trattato di Diritto civile e commerciale a cura de Cicu y Messineo", Milano 1984, p. 28.



(o deberes) de propietarios son (sic) *momenti conformativi della proprietà*"²⁹.

Entre nosotros, Roca Juan, se refiere a "una limitación legal de la propiedad de los predios por razones de interés privado, consistente en la suspensión de la facultad de exclusión, cuando se da la necesidad contemplada en el precepto"³⁰.

PRESUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA FACULTAD CONCEDIDA POR EL ARTÍCULO 569 DEL CÓDIGO CIVIL

Comienza diciendo el artículo 560 del Código civil que "si fuere indispensable...", de manera que, en primer lugar, debe establecerse en qué casos se entiende que es indispensable la ocupación de predio ajeno.

Comúnmente la doctrina se refiere a la *necesidad* de la reparación o de la construcción. Pero entendido literalmente, el término que el Código civil utiliza, es más restringido. Así no se refiere a "lo necesario", sino a lo "indispensable"; es decir a un extremo último de necesidad, a aquél que se distingue de lo meramente necesario, por ser, precisamente eso, "indispensable". Si efectivamente entendiésemos con este rigor las palabras del Código civil deberían dejarse fuera del ámbito de aplicación de esta norma, todos aquellos casos en los que, aunque sea incómodo o excesivamente dispendioso "construir o reparar"; pueda hacerse efectivamente la obra de otra forma que evite la ocupación del predio ajeno, ya que estos son casos, en los que, a pesar de la incomodidad o del dispendio, no aparecería el presupuesto o requisito de la "indispensabilidad". Pero acaso este excesivo rigor en la literal interpretación de la norma, no se ajuste a su espíritu y finalidad, criterios a los que "fundamentalmente" debe atenderse, según el propio Código, a la hora de interpretar las normas.

De manera que la cuestión cabría plantearla así: ¿A qué necesidad o, si se quiere "indispensabilidad", se refiere el legislador? ¿A la necesidad absoluta que existe cuando hay una imposibilidad física de construir la obra sin acceder al fundo del vecino; o bien a la necesidad relativa, que tiene lugar cuando es gravemente incómodo o dispendioso el construir o reparar sin poder acceder por el fundo del vecino?

Para tratar de responder a esta cuestión conviene advertir, en principio, que si la reparación o construcción no es razonablemente indispensable, se

²⁹ Vid. SANTILLI, op. cit., p. 297.

³⁰ Vid. ROCA JUAN, op. cit., p. 168.

conferiría a todo propietario la vejatoria facultad de acceder y ocupar el predio de su vecino por falsos y fútiles pretextos³¹.

Aclarado este extremo, debe añadirse, que doctrinalmente las opiniones difieren. De manera que, mientras unos afirman que basta con que se produzca una "relativa necesidad"³², otros consideran que "sólo podrá exigirse si el paso u ocupación es indispensable y no conveniente o más cómodo"³³. Y, por último, hay autores que entienden que el precepto se refiere a una absoluta necesidad, pero sin que quepa descartar algún caso en el que la necesidad sea simplemente relativa³⁴.

Acaso haya necesidad cuando no sea técnicamente posible construir o reparar sin el paso u ocupación del predio ajeno, en cualquier caso, será el juez el que deberá decidir, en vista de las concretas circunstancias, la existencia o no de la necesidad, difíciles, por otra parte, de establecer a priori, dada su excesiva casuística.

De otro lado el concepto de necesidad podría extenderse a una necesidad económica, es decir, al caso, como apunta Roca Juan de que "no exigir el paso por el fundo ajeno, aún no haciendo imposible la obra, la hace económicamente irrealizable"³⁵.

Hay una cuestión que aparece directamente relacionada con el tema de la necesidad, se trata del caso en que la construcción o reparación pueda ser realizada ocupando la vía pública, previa obtención de la correspondiente licencia administrativa. ¿Desaparece, en este caso, la necesidad?, o, por el contrario subsiste. Dicho de otra forma, ¿puede el titular del predio ajeno negarse a la ocupación, alegando que la obra que se considera necesaria puede efectuarse ocupando la vía pública?

³¹ PACIFICI - MAZZONI, Emidio, "Trattato delle servitù legali", Firenze, 1906, parágrafo 739.

³² En este sentido: "... debe tenerse en cuenta que la Ley establece la servidumbre, no sólo en relación a las necesidades del fundo, sino también en vista de la mayor utilidad o provecho que del mismo pueda obtenerse. Cuando se habla de necesidad no está la palabra "presa a rigore", sino que debe ponerse de acuerdo con la intención que animó al legislador. Aquí se limita el derecho de propiedad en relación con una simple utilidad que a la agricultura o a la industria pueda derivarse de dicha limitación, y así la necesidad del acceso debe tenerse por contrastada, cuando el que edifica no pueda, sin grave e incómodo dispendio realizar los trabajos estando sobre su propiedad", RICCI, Francesco, "Diritto civile", vol. II, Roma, 1923, parágrafo 317. Y también, en el mismo sentido, PULVIRENTI, "Delle servitù", Napoli, 1923, parágrafo 496.

³³ Así BORSARI, op. cit., p. 696 y en España, ROCA JUAN, op. cit., p. 169.

³⁴ DE MARTINO, Francesco, "Commentario del Codice civile" a cura de Scialoja e Branca. Lib. III "Della proprietà", Roma, 1954, pp. 163 y ss.

³⁵ ROCA JUAN, op. cit., p. 169.



Parece que en una correcta aplicación del artículo 569 del Código civil la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa, pues si es posible la ocupación de la vía pública, mediante la correspondiente licencia, el presupuesto de la necesidad o indispensabilidad, desaparece. A ello no cabe oponer que la obtención de la licencia y su correspondiente utilización van a ser más gravosas o incómodas para el que tiene la necesidad de realizar determinadas obras en su predio, pues el interés que este precepto protege, no parece que sea el que corresponde a conceder un privilegio al titular de un predio ajeno, que para su facilidad puede, si quiere, ocupar el predio de su vecino, sino el de aquel que necesita realizar una obra y no puede hacerlo de otro modo.

Distinto es el supuesto de que sea imposible la obtención de la citada licencia administrativa, en este caso, parece que la necesidad se desplaza al vecino, pues sería su predio el único sitio por el que la obra puede realizarse.

La cuestión también parece estar clara en el caso de que los reglamentos prohiban la ocupación, aún temporal, de determinadas vías públicas, sea por necesidades del tránsito o por razones de cualquier otra naturaleza; en todos estos casos el interés privado cederá ante el público y la ocupación del predio ajeno debe entenderse como necesaria.

Respecto a qué tipo de obras entiende el Código civil que puede producirse la indispensabilidad, dice el artículo 569 que "para construir o reparar".

La cuestión es ahora determinar lo que, a los efectos de esta norma, debe entenderse por construcción o reparación; es decir, qué tipo de obras deben, por no serlo, entenderse excluidas de estos conceptos.

Ante todo, debe observarse, que lo que el Código civil requiere como indispensable es el paso, no la reconstrucción o reparación. Queda pues, en cierto modo, al arbitrio del que realiza la obra, la determinación de que se produzca el hecho que da lugar al paso o a la ocupación, ya que bastará con que se decida a realizar una obra que no necesita tener el carácter de necesaria, para que nazca el deber de permisión en el titular del predio vecino.

La pregunta que debe ahora formularse, es la de si basta con que se decida por la realización de cualquier obra ya sea ésta de ampliación, mejora o simple embellecimiento. Respecto de ello se ha dicho que "el legislador no ha querido poner ninguna limitación; y como ha dejado al arbitrio del propietario el derecho de edificar y de reparar, sin que el vecino pueda intervenir sobre la necesidad ni sobre la conveniencia de la reconstrucción o de la reparación, así no puede oponerse a conceder el paso por el sólo hecho de que en vez de una construcción o reparación, se trate de un simple embe-



llecimiento, o de una decoración externa del edificio”³⁶. Otros autores excluyen las obras de lujo y recreo, sobre la base de que, ante todo, la mencionada obra debe ser útil; así se señala que “las disposiciones relativas a las servidumbres, así como auéllas que limitan el dominio, son de interpretación estricta o restringida; y que, el legislador, al imponer esta servidumbre legal, no ha querido sino proteger los intereses agrícolas e industriales, ni ha sido nunca su intención la de limitar los derechos de otro para procurar placer o distracción a un tercero”³⁷.

Basándose en ese concepto de obra útil, admite también la doctrina el acceso a predio ajeno, no ya para construir o reparar, sino también para la demolición: “muchas veces es necesario demoler para reconstruir, en otras ocasiones la demolición puede presentarse como el mejor provecho que el propietario puede obtener de un edificio ruinoso, o para que pueda sacar del área ocupada por el edificio un mayor provecho, que no es capaz de rendirle el edificio mismo. En éste y casos similares la demolición entra en el concepto legal de reconstrucción...”³⁸.

Como hemos visto, nuestro Código civil admite, no sólo el paso, sino también el depósito de materiales y la ocupación del predio ajeno, durante el tiempo necesario para la reconstrucción o reparación, de manera que, en este aspecto es más permisivo que su precedente italiano, el cual, como vimos en su momento, contempla sólo el paso, pero no la ocupación³⁹.

Puede plantearse también la cuestión de si es posible la demolición de parte del edificio ajeno cuando ello sea necesario para la obra. Desde luego, a primera vista, la respuesta debe ser negativa, pues aunque todos los perjuicios sean indemnizables, el Código civil, prevé solamente de una manera expresa, el paso o la ocupación para reparar o construir, pero en ningún caso

³⁶ GERMANO, citado por PULVIRENTI en op. y lug. cit., p. 312.

³⁷ RICCI, Francesco, op. cit. y lug. cit.

³⁸ RICCI, Francesco, op. y lug. cit.

³⁹ Así el artículo 843 del Código civil italiano se refiere al acceso y al paso; y la doctrina italiana afirma al respecto que: “la Ley obliga al propietario a permitir el acceso y el paso, por esta razón aquel que quiera construir o reparar no podrá pretender hacer en el fundo vecino el depósito de los materiales, la preparación del cemento y cuanto necesite para construcción o reparación. Ni se diga que de no usar este derecho subsidiario puede producirse la consecuencia de que la reparación o construcción puede resultar onerosísima, atendido el mínimo transporte de materiales que habrá de hacerse desde el sitio del depósito hasta el lugar de la reparación o construcción; porque la Ley se propone hacer posible el ejercicio del derecho de propiedad, y no procurarlo cómodo y fácil a uno con perjuicio para el otro”. PACIFICI - MAZZONI, Emidio., op. cit., parágrafo 745.

se refiere a la demolición de parte del predio ajeno, a la que creo que puede negarse justamente su titular.

Distinto sería el caso de que esa demolición sea insignificante o poco importante y, además, fácil de reconstruir, piénsese en el derribo parcial de un muro o de una puerta..., en fin, una pequeña demolición que no ocasione excesivas molestias al titular del fundo afectado por la misma. En cualquier otro caso, parece que el artículo 569 del Código civil se limita a la permisión de "pasar materiales por predio ajeno", o "colocar en él andamios u otros objetos para la obra", lo que no incluye la destrucción del predio vecino, incluso en el caso de que esa parcial destrucción sea imprescindible precisamente para pasar o para colocar andamios u otros objetos para la obra.

No obstante lo ya señalado, esta cuestión ha sido resuelta de otra manera; Pardessus se refería a ella diciendo que "si el propietario demuestra que no tiene medio alguno de hacer la reparación de la casa, podrá exigir del vecino que le conceda esta facultad, mediante una indemnización; y si también fuese indispensable para reparar una casa, romper una parte del techo del vecino, éste no podrá rehusarse, con tal de que sea reparada prontamente y que el propietario sea indemnizado"⁴⁰.

Respecto a la cuestión de si el artículo 569 del Código Civil se refiere a un predio rústico o urbano, parece que ambas posibilidades están expresamente contempladas por el mencionado precepto; así se habla de "algún edificio" y de "predio ajeno", con lo que cabe entender que tanto predios rústicos como urbanos están contemplados por esta norma. Por otra parte este punto no merece mayor atención, pues incluso puede tratarse de edificio situado en un predio rústico, como de que el predio ajeno sea urbano y no se trate de ningún edificio.

El lugar por donde pueda pasarse, o, en su caso, el lugar donde puedan colocarse andamios u otros objetos debe determinarse aplicando el criterio de que el paso o la colocación de andamios u otros objetos debe darse por el punto menos perjudicial al predio ajeno ocupado, criterio éste que recoge el Código Civil a propósito de la servidumbre legal de paso en el artículo 565. Pero, ante todo, el lugar de ejercicio será el determinado por acuerdo de los interesados, si es que este acuerdo existe. Naturalmente el paso, o la ocupación, en su caso, durarán el tiempo que la necesidad de la

⁴⁰ PARDESSUS, citado por CATANEO, Vincenzo, "Codice civile italiano", art. 592, Torino, 1865, p. 442.



construcción o reparación determine, tiempo que no debe ser dilatado por el arbitrio del interesado.

Si el paso o la ocupación puede darse por otro fundo con menor incomodidad, será por éste por el que deba darse, ya que en este caso, no será indispensable pasar precisamente por el que elija el titular de la construcción o reparación, a no ser que medie acuerdo entre él y el titular del fundo ocupado.

Aunque pudiera pensarse lo contrario, la suspensión de la facultad de exclusión que contiene el artículo 569, no se da exactamente por razón de colindancia, pues el Código civil se refiere a "predio ajeno", no a predio colindante. Esto no quiere decir que no sea necesaria, lógicamente, una vecindad o proximidad entre los predios, pero no es indispensable que éstos sean contiguos.

De manera que el paso o la ocupación puede producirse entre predios que, siendo vecinos y no colindantes, estén separados por vía pública o haya otro edificio enmedio, caso éste que no es difícil que se presente en la construcción urbana actual.

La construcción, o, en general la obra de que se trate deben ser "efectivos y actuales", en cuanto que no se puede pretender el acceso a un fundo de otro cuando los trabajos no se han iniciado en modo alguno.

Por comienzo de los trabajos no debe entenderse solamente el hecho de empezar la obra de reconstrucción o de adecentamiento, etc., es decir, lo que podría considerarse, obra propiamente dicha, sino también el haber predispuesto los materiales, el haber encargado la misma a las personas del oficio correspondiente...; en definitiva, lo que quiere decirse es que el estado de pura preparación de la obra debe permitir la ocupación del predio ajeno⁴¹.

El artículo 569 del Código civil, en su último inciso, alude a que el titular del predio ocupado "está obligado" a consentir la ocupación, "recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se irrogue".

Respecto de la mencionada indemnización, debe advertirse, en primer lugar, que se trata de una indemnización por perjuicios y no de un pago por el hecho de la ocupación, de manera que la citada ocupación, en principio es "de buena vecindad", siempre, naturalmente, que se produzca la necesidad en los términos que ya vimos.

⁴¹ DE MARTINO, Francesco, "Commentario del Codice civile" a cura de Scialoja e Branca, lib. III, "Della proprietà", Bologna, 1954, p. 163.



Por otra parte, debe observarse, que los aludidos perjuicios no siempre se producirán, es decir, aunque lo normal será que se produzcan efectivamente algunos perjuicios, de uno u otro tipo, por el hecho de la ocupación, es posible que ésta sea totalmente inocua, en cuyo caso, el tenor literal del artículo 569 excluye la indemnización.

El tema de la indemnización está ligado al de cómo ha de ejercitarse por el titular de la misma, la facultad de ocupación del predio ajeno y hasta dónde alcanza la responsabilidad del mismo por un ejercicio inadecuado de dicha facultad.

A este respecto podría pensarse en la posibilidad de aplicar en esta situación la doctrina del abuso del derecho. Pero ya a primera vista, parece improcedente en este caso. Como es sabido, la aplicabilidad de la doctrina del abuso del derecho exige el ejercicio de un derecho subjetivo de manera que lesione un interés legítimo de un sujeto, además de que dicho interés no constituya un verdadero derecho subjetivo, pues si ese interés formase parte del contenido de un derecho subjetivo, puede ser defendido por sí mismo, sin necesidad de acudir a la doctrina del abuso del derecho.

En casos como éste el titular del predio ocupado tiene, indudablemente, sobre el mencionado predio, un derecho subjetivo, así que deberá defenderse de las agresiones, que en el ejercicio de su facultad de ocupación, realice el titular de la misma, con los medios de defensa que su trabajo le proporciona. Evidentemente parte de esas defensas, sobre todo las que se refieren a la facultad de exclusión, que corresponden a todo titular de predio, están suspendidas temporal y provisionalmente por ministerio de la Ley. Pero puede defenderse con otros medios; aquellos que están dirigidos a velar por una correcta utilización del predio y que se derivan del propio artículo 569, es decir, que se utilice para pasar o para ocupar, sólo en la medida en que es indispensable para la obra. Este es, por otra parte, el alcance que la jurisprudencia da al ejercicio del derecho, pues en varias sentencias indica "que tal doctrina es de alcance restrictivo y de índole excepcional"⁴².

Debe añadirse una última consideración: en el caso de que la ocupación del terreno se haga de una manera arbitraria, es decir, rebasando los límites de la necesidad, el titular del predio ocupado, está legitimado para

⁴² La última sentencia, que además recoge otras, y que establece lo señalado en el texto es la de 7 de julio de 1980.

pedir que cese la extralimitación; y además, para pedir la indemnización de los daños que, específicamente, se hayan derivado de la mencionada extralimitación, de manera que estos daños, son diversos de los que el sólo hecho de la ocupación puede inferir al titular del predio ocupado.

Los daños indemnizables por la ocupación o por el paso son todos los que directamente se deriven de la misma; se incluyen no sólo los posibles deterioros que pueda sufrir el predio ocupado, sino también, las molestias que por ruidos, polvo, intromisión, etc... pueda sufrir el titular del fundo ocupado.

Es posible que esos perjuicios a los que alude el artículo 569 del Código civil se produzcan, a pesar de que el ocupante haya observado una normal diligencia en el ejercicio de su facultad. En este caso cabría plantearse la posibilidad de que existiese responsabilidad sin culpa del mencionado ocupante, lo que parece defendible, ya que ese perjuicio es de antemano previsible por el sólo hecho de la ocupación. De otro lado acaso pudiera añadirse que los perjuicios indemnizables son todos los derivados de la ocupación o del paso. Dicho de otra manera, independientemente de la diligencia observada por el ocupante, lo que parece estar claro, es que los perjuicios se han producido por el hecho de la ocupación; y son éstos, precisamente, los que el artículo 569 del Código civil declara indemnizables.

Cabe plantearse la posibilidad de que los perjuicios sean tan graves que consistieran en la total ocupación del predio vecino, o que produjeran en éste un total o importantísimo deterioro.

En relación con el problema anteriormente expresado, se ha apuntado el criterio de que no debe ocasionarse un grave daño al predio ocupado, daño que sea desproporcionado a la obra que se pretende, porque se daría entonces una colisión de derechos en la que necesariamente habría de vencer el titular del predio ocupado⁴³.

Pero, como dice Roca Juan, "no parece que deba ser aceptado el criterio del perjuicio proporcional a la obra, porque esta proporcionalidad se encuentra en el presupuesto básico de exigibilidad (la ocupación o el paso han de ser "indispensables") y por tanto, reducido también a lo indispensable; el casi total sacrificio del predio cuyo dueño debe concederlo"⁴⁴.

Respecto a si la indemnización es un presupuesto del paso o la ocupación,

⁴³ Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 227.

⁴⁴ Vid. ROCA JUAN, *op. cit.*, p. 169.

parece que la respuesta debe ser negativa, ésta se deberá si se produce algún perjuicio y si tal perjuicio se deriva directa o indirectamente del paso o de la ocupación, sólo en este caso podrá determinarse la indemnización una vez acabada la obra. "Lo que sí parece indispensable es la oferta de indemnización en el momento de consentir el paso o la ocupación, o de ser judicialmente impuesta, con remisión a una posterior determinación de la cuantía del precio del crédito a lo que resulte al cesar la ocupación, según valoración pericial"⁴⁵.

Otra cuestión que puede presentarse es la de si el ocupante puede defenderse con los interdictos incluso frente al titular del predio ocupado, en el caso de que este último le ocasionara alguna perturbación. Ante todo está claro que el que ocupa el predio ajeno para ejercitar la facultad que le concede el artículo 569 del Código civil, no ha entrado en él, nada más que por vía convencional o por determinación judicial. Por otro lado no parece existir dificultad para calificarlo de poseedor, tanto porque posesión es ya la simple "tenencia de una cosa", como porque poseedor es "el tenedor de una cosa ajena, para disfrutarla"; si se añade que "cualquier poseedor está amparado en su posesión", acaso desaparecería cualquier dificultad para que el ocupante, ex artículo 569, esté legitimado para ejercitar las acciones interdictales que correspondan.

Hay una facultad recuperatoria, no ya de la posesión del terreno (que es, en lo que, en definitiva se traduce), sino del ejercicio de la facultad concedida por el mencionado artículo 569. Así pues, la recuperación de la facultad de ocupar el predio ajeno puede ser defendida con el interdicto de recuperar la posesión; es decir, la facultad que, exactamente, consiste, en excluir la facultad de exclusión que todo propietario tiene, puede ser defendida interdictalmente, ya que ésta forma, a su vez, parte del contenido de la propiedad o titularidad real de un predio.

Una última cuestión es la de que el ocupante, llegado el momento en que la obra pueda considerarse terminada, deje en el predio ocupado los materiales.

Si esto ocurre, no hay duda, en primer lugar, de que el titular del predio ocupado puede exigir que los retire, ya que, una vez terminada la obra la facultad de ocupación ha desaparecido. Puede, además, en este caso, re-

⁴⁵ Vid. ROCA JUAN, op. cit y lug. cit.

clamar la indemnización correspondiente a la prolongación, ya innecesaria, de la ocupación.

¿Quedan, entre tanto, los materiales en depósito?: ante la probabilidad de una respuesta afirmativa debe observarse que no era depositario cuando existía la necesidad de la ocupación, ni había asumido obligación alguna de custodiar y devolver, ni de entregar los materiales, por lo que no parece aplicable el artículo 1.094, por tanto, difícilmente empezará a ser depositario cuando esa necesidad ha desaparecido.

Ahora bien, los materiales no entraron subrepticamente, sino como instrumento de ejercicio de la facultad de ocupación, lo cual puede plantear la duda de si puede, el ya injustamente ocupado, desalojarlos por su propia autoridad, o por el contrario será siempre necesario recurrir a la autoridad judicial para pedir su desalojo.

La cuestión no parece estar muy clara, pero podría aventurarse como posible respuesta, que si bien es cierto que los materiales no entraron subrepticamente, también es verdad que, subrepticamente permanecen, de manera que acaso por su propia autoridad pueda el ocupado desalojarlos de su predio, quizá bajo la consideración de que han sido abandonados.

ENRIQUE QUIÑONERO CERVANTES

Profesor de Derecho Civil

