

La servidumbre predial de paso en el Código Civil español

POR EL
DR. FRANCISCO LUCAS FERNANDEZ
NOTARIO

SUMARIO

INTRODUCCION.—I.—CONCEPTO DE LA SERVIDUMBRE DE PASO.—Notas más salientes del concepto de servidumbre: A.—La servidumbre es un derecho real.— B.—Su titular puede determinarse individualmente u *ob rem*. C.—La servidumbre grava un predio ajeno. D.—La servidumbre faculta a su titular a obtener del predio gravado una concreta utilidad distinta de la que primordialmente proporciona éste conforme a su destino económico.

II.—NATURALEZA JURIDICA DE LA SERVIDUMBRE DE PASO.—A.—Servidumbres prediales y personales. B.—Servidumbres positivas y negativas. C.—Servidumbres aparentes y no aparentes. D.—Servidumbres legales, coactivas y voluntarias. E.—Servidumbres continuas y discontinuas.

III.—FUNDAMENTO.

IV.—BREVE REFERENCIA HISTORICA.

V.—CONSTITUCION DE LA SERVIDUMBRE PREDIAL DE PASO — A.—Constitución voluntaria.— B.—Constitución coactiva. C.—Adquisición por usucapión. D.—Constitución automática.

VI.—CONTENIDO DE LA SERVIDUMBRE DE PASO. 1.—*Aspecto pasivo*.—a) Sujeción al gravamen (fundo sirviente y lugar de ejercicio).—b) Determinación del lugar de ejercicio.—c) Derechos y obligaciones del titular pasivo.—Derechos.—Obligaciones. 2.—*Aspecto activo*.—a) Derechos del titular activo.—b) Obligaciones del titular activo. 3.—*Acciones relativas a servidumbres*.



VII.—EXTINCION DE LA SERVIDUMBRE DE PASO.—a) Causas generales de extinción de las servidumbres.—b) Causas especiales de extinción de la servidumbre de paso: Falta de necesidad.—c) Otras causas de extinción no recogidas por el Código civil.—d) División del fundo sirviente.

VIII.—SERVIDUMBRE DE ANDAMIAJE.

IX.—DE LAS LLAMADAS SERVIDUMBRES DE PASO PARA GANADOS.

INTRODUCCION

Dentro del Tratado de Derecho reales, una de las materias más interesantes y, a la par, más complejas, es la de las servidumbres. Su dificultad radica fundamentalmente en la diversidad de conceptos doctrinales y legales que de la misma se han dado, y en la multiplicidad de aplicaciones del concepto mismo. Mientras en algunos Códigos y en algunos Tratados doctrinales se da de este derecho un concepto estricto que deja fuera de su campo manifestaciones jurídico-reales que con poca dificultad se incluirían en las servidumbres, en otros se da un concepto tan amplio que permite calificar de servidumbre cualquier derecho que recaiga sobre un inmueble, o cualquier limitación de su propiedad no enmarcados de un modo claro en alguno de los moldes legales de derechos reales preestablecidos.

El interés de la materia estriba en su propia complejidad y en la inmensa gama de aplicaciones que la idea de servidumbre tiene, que hacen de este derecho real uno de los de mayor aplicación en la vida del Derecho.

La afirmación de TAMAYO (1) de que la importancia de las servidumbres ha decrecido hoy sensiblemente, nos parece inoportuna, no sólo porque la acentuación en la actualidad de la función social que la propiedad ha de cumplir, conduce con mayor frecuencia al instituto de la servidumbre, a cuya mayor aplicación contribuye el mayor progreso de la vida moderna y la intensificación del aprovechamiento de los fundos, sean rústicos o urbanos, sino que, además, en una época en que el dominio y en general todas las instituciones del Derecho Privado están sometidas

(1) «El Derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del Código civil en materia de servidumbres», Barcelona, 1956, pág. 87.

a un fuerte y decidido ataque por parte de los poderes públicos (2), la idea de limitación gravita en todos los ámbitos del Derecho Privado que tradicionalmente y en mayor o menor medida, se consideraban regidos por el principio de la autonomía de la voluntad, y la servidumbre, especial modalidad de limitación basada fundamentalmente en la idea de vecindad entre predios y en la necesidad o conveniencia de su aprovechamiento, ha de cobrar singular relieve (3).

Nuestro trabajo, sin embargo, no se dirige al estudio de la servidumbre en general, sino a una de sus concretas y específicas manifestaciones: la servidumbre predial de paso en el Derecho Civil común español.

Nos ha movido a elegir este tema nuestra convicción, adquirida en unos cuantos años de ejercicio profesional como Notario, acerca de la importancia práctica de esta materia y el interés que un detenido estudio de la institución puede tener para todos cuantos se preocupan por el Derecho, máxime si se considera, de un lado, la ausencia de monografías españolas sobre la institución que nos va a ocupar, y de otro las necesarias lagunas que el correr de los tiempos, los adelantos técnicos y las exigencias de la vida moderna han producido en el articulado del Código Civil.

Pero, aun cuando el presente estudio pretenda concretarse al examen de esa importante modalidad de servidumbre, nos parece obligado hacer unas consideraciones previas sobre la noción misma de servidumbre y sobre la distinción de algunas clases de ellas, que nos han de servir para la más adecuada comprensión del tema. En cambio, excluimos el estudio de los diversos «pasos» accesorios de otras servidumbres, a que tienen derecho los titulares activos de éstas conforme a diversos preceptos del Código Civil: tal ocurre en el supuesto de los arts. 555 y 556 relativo a las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero; o de otros textos legales: como por ejemplo el art 92 de la Ley de Aguas relativo a la servidumbre de acueducto. Se trata, las más de las veces, de «adimicula servitutis», es decir, de los derechos necesarios para el uso de la servidumbre y que no merecerían un tratamiento especial, puesto que su existencia quedaría asegurada por imperativo de la norma general del art. 42 del Código Civil.

Claro está que cuando el paso ha de trazarse, no sobre la misma finca a que afecta la servidumbre a la que dicho paso es necesario, sino sobre

(2) Consecuencia unas veces de principios políticos y otras de situaciones de hecho y particularmente económicas, que fuerzan el brazo del legislador en este sentido.

(3) Justifica sin embargo la afirmación del autor últimamente citado, la particular noción que da de la servidumbre en la magnífica monografía antes citada, y a la que haremos después referencia, ya que tan sólo incluye en dicha noción las que tienen su origen en la voluntad de los particulares.

finca distinta, se tratará, no ya de «adminicula servitutis» sino de una verdadera servidumbre de paso con individualidad propia. Tal es el supuesto contemplado por los artículos 555 y 556, en relación con el art. 570 del Código Civil, ya que este último precepto, en su último párrafo declara que «Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso o la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en esta sección (se refiere a la que trata de la servidumbre de paso) y en los arts. 555 y 556. En este caso —añade— la anchura no podrá exceder de 10 metros».

I. CONCEPTO DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Siendo la de paso una especie del género servidumbre, consideramos obligado, antes de formular este concepto, dar previamente una noción del derecho de servidumbre en general.

Pero las dificultades surgen en cuanto se trata de definir un derecho como éste que puede tener un contenido tan variable hasta el punto que ha movido a algún autor como KUNTZE (1) a considerarlo como un fenómeno jurídico indefinible, o a decir, como PLANIOL y RIPPERT (2) que la multiplicidad ilimitada de aplicaciones de la servidumbre hace que sea imposible dar de ella una definición general por la indicación de su objeto como se hace para los otros derechos reales cuyo objeto es invariable: por ello cuando se la quiere definir se hace necesariamente en términos de vaguedad.

Para nosotros la servidumbre no puede ser definida en forma tan omnicomprendensiva que por su excesiva amplitud carezca de utilidad, pero tampoco puede llegarse a una concreción extremada que haga inexacto el concepto. Por ello, ni aceptamos fórmulas como la de ARNO (3), que considera las servidumbres como «aquellos derechos reales de contenido determinado positivamente de suerte que ante ellos la propiedad de la cosa que de los mismos puede ser objeto, tiene siempre un carácter preponderante». Ni definiciones como la de TAMAYO (4) que excluyendo del concepto a las servidumbres personales y a las legales, sintetiza la noción de este derecho como «la relación jurídica de servicio establecida voluntariamen

(1) Citado por DR DIEGO, «Curso elemental de Derecho Civil Español común y foral», Madrid, 1923, III, pág. 482.

(2) «Traité pratique de Droit civil français», París, 1952, III, págs. 867 y 868.

(3) «Las servidumbres rústicas y urbanas. Estudio sobre la teoría de las servidumbres prediales». Trad. de POSADA, Madrid, s. f., pág. 3.

(4) «El derecho real de servidumbre», Barcelona, 1946, pág. 134.

te entre dos fincas independientes o partes diferenciadas de una misma finca, por los propietarios o propietario de las mismas».

Son muchas las definiciones que incurren en el defecto de considerar la servidumbre como una relación entre predios, al matizar la servidumbre predial —que por otro lado es la única que admiten muchos de ellos—, como derecho concedido o gravamen impuesto sobre un fundo en beneficio de otro, en cuyo vicio incurre nuestro primer Cuerpo Legal al decir en su art. 530 que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño» (5). Claro está que si admitimos, como lo hacen DE BUEN (6) y otros autores (7), la posibilidad de relación jurídica de cosa a cosa, estas definiciones serían plenamente correctas; pero aunque la tesis nos parece atractiva ya que efectivamente toda relación, incluso de cosa a cosa, será jurídica en cuanto sea prevista o contemplada por la norma jurídica, nos parece prudente abandonarla para seguir la concepción más generalmente admitida, según la cual la relación jurídica se da entre personas, y fundar en ésta nuestra noción de servidumbre, aun cuando, como luego veremos, también podríamos llegar al mismo resultado con la formulación rechazada, puesto que, en definitiva, aun admitiendo la relación jurídica de cosa a cosa, ésta nos reconduce necesariamente a una o varias personas cuyo interés, en definitiva, contempla el legislador al normar esa relación.

Más aceptable nos parece la definición que formula AUBRY y RAU (8)

(5) Como definiciones incursas en el defecto señalado en el texto, podemos señalar, ad exemplum:

PACIFICI-MAZZONI: «un derecho real en virtud del cual una cosa está sujeta a servicios particulares en provecho de una persona o de un fundo determinado» (Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la Giurisprudenza, Firenze, 1905, III, pág. 3, 5.ª ed. revisada por Giulio VENZI).

DE DIEGO, siguiendo a PASTOR a quien cita: «Servidumbre es un derecho real que se constituye gravando una cosa con la prestación de servicios determinados en provecho exclusivo de persona que no es su dueño o de finca que corresponde a otro propietario» (Op. cit., III, pág. 486).

DE PAGE: «La servidumbre es un derecho real establecido sobre un fundo para la utilidad de otro fundo» (Traité élémentaire de Droit Civil Belge, Bruxelles, 1942, VI, pág. 396, con la colaboración de René DEKKERS).

(6) «La teoría de la relación jurídica en el Derecho Civil», conferencia publicada en el Libro-Homenaje al Profesor Don Felipe Clemente De Diego, Madrid, 1940, págs. 192, 195 y sgtes.

(7) Vid. ENNECCERUS, «Parte General», Vol. I, Barcelona, 1953, pág. 280, nota. (Vol. I, del tomo I del Tratado de Derecho Civil de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, revisado por NIPPERDEY, trad. y anotado por PÉREZ y ALGUER) y BAGOLINI, «Notas acerca de la relación jurídica», en Anuario de Derecho Civil, III, 1950, pág. 17.

(8) «Cours de Droit Civil français, d'après la méthode de Zachariae», Paris, 1897, II, pág. 656. 5.ª ed. revisada y puesta al día por RAU y FALCIGNAIGNE, con la colaboración de GAUL.

para los cuales las servidumbres son «derechos reales en virtud de los cuales una persona está autorizada a obtener de la cosa de otro una cierta utilidad». Pero no hacemos nuestra esta definición por considerar que peca también de generalidad. Tiene la virtud de destacar la característica importante de la servidumbre que es la de proporcionar un predio a persona que no es su dueño, una utilidad, pero adolece del defecto de no determinar qué utilidad sea o pueda ser, lo que hará que el campo de la servidumbre no quede bien delimitado de los restantes derechos de goce.

Esta delimitación la creemos posible en una definición general aplicable a toda clase de servidumbres, y que puede ser formulada en los siguientes términos:

«La servidumbre es un derecho real en fundo ajeno que faculta a su titular a obtener del predio gravado una concreta utilidad, distinta de la que primordialmente proporciona éste conforme a su destino económico».

Los rasgos característicos de este derecho así definido, pueden resumirse en los siguientes:

A. La servidumbre es un derecho real

Este aspecto activo es mucho más relevante y fundamental que el aspecto pasivo o de gravamen que presenta también la institución que contemplamos; ambos se recogen en la definición, pero resaltamos el primero por considerar tiene importancia primordial, mientras que el gravamen es una consecuencia o efecto del derecho. Como dice RUGGIERO (9), el concepto de limitación no agota todo el contenido económico y jurídico de la servidumbre, ni debe considerarse como el momento principal de la misma, sino como la necesaria consecuencia del poder conferido a alguien en el fundo ajeno.

Decimos que es un derecho real: la facultad en que consiste y que luego examinaremos, puede ejercitarse sobre la finca objeto de la servidumbre, cualquiera que sea el dueño de ésta; y cualquier propietario o titular de un derecho de goce general sobre el predio gravado, sea cual fuere su título de adquisición, deberá tolerar el gravamen que la servidumbre implica, sin que pueda alegar ser extraño personalmente al acto de constitución de la servidumbre.

(9) «Instituciones de Derecho Civil». Madrid, s. f., I, págs. 694 y 695. Traducción de la 4.ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por RAMÓN SERRANO SUÑER y JOSÉ SANTA-CRUZ TEJERO.

Y dentro de la clasificación más aceptable de los derechos reales en cosa ajena que divide a éstos en derechos de goce, de garantía, y de adquisición, pertenecen las servidumbres al primer grupo.

B.—Su titular puede determinarse individualmente u ob rem

Entre las clasificaciones de las servidumbres, figura como más destacada, la que distingue entre servidumbres personales y reales. Nuestro Código Civil define las prediales como «gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño» (art. 530, párrafo 1.º), y las personales al decir que «También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada» (art. 531)

Realmente, el contenido de una y otra clase de servidumbres, es el mismo, y, nuestra definición, es válida para ambas categorías. La diferencia entre unas y otras estriba en la distinta manera de señalar al sujeto activo del derecho que nos ocupa: en las personales se establece en favor de una o varias personas o de una comunidad a quienes no pertenezca el fundo gravado (art. 531 Cód. Civ.), es decir, en favor de una persona determinada individualmente sin consideración a su posible cualidad de dueño de un determinado fundo; mientras que en las prediales se establece en favor del que en cada momento ostente sobre el predio un determinado derecho real de goce general del mismo (10). En ambas servidumbres se exige la existencia de un predio sirviente: el gravado con el derecho de servidumbre. En las prediales, además, se precisa un predio dominante, por definición, ya que este predio será inexcusable para determinar al titular activo del derecho. En las personales podrá o no existir el predio dominante, pero éste no es esencial al concepto en todo caso. En otros términos: el titular activo de la servidumbre, designado individualmente, podrá ser o no a su vez dueño de un fundo, pero no es esencial que lo sea.

La doctrina científica ha venido considerando como servidumbre predial todo supuesto de servidumbre en que aparecía junto al predio gravado, un predio dominante a cuyo dueño aprovechara la servidumbre, sin distinguir si ese titular estaba designado precisamente por su relación con ese predio, o si por el contrario, al ser designado individualmente el sujeto activo, era llamado dominante dicho predio precisamente por pertenecer al sujeto activo.

En los casos en que se designaba individualmente al titular activo de

(10) Ya veremos más adelante, si la titularidad que arrastra la de la servidumbre, es la del dominio del predio dominante o la del usufructo u otro derecho de goce general del fundo

la servidumbre y la utilidad que la servidumbre permitía obtener exigía la existencia de otro predio llamado dominante, se llamaba a éstas y se siguen llamando por algunos autores, como VENEZIAN (11) y OSSORIO MORALES (12), servidumbres prediales limitadas «cum demonstratione personae», que son para estos autores aquellas servidumbres prediales establecidas solamente a favor de una determinada persona.

Pero el problema está en íntima relación con el que apuntamos al comienzo de este apartado: el de si cabe admitir un concepto unitario de la servidumbre, en otras palabras, el de si toda servidumbre reconocida como predial por nuestro Código puede ser también configurada como personal, o por el contrario hay servidumbres que necesariamente han de ser prediales y otras que sólo pueden ser personales.

La mayoría de la doctrina científica parece inclinarse por esta última solución, y es más, no faltan autores (13) que llegan a posición extrema, rechazando para las personales la naturaleza jurídica de servidumbre, cuyo concepto queda limitado exclusivamente a las prediales (14).

En la legislación comparada puede apreciarse una diversidad de tratamiento de las servidumbres en el aspecto concreto que ahora nos ocupa:

El Código civil austríaco de 1811 admite la concepción unitaria de la servidumbre en el art. 472, al decir que: «El derecho de servidumbre obliga al propietario a tolerar o a no hacer alguna cosa sobre su bien, en beneficio de otro. Es un derecho real cuyo efecto se extiende a todo poseedor de la cosa sometida a la servidumbre». Y en su art. 473: «Cuando el derecho de servidumbre es atribuido a un fundo para hacer su goce más ventajoso o más cómodo, constituye una servidumbre predial; en cualquier otro caso la servidumbre es personal». Y el contenido unitario de ambas categorías de servidumbres, en el art. 479, con arreglo al cual «las servidumbres que por sí mismas son servidumbres prediales, pueden también establecerse en favor de las personas solamente».

El Código Civil argentino acepta así mismo el concepto unitario en el art. 2970 que define la servidumbre como «derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza alguno de sus derechos de propiedad».

(11) «Usufructo, uso y habitación». Traducción castellana por la Revista de Derecho Privado. Anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas, por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, Madrid, 1928 I, pág. 116.

(12) «Las servidumbres personales», Madrid, 1936, pág. 79.

(13) JOSSEERAND. «Cours de Droit civil positif français», Paris, 1938 I, págs. 450 y sgts.

(14) TAMAYO, op. y loc. cit.

El B.G.B. aun sin dar una definición comprensiva de ambas clases de servidumbres, admite claramente su contenido unitario al proclamar en su art. 1.090 que cualquiera facultad que pueda ser objeto de servidumbre predial, puede serlo asimismo de la personal, posición que sigue el Código Civil suizo, en cuyo art. 781 reconoce que las disposiciones concernientes a las servidumbres prediales son aplicables a las personales.

Otras legislaciones, por el contrario, limitan el concepto de servidumbre a las prediales. Así por ejemplo el Código civil francés que rechaza expresamente en el párrafo 1.º del art. 686 la admisibilidad de las servidumbres personales, cuyo criterio sigue el Código holandés en su art. 721, y el uruguayo en su art. 629.

Nuestro Código, como ya hemos visto, no formula una definición global de las servidumbres, ni asigna expresamente a las dos categorías de servidumbres prediales y personales, un contenido unitario. Pero tampoco hay en él precepto expreso que se oponga a nuestra construcción doctrinal, conforme a la cual toda servidumbre reconocida como predial, podrá asimismo ser configurada como personal, es decir, cualquier utilidad que pueda ser contenido de servidumbre predial, podrá serlo igualmente de la personal (15).

C. La servidumbre grava un predio ajeno

Resaltamos aquí el aspecto pasivo de la servidumbre, consecuencia del activo. Las facultades en que se desenvuelve el contenido del derecho de servidumbre, se actúan sobre un fundo no perteneciente al titular, con lo que destacamos al propio tiempo el objeto de la servidumbre, que ha de ser un predio o finca, y eliminamos así del concepto a los inmuebles que no lo sean por naturaleza.

El predio ha de ser ajeno en el sentido de no pertenecer al titular de la servidumbre. No quiere esto decir que la servidumbre no pueda existir sobre un predio «nullius», de lo contrario un propietario podría —teóricamente— extinguir la servidumbre que grava su finca, abandonando ésta y reduciéndola a la categoría de «nullius».

La mayoría de la doctrina construye la servidumbre como derecho real limitativo del dominio del predio gravado, de cuyo dominio está en grado de subordinación o dependencia (16).

(15) En este sentido PÉREZ Y ALGUER, en sus Notas a WOLFF, «Derecho de cosas», Vol. II, Barcelona, 1951, pág. 64 (Tomo III, Vol. II, del «Tratado de Derecho Civil» de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF antes citado).

(16) Véase la crítica que de las definiciones de los derechos reales por su efecto limitativo de las facultades dominicales hace DÍAZ PASTOR, en «Apéndice pseudo polémico...», Anales de la Academia Matritense del Notariado, VI, Madrid, 1952, págs. 614 y sgts.

Pero nos parece más admisible la opinión de ELVERS, seguida por FADDA (17), para quienes la servidumbre es un derecho independiente del dominio, sin que haya de estar necesariamente subordinada a éste (18).

En efecto, como decíamos antes, si afirmamos que la servidumbre es un *ius in re aliena*, es para significar que no cabe servidumbre sobre cosa propia, como ya expresaba la regla «*nemini res sua servit*» (19), lo que traerá como consecuencia la extinción del derecho cuando se confundan en una misma persona la cualidad de titular activo de la servidumbre y dueño del predio sirviente, o en general de titular pasivo de la misma (20).

La servidumbre es un derecho independiente de la propiedad, que coexiste con ésta sobre toda la cosa (21), y el derecho del titular activo de la servidumbre se podrá hacer efectivo *erga omnes*, no sólo frente al propietario del fundo gravado.

Ciertamente que, de ordinario, como dice GROSSO (22), el derecho de servidumbre sólo podrá ser violado por el propietario o el poseedor, pero esto no quiere decir que sea exclusivamente éste quien lo pueda desconocer: si el ataque al derecho proviene de otra persona, podrá el titular activo de la servidumbre dirigir frente a ella las correspondientes acciones en protección de su derecho.

Por otro lado, tampoco puede decirse que la servidumbre sea un derecho real limitativo del dominio exclusivamente: la servidumbre, es cierto, puede limitar el derecho de propiedad del predio gravado, ni más ni menos que lo haría otro derecho real en cosa ajena, pero es que además del dominio, puede limitar otros derechos reales limitados que atribuyen un goce de las cosas, como por ejemplo el usufructo.

Hay autores que niegan la idea de limitación, no ya para las servidumbres, sino incluso para las llamadas limitaciones legales del dominio (23), por entender que en estos supuestos, más que una limitación se

(17) Citados por DE DUCCO, *op. cit.*, III, pág. 483.

(18) GROSSO en «*Le servitù prediali*», Torino, 1955 pág. 28 (en colaboración con DEIANA, Volumen V del «*Trattato di Diritto Civile italiano*... de Vassalli), admite con carácter general para todo *ius in re aliena*, que son derechos independientes de la propiedad que coexisten con ésta, y también con carácter general parece sustentar esta opinión DÍEZ PASTOR, *op. cit.*, págs. 608 y sgts.

(19) D. 8. 2. 26, en donde a propósito del condominio y de la posibilidad de que un condómino pueda ejercitar sobre el fundo común una facultad «*iure servitutis*» se dice que «*nulli enim res sua servit*».

(20) No obstante lo expuesto, el verdadero sentido y alcance de esta causa extintiva se estudiará en el capítulo VII apartado a) núm. 1, al que nos remitimos.

(21) Vid. las citas en nota núm. 18.

(22) *Op. cit.*, pág. 29.

(23) ALLARA, en la 1.ª edición de su «*Nozione fondamentale del diritto civile*», págs. 199 y sgts., si bien en la 2.ª edición abandona su construcción. Citado por GROSSO en *op. cit.*, pág. 34.

da una delimitación del contenido del dominio. En la servidumbre habría, más que una limitación, una coexistencia de pretensiones contrapuestas.

Pero esta posición la rechazamos, ya que el dominio, el usufructo o cualquier derecho que atribuya a su titular un poder general sobre el fundo para su utilización, queda constreñido por el concurso de otros poderes ajenos más delimitados que con aquél o aquéllos pueden coexistir, y siempre que quepa. claro está, esa coexistencia, ya que de otro modo, más que una limitación habría, como dice GROSSO (24), una incompatibilidad y negación del derecho.

Tampoco cabe admitir las opiniones de quienes rechazan la idea de servidumbre para las llamadas servidumbres legales, por entender que la servidumbre es una derogación al régimen normal de la propiedad constituida por la libertad de los fundos, al paso que estas servidumbres llamadas legales son cargas o limitaciones que la ley impone o permite imponer a todos los predios que se encuentran colocados en determinadas condiciones y constituyen precisamente el derecho común de la propiedad (25), considerándolas puras limitaciones legales del dominio.

Y no cabe admitirlas, porque si efectivamente la llamada servidumbre legal es una limitación del dominio o de otro derecho de goce general sobre el fundo, esta limitación se dá, como hemos dicho, en la servidumbre voluntaria y en general en todo derecho real en cosa ajena de goce delimitado en relación con el derecho que constriñe. Y el origen voluntario o legal o coactivo del derecho de servidumbre, no puede alterar su naturaleza jurídica. También el usufructo legal concedido a determinadas personas sobre bienes ajenos (26) son verdaderos derechos reales de usufructo aunque su origen sea legal.

Por eso prescindimos en la definición de toda referencia al título por el que la servidumbre se constituya. Las servidumbres legales (y las coactivas), son verdaderas servidumbres si su contenido es el que admitimos como propio de la servidumbre, esto es, conceder a una persona determinada individualmente o por su relación con un fundo, una concreta utilidad distinta de la que el predio proporciona primordialmente conforme a su destino económico, según vamos a ver a continuación.

(24) Op. cit., pág. 34.

(25) Vid. CASTÁN, «Derecho Civil español común y foral», 7.^a ed., II, Madrid, 1950, pág. 518 TAMAYO en op. cit., pág. 99, recoge la idea expuesta.

(26) Así el que corresponde al padre o madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados (art. 160, Cod. Civ.), el que corresponde al cónyuge viudo sobre los bienes del premuerto (arts. 834 y sgts. Cod. Civ.), y el que corresponde al marido sobre los bienes que constituyen la dote inestimada de la mujer (art. 1357, Cod. Civ.).

D.—La servidumbre faculta a su titular a obtener del predio gravado una concreta utilidad distinta de la que primordialmente proporciona éste conforme a su destino económico

En esta nota de la definición que analizamos, radica la esencia del concepto que formulamos de la servidumbre. No es la nota del gravamen del fundo sirviente ni siquiera la atribución de una utilidad con carácter instrumental para el goce o la utilidad de otro predio llamado dominante, lo que constituye la característica esencial diferenciadora: lo primero porque el mismo gravamen se da en el supuesto de que el predio esté sujeto a otros derechos reales como el usufructo, y lo segundo porque el predio dominante puede no existir en ciertas servidumbres personales como la de pastos, leñas, balcón (27), etc.

El peso de la definición debe recaer en el contenido del derecho, que es lo que fundamentalmente servirá para diferenciar la servidumbre de otros derechos reales, particularmente de aquellos que desde el Derecho romano justinianeo hasta la época de la codificación se han venido catalogando como servidumbres dentro de la especie de las personales.

Podría servir de criterio la nota de especificación o determinación de la utilidad (28), en cuanto en los derechos de usufructo, uso y habitación el goce sería general, y determinado en las servidumbres. Pero este criterio falla, no ya en la habitación cuyo contenido se traduce en un uso determinado y limitado, sino también en el uso y en el usufructo puesto que en aquél se concreta el goce a los frutos que basten a las necesidades del usuario y de su familia (art. 524 Cód. Civ.), y en el usufructo, conforme al art. 469 del Código Civil, puede concretarse también el goce a parte de los frutos que produzca el predio o en general la cosa usufructuada.

Quizá pudiera señalarse como nota diferencial la de que en la servidumbre el predio gravado proporciona una utilidad no consistente en la percepción de frutos, pero tampoco la podemos aceptar por cuanto en la habitación no la hay, y pueden no existir en el uso según la opinión que nos parece más admisible y que patrocina entre otros VENEZIAN (29).

(27) Si es que se construye como servidumbre este discutido derecho.

(28) WINDSHEIM, «Diritto delle Pandette», Trad. por FADA y BESA, Turín, I-1.º, págs. 242-243, parece seguir este criterio al definir las servidumbres como «derechos reales que sujetan la cosa sobre la cual recaen, no en la totalidad de sus relaciones, sino únicamente en una o más de sus relaciones singulares».

(29) «Usufructo, uso y habitación». Trad. por la Rev. de Derecho Privado, ... anotada... por JOSÉ CASTÁN TOMEÑAS, II, Madrid, 1928, pág. 819, en donde implícitamente sigue la opinión expuesta al caracterizar al uso por la concesión de las facultades encaminadas a la satisfacción de las necesidades actuales del titular. El usuario —dice— puede obtener de la cosa cuantos servicios sea él capaz de aprovechar. El usuario —según este autor— disfruta; disfruta de la

Indudablemente, la utilidad que proporciona la servidumbre a su titular debe ser concreta, especificada. Esto no quiere decir que dicha concreción llegue al extremo de tener que determinar la aplicación que de esa utilidad haya de hacer el titular; por ejemplo, en la servidumbre de paso será preciso al constituir-la especificar que la utilidad que ha de proporcionar el predio sirviente sea la de transitar o pasar a través de él. Pero basta con esta determinación o señalamiento de la utilidad que haya de ser contenido de la servidumbre. No será preciso un mayor detalle como sería por ejemplo precisar la finalidad a que se ha de aplicar la utilidad del tránsito, verbigracia paso para labores agrícolas, o el señalamiento del lugar concreto por donde se haya de transitar (30).

Sobre este punto, y en general sobre todas las cuestiones que plantea el estudio de la utilidad en la servidumbre, trataremos en el capítulo correspondiente al estudio del contenido de la servidumbre de paso, con referenciá a esta modalidad de servidumbre (31).

Aquí diremos tan sólo que la utilidad a obtener del predio sirviente, no sólo debe ser concretada, sino que además presupone, como es lógico, la posibilidad en el fundo gravado de prestarla. Y precisando más, debe tratarse de una de las varias utilidades que proporcione el predio. Si el fundo no es susceptible de proporcionar más que una utilidad, la concesión de la misma a un extraño implicaría, conceptualmente, la atribución de un goce general, aunque cuantitativamente se redujera a parte de dicha utilidad, es decir, se trataría de un usufructo o de cualquiera de sus modalidades.

Y considerando que conforme a nuestro Derecho positivo (art. 469 Cód. Civ.) también el usufructo puede reducirse a parte de los frutos que produzca la cosa sujeta al mismo, y teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento se configura como servidumbre la de pastos, leñas y demás productos de los montes de propiedad particular, creemos necesario cualificar más aún la utilidad contenido de la servidumbre al exigir que ésta no sea la que primordialmente proporcione el predio gravado conforme a su destino económico. La percepción de esta utilidad primordial daría lugar a un usufructo, uso o habitación, según los casos. La percepción de

casa el que habita en ella, y del caballo el que lo monta y cabalga en él, pero sin que la utilidad que la casa procure a quien la habita ni la que rinde el animal de cuya fuerza nos servimos, engendren la figura jurídica de adquisición de frutos.

Por otro lado, el vigente Código civil italiano de 1942 sigue expresamente esa dirección al proclamar en el párrafo 1.º, art. 1.021, que «Quien tiene el derecho de uso de una cosa puede servirse de ella y, si es fructífera puede recoger los frutos en cuanto precise a sus necesidades y las de su familia».

(30) Lo que no impide sea aconsejable dicho mayor detalle.

(31) Vid. apartado 2, a) del Capítulo VI.

una utilidad secundaria daría lugar a la servidumbre, y conste que al hablar de secundaria no queremos prejuzgar que sea de valor inferior, sino tan sólo que está en segundo plano en relación con el destino económico del fundo. Y así, si un predio está destinado a pastos, la percepción de los mismos daría lugar a un usufructo o a un uso. Si por el contrario, los pastos son productos secundarios, por ejemplo, por tratarse de una finca destinada a la explotación de árboles, la percepción de los mismos daría lugar a una servidumbre (32).

Analizados los rasgos que nos parecen característicos de este derecho real de servidumbre en general, y siendo la de paso una especie del género definido, puede a su vez definirse a esta última como

Un derecho real en fundo ajeno, que faculta a su titular a obtener del predio gravado la utilidad de transitar por él, distinta de la que primordialmente proporciona éste conforme a su destino económico (33).

Por no reunir los requisitos expuestos, no pueden ser consideradas como servidumbres de paso:

1.º El tránsito por las calles y plazas públicas.—Aun prescindiendo del problema de si los bienes de dominio público pueden ser susceptibles de servidumbre, problema cuyo estudio excedería de los límites de nuestro trabajo (34), basta para eliminar la idea de servidumbre el hecho de

(32) En la hipótesis en que una persona adquiriese un fundo, faja de terreno, para destinarlo exclusivamente al paso para su propia finca, ¿impediría constituir servidumbre de paso sobre dicho fundo adquirido? Creemos que no, y además no contradice nuestra construcción: El fundo adquirido —en el ejemplo citado— vendría a ser económicamente «parte de la finca» a cuyo servicio se destina, instrumento para el aprovechamiento de ésta; y jurídicamente —al menos conceptualmente— sería *pertenencia* de la finca a cuyo servicio se destina de un modo permanente. (Sobre la posibilidad de que un inmueble sea *pertenencia* de otro, vid. Biondi, «Los bienes»... Trad. de la 2.ª ed. italiana, revisada y ampliada por A. de la E. MARTÍNEZ-RAMÓ, Barcelona, 1961 págs. 198 y sgts.), y en la realidad física habrían de ser considerados como una unidad de aprovechamiento. Al objeto de determinar la utilidad primordial a efectos de precisar si nos hallamos ante una servidumbre o no, habría que considerar —en el ejemplo que nos ocupa— no el fundo aislado adquirido para el paso, sino conjuntamente éste y la finca respecto a la cual tiene un mero carácter instrumental y de la que es *pertenencia*. Y si, en último extremo se rechazara esta argumentación, nos veríamos forzados a admitir que en este supuesto nos hallábamos ante un caso en que conceptualmente no habría servidumbre, sino un mero uso.

(33) La servidumbre predial de paso, a la que nos vamos a referir en esta tesis, podría ser definida como «Un derecho real en fundo ajeno, que faculta a su titular, determinado o indeterminado, por su relación con un fundo (dominante), a obtener del predio gravado (sirviente) la utilidad de transitar por él, distinta de la que primordialmente proporciona éste, conforme a su destino económico».

(34) No obstante, interesa poner de relieve las dificultades doctrinales con que tropezaría

que las calles y plazas públicas están destinadas primordialmente al tránsito. Y dicho tránsito debe regirse por normas administrativas y no civiles.

2.º El paso a título de copropiedad.—Es el que se da sobre el suelo destinado exclusivamente al tránsito de los copropietarios del suelo mismo. Precisamente por ser su destino primordial el tránsito, el paso por él no puede constituir servidumbre. Esta modalidad surge con mucha frecuencia no sólo en el agro, cuando para el cultivo de heredades pertenecientes a propietarios vecinos se da origen a una vía común, sino en núcleos urbanos incipientes, cuando los diversos condueños de los solares que

la opinión afirmativa de la posibilidad de constituir servidumbres civiles sobre bienes de dominio público, de la inalienabilidad de éste, puesto que toda servidumbre implica una enajenación parcial del derecho matriz de la misma que ha servido de base para su constitución.

La Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, en su art. 8.º, previene la desaparición de las cargas sobre el inmueble expropiado al decir en su primer inciso que «La cosa expropiada se adquirirá libre de cargas». Pero a continuación añade: «Sin embargo, podrá conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado, si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho». Por otro lado, el art. 77 de la Ley de Aguas se refiere a servidumbres en interés privado (de acueducto), que en relación con el art. 93 permite atravesarse vía pública. Pero es dudoso que se trate de verdadera servidumbre de Derecho civil. ALVAREZ GENDIN en «El dominio público. Su naturaleza jurídica», Barcelona, 1956, pág. 65, entiende que estas servidumbres no pueden darse a perpetuidad, y que son susceptibles de suprimir en cualquier momento que dañe al dominio público.

La cuestión es dudosa. Puede darse el caso de finca enclavada entre predios de dominio público, y en este caso quedarán condenados de antemano los titulares de derechos reales de goce de dicha finca, a no poder acceder a ella. Creemos debe imponerse una solución flexible y admitir la constitución de la servidumbre cuando ésta no se oponga al destino del bien de dominio público por el que se ha de transitar, y de suerte que el dominio público no sufra el menor daño. Pero dada la naturaleza de ese dominio público (Véase sobre la misma ALVAREZ GENDIN, op. cit., BALLBE, «Concepto del Dominio público», Rev. Jurídica de Cataluña, n.º 5, noviembre-Diciembre 1945, y CLAVIRO ARÉVALO, «La inalienabilidad del dominio público», Sevilla, 1958) se tratará de una servidumbre más bien administrativa que civil, sin perjuicio de que, en defecto de disposiciones administrativas aplicables, se puedan tener en cuenta por analogía, y por aplicación del art. 16 del Código Civil, las normas pertinentes sobre servidumbres que puedan aplicarse al paso constituido, teniendo en cuenta la naturaleza especial del bien sobre que recae, y en todo caso con cierto carácter precario (Vid. ALVAREZ GENDIN, op. y loc. cit.). Y si tampoco se admitiera esa posibilidad, entonces sería justo admitir que procedería exigir la adquisición forzosa del fundo enclavado por la Administración (Cfr. ALVAREZ GENDIN, op. cit., págs. 57 y 58).

Un supuesto especial que contempla ALVAREZ GENDIN, op. cit., pág. 56, es el del derecho de acceso personal a una finca (vivienda, almacén, etc.) o vía pública o canal, que deriva—dice—de la propia naturaleza común del Derecho público y que no puede desaparecer sino por sustitución del medio comunicante. Este derecho real administrativo —añade— no necesita ser conferido especialmente, deriva de la licencia de construcción y no es incompatible con la doctrina del dominio público. Es inherente al mismo, con la diferencia natural de que los propietarios ribereños lo utilizan más que terceros.

van a edificar, dejan para calle unas fajas de terreno común, o cuando el único dueño que parcela los terrenos para edificar vende las diversas parcelas, dejando fajas de terreno destinadas a calle para los diversos adquirentes, transmitiéndoles parcelas individualizadas y la correspondiente cuota proindiviso en el terreno dedicado a calle, etc. La doctrina es acorde en admitir que el paso a título de copropiedad no constituye servidumbre de paso (35). El Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de julio de 1897 declara que los arts. 564 y 566 del Código no pueden ser infringidos cuando el camino cuya existencia se impugna al amparo de aquellos preceptos no es servidumbre que se establece en una finca a favor de otra, sino una porción de la finca común que se deja indivisa, y de la propiedad de todos los partícipes, teniendo en cuenta la naturaleza de la finca dividida y el mejor aprovechamiento de sus partes.

Además, ocurrirá con frecuencia que, con el transcurso del tiempo, el paso a título de copropiedad, sobre todo cuando el número de copropietarios es aumentado, se produzca una afectación tácita al dominio público de dicho bien dedicado al tránsito, teniendo en cuenta que prácticamente, cuando ha transcurrido mucho tiempo, lo corriente es que transiten por dicho terreno no sólo los copropietarios sino también los extraños. PIOLA (36), refiriéndose al paso practicado por el público, entiende que para tener posesión por parte del público, precisa que los singulares ciudadanos, los cuales no tienen la representación del Municipio, hayan obrado «uti cives», esto es, con el entendimiento de ejercitar un derecho anejo a la cualidad de ciudadano miembro de dicho Municipio (37).

(35) Vid. PIOLA, «Diritto di passagio», en *Il Digesto Italiano*, Vol. XVIII, parte prima, Torino, 1906-1910, pág. 662, y GALBI en la misma obra, Vol. VIII, parte prima, Torino, 1896, pág. 662.

(36) *Op. cit.*, pág. 663.

(37) La afectación tácita al dominio público, y la desafectación tácita de éste, es admitida por la doctrina científica administrativista. Vid. MARTÍNEZ USEROS, nota a GARCÍA OVIENO, «Derecho Administrativo», 7.ª ed. Madrid, 1959, en pág. 460; y GARCÍA DE ENTERRÍA «Sobre la imprescriptibilidad del dominio público», en «Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo», Madrid, 1955, págs. 114 y sgts.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Interesa mucho la determinación de la naturaleza jurídica de la servidumbre de paso, cuyo estudio, sentado que se trata de un derecho real de servidumbre, se ha de limitar a encuadrar esta especie dentro de las categorías más comúnmente admitidas en el género servidumbre.

A. Servidumbres prediales y personales

Esta distinción se remonta al Derecho Romano justinianeo, en que se agrupó sistemáticamente bajo el concepto genérico de servidumbres tanto a los *iura praediorum* como al usufructo, el uso la habitación y las *operae servorum*, creando así la categoría de las servidumbres personales desconocida por la jurisprudencia clásica (1). Tal es el parecer de la mayoría de la doctrina científica.

Realmente, el origen de la servidumbre personal, tal como la hemos configurado en el capítulo de esta obra dedicado al concepto de la servidumbre (2), debemos buscarlo no en estas *servitutes personarum* que comprendían, como se ha dicho, el usufructo, el uso y la habitación y las *operae servorum*, sino en la *servitus personae*, o servidumbres irregulares como las llaman los intérpretes modernos, que son derechos reales limitados a una determinada persona, que atribuyen a ésta singulares facultades de goce de cosa ajena.

Esta servidumbre, dice BIONDI (3) tiene siempre cierto carácter predial en cuanto no se puede constituir en provecho de cualquier persona, sino sólo del que sea propietario de un fundo. Es, en definitiva —dice—

(1) Vid. OSSORIO MORALES, «Las servidumbres personales», Madrid, 1936, págs. 18 y 19.

(2) Vid. págs. 220 y sgts.

(3) «Le servitù prediali nel Diritto Romano», Milano, 1954, págs. 143 y 144.

una servidumbre predial limitada a una persona, extinguiéndose con la muerte de ésta o cuando el fundo (dominante) sea enajenado; en otros términos, se trata de una servidumbre temporal en que la limitación en el tiempo la proporciona no una fecha o acontecimiento cualquiera, sino la pertenencia del fundo a una determinada persona (4).

Por lo demás, como ya nos hemos referido a esta distinción al desarrollar el concepto de servidumbre, nos remitimos a lo allí expuesto (5). Conforme con ello, la servidumbre de paso podrá ser predial o personal según que el titular activo de este derecho se determine por su relación jurídica con un predio determinado, es decir, «ob rem», o por el contrario se determine con independencia o sin consideración a ningún predio.

B. Servidumbres positivas y negativas

Tiene esta clasificación sus precedentes en un texto de POMONIO en el Digesto (6), según el cual «servitutium non ea natura est ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat». La distinción entre el pati y el non facere, se corresponde al «dejar hacer alguna cosa» propio de las servidumbres positivas, y al «no poder hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre» propio de las negativas.

Nuestro Código Civil ha añadido la posibilidad en las positivas de que consistan en imponer al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo por sí mismo, dando así consagración legislativa a las llamadas servidumbres «in faciendo». «Se llama positiva —dice el Código en su art. 533, párrafo 2.º— la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre».

Tanto en las positivas como en las negativas existe una prohibición al dueño del predio sirviente de hacer algo que le sería lícito sin la existencia del gravamen, pero en las negativas, la limitación que dicha prohibición supone se asume en sí y por sí (7), mientras que en las positivas, dicha limitación y consiguiente exclusión de los demás, tiene como medida la utilización directa del fundo por el titular activo de la servidumbre o a través del facere del dueño del predio sirviente.

(4) Se trata en suma de la llamada servidumbre predial limitada «cum demonstratione personae» a la que hemos aludido anteriormente.

(5) Vid, págs. 220 y sgts.

(6) D. 8, 1, 15, 1.

(7) En este sentido Grosso, op. cit., pág. 284.

Es decir, en las positivas hay un uso del fondo sirviente, en las negativas un derecho de impedir al propietario el uso libre del fondo, y en ambas una utilidad percibida del fondo sirviente. De ahí que la servidumbre sea positiva o negativa según que la percepción de la utilidad que constituye el contenido de la servidumbre se realice a través de una actuación directa del titular activo o pasivo que marca el grado en que deben abstenerse cuantos no sean titulares activos del derecho o bien se lleve a cabo pura y simplemente mediante un no hacer del titular pasivo de la servidumbre. En el primer caso será positiva, en el segundo negativa.

Conviene aclarar que la actividad que pueda desarrollar el titular activo en su propio predio para lograr una mayor utilidad de la abstención del titular pasivo, pero sin que dicha actividad invada la esfera del predio sirviente, no arrastra la calificación de positiva de la servidumbre. Para que la servidumbre sea positiva es preciso que la actuación directa que proporciona la utilidad del predio sirviente y que invade la esfera de utilización de éste sea tal que sin la existencia de la servidumbre constituiría lesión de los derechos a la no ingerencia en la esfera del fondo sirviente (8).

Y por último interesa destacar que la actuación directa sobre el fondo sirviente dirigida a percibir una utilidad de éste, en las servidumbres positivas, puede consistir en una actividad que se repite como ejercicio de la servidumbre, o en un estado de hecho que represente una invasión continuada del fondo sirviente por el titular activo de la servidumbre (9).

Pues bien, la servidumbre de paso es en todo caso una servidumbre positiva, y la invasión que permite a su titular sobre el predio sirviente, pertenece a la primera modalidad señalada en el párrafo anterior, esto es, como actividad que se repite como ejercicio de la servidumbre: el tránsito sobre el predio gravado. Pero puede presentar también la otra modalidad como estado de hecho que representa una invasión continuada del fondo sirviente por el titular activo de la servidumbre: en aquellos supuestos en que para salvar determinados accidentes del terreno en el predio sirviente que obstaculizan el tránsito por él, haya habido necesidad de construir puentes u otras obras de carácter permanente.

(8) Sostiene esta misma opinión Grosso, *op. cit.*, págs. 287 y 289.

(9) *Vid. Grosso, op. cit.*, pág. 289.

C. Servidumbres aparentes y no aparentes

El Código Civil recoge esta distinción —desconocida en Derecho Romano— en el art. 532, en sus dos últimos párrafos, con arreglo a los cuales, son servidumbres aparentes «las que se anuncian y están continuamente a la vista, por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas», y no aparentes «las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».

Aun cuando la redacción del precepto no es muy afortunada, puede extraerse del mismo un criterio para la distinción: Será aparente la servidumbre cuando se revele por medio de signo exterior que reúna los caracteres de ser objetivo, permanente, inequívoco, e instrumental a la servidumbre. No aparente cuando no presenta signo alguno exterior o, aun presentándolo, carezca de alguno de los requisitos antes señalados.

Decimos que el signo exterior debe ser:

a) **Objetivo.** El Código dice en el art. citado, párrafo cuarto, que son «Aparentes las que se *anuncian* y están *a la vista*...» con lo que exige que se trate de un signo exterior o indicio que objetivamente pueda ser apreciado por cualquiera, sin que baste el conocimiento subjetivo que de la servidumbre pueda tener el dueño del fondo sirviente, ni tampoco el que puedan tener los terceros a través del Registro de la Propiedad en donde pueda estar inscrita la servidumbre.

b) **Permanente.** Puesto que el art. 532 exige que estén *continuamente* a la vista, lo que presupone que el signo exterior sea permanente. Este signo exterior puede consistir en una obra, por ejemplo un puente, o simplemente en cualquier otro indicio visible, como un sendero. Pero en todo caso debe ser permanente, en el bien entendido que permanencia no arguye solidez, que se trate de obra sólida, ya que ni siquiera es preciso que medie obra.

c) **Inequívoco e instrumental.** Ya que precisa que los signos exteriores *revelen el uso y aprovechamiento de la servidumbre*. El signo ha de ser inequívoco: un sendero será signo exterior de servidumbre que calificará a ésta de aparente, en cuanto revele inequívocamente que sirve al tránsito de otras personas distintas al dueño o titular de un derecho general de goce sobre el fundo en que existe el sendero, sin que pueda entenderse que sirve al uso del fundo a que pertenece. Además el signo exterior debe ser instrumento para el ejercicio de la servidumbre; así el puente o sendero por donde se transita. De ahí que un simple rótulo indicador de la servidumbre de paso, colocado incluso en el predio sirviente, no transformaría a ésta en aparente si no hubiera otro signo exterior.

precisamente porque el rótulo no es signo exterior instrumental para el ejercicio de la servidumbre, y el Código exige que el signo exterior —por sí mismo, se entiende— sea revelador de ese uso y aprovechamiento: un rótulo en cuanto tal, lo mismo puede indicar una servidumbre, que anunciar un producto comercial (10).

Las servidumbres positivas podrán ser aparentes o no aparentes. Las servidumbres negativas son siempre no aparentes.

La servidumbre de paso, como se desprende de lo dicho, podrá ser aparente o no aparente, según los casos.

D. Servidumbres legales, coactivas y voluntarias

En el art. 536 el Código Civil se refiere a parte de esta clasificación al proclamar que «Las servidumbres se establecen por la ley o por voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias». Y dedica a la regulación de las servidumbres que llama legales todo el Capítulo II del Título VII del Libro II.

Interesa observar que las servidumbres simplemente legales, y las coactivas son por regla general titularidades ob rem activas, mientras que las voluntarias pueden ser ob rem o intuitu personae.

Otra observación es que reducimos el concepto de servidumbre legal a aquellas servidumbres —estén o no contempladas en el mencionado capítulo del Código Civil— cuyo nacimiento se produce ope legis sin necesidad de un especial acto constitutivo, como por ejemplo ocurre en la llamada servidumbre natural de aguas que regula el art. 552 del Código Civil. En otros supuestos, lo que hay es, más que una servidumbre legal, una pretensión a la constitución de la servidumbre que surgirá en virtud de un acto constitutivo basado en el correspondiente precepto legal, pero que será una sentencia, un acto de la autoridad administrativa, un contrato (este último cuando el dueño del predio sirviente, o en general el titular pasivo, acatando el mandato de la norma, reconociere el derecho del dueño del predio dominante o en general del titular activo, y se aviniere en consecuencia a la constitución de la servidumbre), etc. Es decir, se tratará de servidumbres susceptibles de ser establecidas coactivamente aun cuando no siempre ha de mediar coacción para su constitución.

Como dice DE SIMONE (11), «la ley suministra solamente la facultad abstracta y potencial de conseguir la servidumbre, la cual, sin embargo, sólo puede ser efectivamente constituída mediante título o sentencia».

(10) En contra DE LA VILLE, «Trattato sintetico delle servitù prediali», I, Napoli, 1907, pág. 574.

(11) En «Natura giuridica della servitù di passaggio forzoso», en Rivista di Diritto Privato, Vol XI-a, 1941, parte 2.ª, pág. 158.

Por ello nos parece más lógico el criterio del vigente Código Civil italiano de 1942, en cuyo art. 1.031 admite que «Las servidumbres prediales pueden constituirse coactivamente o voluntariamente...».

Según lo expuesto, la servidumbre predial de paso puede ser coactiva o voluntaria; legal, en el sentido que acabamos de dar al concepto, tan sólo será, propiamente, en el supuesto del art. 541 del Código Civil (12).

E. Servidumbres continuas y discontinuas

Quizá sea ésta la distinción que más nos interesa al objeto de nuestra tesis.

La importancia de la distinción radica fundamentalmente en el diverso régimen jurídico existente entre unas y otras para la adquisición por usucapión y para su pérdida por no uso.

La distinción entre estas dos categorías de servidumbres no la encontramos en el Derecho Romano, sino que procede del Derecho Común y fue obra de los comentaristas que llegaron a ella interpretando dos textos de PAULO. En uno de ellos (13) afirma la inusucapibilidad de las servidumbres:

«*Servitutes praediorum rusticorum, etiam corporibus accedunt incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur: vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*».

Ahora bien, una parte de este fragmento es obra de la Glosa (14), concretamente las palabras: «*vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest ut nullo momento possessio eius interpellari videatur*». De modo que el fragmento originario debería decir: «*Servitutes praediorum rusticorum, etiam corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*».

Entendió el Glosador que las servidumbres rústicas no tenían una po-

(12) Vid capítulo V apartado D. La servidumbre de paso que se constituya conforme a las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad en el supuesto de concentración parcelaria, al amparo del art. 3.º, párrafo 2.º de la Ley de Concentración Parcelaria, Texto refundido aprobado por Decreto de 10 de agosto de 1955, y demás aplicables, puede ser calificada también de legal.

(13) D. 8, 1, 14, pr.

(14) Cfr. PRAOZZI, «*Il modi pretorii d'acquisto delle servitù*», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1897, Vol. XXIII, págs. 171 y sgts.

sesión continua y cierta, y esa era la razón de que no fueran susceptibles de usucapión. Ante la contradicción de textos del Corpus Iuris Civilis admitiendo unos la usucapión de las servidumbres, y negándola otros, contradicción debida a que los compiladores justinianos dejaron inalterados los textos que recogían la doctrina clásica frente a la nueva doctrina recogida en el Codex que admite la prescripción de las servidumbres prediales, los intérpretes entendieron, en un intento de armonizarlos que ciertas servidumbres se podían adquirir por usucapión y otras no, sirviendo de criterio básico el que la servidumbre tuviera o no posesión continua y cierta. Obsérvese, sin embargo, como el fragmento en que se apoya, niega la usucapión tanto para las servidumbres rústicas como para las urbanas: «Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur».

Lo cierto es que sobre la base de dicho texto, de otro de PAULO (15) según el cual «...omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent...», y más especialmente del intento de conciliar los fragmentos del Digesto que niegan la usucapión de las servidumbres, con otros del Codex (16) que extienden a las servidumbres prediales el régimen de la *longi temporis praescriptio*, surgió en la doctrina de los comentaristas la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas.

AzÓN (17) en su comentario a C. 3, 34, 1, resuelve la contradicción existente entre el Código y el Digesto, proponiendo por primera vez la distinción entre servidumbres «*quae non habent continuam causam*» y servidumbres «*quae habent causam continuam vel naturalem*»; a ésta última debía referirse el reconocimiento de prescriptibilidad contenido innegablemente en C. 3, 34, 1 y en C. 3, 34, 2.

AzÓN distingue entre servidumbres que tienen «*continuam causam*», a las que se refieren las constituciones 1 y 2 del Título XXXIV, Libro III del Código, cuya prescriptibilidad reconocen; servidumbres que tienen «*naturalem causam*», las cuales siguen la regulación de las primeras «*ac si (causa) esset perpetua*»; y por último servidumbres que no tienen *ni una causa continua ni una causa natural*, y a las cuales exclusivamente se refieren las normas del Digesto que excluyen la usucapión de las servidumbres.

Especial interés nos ofrece BARTOLO; el cual en sus Comentarios (18) distingue entre: Servidumbres que tienen *causa perpetua* como la *servitus tigni inmitendi*, ya que la viga está siempre allí («*quia tignum semper*

(15) D. 8, 2, 28.

(16) C. 3, 34, 2, y C. 7, 33, 4, 12.

(17) Cit. por BERLINI, en «Sulla distinzione delle servitù in continue e discontinue», Archivio giuridico, 1931, vol. 106, pág. 133.

(18) «In Primam Digesti Veteris Partem».—Venetiis MDCXV—I, pág. 184.

stat ibi»), y la de acueducto, puesto que el agua fluye sobre él. Servidumbres que tienen *causa quasi continua* como la *servitus stillicidi inmitendi*, y la *fistulam recipiendi*, ya que el agua no fluye siempre por el techo sino que es apta para que siempre fluya sobre él. Y servidumbres que tienen *causa discontinua*, como son aquellas para cuyo uso se requiere el hecho del hombre.

La gran autoridad de BARTOLO consagró esta clasificación que vemos después repetida en otros comentaristas. Así CAEPOLLA (19) distingue entre: Servidumbres que tienen *causa continua o perpetua*, y que es la que «siempre está en uso actual y potencialmente, como la servidumbre de acueducto, la servidumbre *altius non tollendi* y parecidas». Servidumbre que tiene *causa quasi continua o quasi perpetua causa*, que es aquella «que está en uso perpetuo o continuo potencialmente pero no actualmente, como es la servidumbre *stillicidii*...». Y servidumbre que tiene *causa discontinua*, que es la que «no está siempre en uso ni actual ni potencialmente sino que requiere necesariamente interposición: ya que en su uso se requiere el hecho del hombre, el cual no puede ser continuo, como la *servitus itineris, viae*, porque el hombre no puede siempre ir».

Con admirable claridad explica CAEPOLLA (20) la distinción: En las primeras no se requiere siempre el hecho del hombre para el uso de la servidumbre, por más que se requiera alguna vez al principio para constituir la misma, como en el acueducto en que una vez construido, el agua es derivada después por el río o canal continuamente por el hecho de la naturaleza y por sí misma siempre fluye; y del mismo modo en la servidumbre *tigni iniuncti u oneris ferendi*, puesto que una vez que está introducida (la viga), por sí misma continúa. Lo mismo ocurre en la *causa perpetua o quasi continua*, que no se ejerce siempre pero que es apta siempre para ejercerse sin hecho del hombre, como en la *stillicidii*, como es respecto al agua que del cielo cae, ya que no siempre llueve. pero cuando llueve, por sí misma cae; y el *stillicidio* es siempre apto para recibir el agua sin hecho del hombre una vez que está construido. En las discontinuas se requiere el hecho del hombre no sólo en el comienzo sino después.

Lo cierto es que la distinción fue muy controvertida, y ni siquiera los autores modernos se han puesto de acuerdo para su explicación.

Pero fue acogida en las Partidas (21) y admitida en el Proyecto de

(19) «Tractatus de servitutibus, tam urbanorum, quam rusticorum praediorum».—Coloniae Allobrogum.—MDCCLIX, págs. 41 y 42.

(20) Op. y loc. cit.

(21) P. III, T. XXXI, Ley XV.

1851 (22) de donde pasó al Código Civil español que la regula en su art. 532.

El Código Civil francés admitió la distinción (23) como así mismo el italiano de 1865 (24). Pero con buen acuerdo la ha suprimido el vigente Código Civil italiano de 1942, aun cuando en el art. 1073 de éste, a propósito de la prescripción extintiva, y como residuo de la vieja diferenciación, distingue las servidumbres para cuyo ejercicio no es necesario el hecho del hombre.

El art. 532 de nuestro Código Civil define las servidumbres continuas como «aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre», y discontinuas «las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre».

El criterio básico para la distinción es, pues, el de la posibilidad o no del ejercicio de hecho incesante de la servidumbre sin intervención de hecho del hombre, sin que sea preciso para que sea continua, que el ejercicio incesante sea actual, basta que sea potencialmente incesante, sin intervención de hecho del hombre. El Código dice: «aquellas cuyo uso es o puede ser incesante». Y sin que nada tenga que ver con esta clasificación la continuidad o discontinuidad de la posesión, porque como dice LAURENT (25) cabe posesión continua de una servidumbre discontinua.

Para precisar más, podemos distinguir, como lo hace BERLIRI (26) entre *funcionamiento* de la servidumbre y *ejercicio* de la servidumbre. El *funcionamiento* consiste en el logro efectivo del fin práctico que el Derecho tiende a garantizar a su titular. El *ejercicio* no es más que la actuación del contenido del derecho; basta para ello que surja una situación de hecho correspondiente al contenido de la servidumbre. Para el funcionamiento de la servidumbre es preciso: el mismo requisito que para el ejercicio y además que sea lograda efectivamente la utilidad económica que el titular se propone obtener a través del ejercicio del derecho.

Como dice BERLIRI (27), es al ejercicio y no al funcionamiento al que hay que mirar cuando se trata de decidir de la continuidad o discontinuidad de una servidumbre. Y esto es lógico porque precisamente es tan sólo de la continuidad del ejercicio —esto es, del uso incesante—, de lo que depende la continuidad de la usurpación del señorío del titular del fundo

(22) Art. 478

(23) Art. 688

(24) Art. 617.

(25) «Principii di Diritto Civile», Milano, 1898, VIII, pág. 184, y en el mismo sentido RUGGIERO, op. cit., I, pág. 710, GROSSO, op. cit., pág. 294 y la mayoría de la doctrina actual.

(26) Op. cit., págs. 25 y 26, del Volumen 107 del Archivio Giuridico.

(27) Op. y loc. cit.

sirviente, en su caso, que es el elemento esencial y característico de las servidumbres continuas.

Pues bien, para que la servidumbre sea continua, basta con el ejercicio incesante, o con la potencialidad de su ejercicio incesante sin intervención de ningún hecho del hombre, aun cuando no sea logrado el fin práctico, que el derecho tiende a garantizar a su titular, y sin que sea preciso que el ejercicio actúe necesariamente todo el contenido del derecho, agotándolo, ya que un derecho se ejercita aun cuando no se ejercite todo el derecho.

Esto supuesto, la servidumbre de paso será discontinua porque para la actuación de su contenido sobre el predio gravado, será necesario el hecho del hombre, y se producirá en intervalos más o menos largos.

El problema se puede plantear, sin embargo, en aquellos casos en que por la especial configuración de la superficie del predio sirviente, se hace preciso la realización en él de obras permanentes que posibiliten el tránsito, como puentes, alcantarillas, y aun caminos empedrados o asfaltados. ¿Modifican estas obras la naturaleza jurídica de la servidumbre de paso hasta el punto de transformarla en continua?

La mayoría de la doctrina se pronuncia en sentido negativo ante la consideración de que las obras dan a la servidumbre carácter aparente, mas no por ello se puede considerar continua.

Ahora bien, este criterio nos parece aceptable sólo en el caso de que las obras sirvan únicamente a la comodidad de la servidumbre, pero no cuando son necesarias, indispensables para el tránsito sobre el predio gravado; en este último caso, las obras no sólo proclaman la existencia de la servidumbre, sino que su presencia implica ya que no un funcionamiento, sí al menos un ejercicio de la misma, ejercicio que, para ser completo, exigirá la actividad del titular de tránsito sobre el fundo sirviente, pero sin que esto sea preciso para que la servidumbre se considere ejercitada, porque, como ya decíamos antes, no es preciso que el ejercicio actúe necesariamente todo el contenido del derecho hasta agotarlo: el derecho se ejercita aun cuando no se ejercite del todo (28).

Cuando la obra haga cómoda la servidumbre, pero no sea indispensable para su ejercicio, puede decirse que es discontinua, ya que el ejercicio en estos casos se agota en la actividad del titular. Cuando sea esencial para el ejercicio, la hace continua porque en este caso el tránsito no se concibe sin la obra previa, sin el estado de hecho permanente: el contenido de la servidumbre implica, no sólo el tránsito, sino la obra previa

(28) BERLINI, en op. cit. Vol. 107 del *Archivio Giuridico*, pág. 21, incidentalmente considera que las obras de empedrado del camino constituyen una servidumbre accesoria de la de paso que seguirá en ciertos aspectos la misma suerte de ésta.

indispensable al tránsito, obra que, insistimos, constituye de por sí una invasión permanente del fundo gravado, un ejercicio incesante sin necesidad de hecho del hombre.

Claro está que también la obra precisará del hecho del hombre, pero este hecho del hombre tan sólo es preciso para el acto inicial de la construcción de la obra, no para la permanencia posterior de ésta, no para el ejercicio parcial posterior; y es a este ejercicio posterior, como ya reconocía BARTOLO (29), al que hay que atender cuando se trata de calificar a la servidumbre de continua o discontinua.

En conclusión, la servidumbre de paso es positiva y discontinua. Puede ser predial o personal; aparente o no aparente; voluntaria, legal o coactiva. Y en el supuesto especial en que para su ejercicio sea indispensable la realización en el predio sirviente de obras permanentes, y éstas se lleven a cabo efectivamente, cabe admitir que tiene naturaleza discontinua.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente el carácter discontinuo de la servidumbre de paso, sin hacer la distinción examinada antes para el supuesto de existencia de obras permanentes indispensables a su ejercicio (30). Reconoce también que se trata de una servidumbre positiva (31).

Desde otro punto de vista, admite que la servidumbre coactiva —a la que llama legal conforme a la terminología del Código—, es una resultante de la colisión de dos derechos: el que tiene el dueño de la finca enclavada entre otras ajenas de poder utilizarla, y el del propietario colindante de que se respete la integridad de su derecho dominical, colisión que el legislador resuelve imponiendo una excepcional limitación o gravamen, por lo que es obvio que por ser tal, y además coactiva, ha de entenderse siempre en sentido restrictivo, pues sabido es que si lo favorable debe ampliarse, lo odioso debe ser restringido (32).

(29) «(Commentaria) In Primam Digesti Veteris Perlema.—Venetiis, MDCXV— I, pág. 184. Y en el mismo sentido, según hemos visto en la pág. 39, se pronuncia CAEPOLLA, op. y loc. cit.

(30) Vid. entre otras sentencias, las de 1 de febrero de 1912, 7 enero 1920 22 diciembre 1906, 11 octubre 1954.

(31) Sentencia de 1 de febrero de 1912, en donde se declara que la servidumbre de paso de carro y yunta por una finca es positiva, discontinua y aparente.

(32) Sentencia de 17 de noviembre de 1930, y en sentido análogo la de 26 de febrero de 1927. Insisten en el carácter restrictivo de la interpretación en materia de servidumbres, en general, las sentencias de 13 de noviembre de 1929, 5 de marzo de 1942, 13 de marzo de 1952 y 27 de junio de 1955.

III. FUNDAMENTO

El fundamento de la servidumbre coactiva de paso es el de hacer posible o facilitar la explotación o goce de un fundo que por estar enclavado entre otros no tiene acceso a un camino público o lo tiene dificultoso. Ciertamente que por favorecer el interés del predio enclavado que con la salida aumenta indudablemente su valor, se grava a otro u otros intermedios cuyo valor disminuye. Se trata, en suma, como ya vimos al estudiar la naturaleza jurídica de esta servidumbre, de un supuesto de colisión de derechos entre los titulares de ambos predios, colisión que el legislador resuelve en función del interés general que exige que los predios no permanezcan incultos, y en consideración, además, de que si bien es cierto que el predio sirviente ve disminuído su valor éste no mengua en la misma proporción en que el valor del predio dominante aumenta, sino en una proporción inferior, y no impide dicha servidumbre que también el predio sirviente sea explotado (1). Por otro lado, la disminución de valor que implica el establecimiento del gravamen, se ve en cierto modo compensada con la exigencia de una indemnización que el dueño del predio dominante debe satisfacer al del sirviente.

El fundamento de la servidumbre voluntaria de paso, se halla en el respeto a la voluntad de las partes que la constituyen y que es decisiva cuando no viola un precepto legal imperativo ni perjudica el interés de un tercero; mas concretamente se halla dicho fundamento en el reconocimiento de la facultad que tiene el dueño de un predio o determinados titulares de derechos generales de goce sobre el mismo, según se verá, de constituir sobre ellos derechos reales limitados entre los que se encuentra la servidumbre.

(1) Empleamos aquí la expresión «predio sirviente» en sentido lato, como fundo que contiene dentro de sus linderos el lugar o lugares de ejercicio, dejando para otro sitio la precisión del concepto.

IV.—BREVE REFERENCIA HISTORICA

La servidumbre de paso puede muy bien considerarse, junto con la de acueducto, como el más antiguo de los derechos reales, y, por supuesto, como la más antigua de las servidumbres, en la Historia del Derecho Romano.

Esto no quiere decir que la servidumbre de paso existiese desde los primeros tiempos de la organización jurídica en que ya se reconocía el derecho de propiedad sobre los predios. La necesidad de acceso al predio a que provee esta servidumbre, fue satisfecha en la Roma primitiva por otros medios.

Como BRUGI (1) ha demostrado, al igual que el concepto típico del dominio de los particulares sobre los fundos está basado sobre el «ager limitatus», así también el paso necesario era provisto por las reglas de la «limitatio»: al dividir y asignar a los ciudadanos (2) los terrenos conquistados por Rómulo, se dejaron entre fundo y fundo unas fajas de terreno de mayor o menor anchura que servían al tránsito público y consiguiente acceso a los predios.

Dichas fajas de terreno o senderos respondían a la necesidad de dar acceso a los predios enclavados entre otros. La servidumbre surge después para atender, no ya a esta necesidad de acceso a la finca que, como hemos visto, se satisfizo por el medio indicado, sino para atender a una comodidad de los mismos.

Esta comodidad no se podía obtener, dice PIOLA (3), sino modificando

(1) «Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali—Intorno all'asserita mancanza nel Diritto classico di principi relativi al passo necessario»—en *Archivio Giuridico*, Vol. XXV, año 1880, págs. 321 y sgtes.

(2) En tiempos de Numa.

(3) «Diritto di passaggio» en *Il Digesto italiano*, Vol. XVIII, parte prima, Torino 1906-1910, pág. 659.

el sendero limitativo, es decir, abandonando el sendero que había sido asignado con la división para sustituirlo por otro a través de los fundos. Con toda probabilidad, tal mutación fue en Roma el primero y más fácil modelo de la servidumbre de paso.

Y aun entonces, no fue configurada como propio *ius in re aliena* sino como derecho de propiedad sobre la faja de terreno por la que se transitaba. Tal es la tesis de VOIGT (4) para el cual, además, el objeto de la servidumbre habría sido considerado efectivamente separado del fundo sirviente, objeto de la *manus* del titular, sometido a un *meum esse aio* como el fundo, y sólo mediante convenio podía el propietario del fundo sirviente tener una *communio* y una participación en el uso del *locus serviens*.

Esta opinión no es unánime en la doctrina, pero cuenta en su apoyo argumentos de valor como el que invoca BERLIRI (5) de que se admitiera antes de la *Lex Scribonia* (6) la usucapión de la servidumbre: la exclusión de la usucapión de las servidumbres del sistema de Derecho Romano, dice BERLIRI (7), no puede asombrarnos desde que los estudios de BONFANTE han puesto en claro la idea de la posesión como del hecho correspondiente a la propiedad; o sea, como la soberanía de hecho absoluta e ilimitada sobre la cosa. Tal concepto era inconciliable con el derecho a un señorío parcial sobre la cosa de otro, limitadamente a alguna de sus relaciones. *Possessio servitutis*, debía sonar a los clásicos como una flagrante contradicción: *incorporales res, traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*, dice GAIO en D. 41, 1, 43, 1. Y como en esta misma ley se dice, excluida la posesión, era excluida en consecuencia la usucapión de las servidumbres, lo que se repite en un fragmento de PAULO ya citado en el texto (8).

BIONDI (9) intentando explicar los motivos de la exclusión por la *Lex Scribonia* de la antigua *usucapio servitutis*, parece abundar en el mismo argumento, entendiendo que la explicación de dicha *Lex* debe ligarse al tránsito de la antigua concepción de la servidumbre como propiedad de una parcela de terreno a la nueva como derecho real sobre fundo ajeno; cuando se delineó esta nueva concepción se sintió la necesidad de una prohibición legal para la usucapión, a fin de excluir legislativamente lo que hasta entonces era posible en cuanto derivaba de la antigua concep-

(4) «*Römische Rechtsgeschichte*», Leipzig, 1892, I, págs. 441 y sgts.

(5) Op. cit. *Archivio Giuridico*. Vol. 106, pág. 131, nota.

(6) Según la opinión más probable, dicha *Lex* puede situarse entre el año 60 y el 50 a. C.

(7) Op. y loc. cit.

(8) Vid. apartado C, capítulo V.

(9) «*Le servitù prediali nel Diritto Romano*», Milano 1954, pág. 277.

ción. Y precisamente esta antigua concepción de la servidumbre, explica muchos de los caracteres de este derecho real. Como pone de relieve BIONDI (10), de ese anterior concepto, quedan algo más que simples supervivencias: la perpetuidad de la servidumbre se reconduce a la perpetuidad del dominio; el ius es inherente al fundo en la misma medida en que en otro tiempo la vía formaba parte integrante del fundo al que favorecía; grava siempre un fundo del mismo modo que en otro tiempo la vía era fundo; acciones, acto constitutivo... son los mismos que se aplican al dominio.

Lo cierto es que con el transcurso del tiempo, adquiere la servidumbre de paso la naturaleza de derecho real en cosa ajena con que hoy la configuramos.

En el Derecho Romano, la servidumbre de paso se diversifica en tres especies distintas: *iter*, *actus* y *via*.

1.^a El *iter* es el derecho de utilizar el sendero a través del fundo vecino para pasar por él a pie, a caballo, o en litera (11), y de navegar a través del lago sobre el fundo vecino para poder llegar a una finca situada enfrente (12).

2.^a El *actus* consiste en el derecho concedido al poseedor de un fundo, de conducir sus propias bestias por el fundo de otro; en cuya servidumbre estaba comprendida el *iter* y el derecho de pasar con vehículo implicaba una anchura del sendero, necesaria para la conducción del ganado (13). No permitía arrastrar piedras ni maderos (14).

Los derechos comprendidos normalmente en el *actus*, podían ser restringidos, y entonces se daba lugar al *actus minus plenus* que podía surgir:

a) Cuando el derecho de pasar con vehículos había sido explícitamente excluido, o debía entenderse tácitamente excluido por la estrechez del sendero concedido por la conducción del ganado (15).

b) Cuando faltaba el *ius itineris*, porque como dice GLÜCK (16) no se puede concebir el derecho de conducir el ganado sin estar al mismo tiempo autorizado a pasar sobre el sendero.

(10) Op. cit., pág. 40.

(11) D. VIII, 3, 1; D. VIII, 3, 7, pr.; D. VIII, 3, 12 pr.

(12) D. VIII, 3, 23, 1.

(13) D. VIII, 3, 1, 1; D. VIII, 3, 7, 1; D. VIII, 3, 12, 1.

(14) D. VIII, 3, 7, pr.

(15) D. VIII, 1, 13.

(16) «Commentario alle Pandette», Libro VIII traducido y anotado por BAUGI, Milán, 1900, pág. 276.

c) Cuando el ganado cuya conducción hubiera sido concedida había sido restringida a determinada especie de animales (17).

3.^a Y por último la *via* que consiste en el derecho a pasar sobre el fundo ajeno con toda clase de vehículos y de arrastrar sobre él piedras o maderos (18). La anchura de la vía fue fijada en una Ley de las Doce Tablas en ocho pies en la parte recta y dieciséis en las vueltas, esto es, donde hay recodo (19).

Quien tiene a su favor el iter, no tiene por ello sólo las facultades comprendidas en el actus, ni mucho menos en la vía; el titular del actus tiene a su favor el iter como ya hemos visto, pero carece de las facultades propias de la vía; en cambio el que tiene la vía a su favor, por ser este derecho comprensivo de los otros, puede ejercitar las facultades propias del iter y del actus (20).

Estas servidumbres de paso no podían constituirse de modo coactivo, tenían carácter voluntario. Ya apuntamos antes que el régimen de los límites hacía innecesarias estas servidumbres, y cuando se hicieron precisas fue la voluntad de los particulares la que proveyó a su constitución.

Pero existen brotes de servidumbre coactiva de paso. El más comúnmente admitido es el del iter ad sepulcrum, en el caso de sepulcro enclavado en predio ajeno al que se refieren varios fragmentos del Digesto.

En uno de ellos (21) recuerda ULPIANO la existencia de un Rescripto imperial en el que se atestigua ser costumbre que el titular de un sepulcro enclavado pida y obtenga el paso a través del fundo que le circunda si bien solamente en precario.

En otro (22) LABEÓN y PAULO contemplan el caso de venta de un predio en el que exista un sepulcro, y de dicho fragmento se deduce que un derecho de paso al sepulcro sólo se tendría en el supuesto en que el vendedor se hubiese reservado expresamente el sepulcro en la venta o en que exista una vía pública de acceso al sepulcro. En otro caso no se podrá dar sino un ejercicio precario del iter (23).

(17) D. VIII, 6, 11.

(18) D. VIII, 1, 9; D. VIII, 3, 7; I. II, 3, pr.

(19) GAYO, Libro VII ad Edictum provinciale, D. VIII, 3, 8.

(20) I. II, 3, pr.

(21) D. XI, 7, 12, pr.

(22) D. XIX, 1, 53, 1.

(23) Sobre la interpretación de estos textos vid. DANIEL, «In tema di iter ad sepulchrum» en Studi in memoria di Emilio Albertario, Milán, 1953, II, págs. 303 y sgtes. Según él no puede pensarse en un paso precario impuesto, y la correcta interpretación de los textos, particularmente del fragmento de ULPIANO en D. XI, 7, 10, permite concluir que el titular del ius sepulchri debía pedir ante todo al propietario la concesión precaria del iter, y caso de negativa debería dirigirse al Praesidens, en reclamación del paso forzoso.

BIONDI (24) considera manifestación de la que nosotros llamamos servidumbre coactiva de paso, el supuesto contemplado por PAULO en D. VIII, 3, 23, 3, de división del fundo dominante: dividido éste «certis regionibus», la servidumbre es naturalmente debida a cada una, pero si alguna de éstas no tiene acceso al fundo sirviente, el propietario tendrá derecho al paso sobre otras partes del fundo dividido.

Y puesto que se trata de servidumbre de paso constituída coactivamente para poder ejercitar otra servidumbre cuyo ejercicio sería de otro modo imposible, con mayor razón, dice BIONDI (25) se debía admitir su constitución forzosa en todos aquellos casos en que el paso fuese necesario para el goce del fundo.

En nuestra Patria existen en algunos Cuerpos legales de nuestro Derecho histórico, interesantes preceptos relativos a la servidumbre de paso, en algunos de los cuales destaca la preocupación de dar salida a los fundos enclavados, hasta el punto de consagrar el principio de la defensa privada del derecho a pasar, en los supuestos en que el dueño del predio sirviente pusiera cercas o vallas que impidieran el tránsito por el fundo.

No pretendemos en este capítulo recoger de modo exhaustivo todas las normas de nuestro Derecho histórico relativas a la servidumbre de paso, sino tan sólo reseñar las que nos parecen más interesantes.

Ya una Ley procedente del Codex revisus de Leovigildo (26), inserta en el *Liber Iudiciorum*, Libro VIII, Título III, Ley IX, disponía que «Si quis cum frugibus vineam, pratium vel pascua habere cognoscitur, et fossas per circuitum pro solo terrore constituat, ut non nisi per vineam aut messem transitus esse possit; damnum quod viator intulerit, ad viatoris culpam redundare non convenit. Campos autem vacantes si quis fossis cinxerit, iter agentes non haec signa terreant nec aliquis eos de his pascuis praesumat expellere» (27).

Es dudoso, sin embargo, que sancione una verdadera servidumbre de paso como derecho real que grava a un fundo ajeno en beneficio de una persona, ya que parece proclamar, más bien, una limitación al derecho de cerrar o cercar las fincas.

Algunos Fueros Municipales y otras fuentes locales contienen interesantes disposiciones sobre la materia objeto de nuestra tesis. Así el *Fuero de Cuenca* que ha servido de modelo en este punto a disposiciones análo-

(24) Op. cit., pág. 245.

(25) Op. y loc cit.

(26) Sobre el origen de dicha norma vid. UREÑA y SMENJAUD, «La legislación gótico-hispana (Leges antiquiores-Liber Iudiciorum)», Madrid, 1905, pág. 364.

(27) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.—«Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos Códices por la...». Madrid, 1815 pág. 108.

gas contenidas en otras fuentes normativas. En la Ley 15 del Título II (Código Valentino), bajo la rúbrica «De la eredad que non ha entrada nin a salida», dispone que «Toda eredad que non ha entrada nin salida, asi como es campo o vinna, los alcaldes jurados vayan ala eredad et por aquella parte que ellos vieren que menos danno sera, den la entrada por aquella parte et aquella sea estable; et qualquier que la carrera que los alcaldes dieren, desfiziere o mudare o cerrare, peche diez mr.; ca las carreras e los exidos que los alcaldes fizieren o dieren, sean firmes et estables para en siempre» (28).

El *Fuero romanceado de Sepúlveda* (29) y el *Fuero de Teruel* (30) recogen disposiciones similares.

El *Fuero de Soria*, en sentido análogo, dispone en su cap. 209 que «Sj alguna vinna entrada et exida non ovjiere, aquel cuya fuere la vinna enplaze a los axercanos pora ante los alcaldes mayores. Et el cabildo de los alcaldes den dos alcaldes dellos que uayan auer aquel lugar et den carrera alla vinna por aquel lugar o menos danno sera; et despues que asi fuere dada la carrera, si alguno la deffendiere, peche V. mr. por la osadia, la meatad aquel aqui fuere dada la carrera et la otra meatad a los alcaldes; et dexe la carrera» (31).

También el *Fuero de Coria*, en su cap. 242, bajo la rúbrica «Qui quisier sacar carrera» dispone que «Todos omes que carrera quisieran sacar, si se avenieren entre si, saquen su carrera e ayan coto como si la sacassen

(28) ACADEMIA DE LA HISTORIA.—«Fuero de Cuenca... Ed. crítica con introducción, notas y apéndice por D. RAFAEL DE UREÑA y SMENJAUD, Madrid, 1935, pág. 151.

(29) El Título 104 del *Fuero romanceado de Sepúlveda*, bajo la rúbrica «Del eredad que non a entrada, denla los alcaldes» dispone que «Toda eredad de huerto o vinna que non oviere entrada o salida, vayan allá los alcaldes, et por qual parte vieren que fiziere menos danno, por y den carrera et sea estable Y el Título 105, bajo la rúbrica «Del qui cerrare carrera o exido», añade: «Otrossi, qui defendiere carrera, o la mudare, que alcaldes dieren o la cerraren, peche X mrs., ca las carreras que al aldes die en, o las salidas que fizieren, firmes sean et estables» («Los Fueros de Sepúlveda». Ed. crítica y documental por EMILIO SÁEZ, «Estudio histórico-jurídico», por RAFAEL GIBER. «Estudio lingüístico y Vocabulario», por MANUEL ALVAR, «Los términos antiguos de Sepúlveda», por ADRIANO G. RUIZ ZORRILLA, con prólogo del Excmo. Sr. D. PASCUAL MARÍN PÉREZ... Segovia, 1953, pág. 100).

(30) El Cap. 305 del *Fuero de Teruel* dispone que: «Decabo mando que si alguna heredad, assi como es campo o huerto o vinna entrada et exida non aurá los alcaldes jurados uayan ad aquella heredad, et ad aquella part que aquellos alcaldes ueran por bien que menos danno farran sea dada carrera et exida, et aquella ixca mas ayra al camino publico por qual part sin danno antes podrá exir. Mas quien la carrera que los alcaldes aurán dado defendrá o mudará o encerrará e prouado'l sera, peche XXX: a sueldos e dé la carrera. Qual las carreras e las exidas que los alcaldes aurán fecho o aurán dado sean estables e firmes» («Fuero de Teruel» publicado por MAX GOROSCH, Stockholm, 1950 pág. 258).

(31) «Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares». Ed. y estudio de GALO SÁNCHEZ, Madrid, 1919 pág. 78.

los alcaldes. E si se non avinieren vengan al cabildo de los alcaldes, e deles el cabildo quatro alcaldes que la saquen, e denles dos maravedis. Et pues que fuer sacada, qui la çerrare ho la arare peche quatro maravedis a los alcaldes. Et lá carrera que así non fuer sacada, non aya coto» (32). Disposición ésta que coincide además con la contenida en el cap. 249 del Fuero de Usagre (33).

El *Fuero Real*, en el Título 6 del Libro IV, bajo la rúbrica «De los que cierran los caminos, e egidos e los ríos», dispone en su Ley I, que «Si alguno cerrare camino o carreras usadas, por la osadía peche treinta sueldos al Rey: e quien egidos de la villa entrare, peche por la osadía sesenta sueldos al Merino, e lo que fizo desfágalo por su misión». En su Ley II, bajo la rúbrica «Como cualquier puede desfacer la carrera que estuviere cerrada» establece que «Quienquier que hallare camino, o carrera usada cerrada, desfaga el valladar, o la cerradura sin caloña ninguna cualquier que sea: e si misión y fizo alguna, pechelo aquel que cerró la carrera». Y en su Ley III, bajo la rúbrica «Como los caminos que entran a la Ciudad deben estar abiertos, e muy grandes como solía haberlos», dispone que «Los caminos que entran a la Ciudad, e que van a las otras tierras, finquen bien abiertos, e tan grandes como suelen estar: e los herederos de la una parte e de la otra non sean osados de los ensangostar: mas si quisieren facer cerraduras a sus tierras, o a sus heredades, fáganlas en lo suyo: e si alguno contra esto ficiere, peche por la osadía treinta sueldos al Rey e desfágalo» (34).

En Cataluña, la Ordinació 10.^a, de las «*Ordinacions d'en Sanctacilia*», bajo la rúbrica «DE PASSATGES», dispone «Encara que ningun Home, no puxa allegar possessió de trenta anys de cosa que faca passatge en alberc o casas de son vehí, en tapia ni en parets de rajola, ne de portat qui faca passatge no guanye possessió» (35).

El «*Llibre de les Costums*» de Tortosa admite expresamente la adquisición de la servidumbre de paso por usucapión de treinta años (Cost. XVI, Rub. 11.^a «De seruituts d'aygues», Lib. III) (36). Distingue además

(32) «El Fuero de Coria». Estudio histórico-jurídico por JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO. Transcripción y fijación del texto por EMILIO SÁEZ, con prólogo del Excmo. Sr. D. JOSÉ HERNÁNDEZ. Madrid, 1949 pág. 73.

(33) «Fuero de Usagre... anotado con las variantes del de Cáceres». publicarlo D. RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD y D. ADOLFO BONILLA Y SAN MARTÍN, Madrid, 1907, pág. 93.

(34) «Los Códigos Españoles concordados y anotados», imprenta... Rivadeneyra, Madrid, 1847, I, págs. 407 y sgts.

(35) CASALS COLLECCARRERA, «El derecho real de servidumbre según los principios del Derecho Foral de Cataluña», con prólogo de DUALDE, Barcelona, 1941, pág. 240.

(36) «Código de las Costumbres escritas de Tortosa—a doble texto, traducido al castellano del más auténtico ejemplar catalán.—Obra comenzada con importantes referencias y anotacio-^o

las servidumbres voluntarias y las coactivas de paso. A las primeras se refiere la *Costum VII*, Rúb. 11.^a «De seruituts d'aygues», Lib. III, según la cual el que constituye a favor de otro servidumbre de paso, tiene el derecho y la obligación de señalar el trazado del nuevo camino o de la senda. Mientras no practique el señalamiento el dueño del predio dominante podrá abrir paso por el punto que tenga por conveniente (37).

A la servidumbre coactiva se refiere la *Costum XIII*, Rúb. 11.^a «De seruituts d'aygues», Lib. III que requiere para que pueda exigirse la constitución: situación de fundo enclavado y que los dueños limítrofes nieguen el paso, y que la situación de enclave sea debida a caso fortuito o fuerza mayor, y en todo caso que sea independiente de la voluntad del mismo o de sus causantes. Y así dice la referida *Costum* en su párrafo 1.º: «Si vinyes o camps o altres honors seran auironades daltres honors e el senyor daqueles vinyes, camps, o altres honors no pora exir ne entrar a aqueles sino per honors daltres, e aquels li contrastaran que nol lexen entrar ne exir aqui per les lurs honors; a demanda daquel a qui sera vedat lentrar ol exir, lo veguer ab dos o ab tres dels ciutadans o ab pus deuen anar, la, e la cosa vista e guardada: per juhij dells deuen-li assignar carrera e loc couinent per on pusque entrar e exir, empero la on meyns de don e de mal: sia daquels de qui son les honors, per que deu esser aquella carrera e aquel entrador e aquel exidor» (38). Y en su párrafo 2.º: «Mas si peraventura aquel qui aura aquella honor a la qual no pusca entrar ne exir sino per honor daltre; e ell peraventura o son antecessor en aquel loch auia honor e la aura venuda: e aura retengut aquel loc e nos aura retenguda carrera per on pusca entrar ne exir a aquella honor, jamas per honor dels altres veyns ne daquel a qui aura venut no pusca entrar ne exir, si doncs ab eyl nos naue per compra o per altra rao» (39).

Y en fin en el párrafo 3.º de esta misma costumbre niega el derecho a exigir la constitución de esta servidumbre a los que desean cultivar o labrar terrenos yermos rodeados de otros campos cultivados o de carrascales de dominio particular (40).

nes por el Dr. D. RAMÓN FOGUET... continuada, completada y concluida... por... D. JOSÉ FOGUET MARSAU. Con el juicio crítico del Excmo. Sr. D. VÍCTOR COVIAN... y un magistral trabajo sobre su formación o integración legal... por D. JUAN J. PERMANYER..., Tortosa, 1912, pág. 167.

(37) Según esta *Costum* «Si algun hom dona seruitut a altre per son camp o per sa vinya, o per sa honor que li don carrera on puxa entrar o exir, o quen puxa pastar aygua e non li assignara per qual loc: tot lo camp vinya, o altra honor li es obligat, tro que ell li do o li assigne couinent carrera per on puxa entrar o exir, o passar aquella aygua: que non pot vedar que no pas o faca passar aquella aygua per qual loc el se vullen», op. cit., pág. 162.

(38) Op. cit., pág. 165.

(39) Op. cit., págs. 165 y sgto.

(40) «Atressi si algu voltra arabaçar laurar o fer vinya o altra honor en algun loc com mol-

Por último cabe destacar que conforme a la *Costum XV*, Rúb. 11.^a «De seruituts d'aygues, Lib. III, cabe la posibilidad de transitar sobre los predios vecinos al camino público destrozado por lluvias o inundaciones, si los dichos vecinos no reparasen el camino de suerte que los viandantes pudiesen caminar sin peligro (41).

En las «*Usantie et Consuetudines civitatis et diocesis Gerunde*» figura la costumbre recogida bajo la Rúbrica XXXII «De servitutibus rusticorum prediorum», Cap. I, según la cual «Si fundus meus debeat tuo fundo servitutum eundi et ducendi fructus illius fundi, tu non potest alios fructus alterius postea empti inde transire» (42).

En Aragón, el *Fuero de Jaca*, en su capítulo 100, bajo la rúbrica «De camp o vinna que non a yssida» dispone que «Si algun homne ha uinna et alguns altres homnes planten uinnes en torn aquela uinna assi que lo camin li ensarrien, per ont lo seynnor dela uinna solia entrar et ystre et trayre ses fuytz, et no a per ont ystre, per for auer deu camin per ont mas leu puyssa ystre al camin mayor» (43).

El *Fuero de Viguera y Val de Funes* se refiere a esta materia en su capítulo 362, bajo la rúbrica «De heredat como debe haber su sallida» y preceptúa: «Et si los vezinos cercaren sus heredades et alguno ovjere su heredat mas adentro e non puede sacar sus fruytos, debe sayllir por su linte, o por su regadera, o por otro logar mas combenjent, sin daynno, a la carrera publica: desi aura su sallida (44)

En Navarra destacan los *Fueros de la Novenera* en cuyo capítulo 60, con la rúbrica «De pieça por segar que no ha yssida», dispone que «Todo ombre que uaya su pieça a segar et no aya yssida, deue segar de la pieça

tes vegades sosdeue en les muntanyes e en les garrigues, al qual arrabaçar o laurar ell no pusea entrar ne exir sino per honor o per garriga daltre; james aquí no pusea entrar ne exir: si doncs no sen posa o nos naue per compra o per altra rra ab lo senyor de la honor o de la garriga», op. cit., pág. 166.

(41) «Quan carreres publicques son afoylades per força de pluges o daygues de rius o de flums: enaxi quels anadors nels venidors sens perill o don no poden passar anar ne venir, los veyns de qui es aquella frontera afoylada deuen aquella carrera adobar e reparar en tal manera quels anadors els venidors sens don e perill lur o de lur's coses pusquen passar anar o venir, e sino o fan los venidors els anadors o viandants per lur propria auctoritat e sens tot contrast que hom nols hi pot fer: poden anar e venir per la honor daquels de qui aquella frontera sera la on myls e pus segurament pusquen passar anar ne venir, pero deuen guardar que o facen com meyns de don sia pus ells poden segurament e sens perill anar ne venir ne passar», op. cit., págs. 166 y sgte.

(42) «*Consuetudines Diocesis Gerundensis*».—Estudio y transcripción según los mss. más antiguos del siglo XV... por JAIME COTS y GORCHS. Barcelona, 1929, pág. 172.

(43) Publicado por JOSÉ M.^a RAMOS y LOSCERTALES, Barcelona, 1927, pág. 44.

(44) «*Fuero de Viguera y Val de Funes*». Edición crítica por JOSÉ M.^a RAMOS y LOSCERTALES, Salamanca, 1956, pág. 67.

de su vezino que li está de cuesta escuenta la carrera ququanto entra la bestia et yisca, et lo que segare, ligue lo et faga los fayssos, et si fuere uerde, que'l de emienda del seco otro tanto, de ququal fruyto que fuere». Y en su capítulo 68, bajo la rúbrica «De entrada de uinna o de pieça»: «Nuyll hombre que aya contienda con su uezino por entrada de uinna o de pieça, deue entrar por dont menos enoio'l faga, et si daynno'l fiziere, que'l emiende como dos bonos ombres uean por bien» (45).

En las Fuentes normativas de carácter general se encuentran también interesantes preceptos relativos a la materia objeto de nuestro estudio.

El *Libro de los Fueros de Castiella*, recoge en su párrafo 187 una fazaña, según la cual «carrera que va para otras heredades deue seer tan ancha que se encuentran dos bestias cargadas e que pasen» (46). Con esta regla coinciden las contenidas: en el *Fuero Viejo*, cap. 16, Tít. 3, Libro V (47) (48) y *Fuero Antiguo de Castilla*, cap. 1 (49).

El *Fuero Viejo de Castilla*, contiene además otra regla en el cap. 5, Tít. 5, del Libro IV, según la cual «Si un ome a una casa, o viña entre otras eredades, e defiendenle los erederos de las otras eredades, que non entre nin salga por ninguna de aquellas heredades, e dis el otro, que entrada, e salida a de auer, el Alcalde deve mandar, que vayan allá los omes bonos aldeanos, e si aquella eredat fallären por buena verdat que a entrada, e salida, entre e salga por y; e si non fallären por do entrar e salir, caten por do sea mas cerca la entrada, e denle entrada, e salida por allí, ca ninguna eredat es sin entrada nin sin salida (50).

Las *Partidas* contienen ya una detallada regulación de las servidumbres en general, contenida en el Título XXXI de la Partida Tercera (51),

(45) «Los Fueros de la Novenera», publicados por GUNNAR TILANDER, Uppsala, 1951, págs. 56 y 67.

(46) Universidad de Barcelona—Facultad de Derecho—. «Libro de los Fueros de Castiella», publicado por GALO SÁNCHEZ, Barcelona 1924, págs. 98 y sgte.

(47) «Los Códigos españoles...», I, pág. 295.

(48) También coinciden las contenidas en el *Scudo Ordenamiento de León*, cap. 6 y en el *Scudo Ordenamiento II de Nájera*, cap. 24 (Vid. «Documentos para la Historia del Derecho Español», publicados por GARCÍA GALLO en A. H. D. E. Madrid, 1936-1941. T. XIII, págs. 371 y 399).

(49) Vid. «Documentos...», cit. en nota anterior, pág. 389.

(50) «Los Códigos españoles...», I, págs. 407 y sgte.

(51) De los preceptos contenidos en dicho Título, interesa a la materia objeto de esta tesis, los siguientes; que transcribimos de la Edición de Salamanca, año 1576, con anotaciones de GREGORIO LÓPEZ, pág. 174 (bis) y sgtes.:

Ley III.—«Qual es llamada Seruidumbre rustica, e quantas maneras son della».—Rustica seruidumbre diximos que era aquella, que ha vn heredamiento en otro, e esto sería, assi como quando vn ome ha senda, o carrera, o vía en la heredad agena, para entrar, o salir en la suya. E dezimos que quando vno otorgare a otro, que aya senda por su heredad, que estonce aquel a

quien es otorgada, puede yr a pie, o caualgando solo, o con otros, por aquel lugar, por do la senda fuere señalada, de manera que vayan vno ante otro, e non en par. E non pueden por y entrar carretas nin bestias cargadas a mano. E si dixesse que le otorgana carrera, puede por y traer carretas, e todas las otras cosas que de suso diximos. E si por aventura otorgasse via por su heredamiento, estonce diximos, que puede yr por ella a pie, o caualgando solo, o acompañado; e leuar por y carretas, o madera, o piedras, arrastrando, e todas las otras cosas que le fueren menester para pro de aquel heredamiento, por quel fue otorgada la via: e deve ser tan ancha la via, como fue puesto entre ellos, al tiempo quel fue otorgada, e por aquel lugar que la señalaron; e si estonce non fue puesto entre ellos, al tiempo que fué otorgada, quanto fuesse por ancho, dezimos que deve aver ocho pies. E si la via non fuesse derecha, por alguna tortura que ha en ella, en aquel lugar, que fuere tuerta, deve aver en ancho diez e seys pies, porque puedan boluer por y las carretas». Recoge, como se ve, la distinción romana de iter, actus y via. La práctica señaló a la senda o iter, una anchura de dos pies en la parte recta y cuatro en las curvas; y a la carrera o actus cuatro pies en la línea recta y ocho en las curvas.

Ley VIII.—«Como non pierde ome la Servidumbre que ha en la cosa agena, por se vender la casa, o por passar en otra manera el señorío a otro».—«Mudasse el señorío de las heredades, e de las otras cosas, de vnos omes a otros. E porende dezimos, que en cualquier manera que passasse la casa, o el edificio, o la heredad, o la otra cosa cualquier que dena alguna servidumbre a otra, en alguna de las maneras que diximos en las leyes antes desta, o en otra semejante dellas, que siempre finca obligada con aquella servidumbre a la otra heredad, o persona a quien la dena. Otrosi dezimos, que la cosa que ha la servidumbre, a quien quier que passare, que en su tal finc: aquella servidumbre en la otra cosa, en que la auia ante, e non se le embarga, nin se pierde por razón del mudamiento. Fuera ende, si alguna servidumbre y fuesse puesta a tiempo cierto, o en vida de algund ome señaladamente. Ca las otras servidumbres que son puestas para siempre, non vienen por razón de las personas de aquellos cuyas son; mas propiamente por razón de las cosas a que las deuen, e de las otras que se sirven dellas. E porende, por mudamiento del señorío non se pierden».

Ley IX.—«Como cada vno de los herederos puede demandar toda la Servidumbre, que fue otorgada a la heredad de que el es heredero».—Plaziendo a algun ome, de otorgar servidumbre en su casa, o en su heredad, a edificio, o a heredamiento de otro; si después de tal otorgamiento como éste, se muriesse aquel a quien fuesse fecho, maguer dexasse muchos herederos, cada vno dellos puede demandar toda la servidumbre. E esto es, porque la servidumbre non se puede partir. E porende, non podría cada vno demandar su parte apartadamente. Otrosi dezimos, que si el que ouiesse otorgado la servidumbre en lo suyo se muriesse, e dexasse muchos herederos, que puede ser demandada la servidumbre toda enteramente a qualquier dellos, e son tenudos a ella, así como era el señor cuyos bienes heredaron».

Ley X.—«Como todos los señores de los edificios, e de las heredades, deuen otorgar la Servidumbre».—«Los señores de los edificios, e de las heredades, pueden poner cada vno dellos servidumbre a su edificio, o a su heredad. Pero si muchos fueren señores de vn edificio, o de vna heredad, a que quieran poner servidumbre, todos la deuen otorgar quando la ponen. E si por aventura la otorgassen algunos, e non todos, aquellos que la pussiesen non la pueden despues contrastar, que la non aya aquel a quien la otorgaron. Mas los otros, que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradizeir cada vno dellos, tambien por la su parte, como por la de los otros que la non otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado a la servidumbre por el otorgamiento de los otros, nin les empesce. Pero si después desso la quisiesse otorgar, e consentir aquellos que la contradizen, valdría, tambien como si la ouiesse de primero otorgado todos de so vno».

Ley XI.—«Como los que tienen alguna cosa en feudo o a censo cierto, pueden poner en

ella Seruidumbre».—«Hereditamientos, e casas, e otros edificios han algunos omes, que son de tal natura, que como quier que ayen la tenencia dellos, e los esquilmen, non son verdaderos señores dellos en todo; assi como las heredades que tienen en feudo e las que tienen algunos para en su vida, e de sus herederos, dando por ellas algund censo cierto, o auicndo a fazer algund seruidoio señalado. E porende dezimos, que qualquier que touiesse alguna destas heredades sobredichas, e otorgasse seruidumbre en ella a otro; o otro alguno la otorgasse a el en la su heredad propia, para vso de aquella heredad que touiesse asi; que tambien la vna seruidumbre como la otra vale para siempre, bien assi como si la fiziesen en las heredades que han suyas quitamente. Otrosi dezimos, que comprando vn ome de otro casa, otro edificio, o alguna heredad, si el comprador, e el vendedor se auinieren, que aquella cosa que compra que sirua en alguna manera a otra casa, o edificio, o heredad, que sea de aquel que la vende, o de otro qualquier; si tal seruidumbre como esta otorga el comprador, maguer la cosa que compra non sea avn passada a su poder, vale tambien, como si la otorgasse en otra cosa qualquier suya, de que fuesse ya señor, e tenedor».

Ley XII.—«Como non pueden vender apartadamente la Seruidumbre sin aquella cosa a quien sirue».—«Deuicndo seruidumbre vna casa, o vna heredad a otra, el señor de la seruidumbre non la puede vender, nin enagenar apartadamente, sin aquella cosa a quien pertenesce: porque la seruidumbre es de tal natura, que non se puede apartar de la heredad, o del edificio en que es puesta. Fuera ende, si lo consintiesse el señor, cuyo hereditamiento, o casa sirue; o si la seruidumbre fuesse de agua, que naciesse de vna heredad, e regasse a otra: ca este, a quien deuiessse tal seruidumbre, bien podría, el agua que fuesse ya venida a su heredad, otorgarla a otro, para regar campo, o viña que fuesse cerca de aquella suya».

Ley XIII.—«En quales cosas deue ser puesta seruidumbre».—«En las cosas que son suyas, o como suyas, pueden los omes poner seruidumbre, asi como de suso diximos. Pero esto se entien de aquella seruidumbre que ome pone en su casa, que sea prouechosa al hereditamiento, o casa de otro, e non a la suya. Ca los omes hanse de servir de sus cosas, non como en manera de seruidumbre, mas vsando dellas como de lo suyo. Otrosi dezimos, que non deue ser puesta seruidumbre en cosas Sagradas, o Santas, o Religiosas; nin en aquellas que son a vso, e a pro comunal de alguna Ciudad, o Villa, assi como los mercados, e las plaças, e los exidos, e las otras cosas semejantes dellos».

Ley XIV.—«De quantas maneras puede ser puesta la Seruidumbre en las cosas».—«Todas las seruidumbres, de que fablamos en las leyes deste Titulo, que deuen las vnas cosas a las otras, e los vnos edificios a los otros, pueden ser puestas en algun destas tres maneras. La primera es, por otorgamiento que fazen aquellos cuyas son las cosas, otorgando de su voluntad seruidumbre en ellas a otros, por fazerles amor, o por precio que reciben dellos. La segunda es, la que fazen los omes en sus testamentos, assi como quando dize: Quiero que la casa de Fulan aya tal seruidumbre en esta mi casa, que nunca sea mas algada de lo que es agora; o que pueda meter vigas en las paredes della, o otorgándole otra seruidumbre semejante desta, que y ouiesse; assi como si otorgasse a alguno, que ouiesse carrera en su heredad, para entrar, e salir, o traer agua por ella, para regar la suya, o en otra manera semejante destas. La tercera es, quando ganan los omes seruidumbres en casas, o en hereditamientos, por vso de tiempo, assi como adelante diremos».

Ley XV.—«Por quanto tiempo puede ome ganar la Seruidumbre, que ha en las cosas agenas».—«De tal manera seyendo la seruidumbre, que fiziesse seruidoio a otro cotidianamente, sin obra de aquel que la recibe; assi como si fuesse aguaducho que corriesse de fuente que naciesse en campo de alguno, o otra semejante della; si el vezino se sirue desta agua, regando su heredad diez años, estando su dueño en la tierra, e non lo contradiziendo, o veynte, seyendo fuera della; o esto fiziesse a buena fe, cuydando que auia derecho de lo fazer, e non por fuerça, nin por ruego que ouiesse fecho al dueño de la fuente, o del campo por do passaua,

ganaría por este tiempo tal servidumbre. Esto mismo sería, si alguno ouiesse viga metida en pared de su vezino; o abriessse finiestra en ella, por do entrasse lumbré a sus casas; o le contrallase que non alçasse su casa, porquq non le tollese la lumbré; o si touiesse las alas de sus casas sobre el techo de su vezino, de manera que cayese y el agua de la lluvia; ca en qualquier destas servidumbres, o otras semejantes dellas, de que ome se aprouechase sin obra de cada día, se podría ganar por tanto tiempo, e en aquella manera, que de suso diximos del aguaducho. Mas las otras servidumbres de que se ayudan los omes, para aprouechar, e labrar sus heredades, e sus edificios, que non vsan dellas cada día, mas a las vezes, e con fecho, assi como sonda, o carrera, o vin, que ouiesse en heredad de su vezino; o en agua que viniesso vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada día; tales servidumbres como estas e las otras semejantes dellas, non se podrían ganar por el tiempo sobredicho; ante dezimos, que quien las quisiere auer por esta razón, ha menester que haya vsado dellas, ellos o aquellos de quien las ouieren, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo començaron a vsar».

Ley XVI.—«Por quanto tiempo pierde ome la Servidumbre, non vsando della el, o otri por el».—«Percza auiendo los omes en non querer ellos vsar nin otri en nome dellos, de las servidumbres que ouiessem ganadas, puedenlas perder porende. Pero departimiento ha en esto entre aquellas que pertenescen a los edificios, e las otras que pertenescen a las heredades. Ca si alguno ouiere servidumbre en casa de otro, que pueda tener viga metida en su pared, o auer finiestra en ella, por do entre la lumbré a su casa; tal servidumbre como esta, o otra semejante della, se puede perder por diez años, non vsando della aquel a quien pertenesce, estando en la tierra, o veynte, seyendo de fuera. E esto se entiende, si aquel que deuia la servidumbre, tirasse, la viga de su pared, o cerrasse la finiestra por do entraua la lumbré, o embargasse la servidumbre en otra manera, a buena fe, creyendo que auia derecho de lo fazer. Ca si el non embargasse assi la servidumbre, maguer el otro non vsasse della en este tiempo sobredicho, non la perdería por ende. Mas las servidumbres, que han los omes en los heredamientos, o en los otros lugares, si son de tal manera, que fiziesen seruicio sin obra de aquel que las recibe, estas atales non se pueden perder, si non desque estuuieren tanto tiempo, que non vsen dellas, que los omes non se pueden ende acordar. E si fuessen de tal natura, que vsassen dellas a las vezes, e non cada día, segund diximos en la ley ante desta, pierdense, non vsando dellas por tiempo, de veynte años, quier sea en la tierra, quier non, aquel a quien pertenescan».

Ley XVII.—«Como se desata la Servidumbre, quando se ayunta con aquella cosa a que sirve, comprándola alguno dellos».—«Perderse podrían avn las servidumbres en dos maneras, sin aquellas que de suso diximos. La vna es, quitandola el señor de aquella cosa, a quien deuian la servidumbre, si fuere toda suya; mas si a casa, o heredad de muchos deuiessem la servidumbre, non la puede el vno quitar tan solamente, sin otorgamiento de los otros. La otra manera por que se pierde es esta; assi como quando aquel cuya es la cosa que deve la servidumbre, compra la otra en que la auia ganada. Ca por razon de la compra, que se ayunta la vna cosa con la otra en su señorío, pierdese la servidumbre. E maguer la enagene despues, o la tenga para si, de alli adelante nunca deve ser demandada; nin es obligada la cosa, que asi es comprada, a aquella servidumbre. Fuera ende, si después desso fuesse puesta nuevamente».

Ley XVIII.—«Como el vno de los compañeros puede ganar la Servidumbre para si, vsando della sin su compañero».—«Comunalmente auiendo algunos omes casa, o heredamiento, a quien deuiesse otro edificio, o heredad, servidumbre si partiessen entre si aquella cosa que ouieren de consuno, e despues el vno dellos vsasse de aquella servidumbre, que auian ante amos, e el otro non vsasse della por tanto tiempo, como diximos en las leyes ante desta, por que pierden los omes las servidumbres perderla y a porende. E non se podría aprouechar del tiempo que

inspirada fundamentalmente en el Derecho Romano y en la Glosa italiana, y recogen, como puede apreciarse por su simple lectura, principios fundamentales en la regulación de la servidumbre, que en definitiva hallamos en nuestro Código civil. Así, en la Ley VIII se proclama implícitamente la naturaleza real de la servidumbre; en las Leyes IX y X se recoge el principio de la indivisibilidad de la servidumbre; en la XII el principio de la inalienabilidad de la servidumbre, etc.

La importancia de los preceptos transcritos, no es sólo doctrinal, sino práctica, por cuanto el Ordenamiento de Alcalá de 1348, promulgado por Alfonso XI establece en la Ley I de su Título XXVIII como orden de prelación de fuentes que ha de observarse en todos los pleitos: 1.º Las Leyes del Ordenamiento, 2.º Los Fueros de Ciudades y Villas y Fueros de Albedrío de los hidalgos, y 3.º Las Leyes contenidas en los Libros de las siete Partidas (52). Y este precepto fue confirmado en la Ley I de las de Toro de 1505 (53). En el Título I del Libro II de la Nueva Recopilación de las Leyes de España de 1567 (54), y en la Ley III, Título II, libro III de la Novísima Recopilación de 1805 (55). Es decir, que constituyeron derecho vigente en la materia hasta la entrada en vigor del Código civil, en los territorios de Derecho Común.

En los *Fueros de Aragón*, Libro III, párrafo 173, se dispone que «Si alguno ouiere ujnna o uuerto et algunos otros plantaran ujnna a derredor d'aquella ujnna o d'aquel uuerto, en tanto que la carrera sea serrada ad aquella ujnna o ad aquel uuerto por la qual solia sacar sos uuas e sos exarmientos a la carrera publica, ço es assaber por aquella ont ouo costumnado de sacar sos uuas e sos exarmientos escuenta so casa o encara en otra manera, que deue auer franca exida por la marguin de la çequia por la qual el agua entra a regar la ujnna, si oujiere cierta agua por la qual se riegue aquella ujnna et encara que sea cerca la carrera publica (56) (57).

el otro vsara: porque non era su Personero, nin vsaua de quella seruidumbre por el; mas si non partiessen la cosa, que era comunal entre ellos, en que auian la seruidumbre, bien ternia pro el vso del vno al otro. E esto es, porque ante que sea partida la cosa es la seruidumbre vna. E vsando el vn compañero della, en saluo fincaua al otro su derecho; mas despues que la cosa parten non es assi. E porende el que non vsa de su parte, assi como dicho es de suso, pierdela».

(52) Edición del Ordenamiento de Alcalá, facsímil de la publicada en Madrid por JORDÁN DE ASSO y DE MANUEL en 1774; Valladolid, 1960, pág. 69.

(53) «Los Códigos Españoles concordados y anotados...», VI, Madrid, 1849, págs. 557 y 558.

(54) «Los Códigos Españoles concordados y anotados...», XII, Madrid, 1851, págs. 23 y sgts.

(55) «Los Códigos Españoles concordados y anotados...», VII, Madrid, 1850, págs. 262 y sgte.

(56) «Los Fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid, publicados por GUNNAR TILANDER, Lund, 1937, pág. 88.

(57) Nos parece interesante para el Derecho Aragonés, citar a VIDAL DE CANELLAS, en cuya obra «In excelsis Dei Thesauris», IV, 38, párrafo 21 (GUNNAR TILANDER, Vidal Mayor, Traduc-

Y el *Fuero General de Navarra*, en el Capítulo 4, Título 12, Libro 5, bajo la rúbrica «En qual manera deve aver passada a lo suyo», ordena que «Si algun ombre ha alguna pieza o alguna vinna en algun término et non puede yr a lo suyo por camino sabido, et nol quieren dar passada los dueynos de las heredades, vaya a su pieza o a su vinna ququando podiere, et de voces como en apeyllido, et por ont viniere el primero ombre a eyll, por aqueyll lugar deve aver camino» (58).

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 se refirió a las servidumbres en la Base 13, a tenor de la cual «El Título de las servidumbres contendrá su clasificación y división en continuas y discontinuas, positivas y negativas, aparentes y no aparentes por sus condiciones de ejercicio y disfrute, y legales y voluntarias por el origen de su constitución, respetándose las doctrinas hoy establecidas en cuanto a los modos de adquirirlas. derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente y modo de extinguirlas. Se definirán también en capítulos especiales las principales servidumbres fijadas por la Ley en materia de aguas, en el régimen de la propiedad rústica y urbana y se procurará, a tenor de lo establecido en la Base 1.ª, la incorporación al Código del mayor número posible de disposiciones de las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascongadas».

Sin embargo, como luego podremos apreciar, el legislador no hizo

ción aragonesa de la obra «In excelsis Dei Thesauris», de VIDAL DE CANELLAS, II (Texto), Lund, 1956, pág. 303, explica: «Carrera es dita por la quoyal solamente los omnes suelen passar, la quoyal cosa aitorgada, los caualgantes et los carros et las semeillables cosas suelen passar por end, empero no es aitorgado de passar por hy bestia si non por razón de caualgar, ni carro si non uan omnes en cill tant solament, al quoyal aqueilla carrera es aitorgada tan solament. Actus es dito carrera por la quoyal (uan) los omnes et bestias et caualgantes o el carro qui trahe los omnes et aquellos qui las bestias aduzen o los carros et encara non por razón de caualgar mas de traer los omnes, et ad aqueill qui ha aqueilla passada no es aitorgado que pueda passar por end uigas o piedras o asta leuada. Otro si carrera es dita por la quoyal conuene fazer et aluzir todas las cosas anteditas, quar todas cosas que uienen han su fezimiento, et sobre todo esto aqueillas III cosas son que ande con la asta leuada et passé por hy la piedra et la madera. El caualgant passa con la asta levantada, teniendo con la mano la lança dreita alçada ental cielo, la quoyal non deue ser abaixada por las árboles nin por las casas. La carrera que es aitorgada por passar deue auer tanta II de amplura que todas las cosas anteditas puedan ser adueltas por aqueilla carrera, el espacio de la quoyal deue ser doblado en la cruzillada, es assaber que aqueilla, do dreita es aqueilla carrera, aia X pies en amplura, et aillá do es cruzillada, es assaber luerta, la amplura d'aqueilla deue auer espacio de XX pies. Empero, maguer passada o carrera aya, por seruitud la heredal urbana, aqueilla seruitud non deue ser dita urbana mas rústica, quar aqueilla seruitud más es deuída por razón del suelo que por razón del hedificio. Passada de carrera es ququando las mis casas han franca entrada et saillida por las sus casas».

(58) «Fuero General de Navarra», Edición acordada por la Excma. Diputación Provincial, dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos. por D. PABLO LLARREGUI y D. SEGUNDO LAPUERTA, Pamplona, 1869, pág. 121.

gran caso del precepto transcrito de la Ley de Bases, como tampoco tuvo en cuenta las restantes Bases en otras muchas materias de indudable importancia, dejando en el mayor de los olvidos. no sólo al Derecho castellano, sino a los de las regiones forales.

El Código civil regula las servidumbres en general, en el Título VII del Libro II, dividido en tres capítulos que tratan respectivamente «De las servidumbres en general», «De las servidumbres legales» y «De las servidumbres voluntarias». La regulación de la servidumbre de paso se contiene en los artículos 564 a 570, ambos inclusive que integran la Sección Tercera del referido Capítulo II, cuyos preceptos, hasta tal punto modifican la doctrina anterior al Código, que algún autor como SÁNCHEZ ROMÁN (59) ha llegado a decir que se trata de una servidumbre nueva.

Quizá sea un tanto exagerada la afirmación, porque si en los preceptos del Código se regula la servidumbre de paso en su variedad coactiva (que el Código llama legal), de un lado se admite en el propio Código la posibilidad de constituir voluntariamente toda clase de servidumbres (60), y de otro existen precedentes interesantes de dicha servidumbre coactiva de paso en diversos Fueros españoles, como hemos tenido ocasión de apreciar. Tan sólo haríamos nuestra la afirmación de tan ilustre civilista, si considerásemos como Derecho anterior al Código únicamente el contenido en las Partidas, porque es entonces cuando destacaría la dicha regulación de la servidumbre coactiva de paso en el Código, frente al carácter voluntario con que aparecía en el texto alfonsino, y la existencia de una sola clase de paso, frente a la tripartición de las Partidas en senda, carrera y vía.

Por último, interesa poner de manifiesto que nuestro primer Cuerpo legal, incorpora a su articulado, en esta Sección dedicada a la servidumbre de paso, como una modalidad de paso temporal, la que nosotros llamamos «servidumbre de andamiaje» (61) y además contempla en dicha Sección la mal llamada por él «servidumbre de paso para ganados» (62), que serán objeto de estudio en otros tantos capítulos de la presente obra (63).

Por lo que respecta a los territorios forales, ninguna novedad contienen respecto a servidumbres la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava de 30 de julio de 1959, ni la Compilación del Derecho

(59) «Estudios de Derecho Civil», Madrid, 1900, III, pág. 616.

(60) En el art. 594.

(61) En el art. 569.

(62) En el art. 570.

(63) Vid. capítulos VIII y IX.

Civil especial de Baleares de 19 de abril de 1961, que pasan en silencio esta materia.

El apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1925, bajo la rúbrica «De las servidumbres», agrupa los artículos 14, 15 y 16, que no contienen especialidad alguna sobre la servidumbre de paso. Interesa destacar no obstante el art. 14 en cuyos dos primeros párrafos se dispone que «Todas las servidumbres continuas y aparentes, cualquiera que sea el derecho en que consistan o la obligación correlativa que impongan, pueden ser adquiridas por prescripción de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes.—El dicho tiempo se contará, si no es interrumpido, desde el día en que el dueño del predio dominante o el que haya aprovechado la servidumbre empezó a ejercerlas». Y en el párrafo 4.º: «Con respecto a las demás servidumbres, incluidas las de leñar, pastar y abrevar, la posesión inmemorial pacífica y nunca interrumpida produce los efectos jurídicos de la prescripción adquisitiva».

La Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960, dedica a las servidumbres el Título III («De las servidumbres») del Libro III («De los derechos reales») artículos 283 a 295 inclusivos, de los cuales interesa aquí destacar el art. 283, conforme al cual «No podrán constituirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes: ... Séptima. La urbana de paso por hueco de pared que lo proporcione sobre vía pública o pasaje particular y de una casa a otra por medio de puentes, arcos, entablados u otros medios aptos; la que es consecuencia de permanecer abierto el portal de una casa o predio o de no hallarse éste cercado, y la de paso circunstancial entre fincas rústicas usado sólo en época de labores agrícolas.—Octava. Las servidumbres no aparentes, considerándose tales las que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio». También es interesante notar el Título II del Libro IV («De las obligaciones y contratos y de la prescripción»): Título II.—De la prescripción.—Capítulo primero.—De la usucapión.—Art. 342. La usucapión del dominio y demás derechos reales sobre cosas inmuebles, incluso las servidumbres no comprendidas en el art. 283, tendrá lugar por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe. Lo mismo será aplicable al dominio y demás derechos reales sobre cosas muebles, pero el tiempo será de seis años.—Art. 343.—Las servidumbres positivas aparentes se empezarán a usucapir desde que se ejerciten o se realicen actos necesarios para su ejercicio, y las negativas y las no aparentes, desde que se realicen actos opuestos a la libertad del dominio del predio sirviente, que revelen la intención de tener servidumbre.—Las servidumbres discontinuas podrán

adquirirse por usucapación inmemorial.—Tendrá ésta lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición de la anterior, haya conocido otro estado de cosas.—Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en el 283.—Capítulo II.—De la prescripción extintiva.—Art. 344.—Para la prescripción extintiva regirán los plazos especiales establecidos en esta Compilación y en lo no previsto en ella, los especiales que determina el Código Civil.—Las acciones y derechos, sean personales o reales, que no tengan señalado plazo especial, y las servidumbres, prescribirán a los treinta años, salvo las acciones y derechos reales sobre bienes muebles, que prescribirán a los seis años».

Y en fin, el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra (64) dedica a las servidumbres el Título V («De las servidumbres»), del Libro III («De los derechos reales») que comprende las Leyes 69 a 77, y de las cuales interesan las siguientes: «Ley 69.—Las servidumbres, cualquiera que sea su clase, pueden adquirirse por la usucapación con arreglo a la doctrina foral sobre adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, sirviendo de título el uso que se hubiere hecho de ellas.—Ley 70.—El tiempo para la usucapación de las servidumbres empezará a correr desde que efectivamente hubiere comenzado su ejercicio, y para la usucapación de las negativas no será necesario ningún acto obstativo.—Ley 71.—En las servidumbres discontinuas, se entenderá que el usucapiente se halla usándolas sin interrupción siempre que entre los diversos actos integrantes del uso no medién otros obstativos, o interrupciones que demuestren que no se mantuvo la posesión en los términos adecuados a la naturaleza de la servidumbre y a las necesidades del predio dominante.—Ley 72.—No compete acción ninguna a título de servidumbre a quien ejercitó el uso por título distinto.—Ley 73.—El derecho de servidumbre no se extingue por el no uso, a menos que durante éste el dueño del predio sirviente usucapiere la libertad del fundo, y tampoco se daña el derecho cuando la incautación del mismo obedeciera a fuerza mayor.—Ley 74.—La servidumbre no se extingue por confusión de derechos sino en la parte en que la propiedad de los predios dominante y sirviente se reúne en la misma persona».

El Proyecto prescinde de la especialidad del Fuero General de Navarra relativa a servidumbre de paso, antes mencionada, y que, por otra parte está en desuso.

(64) Comisión Compiladora del Derecho Civil de Navarra, «Fuero Recopilado de Navarra», Pamplona, 1959, págs. 38 y 39.

V.—CONSTITUCION DE LA SERVIDUMBRE PREDIAL DE PASO

Las servidumbres en general, pueden constituirse por voluntad de las partes manifestada en negocio jurídico inter-vivos o mortis causa, libremente (servidumbre voluntaria) en cumplimiento del mandato imperativo de la norma jurídica que concede en determinados casos derecho a exigir la constitución de la servidumbre a otras personas que deben acceder a aquella pretensión (servidumbre coactiva), por usucapión, y por ministerio de la ley (servidumbre legal en sentido estricto o automática).

El art. 540 del Código civil parece añadir otros dos medios de constitución, al decir que «La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme». Pero, como reconoce la doctrina española y la extranjera, este precepto no hace sino aludir a la prueba de la servidumbre en defecto de documento (en este precepto la palabra título es sinónima a documento) (1). El Código habla de *escritura*, con lo cual parece referirse a la escritura pública (*notarial*), pero no vemos inconveniente en que conste en cualquier clase de documento público aun no siendo notarial (por ejemplo en documento judicial). El reconocimiento es una verdadera confesión que deberá ser realizada por quien esté legitimado para constituir servidumbre (2), según las reglas que hemos de examinar a continuación, y dada su naturaleza de confesión, bastará la sola voluntad del otorgante, ya que no se trata de constituir la servidumbre, sino que, partiendo de una servidumbre preexistente, suplir el defecto del documento

(1) MANRESA, «Comentario al Código civil español», IV, Madrid, 1920, pág. 632, MUCIUS SCAEVOIA, «Código Civil comentado... puesto al día por F. ORRIGA LORCA», X, Madrid, 1947, 5.ª ed., pág. 405, CASTÁN, «Derecho Civil Español, Común y Foral», 7.ª ed. II, Madrid, 1950; pág. 501. LAURENT, «Principii di Diritto Civile», VIII, Milán, 1898, págs. 140 y sgtes.

(2) Es decir, por el titular pasivo.

probatorio de la misma. En caso de sentencia, claro está que ésta ha de ser firme. Una u otra deberán en su caso inscribirse en el Registro de la Propiedad para que la servidumbre pueda perjudicar a tercero con la salvedad respecto de las aparentes a que aludimos a continuación en el capítulo dedicado a la constitución voluntaria de la servidumbre (3).

A.—Constitución voluntaria de la servidumbre de paso

Puede constituirse esta servidumbre por negocio jurídico inter-vivos a título oneroso (compraventa, permuta, etc.) o lucrativo (donación, dote, etc.) o por negocio jurídico mortis causa (testamento). La posibilidad de esta constitución voluntaria de la servidumbre de paso, puede fundamentarse en el art. 536 del Código civil conforme al cual «Las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios. Aquellas se llaman legales y éstas voluntarias», y más precisamente aún en el artículo 594 al disponer que «Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público».

La forma dependerá del acto por el que se constituya: así, si es un acto jurídico inter vivos a título oneroso, será precisa la escritura pública, aunque como requisito ad probationem (4), salvo cuando dicha servidumbre de paso se aportara a una sociedad civil, en cuyo caso, conforme al art. 1.667 del Código civil, será precisa la escritura pública como requisito ad solemnitatem, si bien el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de febrero de 1905, tiene declarado, con criterio equivocado, a nuestro juicio, dados los términos en que se pronuncia el mencionado artículo, que produce efectos entre los contratantes aun cuando se aporten a ella inmuebles y no se haya otorgado escritura pública, y criterio análogo sustenta en cuanto al valor del requisito de forma cuando se trata de una sociedad mercantil (5); sin embargo, tratándose de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, será requisito esencial la escritura pública, sobre todo después de la publicación de las leyes reguladoras de estas sociedades de 17 de julio de 1951 y 17 de julio de 1953 (6).

(3) Vid. más adelante, en apartado A.

(4) Artículos 1.280, n.º 1.º, en relación con el 1.278 y 1.279 interpretados en ese sentido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 4 de julio 1899, 19 octubre 1901, 1 julio 1901, 7 enero 1924 y 24 diciembre 1929.

(5) Entre otras sentencias del T. S., las de 11 mayo 1922, 7 mayo 1927, 2 enero 1928, 12 mayo 1932 y 15 octubre 1940.

(6) Vid. GARRIGUES, «Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas», Madrid, 1952, I, págs. 147 y sgtes.

Si se constituye por donación o dote, será requisito esencial la escritura pública, conforme al art. 633 del Código civil y al art. 1.339 en relación con el 1.328 y el referido 633.

Si para la creación de la servidumbre de paso, se utiliza el testamento, podrá ser éste de cualquiera de las clases admitidas en Derecho, y la servidumbre se constituirá por legado, nunca a título de herencia dado el carácter de disposición a título singular que el mismo acto constitutivo entraña.

Si se constituye en la partición de herencia, será precisa la escritura pública, aunque como requisito ad probationem al igual que ocurre para los actos a título oneroso en general.

El acto constitutivo requerirá en todo caso el complemento de la aceptación del titular activo de la servidumbre cuando esta voluntad favorable a la adquisición del derecho no se hubiera prestado en el acto mismo de la constitución. Por ello, nos parece de poca entidad el problema resuelto por la Dirección General del Ministerio de Ultramar de 18 de febrero de 1893, en que se planteaba la cuestión de si era válida la servidumbre constituida por persona distinta al titular del predio dominante, a favor del dueño de este predio. La cuestión, que tiene, por otro lado, fácil solución acudiendo a otros institutos jurídicos, según los casos (estipulación a favor de tercero, acto concluido en nombre de otro sin poder o con poder insuficiente, gestión de negocios ajenos, etc.), fue resuelta por dicha Resolución en el sentido de que los contratos para establecer servidumbres sólo pueden celebrarlos el dueño de la finca a que afecten activa o pasivamente; criterio éste muy limitativo, puesto que, de cualquier modo que configuremos el negocio jurídico concluido por otra persona a favor del que ha de ser titular activo de la servidumbre, producirá su eficacia mediante la manifestación posterior de voluntad de éste, favorable a dicho acto, bien en forma de «consensus», bien como ratificación o aprobación según los casos.

Claro está que cuando la servidumbre se constituye por vía de legado, en testamento, el legatario adquirirá derecho al legado desde el momento mismo de la muerte del causante sin necesidad de aceptación, pero su voluntad contraria podrá manifestarse mediante repudiación.

Además será precisa en nuestro Derecho la tradición (7) ya que el dominio y los derechos reales limitados no se adquieren por el mero título o acto constitutivo, sino que requieren el complemento de la tradición en cualquiera de sus formas, y, por supuesto, la instrumental, que será además en la práctica la de aplicación más frecuente. En caso de legado,

(7) Cfr. artículos 609, 1.095 y 1.473 del Cód. Civil, y S.S. del T. S. de 26 febrero 1942, 5 junio 1945, 15 abril 1947.

precisará la correspondiente escritura de entrega de legado (8) salvo el caso en que el legatario estuviere ya en posesión de la servidumbre (9) o cuando toda la herencia esté distribuída en legados (10) o cuando se trate de prelegado con heredero único (11). Y en caso de donación, por el contrario, bastará el otorgamiento de la misma, por llevar ésta ínsita el valor traslativo o adquisitivo propio de la tradición (12).

Y en fin, para gozar de los efectos protectores de la publicidad registral que proporcionará al derecho la plenitud de su eficacia «erga omnes», será preciso inscribir el derecho real de servidumbre de paso en el Registro de la Propiedad. Así el art. 13 de la vigente Ley Hipotecaria declara que «Los derechos reales limitativos, los de garantía y en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.—Las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante como cualidad del mismo».

A tal fin, el acto constitutivo de la servidumbre, deberá constar en documento público (13), en que se expresará con fijeza que el derecho real que se constituye es de servidumbre predial de paso (14), se describirá el predio sirviente con todos los datos y circunstancias que con arreglo al art. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento son inexcusables para su inscribibilidad, y además, se describirá con iguales datos y circunstancias el predio dominante a favor de cuyo titular de goce general se constituye la servidumbre (15); si fuese servidumbre personal de paso, bastaría con la designación de la persona o personas que han de ser titulares activos de la servidumbre. Y por supuesto que deberá constar o justificarse el consentimiento de cuantas personas deben prestarlo para la constitución del gravamen según veremos después (16).

La inscripción debe necesariamente practicarse en la hoja abierta al predio sirviente, y, conforme dispone el párrafo 2.º del art. 13 de la Ley

(8) Cfr. art. 855 Cód. Civil, aunque cabe admitir que el testador autorice al legatario a que tome por sí posesión de la cosa legada, como lo ha reconocido el T. S. en sentencia de 26 de octubre de 1928

(9) Resolución de la D. G. R. y del N. de 15 julio 1868 y 18 julio 1900.

(10) Resolución de la D. G. R. y del N. de 30 diciembre 1916.

(11) Resoluciones de la D. G. R. y del N. de 28 abril 1876 y 18 julio 1900.

(12) Vid. ALVARO CALVO SORIANO, «Tradición y donación», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, III Año 1946, págs. 403 y sgtes.

(13) Sobre el valor de este requisito vid. lo expuesto al comienzo de este apartado A.

(14) Cfr. Resolución de la D. G. R. y del N. de 15 octubre 1917.

(15) Cfr. Resolución D. G. R. y del N. de 11 abril 1930 y 9 octubre 1928.

(16) Cfr. Resolución D. G. R. y del N. de 9 octubre 1928.

Hipotecaria, tratándose de servidumbre predial de paso, podrá también hacerse constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo.

Sin embargo, cuando la servidumbre de paso sea aparente, no será precisa la inscripción para que pueda desenvolver su plena eficacia frente a terceros ya que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede alegar la cualidad de tercero aquel que tiene perfecto conocimiento de las condiciones con que hubo de verificarse la adquisición aun cuando éstas no consten en el Registro, ya ese conocimiento se derive de actos realizados por el supuesto tercero, ya de hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos, cual acontece, por ejemplo, respecto a determinadas servidumbres aparentes, si bien no deben admitirse presunciones más o menos lógicas o racionales, contradictorias en realidad del esencial fundamento y alcance de los preceptos de la Ley Hipotecaria, ni cabe obligar tampoco a los interesados a que hagan un estudio jurídico de las condiciones de los bienes o derechos inscritos (17).

¿Quién puede constituir servidumbre de paso? El estudio de este problema debe bifurcarse en dos direcciones: quien puede crear servidumbre de paso sobre un fundo y quien puede aceptar la servidumbre que se constituye, es decir, en definitiva el problema es el de determinar quiénes están legitimados para constituir este derecho real y quiénes lo están para aceptar dicha constitución.

La legitimación para constituir el derecho de servidumbre está siempre ligada a la titularidad de un derecho sobre el fundo sirviente, cuyo derecho sirve de base o matriz a la servidumbre que se constituye. Se trata de una constitución derivativo-constitutiva de un derecho real, y conviene tener presente como principio general aplicable a estos casos que en toda constitución derivativo-constitutiva, el derecho creado no puede comprender facultades no contenidas en el derecho matriz (18).

El *propietario pleno* de una finca, indudablemente puede constituirla, no sólo porque la constitución de un derecho real implica una enajenación parcial comprendida en el marco genérico de la facultad amplia de disposición reconocida en el art. 348 del Código civil (19) sino porque de

(17) Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 9 de julio de 1900, 27 de octubre de 1900, 8 de mayo de 1901, 13 de mayo de 1903, 30 de agosto de 1903, 20 de diciembre de 1904, 14 de octubre de 1905, 13 de mayo de 1908, 7 de noviembre de 1911, 1 de febrero de 1912 y 14 de abril de 1914.

(18) «Nemo dat quod non habet» y «Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet».

(19) La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1927, reconoce que en el concepto genérico de disponibilidad como facultad sustancial del derecho de propiedad, están

un modo expreso lo permite el antes citado art. 594 de dicho Cuerpo legal al proclamar que «*Todo propietario* de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere siempre que no contravenga a las Leyes ni al orden público».

La propiedad, es, pues, el primero de los derechos reales cuya titularidad legitimará para la constitución de la servidumbre de paso. Sobre la base del derecho matriz de propiedad se podrá constituir el derecho de menor entidad que es la servidumbre de paso.

La propiedad de una finca gravada por un derecho real, puede servir también en principio, de derecho matriz para la constitución de esta servidumbre, en base a los mismos preceptos expuestos, por cuanto el propietario, pese al gravamen que tiene que soportar, sigue siendo propietario. Debemos aquí recordar el principio general expuesto de que el derecho creado no puede comprender facultades no comprendidas en el derecho matriz, por lo que el dueño del fundo sirviente no podrá constituir una servidumbre que autorice al titular activo de la misma a realizar una actividad sobre el predio que el mismo dueño no podría realizar dada la existencia del gravamen que limita su derecho.

El Código contempla el supuesto de la propiedad de una finca gravada con usufructo, esto es, el de la *nuda propiedad*, en el art. 595, al decir que «El que tenga la propiedad de una finca cuyo usufructo pertenezca a otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho del usufructo». El nudo propietario podrá, conforme a este precepto, constituir servidumbres con la restricción de que éstas no perjudiquen al derecho de usufructo. Esta limitación puede dar al traste con la posibilidad de que el nudo propietario pueda constituir servidumbre de paso sin el consentimiento del usufructuario, ya que difícilmente se dará un supuesto de servidumbre de paso, sobre todo si es permanente, que no perjudique al derecho de usufructo. De todos modos hay que reconocer que el precepto del Código es flexible. Todo dependerá de las limitaciones con que el usufructo se haya constituido y de la amplitud que se pretenda dar al derecho de paso, por lo que en cada caso concreto será preciso juzgar y distinguir acerca de la posibilidad de constituir la servidumbre conforme al criterio del Código civil antes expuesto de que sólo podrá constituir el nudo propietario, por sí solo, la servidumbre de paso que no perjudique al derecho de usufructo, entendiéndose que perjudicará a este derecho cuando el paso implique la privación al usufructuario de una de las facultades que le corres-

comprendidos los actos específicos de transmisión, imposición de cargas y subordinación a una responsabilidad real o personal.

ponden conforme al título constitutivo del usufructo, o cuando suponga una ingerencia sobre el fundo que el usufructuario podría repeler basado en su propio derecho. Desde luego, tratándose de un usufructo sobre todo el presunto predio sirviente sin que en el título constitutivo de dicho usufructo se haya impuesto limitación al régimen que normalmente regula el Código civil, no dudamos en considerar que la servidumbre de paso que se pretende perjudicará al usufructo y exigirá para su creación el consentimiento del usufructuario. Es decir, en dicha hipótesis general, la nuda propiedad no podrá servir de matriz a la servidumbre.

Claro está que el nudo propietario podrá siempre, por sí solo, constituir la servidumbre de paso someténdola al plazo suspensivo de la extinción del usufructo, plazo que ha de devenir necesariamente, aun cuando se ignore cuando si el usufructo es vitalicio, pero es que entonces se trata de una servidumbre prevista para que nazca no de la nuda propiedad sino del pleno dominio cuando se produzca la consolidación del usufructo y la nuda propiedad.

En el supuesto de *propiedad de un predio gravado con derecho de uso o de habitación* cabe aplicar la misma solución pues aun cuando el Código civil no prevé este caso, se deduce por interpretación analógica (20) del art. 595 de dicho Código, o por aplicación del principio general expuesto antes sobre la constitución derivativo-constitutiva de los derechos (21), y además por virtud de lo dispuesto en el art. 528 del Código civil según el cual «Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo», precepto que debe interpretarse en el sentido de que las disposiciones establecidas para el usufructo en cualquier Título del Código y no sólo en el dedicado específicamente a regular dicho derecho real de usufructo, son aplicables también al uso y a la habitación. De acuerdo con ello será aplicable a la hipótesis que contemplamos, la regla del art. 594 y la argumentación expuesta en párrafos precedentes para el usufructo, con la salvedad de que aquí se dará con mayor facilidad la hipótesis en que por no perjudicar al ius in re aliena, será posible constituir la sin su consentimiento (22).

En el supuesto de *finca enfiteútica*, las dudas doctrinales que pudie-

(20) «Ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet», principio recogido entre otras, en Sentencias del T. S. de 1 de diciembre de 1903, 13 de diciembre de 1913, y 13 de marzo de 1916.

(21) Puesto que el propietario no puede por sí crear un derecho que comprenda facultades de tránsito de que él carezca o que suponga una ingerencia en la esfera jurídica del uso o de la habitación, derechos distintos del que él tiene.

(22) Así por ej. cuando el tránsito se realice sobre senda o camino permanente ya existentes al servicio de la propia finca.

ran plantearse, derivadas de la posición que se sustente acerca de la naturaleza jurídica de la enfiteusis, son resueltas por nuestro Código civil en el art. 596 al decir que «Cuando pertenezca a una persona el dominio directo de una finca y a otra el dominio útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpetua sin el consentimiento de ambos dueños». Ahora bien, cuando se trate de imponer servidumbre temporal de paso ¿qué derecho servirá de base o matriz para su constitución? ¿el del concedente? ¿el del enfiteuta? Nos parece que será el derecho del enfiteuta y por tanto su titular quien habrá de constituir la servidumbre de paso conforme al art. 1.633 según el cual: «Puede el enfiteuta disponer del predio enfiteutico y de sus accesiones, tanto por actos entre vivos como de última voluntad, dejando a salvo los derechos del dueño directo, y con sujeción a lo que establecen los artículos que siguen». Ya vimos antes (23) cómo en esa facultad dispositiva encaja la posibilidad de constituir derecho de servidumbre configurada como enajenación parcial: las limitaciones son las derivadas de los principios generales también estudiados al hablar del predio usufructuado: allí era el límite el perjuicio del usufructuario, aquí lo es el del dueño directo o censalista, con la particularidad de que, no teniendo éste un goce del predio enfiteutico, su perjuicio sólo será evidente en caso de persistencia del gravamen en la hipótesis de readquisición del dominio pleno. De ahí que el propio Código exija la obtención de su consentimiento para el supuesto de servidumbre voluntaria perpetua en el antes transcrito art. 596. Cuando el censalista tenga una participación en el goce de la finca enfiteutica, los supuestos en que la pensión consista en una parte alícuota de los frutos de la misma, dispone el Código civil en su art. 1634 para este caso que «...no podrá imponerse servidumbre ni otra carga que disminuya los productos sin consentimiento expreso del dueño directo». Entre estas servidumbres figurará la de paso a menos que ésta se constituya sobre una senda o camino permanente ya existente de suerte que su constitución no disminuya los productos del predio. A diferencia del supuesto de predio usufructuado en que la limitación consistía genéricamente en el perjuicio del derecho de usufructo, aquí presupone el Código que el perjuicio sólo se da cuando con la servidumbre se disminuyan los productos del fundo enfiteutico y por tanto la cuantía de la pensión que ha de percibir el censalista.

Tratándose de *propiedad de un predio gravado con derecho de superficie*, se presentan mayores dificultades ante el silencio que guarda el Código sobre el particular, sin que sea éste el momento oportuno para estu-

(23) Vid. lo expuesto al comienzo de este apartado.



diar la naturaleza jurídica del derecho de superficie. Tan sólo indicaremos que si se admite que junto a la propiedad del suelo existe una «propiedad» superficiaria, a cuyo titular le corresponde además un *ius in re aliena* sobre el suelo en que se asienta o se ha de asentar la edificación, tendremos que contemplar el problema desde una doble vertiente: la del propietario del suelo y la del propietario superficiario; uno y otro podrán constituir servidumbre de paso en cuanto no sea perjudicial al correspondiente derecho según el principio general que hemos visto rige en esta materia. El dueño del suelo podrá constituir una servidumbre de paso subterráneo a profundidad suficiente para no perjudicar al superficiario; pero sobre el mismo suelo no podrá constituir servidumbre voluntaria de paso sin consentimiento del superficiario; podrá, claro está, constituirla suspensivamente para el momento en que se extinga el derecho de superficie, o hasta el momento en que el superficiario lo ejercite —cuando el derecho de superficie consista en el derecho a construir sobre el suelo ajeno—, por aplicación de las normas generales.

La *propiedad superficiaria* podrá servir teóricamente de base también a la servidumbre de paso y es en la constitución de esta servidumbre por el superficiario en donde se ponen de relieve con mayor intensidad las posibles analogías con la enfiteusis (24). El superficiario no podrá constituir servidumbre voluntaria de paso perpetua sin el consentimiento del concedente, pero podrá constituirla temporalmente para durante la vigencia del derecho de superficie en el bien entendido que con la extinción de ésta se extinguirá también la servidumbre (25) a menos que se haya pactado en la escritura de constitución del derecho de superficie que el edificio seguirá de propiedad del superficiario al extinguirse la superficie en cuyo caso será preciso pacto expreso para que la servidumbre sea temporal.

Prácticamente, sin embargo, será rara esta hipótesis por cuanto el paso habría de establecerse no sobre el suelo sino sobre o por la construcción o edificación objeto de la propiedad superficiaria. Y si se admite y concede en un caso concreto el derecho de superficie como derecho de construir bajo el suelo ajeno, habría de establecerse el paso subterráneo, hipótesis ésta de paso que, prácticamente, podría ser más frecuente.

Sobre el suelo decimos que no podría constituir servidumbre de paso porque el superficiario no tiene un derecho de goce general del suelo sino limitado a los fines de construir o edificar sobre él. Sin embargo cuando la construcción no ocupe todo el suelo de la finca gravada y deje por el

(24) Estas analogías parecen acentuarse en la reglamentación que del derecho de superficie hace la Ley sobre régimen del suelo de 12 de mayo de 1956, artículos 157 a 161.

(25) Cfr. CAEROLLA, *op. cit.*, págs. 31 y sgte.

contrario una zona o espacio destinada a jardín o sendero, adscritos a la construcción superficiaria, podrá el superficiario constituir servidumbre de paso, tanto si se admite que su derecho sobre esta parte del suelo no edificada es de propiedad superficiaria como si se entiende que es un derecho real limitado de goce, pero en cualquier caso sometido a la temporalidad del propio derecho de superficie (26).

Cuando la *finca está gravada con una servidumbre*, su propietario tan sólo podrá constituir servidumbre de paso cuando ésta no sea perjudicial a la servidumbre ya existente. A tal conclusión llegamos por aplicación no sólo del principio repetidamente aludido (27), sino por aplicación también del art. 545 del Código civil, según el cual «El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida...» ya que dicho menoscabo se produciría con la constitución por el dueño de una servidumbre de paso que fuese perjudicial a la preexistente servidumbre.

El problema, sin embargo, se reconduce a determinar cuándo la servidumbre de paso que se pretende constituir puede o ha de considerarse perjudicial a la preexistente. La cuestión se resolverá para cada caso concreto examinando la extensión que según el título, o la posesión si fue adquirida por usucapión, tenga la servidumbre preexistente y el contenido que se dé a la servidumbre de paso que se pretende constituir, así como las condiciones topográficas del predio sirviente. Habrá servidumbres que, por regla general, difícilmente serán afectadas por la de paso que se pretende originar. Tal ocurre en general con las servidumbres negativas ya que el derecho que atribuye al titular activo de las mismas la posibilidad de exigir del titular pasivo una abstención, no será lesionado con la ingerencia que sobre el fundo gravado supone la servidumbre de paso que se pretende constituir.

En otros casos la solución puede estar en íntima conexión con la posición que se adopte en cuanto al problema de si la servidumbre grava todo el predio sirviente o sólo el lugar de ejercicio. Nos remitimos a lo que exponemos sobre este problema en otro lugar de esta obra (28). Aquí diremos solamente que si el paso ha de constituirse sobre el mismo lugar en que se ejercita otra servidumbre como la de acueducto que, por las

(26) En este sentido DEIANA, op. cit., págs. 374 y 375. En sentido contrario GULLÓN BALLESTEROS en «La superficie urbana.—El derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria», Sevilla 1960, pág. 88, que niega dicha posibilidad por entender que sobre ese espacio destinado a zona o jardín, en realidad el superficiario tiene ya un derecho de servidumbre constituido por el dominus soli a su favor.

(27) Vid. lo expuesto al comienzo de este apartado.

(28) Vid. capítulo VI.

construcciones anejas impida el tránsito por el mismo lugar, y no quepa que dicho paso se lleve a efecto por otro lugar del predio, dada su situación topográfica, ni que el dueño al amparo del art. 545 ofrezca a su costa otro lugar igualmente cómodo para el acueducto, no podría surgir la servidumbre de paso por la sola voluntad del dueño.

En el supuesto de predio gravado con hipoteca, no hay en principio inconveniente en admitir que la propiedad del mismo pueda ser considerada como posible derecho matriz de la servidumbre y que por tanto el propietario por su sola voluntad pueda constituir servidumbre de paso puesto que el acreedor hipotecario no tiene facultades de goce sobre el predio que se pudieran ver constreñidas por la constitución de la servidumbre de paso. Sin embargo existe una importante limitación, ya que no al nacimiento, sí a la subsistencia del gravamen constituido, derivada de la consideración de que tal gravamen disminuye en cierta medida el valor de la finca, y siendo la hipoteca un derecho de realización de valor (29) es lógico que cuando el derecho del acreedor se haya de hacer efectivo a través del correspondiente procedimiento, previa realización del valor de la finca hipotecada, no pueda ser afectado ese derecho por una disminución del valor de la finca causada por la sola voluntad del dueño al constituir la servidumbre sin consentimiento del acreedor hipotecario. Por ello, la Ley Hipotecaria, al regular el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria en el art. 131, consigna entre otras reglas, la decimoséptima en la que se dispone que «Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla, incluso las que se hubiesen verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla cuarta, despachándose al efecto el oportuno mandamiento, en el que se hará constar que se hicieron las notificaciones expresadas en la regla quinta, que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en caso de haber superado, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores...», precepto que es complementado por el

(29) Prescindimos de intento del estudio de la naturaleza jurídica de la hipoteca, cuyo estudio no consideramos oportuno abordar aquí. Vid. RUBINO, «L'ipoteca immobiliare e mobiliare» (Vol. IX del Trattato di Diritto Civile e commerciale de CICU y MESSINEO), Milán, 1956, págs. 3 y sgtes., y la recensión por NÚÑEZ LACOS de la conferencia de LA RICA sobre «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia, T. 181, año 1947, págs. 63 y sgtes.

art. 233 del Reglamento hipotecario, según el cual «En el auto de adjudicación de bienes a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley, se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor. Se exceptúan las practicadas con posterioridad a la extensión de la nota prevenida en el párrafo 4.º de la regla 4.ª del artículo citado, para cuya cancelación bastará la referida expresión genérica».

Por otro lado, cuando se utiliza el procedimiento ejecutivo extrajudicial, el art. 235 del Reglamento hipotecario en su regla décima dispone que «Será título bastante para practicar la inscripción a favor del adjudicatario de los bienes, así como la cancelación de la inscripción de hipoteca y la de todos los asientos posteriores y no preferentes a ésta, la escritura pública otorgada por el rematante o adjudicatario y el dueño de la finca o el mandatario designado conforme al artículo anterior, en la cual se harán constar detalladamente todos los trámites y diligencias practicados en cumplimiento de lo establecido en las reglas anteriores...».

Y con carácter más general, aplicable también al procedimiento ejecutivo ordinario, dispone la regla 2.ª del art. 175 del Reglamento hipotecario que «Cuando en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor, a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá expresarse que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores.—Continuarán subsistentes y sin cancelar las hipotecas y demás gravámenes preferentes al crédito del ejecutante...».

En el supuesto de *finca gravada con derecho real de anticresis*, el acreedor puede tener el goce de la finca; y consiguientemente, la propiedad en este caso, no podrá servir por sí sola de base a la constitución de la servidumbre de paso (30), ya que ésta es perjudicial al goce del acreedor, es decir, para constituir la servidumbre se precisaría consentimiento del acreedor. Pero si se entendiese que la servidumbre no perjudica al derecho de éste sobre los frutos, o en los casos en que el acreedor, conforme al art. 1.883 no tuviese el goce del fundo, podría constituirla el dueño por sí sola, pero aplicaríamos entonces la doctrina antes expuesta sobre la

(30) Por aplicación de la doctrina expuesta para el caso de predio usufructuado. Vid. lo expuesto anteriormente para dicho supuesto.

hipoteca y consiguientemente, llegado el momento de la ejecución habrían de aplicarse las normas expuestas que regulan la suerte de los gravámenes posteriores a la anticresis (31), es decir, procedería la extinción y cancelación de la servidumbre de paso.

Cuestión interesante es la de si la *propiedad de un predio arrendado* puede servir por la sola voluntad de su dueño, de derecho matriz a una servidumbre de paso. Entendemos que, cualquiera que sea la posición doctrinal que se tome en orden a la naturaleza jurídica del arrendamiento y más concretamente del derecho del arrendatario, no cabe duda que confiere a éste una facultad de goce de la finca que tiene grandes analogías con el usufructo, por lo que pueden ser aplicables a este caso las soluciones a que llegamos al contemplar el caso de propiedad gravada con usufructo (32). Y la solución negativa a que llegamos entonces se ve reforzada aquí por la idea de que si en el usufructo basta con que el propietario no ponga obstáculos al goce del predio por el usufructuario, en el arrendamiento el propietario está obligado a más, a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (33), a abstenerse de todo acto que pueda impedir o perturbar dicho goce (34) y aun a responder de las perturbaciones de derecho causadas por un tercero (35).

Podrían presentarse dudas en los arrendamientos regidos por el Código civil, no inscritos en el Registro de la Propiedad, en los que rige el principio «venta quita renta» («emptio tollit locatum»). Si el propietario puede originar indirectamente la extinción del arrendamiento no inscrito simplemente con la venta del predio ya que conforme al art. 1.571 del Código civil el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta (salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria) podría parecer que con mayor razón debería de admitirse la posibilidad de provocar la extinción parcial del arriendo en cuanto a la zona de terreno sobre que haya de ejercitarse el paso si es permanente, o de provocar simplemente la inmisión en la esfera jurídica de goce del arrendatario cuando el paso sea transitorio. Pero no aceptamos la excepción ni, claro está, el argumento que podría conducir a él. Si el comprador de finca arrendada cuyo arrendamiento esté su-

(31) Vid. SANZ FERNÁNDEZ, «El derecho de preferencia en la anticresis», en *Revista de Derecho Privado*, T. XXVII, págs. 223 y sgtes.

(32) Vid. DEIANA, *op. cit.*, págs. 421 y sgtes. en donde llega a la conclusión para este caso de que la servidumbre nace pero no puede ser ejercitada mientras dure la relación arrendaticia.

(33) Art. 1.554, n.º 3 del Código civil.

(34) Cfr. art. 1.557 del Código civil.

(35) Cfr. artículos 1.554 n.º 3 y 1.553 del Código civil.

jeto a las normas del Código civil y no se halle inscrito en el Registro de la Propiedad, puede hacer que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, ello es debido a que dicho arrendamiento que le sustrae temporalmente el goce material de la finca es «res inter alios acta» que no le puede afectar (36). Pero no puede decir lo mismo el arrendador dueño de la finca, parte en el contrato (por haberlo celebrado él o por subrogación) y que como tal parte debe respetar mientras lo sea, las obligaciones que en defecto de pacto la Ley le impone y a que antes aludimos.

No obstante, si infringiendo sus deberes obligacionales constituyera la servidumbre de paso y el titular activo de la misma inscribiera su adquisición en el Registro de la Propiedad, siendo esta adquisición a título oneroso, de buena fe, y de persona que en el Registro apareciese con facultades para disponer del referido derecho (por no estar inscrito el arrendamiento), sería mantenido en su adquisición por gozar entonces de los beneficios de la fe pública registral conforme al art. 34 de la Ley Hipotecaria, y podría ejercitar su derecho sobre el predio arrendado, sin perjuicio de que el arrendatario exija la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y pida además la rescisión del contrato o sólo aquella indemnización, conforme al art. 1.556 del Código civil.

Pero no ya la propiedad, sino también algunos iura in re aliena, pueden servir de base a la constitución de la servidumbre de paso (37) con tal de que para su creación puedan cumplirse los requisitos propios de la creación constitutivo-derivativa de los derechos subjetivos según los principios que antes esbozamos.

El *usufructo* se halla en este caso, puesto que atribuye un derecho de goce general sobre el fundo dentro del cual caben las facultades de tránsito por él que integran el contenido o parte del contenido de la servidumbre de paso, siempre que para el ejercicio de éste no sea preciso realizar una alteración material del fundo, ya que, por perjudicar entonces al derecho del nudo propietario no le sería lícito al usufructuario constituir-la por su sola voluntad. Ahora bien, siguiendo los principios repetidamente expuestos sobre constitución derivativo-constitutiva de los derechos, si el derecho matriz de usufructo es por naturaleza temporal, temporal habrá de ser la servidumbre que se constituya y por ende su duración será la misma que la del usufructo de que nace. El Código civil reconoce en el art. 480 que el usufructuario puede enajenar su derecho de usufructo y consiguientemente habrá que admitir la posibilidad de que efectúe la

(36) Precisamente el Código exige para que el arrendamiento de bienes raíces pueda surtir efectos con relación a terceros, que se halle debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 1.549).

(37) De algunos de ellos ya nos hemos ocupado en páginas anteriores.

enajenación parcial del derecho limitado de goce en que consiste según hemos visto, la constitución de una servidumbre como la de paso. Pero el propio artículo, siguiendo una línea de pensamiento ortodoxa, declara que todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo.

En cuanto a la idoneidad de los *derechos de uso y de habitación* para servir de derecho matriz a la constitución de la servidumbre de paso, podría depender de la extensión que se reconociera al contenido de estos derechos, pero no consideramos preciso tratar dicha cuestión ya que encontramos un obstáculo insuperable en la prohibición que el art. 525 establece en orden a la transmisibilidad de estos derechos.

La *servidumbre preexistente* sobre el fundo no puede servir de base a la constitución de la servidumbre de paso en virtud del principio «*servitus servitutis esse non potest*» (38). Principio éste que más que al problema de si la servidumbre puede ser objeto de otra servidumbre lo referimos a la cuestión de si la servidumbre puede ser derecho base para constitución de otra servidumbre, y que conforme a los principios generales expuestos debe resolverse negativamente dada la inalienabilidad de éstas con independencia del fundo dominante consecuencia del principio de inseparabilidad o adherencia de este derecho real (39).

El *derecho de arrendamiento* ¿puede servir de derecho matriz para la constitución de la servidumbre de paso? Si lo configuramos como derecho personal, la solución será negativa por cuanto un derecho personal no puede dar lugar a la creación constitutivo-derivativa de un derecho real. Si lo configuramos como derecho real no habría inconveniente en admitir el arrendamiento como derecho matriz de la servidumbre siempre y cuando se admita previamente la alienabilidad de dicho derecho de arrendamiento. De ahí que sólo podría darse el supuesto en caso de arrendamientos sujetos al Código civil que hubieran sido inscritos en el Registro de la Propiedad (40) y en todo caso la servidumbre constituida habría de tener la misma duración que la del arrendamiento que le sirve de soporte.

Puede ocurrir que la titularidad del derecho matriz pertenezca a una pluralidad de sujetos en *comunidad*. El caso más típico es el del *condominio*, previsto en el art. 597 del Código civil, según el cual «Para imponer servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.—La concesión hecha solamente por algunos, que-

(38) D. 33, 2, 1 si bien en D. 8, 3, 33, 1, la regla es «*...neque servitutis fructus constitui potest*». Sobre esta divergencia véase Biondi, op. cit., pág. 153.

(39) Cfr. art. 534 Código civil.

(40) Cfr. artículos 1.549, 1.550 y 1.571 del Código civil.

dará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.—Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido».

Cuando todos los copropietarios concurren al acto constitutivo y prestan su consentimiento simultáneamente, no se plantea problema especial. El problema puede surgir cuando el consentimiento surge o se presta en forma sucesiva. ¿Cuándo surgirá la servidumbre? ¿qué valor tendrá el consentimiento prestado ya por uno de los condóminos mientras no lo presten los demás?

Las dos cuestiones parece resolverlas el indicado precepto del Código. Y así, en cuanto a la primera, dice el párrafo segundo del mentado artículo 597: «La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros» Precepto que debe entenderse en el sentido de que el título para la constitución surgirá cuando hayan prestado su consentimiento todos los condóminos, pero claro está que para que el derecho real de servidumbre surja será preciso en su caso según lo indicado antes (41) que se complete con el modo.

A la segunda se refiere el tercer párrafo de dicho artículo al disponer que «...la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido». Claro está que este precepto se refiere al consentimiento («concesión») prestado por uno de los condóminos puramente, ya que si lo prestara bajo condición o a término habría que estar a la limitación que la respectiva condición o plazo impusiera a la efectividad de dicho consentimiento. Tal por ejemplo el supuesto en que el condómino preste el mismo bajo la condición suspensiva de que los demás condueños también consientan la servidumbre: no quedará obligado entonces por la regla del citado párrafo 3.º ya que de los artículos 594 y 598 del Código civil se desprende el valor prelativo que la voluntad de las partes tiene en todo lo que no se oponga al orden público o a precepto legal imperativo, en cuyo caso no está este precepto, que no contempla este supuesto y a cuyo resultado se puede llegar además por aplicación de los artículos 1.113 y siguientes del Código civil de observancia tanto para el caso en que se hubiere constituido por testamento conforme al art. 791, como al supuesto en que hubiere surgido por acto entre vivos.

(41) Vid. lo expuesto al comienzo de este apartado.

Puede ocurrir que una vez prestado el consentimiento por uno de los condóminos, puramente: 1.º Se guarde silencio por los demás, y entonces se aplicará dicho párrafo 3.º del art. 597 que comentamos; 2.º Manifiesten su voluntad contraria a la constitución y por consiguiente se tenga la certeza de que la servidumbre no surgirá, ¿seguirá entonces sujeto el condómino que consintió a lo preceptuado en el párrafo 3.º del repetido artículo, es decir, a no impedir el ejercicio del derecho concedido? Creemos que sí, y, por tanto, a menos que tal evento se haya elevado a la categoría de condición resolutoria, quedará vinculado por su propia manifestación de voluntad. No puede decirse que jamás podrá surgir la servidumbre, puesto que los causahabientes de los demás condóminos, y aun estos mismos, pueden con posterioridad manifestar una voluntad dirigida a la constitución, no obstante haber sido antes contrarios a su nacimiento. Pero aun en el supuesto de que se admitiera que la servidumbre no pudiese ya surgir, el efecto del párrafo 3.º justificaría la permanencia del mismo en tiempo ulterior, ya que para la producción de dicho efecto no precisa el consentimiento de los demás condóminos, antes al contrario es presupuesto del mismo que falte dicho consentimiento de los demás condueños.

El derecho surgido por virtud de la voluntad del solo condómino a favor de otra persona, es de naturaleza personal. Tan sólo obliga al concedente y a sus sucesores aunque lo sean a título particular a no impedir el ejercicio del derecho concedido (41 bis), mas no a los otros condóminos, los cuales en cualquier momento podrán oponerse al ejercicio del derecho concedido: es una obligación «propter rem» desde el lado pasivo (42) en cuanto los sucesores en la cuota, aunque lo sean a título particular, tienen la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Realmente, como dice DEIANA (42 bis), la declaración del condómino produce un doble efecto: atribuir inmediatamente al «concesionario» un derecho personal, y contribuir al nacimiento de la servidumbre; ambos efectos se producen en todo caso, lo que ocurre es que una vez nacida la servidumbre aquellos quedan desprovistos de todo valor práctico.

El art. 597 del Código civil que examinamos, plantea otros problemas no menos interesantes:

Así, cuando el condómino concedente adquiriera la propiedad de todo el fundo. En este caso la doctrina distingue dos supuestos según que ten-

(41 bis) Art. 597, párrafo 3.º Código civil.

(42) Y como dice DEIANA (op. cit., pág. 407), también desde el lado activo en cuanto el derecho pasa a los que adquieren la propiedad del fundo perteneciente al concesionario (no olvidemos que nos estamos refiriendo a la servidumbre predial).

(42 bis) Op. cit., pág. 408.

ga lugar dicha adquisición por un acto de naturaleza declarativa como la partición, o traslativa como la compraventa de las demás cuotas. En el primer caso, dado el efecto retroactivo que la adjudicación de la cosa hasta entonces común tiene (43) se entenderá constituida la servidumbre por el propietario único del fundo y la declaración del solo condómino habrá sido título hábil, en definitiva, para la constitución del gravamen. Además puede servir de apoyo a este razonamiento la estructura misma del condominio como concurso de varios derechos de propiedad exclusivos que recaen sobre toda la cosa. El copropietario podría obrar en principio como propietario único si la existencia de los demás derechos de propiedad no implicasen una limitación de su derecho, y la medida en que los respectivos derechos se limitan es precisamente la cuota. Pues bien, cuando por cualquier causa desaparece esa limitación, desaparece el obstáculo que impedía a la potencialidad creadora del dominus la constitución de la servidumbre por su sola voluntad. Y este razonamiento puede servirnos para el segundo caso contemplado en el que el condómino adquiere los derechos de los demás condóminos por acto de naturaleza traslativa, con más la consideración, válida para el primer caso de que el obligado a no impedir el ejercicio del derecho concedido es el dueño del predio sirviente, y éste y sus sucesores habrían de respetar el ejercicio del derecho concedido, por lo que, prácticamente, aun cuando se admitiera que el derecho real no surge, los derechos del concesionario quedarían asegurados. BRANCA (44) para este caso entiende que frente a los demás condóminos cuyas cuotas adquiere el concedente, se puede configurar la relación como una constitución de servidumbre condicionada expresa o tácitamente («*condictio iuris*») a la adquisición de todo el fundo por el concedente.

¿Quid si todos los condóminos enajenan el fundo a un tercero, de común acuerdo?, BRANCA (45) entiende que la servidumbre surgiría del mismo modo que cuando la cuota del concedente es adquirida por los demás condóminos puesto que a la acción negatoria de servidumbre que éstos invocaran, se podría oponer la excepción perentoria de que ellos, como causahabientes del concedente están obligados a no impedir el ejercicio del derecho concedido. DEIANA (46) por el contrario entiende con mayor razón a nuestro juicio, que la servidumbre no surge en este caso: no se comprende —dice— por qué la obligación que el tercero tendría como causahabiente del concedente habría de destruir el derecho de oponerse a la ingerencia y que ha pasado al tercer adquirente de todo el fundo. No

(43) Cfr. art. 450 del Código civil.

(44) Op. cit., pág. 524

(45) Op. y loc. cit.

(46) Op. cit., pág. 415

cabe alegar que algo parecido ocurre cuando el concedente adquiere las cuotas de los demás, porque el condómino concedente ha declarado implícitamente querer que la servidumbre nazca cuando logre la propiedad de todo el fundo, no cuando el dominio de éste pase a un tercero. Pero quizá el argumento de mayor fuerza es que la obligación de no impedir el ejercicio del derecho concedido corresponde al concedente y a sus sucesores, se entienden sucesores en su cuota, pero no incumbe al que, habiéndose extinguido la copropiedad por enajenación al mismo del predio, adquiere el dominio único sobre el inmueble.

Cuando el adquirente del fundo sea otro condómino que no haya consentido la concesión del gravamen, no surgirá tampoco la servidumbre por razones análogas a las ya indicadas; con más, para el supuesto de que la adjudicación del fundo se realice por extinción de la comunidad en acto particional, por virtud de la naturaleza declarativa del mismo quedaría bien claro que el condómino adquirente no es sucesor del copropietario concedente y por ende no quedará obligado a tolerar el ejercicio del derecho concedido.

Otro problema interesante es el que plantea la extinción de la comunidad mediante la división material del predio común y adjudicación de las porciones resultantes a los distintos condóminos en propiedad individual. No cabe duda que las porciones divisas adjudicadas a los demás copropietarios, estarán libres del gravamen dada la naturaleza declarativa del acto y por virtud de los argumentos expuestos.

Pero ¿qué ocurre con la porción correspondiente al condueño concedente? Entendemos que resultará gravada con la servidumbre. Esta surgirá con la adjudicación al mismo de la porción divisa correspondiente y sobre la misma parcela. Tan sólo cabría entender que la servidumbre no quedaría constituida para el supuesto en que la concesión la hubiere hecho designando el lugar de ejercicio de la servidumbre de paso y se entienda (como se verá en el capítulo correspondiente) que la designación del lugar de ejercicio concentra sobre el mismo todo el gravamen, liberando de él al resto de la finca (47). Salvo este supuesto, en los demás surgiría la servidumbre, y ello incluso en el supuesto en que la porción asignada al concedente no lindara con el predio vecino, ya que el titular de la servidumbre podrá obtener por su parte la constitución del gravamen a su favor sobre las parcelas intermedias.

Hemos visto en las páginas precedentes qué derechos pueden servir de base o matriz a la constitución de la servidumbre de paso. Pues bien, el acto constitutivo de la servidumbre deberá ser otorgado por el titular o titulares del o de los derechos en base a los cuales se constituye la

(47) Sobre este problema vid. capítulo VI.

servidumbre. Con más precisión, diremos que el acto deberá otorgarlo quien tenga poder de disposición de dicho derecho o derechos, complementado en su caso con el consentimiento del sujeto del poder de disposición del derecho o derechos que pueden ser también afectados por dicha constitución según los supuestos antes estudiados. Además se precisa la correspondiente capacidad de obrar, la cual estará en relación con el título o acto constitutivo, teniendo en cuenta para graduarla que la constitución de la servidumbre implica un gravamen sobre inmuebles (48).

Pero no basta el examen hasta ahora realizado de ese aspecto constitutivo de la servidumbre que mira al concedente o al derecho matriz en base al cual se constituye el gravamen. Es preciso ahora determinar quién debe aceptar, en su caso, la servidumbre concedida, quién está legitimado para adquirir la servidumbre, o mejor aún, quién puede ser el titular activo de la servidumbre de paso.

Tratándose de servidumbre personal, el problema no existe (49). El problema surge cuando se trata de servidumbre predial de paso en que el titular activo del derecho real ha de ser, por definición, una persona determinada precisamente por su relación con el predio dominante. ¿Qué derecho, teniendo por objeto dicho predio, atribuye a su titular, en su caso, la titularidad activa de la servidumbre de paso? Cuando, empleando términos vulgares se concede servidumbre de paso a favor del fundo X, sobre el fundo A, ¿cuál de entre los varios derechos que pueden tener por objeto el fundo X, atribuye a su titular el derecho al paso por el fundo A? ¿Quid en el caso en que se conceda la servidumbre a favor del que en cada momento sea propietario del fundo X?

No cabe duda de que el dueño del presunto fundo dominante, cuando no existe ningún otro derecho sobre el fundo, es el que debe aceptar la servidumbre de paso. Esta, facilita o hace posible o más cómoda la explotación o goce del predio dominante al darle una salida, que no tenía, a camino público, o al concedérsela en condiciones más ventajosas que las preexistentes, y en este sentido, la servidumbre predial de paso, no sólo es un derecho real de goce sobre el fundo sirviente, sino que además es un derecho que sirve al propio goce del predio dominante, de cuyo goce es, en cierta medida, instrumento. Esto supuesto, lógico es que sea al propietario del fundo dominante, titular primario del goce pleno y ge-

(48) El estudio concreto de esta capacidad es tema de Parte General del Derecho civil, y no creemos por ello oportuno traerlo a estas páginas.

(49) Puesto que en ellas el titular activo es designado por la sola consideración a su persona y con independencia absoluta de su relación con un bien inmueble o derecho real sobre él.

neral del predio, a quien corresponda la titularidad activa de la servidumbre, que sea él quien, por consiguiente, deba aceptarla.

El Código civil parece reconocer implícitamente esta tesis en varios artículos; así en el 536 al decir que «Las servidumbres se establecen por a Ley o por la voluntad de los propietarios» «...y en los artículos 543 a 545, y números 1.º, 5.º y 6.º del 546 en que se refiere al dueño del predio dominante la titularidad activa de la servidumbre. Y este mismo criterio parece seguir en los artículos 564, 567 y 568, referentes a la servidumbre legal de paso.

Será, pues, el dueño, quien debe aceptar la servidumbre y quien en principio y en su caso deberá contratar la constitución de la servidumbre de paso con el dueño del predio sirviente.

En el supuesto de *predio usufructuado*, la solución puede depender desde un punto de vista puramente científico, del concepto que se tenga del usufructo, ya que si se llega a admitir que es un derecho de propiedad temporal, no habría inconveniente en concluir que como tal propietario podría constituir la servidumbre o aceptarla; en suma, sería titular activo de la servidumbre, si bien con la temporalidad propia al derecho de usufructo que le sirve de soporte. Pero admitiendo, como nos parece más aceptable de conformidad con nuestro Derecho positivo, que el usufructo es un *ius in re aliena*, la cuestión puede plantear mayores dificultades. Ya en el Derecho Romano, encontramos un texto de Juliano en que se concedía al usufructuario la «vindicatio» de la servidumbre (50) y en otro por el contrario (51) se afirma que según Labeon, Nerva y Marcelo el usufructuario no podía reivindicar la servidumbre sino utilizar la confesoria del usufructo. De ellos deduce Grosso (52) que según Juliano corresponde al usufructuario una cotitularidad de la servidumbre mientras que para los otros jurisconsultos, el contenido del usufructo del fundo comprendería también la utilidad que proporciona la servidumbre.

Nuestro Código parece seguir esta última concepción desde el momento que en su art. 479 dispone que «El usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor y en general de todos los beneficios inherentes a la misma. El usufructuario podrá por consiguiente gozar de la servidumbre de paso establecida «a favor de la cosa usufructuada». Habrá que entender que el derecho del usufructuario se refiere a las servidumbres constituídas ya al nacer el usufructo, o las que puedan nacer en lo sucesivo.

(50) D. 43, 25, 1, 4, cfr. D. 39, 1, 2.

(51) D. 7, 6, 1 pr.; 5, 1.

(52) Op. cit., pág. 86.

Ahora bien, como así parece desprenderse del contexto del artículo que examinamos, en relación con los que antes citamos (y esto, por supuesto en los casos ordinarios), la titularidad activa de la servidumbre corresponderá al propietario si otra cosa no resulte del acto constitutivo. Será por tanto el propietario quien deberá aceptar la servidumbre constituida «vulgariter» a favor del predio dominante, si bien una vez constituida, podrá el usufructuario gozar de élla.

Sin embargo, como dice BURDESE (53) la más reciente, y, —en su opinión— la mejor doctrina, ha abandonado la idea de considerar al usufructuario del fondo como accesoriamente titular de una especie de usufructo sobre la servidumbre a favor del fondo mismo. Y el Código civil italiano de 1942, en su art. 1.012, párrafo 2.º, afirma que el usufructuario puede hacer reconocer la existencia de la servidumbre a favor del fondo, debiendo sin embargo llamar a juicio al propietario. Y el art. 1.078 de dicho Código afirma que las servidumbres constituidas por el usufructuario a favor del fondo no cesan al extinguirse el usufructo. Por su parte, nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de septiembre de 1961, y con relación a la servidumbre coactiva de paso, niega la acción para pedir su constitución al nudo propietario (54).

Lo cierto es que, aun admitiendo que la titularidad activa corresponde al propietario, también el *usufructuario* podrá ser titular activo de la servidumbre predial de paso (55). Como dice CAEPOLLA (56) los que pueden imponer servidumbre sobre un fondo, pueden con mayor razón adquirirla (57). Por tanto, el usufructuario, que puede gravar con servidumbre de paso el predio usufructuado— decimos nosotros— con mayor razón podrá convenir la constitución de una servidumbre «en favor de dicho predio», si bien cuando solo él concorra al acto constitutivo, la servi-

(53) «Servitù prediali». Vol. 3.º, fasc. 4.º del «Trattato di Diritto civile», de Grosso y SANTORO-PASSARELLI, Milán, 1960, págs. 24 y sgte.

(54) No debe olvidarse, empero, que al nudo propietario puede corresponder la percepción de ciertas utilidades del fondo usufructuado (vid. por ej. art. 484) para las que puede serle preciso el paso (sobre este problema, vid. BURDESE, op. cit., pág. 25 y más especialmente respecto a la servidumbre coactiva de paso, págs. 160 y sgtes).

(55) En contra SACCHI, en «Trattato teorico-pratico sulle servitù prediali», Turín, 1902, I, pág. 520, que entiende que el usufructuario puede retener pero no adquirir el derecho de servidumbre.

(56) «Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum», Lugduni, 1666, pág. 35.

(57) Principio que recoge el art. 3.012 del vigente Código civil argentino al proclamar que «Los que pueden establecer servidumbres en sus heredades, pueden adquirirlas...». Ya la Ley 10, Tit. 33, Partida 7.ª decía: «...aquel a quien es defendido de non enagenar la cosa, que la non puede... poner seruidumbre en ella, nin darla a censo a ninguna de aquellas personas a quien es defendido de la enagenar».

dumbre tendrá la temporalidad propia del usufructo, y se extinguirá con éste. En este caso será él el titular activo de la servidumbre. Claro está que si aun concurriendo solo, se ha pactado una mayor duración, extinguido que sea el usufructo nos encontraremos con un supuesto análogo al que examinaremos luego, de constitución de la servidumbre a favor de un determinado predio, aceptada por persona extraña al mismo, y que precisará, como luego veremos, la voluntad favorable del dueño de dicho predio dominante para que la servidumbre continúe su existencia en beneficio de dicho predio.

Si al acto constitutivo concurren el propietario y el usufructuario, en este caso pueden considerarse ambos cotitulares activos de la servidumbre de paso.

Un problema puede plantear el supuesto en que constituida la servidumbre predial, con la expresión «a favor de tal predio» o «en beneficio de tal predio», su propietario renuncia expresamente (58) o de un modo tácito, absteniéndose de aceptarla. ¿Podría entonces aceptarla el usufructuario? En cada caso concreto deberá indagarse cuál ha sido la voluntad del constituyente del gravamen (desde el lado pasivo), y en aquellos casos en que sea posible admitir que lo que éste ha querido ha sido proporcionar un medio más de instrumento para el goce del presunto fundo dominante, no habrá inconveniente serio en admitir que el titular del goce general del predio que es, en el supuesto que contemplamos, el usufructuario, pueda aceptar la servidumbre, deviniendo en este caso titular activo de la misma, y teniendo en este caso una duración correspondiente a la vida del usufructo como en el supuesto antes examinado.

En cuanto al *usuario* y al *habitacionista*, si reconocemos el carácter instrumental que para el goce del predio dominante tiene la servidumbre, y la naturaleza del uso y de la habitación, de derechos reales de goce limitado, tendremos que admitir la posibilidad de que sus titulares puedan adquirir la servidumbre, constituir la a favor del predio, ser titulares activos de la misma y aceptarla, posibilidad mucho más clara cuanto más extensión se dé al contenido de estos derechos. En todo caso consideramos aplicables a este supuesto, «mutatis mutandis», las consideraciones antes hechas para el usufructo, particularmente en cuanto a su duración.

Por lo que respecta a la *enfiteusis*, no nos ofrece duda la posibilidad de que el enfiteuta acepte la constitución de servidumbre de paso en beneficio del fundo enfiteútico, tanto si se considera a aquél como verdadero propietario del fundo, como si se le considera simple titular de un derecho de goce general del predio. Más dificultades presenta la posición del censualista en este problema concreto, derivadas de las divergencias

(58) Renuncia preventiva.

doctrinales en orden a la propia naturaleza jurídica del derecho de que aquél es titular. Pero aun admitiendo que es un derecho real en cosa ajena propiedad del enfiteuta, no puede negársele el derecho a recuperar el dominio de la finca en los supuestos de comiso reconocidos en el art. 1.648 del Código civil, lo que es bastante para justificar su interés por el mejoramiento del fondo enfiteútico, interés que es más patente en el caso en que la pensión consista en una parte alícuota de los frutos del fondo censido. Y si esto se admite, podría aceptarse la posibilidad de que el «dueño directo» adquiriera la servidumbre de paso y sea titular activo de la misma, puesto que en definitiva dicha servidumbre aumentará el valor del predio facilitando su goce; DE LA VILLE (59) así lo entiende y añade que si el enfiteuta no quiere usar de la servidumbre de paso constituida por el censalista, es libre para ello, pero aun cuando no la use, el derecho subsiste mientras no transcurra el plazo de prescripción extintiva del mismo, plazo que, por otro lado, puede ser interrumpido. Sin embargo, pese a los argumentos expuestos, creemos que el censalista no puede adquirir la servidumbre de paso en favor del predio enfiteútico sin el consentimiento del enfiteuta, a menos que lo haga con la condición suspensiva de readquisición del dominio del fondo censido, en cuyo caso su titularidad quedará expectante hasta el cumplimiento de la condición, es decir, no se producirá en él, o mejor, no tendrá, una titularidad *actual*: y ello porque pese al interés que tiene o pueda tener en el mejoramiento del fondo, lo cierto es que actualmente, ni aún en el supuesto de que la pensión consista en una parte alícuota de los frutos de la finca enfiteútica, carece de facultades de goce directo del fondo al cual ha de ser instrumento la servidumbre de paso que se pretende.

El titular activo de una *servidumbre predial* sobre un fondo, que llamaremos fondo X, ¿puede como tal adquirir una servidumbre de paso a favor de dicho fondo X? ¿puede ser titular activo de la servidumbre que se constituya a favor de dicho fondo X? Creemos que la solución debe ser negativa puesto que la titularidad activa de una servidumbre predial, debe o puede pertenecer sólo a titulares de derechos que atribuyan directamente el goce del fondo dominante al sujeto, pero no a los que tienen sobre éste tan sólo un derecho a percibir una utilidad concreta como instrumento al goce de otro fondo distinto. En definitiva, si el titular de la servidumbre predial sobre X, en cuanto tal titular de servidumbre, constituye sobre el fondo A una servidumbre de paso «en beneficio del fondo X» considerando titular activo de esta nueva servidumbre al constituyente en cuanto fuese ya titular activo de otra servidumbre predial sobre X, realmente, en el fondo, lo que se produciría sería atribuir

(59) Op. cit., I pág. 510.

la utilidad del tránsito sobre el predio A al que tiene la utilidad concreta sobre X (como titular activo de otra servidumbre predial), como instrumento al goce del fondo B, dominante de X, es decir, que en definitiva, la servidumbre sería no a favor de X sino de B, aunque a través de la utilización del fondo X.

Si el titular activo de la servidumbre sobre X estuviese determinado individualmente y no por su relación con otro fondo, esto es, si la servidumbre es personal, la solución en principio debe ser la misma: Si se constituye en beneficio del fondo X una servidumbre predial de paso sobre el fondo A, él no podrá ser titular activo de la nueva servidumbre porque el contenido de su derecho sobre el fondo X está predeterminado a la obtención de dicho fondo X de una utilidad concreta, distinta de la que éste suele proporcionar en general conforme a su destino económico, no a todas las utilidades o ventajas del fondo X, de las que sería en cierto sentido «accesoria» la servidumbre predial de paso sobre el fondo A.

Pero, si considerando que la servidumbre de paso sobre A sirve como instrumento a la obtención de la utilidad concreta del fondo X que es contenido de la servidumbre personal de que se trata, se concede el paso a favor del titular activo de ésta, en definitiva se trataría de una servidumbre predial sobre el fondo A a favor del concreto titular de la servidumbre personal sobre el fondo X, y no habría inconveniente en admitir que dicho titular activo la adquiriese. Al mismo resultado se llegaría si se entendiese que esta servidumbre de paso es «accesoria» de la servidumbre personal sobre X, o con más precisión, si se entendiese que el «paso» es «adminicula servitutis» de la servidumbre personal sobre X (60).

El *superficiario* podrá adquirir la servidumbre de paso constituida en beneficio de la construcción o edificio objeto de la propiedad superficial. En defecto de previsión de las partes acerca de la duración de este derecho ¿cuándo se extinguirá? En principio, atribuida la titularidad activa al superficiario, durará lo que dure el derecho de superficie, y su extinción arrastrará la de la servidumbre de paso. Pero en el supuesto en que se haya constituido la servidumbre de paso a favor del que en todo momento sea propietario del edificio, la vida de la servidumbre no ha de estar necesariamente ligada a la del derecho de superficie.

El dueño del suelo no podrá constituir por sí, servidumbre de paso «a favor» del edificio por razones análogas a las ya expuestas al tratar de la posición del censalista en orden a la constitución de servidumbre a fa-

(60) Vid. lo expuesto en la Introducción para el supuesto concreto contemplado en los arts. 555 y 556 en relación con el 570 del Código civil.

vor del predio enfiteútico. Claro está que podrá constituirla «a favor del suelo», de cuya servidumbre será entonces titular activo.

Por otro lado, el superficiario podrá utilizar la servidumbre de paso de que sea titular el dueño del suelo, cuando la finca sobre la que recae el derecho de superficie no tenga otra salida a camino público. Como dice BALBI (61) al superficiario le corresponden las facultades de utilización del suelo consiguientes al ejercicio de su derecho de propiedad y que corresponderían al propietario del suelo en que no existiese derecho de superficie. Las normas sobre la propiedad —insisten— valen para el superficiario no sólo para cuanto concierne a la construcción sino para los otros aspectos de su derecho, siempre en relación al fin propio del derecho de superficie, e independientemente de la existencia de la construcción (62). Por nuestra parte, entendemos que al derecho real de goce limitado del suelo que corresponde al superficiario, goce limitado a la finalidad de construcción, se le puede aplicar por analogía la norma del artículo 479 del Código civil, que permite al usufructuario disfrutar de las servidumbres que tenga a su favor el predio usufructuado; ciertamente que la posición del superficiario en relación con el suelo, no es la de un usufructuario en cuanto el goce del superficiario está limitado como decimos a la finalidad de construcción, pero el uso de la servidumbre no sólo no contradice dicha limitación, sino que es indispensable para que la finalidad que la concreta, de construir, se pueda cumplir.

Es más, creemos que el dueño del suelo debe proporcionar al superficiario el correspondiente acceso a la vía público, puesto que, como dice GULLON BALLESTEROS (63) el dueño del suelo está obligado a proporcionar el suelo en condiciones de servir para el uso a que se le destina. Y naturalmente que como requisito previo al uso, la posibilidad de tener acceso a él.

Ahora bien, no vemos inconveniente en que el superficiario pueda adquirir servidumbre de paso a favor del suelo, en su calidad de titular de un derecho real de goce limitado del mismo puesto que la limitación de dicho goce que afecta al superficiario, según antes se ha expuesto, que exige que el goce del suelo vaya ordenado a la construcción, no es obstáculo a la adquisición por él del derecho de servidumbre de paso como instrumento al mejor goce limitado de dicho suelo (64). Pero la indemni-

(61) «Il Diritto di superficie», Torino, 1947, pág. 84.

(62) Op. cit., pág. 85.

(63) Op. cit., págs. 80 y 81.

(64) Y esta servidumbre tendrá una duración limitada a la vida de su derecho cuando no concurriera a su constitución el dueño del suelo, salvo pacto en contrario y posterior aceptación en su caso del dueño del suelo.

zación que hubiere de satisfacer para la constitución del gravamen, en su caso, no la podrá repetir contra el dueño del suelo, cuando ya tuviera otro acceso a la vía pública, y en todo caso cuando el dueño no hubiese sido también parte en el acto constitutivo, ya que para hacer efectiva dicha obligación del dueño del suelo de proporcionarle paso, siempre tendría el camino de la constitución coactiva de la servidumbre de paso a través del correspondiente procedimiento en el que habría de ser llamado dicho dueño.

Lo que, con menos dificultades podrá hacer el superficiario, antes de construir, será adquirir servidumbre de paso en beneficio del futuro edificio, que estará subordinada en cuanto a su eficacia a la condición suspensiva de la construcción del mismo. La posibilidad de esta servidumbre está reconocida en el art. 1.029 del vigente Código civil italiano. En nuestro Derecho cabe admitir, aun sin precepto expreso, la posibilidad de un contrato dirigido a constituir servidumbre predial de paso sometido a la condición expuesta, al amparo de las reglas generales de las obligaciones y contratos (65).

¿Quid del *arrendatario* de un fundo? La solución dependerá de la posición jurídica que se adopte en cuanto al problema de la naturaleza jurídica del arrendamiento. Si éste es de naturaleza personal, no podrá el arrendatario ser titular activo de la servidumbre predial de paso, y habrá de ser en todo caso el propietario quien la adquiera ya que, por definición, en esta especie de servidumbre, el sujeto activo se determina por su relación con el predio dominante, por su relación jurídico-*real* teniendo por objeto dicho predio, es decir, la servidumbre predial se constituye en favor del que en cada momento ostente un determinado derecho real de goce del predio dominante, requisito que faltaría en este supuesto. De admitirse que es un derecho real, sería derecho real de goce, y no habría inconveniente en admitir la posibilidad de que el arrendatario adquiriese la servidumbre de paso constituida en favor del predio arrendado, como instrumento al goce general del mismo del que a su vez sería titular el arrendatario. Pero aun rechazando esta última posibilidad, y tanto en uno como en otro caso, podría el arrendatario utilizar la servidumbre predial, a través de la relación de arrendamiento que le asegura el goce del fundo dominante.

Para el supuesto de *copropiedad*, TOULLIER (66) siguiendo a PARDESSUS estima que uno solo de los copropietarios del fundo indiviso puede estipular una servidumbre en provecho del fundo común, puesto que en

(65) Sobre los problemas que plantea, vid. BRANCA, op. cit., págs. 327 y sgtes.; GROSSO, op. cit., págs. 135 y sgtes. y BUNOESSE, op. cit., págs. 19 y sgtes.

(66) Op. cit., II, pág. 131.

definitiva la servidumbre no hace sino mejorar el predio común, opinión que sustenta también MINVIELLE (67) y BUFALINI (68) entre otros. DE LA VILLE (69) por el contrario, y con referencia al Derecho italiano, entiende que por sí solo no puede un condómino adquirir una servidumbre para el predio común aunque reporte beneficio a éste, si exige cierta innovación en el predio, salvo en el caso en que la servidumbre trate de evitar un perjuicio cierto y actual o un evidente peligro de pérdida de la cosa común; y en todo caso puede sin el consentimiento de los demás cuando la adquisición de la servidumbre no entrañe mutación alguna en el predio dominante; por otro lado podrán los demás condóminos oponerse al pago de las indemnizaciones o contraprestaciones pactadas por el constituyente, si no le han dado su consentimiento para la constitución de la servidumbre a favor del predio común. SACCHI (70) entiende por su parte ser preciso el consentimiento de todos los condóminos para que la servidumbre se entienda adquirida.

Para nuestro Derecho nos parece más oportuno concluir que, en principio, no basta la sola voluntad de un condómino para que la servidumbre se entienda plenamente adquirida. Dada la función que el predio dominante desempeña de medio para designar los titulares activos de la servidumbre predial, nos parece incorrecto hablar de servidumbre adquirida para el fundo; la servidumbre contemplará el predio dominante pero quienes en definitiva la adquieren son sus dueños: éstos serán los titulares de la servidumbre. Es decir, la imposibilidad de constituir servidumbre a favor de un fundo común por obra del singular condueño, deriva, no de la consideración de la ventaja o perjuicio del fundo, sino de la estructura misma de la servidumbre.

Por otro lado un copropietario no puede constituir servidumbre predial de paso en beneficio de su cuota exclusivamente, puesto que la servidumbre es indivisible (71) y esta indivisibilidad impide que la servidumbre se pueda constituir a cargo o en beneficio de un fundo «pro parte», como ya reconocieron los romanos (72), lo que no impide sin embargo que el comunero pacte la constitución de servidumbre a su favor y en beneficio del fundo para el supuesto en que por cesación de la comunidad le sea adjudicado a él en su totalidad o con referencia a la porción

(67) «Dictionnaire des constructions (Ancien Code Perrin)», 13.^a ed. París, 1949, pág. 415.

(68) «La pratica delle servitù prediali secondo la dottrina e la giurisprudenza italiana, francese e belga», Milán, 1895, I, págs. 36 y 37.

(69) Op. cit., I, págs. 519 y sgtes.

(70) «Trattato teorico-pratico sulle servitù prediali», Turín, 1904 I, pág. 520.

(71) Art. 535 del Código civil

(72) D. 8, I Fr, 8, I.

que se le asigne en la división de la cosa común, pero entonces no se producirá adquisición inmediata del derecho de servidumbre: su nacimiento quedará sometido a la condición suspensiva de extinción de la comunidad y consiguiente adjudicación en favor del contratante de todo o parte del fondo según los casos, y, propiamente, no sería ya la hipótesis de servidumbre establecida por un condueño sino por un propietario único.

Para el supuesto en que el condómino pacte por sí solo la servidumbre «en beneficio del fondo común», dado que la titularidad de esta servidumbre corresponde a todos los condueños, y el singular copropietario, por sí solo, no puede adquirirla, ¿puede obligar a ello a los demás? ¿puede hacer adquirir la servidumbre a los demás condueños? Excluyendo el supuesto en que obre con poder adecuado en representación de los condueños, además de en su propio nombre, en los demás en que no tuviere poder o éste fuese insuficiente, subsanaría el defecto, convalidando el acto, la ratificación posterior de los condueños (73). Cabe también considerar que cuando obra en nombre propio estableciendo la servidumbre «a favor del predio común», lo que se produce es un supuesto típico de estipulación en favor de tercero (74). Pero en estos supuestos, la adquisición de la servidumbre no se impone a los demás condóminos que no concurren al acto constitutivo. Esta posibilidad se dará, en el parecer de DEIANA (75) aplicando las reglas de la gestión de negocios ajenos, cuando concurren los requisitos propios de la gestión útil, solución que para nuestro Derecho podría tener encaje en una interpretación progresiva del art. 1.893 del Código civil.

Ahora bien, prescindiendo de este último supuesto en el que además tampoco existe una voluntad contraria a la adquisición por parte de los demás condóminos, al menos previamente, puesto que si se diese dicha voluntad contraria manifestada claramente al gestor de negocios, no podría hablarse de útil gestión (76), podría obligarse a los disidentes por aplicación de las reglas de la comunidad de bienes.

En efecto, conforme al art. 398 del Código civil «Para la administración y *mejor disfrute* de la cosa común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes...». No cabe duda que la servidumbre de paso, instrumento eficaz del goce del predio dominante, sirve al mejor disfrute de éste, por lo que la mayoría de los copropietarios podrán válidamente constituirla, y en el bien entendido que los disidentes podrán

(73) Art. 1.259 del Código civil.

(74) Art. 1.257 del Código civil.

(75) Op. cit., págs. 470 y sgte.

(76) Cfr. DEIANA, op. cit., pág. 471.

ser obligados al pago de la parte proporcional que les corresponda en la indemnización o contraprestación pactada si la constitución es a título oneroso (77).

El *tercero, extraño completamente al presunto predio dominante* ¿puede constituir la servidumbre predial de paso, desde el lado activo, esto es, adquirirla, o hacerla adquirir? Entendemos que no. El nacimiento de la servidumbre, en el supuesto de pactarla un tercero extraño al predio que habría de ser dominante, quedaría subordinado a la ratificación del titular del goce de la finca que habría de ser titular activo de la servidumbre si el extraño obró en nombre de éste aunque sin poder o con poder insuficiente, o de su aceptación si se trataba de estipulación en favor de tercero, todo ello en los términos que acabamos de ver al estudiar el supuesto del condominio. Tan sólo por aplicación de las normas de la gestión de negocios ajenos, si concurren los requisitos para ello, podría imponer su adquisición al «dominus» en los términos también examinados anteriormente, aunque realmente más que imposición de una adquisición será la imposición de las consecuencias onerosas que podría tener dicha adquisición, por ejemplo en cuanto al pago de la correspondiente indemnización, precio o contraprestación, si la hubiere.

La *capacidad para constituir servidumbre* estará en relación con el acto por el que se constituya teniendo en cuenta que el gravar un predio con servidumbre de paso implica una enajenación parcial de un bien inmueble, mientras que el adquirir dicha servidumbre supone un acto de mera administración. Dicho esto, nos remitimos a la Parte General del Derecho para la solución de cuantos problemas afecten a la capacidad.

B.—Constitución coactiva de la servidumbre de paso

(Constitución de la servidumbre coactiva de paso)

En el apartado precedente hemos examinado el nacimiento de la servidumbre de paso por modos derivados exclusivamente de la voluntad de las partes, y en cuyo nacimiento desempeña un papel fundamental la voluntad del titular del derecho base que teniendo por objeto el predio sirviente, ha de servir de soporte al gravamen que se constituye. En este apartado vamos a estudiar la constitución de la servidumbre por modos

(77) El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de octubre de 1900, declara que el art. 397, no se opone a que cada uno de los condueños pueda ejercitar, sin consentimiento de los demás, la acción en reclamación de una servidumbre, por no implicar ello alteración de la cosa común.

coactivos, mejor dicho, la constitución de la servidumbre coactiva de paso, que tiene su apoyo en el derecho que la Ley concede en determinados supuestos que examinaremos, a exigir la constitución de dicha servidumbre; pero en cuyo nacimiento puede no existir coacción si el que ha de ser titular pasivo del gravamen se aviene a reconocer el derecho del titular activo y procede a su constitución sin esperar al mandato coactivo de la resolución judicial. No obstante, preferimos mantener la rúbrica de «constitución coactiva» por cuanto que en las servidumbres coactivas, existe la posibilidad de que el gravamen se pueda imponer sobre un predio aun contra la voluntad de la persona titular del derecho matriz en base al cual se constituye el gravamen, invocando el derecho concedido en la Ley; lo que no ocurre en las voluntarias, puesto que aun admitiendo que en el nacimiento de las mismas puede mediar coacción, cuando, por ejemplo, pactada la constitución de la servidumbre, o, mejor, habiéndose obligado el dueño de un predio a constituir servidumbre de paso sobre el mismo, incumple su obligación y se ve entonces el titular activo del derecho en el trance de tener que acudir a los Tribunales, siempre estará en la base de la reclamación, la voluntad del que habrá de ser sujeto pasivo del gravamen.

La Ley concede a los propietarios de las fincas enclavadas entre otras ajenas y sin salida a un camino público, la posibilidad de exigir la constitución de la servidumbre de paso sobre los predios intermedios. Dice el art. 564 del Código civil, en su párrafo primero: «El propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización».

Para que surja el derecho a exigir la constitución de la servidumbre de paso es preciso que exista: 1.º Fincas enclavadas entre otras ajenas, y 2.º Que esta finca no tenga salida a camino público.

1.º Es preciso en primer lugar que se trate de *finca enclavada* entre otras ajenas. Por tanto, si la finca está unida a otra propiedad del mismo dueño, cuya otra finca tiene acceso al camino público, no habrá lugar entonces al nacimiento del derecho a exigir la constitución de la servidumbre de paso. En general, siempre que existan varias fincas colindantes del mismo dueño, será preciso para que se dé la situación de enclave, que todas ellas, el conjunto formado por todas ellas, esté aislado de la vía pública.

En definitiva, debe darse a la expresión «finca» un sentido más bien físico que jurídico (78), como conjunto de terrenos unidos pertenecientes

(78) Para RIZZI, en «Diritti-Limitazioni-Servitù Prediali-Della Proprietà», 4.ª ed. Bari, 1960, II, pág. 386, la finca debe entenderse en su integridad, comprendiendo no sólo la super-

a un mismo dueño aun cuando registralmente formen unidades distintas. De no interpretar el artículo que examinamos en este sentido, podría llegarse al absurdo de tener que rechazar la pretensión del actor (en el supuesto que planteamos de varias fincas colindantes pertenecientes al mismo dueño) ante la consideración de que, individualmente, cada una de sus fincas no están enclavadas entre otras ajenas sino que por uno de sus puntos cardinales linda con otra propia del mismo. Por otro lado, siempre tendría un medio jurídico para evitar ese absurdo resultado y es el agrupar las fincas otorgando al efecto la correspondiente escritura de agrupación, surgiendo así para la vida jurídica una sola finca y constatando la modificación jurídica en el Registro de la Propiedad.

Por otro lado, cuando una misma y única finca registral esté en la realidad física dividida en parcelas como consecuencia, por ejemplo, de algún accidente geográfico como puede ser un barranco, torrente, u otro, impracticable, que aisle una de estas parcelas del resto de la finca, deberá considerarse, a efectos de exigir la constitución de servidumbre, que cada una de ellas forman fincas distintas; esto es, si alguna de las mismas queda enclavada sin salida a camino público, aunque la otra parcela de la misma y única finca registral tenga salida a camino público, podría exigirse la servidumbre de paso en favor de la parcela de tal suerte enclavada.

También interesa destacar que cuando se habla de finca enclavada entre otras ajenas, siguiendo esa misma idea de que el Código emplea la expresión finca en sentido más bien físico que jurídico, deberá entenderse que se refiere a finca rodeada de toda clase de terrenos que no sean de propiedad del dueño que pretende exigir la constitución de la servidumbre de paso, aun cuando estos terrenos no sean de propiedad particular, con tal que no constituyan vía pública.

Es decir, resumiendo, se precisa que el fundo que ha de ser dominante no linde por ningún viento y en dimensión suficiente para la salida con un camino público (79). Por lo demás, no es preciso que el fundo enclavado sea de propiedad privada; puede admitirse que el derecho del art. 564 debe ser reconocido aun cuando se trate de inmuebles del Estado, Provincia o Municipio y cualquiera que sea su naturaleza jurídica, salvo las limitaciones administrativas. Y en fin, el fundo enclavado puede ser rústico o urbano.

2.º En segundo lugar precisa que el fundo enclavado carezca de salida a camino público. Parece un contrasentido añadir este segundo requi-

ficio sino el subsuelo, de tal suerte que si para el aprovechamiento de éste no hubiera acceso por el propio fundo, podría exigir paso a través de los fondos intermedios al camino público.

(79) Vid. más adelante el estudio del origen de la interclusión.

sito, puesto que si la finca está enclavada entre otras ajenas, le falta, por definición, la salida a camino público. La dificultad desaparece interpretando el precepto en el sentido de referirse a la salida *indirecta* a camino público. Es decir, cuando el Código exige que se trate de finca enclavada entre otras ajenas, quiere decir que la finca no tenga salida *directa* y suficiente al camino, que no linde con él. Y cuando pide además que carezca de salida a camino público, se refiere a la salida *indirecta* a través de terrenos privados o públicos que no constituyen por sí camino público, y ello lógicamente puesto que, fundándose el derecho reconocido en el art. 564 del Código civil en una necesidad de establecer la servidumbre como único medio de obtener esa salida o comunicación de la finca enclavada, cuando el propietario tiene ya un derecho, sea cual fuere su naturaleza (80) que le permita tener acceso a una vía pública a través de cualquiera de los terrenos ajenos que circundan su predio (81), por faltar

(80) Para BUFALINI (en op. cit., III, págs. 20 y 46) incluso cuando tiene una salida de simple tolerancia, y cita en su apoyo la sentencia de la Corte de Casación de París de 30 de abril de 1835, que a su vez argumenta el fallo en que la sentencia se pronuncia sobre el estado de hecho actual de la cosa, y no basta el simple temor de que el paso de simple tolerancia sea contestado en el futuro, mientras esto no ocurra. En el mismo sentido LAURENT (en op. cit., VIII, págs. 78 y 79). DEJANA, por el contrario (en op. cit., pág. 1.179), entiende ser doctrina dominante que el paso simplemente tolerado a través de predio ajeno, no constituye la salida a camino público a que se refiere el legislador. Y en el mismo sentido DE LA VILLE (en op. cit., III, 614) entiende que un paso de mera tolerancia no priva al propietario del fundo enclavado del derecho a obtener el paso legal. Y esta opinión nos parece la más aceptable.

(81) DE LA VILLE (en op. cit., III, pág. 588) entiende que si el propietario renuncia a su derecho, o lo pierde por malicia o negligencia, no podrá durante su posesión del predio, exigir el paso sobre otros. Nos parece que, no teniendo otro paso que dé acceso al predio, dicha renuncia no podrá admitirse, conforme al párrafo 2.º del art. 4.º del Código civil, conforme al cual «Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero». La renuncia en este caso chocaría con el interés y el orden público que exigen que los predios sean aprovechados. El art. 30, párrafo 3.º del Fuero de los Españoles, declara que «La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruída indebidamente ni aplicada a fines ilícitos». El art. 562 del Código Penal castiga al que intencionadamente y por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social o de cualquier otro modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional. La disposición adicional 2.ª de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos, articulada por Decreto de 13 de abril de 1956, faculta al Gobierno para que, si las circunstancias lo aconsejan, disponga por Decreto, en todo o en parte del territorio nacional y plazas de soberanía, el alquiler obligatorio de aquellas viviendas que, susceptibles de ser ocupadas, no lo fueren por nadie. Y en fin, existen copiosas normas sobre labores forzoso de fincas rústicas, de entre las cuales nos parecen más interesantes la Orden de 12 de agosto de 1931, que determina que entre los derechos que el Código civil otorga a los propietarios de fincas rústicas, no se encuentra la posibilidad de abandonar el laboreo de dichas fincas, y la Ley de 5 de noviembre de 1940 y el Decreto de 5 de septiembre de 1946 sobre intensificación de cultivos que imponen el laboreo forzoso de las fincas y esta-

aquella necesidad (82), no hay posibilidad de estimar surgido aquel derecho (83).

Cuando la salida, directa o indirecta, al camino público, no es segura y practicable durante todas las estaciones del año, debe considerarse existente el derecho a exigir la servidumbre de paso (84) porque el Código habla de finca enclavada y sin salida a camino público genéricamente sin excluir el supuesto en que el cierre completo de la finca sea intermitente por tener salida a camino público, en determinadas estaciones del año, y ello es así lógicamente, porque sería absurdo privar al propietario del goce de la finca en las épocas en que la salida del predio fuese impracticable.

Por otro lado, no es preciso que la salida sea terrestre, y así, tiene reconocido el Tribunal Supremo (85) que no infringe el art. 564 del Código civil la Sala sentenciadora que estima no carece de salida adecuada a su situación y condiciones, la finca que la tiene por vía fluvial constituida por río navegable a través del cual personas y cosas pueden llegar a un camino público, pero según el mismo Tribunal Supremo (86) una vía férrea y un paso atravesando un río no son salidas a camino público (87). Y en fin, cuando la finca tiene acceso a una vía pública, aun cuando ésta se halle en mal estado por descuido de la Administración pública que no

hacen determinadas sanciones a la infracción de este deber, sanciones que pueden llegar, conforme al Decreto citado, a la pérdida del goce temporal de la finca. Pero es que además dicha renuncia sería en perjuicio de terceros ya que en este caso vendrían obligados a dar paso por sus fincas.

(82) Pero esta necesidad no es preciso que sea absoluta. Como dice LAURENT, en op. cit. VIII, pág. 77, si en la expropiación forzosa, la Ley se contenta con la utilidad pública, ¿por qué habría de ser más severo para una simple servidumbre de paso? Ciertamente que ésta se establece en interés de un particular, pero existe sin embargo un interés general cual es el aprovechamiento de los fundos, lo que no quiere decir que el propietario pueda reclamar el paso para su sola comodidad o ventaja particular.

(83) Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de marzo de 1901 en la que se determina que si el propietario tiene establecido en favor de su predio una servidumbre de paso, no puede exigir la constitución de otra servidumbre aun cuando alegase que el camino dentro ya de su propia finca se halla en tal estado que sus desperfectos sean irreparables. Y en la de 14 de octubre de 1941 niega también la posibilidad de aplicar el art. 564 del Código civil en un caso en que la finca enclavada tenía una servidumbre que cumplía las necesidades de uso hasta la fecha.

(84) En este sentido DR. LA VILLE, en op. cit., III, pág. 586.

(85) En Sentencia de 8 de marzo de 1922.

(86) En Sentencia de 13 de marzo de 1901.

(87) Es más, la vía férrea podrá considerarse normalmente como obstáculo que origina o puede originar la interclusión del fundo.

ha efectuado las reparaciones adecuadas, creemos que dicho fundo no podrá considerarse que esté sin salida a camino público (88).

Pues bien, cuando la finca enclavada no tiene salida a camino público, se halla interclusa, encerrada. Esta interclusión del fundo puede ser absoluta o relativa: es *absoluta* cuando efectivamente carece de salida directa o indirecta a camino público; es *relativa* (89) cuando, teniendo comunicación con la vía pública, ésta es insuficiente (90) o gravemente incómoda, o exija para su adecuada utilización elevados dispendios.

Una y otra pueden ser debidas a *hechos del mismo propietario* que pretende el paso o a *causas extrañas a su voluntad* que pueden ser a su vez *causas naturales* como un derumbamiento o corrimiento de tierras o hundimiento de terreno, o del *hecho de un tercero* como la desafectación del dominio público, para pasar a propiedad particular, de la vía pública a la que tenía acceso el predio.

En los casos en que la interclusión se debe a hechos del mismo propietario, no tendrá derecho éste (o el que sea titular de la relación jurídica que legitime para pedir el paso) a exigir la constitución de la servidumbre de paso. Así, el Tribunal Supremo (91) tiene declarado que no es de aplicación el art. 564 en el supuesto en que el reclamante aísla intencionadamente la finca, disgregándola de otra de la cual era dependencia o anejo y por la que tenía comunicación con la vía pública (92).

(88) En el mismo sentido LAURENT, en op. cit., VIII, pág. 79.

(89) Podría llamarse también «jurídica».

(90) El Código civil francés, en su art. 682, tal como quedó redactado después de su reforma por Ley de 20 de agosto de 1881, reconoce el derecho a reclamar el paso cuando la salida del predio, aun existiendo, es insuficiente para la explotación agrícola o industrial de su propiedad. El art. 3.069 del Código civil argentino considera heredades cerradas por las heredades vecinas «no sólo las que están privadas de toda salida a la vía pública sino también las que no tienen una salida suficiente para su explotación». Y en fin, el art. 1.052 del vigente Código civil italiano declara aplicables las disposiciones del art. 1.051 que regula la servidumbre coactiva de paso, al supuesto en que el propietario del fundo tenga un acceso a la vía pública, pero éste sea inadecuado o insuficiente a las necesidades del fundo y no pueda ser ampliado.— «El paso —añade el citado art. 1.052— puede ser concedido por la autoridad judicial sólo cuando ésta reconoce que la demanda responde a las exigencias de la agricultura o de la industria».

(91) En Sentencia de 26 de febrero de 1927.

(92) BRANCA, en op. cit., págs. 455 y 456, distingue entre la interclusión absoluta y la relativa; en la primera estima que tendrá derecho a exigir el paso no obstante haber causado voluntariamente la interclusión, y ello por exigencias de la economía nacional que imponen que los fundos no queden o sean inutilizables: se trata de una necesidad imprescindible que no puede ser satisfecha si no es con la imposición de la servidumbre. Cuando, por el contrario, el acto del reclamante ha creado una interclusión relativa del fundo, distingue según que dicho acto haya consistido en un conveniente uso del fundo o en un acto inútil; en el primer caso entiende BRANCA que podrá exigir la constitución de la servidumbre de paso puesto

Cuando la interclusión se debe a causas extrañas a la voluntad del que pretende la servidumbre, conviene distinguir entre la interclusión absoluta y la relativa: En la primera tendrá derecho a exigir el paso; en la segunda, por el contrario, no se pueden dictar normas generales. Así, si se trata del supuesto en que para hacer practicable la salida a camino público se exigen dispendios que se estimen elevados, deberá calificarse la magnitud del dispendio en relación con el valor del predio intercluido: por ejemplo, la construcción de un puente sobre el barranco que separa el predio de la vía pública o la construcción de una rampa de acceso al camino público situado en plano superior, dará lugar a unos gastos que serán extraordinarios si el predio enclavado es de cabida y valor insignificante y destinado al cultivo agrícola; por el contrario, cuando la finca es de gran extensión superficial o está destinada a una finalidad industrial que le da un valor elevado, el gasto para la ejecución de la obra referida deberá considerarse, relativamente, de escasa cuantía. En cada supuesto concreto deberán apreciarse las circunstancias de hecho que concurren, a fin de apreciar la importancia del gasto en relación con la finca a la que se pretende dar acceso.

Como criterio práctico entendemos que no deberá considerarse gasto excesivamente dispendioso cuando sea igual o inferior a la cantidad que como indemnización habría de darse al dueño del presunto predio sirviente o al o a los legitimados pasivamente, y ello porque sería absurdo reclamar un paso por el que habría de pagarse una indemnización en cuantía igual o superior al gasto que habría de originar la realización de la obra que facilitase el acceso directo del fundo al camino público, alegando precisamente el elevado gasto de dicha obra en relación al fundo enclavado.

Para el caso en que el predio enclavado tenga acceso propio pero éste sea gravemente incómodo o insuficiente, deberá apreciarse la posibilidad

que si conforme al art. 1.051, párrafo 1.º del Código civil italiano, corresponde la servidumbre de paso siempre que sirva al «conveniente uso del fundo», por razón análoga deberá ser concedida cuando la necesidad (relativa) de invocar el paso es consecuencia de una precedente utilización del predio y por eso está ligada a ella: no se comprendería la razón de tratar diversamente las dos hipótesis; en el segundo caso, por el contrario, estima que carecerá de derecho a exigir la servidumbre de paso, pero los sucesores a título particular, del autor de la interclusión relativa tendrán derecho a reclamar la constitución de la servidumbre. En el supuesto en que el acto que origina la interclusión relativa no sea material sino consecuencia de una enajenación, cree BRANCA que podrá también reclamar el paso.

En nuestra opinión, el acto del reclamante creando una interclusión absoluta, por lo general es contrario al Derecho, por razones análogas a las ya expuestas en la nota 81, en este mismo capítulo, a la que nos remitimos. En consecuencia, el demandado podrá oponer ese carácter de contrario a Derecho, del acto del demandante causando de la interclusión, lesivo además de sus intereses y exigir por tanto que se repongan las cosas a su estado anterior al citado acto.

de suprimir la grave incomodidad o la insuficiencia mediante obras dirigidas a tal fin, y, en el caso de ser ello posible, apreciar el dispendio que sea necesario realizar para tales obras como en el supuesto contemplado en los párrafos anteriores y con las soluciones expuestas.

Para el caso en que el predio tenga acceso indirecto a la vía pública a través de otro predio mediante otra servidumbre de paso, pero ésta por razón de su antigüedad resulta de anchura insuficiente, dados los modernos medios mecanizados de transporte, creemos podrá también considerarse intercluso, con una interpretación amplia del art. 564 del Código civil, puesto que no existe salida a camino público, si la salida que tiene el predio es hoy insuficiente a sus necesidades dados los modernos medios de transporte, sin que ante una dificultad de hermenéutica pueda pretenderse que el titular del goce del predio dominante siga utilizando medios de transporte anticuados en nuestros tiempos, máxime si consideramos que el Derecho debe adaptarse a las cambiantes necesidades de la vida, amoldarse a ella para regularla; no es la vida la que debe sujetarse en su evolución a la norma jurídica preexistente (93).

Este supuesto de constitución de la servidumbre en los casos en que ya existe previamente un paso, plantea interesantes problemas, relativos unos a la determinación del predio sirviente, del que nos ocuparemos más adelante en este mismo capítulo, y otro que afecta a la naturaleza jurídica de la servidumbre así constituida: si, como luego veremos (94), dado el criterio del menor perjuicio, se entiende que lo que procede es ampliar el paso existente (por vía de constitución de servidumbre, es decir, procede fijar el paso *junto* al paso ya existente aunque insuficiente), si dicho paso existente tiene origen convencional, podría entenderse que el nuevo paso, formado por la «agregación» al antiguo de la nueva faja de terreno, es en parte convencional y en parte legal, lo que dificultaría la determinación de su régimen jurídico. Para DE LA VILLE (95), al igual que el viejo camino se funde con el nuevo, surgido de su ampliación, también el título convencional se funde con el legal, y además porque aquella servidumbre convencional existía ciertamente porque se había adquirido con el consentimiento de ambas partes, pero si dicho consentimiento hubiese faltado, se hubiera podido adquirir en forma coactiva. Sin embargo, no nos parecen decisivos los argumentos expuestos, ni creemos pueda tener fundamento legal la pretendida transformación que por otro lado podría dar lugar a situaciones de verdadera injusticia, particu-

(93) El art. 1.051, párrafo 3.º del Código civil italiano vigente, permite en este supuesto de paso insuficiente, ampliarlo como si el fundo estuviese intercluso.

(94) Vid. lo expuesto al final de este apartado B.

(95) Op. cit., III, pág. 638.

larmente cuando llegase el caso de su extinción. Pero es que, además, no es clara la afirmación de dicho autor de que en defecto de consentimiento se haya podido constituir la servidumbre en forma coactiva si se parte de la base de que la servidumbre preexistente es convencional. Lo que ocurre es que la servidumbre coactiva puede constituirse voluntariamente, por ejemplo, mediante un contrato, sin que en este caso deje de ser coactiva la servidumbre, y entonces no hay problema, aun cuando en el régimen de la misma se modifique en parte el legal establecido en el Código. En defecto de consentimiento, ciertamente se podría constituir la servidumbre por la fuerza imperativa de la resolución judicial en el procedimiento correspondiente, si hubiesen concurrido los requisitos precisos para ello. Pero bien pudo tratarse de una servidumbre voluntaria de paso en favor de un predio, no enclavado en el momento de constituirlo, por tener otro acceso a la vía pública, acceso que después perdió por causas naturales o jurídicas, produciéndose una situación de enclave, aun cuando no de interclusión (por existir dicha servidumbre voluntaria de paso). Con el tiempo la salida al camino público a través de dicha servidumbre voluntaria se hace insuficiente y se pide la ampliación por los trámites de la constitución de la servidumbre coactiva. Fijado el paso a través de una faja de terreno unida a la que recibe el tránsito por virtud de la servidumbre voluntaria, ¿habrá de ser absorbida ésta por aquélla? Piénsese en que dicha servidumbre voluntaria puede tener limitada su duración o puede nacer sometida a condiciones determinadas.

No vemos inconveniente en que coexistan una servidumbre voluntaria y una servidumbre coactiva y en que el titular activo ejercite su derecho de tránsito invocando esos dos derechos. Al extinguirse la servidumbre voluntaria en virtud de causas previstas en el acto constitutivo, el titular activo podrá en su caso exigir nuevamente la ampliación del paso por vía de constitución de servidumbre coactiva de paso. Durante la vida de las servidumbres, dada la pobre regulación de esta materia en nuestro primer cuerpo legal, pocas dificultades presentará el ejercicio del derecho de tránsito pese al doble origen de la servidumbre.

En el supuesto en que el paso existiera sobre el propio fundo dominante, en uno de sus linderos y a lo largo de él, y se ampliara por insuficiente sobre el terreno contiguo ajeno, a título de servidumbre, por vía de constitución de servidumbre coactiva de paso, nos encontraremos con un paso propio en parte y en parte a título de servidumbre coactiva, sin que sea posible tampoco fundir en cuanto a dicho paso, el título de dominio y el de servidumbre coactiva de paso.

Naturaleza jurídica del derecho concedido en el art. 564 del Código civil.—Reuniendo un predio los requisitos de estar enclavado entre otros

ajenos y carecer de salida a camino público, en los términos antes examinados, el art. 564 del Código civil concede el derecho de exigir paso por las heredades vecinas previa la correspondiente indemnización. Es decir, la servidumbre no queda constituida «ipso iure» por el solo hecho de la interclusión del fundo, sino que concede un derecho a exigir su constitución.

Se trata de un derecho potestativo, de los llamados constitutivos. Para los que niegan este término jurídico, como DE CASTRO (96), se podría configurar como «poder jurídico» en el sentido que aclara este autor de «posibilidad de crear una situación jurídica como tipo especial de las facultades jurídicas» (97).

Para BRANCA (98) existe un derecho de crédito dirigido a exigir el cumplimiento de una obligación de constituir la servidumbre que pesa sobre el que se halla en una determinada relación jurídica con el predio sirviente (obligación «propter rem»).

Lo cierto es que antes de la constitución de la servidumbre, el titular de ese derecho previo no podrá transitar por el fundo sirviente ni realizar otros actos que impliquen ejercicio del derecho de servidumbre de paso puesto que éste todavía no ha nacido, y puede por consiguiente, el que así actuase, verse expuesto a las consecuencias del ejercicio por el titular del goce general del predio sirviente, de la correspondiente acción negatoria de servidumbre, o del correspondiente interdicto. Y por otro lado, en tanto no se constituya la servidumbre, puede el dueño del predio sobre el que habría de establecerse, hacer obras o edificaciones que al rendir más gravoso el paso, pueden incluso llegar a eliminarlo sobre el predio.

El derecho a exigir la constitución de la servidumbre, podrán ejercitarlo las *personas legitimadas para adquirir* servidumbre predial de paso, por ser titulares de determinados derechos de goce sobre el predio enclavado, conforme se ha visto anteriormente (99) al estudiar la constitución voluntaria de la servidumbre (100), precisando en su caso de la voluntad

(96) «Derecho civil de España». 2.^a ed. Madrid, 1949, I, pág. 605.

(97) Op. y loc. cit.

(98) Cfr. op. cit., págs. 361 y sgto.

(99) En el apartado A de este mismo capítulo.

(100) Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1961, ya citada anteriormente aunque la ley sólo habla de propietario, hay que extender la facultad de pedir la constitución de esta servidumbre a toda persona que por virtud de un derecho real pueda cultivar y usar un fundo, como el usufructuario, el usuario o el enfiteuta. Y más adelante añade que la necesidad estricta en que se inspira el art. 564 no se da respecto a las actoras nudo propietarias, ya que mientras no se consolide su dominio no les corresponde derecho alguno sobre el uso y disfrute de la finca usufructuada por su padre, el codemandante, que es lo que justificaría el establecimiento de la impetrada servidumbre forzosa de paso, por

de los titulares de los demás derechos cuyo concurso, según vimos, era también preciso para la adquisición de la servidumbre.

Deberán dirigir su acción frente a la persona o personas que según vimos también anteriormente, están *legitimados para gravar* el predio que ha de ser sirviente con servidumbre predial de paso, por ser titular o titulares de determinados derechos sobre el presunto predio sirviente que son o pueden ser derechos matrices para la constitución del gravamen.

No será preciso que la servidumbre sea establecida por la fuerza imperativa de una resolución judicial previo procedimiento iniciado con la correspondiente demanda. *Puede constituirse* sin necesidad de procedimiento judicial mediante el oportuno contrato (101) entre los legitimados activa y pasivamente para ello según las reglas anteriores. Como dice el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de noviembre de 1930 «son aplicables los preceptos del Código según el art. 551, a la servidumbre legal de paso aunque sea aceptada sin necesidad de procedimiento coactivo por el dueño del predio sirviente, pues una cosa es el libre acatamiento de la Ley y otra el reconocimiento espontáneo y libre de una servidumbre que, aun contra su voluntad, se hubiera impuesto en virtud del art. 564». Será conveniente, sin embargo, precisar en el contrato que lo que se constituye es una servidumbre *legal* (o coactiva) de paso, y detallar cuanto se refiere a la indemnización a fin de evitar las dudas que en orden a su extinción podrán plantearse, según veremos.

En orden a la *capacidad* de los sujetos intervinientes, estará ésta en relación con el acto por el que se constituya la servidumbre, teniendo en cuenta que como decíamos anteriormente (102) la constitución de la servidumbre implica una enajenación parcial de un bien inmueble.

Pero no basta para que el actor pueda ejercitar la servidumbre con la simple sentencia o contrato. Es preciso obtener la posesión de la servidumbre por medio de la correspondiente tradición, la cual, cuando se constituya por contrato y se otorgue escritura pública conforme al artículo 1.462 del Código civil aplicable a este supuesto por analogía, estará embebida en la misma escritura, es decir, se dará un supuesto de tradición instrumental. Y si se constituye por sentencia y ésta no es acatada por el demandado, deberá pedir la ejecución de la misma mediante la

lo que carecen de la imprescindible legitimación activa. (Se trataba de un caso en que el usufructuario era además pleno propietario de una línea colindante atravesada por una carretera). Vid. nota 54 en este mismo capítulo.

(101) O en general mediante el oportuno negocio jurídico. Aunque no sea tan frecuente, podrá constituirse por testamento: en este caso resaltaré el aspecto de reconocimiento del derecho a exigir el paso, que también se da en la constitución contractual.

(102) En apartado A de este capítulo V.

entrega de la posesión al actor. Tanto la sentencia como el contrato de berán inscribirse en el Registro de la Propiedad para que surtan efecto frente a terceros adquirentes.

Antes de obtener la posesión no podrá el titular activo ejercitar la servidumbre realizando actos violentos de posesión frente al titular pasivo, que en cualquier momento podría oponerse a dichos actos violentos (103).

Y en fin, previo también al ejercicio de la servidumbre, es el pago por el titular activo al pasivo de la correspondiente indemnización. El artículo 564 del Código civil declara que «El propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, *previa la correspondiente indemnización*. Es decir, antes del pago de la indemnización, el dueño del fundo sirviente, o en general el titular pasivo de la servidumbre, podrá oponerse a su ejercicio (104).

La indemnización, en caso de convenio será la que de común acuerdo fijen los constituyentes; en su defecto habrá de acudir a las normas de los dos últimos párrafos del art. 564 del Código civil, conforme a los cuales «Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente.—Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen».

La indemnización por tanto es distinta según sea la finalidad para la que se pide la servidumbre, según se constituya para todas las necesidades del predio dominante de modo que pueda ser continuo su uso, estableciendo una vía permanente, o por el contrario se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente sin vía permanente. En uno y otro caso procederá el abono del perjuicio que ocasione en el predio sirviente, pero en el primer caso, además, deberá abonar el valor del terreno que se ocupe. Creemos que para determinar el valor del terreno habrá que acudir a los precios medios del mismo según su calidad y situación en la fecha de constitución de la servidumbre.

La fijación de la indemnización deberá efectuarse con estricta sujeción a la norma expuesta. No se tendrá en cuenta el mayor beneficio que obtenga el predio dominante como consecuencia del derecho de servi-

(103) Cfr. art. 441 del Código Civil, y 517 del Código Penal.

(104) Vid. más adelante en este mismo apartado.

dumbre, ni tampoco que pueda haber paso más o menos intenso en cuanto a la repetición de actos de tránsito, con la salvedad que el propio artículo 564 del Código civil establece al distinguir el paso permanente y el temporal. En cambio se tendrá en cuenta el daño que el establecimiento de la servidumbre inflige al predio sirviente al disminuir su valor como consecuencia del gravamen que sobre él recae; por ello la indemnización tendrá lugar aun cuando el gravamen se fije sobre otro paso ya existente (105). Se tendrá en cuenta, además, el perjuicio del predio sirviente por el lucro que necesariamente dejará de obtener el titular del goce del predio sirviente como consecuencia del paso que se establezca, calculado, como el anterior aspecto de la indemnización, de mutuo acuerdo, o por el juez, previo dictamen pericial. Y en fin, comprenderá también los gastos precisos para la constitución de la servidumbre e incluso para la determinación, en su caso, de la indemnización.

Naturalmente, se tendrá en consideración la anchura, obras de adaptación del predio sirviente a la servidumbre de paso, etc., pero en todo caso debe tratarse del perjuicio inicial, del perjuicio previsible que ha de producirse. Así, por ejemplo, para el paso permanente se calculará la producción media de frutos del predio en la superficie de terreno por la que concretamente se haya de transitar, descontados, claro está, los gastos que se calcula habría de ocasionar su obtención; las mayores dificultades para el laboreo, en su caso, al no poder trazar los surcos en toda la longitud del predio, etc. Para el paso temporal se calculará así mismo en su caso esas dificultades para el laboreo si las hubiere, como así mismo los posibles daños que dicho paso temporal pudiese originar en los frutos pendientes. Todo ello si el predio es rústico.

Si el predio sirviente es urbano se calculará la pérdida que supone el paso al titular pasivo, al no poder destinar el fundo a usos lucrativos en la parte afectada, o como consecuencia del paso, o al no poder obtener del terreno por el que se establezca la correspondiente renta que proporcionaría su cesión en arrendamiento.

Cuando el predio dominante es rústico podrán darse en la práctica las dos modalidades de paso permanente y temporal. Cuando el fundo dominante es urbano, tan sólo se dará por lo común el paso permanente. Puede ocurrir que el predio dominante sea rústico y el sirviente urbano edificado; en este caso, aun cuando la necesidad del paso sea sólo para el cultivo de la finca enclavada y para la extracción de cosechas, dadas las circunstancias del predio sirviente y de la necesidad de realización de obras de habilitación del paso, que serán, por su naturaleza, permanentes, se

(105) En este sentido DE LA VILLE, op. cit., III, págs. 656 y 657.



seguirá el mismo criterio de indemnización que para el supuesto en que la necesidad sea permanente. Y la misma solución se aplicará en todo supuesto en que la habilitación de dicho paso exija un trazado permanente aun cuando la necesidad a que responda se produzca a intervalos más o menos largos o aun cuando se precise tan solo para la extracción de cosechas a través del predio sirviente (106).

La obligación de pagar la indemnización surge en el momento en que la misma sea determinada extrajudicial o judicialmente, y firme que sea en este caso la resolución judicial.

Dicha obligación estará sujeta al plazo de prescripción extintiva de quince años, al no tener señalado plazo especial en el Código (107).

Dicha obligación es meramente personal y debe ser satisfecha al o a los titulares pasivos, los cuales podrán exigirla sólo al constituyente pero no a los sucesivos titulares activos, a menos que sean también sucesores en sus deudas (por ejemplo herederos de aquél). Y caso de impago de la indemnización creemos será aplicable el art. 1.124 del Código civil pudiendo en consecuencia el titular pasivo ejercitar la correspondiente acción resolutoria si se trata de constitución por contrato; pero no si se constituyó por sentencia (108). Por otro lado, puede optar el titular pasivo por el cumplimiento exigiéndole la correspondiente indemnización, de cuyo pago entendemos no se podrá eximir el titular activo anunciando su propósito de no ejercitar la servidumbre (109).

El pago de la indemnización solamente lo podrá exigir el titular pasivo del gravamen que sea constituyente de la servidumbre. Si transmite el predio sirviente no podrán exigir el paso sus causahabientes a título singular, cuando no sean al mismo tiempo cesionarios del crédito (110).

(103) Para Jerónimo López, en «Un aspecto del art. 568 del Código Civil español: el reintegro de lo recibido por indemnización», en Anuario de Derecho Civil, XII-1959, pág. 1.327, debe distinguirse entre el paso permanente y el transitorio u ocasional; en el 1.º la indemnización se fijará «a priori», y en el 2.º «a posteriori». La solución sin embargo no tiene apoyo en el art. 564 del Código que exige la previa indemnización, y puede resultar injusta: el titular pasivo de la servidumbre al ser ésta constituida, debe recibir la indemnización, puesto que si después enajena a título oneroso su derecho sobre la finca, ya gravada por la servidumbre, recibirá también menor contraprestación, por lo general.

(107) Art. 1.964 Código Civil.

(108) En este sentido GROSSO y DELANA, op. cit., págs. 315 y sgtes. y 512 y sgtes., y en sentido contrario BRANCA, op. cit., pág. 365.

(109) Sería preciso para liberarse, extinguir la servidumbre, previa renuncia, si ello fuese posible; pero difícilmente podrá admitirse una renuncia de este tipo que chocaría con el interés de tercero o contra el orden público que exige que los predios no queden improductivos. Vid. nota 81 en este mismo capítulo.

(110) Cfr. BRANCA op. cit., pág. 365.

Hay un caso, sin embargo, en que no es precisa la indemnización: es el supuesto contemplado por el art. 567 del Código civil, conforme al cual «Si adquirida una finca por venta, permuta o partición, quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante o copartícipe, éstos están obligados a dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario».

Aunque este precepto exige que el predio quede enclavado entre otros del vendedor, permutante o copartícipe, hay que entender que subsistirá el derecho en aquellos casos en que aun teniendo un lindero con la vía pública, exija para establecer el acceso elevados dispendios o gastos. En general, para interpretar la situación de enclave, nos remitimos a las normas generales ya expuestas.

Es también preciso que el predio enclavado carezca de salida a camino público según las reglas generales; es decir, precisa que el predio quede intercluso.

El art. 567 regula una excepción a la obligación de pago de indemnización, dentro de las normas reguladoras de la servidumbre coactiva predial de paso. No se trata de una servidumbre derivada de la voluntad, aunque tácita, de los contratantes, sino del mandato imperativo de la norma. Es una servidumbre coactiva a la que se aplicarán las normas que son propias a este tipo de servidumbre, salvo la excepción que supone el caso que contemplamos (111). Conviene subrayar que esta norma que examinamos no crea una servidumbre, sino que regula simplemente unos supuestos en que la servidumbre coactiva, por excepción, no requiere pago de indemnización, y predetermina quien ha de ser o entre quienes se ha de elegir el titular pasivo. Y buena prueba de que es coactiva, y no derivada de la voluntad de las partes, es que existiría aun cuando las partes en la venta, permuta o partición eliminaran este derecho de servidumbre predial de paso: su voluntad no sería suficiente para renunciar a los efectos de la norma del art. 567 con daño de terceros sobre cuyos predios habría de establecerse entonces la servidumbre. Este carácter coactivo de la servidumbre predial de paso en la hipótesis contemplada por el art. 567 parece reconocerla la sentencia de 10 de octubre de 1904 del Tribunal Supremo.

El Código civil, en el art. que examinamos, limita el supuesto a los casos de venta, permuta y partición (112). ¿Podrá el dueño del predio intercluso, o en general el legitimado activamente para ello, exigir el paso sobre una finca distinta a las del vendedor, permutante o copartícipe, es decir, de un extraño? Entendemos que no, y ello por las razones expues-

(111) En contra LAURENT, op. cit., VIII, págs. 84 y 85.

(112) Aquí la palabra partición debe entenderse en sentido amplio como acto que pone término a una comunidad de cualquier clase que sea.

tas al estudiar la situación de enclave de la finca que ha de ser dominante (113): aquí la interclusión ha sido provocada voluntariamente por el acto de segregación o división de la finca, y ya decíamos ser preciso para que surja el derecho, que la interclusión sea debida a causas extrañas a la voluntad del dueño o, en general, del que pretende exigir el paso, y aun cuando se alegara que en la venta o permuta la voluntad del adquirente no ha sido la que produjo la interclusión sino la voluntad del dueño o titular de quien trae causa, por virtud de la subrogación personal en su posición jurídica, debe sufrir las mismas limitaciones de su causante.

Además, cabe invocar el argumento que sostiene DELANA (114) de que cuando una persona tiene derecho a obtener paso sin indemnización sobre un fundo vecino, prácticamente es como si tuviera ya el paso y por consiguiente la salida indirecta cuya falta es necesaria para tener derecho al paso conforme al art. 564 del Código civil, si bien este argumento por sí solo no es decisivo porque como reconoce el citado autor (115) una cosa es tener ya el paso y otra tener derecho a obtenerlo aunque sea sin indemnización.

Interesa subrayar que, como ya venimos repitiendo, al hablar de finca nos referimos más bien a la finca en sentido físico que jurídico, y en el supuesto de parcela de finca que, por accidentes naturales estuviera separada del resto del predio, creemos que si en este caso puede exigirse el paso para dar salida a dicha parcela aun cuando el resto de la finca ya tuviera acceso al camino público, este mismo derecho tendría el adquirente y podría por consiguiente reclamar el paso a través de predios distintos de los señalados en el art. 567 del Código civil.

La misma solución debe aplicarse siempre que el paso sea imposible a través de los predios de los enajenantes o copartícipes o precise excesivos dispendios o molestias, como norma general. En cambio no podrá exigir el paso cuando la finca vendida, permutada o adquirida en partición, no obstante quedar enclavada entre otras del vendedor, permutante o copartícipe, no estuviera interclusa (por ejemplo por gozar a su favor el adquirente de un derecho de servidumbre personal de paso) según las normas generales estudiadas precedentemente al examinar la interclusión en los casos generales.

Puede ocurrir que el resto de la finca que se reserva el vendedor, permutante o copartícipe no dé a un camino público sino que su acceso lo tenga a través de una servidumbre de paso preconstituída sobre otros predios intermedios. ¿Podrá el adquirente de la porción enclavada exigir el

(113) Anteriormente en este mismo apartado B.

(114) Op. cit., págs. 1.226 y 1.227.

(115) Op. y loc. cit.

paso a través de la finca del vendedor, permutante o copartícipe? Nos parece indudable la solución afirmativa. En virtud de lo dispuesto en el art. 535, párrafo 2.º del Código civil, al dividir el predio dominante entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso ni agravándola de otra manera. Pero hasta llegar al lugar de ejercicio de la servidumbre, tendrá que atravesar las parcelas de terreno intermedias, pudiendo al efecto exigir el paso sobre ellas.

Cuando la parcela que resulte enclavada es la que se reserva el transmitente, creemos que tendrá derecho a exigir paso al adquirente sin indemnización por aplicación analógica del art. 567 del Código civil (116) y porque tratándose de una interclusión producida por acto voluntario los demás propietarios podrían oponerse a la demanda que les dirigiera para obtener paso sobre alguna de sus fincas.

El derecho concedido en este precepto, entendemos se transmite a los adquirentes por cualquier título de la parcela enclavada frente al transmitente o copartícipe o sus respectivos causahabientes (117) por aplicación de las normas generales y porque de admitir la tesis contraria podría burlarse el derecho del art. 567 con sólo enajenar la finca del transmitente o copartícipe antes de que el adquirente exigiese el paso.

Cuando se vende en un solo acto la parcela interclusa y la que tiene acceso, a dos personas distintas, el adquirente de la parcela interclusa podrá exigir el paso sin indemnización al adquirente de la parcela que tiene acceso, sobre ésta, por aplicación de lo anteriormente dicho puesto que el adquirente de la parcela que tiene acceso se subroga en la posición jurídica del vendedor: se trata de una obligación propter rem que pesa en todo momento sobre el que sea titular del dominio o goce general del predio que ha de ser sirviente. Todo ello salvo que otra cosa se pacte en la escritura correspondiente.

El derecho al paso no puede ser renunciado, pero sí puede renunciarse a la gratuidad, y dicho derecho es imprescriptible.

Naturalmente que si el paso a través de las fincas de los vendedores permutantes o copartícipes, no fuese posible, dada su topografía, podría exigirlo entonces de terceros, conforme a las reglas generales.

El precepto que comentamos tan sólo recoge tres supuestos: compra-

(116) En contra DE LA VILLE, op. cit., III, pág. 670, que entiende que el comprador deberá dar paso pero con indemnización. El art. 1.054 del vigente Cód. civil italiano lo concede a cada uno de los contratantes.

(117) En contra DELANA, op. cit., pág. 1.230, que distingue el lado activo y el pasivo, admitiendo la transmisión en el primero, pero negándolo en el segundo, y BRANCA, op. cit., pág. 485 que lo niega en ambos casos.

venta, permuta y partición, pero hay que entender que, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del acto por el que se transmita la finca o parcela de finca, tendrá derecho a exigir el paso al transmitente puesto que tratándose (por definición), de una interclusión intencionada o voluntaria, falta uno de los requisitos precisos para poder exigir el paso a un tercero (118). Lo único que se podrá discutir es si en estos casos de adquisición de finca que quedara enclavada entre otras del transmitente por título distinto a cualquiera de los recogidos en el art. 567, y en que según nuestra opinión podrá exigirse el paso al transmitente, deberá o no deberá pagarse indemnización. El criterio más aceptable es el de distinguir entre adquisición onerosa y adquisición lucrativa: en el primer caso cabe pensar que el transmitente ha tenido en cuenta en los tratos previos la mayor onerosidad que supone el gravamen que se habrá de constituir sobre su fundo y lo habrá compensado al pactar la contraprestación; en las gratuitas, por el contrario, cabe pensar que la donación se limita al derecho real sobre el predio que se pretende dominante, que es lo único objeto de la donación y será exigible la indemnización para constituir la servidumbre, de acuerdo además con el art. 1.289 del Código civil, conforme al cual en los contratos gratuitos se resolverán las dudas en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. No obstante sería de desear que el artículo 567 del Código civil, previese la hipótesis que contemplamos y la resolviese en el sentido que indicamos (119).

Salvo en las hipótesis de excepción del art. 567 del Código civil, en los demás, ¿contra quién deberá dirigir su acción? No está previsto especialmente en nuestro primer Cuerpo legal, pero creemos aplicable por analogía la norma del art. 565 conforme al cual «La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público». Es decir, deberá dirigirse —el que pretende la servidumbre—, frente al que está legitimado pasivamente por su relación con el predio por el cual el establecimiento del paso ocasione menos perjuicios. Si sobre todos los predios ocasiona el mismo perjuicio, entonces deberá trazarse por la finca por la que resulte menor la distancia al camino público.

(118) MUCIUS SCABOJA, en «Código civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por FRANCISCO ORTEGA LORCA». Madrid, 1947, 5.ª ed., T. X, pág. 584, entiende que el derecho que reconoce el art. 567 se aplica también al supuesto de donación (porque a igual razón igual derecho).

(119) El art. 1.054 del vigente Código civil italiano dispone que: «Si el fundo queda cerrado por todas partes por efecto de enajenación a título oneroso, el propietario tiene derecho a obtener del otro contratante el paso sin indemnización alguna.—La misma norma se aplica en caso de división».

Y en el supuesto del art. 567, si fuesen varios los vendedores, permutantes o copartícipes, deberá seguirse la misma norma. ¿Quid si se trata de un supuesto en que concurren venta, permuta y partición? Creemos que en este caso deberá ser preferido el derecho al paso derivado del acto que se repunte más antiguo, y si ello no es posible se seguirá la misma norma general expuesta, es decir, la misma regla que como hemos visto se seguirá cuando siendo venta fuesen varios los vendedores, o siendo permuta varios los permutantes, o siendo partición varios los copartícipes.

Interesa aclarar que no es preciso que el predio sirviente que ha de ser base para determinar el sujeto pasivo, sea contiguo al dominante. Naturalmente que cuando entre el predio intercluso y el camino público no hay más que un fundo intermedio, habrá de ser éste contiguo o a lo sumo separado por algún accidente geográfico que a su vez no constituya o pueda constituir vía de acceso al fundo; pero cuando entre el fundo intercluso y el camino público existan varios predios intermedios, que sucesivamente se interponen entre aquél y el camino público, tendrá que dirigir su acción igualmente frente a los que están legitimados pasivamente por su relación jurídica con dichos predios intermedios aun cuando no sean contiguos al dominante.

Las normas indicadas se aplicarán también cuando el acceso al fundo pueda obtenerse en relación a dos caminos públicos distintos, en cuyo caso se elegirá el camino para llegar al cual se origine menos daño, y, siendo igual, por donde sea menor la distancia.

En la elección del predio se tendrá en cuenta, como hemos dicho, la cuantía del perjuicio que el paso ocasione, pero en definitiva, no será en su caso obstáculo a la servidumbre la naturaleza urbana del predio, ni el hecho de que esté arrendado para vivienda o local de negocio, ni la existencia de un muro de cerramiento, ni mucho menos la existencia de setos vivos o muertos: en estos casos, determinado que sea el predio sirviente, se procederá, según veremos (120), a la apertura del paso correspondiente, en la casa, muro o seto, colocando en su caso la adecuada puerta o cancela (121).

Cuando existía previamente una servidumbre de paso, pero por su insuficiencia se ha exigido otro bastante a las necesidades del predio dominante, el criterio del menor perjuicio hará que normalmente se proceda a una ampliación del mismo sobre el predio o los predios por los que estaba previamente establecido, y en su caso sobre los colindantes, cuyos

(120) Vid. Capítulo VI, apartado 1, b).

(121) Rizzi, en op. cit., II, pág. 387, entiende que para causar menos perjuicios al fundo sirviente, puede constituirse un paso subterráneo, si bien, en nuestra opinión tan sólo cuando fuese menos dispendioso que el superficial.

fundos determinarán el sujeto pasivo de la acción, y lo mismo ocurrirá cuando el paso insuficiente estuviere trazado a lo largo de todo o parte del lindero del propio predio y no pudiese ser ampliado sobre terreno propio. Pero cuando la ampliación fuese imposible o llevara consigo perjuicios mayores a los que se seguirían de un nuevo paso, indudablemente deberá exigirse este nuevo paso conforme a las reglas generales.

C.—Adquisición de la servidumbre de paso por usucapión

Una de las cuestiones más interesantes que plantea el nacimiento de la servidumbre de paso, es el de la posibilidad de su adquisición por usucapión.

En Roma (122), se admitió en un principio la usucapión de la servidumbre de paso. Pero, tal como, según hemos visto (123), se configuraba la servidumbre en las primeras etapas históricas del Derecho Romano, es decir, como derecho de propiedad de la faja de terreno sobre la que se transitaba, se aplicó el plazo bical de usucapión señalado en las XII Tablas para los inmuebles y no el de un año fijado para las «ceterarum rerum» («usus auctoritas fundi biennium ceterarum rerum annis esto») (124).

La usucapio servitutis no era usucapión de un derecho, sino usucapión del fundo; cuando el poseedor de un fundo ejercitaba de hecho una servidumbre de paso por dos años, adquiría el dominio de la faja de terreno sobre la que se ejercía el paso, y así mismo, adquirido por usucapión de dos años un fundo para cuyo servicio se había ejercitado de hecho una servidumbre de paso, se adquiría el fundo como dominante (125). Un recuerdo y aplicación de esta concepción se encuentra en D. 41, 3, 10, 1 (ULPIANO) según el cual: «Hoc iure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint».

(122) Ya hemos hecho algunas referencias históricas en el capítulo destinado al examen de los antecedentes históricos de esta servidumbre.

(123) Vid. Capítulo IV.

(124) Generalmente por los autores se incluyeron las servidumbres entre las ceterae res, con el consiguiente plazo de un año para la usucapión, pero con argumentos poco convincentes. Como dice Bionni en op. cit., págs. 274 y 275 no se explica por qué motivo en las ceterae res de que hablan las XII Tablas, se debieron comprender tan sólo, entre todos los derechos, a la manus y a la servidumbre (eliminada la cuestión de la posibilidad de la posesión la cual podía discriminar las cosas susceptibles o no de usucapión).

(125) Cfr. Bionni, op. cit., pág. 275.

Lo cierto es que la Lex Scribonia, de la que nos dá noticias PAULO (126), prohibió la usucapión de las servidumbres, prohibición que se mantuvo durante la época clásica con apoyo en textos como el de GAYO en D. 41, 1, 43, 1: «Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est», PAULO en D. 8, 1, 14, pr.: «Servitutes... incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur», ya citados anteriormente (127) y el últimamente citado fragmento de ULPIANO en D. 41, 3, 10, 1. en el que como hemos visto la prohibición no era absoluta desde el momento en que da por seguro que las servidumbres se pueden adquirir por usucapión por medio de la adquisición por usucapión de la propiedad del edificio.

Admitida, por último, la quasi possessio o possessio iuris como ejercicio de hecho de un derecho, se aceptó ya por JUSTINIANO (128) la aplicación a las servidumbres y en consecuencia también a la de paso, del instituto de la prescripción adquisitiva (129).

Ciertamente que en la Compilación justiniana hay textos contrarios a la usucapibilidad de determinadas servidumbres: en ella se conservan los fragmentos clásicos antes referidos que prohíben la usucapión, pero ante la posible contradicción, e imposibilidad de armonizar los mismos con el precepto del Código que admite la prescripción, debe darse prelación al precepto del Código justiniano.

En el Derecho común, ya vimos (130) como la desorientación producida en los intérpretes por la contradicción de ciertos preceptos del Corpus iuris civilis, dió lugar a la diferenciación de las servidumbres continuas de las discontinuas, y a la regla general de la inusucapibilidad de estas últimas.

En nuestro Derecho, la Ley XV, Título XXXI, Partida III, admitía la usucapión de la servidumbre de paso, y, en general, de las servidumbres discontinuas por prescripción inmemorial.

Interesa destacar que, además, la doctrina clásica española admitió la posibilidad de usucapir las servidumbres discontinuas por la posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título y con ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente.

(126) En D. 41, 3, 4, 29, según el cual «libertatum servitutem usucapi posse, verius est, quia cum usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutem constituebat: non etiam cum, quae libertatem praestat sublata servitute. Itaque si cum tibi servitutem deberem, ne mihi (pula) diceret alius aedificare et per statutum tempus alius aedificatum habuero, sublata erit servitus».

(127) Vid. Capítulo IV. Derecho Romano; y Capítulo II, apartado E.

(128) C. 7, 33, c. 12, 4.

(129) Sobre precedentes en la época clásica véase BROWN, op. cit., pág. 277 y sgtes.

(130) Capítulo II, apartado E.

Así GREGORIO LÓPEZ (131) después de señalar que «Utens bona fide servitutem continuam causam vel quasi habente, 10 annis inter praesentes vel 20 inter absentes, sine contradictione, ut aquaeductu continuo, vel quia tignum tanto tempore tenuit in alieno pariete, vel tanto tempore fenestras apertas in vicini pariete, vel vicinum altius aedificare vetuit, non vi non clam vel precario, praescribit servitutem; aliae autem servitutes causam continuam, vel quasi non habentes, non praescribantur, nisi immemorialiter...», dice más adelante (132): «Limita tamen, quando quis haberet titulum verum a tertio, et hoc probaret: nam tunc, etiamsi servitus haberet causam discontinuam, acquireretur longo tempore...».

COVARRUBIAS (133) a propósito de la servitus iuris pascendi, se pregunta: «...¿Quantum, scilicet tempus necessarium sit ad praescribendam servitutem iuris pascendi in alieno agro? et quibusdam visum est, tempus immemorabile requiri... quod ista servitus habet causam, aut quasi possessionem discontinuam: et ideo non poterit praescribi aliter, quam per tempus immemorabile... Sed ex novioribus quidam opinantur rationem falsam esse omnino existimantes servitutem, cuius causa discontinua sit, praescriptione ordinaria acquiri posse: nec requiri immemorabile tempus: quod modo discutiendum non est:... Et tamen, etiamsi communis opinio iure non probaretur, adhuc in usucapienda hac iuris pascendi servitute requirendum esset tempus, cuius initium memoriam hominum excedat; vel quadraginta annorum cum titulo: ex eo, quod ista servitus maximi sit praeiudicii, et praescribens habeat contrariam iuris praesumptionem... Y más adelante añade (134): «Et licet haec controversia difficilis sit, maximamque dubitationem habeat concors omnium opinio in praxi tamen ita receptum est, quam obrem conabimur eam intra quosdam limites constringere, ne passim et sine delectu adversus iuris rationem observetur: et ob id trademus species aliquot, quibus manifestum erit, non esse hanc communem sententiam in universum accipiendam. Et siquidem considerandum, satis esse allegantem ius servitutis huius seu alterius cuiuslibet discontinuae, in iudicium deducere, se usum fuisse decennio hoc iure pascendi, sciente et patiente adversario, ex titulo donationis, aliove sufficienti ad constituendam servitutem. Nam etsi non probet hunc titulum, is omnino praesumitur, donec oppositum probetur: nec tunc ratione praescriptionis servitus acquiritur, sed titulo

(131) Comentarios a la Tercera Partida, Tít. XXXI, Ley XV, en «Las Siete Partidas del sabio rey Don Alonso el IX glosadas por el lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M.». Tomo II, Madrid, 1829, pág. 480.

(132) Op. cit. Tomo II, pág. 481.

(133) «Variarum Resolutionum» en «Opera Omnia», Caesaraugustae, 1583, I, pág. 482.

(134) Op. cit., págs. 483 y sgto.

ex usu decennii probato... Secundo animadvertendum est, hac in re duos tradi casus a PETRO JACOB... quibus ius hoc pascendi decennio acquiratur. Primus sane, ubi usus hic decennio contingens praecesserit, patiente eo contra quem praescribitur, et recipiente mercedem aliquam in pretium huius pastus pro quolibet animali: quolibet anno, vel mense. hic etenim actus simul cum patientia et usu decennii sufficit ad acquirendam hanc servitutem. Secundo, idem erit cum intra decennium, quo usus huius iuris institutus est, in iudicio controverso pronunciatum a iudice extiterit, pignora capta ab eo contra quem praescribitur restituenda fore usucipienti: aut proposita in iudicio - a pascuorum domino querela adversus usucipientem et utentem pascuis alienis, reus absolutus fuerit: his equidem sententiis saltem bis latis, ac simul decennii usus operantur legitimam acquisitionem. Quamvis ipse satis dubitem, an in praxi obtineri possit, ut in his tribus speciebus a frequentissima omnium sententia recedatur. Et tamen illud est adiiciendum, servitutem etiam discontinuam ex vero et probato titulo, bona fide et decem annis inter praesentes, ac viginti inter absentes, optimo iure acquiri... etiam traditur, an sit necessarius titulus ad usucapionem servitutis continuae; et tandem obtentum est, eum necessarium non esse...».

Y ANTONIO GÓMEZ (135) afirma que «Servitus p vero realis mere discontinua ut iter, actus, via, non praescribitur tempore ordinario, sed immemoriali, quia ejus possessio non potest esse continua, sed quotidie interrumpitur... quod ista proprie non est praescriptio, sed potius titulus, vel concessio adversarii, quae praesumitur, e tanto tempore ita probant praedicta jura... quod in haec praescriptionem immemoriali non requiritur scientia et patientia adversarii...».

«Advertendum tamen ad unum valde singulare, et quotidianum, quod licet servitus discontinua non praescribatur nisi tempore immemoriali, ut supra dictum, est, tamen ilium est verum, quando praescribens non habet titulum ab aliquo tertio, secus tamen si habet, quia tunc bene potest eam praescribere tempore legitimo et ordinario 10 annorum inter praesentes et 20 inter absentes, etiam nulla interveniente scientia et patientia adversarii contra quem praescribitur sicut dicimus in servitute continua, vel quasi ita probat textus formalis et expressus in dicta lege finale versiculo finale. Cod. de praescriptione longi temporis, ubi dicit quod sicut res corporales immobiles praescribuntur tempore ordinario 10 annorum inter praesentes, et 20 inter absentes cum titulo et bona fide nulla interveniente scientia adveniente scientia adversarii: ita etiam praescribitur

(135) «*Variae resolutiones iuris civilis communis et regii Iomii tribus distinctae*», Lugduni, 1701, pág. 385.

usufructus et caeterae servitutes: ergo non magis continuae quam discontinuae...».

En Francia existía un régimen diverso según las diversas regiones, y así, mientras en Bretaña la servidumbre de paso, aun siendo no aparente se adquiriría por la posesión de cuarenta años (136), en cambio las Coutumes de París (137) y las de Orleans (138) preceptuaban que ninguna servidumbre se podía adquirir sin título.

Sin embargo la doctrina francesa propuso excepciones a esta regla prohibitiva de la usucapión de las servidumbres contenida en algunas Coutumes para aquellos supuestos en que las servidumbres se anunciaban por obras exteriores realizadas sobre el predio sirviente, y, como dice TOULLIER (139), estas excepciones fueron recogidas por la antigua jurisprudencia. Se entendió que en estos casos la posesión de treinta años equivalía al título, y ello, explica TOULLIER (140) siguiendo a BOURJON (141), porque cuando existen obras incorporadas y edificadas en fundo vecino, no habiendo podido serlo a sus espaldas y sin su consentimiento, al menos tácito, parecen constituir más que una servidumbre un derecho de propiedad prescriptible por 30 años conforme al art. 118 de la Coutume de París (142).

Y al igual que la doctrina clásica española, la doctrina francesa, desde D'ARGENTRÉ, entendió que las servidumbres, incluso discontinuas, pese a la prohibición de algunas Coutumes, eran usucapibles por la posesión de buena fe con justo título, discutiéndose tan sólo el lapso de tiempo preciso, pues, mientras unos como D'ARGENTRÉ creen precisos diez años, FERRIERES (143) entiende bastan diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y POTHIER estima precisos treinta años (144), diferencias explicables puesto que los plazos exigidos por dichos autores se apoyan en los plazos ordinarios de usucapión, distintos según las diversas Coutumes que comentaban.

(136) Lo que era excepción a la regla general de imprescriptibilidad de las servidumbres discontinuas formulada en las Coutumes de Bretaña.

(137) Art. 186.

(138) Art. 225.

(139) Op. cit., II, pág. 144.

(140) Op. y loc. cit.

(141) Citado por TOULLIER en op. y loc. cit.

(142) Y este argumento lo vemos recogido en la actual doctrina y jurisprudencia francesa. El Código civil francés no admite la usucapibilidad de las servidumbres discontinuas, pero los Tribunales reconocen al que transita por más de treinta años por el fundo de otro, como propietario del terreno.

(143) Citados todos ellos por TOULLIER, op. cit., II, pág. 146.

(144) «Oeuvres de Pothier-Nouvelle édition ornée du portrait de l'auteur publiée par M. Siffrein». Te. Scizicmc-Ile-Paris, 1822, pág. 164.

En los países germánicos, no puede decirse que exista una verdadera usucapión de las servidumbres, como en general no existe una verdadera usucapión, pero sus efectos prácticos pueden lograrse a través de la posesión pacífica de año y día que atribuye al poseedor la *rechte Gewere* y con ella determinados derechos de orden procesal de gran trascendencia para la defensa del derecho poseído y que asimilan en definitiva su posición jurídica a la del legítimo titular del derecho objeto de la *rechte Gewere*. Pero insistimos en que, según la opinión más generalizada, no se trata de una verdadera usucapión puesto que la *rechte Gewere* reposa sobre una adquisición o mejor, entrega, ya realizada. Con la recepción del Derecho Romano es cuando se conoce una verdadera usucapión, produciéndose entonces una regulación, diversa en los distintos derechos germánicos, mezcla en casi todos de principios romanos, canónicos y del derecho feudal longobardo.

El Código civil francés en su art. 690 establece que «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título o por la posesión de treinta años», y en su art. 691 que «las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas, aparentes o no aparentes, no pueden establecerse más que por título.—La posesión aunque sea inmemorial no basta para establecerla, sin que no obstante puedan hoy atacarse las servidumbres de esta naturaleza ya adquiridas por la posesión en las regiones donde podían adquirirse de este modo».

El Código civil austríaco en su art. 480 dispone que «El título de una servidumbre se encuentra en un contrato, en una declaración de última voluntad, en una sentencia judicial pronunciada en ocasión de la división de un bien común o en fin en una prescripción». En el art. 481: «El derecho real de servidumbre sobre cosas inscritas en los registros públicos no puede adquirirse sino por transcripción en éstos.—Para los inmuebles no inscritos en los registros públicos o para las construcciones sobre suelo ajeno, el derecho real se adquiere por el depósito judicial de un documento auténtico sobre la concesión de la servidumbre: y para las otras cosas, de la manera indicada antes para la tradición». Y en fin, en su art. 1.470 preceptúa que «En donde no haya aún libros registrales regulares o bien donde un tal derecho no se ha transcrito en ellos, el detentador de buena fe no puede usucapirlo sino por transcurso de treinta años».

El Código civil chileno en su art. 1.022 dispone que «Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de título; la cuasiposesión inmemorial no bastará para constituir las.—Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por títulos, o por prescripción de diez años».

El Código civil italiano de 1865 disponía en su art. 629 que «Las ser-

vidumbres continuas y aparentes se establecen por virtud de un título o por la prescripción de treinta años o por la destinación del padre de familia». Y en su art. 630 que «Las servidumbres continuas no aparentes y las servidumbres discontinuas sean o no aparentes, no pueden establecerse sino mediante título.—La posesión aun siendo inmemorial no basta para establecerla».

El Código civil portugués, en su art. 2.272, tal como ha quedado redactado por Decreto n.º 19.126 de 16 de diciembre de 1930 declara que «Las servidumbres aparentes, continuas o discontinuas pueden ser constituidas por cualquier modo de adquirir declarado en el presente Código». Y en su art. 2.273 también en su actual redacción declara que «Las servidumbres no aparentes también puede ser constituidas por cualquier modo, excepto por prescripción» (145).

El Código civil argentino en su art. 3.017 sigue la línea trazada por el Código civil francés, preceptuando que «Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título, o por la posesión de treinta años. Las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes o no aparentes no pueden establecerse sino por título. La posesión aunque sea inmemorial no basta para establecerlos».

El B. G. B. alemán en su § 900 dice que: «El que figure inscrito en el Registro de la Propiedad como propietario de una finca sin haber adquirido su propiedad se hace propietario por usucapión cuando la inscripción ha durado treinta años y durante dicho tiempo ha poseído la finca en concepto de dueño. El plazo de treinta años se calcula de la misma manera que el de la prescripción de los muebles. Su curso se suspende en cuanto exista asiento de contradicción practicado en el Registro de la Propiedad contra la exactitud de la inscripción.—Estas disposiciones son aplicables por analogía al caso en que una persona figure inscrita en el Registro de la Propiedad como titular de otro derecho que no le pertenece en realidad, cuando se trata de un derecho que le autorice a poseer la finca o cuyo ejercicio es protegido por las disposiciones relativas a la posesión. El rango del derecho es determinado por la inscripción».

El Código civil suizo en su art. 731, párrafo 3.º dispone que «La prescripción adquisitiva de las servidumbres no es posible sino respecto a los inmuebles cuya propiedad misma puede adquirirse de esta manera».

(145) En su redacción originaria declaraban: Art. 2.272: «Las servidumbres continuas, aparentes, pueden ser constituidas por cualquiera de los modos de adquirir declarados en el presente Código». Art. 2.273: «Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, aparentes o no aparentes, también pueden ser adquiridas por cualquier modo excepto por prescripción.—La disposición de este artículo no perjudicará las servidumbres adquiridas anteriormente a la promulgación de este Código conforme al uso o costumbre del país».

Y en fin, el Código civil italiano de 1942 en su art. 1.061 declara que «Las servidumbres no aparentes no pueden adquirirse por usucapión o por destino del padre de familia.—Son no aparentes las servidumbres cuando no tienen obras visibles y permanentes destinadas a su ejercicio».

En nuestra Patria, ya el Proyecto de 1851, siguiendo al modelo francés, declaraba en el art. 537 que «Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o de posesión, con arreglo a lo determinado en el título XXIV, libro III de este Código». Y en el art. 538 que «Las servidumbres continuas, no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título».

El Código civil retocó la redacción del art. 537 del Proyecto, añadió otro artículo dedicado a señalar las reglas para el cómputo del tiempo de la posesión, y mantuvo la redacción del art. 538 que pasó a ser art. 539 del Código civil. Las reglas destinadas al cómputo del tiempo de la posesión integran el art. 538 del actual Código que no consideramos necesario examinar. El art. 537 dice: «Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, o por la prescripción de veinte años». Y el art. 539: «Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título».

¿Qué razones movieron a los codificadores franceses a consagrar de un modo tan tajante la prohibición de usucapir las servidumbres discontinuas?

BERLIER (146) alega en defensa del art. 691 del Código civil francés que en estas servidumbres discontinuas nada asegura ni permite hacer presumir legalmente que el propietario vecino haya tenido un suficiente conocimiento de los actos a menudo demasiado equívocos y cuya prueba es por tanto inadmisibile. Ninguna prueba de posesión ni siquiera inmemorial, será admitida en esta especie de servidumbre. ¿Qué confianza podrán merecer más allá de los treinta años —añade— los mismos hechos, los mismos actos que se declaraban equívocos y no concluyentes durante el primero y demás años sucesivos?

ALBISSON (147) defiende la prohibición de usucapir las servidumbres discontinuas alegando que la posesión inmemorial no se manifiesta necesariamente por actos lo bastante seguidos o frecuentes que permitan suponer el consentimiento del dueño del fundo sirviente.

(146) «Code Civil suivi de l'Exposé des Motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement; —des Rapports faits au Tribunal au nom de la commission de législation; —des opinions émises dans le cours de la discussion; —des discours prononcés au Corps Législatif par les orateurs du tribunal; —et d'une table analytique et raisonnée des matières tant du Code que des discours». París, 1820, IV, págs. 121 y 122.

(147) En «Code Civil...», citado en nota anterior, IV, pág. 136.

Realmente más que del legislador francés, la prohibición arranca del concepto de la servidumbre discontinua que sobre bases tan erróneas, según hemos pretendido demostrar, se elaboró por los intérpretes del Derecho común. El codificador francés no hizo sino consagrar definitivamente dicho error, dándole el espaldarazo legal.

La doctrina patria y extranjera, por regla general, ha alabado el criterio legal prohibitivo de la usucapión de las servidumbres discontinuas, apoyándose fundamentalmente: a) En que la posesión de las servidumbres discontinuas no es continua ni puede serlo (148), y b) En que la posesión de las servidumbres discontinuas se presume precaria (149) de mera tolerancia.

Pero ni uno ni otro criterio son incontrovertibles y, es más, han sido abandonados por un gran sector de la doctrina científica, particularmente el primer argumento porque una cosa es la continuidad de la posesión y otra la de la servidumbre. Cabe perfectamente, según vimos (150), posesión continua de una servidumbre discontinua. No es preciso para que la posesión de la servidumbre de paso sea continua que la persona que la ejerce esté continuamente, día y noche, transitando por la finca, porque aparte de que esto sería prácticamente imposible y además no sería paso sino pasco, chocaría dicha exigencia con el concepto de continuidad de la posesión. Como dice LAURENT (151) la posesión es continua cuando el poseedor realiza los actos de goce que la naturaleza de la cosa poseída exige; no hace falta para que la posesión sea continua —añaden ALAS, DE BUEN, RAMOS (152)— que de un modo constante e incesante actuemos sobre la cosa, sino que basta que nos portemos con ella como hace ordinariamente el propietario, utilizándola cuando sea oportuno y posible y no dejándola perecer ni pasar contra nuestra voluntad a poder de otro. El que posee un bosque no corta los árboles constantemente, ni siquiera todos los años, y no por eso abandona el bosque ni cesa en su posesión puesto que según su naturaleza, la manera de aprovecharlo no requiere una actividad continua. Como explican ALAS, DE BUEN, RAMOS (153) el poseedor actúa como tal de dos maneras distintas: 1.ª utilizando económicamente la cosa según su naturaleza, 2.ª defendiendo su derecho contra cualquier perturbador. Pero el poseedor no necesita estar siempre actuando en una de estas dos formas, y aun cabe añadir que no puede ha-

(148) Opinión que como ya vimos sustentaron los glosadores y postglosadores.

(149) En este sentido PERRIER en op. cit., pág. 172.

(150) Vid. Capítulo II, apartado E.

(151) Op. cit., VIII, pág. 184.

(152) «De la usucapión», Madrid, 1916, págs. 174 y 175.

(153) Op. cit., pág. 175.

cerlo. Hay, pues, muchos momentos en que el poseedor de una cosa no tiene relación alguna de hecho con ella, sin que por eso pueda nadie afirmar que la posesión se ha interrumpido. En realidad —siguen diciendo los mismos autores (154)— hay infinidad de casos en que sólo aparentemente falta la relación de hechos entre el poseedor y la cosa poseída, pero virtualmente el poseedor continúa portándose como tal. Si una persona, en un momento dado *cuenta* con una cosa suya y se porta como teniendo por seguro que podrá utilizarla en cuanto lo desee, no puede decirse que no se relaciona con la cosa. El que sale de su casa no la abandona. El hecho de seguir contando con la casa y de proceder con la seguridad de que se tiene ésta a la propia disposición para el momento oportuno, ¿no es un acto posesorio en cierto modo? ¿no será posible —añaden— afirmar que el poseedor no ha dejado de poseer «corpore et animo» mientras estuvo en la calle?

Pues bien, aplicando esta doctrina a la servidumbre de paso, bien puede decirse que el que realiza actos de tránsito sobre un fundo determinado con la intención de ejercitar un derecho de servidumbre de paso, y los verifica en cualquier momento en que precise transitar, aun cuando esto no lo haga incesantemente, bien puede afirmarse que tiene la posesión continua de la servidumbre de paso. Basta con que el poseedor *cuenta* con la posibilidad de transitar sobre el presunto fundo sirviente y se porte como teniendo por seguro que podrá hacerlo en cuanto lo desee. Su posesión será continua cuando realice los actos de tránsito normales dadas las circunstancias de los predios y de las necesidades en contemplación a las cuales se verifica el paso (155), y sin que medie entre uno y otro de los actos de tránsito un intervalo tal que haga presumir el abandono de la posesión o se produzca la interrupción natural de la misma.

En cuanto a la presunción de precariedad de la posesión en las servidumbres discontinuas, ha tenido y tiene mayores partidarios en la doctrina científica. Se dice que los actos por los que se ejercita la servidumbre discontinua tienen un carácter equívoco, no concluyente, y en consecuencia el dueño del fundo sirviente, al carecer de un conocimiento suficiente del carácter con que se ejecutan dichos actos, no podría defender adecuadamente sus derechos, podría verse privado de sus derechos o de parte de ellos «por sorpresa», temor que le conduciría a prohibir incluso el paso de mera tolerancia si se admitiese aquella posibilidad.

Pero tampoco son satisfactorios los argumentos aducidos, ni deben conducir necesariamente a rechazar la usucapibilidad de la servidumbre

(154) Op. y loc. cit.

(155) El art. 1.944 del Código civil dice que «Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año».



de paso y en general de las discontinuas, ya que de un lado bastaría la aplicación a este supuesto de las normas contenidas en los artículos 444 del Código civil según el cual «Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión», y 1.942 del mismo cuerpo legal conforme al cual «No aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño». Y por otro lado no siempre podrá decirse que los actos de tránsito sobre el presunto predio sirviente son equívocos, cabe la posibilidad de que el que ejercita el paso lo haga con intención de ejercitar un derecho de servidumbre de paso al margen de toda tolerancia del dueño del fundo sirviente, lo que será aún más evidente en el caso en que se hayan ejercitado obras sobre el fundo sirviente (156).

Como dicen BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL (157) el sistema legal prohibitivo de la usucapión de las servidumbres discontinuas es defectuoso. Podrá alegarse que el paso es de mera tolerancia en los supuestos en que el dueño del fundo permite el paso al vecino de cuando en cuando por uno u otro punto de su fundo, pero cuando el vecino pasa a través del fundo durante treinta años e incluso por facilitar su paso ha construido un sendero de suerte que el terreno que ocupa queda excluido a toda clase de cultivo no puede decirse ya que hay simple tolerancia. Lógicamente la prescripción debería ser posible —dicen— (158) en esta hipótesis, y sin embargo el art. 691 (del Código civil francés) se opone a que se pueda cumplir», «etiam per mille annos» porque la servidumbre de paso es discontinua. Ante lo irracional de las soluciones impuestas por el texto de la ley, los litigantes han usado una argucia para eludirla. Y así —añaden— (159) un propietario viéndose contestar el derecho de paso sobre el fundo vecino, pese a haberlo ejercitado durante treinta años sobre un sendero empedrado, ha sostenido ante los tribunales no que él había adquirido el derecho de paso por prescripción, sino que había adquirido por prescripción la propiedad del terreno asignado al derecho de paso o al menos un derecho de copropiedad; y los jueces han estimado esta pretensión. De suerte que, por haber querido proteger enérgicamente el derecho de propiedad, poniéndolo a cubierto de la prescripción de un derecho de servidumbre, el legislador ha llegado a comprometer su existencia

(156) Y esto si se admite que dichas obras permanentes no transforman en continua la servidumbre, porque si se estima entonces continua no hay ya problema en orden a su usucapibilidad.

(157) «Trattato Teorico-Practico di Diritto Civile-Dei Beni», Milano, 1931, pág. 858.

(158) Op. y loc. cit.

(159) Op. cit., pág. 859.

misma. Ha querido impedir que se pudiese adquirir por prescripción una servidumbre de paso sobre el fundo vecino, y ha colocado a los jueces en un callejón sin salida que les ha llevado a admitir contrariamente a toda verosimilitud, la prescripción de la propiedad del terreno destinado a la servidumbre: lo que es grave para aquel a quien pertenecía el terreno, porque en lo sucesivo él no podrá ya ni pasar ni construir en la vecindad sin observar la distancia legal. Ante todo ello —concluyen los citados autores— (160) el legislador habría podido pura y simplemente dejar sujetas las servidumbres a las reglas del derecho común en lo que concierne a la prescripción.

Y PLANIOL y RIPERT ponen de relieve la falta de fundamento de las doctrinas que niegan la usucapibilidad de las servidumbres discontinuas: La condición de apariencia —dicen— (161) no es la condición ordinaria de publicidad que exige el art. 2.229 (del Código civil francés) para admitir una posesión como útil desde el punto de vista de la usucapición. Bastaría referirse a las reglas ordinarias que exigen para la prescripción una posesión no clandestina. La condición de continuidad —añaden— (162) se justifica aun menos. La razón primitiva que ha hecho distinguir entre las servidumbres continuas y discontinuas para la posibilidad de la prescripción es que estas servidumbres, ejercitándose por actos aislados, no eran consideradas susceptibles de una posesión continua. Esta consideración es la causa histórica de la distinción hecha por el Derecho francés, desde el siglo XVI, entre las dos especies de servidumbres. La doctrina francesa moderna sin embargo ha abandonado esta explicación porque es teóricamente falsa. Estiman con razón que las servidumbres discontinuas son perfectamente susceptibles de una posesión continua en el sentido en que se toma esta palabra en la teoría de la usucapición.

Pero otros autores —dicen PLANIOL y RIPERT (163)— han imaginado otra explicación: el ejercicio de las servidumbres discontinuas, componiéndose de actos aislados, no causa sino una molestia insignificante y pasajera al propietario del fundo que debe reputarse que los tolera por espíritu de buena vecindad o porque su realización no le causa ningún daño. Estas servidumbres, cuando no se apoyan sobre un título se encuentran afectadas por ello de precariedad, se ejercitan a título de tolerancia lo que hace la prescripción imposible en virtud del art. 2.232 del Código civil francés. Pero esta explicación no vale más que la otra: tiene ei

(160) Op. cit., págs. 859 y sgte.

(161) «Traité pratique de Droit civil français». T. II, «Les Biens» por MAURICE PICARD. Paris, 1952, pág. 934.

(162) Op. cit., pág. 935.

(163) Op. cit., págs. 935 y sgte.

defecto de erigir en presunción absoluta una circunstancia, la tolerancia a título de precario que a menudo no existe.

Hubiera sido mejor —concluyen (164)— dejar la prescripción de las servidumbres bajo el imperio de los principios generales (es decir, remitirse a las reglas generales de la usucapión).

¿Cabe adquirir hoy la servidumbre de paso por usucapión (165). Debemos distinguir dos hipótesis: a) Ejercicio del paso iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Código civil, o sea con anterioridad a 1 de mayo de 1889 (166), y b) Examen de la cuestión a la luz de los preceptos vigentes.

a) En el primer caso, la cuestión debe decidirse de conformidad con el Derecho anterior al Código, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del mismo (167) en relación con el inciso primero del art. 1.939 de nuestro primer Cuerpo legal, aplicable a esta materia aun cuando su segundo inciso no se refiera a ella, según ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de octubre de 1955. Y esta aplicación del Derecho anterior tendrá lugar aun cuando el tiempo total de la prescripción no haya transcurrido en su totalidad antes de entrar en vigor el Código civil. La Jurisprudencia es constante en este sentido, y citaremos como ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1900, 1 de febrero de 1912, 7 de enero de 1920, 11 de mayo de 1927, y 19 de noviembre de 1930, que reconocen la aplicación del Derecho derogado a esta materia de adquisición de servidumbres discontinuas por usucapión, cuando el paso se hubiera iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Código civil (168).

(164) Op. cit., pág. 936.

(165) Además de las obras citadas en el texto, véase sobre este particular el interesante estudio de CASTRO PÉREZ, «Adquisición por usucapión de la servidumbre de paso», Separata de los núms. 95 y 96 de Foro Gallego, La Coruña, 1954.

(166) Fecha de entrada en vigor de la primera edición del Código civil. La segunda y definitiva edición del Código civil entró en vigor el 27 de julio de 1889, fecha en que terminó la publicación de la misma en la Gaceta, aun cuando, como dice DE CASTRO, op. cit., I, pág. 199, nota, en esta edición corregida hay que distinguir dos tipos de corrección: las que tengan valor interpretativo, que serán de aplicación retroactiva, y las que llenen lagunas o cambios sustantivos que no entrarán en vigor hasta transcurrir veinte días (art. 1.º de la 1.ª edición), siempre con arreglo a lo dispuesto en las disposiciones transitorias.

(167) Edición corregida, puesto que en la primera edición del Código sólo se contenía una disposición general colocada como inciso del art. 1.976 en el que se decía que «las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efectos retroactivos».

(168) Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 23 de enero de 1961, parece exigir para la aplicación del Derecho anterior en materia de usucapión de servidumbre de paso, que la prescripción se hubiese consumado ya antes de entrar en vigor

Es decir, probado que el tránsito se efectuaba antes del 1.º de mayo de 1889, desde hace tanto tiempo que los hombres, incluso los más ancianos, no conservan memoria de su origen, ni siquiera por referencias de la anterior generación, podrá estimarse adquirida la servidumbre de paso por tiempo inmemorial, por aplicación de la Ley de Partidas antes citada (169).

En su virtud cabría el ejercicio de la acción confesoria contra todo aquel que perturbare el ejercicio actual de ese derecho de servidumbre de paso adquirido de tal modo y cuyo derecho habría de regirse por las leyes de Partidas antes referidas (170) como ha reconocido la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 15 de mayo de 1959.

b) Fuera del supuesto antes contemplado ¿cabe hoy alegar la usucapción como modo de adquisición de la servidumbre de paso? ¿hay base en el Código civil para admitir la posibilidad de usucapir la servidumbre de paso?

Indudablemente, la *prescripción veintenal* establecida en el art. 537 del Código civil no será aplicable a la servidumbre de paso si se admite que ésta en todo caso es discontinua puesto que de un modo expreso declara dicho precepto ser aplicable sólo a las servidumbres *continuas* y aparentes. Pero ya indicamos en el capítulo dedicado al estudio de la naturaleza jurídica de la servidumbre de paso (171) que ésta podía ser configurada como continua cuando, dadas las irregularidades orográficas del fondo sirviente, se hiciese indispensable la construcción de puentes o pavimentos especiales, y efectivamente se construyesen. La existencia en tal caso de esas obras permanentes sobre el fondo sirviente, necesarias para el ejercicio de la servidumbre de paso, están proclamando incesantemente

el Código. Puede verse en Revista General de Derecho, Año XVII, núm. 200, mayo, 1961, págs. 461 y sgte.

La Sentencia del T. S. de 3 de julio de 1961 entiende que la inmemorialidad no es susceptible de dividirse en dos períodos, ni mucho menos de determinación en un punto inicial o de arranque que es incompatible con ella, por lo que considera poco afortunada la frase que dice «que por lo menos se inició con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil», frase que quiere indicar que tal inmemorialidad se había causado antes de la vigencia del Código.

(169) Vid. más adelante en este mismo apartado.

(170) Vid. más adelante en este mismo apartado.

(171) Con arreglo a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1865, esta posesión inmemorial no se justifica suficientemente con testigos, el mayor de 55 años, por más que digan que así lo han visto durante el tiempo de que puedan dar razón, puesto que tal testimonio no alcanza a demostrar que el uso de dicha servidumbre excede de la memoria de los hombres más ancianos, y que no hay ninguno que tenga conocimiento de su origen, según dicha Ley exige, «tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo comenzaron a usar».

una inmisión permanente del fundo gravado sin necesidad de ningún hecho actual del hombre (172). En este supuesto no vemos inconveniente teórico en admitir que la servidumbre de paso sea adquirida por la usucapación de veinte años conforme al art. 537 del Código civil sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes ni ausentes. El cómputo del plazo empezará a contarse desde la fecha de la terminación de las obras (173). Ahora bien, como ya dijimos en su lugar (174) la jurisprudencia no recoge esa distinción que nosotros hacemos y considera en todo caso discontinua a la servidumbre de paso, de donde se sigue que, conforme a ese criterio jurisprudencial no será posible aplicarle la usucapación veintenala del art. 537.

Por lo que respecta a la *prescripción adquisitiva ordinaria de diez años entre presentes y veinte entre ausentes*, ya la doctrina francesa, a raíz de la publicación del Código francés y ante las innovaciones que introdujo sobre este punto relativo a la usucapación de las servidumbres en relación con el Derecho anterior, se planteó la cuestión de si la buena fe unida al título (a non domino) hace usucapibles las servidumbres discontinuas (y las continuas no aparentes) y si en caso afirmativo era suficiente el lapso de tiempo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes (175).

TOULLIER resuelve el problema en sentido afirmativo. El Código, dice (176), es más favorable a la prescripción de las servidumbres que las Coutumes de París y de Orleans: ha restringido a las servidumbres continuas no aparentes y a las discontinuas, las disposiciones de dichas Coutumes según las cuales el derecho de servidumbre no puede adquirirse por el largo uso sin título incluso cuando se haya usado de ellas por 100 años. Conforme al art. 691 del Código «las servidumbres continuas no aparentes y las servidumbres discontinuas aparentes o no aparentes, no pueden establecerse más que por título. La posesión aunque sea inmemorial *no basta* para establecerlas...». Luego se puede concluir, —añade TOULLIER (177)—, a contrario sensu, que estas servidumbres pueden establecerse por la posesión cuando hay un título. Siguiendo a POTHIER (178)

(172) Vid. Capítulo II, apartado E.

(173) Cfr. art. 538.

(174) Vid. Capítulo II, apartado E.

(175) Como ya vimos anteriormente la antigua doctrina francesa se había planteado ya el problema de si el título hace prescriptibles las servidumbres discontinuas, y lo resolvió en general afirmativamente.

(176) Op. cit., II, pág. 146.

(177) Op. y loc. cit.

(178) Op. cit., pág. 164.

entiende este autor (179) que la posesión no está desprovista de título cuando se posee en virtud de un contrato de adquisición, otorgado por aquél a quien el poseedor creía propietario. Este título imprime al uso, el carácter de posesión pro suo y en calidad de dueño; posesión que, cuando está bien caracterizada, sigue diciendo, autoriza la prescripción. Y esta opinión la ve confirmada por la sentencia de la Corte de casación francesa de 24 de julio de 1810. Pero no obstante cree inaplicable el lapso de 10 ó 20 años de la usucapión ordinaria, puesto que el art. 2.264 del Código civil francés ordena que «las reglas de la prescripción sobre otros objetos distintos a los mencionados en el presente título (de las prescripciones) son desenvueltas en los títulos respectivos». Y en el título de las servidumbres, el Código no admite otra prescripción que la de 30 años, por lo que no se puede admitir otra. Por consiguiente, para TOULLIER (180) el título no produce otro efecto en las servidumbres discontinuas (y en las continuas no aparentes) que hacerlas usucapibles, al igual que lo son, aun sin título, las continuas aparentes, es decir, por la posesión de 30 años; pero ese título no abrevia el tiempo de la prescripción porque en materia de servidumbres el Código no conoce otra prescripción que la de 30 años.

Pero, por lo general, la doctrina francesa y belga se inclina por la solución negativa. LAURENT (181) estima que el art. 691 del Código, dados sus términos restrictivos, excluye para las servidumbres discontinuas o no aparentes, cualquier modo de adquisición que no sea un título y por tanto también la prescripción; si la servidumbre pudiese ser establecida con una posesión de 30 años mediante título y buena fe, se fundaría precisamente en la prescripción. En vano se diría que en este caso el que reclama la servidumbre tiene un título, y que, en consecuencia, se está en el supuesto contemplado por el art. 691 porque para el art. 690 (se está refiriendo al Código francés) *título* significa título verdadero, es decir, emanado del propietario del fundo sirviente, y el art. 691, que es una consecuencia del anterior acoge la palabra título con el mismo significado. Al decir el Código civil francés en términos restrictivos que las servidumbres discontinuas o no aparentes se constituyen sólo mediante títulos, quiere excluir cualquier clase de prescripción; y la posesión de 30 años aun cuando se apoye en un título emanado de un no propietario es una prescripción y no un título.

La doctrina italiana se planteó también la cuestión objeto de nuestro estudio inclinándose en su mayoría por la solución negativa, con refe-

(179) Op. cit., pág. 146.

(180) Op. cit., pág. 147.

(181) Op. cit., VIII, pág. 185.

rencia al Código civil de 1865. En este sentido SACCHI (182), DE LA VILLE (183) y PUGLIESE (184) entre otros.

En nuestra Patria, la mayoría de la doctrina estima igualmente que para las servidumbres sólo se puede aplicar la usucapión de 20 años del art. 537 (de la que sólo son susceptibles las servidumbres continuas y aparentes).

Así ALAS, DE BUEN y RAMOS (185) alegan que por ser el art. 537 una disposición especial y dada la norma del art. 1.938 (186) parece evidente que la del art. 537 deroga las anteriores y la en ella establecida es la única usucapión aplicable a la adquisición de las servidumbres (187). En este mismo sentido MUCIUS SCAEVOLA (188), para quien igualmente en materia de servidumbres tan sólo existe una sola prescripción: la especial de 20 años consignada en el art. 537. Obsérvase desde luego esta especialidad. —dicen— en el tiempo fijado por el artículo; no señala el de 10 años de la ordinaria entre presentes, ni el de 30 de la extraordinaria, prueba de que no ha querido aceptar el uno ni el otro y sí fijar uno peculiar a la servidumbre. Ve este autor confirmado su criterio en los términos en que se pronuncian algunos artículos del Código referentes a la prescripción adquisitiva de otros derechos reales, en parangón con los del art. 537. El 468, concerniente al usufructo, dice que éste se constituye por ley, por voluntad de los particulares y por prescripción. Al hablar así, sólo de prescripción —añade (189)—, claro es que no asalta duda alguna de que le son aplicables las disposiciones de la prescripción en general. Son prescriptibles tanto el capital como las pensiones del censo —dice el art. 1.620— conforme a lo que se dispone en el Título XVIII de este Libro. Encamínase más bien esta disposición a la prescripción extintiva pero lo cita MUCIUS SCAEVOLA (190) para demostrar como habla el Código cuando se refiere a las reglas generales de la prescripción.

(182) Op. cit., I, págs. 608 y sgtes. en donde la niega, incluso para las continuas y aparentes.

(183) Op. cit., I, págs. 579 y sgtes. negándola también para las continuas y aparentes.

(184) «La prescrizione acquisitiva», Torino, 1911, 3.ª ed., págs. 607 y sgtes. en donde la admite para las continuas y aparentes, negándola para las discontinuas o no aparentes.

(185) Op. cit., pág. 253.

(186) Según dicho artículo «Las disposiciones del presente título (el de la prescripción) se entienden sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se establezca respecto a determinados casos de prescripción».

(187) Mantiene este mismo criterio DE BUEN en sus anotaciones a COLIN y CAPITANT, «Curso elemental de Derecho civil». Trad. por..., 2.ª ed. revisada por OSSORIO MORALES, Madrid, 1942, II-2.º, pág. 1.006.

(188) Op. cit., X, págs. 419 y sgle.

(189) Op. cit., X pág. 419.

(190) Op. y loc. cit.

En oposición a esto, sitúa el repetido autor (191) los preceptos legales respecto a la prescripción de las servidumbres, preceptos que denotan a su juicio una materia privilegiada, excepcional. De la prescripción extraordinaria se ocupa el art. 1.959; pues bien, la única excepción que admite es la determinada en el art. 539, del título de servidumbres; todos los derechos reales pueden, según dicho artículo, adquirirse por prescripción, todo menos las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, aparentes o no, que sólo se pueden adquirir por título».

De admitir la prescripción del art. 537 y la ordinaria de 10 y 20, resultaría que regiría para la ordinaria entre ausentes y la extraordinaria igual tiempo, lo que a juicio de MUCIUS SCAEVOLA (192) no es admisible porque de existir ambas debe de establecerse diferente término. Además, y este es el punto principal —concluye el citado autor (193)— la admisión de la prescripción ordinaria, o sea con título, como condición para la prescripción, conduciría fatalmente a la consecuencia de que por ésta podrían adquirirse servidumbres que según el precepto expreso del art. 539 sólo pueden adquirirse en virtud de título.

No obstante, una vez expuesto el que considera sistema legal, se manifiesta contrario a él (194).

LACRUZ BERDEJO (195) combate la conclusión de la mayoría de la doctrina española sobre este problema de la adquisición de las servidumbres discontinuas por usucapición, conclusión que a su juicio no se justifica desde el punto de vista racional porque, dice, no es lógico que la usucapición que sirve para adquirir la propiedad, sea incapaz de hacer adquirir una servidumbre, derecho real de entidad inferior, ni desde el punto de vista histórico, ni desde el punto de vista del Derecho positivo. En esta última vertiente (196) opina que los artículos 1.957 y 1.959 más bien favorecen la tesis de la usucapibilidad decenal ya que de un lado el art. 1.957 habla de los derechos reales sobre bienes inmuebles sin hacer salvedad alguna, y el 1.959 hace la salvedad de las servidumbres previstas en el art. 539 de donde se deduce que, mientras tales servidumbres no están sujetas a la prescripción extraordinaria, sí que pueden usucapirse en los plazos y con las condiciones de la prescripción ordinaria, puesto que el art. 1.957 nada dice de ellas. El art. 537, al contraponer el título a la prescripción,

(191) Op. cit., X pág. 419.

(192) Op. cit., pág. 420.

(193) Op. y loc. cit.

(194) Op. y loc. cit.

(195) «Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes». Separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1955, págs. 49 y sgtes.

(196) Vid. restantes argumentos en op. cit., pág. 50

debe entenderse referido a la que tiene lugar sin título, por la sola posesión.

El plazo de 20 años, dice LACRUZ BERDEJO (197) es en verdad excepcional, pero la excepción es sólo aplicable a las servidumbres mencionadas en el mismo precepto que la establece, y sólo a efectos de la prescripción extraordinaria. Sin una remisión explícita a la ordinaria, es decir, sin una derogación expresa, no hay por qué eliminar —añade (198)— la vigencia del art. 1.957 en materia de servidumbres.

Afirma dicho autor (199) que cabe interpretar el art. 539 como excluyendo en las servidumbres discontinuas o no aparentes la prescripción sin título ni buena fe, pero sin modificar lo dispuesto por el art. 1.957. Así, los artículos 537 a 540 deben entenderse referidos, en principio, a la prescripción veintenala: la ordinaria, no afirmada ni negada por ellos, sigue sus propias reglas (200). Cita la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1929 que a su juicio no cierra definitivamente el camino para una solución de este tipo, y en fin, entiende LACRUZ BERDEJO (201) que al no decir el art. 539 que las servidumbres discontinuas (o no aparentes) se adquirirán en virtud de sólo el título, deja en el aire la posibilidad de que, a la vista de los antecedentes y de otros preceptos concordantes, se interprete ampliamente esa exigencia de título, o se considere únicamente dirigida a eliminar aquella prescripción que para las servidumbres continuas y aparentes establece el art. 537. Lo mismo podemos decir —añade (202)— del 540: se entiende que «las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción», pueden serlo mediante la prescripción con título. Esta interpretación la considera favorecida por el inicio del propio precepto, pues hablando de «la falta de título constitutivo», es claro que la hipótesis de la prescripción ordinaria viene eliminada «in radice»: el supuesto de la norma sólo puede ser de prescripción veintenala.

El esfuerzo de LACRUZ BERDEJO en pro de la usucapibilidad de las servidumbres discontinuas es digno de todo encomio y creemos su argumentación digna de ser recogida por una progresiva jurisprudencia. De todos modos, se impone en este punto una reforma del Código civil que lleve a su articulado de un modo claro la posibilidad de usucapir toda clase de servidumbres con tal de que éstas puedan reunir y reúnan los requisitos precisos para la usucapion conforme a los preceptos del Código civil reguladores de la prescripción adquisitiva y mejor aún, como lo ha

(197) Op. cit., pág. 51.

(198) Op. y loc. cit.

(199) Op. y loc. cit.

(200) Op. cit., pág. 51.

(201) Op. cit., pág. 54.

(202) Op. y loc. cit.

hecho el Código civil italiano de 1942 (203), suprimir la arbitraria e históricamente errónea distinción de las servidumbres en continuas y discontinuas.

¿Cabe hoy adquirir la servidumbre de paso por *prescripción inmemorial*? El Código civil no lo admite expresamente, pero tampoco sienta una regla prohibitiva como la del art. 691, párrafo 2.º del Código civil francés, o la del art. 630, párrafo 2.º del italiano de 1865, o la del 3.017 del argentino.

Por otro lado la doctrina no es acorde en admitir que la llamada *prescripción inmemorial* sea un caso de verdadera *prescripción adquisitiva*.

Como dice GLÜCK (204), ya en el Derecho Romano, cuando no es posible indicar el origen de la servidumbre, se supone constituida legítimamente porque en tal caso el título se presume. En D. 43, 20, 3, 4 (POMPONIO) se dice expresamente: «Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit iure constituti loco habetur». Otros pasajes del Corpus iuris civilis, se refieren a esta «vetustas» o «praerogativa temporis» en el sentido que el ejercicio de la servidumbre por tiempo inmemorial hace prueba de su existencia. Como dice BIONDI (205), no era un modo de adquisición de la servidumbre, sino un simple medio probatorio, un sustitutivo del título en materia de aguas, más concretamente, de acueducto, que no se podía parangonar con la usucapción, ya que no era necesario ni el título ni la buena fe ni siquiera un período definido de tiempo.

Lo cierto es que la doctrina científica, con los nombres de tiempo inmemorial, posesión inmemorial o *prescripción inmemorial*, consideró a ésta como un sustitutivo del título. Así PECCHIUS (206) para quien la posesión inmemorial tiene fuerza de título, FONTANELLA (207) que considera la *prescripción inmemorial* como una presunción iuris et de iure de título que no admite prueba en contrario, CAEPOLLA (208) para quien el tiempo inmemorial tiene fuerza de privilegio, de título.

PUGLIESE (209), con referencia a los pueblos germánicos, dice que el

(203) Aunque, como se ha dicho anteriormente, conserva trazos de la distinción en el art. 1.073.

(204) Commentario alle Pandette. Libro VII, tradotto e annotato da FILIPPO SERAFINI, Milán, s. a., nota en pág. 99.

(205) Op. cit., págs. 278 y sgtes. en donde recoge además del fragmento de POMPONIO transcrito en el texto, otro de SCARVOLA (D. 39, 3, 26), una constitución de DIOCLECIANO (C. 3, 34, 7) y un fragmento de ULPIANO (D. 43, 19 5, 3) relativos a dicha «vetustas».

(206) «Tractatus de servitutibus rusticis» (T. III de su «Tractatus de servitutibus»), Ticini Regii 1694 pág. 261.

(207) «Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae». Coloniae Allobrogum, 1735, I, pág. 402.

(208) Op. cit., pág. 43.

(209) «La prescrizione acquisitiva», Torino, 1911, 3.ª ed., pág. 636.

tiempo inmemorial no representaba una prescripción adquisitiva sino una presunción de un originario establecimiento legítimo de aquel estado de cosas a que se refiere el tiempo inmemorial. ALAS, DE BUEN Y RAMOS (210) consideran que el tiempo inmemorial, más que una verdadera usucapión es un modo de probar el título, una verdadera presunción de título, ya que la subsistencia de un estado por un tiempo tan prolongado, trae consigo la suposición de que tal estado tuvo un origen jurídico pues no se concibe que una posesión injusta hubiere podido permanecer tanto tiempo inalterable. Y para BONET RAMÓN (211) la llamada prescripción inmemorial es un subrogado de la prescripción, un motivo de inatacabilidad del estado de hecho presente en cuanto es conforme con el estado de hecho de siempre y de todos conocido; medio que funciona cuando la prescripción no puede funcionar.

El criterio doctrinal expuesto, parece haber hallado eco en nuestra legislación. Y así en la Ley VII, Título VIII, Libro XI de la Novísima Recopilación, se dice que probada la inmemorial costumbre sea habida en lugar de título bastante.

Y si esto es así, no creemos choque con los preceptos expuestos de los artículos 537 y sobre todo 539, la posibilidad de adquirir la servidumbre de paso en virtud de título, probado a través del tiempo inmemorial, antes al contrario, se cohonesta perfectamente con lo dispuesto en dicho art. 539: «Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de *título*», puesto que esta llamada prescripción inmemorial o tiempo inmemorial no es más que una verdadera presunción de título, o mejor, crea una verdadera presunción de título.

Si el pensamiento del Codificador hubiera sido otro, podría haber añadido un segundo párrafo al igual que lo hizo el modelo francés, prohibiendo expresamente la adquisición de las servidumbres discontinuas por prescripción inmemorial. No lo hizo así y como por otra parte ya hemos visto que el Derecho tradicional español que el legislador de 1888 y 1889 pretendió recoger, admitió la prescripción inmemorial para la adquisición de las servidumbres discontinuas, ésta nuestra interpretación, además de tener un fundamento lógico, tiene apoyo, como decimos en nuestro Derecho histórico.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de febrero de 1912, parece reconocer que la prescripción inmemorial, aun siendo aplicada la legislación vigente, constituiría e integraría título eficaz muy bastante para adquirir, que no la enerva ni ha destruído el Código civil y porque la per-

(210) Op. cit., pág. 274, siguiendo a REGELSBERGER, por ellos citado.

(211) «Compendio de Derecho Civil», Madrid, 1959 I, pág. 779.

manencia del signo demostrativo tendría que estimarse título para continuarla (la servidumbre de paso) activa y previamente según el repetido Código.

Como dice OYUELOS (212), esta sentencia parece venir a convalidar la doctrina de la posesión inmemorial como equivalente al título dentro de la vida del Código, al decir que éste ni ha enervado ni destruido dicha posesión (213).

La sentencia de 7 de enero de 1920 parece admitir también la posibilidad de adquirir por tiempo inmemorial una servidumbre discontinua al decir en su considerando 2.º que cuando se prueba el uso inmemorial de una servidumbre no cabe distinguir la época anterior y la posterior al Código. Es decir, que basta con que no haya memoria, en la época en que se incoa el pleito, del momento en que empezó a usarse la servidumbre, aunque dicho momento inicial pudiera haber sido recordado en la época de la publicación del Código. Como dice CASTÁN (214) comentando esta sentencia, con la teoría del Tribunal Supremo resultará que se admitirán, al amparo de la legislación derogada, servidumbres discontinuas sin título (escrito) que habrán empezado a ejercitarse con posterioridad al Código.

De todos modos, insistimos en que sería conveniente dar una nueva redacción a los arts. 537 y 539 del Código civil, en términos que eliminaran toda duda sobre este particular, y en el sentido de recoger la usucapibilidad de toda clase de servidumbres, naturalmente con los requisitos que para la usucapición exige el Código, entre ellos el de ser precisa una posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (215), borrando, repetimos, toda distinción entre las servidumbres continuas y discontinuas (216).

(212) «Digesto.—Principios doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español». Madrid, 1917, II, pág. 487.

(213) Sobre el cómputo del tiempo inmemorial, vid. ALAS, DE BUEN Y RAMOS, op. cit., págs. 274 y 275.

(214) Revista de Derecho Privado, VII, año 1920, págs. 237 y sgte.

(215) Art. 1.941 del Código civil.

(216) El art. 14 del vigente Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón de 7 de diciembre de 1925, admite la adquisición de las servidumbres que no sean continuas y aparentes por la posesión inmemorial pacífica y nunca interrumpida. La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960 admite en su artículo 343 que las servidumbres discontinuas puedan adquirirse por usucapición inmemorial, pero exceptuando las servidumbres a que se refiere el art. 283 entre las que se cuentan la servidumbre urbana de paso por hueco de pared que lo proporcione sobre vía pública o pasaje particular y de una casa a otra por medio de puentes, arcos, entablados u otros medios aptos; la que es consecuencia de permanecer abierto el portal de una casa o predio o de no hallarse éste cercado, y la de paso circunstancial entre fincas rústicas usado sólo en época de labores agrícolas (Séptima), y las servidumbres no aparentes considerándose tales las que no sean fácilmente

Naturaleza jurídica.—De admitir la usucapibilidad de la servidumbre de paso ¿podría considerarse la surgida de la prescripción adquisitiva como coactiva? Creemos con RIZZI (217) que la servidumbre adquirida por usucapión, no puede nunca considerarse coactiva ni voluntaria en cuanto se forma independientemente del consentimiento de las partes, incluso en los supuestos en que se hubiese podido imponer coactivamente o constituirla mediante convenio.

D.—Constitución automática de la servidumbre de paso

(Constitución de la servidumbre de paso por el signo aparente)

Este medio, también llamado de constitución tácita de la servidumbre, y constitución por destinación o destino del padre de familia, se halla recogido en el art. 541 del Código civil, conforme al cual «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

El origen de este medio constitutivo de la servidumbre no lo hallamos en el Derecho Romano, según la opinión más probable, sino en los intérpretes medioevales, que construyeron este instituto apoyándose en algunos fragmentos de la compilación justiniana, más concretamente, al decir de BIONDI (217 bis), siguiendo a SIMONCELLI (218), fue BARTOLO (219) quien echó los cimientos de la construcción de este medio adquisitivo tal como viene disciplinado por muchas legislaciones modernas, si bien (220) sólo en épocas más recientes ha adquirido individualidad y autonomía.

visibles desde el interior del predio (Octava). Y en fin el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra elaborado por la Comisión Compiladora del Derecho civil de Navarra (Pamplona, 1959) admite la posibilidad de adquirir por usucapión con arreglo a la doctrina foral sobre adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, sirviendo de título el uso que se hubiere hecho de ellas, toda clase de servidumbres, incluso las discontinuas (cfr. Leyes 69 y 71).

(217) Op. cit., II, pág. 315.

(217 bis) Op. cit., pág. 298.

(218) «La destinazione del padre di famiglia», en «Scritti giuridici», I, 1938, págs. 30 y sgtes., cit. por BIONDI en op. y loc. cit.

(219) Basado a su vez en la Glosa, según BRUGI, en nota a GLÜCK, «Commentario allo Pandette», Libro VIII, Milano 1900, pág. 362.

(220) Y en este sentido DEIANA, op. cit., pág. 562.

En nuestro Derecho histórico anterior al Código no estaba recogido este medio en norma legal alguna, pero la Jurisprudencia del Tribunal Supremo lo admitió entre otras Sentencias en las de 14 de septiembre de 1867 y 10 de enero de 1883, inspiradas sin duda en la legislación y jurisprudencia francesa.

El Código francés, en efecto, tomándolo del derecho consuetudinario francés, dedicó a este medio constitutivo los artículos 692, 693 y 694. El art. 692 declara: «La destinación del padre de familia equivale al título respecto a las servidumbres continuas y aparentes». El 693: «No hay destinación del padre de familia sino cuando es probado que los dos fundos actualmente divididos han pertenecido al mismo propietario, y que las cosas han sido puestas por él en el estado del cual resulta la servidumbre». Y el art. 694: «Si el propietario de dos heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre, dispone de una de las heredades sin que el contrato contenga ninguna convención relativa a la servidumbre, ésta continúa existiendo activa o pasivamente en favor del fundo alienado o sobre el fundo alienado».

De un lado el art. 692 declara aplicable este medio a las servidumbres continuas y aparentes, pero como el art. 694 al hablar del signo aparente de servidumbre, no aclara si ha de ser signo aparente de servidumbre continua o discontinua, se planteó en Francia la cuestión de si este último artículo podría aplicarse a toda servidumbre aparente fuese continua o discontinua (221).

El legislador español, quizá para evitar la confusión a que podría dar lugar la diferencia entre dichos preceptos, refundió en uno solo las normas de los tres artículos citados del Código napoleónico.

Este precepto del art. 541 de nuestro Código civil, plantea sin embargo algunos problemas que vamos a examinar en este capítulo:

a) ¿A qué clase de servidumbres es aplicable? Ya hemos visto cómo el art. 692 del Código civil francés lo limitó a las servidumbres continuas y aparentes, y con ello quizá fuese lógico con el criterio que movió al legislador francés a limitar también la usucapión a las servidumbres continuas y aparentes aun cuando nosotros calificásemos dicho criterio de equivocado: Sería absurdo que un mismo acto pudiese ser reputado equívoco a efectos de usucapión y en cambio evidenciase una servidumbre cuando se tratase de aplicar este medio de la destinación del padre de familia.

Pero como hemos dicho antes, la redacción del art. 694 del Código

(221) Vid. ALBISSON, «Code Civil suivi de l'Exposé des Motifs...», citada anteriormente, IV, págs. 187 y 188, TOULLIER, op. cit., III, pág. 141, LAURENT, op. cit., VIII, pág. 167, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, op. cit., págs. 871 y sgtes.

francés dió lugar en Francia a una interesante controversia doctrinal acerca de su posible aplicación a las servidumbres discontinuas en la que no entramos por no estimarlo oportuno (222). Tan sólo diremos que la jurisprudencia francesa se ha inclinado por la solución afirmativa (223).

En nuestro Derecho nos parece indudable su aplicación a toda clase de servidumbres prediales con tal que éstas sean aparentes puesto que el art. 541 del Código civil no distingue sobre este particular.

La servidumbre predial de paso aparente podrá, por consiguiente, adquirirse por el medio regulado en el art. 541 del Código civil. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado concretamente este precepto a la servidumbre de paso, entre otras sentencias, en las de 6 de febrero de 1904 y 4 de julio de 1925.

b) *Presupuestos de aplicación* de este art. 541 del Código civil son, conforme al mismo:

1.º Existencia de un *signo aparente* de servidumbre de paso.—Es decir, debe existir un camino, pasillo o corredor visible que evidencie la utilidad del tránsito sobre el fundo, propio del contenido de la servidumbre de paso, sin que sea preciso que dicho paso sea necesario (224). Lo que sí es preciso es que el signo aparente sea *permanente*. La jurisprudencia francesa exige además que no de lugar a dudas sobre la voluntad del propietario de establecer la servidumbre de paso. De ahí que, según dicho criterio, por ser equívoco, no debería reputarse signo aparente la existencia de una puerta de acceso en la línea divisoria de ambas fincas si en el caso concreto obedece al deseo del propietario de circular libremente sobre el conjunto de su propiedad y no al deseo de sujetar un fundo al gravamen de la servidumbre de paso (225). Tampoco existe signo aparente según dicha jurisprudencia francesa (226) cuando el propietario, al establecer un camino no ha obrado sino para facilitar la explotación de su dominio sin haber tenido por fin el organizar entre las diversas partes del mismo una vía de comunicación susceptible de devenir una servidumbre. Pero este criterio, combatido por LAURENT (227), no lo creemos aplicable a nuestro Derecho. El art. 541 habla de signo aparente de servidumbre

(222) Puede verse un interesante comentario de este precepto en LAURENT, op. cit., VIII, págs. 167 y sgtes.

(223) Vid. MINVIELLE, op. cit., pág. 441.

(224) En este sentido la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 6 de febrero de 1948, citada por RIZZI en op. cit., II, pág. 549.

(225) Sentencia del Tribunal de Apelación de Cacu de 15 de mayo de 1914, citada por MINVIELLE, op. cit., pág. 441.

(226) Sentencia del Tribunal de Casación de 8 de enero de 1929, citada por MINVIELLE, op. cit., pág. 442.

(227) Op. cit., VIII, págs. 175 y sgte.

sin que exija verificar la voluntad del propietario acerca de la sujeción de un predio al servicio de otro; quizá este criterio fuese admisible si realmente este medio de adquisición se cualificare como voluntario, pero debe rechazarse si, como veremos, se incluye este medio adquisitivo entre los legales.

No es preciso indagar la voluntad del propietario, basta con la apreciación objetiva del signo aparente. Como criterio práctico nos parece aceptable el que propone SACCHI (228): habrá signo aparente de servidumbre que en su caso dará nacimiento a ésta por destinación del propietario, cuando los dos fundos se hallan en tal relación entre ellos que, separada su propiedad entre dos titulares distintos, las cosas no puedan continuar en la relación de hecho en que se encontraban antes de la separación de la propiedad sin implicar una relación de servidumbre, o bien cuando el estado de hecho no se pueda alterar o suprimir al arbitrio del adquirente de uno de dichos fundos sin daño directo del propietario del otro fondo, el cual se encontraría por ello afectado al perder la titularidad de la servidumbre, o bien cuando dicho estado de hecho no se pueda alterar o suprimir sin producir un daño al adquirente, al privar a éste del ejercicio del derecho de servidumbre.

Este signo aparente, debe revelar, por tanto, una relación de servicio entre predios establecida por la destinación. Más claramente aún, la relación de servicio que se establece por la destinación y que revela el signo aparente, no supone, no puede suponer, un acto de gestión interna, ya que, como dice BONET CORREA (229), no se reduce a los actos que realiza cualquier individuo, sino a aquel acto o actos del propietario de los fundos que establece un estado de cosas, el cual constituiría una servidumbre si perteneciese a dos propietarios diferentes. Es decir, que la relación de servicio entablada —añade BONET CORREA (230) ha de ser de idéntico contenido que la de un derecho de servidumbre.

Esto no quiere decir que la voluntad del propietario no cuente, puesto que, por el contrario, ha de ser él (231) quien efectúe la destinación; pero basta con esto, sin más indagaciones acerca de su intención, con tal que el signo aparente revele aquella relación de servicio.

El Código habla de signo aparente de servidumbre *entre dos fincas* pero esto no quiere decir ni que el signo deba hallarse en ambas fincas puesto que normalmente el signo aparente del paso se hallará en el sir-

(228) Op. cit., I, pág. 643.

(229) «La constitución tácita de las servidumbres», en Anuario de Derecho civil, T. IV, año 1951, pág. 91.

(230) Op. y loc. cit.

(231) O ciertos titulares de derechos reales sobre las fincas, según veremos más adelante.

viente (camino, pasillo o corredor) aun cuando también puede darse en el dominante (puerta, cancilla), ni que precise la existencia de dos fincas registrales distintas puesto que puede hallarse entre más de dos (camino que atravesase varias), o en una sola (camino sobre varias porciones de finca), con tal que en este último caso, claro está, se enajene una de estas porciones afectada activa o pasivamente por el signo aparente, en conformidad con el art. 541 del Código civil, previa formalización de su división o segregación. Es decir, que, en definitiva, nos encontraremos al menos con dos fincas.

La doctrina, tanto patria como extranjera, está conforme por lo general, en dar una interpretación amplia a la expresión «entre dos fincas», y el mismo criterio sigue la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (232).

2.º El signo aparente debe ser establecido por el propietario de ambas fincas, según la letra del art. 541 del Código civil, pero creemos debe darse también a ese término una interpretación extensiva de suerte que aunque el Código exija que el signo sea establecido por el *propietario*, pueda entenderse que comprende a todos aquellos titulares de derechos reales sobre el predio o predios, que, según hemos visto, están legitimados activamente para constituir la servidumbre con el concurso en su caso de otros titulares (233), y sin que sea preciso que el signo aparente lo hayan establecido, o mejor, creado, ellos mismos (234). Basta con que exista ese signo en el momento de la enajenación del derecho-base, tanto si lo ha creado su titular como si, aun habiéndolo creado sus causantes lo conserva él (235) (236).

(232) Sentencias, entre otras de 6 de febrero de 1904, 7 de enero de 1920 y 10 de abril de 1929.

(233) Vid. págs. 81 y sgtes., y BONET CORREA, *op. cit.*, págs. 95 y sgtes. A la misma conclusión llegaríamos con la aplicación del argumento «a pari ratione» o de analogía. A este respecto interesa advertir que aun cuando el Tribunal Supremo tiene declarado que toda la materia relativa a imposición de gravámenes es de interpretación estricta (por ejemplo sentencias de 3 de marzo de 1942 y 23 de enero de 1947), también ha reconocido el empleo del procedimiento analógico para las normas de Derecho singular o excepcional dentro del ámbito de su contenido estricto, y en tanto en cuanto la «ratio» del tratamiento excepcional corresponda también al caso no regulado (por ej. sentencias de 7 de noviembre de 1940 y 27 de junio de 1941). El propio legislador ordena la aplicación de la analogía en materia de arrendamientos urbanos (art. 8.º Ley de Arrendamientos Urbanos articulada por Decreto de 13 de abril de 1956).

(234) Como así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1957.

(235) «Ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet», principio, que como se ha dicho en notas anteriores ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véanse entre otras, sentencias de 24 junio 1924, 5 diciembre 1925, y 28 marzo 1944.

(236) Para el supuesto de copropiedad, vid. Sentencia del T. S. de 10 octubre 1957.

3.º Enajenación de una de las fincas. Poco importa que dichas fincas preexistan a la enajenación o que surjan registralmente o jurídicamente con motivo de ella a través de la operación previa de división o de segregación. Cualquier acto de enajenación intervivos de uno de los fundos a título lucrativo u oneroso permitirá cumplir con este requisito.

Las transmisiones mortis-*causa* no están comprendidas en la letra del precepto que comentamos, que se refiere exclusivamente a la enajenación y ésta supone en sentido técnico una transferencia meramente traslativa o constitutiva de un derecho a tercero por acto *inter vivos* (237). ¿Debe aplicarse al supuesto de la transmisión mortis *causa*? SÁNCHEZ ROMÁN (238) lo niega, alegando fundamentalmente que en esta materia de servidumbres, contraria a la presunción de libertad de la propiedad, la interpretación debe ser restrictiva. Para SACCHI (239) debe admitirse tanto la transmisión *inter vivos* como la mortis *causa*, y en ésta, tanto la testamentaria como la intestada.

La extensión de este medio de constitución de la servidumbre a la transmisión mortis *causa*, creemos puede encontrar fundamento no sólo en la aplicación del argumento *a pari ratione* o de analogía, que no debe vacilarse en aplicar dada la función social y económica de la propiedad según las más recientes doctrinas, y a cuyo cumplimiento puede favorecer la servidumbre, sino además en el respeto debido al estado de hecho preexistente en tanto no se manifieste una voluntad contraria de los coherederos. Como dice SACCHI (240) ante una posición de hecho ya consolidada, el derecho no se presta a cambiarla si no por graves motivos de coordinación con otros derechos o de mejoramiento en la determinación de la relación jurídica o de especificación de una relación no bien predeterminada, o de restablecimiento de una voluntad privada en la plenitud de sus efectos, o de simplificación de las energías patrimoniales. etc. Ahora bien, en nuestro caso, el legislador se encuentra frente a una utilización hecha por el padre de familia sobre fundos propios destinándolos a rendir servicios determinados y desarrollando de tal modo en ellos el aprovechamiento económico de ciertas cualidades y aptitudes, de suerte que da a los fundos una fisonomía individual y característica. El legislador o el juez ¿podrán cambiar por su arbitrio una tal destinación? ¿con qué criterios? ¿quién puede decir que estos criterios sean mejores y más convenientes que los adoptados para el mismo fin por el propietario?

(237) CASTÁN, «Derecho civil español, común y foral», 7.ª ed. I, Introducción y Parte General, Madrid, 1949, pág. 326.

(238) Op. cit., III, pág. 649.

(239) Op. cit., I, págs. 666 y sgtes.

(240) Op. cit., pág. 672.

Claro está que, como antes apuntamos, y luego repetiremos, la servidumbre puede no surgir si los herederos manifiestan su voluntad contraria en la partición hereditaria o en la adjudicación de la herencia o hacen desaparecer el signo aparente antes del otorgamiento de la escritura correspondiente.

BONET CORREA (241) entiende también aplicable el art. 541 al supuesto de la transmisión *mortis causa*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue igualmente este criterio entre otras sentencias, en las de 21 de octubre de 1892, 26 de julio de 1893, 5 de abril de 1906, 17 de noviembre de 1911, 7 de enero de 1920, 4 de julio de 1925, 6 de enero de 1932, 3 de marzo de 1942 y 21 de enero de 1960 (242).

De todos modos, sería conveniente suprimir las palabras «enajenare», «enajenación», del art. 541, sustituyéndolas por otras expresiones más amplias comprensivas de toda transmisión de propiedad, en términos análogos a los del art. 1.062 del vigente Código civil italiano (243).

4.º Silencio de las partes en el título de enajenación (o título de transmisión en términos más amplios). Aunque el art. 541 exige que no se exprese nada en contrario en el referido título, debe interpretarse en el sentido de exigir el silencio de las partes, ya que si se declara en el título que la servidumbre debe entenderse constituida, realmente nos encontraríamos con un supuesto de constitución de la servidumbre por título sin que fuese entonces necesario el signo aparente (244) y si en el dicho título se manifiesta una voluntad contraria a la servidumbre, por imperativo de la norma que comentamos no podría nacer el derecho real de servidumbre. Ahora bien, para que una u otra declaración eliminen el nacimiento de la servidumbre por virtud del signo aparente, es preciso que sean expresas sin que basten para ello las cláusulas «con todos sus derechos, usos y servidumbres» o «con todas sus servidumbres» o «libre de carga y gravamen» o «libre de cargas y servidumbres», etc., etc. (245). Y en fin el título a que se refiere el art. 541 del Código civil es el de enajenación (me-

(241) Op. cit., págs. 87 y sgtes.

(242) Vid. el comentario de BONET CORREA a esta última sentencia, en *Anuario de Derecho Civil*, T. XIII, año 1960, págs. 629 y sgtes.

(243) Dicho art. declara que «La destinación del padre de familia tiene lugar cuando consta mediante cualquier género de prueba que dos fundos, actualmente divididos, han sido poseídos por el mismo propietario, y que éste ha puesto o dejado las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre.—Si los dos fundos dejaron de pertenecer al mismo propietario sin disposición alguna relativa a la servidumbre, ésta se entiende establecida activa y pasivamente a favor y sobre cada uno de los fundos separados».

(244) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1933.

(245) La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1904 y con referencia a la voluntad contraria, recoge este criterio.

por diríamos de transmisión) de cualquiera de los predios, sea el dominante o el sirviente, y si ambos se transmitiesen, habría que referirlo al título que primeramente se otorgue.

5.º Persistencia del signo aparente al otorgarse el título de enajenación (o de transmisión). El Código exige que no se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura. Se entenderá desaparecido el signo, sencillamente cuando deje de ser aparente, por cualquier medio, cuando deje de ser visible.

Aun cuando el precepto que examinamos habla de escritura, no creemos sea ésta esencial, ni tampoco, en términos más amplios, el documento público pese además al art. 1.280, n.º 1.º del Código civil, dada la interpretación que al mismo da la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (246).

Los requisitos expuestos deben ser probados si se negare el nacimiento de la servidumbre, correspondiendo la prueba al que la alegare (247). La prueba de la existencia de los requisitos precisos según el art. 541 del Código civil para que nazca la servidumbre, podrá realizarse por cualquier medio, sin que ninguno de ellos excluya al otro, si bien normalmente el 3.º y 4.º se probarán documentalmente, el 1.º por medio de testigos aun cuando cabría el medio del acta notarial de presencia que recogiese la existencia de los signos, el 2.º por medio de testigos en cuanto al establecimiento del signo por determinada persona, y documentalmente en cuanto al hecho de que quien lo establece sea propietario, y el 5.º por medio de testigos, documentos (acta notarial de presencia) o inspección personal del Juez, y desde luego, en todos ellos la confesión.

Nacida la servidumbre por este medio, afectará a tercero aun cuando no se inscriba en el Registro de la Propiedad, dada la apariencia de la misma.

Y por último, al igual que en la servidumbre constituída por usucapión, creemos que la nacida por el signo aparente no puede clasificarse como coactiva en cuanto no es servidumbre cuya constitución se tenga derecho a exigir contra la voluntad del dueño del predio sirviente; pero tampoco es servidumbre voluntaria y por ello debe rechazarse su fundamentación en el consentimiento tácito de las partes (248) puesto que del silencio de las partes no puede argüirse la voluntad favorable al nacimiento de la servidumbre; del silencio de las partes en el momento de la se-

(246) Vid. pág. 76.

(247) El Tribunal Supremo tiene declarado, en efecto, que al actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, y al demandado le incumbe probar los hechos impeditivos y extintivos. Vid. sentencias de 3 de junio 1935, 7 noviembre 1940, 30 junio 1942, 20 febrero 1943 y 19 mayo 1947, entre otras.

(248) Véanse las diversas teorías sobre la fundamentación de este modo de adquirir la servidumbre en BONER CORREA, op. cit., págs. 113 y sgtes.

paración del dominio de los fundos, debería deducirse, si acaso, la consecuencia de la libertad de los fundos de acuerdo con el principio general de que los bienes se suponen libres de cargas y gravámenes mientras no conste lo contrario (249). Ciertamente que las partes pueden enervar el nacimiento de la servidumbre mediante la desaparición, provocada por ellos, del signo aparente, o por manifestación de voluntad expresa en el título de separación de propiedades, pero esto hace que la norma sea meramente dispositiva, supletoria de la voluntad de las partes, y al igual que ocurre con toda norma dispositiva, el que haya de aplicarse la misma en defecto de voluntad de los sujetos del negocio jurídico cuando éstos pudieron impedir su aplicación manifestando expresamente una voluntad distinta, no quiere decir que se base en el consentimiento tácito de los mismos. Es más, en muchísimos supuestos, por falta de cultura jurídica, las partes no habrán reparado en las consecuencias de su silencio, ni siquiera habrá conciencia de que éste provocará la entrada en juego del art. 541 del Código civil.

Claro que si se admitiese con HUBER (250), seguido en España por DE BUEN (251) que cabe servidumbre sobre cosa propia, no habría inconveniente en admitir que la servidumbre a que se refiere el art. 541, tiene su origen en la voluntad del propietario único, que *continuará* simplemente cuando los fundos pasen a pertenecer a diversos propietarios. Pero ya vimos en el capítulo correspondiente (252) que no cabe servidumbre sobre cosa propia: la servidumbre, en el supuesto que contemplamos *nace* precisamente al separarse la propiedad de los dos fundos.

Se trata, como dice DE PAGE (253) de un modo propio y original de crear una servidumbre; es un modo establecido en la ley, pero que tiene un carácter distinto a la propiamente servidumbre coactiva de paso, mal llamada servidumbre legal de paso, según dijimos antes (254). Precisamente encajaría el calificativo de legal en la servidumbre nacida por signo aparente, con mayor razón que para la coactiva puesto que aquí, como reconoce BORRELL y SOLER (255) se trata de un supuesto de constitución «automática» de las servidumbres.

(249) Sobre este principio, véanse entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 12 mayo 1891, 21 octubre 1892, y 31 marzo 1902.

(250) «Los derechos reales en el Derecho privado suizo y los preceptos de forma en el Derecho privado suizo», Madrid, 1919, pág. 54.

(251) «La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil», conferencia publicada en el «libro-homenaje al Profesor Don FELIPE CLEMENTE DE DIRCO», Madrid, 1940, págs. 195 y 196.

(252) Vid. Capítulo I, apartado C.

(253) «Traité élémentaire de Droit civil belge» (con la colaboración de RENÉ DEKKERS), Bruxelles, 1942, VI pág. 521.

(254) Vid. Capítulo II, apartado D.

(255) «Derecho civil vigente en Cataluña», 2.ª ed. Barcelona, 1944, II, págs. 196 y sgtes.

VI.—CONTENIDO DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Nacida la servidumbre de paso a la vida del Derecho, presenta un doble aspecto activo y pasivo que vamos a examinar en este capítulo: de un lado (aspecto pasivo) sujeta al predio sirviente al gravamen que supone la existencia de la servidumbre, con las consecuencias que ello implica; de otro (aspecto activo) faculta fundamentalmente a su titular para el tránsito sobre el predio sirviente.

En la determinación de este contenido habrá que estar en primer lugar a lo que resulte del título constitutivo de la servidumbre o en su caso de la posesión conforme a la regla «*tantum praescriptum quantum possessum*», y en su defecto a las disposiciones del Código contenidas en el Título VII, Libro II del Código civil. Y así, dice el art. 598 del Código civil que «El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título (1) que le sean aplicables». En la labor interpretativa encaminada a fijar el contenido de la servidumbre desempeñarán un importante papel las normas del Código sobre interpretación de negocios jurídicos (2) entre las que destacan el art. 1.282 conforme al cual «Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato» y sobre todo el art. 1.287 al declarar que «El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse».

(1) Se refiere al Título VII, Libro II del Código civil.

(2) Por ejemplo art. 674, y 1.281 a 1.289.

En todo caso, por aplicación de esas normas y más especialmente por aplicación del art. 543 y del art. 545 del Código civil, las dudas deben resolverse en el sentido de entender constituida la servidumbre de suerte que satisfaga las necesidades del titular activo con el menor agravio del fundo sirviente.

1.—*Aspecto pasivo.*—a) Sujeción al gravamen.—No plantea esta faceta graves problemas en aquellos casos en que expresamente determina el título constitutivo de la servidumbre que todo el fundo queda gravado por la servidumbre de suerte que sobre cualquier parte de él se pueda transitar, o cuando precisa dicho título constitutivo que el gravamen sólo ha de recaer sobre la faja de terreno por donde se ha de transitar quedando el resto del predio libre de gravamen.

Pero en aquellos supuestos en que la servidumbre se constituye «simpliciter» sin determinación alguna sobre el particular que nos ocupa y en los supuestos de constitución por usucapión o por signo aparente, es interesante resolver si el gravamen se extiende entonces a todo el fundo o por el contrario debe entenderse predio sirviente tan sólo la faja de terreno por donde se ha de ejercitar el paso.

La cuestión fue ya contemplada en el Derecho Romano. Se entendió para las servidumbres que admiten localización, que gravan exclusivamente la zona o faja por donde se habría de ejercitar el derecho. Como dice BRANCA (3) son conocidos los textos que dicen que cuando la servidumbre es constituida «simpliciter» sin determinación del lugar de ejercicio, se proceda primero a la determinación de éste, después de lo cual cualquiera otra parte del fundo es liberada. Es decir, la servidumbre grava sobre todo el fundo sobre el cual genéricamente se ha constituido, pero sólo en tanto no se haya procedido, como se debe hacer, a la determinación del lugar de ejercicio, puesto que, una vez concretado éste, la servidumbre recaerá tan sólo sobre aquel lugar (4), y aun hasta el momento de dicha determinación, ese gravamen sobre el fundo sujeta a éste tan sólo a la consecuencia de que el lugar de ejercicio y las eventuales obras para establecerla podrán fijarse en una parte cualquiera de él (5) pero el ejercicio de la servidumbre tan sólo se inicia en el momento en que el lugar ha sido determinado y las obras construídas (6).

De esta construcción se derivaban las dos interesantes consecuen-

(3) «Fondo servente e luogo d'esercizio: influenza della tradizione sul codice», en *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, año VI, 1952, págs. 577 y sgtes.

(4) Cfr. D. 8, 1, 9; D. 8, 3, 13, 1; D. 43, 20 8, entre otros.

(5) CELSO, D. 8, 1, 9, y en este sentido opina BRANCA, op. y loc. cit.

(6) Cfr. POMONIO D, 8 6 19, pr.

cias (7): a) La división del fundo sirviente hacía que la servidumbre recayera sobre la porción en la que era trazado el paso, mientras que las otras porciones quedaban libres, precisamente porque siempre lo habían sido (8), y b) Bastaba la renuncia al lugar de ejercicio para que se extinguiera la servidumbre con las obligaciones y cargas conexas.

Pero incluso cuando la servidumbre se constituía con manifestación expresa de que el iter, actus o vía gravaba *todo* el fundo sobre el que se constituía, en este supuesto, por aplicación del principio según el cual la servidumbre debe ejercitarse «civiliter» (9) quedaban excluidos del gravamen aquellas partes del fundo en que estuviera edificada una casa o plantada de árboles o viñas, ya que el paso a través de ellas destrozaría el fundo, es decir, quedaba excluida del gravamen la zona del predio sobre la cual era inadmisibile el ejercicio del paso actuando la servidumbre «civiliter» y claro está que, pese a ello, se entendería afectar el gravamen incluso a aquellas zonas del predio, cuando pactada la servidumbre con manifestación expresa de que el iter, actus o vía gravase todo el fundo, se precisase además que deberían incluirse las casas, árboles o viñedos, puesto que el principio contenido en los dos citados fragmentos (10) es meramente dispositivo (11).

Los autores se ocuparon del problema principalmente a propósito de la facultad de variar el lugar de ejercicio de la servidumbre, y con ocasión del estudio de la misma. Como lógica consecuencia del principio indicado de que la servidumbre debe ser ejercitada «civiliter» y más exactamente con apoyo en un texto de *ULPIANO* contenido en D. 11, 7, 2, 8, según el cual nadie puede hacer religioso un lugar sobre el cual existe una servidumbre, sin el consentimiento del titular, pero si éste, con igual comodidad, puede ejercitar la servidumbre en otro lugar, el lugar primitivo puede hacerse religioso (12), se admitió en el Derecho intermedio que el dueño del fundo sirviente tenía derecho a variar el lugar de ejercicio de la servidumbre siempre que lo hiciese sin daño del titular activo de la servidumbre. Como dice *BRUGI* (13), la Glosa a D. 8, 1, 9, interpretó la antes citada Ley tan ampliamente que extendió el principio a cualquiera otra causa, aun no siendo de sepultura o de religiosidad, que moviese al

(7) *BRANCA*, op. cit., pág. 579.

(8) Cfr. D. 8, 6, 6, 1.

(9) Cfr. D. 8, 3, 22 y D. 8, 1, 9.

(10) Citados en nota anterior.

(11) En este sentido *BRANCA*, op. y loc. cit.

(12) Vid. *BRUGI*, nota a *GLÜCK*, «Commentario alle Pandette», Libro VIII, Milano, 1900, págs. 76 y sgtes.

(13) Op. cit., pág. 77.

propietario del fundo sirviente a cambiar el «locus» sin daño del titular de la servidumbre.

Los antiguos intérpretes recogieron esta enseñanza de la Glosa. Así CAEPOLLA (14), que entiende que el derecho a la variación del lugar de ejercicio lo tiene el concedente de la servidumbre no sólo en el supuesto en que constituida la servidumbre «simpliciter» fuese determinado después el lugar de ejercicio, sino también «quando est commissa, vel constituta servitus per certam et determinatam partem fundi; et tunc non habet dubium, quod per illam tantum partem debet ire et non per aliam, quoniam aliae partes fundi ab ipso principio sunt liberae, et non cadet haec electio». Es interesante subrayar que para CAEPOLLA (15); esas «otras partes del fundo» no solamente quedan libres del ejercicio actual, sino futuro, de suerte que si fuese después imposible la actuación de la servidumbre sobre el lugar de ejercicio, no puede ser ejercitada ya sobre esas «otras partes del fundo».

Y PECCHIUS (16) después de señalar que «quando constaret totum fundum seruire, eo in casu non ambigitur posse Acquirentem, seu Dominantem eligere locum vbi illi placuerit, et successive quoque; variare ad formam textus...» añade, comentando el D. 8, 3, 13, 1, 2 (17): «quia in acquirenda Seruitute, non fuit determinatum totum fundum Seruire debuisse, sed absque hac determinatione fuit concessa Seruitus itineris, vel actus, ideo subiungit IAVOLENUS, modus determinabitur, silicet locus vbi construenda est Seruitus, qua postea imposita, caeterae partes agri libere, sunt. Ideo quando de hoc expresse non constat, silicet totum fundum Seruire...». Y más adelante (18): «Licet ergo quando sumus in Seruitute indeterminate concessa Acquirens facta electione non possit amplius variare...». Por el contrario «dominus praedii Seruientis potest ad sui libitum mutare Seruitutem, dummodo detrimenta non afferat domino praedii dominantis...» (19).

Estos principios fueron acogidos por el codificador francés en el art. 701, aunque exigiendo para poder variar el «locus» requisitos más rigurosos que los que, como hemos visto, exigían los autores del Derecho intermedio. Conforme a dicho artículo «El dueño del predio sirviente no puede hacer nada que tienda a disminuir el uso de la servidumbre o ha-

(14) Op. cit., pág. 235.

(15) Op. y loc. cit.

(16) «Tractatus de servitutibus in genere» (Tomo I de su «Tractatus de Servitutibus»), Ticini Regii, 1689, I, pág. 61.

(17) Op. cit., pág. 62.

(18) Op. y loc. cit.

(19) Op. cit., pág. 63.

cerla más incómoda.—Así, no puede variar el estado del fundo ni transferir el ejercicio de la servidumbre a un lugar diverso de aquel en que fue primitivamente asignado.—Pero no obstante, si dicha asignación primitiva hubiese devenido más onerosa al propietario del fundo sirviente, o le impidiese de hacer en él reparaciones ventajosas, podrá ofrecer al propietario del otro fundo un lugar igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos y éste no podrá rehusarlo».

No preveía, como lo hizo después el Código civil italiano de 1865 en su art. 645, párrafo 4.º (20) la mutación del lugar de ejercicio por voluntad del dueño del predio dominante, por lo que la doctrina se planteó esta cuestión en base a los artículos 701 y 702 del Código civil francés (21).

Comentando el art. 1.068 del Código civil italiano de 1942 (22) BRANCA (23) distingue cuando la servidumbre grava todo el inmueble y cuando grava tan sólo una parte de él. Grava todo el inmueble: a) cuando la difusión del gravamen sobre el entero fundo resulte expresamente del título (aun cuando éste, contemporáneamente, limite el ejercicio de la servidumbre a una zona individualizada del mismo predio), b) cuando el título mismo sea de todos modos indeterminado (aun cuando, después, el juez, en base al art. 1.065 (24) fije el lugar de ejercicio sobre una porción), y c) cuando el fundo sea indicado en el título (aunque éste limite el ejer-

(20) «La variación del lugar de ejercicio de la servidumbre —dice este precepto— puede igualmente admitirse a instancia del propietario del fundo dominante, cuando éste pruebe que la variación le proporciona notable ventaja y no causa daño al fundo sirviente».

(21) Sobre esta cuestión véase págs. 243 y sgts.

(22) Según este artículo: «El propietario del fundo sirviente no puede transferir el ejercicio de la servidumbre a lugar distinto de aquel en que ha sido establecida originariamente.—No obstante si el ejercicio originario se ha hecho más gravoso para el fundo sirviente o si impide hacer labores, reparaciones o mejoras, el propietario del fundo sirviente puede ofrecer al propietario del otro fundo un lugar igualmente cómodo para el ejercicio de los dos derechos y éste no puede rehusarlo.—La variación del lugar de ejercicio de la servidumbre se puede igualmente conceder a instancia del propietario del fundo dominante, si éste prueba que la variación le proporciona notable ventaja y no causa daño al fundo sirviente.—La autoridad judicial puede también disponer que la servidumbre sea transferida sobre otro fundo del propietario del fundo sirviente o de un tercero que lo consienta con tal que el ejercicio de la misma sea igualmente fácil al propietario del fundo dominante».

(23) «Commentario del Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Libro terzo, Della Proprietá (art. 957-1.099), 2.ª cd. Bologna, 1959, p. 576.

(24) El que tiene un derecho de servidumbre —dice este precepto— no puede usar de él sino conforme al título o a su posesión. En la duda acerca de la extensión o modalidad de ejercicio, la servidumbre debe entenderse constituida de modo que satisfaga la necesidad del fundo dominante con el menor agravio del fundo sirviente».

cicio a una parte de él —arg. art. 1.063—) (25). Grava sólo una parte del fundo según el citado autor (26): a) Si el acto constitutivo individualiza rígidamente la parte a la cual se quiere limitar la carga de la servidumbre (y no el solo ejercicio), b) Si esta servidumbre y la configuración de los lugares son tales que el gravamen no puede recaer sino sobre una porción del fundo mientras que el resto, aun cuando la indeterminación del título lo haga pensar diversamente, es libre (por ejemplo cuando se grave todo el fundo con una servidumbre de pasto y una parte de él es totalmente rocosa), y c) Si en fin, la servidumbre ha sido adquirida en un punto determinado por usucapión o por destinación del padre de familia, esto es con un conjunto de actos, o como consecuencia de un estado de hecho que recaía siempre sobre el mismo lugar.

El Código civil español en su art. 545 (27) dispone que «El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituída.—Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, o de la forma establecida para el uso de la servidumbre llegara ésta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre» (28).

Como se puede apreciar con la lectura de dicho precepto distingue en él de una parte el «lugar asignado primitivamente... para el uso de la servidumbre», y, de otra, el «predio sirviente». ¿Qué trascendencia tiene el empleo de las expresiones «lugar asignado primitivamente para el uso de la servidumbre» y «predio sirviente»? BRANCA (29) ve reflejada ya en el art. 701 del Código civil francés en el que se distingue entre «lugar... primitivamente asignado» y «fundo sirviente» la distinción entre fundo sirviente y lugar de ejercicio, y considera existente una desviación evidente de los principios romanos. La constitución genérica de la servidumbre

(25) Dice este art.: «La extensión y el ejercicio de las servidumbres», son reguladas por el título y, en su defecto, por las disposiciones siguientes».

(26) Op. cit., págs. 376 y sgtes.

(27) Comentando el art. 544 del Proyecto de 1851, precedente del 545 del Código actual (precedente más inmediato es el 547 del Proyecto de 1882), dice GARCÍA GÓVENA, en «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español», Madrid, 1852, I, pág. 469: «Aun cuando no hubiera leyes podría decirse de este caso lo que de otro parecido dijo el jurisconsulto PAULO: «Hoc acquitas suggerit, etsi iure deficiamus». Puedo hacer todo lo que de hecho me aprovecha, y no daña a otro: debo hacer todo lo que, sin daño mío, aprovecha a otro; y en las servidumbres se debe aspirar siempre a conciliar la mayor ventaja del predio dominante con la menor incomodidad del sirviente».

(28) Sobre el problema de la variación por el titular activo, vid. págs. 243 y sgtes.

(29) Op. y loc. cit.

daba lugar —dice este autor (30)— a que se entendiese que la servidumbre incidía sobre todo el fundo, intróduciéndose así lentamente la distinción precisa entre lugar de ejercicio y fundo sirviente. Como consecuencia de ello deduce BRANCA (31) que a) Ante el silencio del Código napoleónico la división del fundo sirviente no implicaba extinción de la servidumbre respecto a las porciones sobre las que no había sido nunca ejercitada si se hubiese constituido «simpliciter», y b) El art. 699 del Código de Napoleón se interpreta según las nuevas tendencias: si la servidumbre se había concedido sin determinación precisa del lugar o sin indicación de este lugar como predio sirviente, debía abandonarse todo el fundo: la renuncia limitada al lugar de ejercicio no hubiese tenido efecto liberatorio.

Sin embargo, nos parecen exageradas esas conclusiones, y, en todo caso, no las creemos aplicables a nuestro Derecho.

No existe una desviación evidente de los principios romanos en este punto, sino más bien una continuación de los mismos, como ha demostrado DEIANA (32). Los Códigos hablan, ciertamente, de «lugar» por un lado y de «fundo» por otro. Pero esto no quiere decir que todo el fundo esté gravado y que el «lugar» implique tan sólo la concreción material del ejercicio de la servidumbre, es decir, que ante esas distintas expresiones no podemos concluir que el legislador distinga el fundo sirviente, en el sentido de fundo gravado por entero, y lugar de ejercicio como zona material del predio en donde se actúa concretamente la servidumbre. Y no lo podemos admitir porque al acoger el codificador la terminología de los juristas del Derecho intermedio, ha sido lógico al propio tiempo con la realidad de las cosas que el Derecho ha de contemplar, sin pretender dar a estas distintas expresiones la trascendencia que algunos autores quieren: en las servidumbres que como la de paso admiten la localización de su ejercicio sobre el fundo, supuesto en que se plantea el problema que contemplamos, la servidumbre grava solamente la zona o faja de terreno por donde únicamente se ha de transitar (33), es decir, el lugar de ejercicio es el lugar gravado por la servidumbre, o, en otros términos, la servidumbre grava tan sólo el lugar, faja o zona por donde se ha de transitar. ¿Por qué habla el Código de predio sirviente? Sencillamente porque en tanto no se segregue de este predio la antes referida faja, zona

(30) Op. y loc. cit.

(31) Op. y loc. cit.

(32) Op. cit., págs. 798 y sgtes.

(33) Salvo el caso en que expresamente se admita en el título constitutivo que el tránsito se puede efectuar por cualquier punto del entero fundo en todo momento, en cuyo caso, por aplicación de esta misma idea se entendería gravado todo el fundo.

o lugar de ejercicio para constituir finca independiente, dicho lugar de ejercicio se encuentra en un predio que servirá para su identificación: el predio es «predio sirviente» precisamente porque contiene el lugar gravado, y aunque sean tan sólo en dicha parte, el predio está sujeto al gravamen, pero en el bien entendido, repetimos, que este gravamen queda concretado a dicha zona, lugar o porción del fundo.

Nuestro Código civil (34) apartándose en esto del francés y acercándose más a la doctrina tradicional, no acoge en su artículo 545 la expresión «trasladar el ejercicio de la servidumbre» contenida en el párrafo 2.º del art. 701 del Código civil francés. Antes bien, aun cuando la fórmula no sea del todo clara, al decir en dicho art. 545 que «podrá variarse a su costa», permite interpretar que se refiere a la servidumbre, identificada ésta con el lugar de ejercicio. Es decir, lo que se varía, lo que se traslada, es la servidumbre, concertada en el lugar asignado para su uso. En efecto, dicho artículo dispone que cuando la servidumbre llegara a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes (por razón del lugar asignado primitivamente, o de la forma establecida para el uso de la misma), podrá variarse a su costa. ¿Variarse, qué? No puede ser otra cosa que la servidumbre, se refiere a la servidumbre, que se identifica con el lugar de ejercicio en cuanto sólo éste es gravado por élla.

La doctrina patria no ha abordado directamente esta cuestión por lo general, pero sí encontramos referencias en la interpretación de algunos de los preceptos relativos a servidumbres, particularmente de los artículos 534, 535, 545, 546 y 599 del Código civil (35).

GARCÍA GOYENA (36) comentando el párrafo 2.º del art. 543 del Proyecto de 1851, hoy art. 599 del Código civil vigente, planteaba la cuestión de si será preciso abandonar (37) toda la finca, o bastará el abandono de la parte por la que se usa o ejerce la servidumbre, y entiende que si este punto es cuestionable en Derecho francés, no debe serlo según el espíri-

(34) El Proyecto de 1851, en su art. 544 decía: «El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno, el uso de la servidumbre contra él constituida.—Sin embargo, si el lugar asignado primitivamente para el uso de la servidumbre llegase a ser muy incómodo al dueño del predio sirviente, o le privare de hacer en él reparos importantes, podrá ofrecer otro lugar igualmente cómodo al dueño del predio dominante, y éste no podrá rehusarlo».

(35) Muy recientemente la Revista de Derecho Notarial, Año X, núm. XXXV, Enero-Marzo 1962, págs. 13 y sgtes., ha publicado un brillantísimo estudio monográfico del Profesor ROCA JUAN: «Fundo sirviente, lugar de ejercicio (Observaciones al Código Civil)» cuya lectura aconsejamos a cuantos se interesen por esta materia.

(36) Op. cit., I, pág. 468.

(37) Sobre la naturaleza jurídica de este llamado «abandono», véase pág. 229.

tu y latitud que la Comisión dió a este artículo pues se agitó esta misma cuestión y por lo mismo —dice este eminente jurista— se puso «su predio». La servidumbre pesa *habitualmente* sobre toda la finca aunque su uso o ejercicio *actual* se concrete a lugar determinado para que sea menos gravosa (38).

Pero, no obstante el respeto que nos merece la opinión de dicho autor y el valor que indudablemente tiene, creemos no puede admitirse en la actualidad por las razones antes expuestas. Por otro lado la afirmación de GARCÍA GOYENA no siempre es exacta, pues, como dice MANRESA (39), la servidumbre no debe ocupar más parte del predio ni gravar a éste, sino en cuanto su destino lo exija: indicación que no obsta para que si el Código no fijara términos amplios ocurriera lo que el mismo Sr. GOYENA dice, esto es, que a veces podrá hacerse ilusoria la obligación (40). Ya veremos más adelante como no es preciso que el «abandono» sea de *todo* el predio.

El mismo MANRESA en su comentario a los artículos 534 y 535 del Código civil admite decididamente en las servidumbres susceptibles de localización, como la de paso, que gravan sólo la parte del fundo en que se actúan y en consecuencia entiende de un lado que la inseparabilidad de la servidumbre sólo existe en cuanto a la parte de predio a que afecta la servidumbre (41), y que, dividido el predio sirviente, la servidumbre afectará solamente al porcionero a quien haya sido asignada la parte gravada (42).

PÉREZ y ALGUER (43), partiendo de la base de que la servidumbre recae sobre la totalidad de la finca, entienden que en caso de división del predio sirviente, algunos de los titulares de los nuevos predios «sirvientes» no padecen el ejercicio de la servidumbre, pero seguirá estando afecto a las demás responsabilidades a que haya lugar. Sin embargo no son muy consecuentes con su afirmación cuando más adelante (44) entienden aplicable al supuesto de división del predio sirviente, el precepto del artículo 546, n.º 3.º y por tanto que si después de la división del predio sirviente la servidumbre sólo puede usarse sobre alguno o algunos de los predios surgidos de la división, los demás, situados fuera del radio de ejer-

(38) GARCÍA GOYENA, op. y loc. cit.

(39) Op. cit., IV, pág. 842.

(40) MANRESA, op. y loc. cit.

(41) Op. cit., IV, pág. 611.

(42) Op. cit., IV, pág. 616.

(43) Notas a WOLFF, «Derecho de cosas», Vol. 2.º, Barcelona, 1937, pág. 31 (T. III, Vol. 2.º del Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF).

(44) Op. cit., pág. 48.

cicio de la servidumbre quedan liberados y cabe entonces conseguir la cancelación (45).

ROCA JUAN (46) abordando esta cuestión y centrándola en sus justos límites, considera que la expresión «predio sirviente» debe ser entendida en relación con el título constitutivo de la servidumbre; porque literalmente es todo el predio, si la servidumbre «difusa es», por su naturaleza o por el título; o no es todo el predio, sino la parte físicamente afectada, en aquellas otras en que asigna un lugar determinado. La cuestión está —añade— en que no aparezca delimitado en el título el «locus», pero que aparezca delimitado en su ejercicio. Si al convenirse la servidumbre pudo expresarse sujeto solamente determinado lugar, los datos interpretativos del título hay que extraerlos de la situación jurídica creada, precisamente en el ejercicio del derecho que del título derive. Cuando el título es contractual —sigue diciendo el referido autor—, la «intención» de las partes deberá deducirse, por mandato del art. 1.282, de los actos coetáneos y posteriores al contrato. Si tal intención fue la de sujetar *todo* el predio, por ejemplo el paso por *cualquier lugar*, los actos coetáneos y posteriores sólo encontrarían el límite del ejercicio «civiliter» (47).

Completa su pensamiento el profesor ROCA JUAN en reciente estudio monográfico (48) en el que después de afirmar que depende del título el que haya sido considerado «predio sirviente» todo el predio o solo una parte (lugar de ejercicio), distingue (49):

Conforme al artículo 594, el título constitutivo puede expresar claramente que la servidumbre sujeta todo el predio, de manera que la eventual localización en un lugar de él supone solamente el ejercicio civiliter, sin perjuicio de poder ejercitarse por cualquier otro lugar; o expresar que la servidumbre recae sobre un lugar determinado, declarando libre el resto.

Que el título no exprese la sujeción de todo el predio, ni la sujeción de una parte concreta. En este supuesto, cuando sólo hay *título* (antes de que la servidumbre se *establezca*), sólo produce el efecto obligatorio para el sirviente de *dar* la servidumbre: el posterior *establecimiento* sobre todo

(45) Es decir, consideran aplicable a nuestro Derecho la norma del parágrafo 1.026 del B.G.B. alemán según el cual «Cuando el fundo sirviente es dividido y la servidumbre no se ejercita sino sobre una parte determinada de ese fundo, las partes situadas fuera del asiento de esta servidumbre quedan libres».

(46) «De las servidumbres», Barcelona, 1961 (Comentario al Tit. VII, Cap. III, del Libro II del Código civil, pág. 10).

(47) Op. y loc. citados en nota anterior.

(48) Fondo sirviente, lugar de ejercicio», cit. en nota núm. 35 en este Capítulo.

(49) «Fundo sirviente, lugar de ejercicio...», pág. 55.

el fundo, o sobre un lugar concreto, determinará la constitución del derecho real de servidumbre y su extensión, «poniendo en obra» el título. Cuando la servidumbre *está ya establecida* sobre lugar delimitado, y es de las que su pleno ejercicio exige solamente una zona del predio, entiende debe considerarse sujeto sólo el lugar de ejercicio, y libre el resto, porque a falta de expresión del título, la posesión de la servidumbre determina su extensión.

b) Determinación del lugar de ejercicio.—Aclarado en el apartado precedente el valor de la expresión «lugar de ejercicio» o «lugar asignado para el uso de la servidumbre», en relación con la expresión «fundo sirviente», vamos a estudiar ahora el criterio a seguir para la elección de dicho lugar.

Naturalmente que el problema desaparece en los casos de constitución por usucapión, por signo aparente, y en los de constitución voluntaria en que el título haya previsto el lugar por donde se habrá de efectuar el tránsito. En los demás, y en defecto de acuerdo, será aplicable el art. 565 del Código civil por virtud de lo dispuesto en el art. 598 de dicho Cuerpo legal, cuyo art. 565 contempla, por lo demás, directamente, las servidumbres coactivas.

Conforme a este precepto «La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público».

Por consiguiente, para la elección del lugar, ordena el indicado precepto se tenga en cuenta en primer lugar el menor perjuicio, y en segundo término la menor distancia. Pero, aun cuando el Código no lo exija, creemos que, por razones de equidad, y de lógica, debe añadirse otro requisito y es que el punto elegido debe ser tal que no origine al titular activo para su acondicionamiento unos gastos tan excesivamente dispendiosos que den lugar a que siga o surja una interclusión relativa o jurídica según los criterios expuestos en el capítulo correspondiente (50). Y en todo caso, aun siendo el gasto de acondicionamiento del lugar elegido para el paso, de entidad tan poco relevante que no de lugar a interclusión relativa, deberá ser tenido en cuenta como criterio complementario.

Por consiguiente creemos que en ningún caso el punto elegido deberá ser tal que por razón de los gastos o dispendios precisos para su acondicionamiento lo hagan impracticable por dar lugar o mantener una interclusión relativa del fundo dominante. Sería absurdo que, cuando la ley (51) concede el derecho a exigir el paso a través del o de los fundos

(50) Concretamente en Capítulo V, apartado B.

(51) Cfr. art. 564 Cód. civ. Vid. Capítulo V, apartado B.

intermedios en los supuestos en que el fundo dominante se halla intercluso relativamente, se elija un punto que según los mismos criterios mantiene al predio en la interclusión relativa.

Fuera de este supuesto se observará la siguiente prelación: 1.^a Menor perjuicio al predio sirviente, 2.^a Menor distancia al camino público, y 3.^a Menores gastos de acondicionamiento al titular activo.

Los dos primeros, únicos determinados por el Código en el art. 565, implican una disposición de favor para el titular pasivo de la servidumbre cuyo interés contempla, y creemos no hay inconveniente ninguno en que dicho titular, renunciando al primer criterio de prelación, prefiera se trace el paso por el lugar por donde la distancia al camino público sea menor (52). El titular activo no podría oponerse, a menos que con ello se le ocasionaren mayores gastos de acondicionamiento, en cuyo caso, por ser entonces la renuncia en su perjuicio, perjuicio de tercero (53), podría exigir que se respetara el orden fijado en el art. 565 del Código civil (54).

Cuando el predio sirviente sea urbano edificado, planteará mayores dificultades la determinación del lugar en los supuestos en que se hallen arrendados los bajos del edificio (o en general la parte del edificio por donde se haya de fijar el paso). En este supuesto la colisión será triple: junto al interés del titular activo de la servidumbre, y el del titular pasivo; está el del arrendamiento o el de los arrendatarios del o de los locales o viviendas de la planta baja del edificio existente en el predio sirviente y quizá de la primera planta elevada (o en general de las plantas por donde se hubiese de trazar el paso y en su caso de la planta superior).

Claro está que el problema no es sólo de este capítulo sino además del de constitución de la servidumbre. Si se parte de la base de que la servidumbre está ya constituida a falta solamente de la determinación del lugar del paso, concretamos el problema a la elección de la parte del in-

(52) Siempre que la renuncia no vulnere una norma jurídica.

(53) Cfr. art. 4.º, párrafo 2.º Cód. civil.

(54) Reconocemos, sin embargo, que debería darse a este precepto una interpretación más progresiva, más en consonancia con la función social que hoy se reconoce a la propiedad, y entender en consecuencia que dichos criterios de selección no contemplan sólo el interés del titular pasivo, sino el económico general de aprovechamiento de la riqueza nacional. Entonces no podría el titular activo renunciar al primer criterio de selección: su renuncia iría contra el interés público. Desgraciadamente, este nuestro criterio, defendible «*de iure conditum*» no es hoy todavía aplicable en la práctica. Pero de admitir su aplicación habría de ser el Juez, quien, en defecto de acuerdo de las partes, determinase el interés público de que el paso se trazase por tal o cual sitio; previo dictamen de ingeniero agrónomo, arquitecto, facultativo adecuado, según la naturaleza del predio sirviente, y para aquellos supuestos en que las partes estuvieran de acuerdo en la elección del lugar, precisaría extender el correspondiente documento con la aseveración del técnico correspondiente acreditativo de tal extremo, o bien, acompañar en todo caso a dicho documento la correspondiente certificación del técnico.

mueble por donde se haya de trazar el paso y realizar las obras de acondicionamiento precisas. Y esto supuesto, no creemos se haya de aplicar aquí criterio distinto de selección al antes expuesto: regirán también en este supuesto las normas generales.

Por aplicación del criterio del menor perjuicio, se determinará como lugar de ejercicio el paso ya preexistente sobre el predio sirviente si lo hubiere y bastase a la satisfacción de las necesidades, o ampliándolo o acondicionándolo en su caso y siempre que dadas las circunstancias ocasionase ello menor perjuicio que sobre otro lugar del predio.

No vemos inconveniente en que el lugar del paso se fije en el subsuelo, cuando dadas las circunstancias del caso, el paso subterráneo reúna los requisitos de prelación antes señalados; o sobre una planta edificada, si reúne dichos requisitos de prelación.

El precepto del art. 565 del Código civil se complementa con el del art. 566 de dicho Cuerpo legal, conforme al cual la anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante. El Código ha abandonado el criterio tradicional del Derecho Romano, recogido en las Partidas que fijaba anchura distinta según la clase de servidumbre: senda, carrera y vía (iter, actus, vía) (55), con un criterio mucho más práctico y que es consecuencia de la supresión de las diversas clases de servidumbre de paso antes referidas, estableciendo una sola clase de esta servidumbre.

Por necesidades del predio dominante se han de entender las que derivan del aprovechamiento *actual* del fundo según el destino a que en el momento de la constitución de la servidumbre lo haya dedicado el titular activo, es decir, se deben contemplar las *necesidades actuales*, lógicamente, puesto que la idea misma de necesidad implica actualidad, y además la indemnización previa se fijará teniendo en cuenta entre otros datos, la anchura del paso. Después, si las mayores necesidades del predio dominante exigen la ampliación del paso dándole mayor anchura, ello habrá de hacerse a través de los trámites de la constitución, según vimos antes (56) con el requisito, entre otros, de la correspondiente indemnización.

No se pueden dar normas generales porque la cuestión es de hecho y como tal sometida a la libre apreciación, en su caso, del Juez (57).

(55) Vid. lo expuesto en Capítulo IV.

(56) Vid. Capítulo V, apartado B.

(57) Deberá tener en cuenta las características de la explotación del predio dominante en su caso: Si es tal que exige el transporte de los productos de la explotación que se lleva a cabo en el predio, en camiones, según los criterios de una racional administración, en consonancia con las exigencias del progreso, o si el predio dominante es un garaje, la anchura será tal que permita el paso sin arriesgada maniobra a camiones modernos del tipo más ancho

Por último, no queremos concluir este apartado sin subrayar la conveniencia de que el título constitutivo de la servidumbre determine con la mayor precisión el lugar de ejercicio de la servidumbre, con su anchura, y altura en su caso, lo que evitará las dificultades de su fijación posterior. Mas que conveniente, puede ser considerado teóricamente necesario ya que, al absorber dicho lugar de ejercicio el gravamen de la servidumbre, lo consideramos una exigencia del principio de especialidad registral o principio de determinación; y de no constar en el título constitutivo deberá figurar en el correspondiente documento público complementario que deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad al igual que el título constitutivo, si bien cuando sea una servidumbre *aparente* de paso, surtirá efecto contra tercero hipotecario aun cuando no esté inscrito, conforme a reiterada jurisprudencia antes expuesta (58).

c) Derechos y obligaciones del titular pasivo.—*Derechos*.—La constitución de la servidumbre de paso, no priva al propietario del fundo sirviente o en general al titular del goce general del predio, de su derecho sobre el lugar de ejercicio de la servidumbre. Dicho derecho subsiste si bien con la limitación que supone la existencia del gravamen, por lo que aquel derecho deberá ser ejercitado de modo que no impida ni haga incómodo el ejercicio de la servidumbre.

de los que circulan por nuestras carreteras, y la altura libre, en su caso, deberá ser calculada con arreglo a dicho patrón.

Si el predio dominante está destinado a vivienda, bastará una anchura y altura que permitan un normal tránsito de peatones, sin dificultades; pero si dada la situación del predio dominante, aun estando destinado a vivienda, exigiera para su acceso, atendiendo las circunstancias (precisión a lomo de animal), la anchura y en su caso la altura serán las suficientes para el fomento del progreso en el transporte, la utilización de un vehículo automóvil, deberá ser calculada la anchura, y altura en su caso, de forma que sea suficiente para su tránsito sin arriesgadas maniobras.

Si los predios son rústicos, pero montañosos, y el suelo es de tal naturaleza que no admita el tránsito de vehículos por el predio sirviente, y la construcción de una carretera o camino para ellos, elevaría los gastos a cifra tal que lo hagan antieconómico o que habría de dar lugar en su caso a una interclusión relativa o jurídica según los criterios antes expuestos en el capítulo dedicado al estudio de la constitución de la servidumbre coactiva de paso, o si la explotación del predio dominante es tal que exige la utilización de transporte animal (con más precisión a lomo de animal), la anchura y en su caso la altura serán las suficientes para el paso de un caballo, mulo, buque, etc. o pareja de estos animales según los casos y circunstancias.

(58) Vid. Cap. V, ap. A. La determinación del lugar de ejercicio como exigencia del principio de especialidad, no está reconocida por la doctrina ni por la jurisprudencia. Vid. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Principio de especialidad» en «Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil», I, págs. 427 y sgts. y más expresamente en pág. 430.

En consecuencia (59) podrá:

a') Transitar por el lugar de ejercicio con cualquier clase de vehículos o medio de transporte adecuados a dicho lugar y al uso.

b') Pasear por el mismo.

c') Apacentar sus ganados con la hierba que crezca en su caso sobre el camino. Cualquier clase de ganado podrá ser apacentado, con la única salvedad de las reses bravas u otros animales cuya combatividad o ferocidad puedan hacerlas peligrosas para el titular activo o en general para los que tengan derecho a transitar por el lugar de ejercicio.

d') Cerrar el predio sirviente dejando libre la parte correspondiente a la entrada y salida del camino o paso en el fundo sirviente. La jurisprudencia francesa (60) e italiana (61) entiende que puede incluso cerrar la entrada y salida del camino o paso con una puerta o cancilla con tal que no tenga cerradura, o, teniéndola, entrega una llave al titular activo de la servidumbre de suerte que éste no habrá de experimentar con ello molestia apreciable al ejercicio de su derecho. Creemos aceptable esta solución para nuestro Derecho y por aplicación del criterio expuesto, deberá rechazarse dicha posibilidad en los casos en que dadas las circunstancias de la industria o en general del fin a que se dedica el predio dominante (por ejemplo un garaje público), la colocación de la cerradura, aun con remisión de llave al titular activo supusiese un entorpecimiento (62) a la marcha de dicha industria o al fin a que se destina teniendo en cuenta que, como veremos más adelante, pueden utilizar el paso no sólo el titular del goce del predio dominante, sino todos aquellos que por cualquier causa deben dirigirse a él. Dicho entorpecimiento se dará más difícilmente cuando el predio dominante tenga otro acceso a la vía pública, pero así y todo en este supuesto habrá que estar al título constitutivo y a las circunstancias de hecho que concurran: se verá si se previó para la instalación, puesta en marcha o ampliación de la industria el paso que se pretende cerrar, si las características del otro paso que da también acceso al fundo dominante hacen a éste insuficiente o no, y desde luego y en primer término, aun cuando lo expongamos al final, cuál ha sido la voluntad de las partes.

(59) Advertimos que reconocemos las facultades que se enumeran y estudian en el texto, al titular pasivo, siempre que su respectivo derecho sobre el fundo sirviente le facultase para la realización del acto correspondiente. En general, y para mayor comodidad, contemplamos el supuesto en que el titular pasivo es el dueño del predio sirviente sobre el que no recae ningún otro derecho real ni está arrendado, salvo que otra cosa se diga.

(60) Cfr. MINVIELLE, *op. cit.*, págs. 403 y sgte.

(61) Cfr. RIZZI, *op. cit.*, II, pág. 409.

(62) En este sentido debe interpretarse la «inconcomodidad».

e') Edificar sobre el paso o camino, o realizar obras bajo él como sería trazar un acueducto en el subsuelo, de suerte que la edificación deje el espacio suficiente en altura para el tránsito holgado por el camino o paso y respete la anchura de éste, y la obra en el subsuelo no perjudique la resistencia del suelo al peso de las personas o vehículos. Naturalmente la obra deberá realizarse de modo que durante su ejecución ocasione la menor incomodidad posible al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho a la servidumbre, y deberá para ello elegir el tiempo y la forma conveniente (63).

f') Variar el lugar asignado o la forma establecida para el uso de la servidumbre. El art. 545 del Código civil reconoce esta facultad cuando, después de disponer en su primer párrafo que «El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida», añade en su segundo párrafo: «Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, o de la forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre» (64).

Es decir, como presupuestos necesarios para que el dueño del predio sirviente pueda variar el lugar asignado o la forma establecida (65) para el uso de la servidumbre, exige el precepto en cuestión:

1.º Que el ejercicio de la servidumbre llegue a ser muy incómodo al dueño del predio sirviente (el precepto habla de la servidumbre pero habrá que entender se refiere al ejercicio de la servidumbre). Es preciso

(63) Cfr. art. 543 Código civil aplicable por analogía.

(64) El art. 544 del Proyecto de 1851 decía: «El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno, el uso de la servidumbre contra él constituida.—Sin embargo, si el lugar asignado primitivamente para el uso de la servidumbre llegase a ser muy incómodo al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él reparos importantes, podrá ofrecer otro lugar igualmente cómodo al dueño del predio dominante, y éste no podrá rehusarlo». No refería el derecho de variación más que al lugar, sin determinar nada acerca de la forma o modo establecido para el uso, lo que planteaba la duda de si podría variar la forma establecida para el ejercicio cuando dicha forma llegara a ser incómoda al dueño del predio sirviente, cuestión que ya preocupó a la doctrina francesa y a la italiana. Vid. LAURENT, *Op. cit.* VIII, pág. 260, y DEIANA, *op. cit.*, pág. 836.

(65) Tanto el art. 701 del Código francés como el 645 del italiano de 1865, y el 1.068 del italiano de 1942 se refieren sólo al derecho a la variación del lugar de ejercicio, pero la doctrina italiana y la francesa en su generalidad los interpretaron o interpretan en el sentido de comprender también el derecho a la variación de la forma establecida para el ejercicio de la servidumbre.

que sea, se haya hecho, llegue a ser; incómodo en grado sumo el uso de la servidumbre en relación a lo que era antes. No basta que sea *más* incómodo. El Código emplea el adverbio *muy*, palabra que define el Diccionario de la Lengua Española (66) como «adverbio que se antepone a nombres adjetivados, adjetivos, participios, adverbios y modos adverbiales, para denotar en ellos *grado sumo o superlativo* de significación...». Se entenderá que el ejercicio de la servidumbre ha alcanzado dicho grado sumo de incomodidad cuando la molestia resulta desproporcionada a los límites que normalmente impone la necesidad a que se provyó constituyendo la servidumbre. No alcanzando dicho grado sumo de incomodidad no podrá el titular pasivo efectuar la variación que nos ocupa.

Tampoco podrá variar el lugar o forma de ejercicio de la servidumbre si ya originariamente hubiese sido *muy incómodo*, pero con incomodidad «estabilizada» desde el principio, puesto que al decir el Código «*llegara*»... («a ser *muy incómoda*») no admite dudas sobre el particular (67).

Naturalmente que el propietario del fundo sirviente deberá indicar los extremos precisos y concretos de la mayor incomodidad sin que baste al efecto una genérica alusión a la misma. Por lo demás, es indiferente el origen de esta mayor incomodidad (68): puede ésta provenir de un uso mayor, de un manantial que inunda el camino (si el fundo es rústico) etc.

2.º Que aun no llegando a ser *muy incómodo* el ejercicio de la servidumbre tal como se ha establecido, le prive al titular pasivo de hacer en el fundo sirviente obras, reparos o mejoras *importantes*. Es decir, no basta que intente realizar obras puramente voluptuarias, es preciso que se trate de mejoras, reparaciones u obras, *importantes*, o sea convenientes, interesantes, de mucha entidad o consecuencia, en una palabra, que reporten utilidad o sean necesarias (69).

Es preciso desde otro punto de vista que el ejercicio de la servidumbre, por razón del lugar asignado o por la forma establecida, *prive* al dueño del fundo sirviente (70) de la realización de las citadas obras; pero no es

(66) Real Academia Española, 18.ª ed. Madrid, 1956, pág. 908.

(67) En el mismo sentido DEIANA, op. cit., págs. 825 y sgtes. y en contra BRANCA, op. cit., pág. 580. Véase la crítica de este último en DEIANA, op. y loc. cit., notas.

(68) En este sentido DE LA VILLE, op. cit., III, págs. 644 y 645.

(69) Así, por ejemplo, cuando el predio sirviente es rústico y el camino se traza por una parte de éste que se halla en pendiente, y el dueño del fundo a fin de preservar a éste de los arrastres de aguas, pretende construir unas a modo de gradas en el terreno, o cuando pretende instalar un acueducto subterráneo que siga la dirección del camino, y sobre éste se transita sin interrupción o con intervalos tan cortos que impiden las obras de instalación de dicho acueducto.

(70) O en general al titular pasivo de la servidumbre.

preciso que la privación sea absoluta, basta que haga más difícil o dispendiosa (71) la ejecución de la obra sin la variación que estudiamos.

Y en fin, creemos exigible que el impedimento no sea meramente transitorio sino permanente.

3.º Que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre. La comodidad del lugar o forma ofrecidos por el dueño del predio sirviente, o en general por el titular pasivo, no es preciso que sea matemáticamente igual a la señalada originariamente, cosa que por otro lado es muy difícil de conseguir; antes al contrario, deberá ser apreciada con cierta elasticidad de criterio (72), entendiéndose, con arreglo al mismo, que el lugar o forma será igualmente cómodo cuando la diferencia de incomodidad sea insignificante. Como dice DE LA VILLE con referencia al lugar (73) la comodidad debe consistir en la igual facilidad de acceso y regreso, en la longitud del camino, en la cualidad de la vía pública a la que se da ahora acceso, en la anchura y plano inclinado del camino, en la seguridad del tránsito, en la posibilidad de evitar daños, en la facilidad de los puntos de entrada y de salida. Si todo coincide, dentro del pequeño margen de elasticidad antes expuesto, habrá que entender que el lugar ofrecido es igualmente cómodo. En cuanto a la forma habrá que referirla al modo de ejercicio de la servidumbre como podría ser en su caso las horas del día o de la noche en que se puede transitar, o las épocas en su caso en que se pueda ejercitar el derecho de paso, clase de vehículos con los que, en su caso, se puede transitar, características de los mismos, etc.

Además de ser igualmente cómodo, debe ser tal que no origine perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre.

Naturalmente que los gastos de variación serán de cargo del titular pasivo ejercitante de este derecho, salvo pacto en contrario, pero éste no deberá abonar indemnización alguna al titular activo, también salvo pacto, porque lo que el Código exige no es que se indemnice un perjuicio, sino que no se produzca siquiera ese perjuicio. Para apreciar este posible perjuicio habrá que estar al estado del fundo en la época en que se pretende la variación (74).

La variación del lugar de ejercicio podrá realizarse ofreciendo otro

(71) En este sentido DEIANA, op. cit., pág. 827 y BRANCA, op. cit., pág. 581.

(72) En este sentido DEIANA, op. cit., pág. 828.

(73) Op. cit., III, pág. 646.

(74) En este sentido la jurisprudencia francesa: Vid. BAUDRY-LACANTINIERE y WAILL., op. cit., pág. 900.

lugar no ya en el mismo fondo sirviente sino en otro fondo distinto, puesto que el Código no distingue. El actual Código civil italiano de 1942 lo admite expresamente en el art. 1.068.

Otros interesantes problemas plantea el derecho que estamos considerando:

Así el de la naturaleza jurídica del fenómeno que estudiamos. Para DEIANA (75) la *variación del lugar* de ejercicio es un fenómeno, no de modificación sino de extinción de la precedente servidumbre con constitución de una nueva de igual contenido, y ello porque la variación implica sustitución de la «res» sobre la que grava la servidumbre, opinión que hacemos nuestra; si bien aclara que para el que admita que un derecho real puede seguir idéntico no obstante cambiar la cosa sobre la que recae, no debería existir dificultad en sostener que se trate de modificación objetiva del derecho de servidumbre (76).

La *variación de la forma* establecida para el uso de la servidumbre la consideramos como una simple modificación del contenido del derecho de servidumbre que no implica su extinción.

En cuanto al *fundamento* de la norma se ha pretendido encontrarlo en las teorías de la cláusula *rebus sic stantibus* (77), o en la de los actos de emulación, o en fin en el principio de que la servidumbre debe ejercitarse «civiliter», pero ninguna de ellas es admisible: la primera porque no concurren o no precisa que concurren en la hipótesis de la norma los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para la aplicación de la misma (78), la segunda (79) porque no hay en el supuesto de hecho de la norma un ejercicio del derecho «*animo nocendi*», ni ejercicio anormal del derecho, por parte del titular pasivo (ni del activo) (80); y en fin, la tercera porque si el derecho a la variación se concede bajo el presupuesto de que el ejercicio en el lugar originario (o en la forma primitiva) haya devenido más gravoso (o le prive de ciertas obras), de ello no se puede

(75) Op. cit., págs. 819 y sgte.

(76) Op. cit., pág. 820, nota 28.

(77) Vid. BRANCA, op. cit., págs. 578 y sgte. así como su crítica en DEIANA, op. cit., págs. 826 y sgte., nota 41.

(78) Vid. ROCA SASTRE y PUIG BERTAU, «Estudios de Derecho Privado», Madrid, 1948, I, págs. 247 y sgtes. y el comentario de OSSORIO MORALES a la posición adoptada por el Tribunal Supremo, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1941, primer semestre, págs. 253 y sgtes. y segundo semestre, págs. 306 y sgtes.

(79) Que parece seguir CASTÁN en «Derecho Civil español común y foral», 7.^a ed., II, Madrid, 1950, pág. 506.

(80) Vid. CALVO SOTILLO, «La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo», Madrid, 1917; CORNIL, «El Derecho privado-Ensayo de Sociología jurídica simplificada», Trad. por GARCÍA ORMAECHA, Madrid, 1928, págs. 125 y sgtes.; y CASSO, «Aportación a la sistemática del abuso del derecho», Sevilla, 1935.

deducir que el pretender ejercitar la servidumbre en el lugar originario (o en la forma originaria) implique no ejercitarla «civiliter» aparte de que dicho principio no existe en nuestro ordenamiento con la amplitud suficiente para justificar pensar que no sería un modo de ejercicio «civiliter» de la servidumbre el pretender ejercitarla tal como se ha establecido precedentemente (81).

Nos parece más aceptable la fundamentación que da BRANCA a la correlativa norma del Código civil italiano de 1942 en su art. 1.068 (82) justificándola en las necesidades de la producción que imponen la máxima expansión de los derechos inmobiliarios (83).

En cuanto a los *requisitos formales de la variación*, creemos será preciso un contrato entre las partes en documento público (84). A la oferta de variación manifestada por el dueño del predio sirviente deberá prestar su aceptación el titular activo siempre que reúna los requisitos antes expuestos. En defecto de aceptación, deberá el dueño del predio sirviente (o en general el titular pasivo), acudir a los Tribunales a fin de obtener la correspondiente sentencia. El contrato o la sentencia, deberán, en su caso, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

El derecho a la variación debe ser considerado irrenunciable, dada la fundamentación de la norma que lo concede: su renuncia iría en este caso contra el orden público y no sería por tanto posible a tenor del párrafo 2.º del art. 4.º del Código civil. En este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina extranjera y expresamente lo reconoce el parágrafo 1.023 del B. G. B. alemán, al decir que «el derecho a la transferencia no puede ser excluido o limitado mediante negocio jurídico».

Si consideramos indisponible este derecho, habrá que estimarlo *intransigible*. Será también *imprescriptible* (85) por lo expuesto, y porque

(81) Cfr. DELANA, op. y loc. cit.

(82) Op. cit., pág. 379.

(83) GARCÍA GOYENA, comentando el art. 544 del Proyecto de 1851, lo fundamenta en razones de equidad (vid. nota número 64. MANRESA, en op. cit., IV, pág. 652 considera el precepto del art. 545 como una aplicación del principio «quod tibi non nocet et alteri prodest faciendum est». MUCIUS SCAEVOLA, en op. cit., X, pág. 471 afirma que «...siendo la servidumbre un gravamen para el predio sirviente, ha de procurarse que el perjuicio inherente a todo gravamen sea el menor posible, y ha de tenderse siempre a favorecer a quien lo sufre, concediéndose medios de evitar o disminuir la incomodidad. De acuerdo se hallan estas razones con el fundamento del derecho de que se trata, según PACIFICI-MAZZONI, el cual dice que se basa en la equidad, y señaladamente en el principio «quod tibi non nocet et alteri prodest faciendum est, y tiende a proteger el interés general del mejoramiento de la agricultura y de la propiedad urbana, que podría sufrir o hacerse más difícil y costoso por virtud del mantenimiento absoluto de la servidumbre en el estado primitivo».

(84) Cfr. art. 1.280 Cód. civil, n.º 1.º, si bien como requisito ad probationem.

(85) En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1958.

«in facultativis non datur praescriptio», y ello, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que se produzcan los presupuestos que contempla la norma que comentamos.

Obligaciones.—Decíamos antes que el dueño del predio sirviente conserva su derecho de propiedad sobre el fundo, y desde luego sobre el lugar de ejercicio de la servidumbre, pero que su derecho queda limitado por la existencia del gravamen (86). Precisamente la existencia de éste impone unas obligaciones al dueño del predio sirviente o en general al titular pasivo, que pueden compendiarse en la genérica de no menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida a que se refiere el párrafo 1.º del art. 545 del Código civil. A diferencia del art. 701 del Código civil francés y del art. 645 del Código civil italiano de 1865 en que la obligación impuesta al dueño del predio sirviente comprendía no sólo el no menoscabar (disminuir) el uso de la servidumbre sino el de no hacer más incómodo su uso, precepto reproducido en el art. 1.067, párrafo 2.º del Código civil italiano de 1942, el nuestro sólo habla de no menoscabar, pero debe entenderse comprendida la obligación de no hacer incómodo el uso, puesto que en definitiva con esta incomodidad o mayor incomodidad se produce un menoscabo.

Así, aparte de las obligaciones que derivan de lo expuesto al tratar de los derechos:

a') No podrá colocar sobre el camino o paso, materiales de cualquier clase, leña, piedras, etc. que hagan incómodo el tránsito o lo impidan o hagan dificultoso. Naturalmente que en el supuesto en que se haya pactado que pueda transitarse sobre todo el fundo sirviente por cualquier parte de él, de modo que sobre cualquier punto de dicho fundo pueda ejercitarse la servidumbre, deberá entenderse la obligación que estudiamos en el sentido de que no podrá colocar sobre cualquier parte del fundo materiales que impidan el tránsito sobre otra cualquiera parte de dicho predio o lo hagan incómodo. Apreciación ésta que deberá tenerse en cuenta en los siguientes párrafos.

b') No podrá hacer obras que menoscaben o hagan incómodo el uso de la servidumbre. Y así, si el camino se halla en un plano inclinado, de suerte que precisa y cuenta con un muro de contención o parapeto, no podrá derribar éste, porque haría peligroso el paso y en consecuencia exigiría una mayor diligencia para el tránsito, y hasta inutilizaría la parte más próxima al mismo, sobre la que no se podría transitar ante el

(86) En general puede decirse que el derecho matriz, que ha servido de base para la constitución de la servidumbre subsiste pero con la limitación que supone la existencia del gravamen.

temor de que se produjera algún daño. No podrá cruzar el camino con surcos o canales que dificultarán el tránsito, ni cultivarlo.

c') Para el supuesto en que el titular pasivo utilizara de algún modo el paso o camino, estará obligado conforme al párrafo 2.º del art. 544 del Código civil a contribuir a los gastos de uso o conservación del camino o paso y en general de las obras precisas para el ejercicio de la servidumbre, como podría ser por ejemplo un puente, en proporción al beneficio que le reporte. Ello no quiere decir que el legislador considere que el uso del paso por el titular pasivo (87) se realice a título de servidumbre: la utilización del paso se hará a título de propiedad, de usufructo, etc.; pero si el titular pasivo utiliza de algún modo el paso o camino, no existe razón para que deje de contribuir a los gastos que ocasione el uso o conservación del mismo (88). Cuando es el usufructuario del predio sirviente el que utiliza el paso entendemos que deberá contribuir a los gastos de uso y conservación precisos para el ejercicio del paso, en cuanto se trate de gastos *ordinarios* para conservar o hacer posible el uso de la servidumbre (89); tratándose de gastos extraordinarios, originados por obras que no tengan el carácter de obras de conservación ordinaria de la servidumbre, sino extraordinarias, como serían los gastos precisos para dar al fundo sirviente la configuración necesaria para que pueda ejercitarse la servidumbre, corresponderán al nudo propietario (90) pero con derecho éste a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida mientras dure el usufructo (91). Para los supuestos de los derechos reales de uso y de habitación, se observará lo dispuesto en los artículos 527 y 528 del Código civil que conducirán a la aplicación de las mismas reglas que para el usufructo cuando el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena o el habitacionista ocupara toda la casa (92).

En el caso en que la servidumbre haya sido constituída por sólo el usufructuario, sirviendo de base o matriz a la servidumbre sólo el derecho de usufructo (93) únicamente el usufructuario quedará obligado al pago de dichos gastos (94) a menos que en relación al goce mismo del predio usufructuado el paso fuese indispensable, en cuyo caso, se aplica

(87) El Código civil en el párrafo 2.º del art. 544 habla de «dueño del predio sirviente» pero hay que generalizar la expresión de suerte que abarque a todo titular pasivo.

(88) En este sentido MANRESA, op. cit., IV, págs. 653 y 654.

(89) Cfr. arts. 500 y 504 Cód. civ.

(90) Cfr. art. 501 Cód. civ. En el mismo sentido GROSSO, op. cit., pág. 246.

(91) Cfr. art. 502 Cód. civ.

(92) En otro caso se estará a lo que dispone el 2.º párrafo del art. 527 del Cód. civ.

(93) Vid. Capítulo V, apartado A.

(94) Cfr. art. 498 Cód. civ.

ría el régimen resultante de los artículos 500 y siguientes del Código civil antes expuestos.

d') Cuando el titular pasivo se haya obligado al constituir la servidumbre a costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, conforme al título, deberá soportar dicha carga. El art. 599 del Código civil dispone que «Si el dueño del predio sirviente se hubiere obligado, al constituirse la servidumbre, a costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante» (95).

La obligación asumida por el titular pasivo es considerada por algunos autores como una carga real (96): se trataría en este caso de una obligación positiva incorporada a la relación jurídico-real de servidumbre, que como ésta gravaría al fundo; sería en suma una obligación integrada en el contenido de una servidumbre «in faciendo».

Por otros se la considera como una verdadera «obligatio propter rem» (97) accesoria a la servidumbre o añadida a ésta.

Naturalmente que la solución puede depender de la posición previa que se adopte acerca del concepto mismo de la carga real y de la obligación propter rem (98). Si se entiende que el concepto de la obligación propter rem en sentido técnico viene restringido a las obligaciones conexas al goce de un derecho real limitativo del dominio (99), es decir, que surgen en el lado activo, no cabría aplicar el concepto de obligación propter rem a la que estamos estudiando. Pero si se entiende que se trata de una obligación en la que el sujeto pasivo o deudor se identifica por su titularidad de la propiedad o posesión (100) de una cosa determinada, no

(95) Aun cuando a primera vista pueda parecer que el supuesto que estudiamos sólo se da en las servidumbres voluntarias, no hay inconveniente en generalizarlo a toda clase de servidumbre de paso, sea coactiva, legal o adquirida por usucapión, en estos casos mediante cláusula supletoria o título posterior a su constitución, lo que por otro lado también podrá ocurrir en las voluntarias, esto es, que el pacto no figure en el título constitutivo, sino posterior; deberá formalizarse en documento público y en su caso inscribirse en el Registro de la Propiedad.

(96) LAURENT, op. cit., VIII págs. 231 y sgtes. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, op. cit., págs. 884 y sgtes. DE LA VILLE, op. cit., I pág. 643.

(97) GROSSO, op. cit., págs. 238 y sgtes. y más especialmente en págs. 250 y sgtes., y BRANCA, op. cit., pág. 599.

(98) Vid. ABERKANE-HASSEN, «Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français», París, 1954, y especialmente en materia de servidumbres, págs. 45 y sgtes.

(99) Vid. NÚÑEZ LAGOS, Notas a la recensión de la conferencia de DE LA RICA sobre nuevas modalidades de la hipoteca, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1947, T: 181, pág. 64.

(100) O en general de un derecho real de goce.

habría inconveniente en calificarla de este modo (101). La obligación propter rem se diferenciará de la servidumbre en que ésta implica una sujeción permanente de un fundo mientras que aquélla supone una prestación positiva y transeúnte. De la carga real en que ésta es un peso que grava al fundo y aquélla sigue siendo una obligación, esto es, deber jurídico de cumplir una determinada prestación (102), la carga es permanente y la obligación propter rem no lo es incluso en los supuestos en que consista en una pluralidad indefinida de prestaciones (103).

No faltan autores que pretenden armonizar ambos conceptos entendiendo que la figura que estudiamos es una relación compleja en la que la obligación es accesoria del derecho real o está ligada y coordinada con él (104). Para JERÓNIMO GONZÁLEZ estas obligaciones propter rem tienen un carácter híbrido: se rigen por el derecho de cosas en cuanto a su nacimiento, y por el derecho de obligaciones en cuanto a su desenvolvimiento y extinción (105).

No es este momento adecuado para estudiar esta cuestión por no ser propia de nuestra tesis. Diremos tan sólo que la construcción teórica de la misma dependerá de lo que resulte del título constitutivo en el cual podrá ser configurada de una u otra manera, incluso como obligación personal individualizada pasivamente en la persona del que la asume y sólo en él (106).

En los supuestos en que bien originariamente en el título constitutivo, o bien en acto posterior se pacte que el que en todo momento sea dueño del predio sirviente (o titular de un derecho real limitado de goce sobre el mismo) quedará sujeto a la obligación de costear las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, no cabe duda de que en este caso deberá abonar el gasto el que en el momento de producirse sea el titular del derecho real de goce que lo legitime pasivamente. En el caso de servidumbre constituída por nudo propietario con el consentimiento del usufructuario, salvo que otra cosa se prevea, se tendrá en cuenta lo

(101) Vid. BIONDI, «Oneri reali ed obbligazioni propter rem», Separata del «Foro Padano», Milano marzo 1953, y del mismo autor, «Le servitù prediali nel Diritto Romano», ya citada, págs. 127 y sgtes.

(102) BIONDI, «Le servitù prediali...», ya citada, pág. 127.

(103) Vid. estas diferencias y otras en BIONDI, «Oneri reali...» y «Le servitù prediali...», ya citadas.

(104) Vid. GARCÍA DE HARO DE GOYTISOLO y FALCÓN CARRERAS, en Nota a BARASSI, «Instituciones de Derecho civil», Barcelona, 1955 I, pág. 115 y CASTÁN, «Derecho civil español común y foral», 7.ª ed. Madrid, 1950, II, págs. 24 y 25.

(105) Cfr. «Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil», Madrid 1948, I, pág. 19.

(106) Cfr. LAURENT, op. cit., VIII, pág. 231, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, op. cit., pág. 884, y BRANCA, op. y loc. cit.

expuesto en el apartado anterior c') acerca de la distribución de gastos entre uno y otro. Desde el punto de vista activo la obligación es accesoria a la servidumbre de suerte que en el lado acreedor se situará al titular activo de la servidumbre.

Las obras que se puede obligar a costear el sujeto pasivo son: las necesarias para el uso de la servidumbre; y las necesarias para su conservación. En uno y otro caso se presupone la falta de toda culpa imputable al titular activo o al pasivo puesto que, como dicen BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL (107) si las obras hubiesen sido causadas por el hecho del propietario del fundo sirviente (hecho culposo o doloso), serían a su cargo como obligación nacida ex delicto o quasi ex delicto sin necesidad de convenio explícito para ello; y si el culpable fuese el propietario del fundo dominante, sería él quien debería soportar los gastos de las obras que un convenio expreso hubiese impuesto al dueño del fundo sirviente.

Las obras necesarias para el uso son previas al ejercicio de la servidumbre: por ejemplo un puente sobre un barranco, torrente o acequia, explanación del terreno en su caso, acopio de piedra y fijación de ésta en el terreno, etc. Las necesarias para la conservación son posteriores al comienzo del ejercicio, se producirán durante la vida de la servidumbre, por ejemplo reparación del puente o de las obras ya efectuadas previamente, etc.

Puede obligarse también el titular pasivo no ya a costear las obras sino a realizarlas a su costa, hipótesis que entendemos cabe en el marco del art. 599 con una interpretación amplia de la expresión «obligado... a costear las obras». Cuando se hubiese obligado simplemente a costear las obras, lo que será el caso ordinario, la obra podrá realizarla el titular activo y después se resarcirá de su importe del titular pasivo, si bien éste podrá excepcionar en su caso que la obra realizada no es necesaria para el uso o conservación de la servidumbre. Cuando se hubiese obligado a realizar las obras a su costa, puede plantearse la cuestión de si el titular activo puede realizar la obra él, y reembolsarse luego del titular pasivo, o si por el contrario ha de limitarse a exigir el cumplimiento voluntario o forzoso. Por nuestra parte entendemos que aun cuando por regla general cabría interpretar que «obligarse a realizar las obras a su costa» equivale a soportar el costo de las obras, o incluso el costo y la realización, pero que se trata de una obligación que no priva al titular activo de la facultad que le confiere el art. 543 (108) del Código civil, recomendamos, no obstante, como medida de prudencia que cuando a juicio del titular

(107) Op. cit., pág. 887.

(108) Y en este sentido DEBANA, op. cit., págs. 268 y 269.

activo exista la necesidad de la obra lo notifique (109) al titular pasivo requiriéndole al mismo tiempo a que las realice a su costa. La falta de acuerdo acerca de la necesidad de la obra, deberá ser resuelta judicialmente.

Por lo demás, la obligación se regirá, en defecto de pacto, por las reglas generales de las obligaciones y contratos, con la particularidad a que se refiere el art. 599 del Código civil y de la que vamos a tratar a continuación.

El obligado a costear las obras no se libra de las mismas una vez surgida su necesidad, por la enajenación del fundo a un tercero, o por el abandono de éste, entendida la palabra en su sentido técnico, es decir, de renuncia abdicativa. En principio sólo se libera de la obligación por su cumplimiento o por cualquiera de las formas de extinción de las obligaciones. Sin embargo, el art. 599 del Código civil contiene una especialidad sobre este particular. Conforme a él, podrá liberarse «abandonando su predio al dueño del dominante».

No basta el abandono en sentido propio, en sentido técnico según hemos dicho antes. Es preciso que el abandono sea a favor del dueño del predio dominante o en general del titular activo de la servidumbre. Se trata por tanto de una renuncia traslativa, y una renuncia traslativa es una enajenación.

¿Será onerosa o lucrativa? No cabe duda que onerosa puesto que tiene como contraprestación la liberación de la deuda del enajenante: y esto nos lleva a calificar el presunto «abandono» de que habla el Código civil en su art. 599, de una dación en pago.

Ahora bien, como nadie adquiere derechos sin su voluntad, será preciso la aceptación del titular activo para que se perfeccione la dación en pago liberadora de la obligación, con lo cual quedaría siempre al arbitrio del titular activo el liberar o no al deudor, lo que en definitiva podría hacer superfluo el art. 599 que examinamos, ya que, aun cuando éste no existiese, claro está que podrían ambas partes ponerse de acuerdo en extinguir la obligación mediante la transmisión del predio.

De la redacción del precepto, aun incorrecta, puede deducirse que la mens legis es que la liberación se produzca por el acto unilateral del deudor. En este caso entendemos que por la simple oferta de éste (110)

(109) Esta notificación y requerimiento podrá hacerse en cualquier forma, pero recomendamos la forma fehaciente por las mayores garantías que ofrece.

(110) Para BRANCA, *op. cit.*, págs. 597 y sgtes., la propuesta de renuncia produce de por sí, el efecto liberatorio de la obligación. DÍAZ en cambio, en *op. cit.*, pág. 254 rechaza esta construcción por considerar que choca con la propia dicción del Código que habla de verdadera y propia renuncia y exige algo más que una simple oferta.

notificada al titular activo (111) sin que sea preciso para que la liberación se produzca que acepte el titular activo.

La oferta habrá de hacerse sin reserva de derechos como sería el de poder seguir transitando por el camino, y además deberá hacerse sin condiciones.

Si no acepta se liberará el deudor (112) y seguirá siendo dueño de la finca, subsistiendo la servidumbre. Si acepta se producirá la adquisición del derecho transmitido previa tradición en cualquiera de sus especies, y extinguiéndose la servidumbre por confusión. La oferta podrá hacerse en cualquier momento incluso aun cuando por incumplimiento de la obligación de costear las obras se haya procedido judicialmente al cumplimiento forzoso, podrá hacerse después de la sentencia condenatoria pero antes de su ejecución, en el bien entendido que la liberación se limitará a los gastos de las obras pero no a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (113). La aceptación deberá producirse en su caso en un plazo razonable.

La dación en pago se formalizará en escritura pública conforme al art. 1.280 del Código civil, en su número 1.º, y deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad para que surta efectos frente a terceros.

Aun cuando el Código civil habla de propietario, entendemos que lo que debe transmitirse (u ofrecer transmitirse) no es siempre la propiedad sino en general el derecho matriz que haya servido de base a la constitución de la servidumbre (114) y que sirve de base también para identificar al obligado, todo ello siempre que el derecho matriz sea enajenable (115).

Por la misma razón, aun cuando el repetido art. 599 del Código civil refiere el «abandono» al dueño del predio dominante, hay que entender que cuando son varios los predios dominantes, bien originariamente, o bien con posterioridad, por división ulterior del originario predio dominante, la oferta de dación en pago debe dirigirse a todos. El derecho sobre el fundo se adquirirá por los aceptantes en proporción a la diversa extensión de los fundos dominantes, o en proporción a las cuotas que ha traducido la división del predio dominante en su caso, en el bien entendido que la parte correspondiente al que no acepte acrece a los otros (116).

(111) Por las razones ya expuestas recomendamos la forma fehaciente.

(112) Se trata de una liberación total de su obligación que comprende no sólo los gastos ya surgidos sino los que pudieran producirse en lo sucesivo.

(113) Cfr. Grosso, *op. cit.*, pág. 266.

(114) Por argumento de *pari ratione* o analogía.

(115) Para MINVIELLE, *op. cit.*, pág. 481, puede ser rechazado el «abandono» si el predio sirviente está hipotecado a menos que el propietario que haga el «abandono» proporcione caución.

(116) Cfr. Grosso, *op. cit.* págs. 262 y sgte.

En este último caso, la servidumbre a favor del no aceptante subsistirá sobre el predio que ya pertenece a los otros titulares (en propiedad, usufructo, etc.), los cuales en cuanto tales cotitulares del derecho real sobre el predio sirviente, matriz de la servidumbre, serán sujetos pasivos de ésta. Pero la obligación de costear las obras se habrá extinguido conforme al art. 599 del Código civil.

Y en fin por ser la obligación de costear las obras, desde el punto de vista activo, accesoria de la servidumbre, cualquiera que sea el derecho sobre el predio o predios dominantes que sirva para determinar al titular activo de la servidumbre, se habrá de dirigir la oferta de dación en pago en todo caso al titular o titulares activos de la servidumbre (117). Cuando dicho derecho pertenezca en comunidad a varios titulares, en cuanto al régimen para la aceptación por parte de éstos, creemos deberán someterse a lo dispuesto en el art. 398 del Código civil.

Desde otro punto de vista, si en el derecho real sobre el predio sirviente que determina la titularidad pasiva hay comunidad, será preciso la unanimidad de todos los cotitulares pasivos para realizar el llamado acto de «abandono», por aplicación analógica del art. 397 del Código civil.

Un aspecto interesante de los efectos del llamado «abandono liberatorio» es el de la posible actuación de los derechos de preferente adquisición que la Ley concede para ciertos casos de transmisiones onerosas y que no dudamos pueden tener efectividad en este caso dada la naturaleza del llamado «abandono liberatorio» en nuestra opinión (118).

Cuestión que ha preocupado a la doctrina científica es la de si es renunciabile el derecho llamado de «abandono liberatorio». La mayoría de la doctrina científica se inclina por la solución afirmativa ante la consideración de no ser la renuncia contraria al orden público ni en perjuicio de tercero, pero cuidando de resaltar que en este supuesto la obligación de costear las obras será puramente personal, no tendrá el carácter de obligación propter rem que en los casos generales le atribuíamos.

Por último, réstanos examinar si el «abandono», o, mejor dicho, si la transmisión del derecho del titular pasivo en dación en pago, debe comprender todo el predio sobre que recae su derecho o sólo el lugar de ejercicio de la servidumbre. Sobre esta cuestión hemos adelantado unas ideas al estudiar el problema de si la servidumbre grava todo el fundo o sólo el lugar de ejercicio (119). A lo allí dicho nos remitimos y en apoyo de la solución propugnada de que basta referir el llamado «abandono libera-

(117) Sobre esta cuestión véase Grosso, op. cit., págs. 263 y sgtes.

(118) Por ejemplo el retracto de colindantes en su caso, el lanceo y retracto enfiteútico si se tratase de «abandono» otorgado o que pretendiere otorgar el enfiteuta.

(119) Vid. Capítulo VI, apartado I, a) y ROCA JUAN, óp. y eoc. cit.

torio» no a todo el predio sino sólo al lugar de ejercicio en su caso (120) que es el que concreta el gravamen de la servidumbre añadiremos aquí que dicho resultado en definitiva puede conseguirse segregando dicha porción del fundo para que forme finca independiente y concretando a ella el «abandono» puesto que el resto queda libre (121) a cuya interpretación no se opone el art. 599 del Código civil puesto que éste dice que «...el dueño del predio sirviente... podrá liberarse... abandonando su predio...», pero no dice que para toda clase de servidumbres se deba abandonar *todo* el predio. El precepto se pronuncia en términos generales y debe entenderse que quiere decir que cuando la servidumbre se ejerce sobre el entero fundo debe «abandonarse» todo él, mientras que cuando la servidumbre se localiza basta «abandonar» el lugar de ejercicio (122).

Además, y esta razón resalta cuando el predio sirviente es de mucha extensión y valor, sería absurdo que el dueño del predio tuviera que desprenderse de *todo* el fundo por no tener que sostener la carga de una servidumbre localizada. En la mayoría de los casos, el valor del resto del fundo sería desproporcionadamente superior al de la carga que tuviera que soportar, por lo que el llamado derecho de abandono sería ilusorio (123) ya que nadie lo ejercitaría con tamaño perjuicio. Hay que pensar que el legislador no ha querido tamaña expoliación para el titular pasivo de la servidumbre, que significaría o podría significar un verdadero enriquecimiento injusto para el titular activo.

Y en fin, en la duda (124) debemos inclinarnos por el principio de la mayor libertad del fundo sirviente que conduce a aceptar nuestra interpretación (125).

e) El titular pasivo responderá de los daños y perjuicios que originase al titular activo por incumplimiento de su deber general de no menoscabar el uso de la servidumbre y que se traduce o puede traducir en las prohibiciones u obligaciones expuestas anteriormente, siempre que la infracción o acto originador del menoscabo haya sido realizado o cau-

(120) En el mismo sentido LAUBENT, op. cit., VIII, pág. 233, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, op. cit., pág. 885, MINVIELLE, op. cit., pág. 482, en donde recoge una sentencia del Tribunal de Besançon de 15 de noviembre de 1905 que confirma este criterio, y en este sentido también el art. 1.070, párrafo 2.º del vigente Código civil italiano de 1942.

(121) Cfr. art. 535 Código civil.

(122) En este sentido DE LA VILLE, op. cit., I, págs. 646 y 647.

(123) DE LA VILLE, op. cit. I, pág. 648.

(124) No debe olvidarse que toda la materia relativa a servidumbre es de interpretación restringida en sentido favorable al predio sirviente puesto que priva de libertad a este predio que por naturaleza es libre (PECCHIUS, op. cit., III, pág. 83), y en este mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(125) MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., X, pág. 782, reconoce que ésta debiera ser la prudente interpretación, pero añade en la página siguiente que este criterio no es el del art. 599.

sado por él o por personas o cosas de quienes deba responder conforme a las reglas generales (126) o por personas a quienes haya autorizado a realizar el hecho o a cometer la infracción (por ejemplo por tercero a quien autorizase a cruzar, por su fundo y a través del lugar del paso, un canal que impidiese el tránsito, o por arrendatario que obrase conforme a las cláusulas del contrato de arrendamiento), sin perjuicio en su caso de la responsabilidad de estas personas.

En todo caso, el responsable no sólo debe ser condenado a la indemnización de daños y perjuicios, sino además, en su caso, a hacer cesar el hecho o situación productoras del menoscabo, o lograrlo a su costa.

2.—*Aspecto activo.*—a) Derechos del titular activo.

a) El primero y más importante es el de transitar por el fundo sirviente a través del lugar determinado para ejercicio del paso, o a través de cualquiera parte del dicho fundo sirviente si así se hubiera determinado en el título constitutivo.

Si el paso es permanente, en todo momento se podrá efectuar. Si por el contrario se concedió para las necesidades del cultivo y para extracción de cosechas del fundo, el ejercicio del derecho de tránsito tendrá las limitaciones de tener que concretarse a dicha finalidad y durante el tiempo que para ello sea preciso.

El *derecho al tránsito* lo tiene sólo el titular activo de la servidumbre, pero podrán gozar de la misma los titulares de derechos reales de goce del predio dominante, por servir el paso de instrumento a dicho goce (127).

Además podrán transitar por el fundo sirviente las personas al servicio de unos u otros (128) y las que tengan alguna relación con las operaciones de cultivo de la finca como pueden ser: ingenieros agrónomos, peritos agrícolas, compradores de cosecha que se personan a recoger los frutos, etc., etc., todo ello cuando el paso se concede tan sólo para las necesidades del cultivo y extracción de cosechas. El mismo criterio regirá cuando el paso se concede para atender necesidades del fundo dominante tales que se producen con intermitencia, si bien refiriendo la relación antes exigida a la necesidad concreta de que se trate, que puede ser muy variada. Si el paso hubiera de ejercitarse exclusivamente por el titular activo, en la mayoría de los casos quedaría sin satisfacer la necesidad a que el paso atiende, necesidades de cultivo y recolección u otras, que exige la intervención de otras personas distintas a la del referido titular (129).

(126) Cfr. art. 1.903 y sgtes. del Código civil.

(127) Cfr. art. 479 del Código civil para el usufructo.

(128) Servidores de la posesión. Vid. sobre este concepto PÉREZ Y ALQUEN, notas a WOLFF, op. cit., págs. 37 y sgtes.

(129) Aparte de la posibilidad de considerar a dichas personas servidoras de la posesión del titular activo o de aplicarles la idea del mandato.

Cuando el paso se concede para todas las necesidades del fundo dominante, podrán ejercitar el tránsito además de las personas antes indicadas, todas aquellas que tengan alguna relación con el predio dominante, sea cual fuere aquella, e incluso los terceros extraños al fundo que por cualquier razón deban dirigirse a él, por las razones antes indicadas y porque se limitaría el goce del predio dominante si se restringiese el número de personas que puede «recibir» el titular activo en su predio.

Ahora bien, si el titular pasivo les cierra el paso, o lo obstaculiza, a alguna de las referidas personas, sólo podrá ejercitar la oportuna acción contra él, el titular activo, porque sólo él tiene el derecho *real* de servidumbre de paso, o personas que tengan derecho a gozar de dicha titularidad por tener derecho que les faculte para ello como el usufructuario del predio dominante (130).

Naturalmente que el titular activo puede transitar solo o acompañado, y puede ir a pie, a caballo, o en un carro, automóvil o cualquier clase de vehículo siempre que dadas las circunstancias del predio sirviente y la anchura y características del paso lo permitan y sin que con el medio utilizado para el tránsito se ocasione daño alguno al predio sirviente, y todo ello además, salvo limitación expresa contenida en el título constitutivo (131). Así tratándose de un pasillo de un metro treinta centímetros de anchura, no cabrá la utilización de vehículo como tampoco aun siendo mayor su anchura si el pasillo está provisto de gradas que impiden la circulación de vehículos o si, cualesquiera que fuesen sus dimensiones, no está previsto para el paso de vehículos. La costumbre del lugar y la propia posesión, contribuirán a fijar estos extremos.

El derecho es de transitar, no de pasear (132), porque sólo la utilidad del tránsito se concede con la servidumbre de paso.

¿Puede transitar a cualquier hora? Si el lugar de ejercicio es lugar abierto, considera TOULLIER indudable que el paso puede ejercerse a cualquier hora (133). La cuestión se plantea cuando se trata de pasar por lu-

(130) Vid. art. 479 Cód. civ.

(131) Cfr. art. 542 Cód. civ. y porque sobre todo cuando la distancia intermedia es grande, debe considerarse hoy necesario el uso de un vehículo, y aun no siendo mucha la distancia al camino público, si para atender las necesidades del fundo hoy se requiere el uso de vehículos, o si no pueden estimarse satisfechas aquellas pese a la concesión del paso si no se permite el tránsito por él de los citados vehículos. Piénsese en las dificultades a que daría lugar el no dejar transitar al tractor agrícola con el que se realizan las faenas del cultivo, o al camión en el que se cargan los frutos de la cosecha de la finca, o el abono para ella y hasta el propio automóvil de turismo con el que el titular activo se dirige a la finca habitualmente. Y razones análogas podrían invocarse cuando en el predio dominante se lleva a cabo una explotación industrial.

(132) Cfr. CASBOUCA, *op. cit.*, pág. 233.

(133) *Op. cit.*, II, pág. 15ª

gar destinado a ser cerrado por seguridad del propietario o por seguridad pública, y más concretamente cuando se trata de pasar por casa habitada durante la noche. CAEPOLLA entiende que cuando el paso nocturno no puede ser sospechoso o bien no exista algún temor o peligro, deberá admitirse (134). TOULLIER estima que el paso no puede ser ejercitado sobre los lugares a que nos referimos, sino a horas convenientes, por no ser justo que un patio o una casa quede abierta durante la noche (135). Creemos que en defecto de pacto, también para resolver las dudas habrá que acudir a la costumbre del lugar y al estado que resulte de la propia posesión. Pero creemos con TOULLIER (136) que aun en los casos en que se haya facultado el paso nocturno en el título, el titular activo podrá ser obligado a utilizar una llave a fin de no dejar la puerta abierta.

El goce de la faja de terreno que concreta el gravamen de la servidumbre, correspondiente al titular activo de ésta, se halla limitado a obtener la utilidad del tránsito. En ningún caso, obvio es decirlo, atribuye al titular activo su propiedad, ni siquiera el goce general de la misma. De ahí que no podrá percibir los aprovechamientos (distintos a la utilidad del tránsito) que dicha faja de terreno fuese susceptible de proporcionar. No podrá aprovechar los pastos, ni depositar materiales sobre el mismo que obstaculicen el tránsito al que también tiene derecho el titular pasivo y al que puede tener derecho un tercero, ni será él quien en su caso cobre derechos de peaje, sino el titular pasivo, que sigue siendo el titular del goce general de la faja de terreno con la limitación que supone la existencia de la servidumbre.

b') Puede además realizar a su costa en el predio sirviente, las obras necesarias (137) para el uso y conservación de la servidumbre (138). Estas obras podrán consistir, cuando el paso sea permanente, en cubrir de grava el terreno destinado al paso, adoquinarlo e incluso asfaltarlo (139), ocupando para ello temporalmente incluso parte del fundo sirviente que está libre, si preciso fuere, pero haciendo la obra en el tiempo y forma convenientes a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño

(134) «Trattato intorno le servitù civili e rustiche secondo la Dottrina piú certa de' Leggisti e spocialmente dell' Illustriss. Sig. Conte e Cavaliere BARTOLOMEO CAEPOLLA... Parte Prima. Bergamo, 1786, págs. 243 y sgte.

(135) Op. y loc. cit.

(136) Op. y loc. cit.

(137) Sobre el concepto de necesidad de la obra, vid. en este Capítulo, ap. 1, e). Obligaciones, d'.

(138) Artículo 543 del Código civil.

(139) Para el supuesto en que el titular pasivo se hubiese obligado a costear dichas obras, vid. en este Capítulo, ap. 1, e). Obligaciones d'.

del predio sirviente o a los titulares del goce general de dicho predio (140). Cuando el paso es temporal, para concretas necesidades del fundo dominante, en que por definición no se crea una vía permanente, no podrá hacer obras que establezcan dicha vía permanente, y si por cualquier razón, como sería por lluvias, inundaciones, etc. precisase alguna obra para permitir el tránsito en las épocas que exijan las necesidades concretas del fundo (por ejemplo, obras que permitan superar el inconveniente del fango: grava, manojos de leña, etc.) deberá retirarlas una vez que la necesidad del tránsito haya pasado, todo ello a su costa, salvo que otra cosa se haya pactado, y ello porque el goce de la faja de terreno destinada al paso tan sólo está limitado al titular pasivo en las épocas en que el tránsito se puede realizar, pero no en el tiempo restante.

Las obras deberá realizarlas de suerte que no altere la servidumbre ni la haga más gravosa, y deberá para ello elegir el tiempo y forma convenientes a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al titular pasivo (141). La elección, en principio, deberá hacerla el titular activo (142). MUCIUS SCAEVOLA (143), después de reconocerlo, entiende que ha de designarse de común acuerdo de los dueños (del predio dominante y del sirviente) la forma y tiempo de hacer las obras, por cuanto que si el del sirviente estima que no le convienen las señaladas por el del dominante éstas no podrán realizarse sino mediante la oportuna resolución judicial decisiva de la contienda que surgirá entre ellos (144). Sin embargo, creemos con DE LA VILLE (145), y BRANCA (146), que si bien es prudente y conveniente dar el preaviso, por deferencia que impone una buena vecindad, y porque puede evitar cuestiones, no es necesario hacerlo: la ley no ha querido poner trabas a la actividad humana con formalidades judiciales o convencionales innecesarias. Claro está que si el titular pasivo estimara que hay lesión en sus derechos por infracción de lo dispuesto en el art. 543 del Código civil, podrá ejercitar las acciones que le correspondan en defensa de los mismos.

No pueden dictarse reglas generales sobre la conveniencia del tiempo y forma para la realización de las obras: Si la obra se ha de realizar en

(140) Cfr. art. 543 en relación con el 569 ambos del Cód. civil.

(141) Cfr. art. 543 del Cód. civil.

(142) Cfr. art. 543, párrafo 2.º Cód. civil.

(143) Op. cit., X pág. 461.

(144) BURENA, en «Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo» en «Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza» a cura di P. FIORE e continuato da B. BACCI, parte V, vol. III, Torino, 1938, 3.ª ed., págs. 642 y sgte., entiende que el dueño del predio dominante debe dar aviso al del sirviente antes de empezar las obras.

(145) Op. cit., I, pág. 631.

(146) Op. cit., pág. 590.

un edificio destinado a vivienda, convendrá hacerla de día para no turbar el descanso de sus moradores en la noche; si hubiese enfermos graves en él, se esperará que pase el momento crítico; como dice DE LA VILLE (147) es ésta una regla de humanidad, además de serlo de buena educación, y a la que una persona civilizada no se puede sustraer.

La elección debe hacerla el titular activo. Pero cuando éste es el dueño del predio dominante y sobre dicho predio recae un derecho real de goce que implique o lleve anejo el uso de la servidumbre se observarán las reglas del correspondiente derecho real acerca de la facultad de reanudar obras o reparaciones en la cosa objeto del derecho. Así, en el supuesto del usufructo, corresponderá al usufructuario la elección cuando se trate de reparaciones u obras ordinarias precisas para el uso de la servidumbre (148) y al propietario si de reparaciones extraordinarias se trata (149), entendiéndose por ordinarias, conforme al art. 500 del Código civil, las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural, mejor diríamos normal, de la servidumbre, y que sean indispensables para su conservación. Para el caso del uso y de la habitación, serán aplicables las mismas normas a virtud de lo dispuesto en el art. 528 del Código civil en relación con el 527, párrafo 1.º del mismo, con la especialidad del párrafo 2.º del art. 527, conforme al cual, si el usuario sólo percibiera parte de los frutos o el habitacionista parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y cargas, y si no fuesen bastantes suplirá aquél lo que falte. Si hay varios cotitulares proindiviso, regirá la norma del art. 398 del Código civil, es decir, será preciso el acuerdo de la mayoría.

El titular activo no está obligado a indemnizar al pasivo por la incomodidad que experimente éste durante la realización de las obras cuando esta incomodidad no pudiera ser evitada usando la diligencia media del buen padre de familia, y ello porque la facultad de realizar las obras (con la consecuencia de la incomodidad para el titular pasivo en su caso) forma parte del contenido de la servidumbre conforme al art. 543 del Código civil. Pero cuando esta incomodidad o daño hubiera podido ser evitado, cabría exigir indemnización. De ahí la conveniencia de que el titular activo, aun sin ser preceptivo, no sólo dé el preaviso al titular pasivo, sino que obtenga de éste el consentimiento a la forma y tiempo de la obra, que le eximirá de responsabilidad por cualquier incomodidad (150).

(147) *Op. y loc. cit.*

(148) *Cfr. art. 500 Código civil.*

(149) *Cfr. art. 501 Código civil.*

(150) En este sentido BRANCA, *op. cit.*, pág. 590.

c) Si las ramas de los árboles del predio sirviente estorbaran el paso, podrá el titular activo cortarlas por sí mismo, y la misma facultad tendrá respecto a las raíces de dichos árboles que estorben el paso. No será aplicable a este supuesto por analogía el art. 592 del Código civil, ya que existe una norma especial cual es la del art. 543 de nuestro primer Cuerpo legal: el dueño del predio dominante (o en general el titular activo de la servidumbre), podrá hacer a su costa *en el predio sirviente*, las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre; el árbol cuyas ramas o raíces estorban, forma parte integrante del predio sirviente (151) y en esa *parte* podrá hacer la *obra* consistente en su poda o corte de ramas y raíces que estorben, y en cuanto estorben. Sería absurdo reconocer a dicho titular activo derecho a construir puente, allanar el terreno destinado al tránsito, y hasta derribar los árboles sitos en la faja de terreno destinado al tránsito, lo que es indudable conforme al art. 543 del Código civil en cuanto dichas obras son necesarias para el uso o conservación de la servidumbre, y no reconocerle en cambio el derecho a cortar dichas ramas o raíces que estorben el paso. Refuerza la interpretación el artículo 542: «Al establecerse una servidumbre, se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso». Ante la negativa u oposición del titular pasivo que desconociese este derecho del activo, claro ésta que deberá ejercitar la oportuna acción ante el Juzgado competente.

Ahora bien, en los supuestos de localización del paso, de suerte que el lugar de ejercicio absorba el gravamen de la servidumbre, respecto a los árboles sitos fuera de este lugar, aun dentro del predio sirviente (entendida esta expresión en sentido lato), o en predios vecinos, será aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 592 del Código civil.

Por razones análogas, podrá el titular activo retirar del camino el árbol del predio sirviente abatido por el viento o por otra causa sobre él.

Pero tanto en uno como en otro caso, la leña resultante del corte de las ramas o raíces, o el árbol caído, deberá dejarlos fuera del camino o faja de terreno destinado al tránsito, pero dentro del predio sirviente y en el punto que menos daño cause, a disposición de quien tenga derecho a ellos.

d) La existencia de la servidumbre no sólo no limita la propiedad del fundo dominante (o en términos amplios los derechos de goce general de éste), sino que está encaminada a incrementar dicho goce al que en cierto modo sirve de instrumento. Por ello creemos que puede realizar en el predio dominante toda clase de obras que podría realizar si no existiese la servidumbre, aun cuando las mismas lleven consigo una mayor intensificación del tránsito, por ejemplo creación de almacenes que traiga aparejada un mayor tráfico de vehículos, construcción de nuevos edi-

(151) Cfr. art. 334, n.º 2 del Código civil.

ficios o mayor elevación de los existentes destinados a vivienda o a otros usos que impliquen el paso de un mayor número de personas, transformación del cultivo haciéndolo más intenso, etc. Ante la falta de norma expresa prohibitiva, creemos inaplicable el criterio de la doctrina y jurisprudencia italiana, que en base del art. 646 del Código civil italiano de 1865 (152), y después y en la actualidad, en base al art. 1.067 del Código civil italiano vigente de 1942 (153) prohíben al dueño del predio dominante la realización de tales obras (154). La mayor intensificación del tráfico, de por sí, no hace más gravoso el uso de la servidumbre, y ni siquiera es tenido en cuenta para fijar la indemnización según vimos en su lugar oportuno (155), por cuanto que para ello no cuenta el mayor beneficio que pueda tener el titular activo sino el perjuicio que sufre el titular del goce general del predio sirviente, y éste, tratándose de una vía permanente, no experimenta daño con el mayor tránsito sino con la privación del goce general de la faja de terreno destinada al tránsito, y si el paso es temporal, el daño hay que referirlo a la privación temporal de dicho goce. Por otro lado, piénsese que puede llegarse al resultado de una mayor intensificación del tránsito multiplicando el número de titulares activos mediante la constitución de comunidad sobre el predio dominante, o por la división de éste (156).

Claro está que cuando el paso se da para atender necesidades intermitentes del predio dominante, como ocurre con el paso para labores agrícolas previsto en el párrafo 3.º del art. 564, no podrá el titular activo, mediante la creación de mayores necesidades en su predio, transformar en permanente el paso concedido con carácter temporal sin cumplir en su caso los trámites precisos para la constitución de esta servidumbre, entre ellos el pago de la correspondiente indemnización.

c) ¿Puede variar el lugar o forma de ejercicio? Falta en nuestro Derecho un precepto expreso como el del párrafo 4.º del art. 645 del Código civil italiano de 1865 (157) sustancialmente reproducido en el párrafo 3.º del art. 1.068 del Código civil italiano de 1942, que autoriza expresamente al dueño del fundo dominante a la variación del lugar de ejercicio

(152) Según éste, «Quien tiene un derecho de servidumbre, no puede usar de él sino conforme al título o a su posesión, y sin que tanto en el fundo sirviente, cuanto en el dominante pueda hacer innovación alguna que haga más gravosa la condición del primero».

(153) Conforme al cual «El propietario del fundo dominante no puede hacer innovaciones que hagan más gravosa la condición del fundo sirviente.—El propietario del fundo sirviente no puede hacer nada que tienda a disminuir el ejercicio de la servidumbre o a hacerlo más incómodo».

(154) Vid. RIZZI, *op. cit.*, págs. 575, 577 y sgtes. y BRANCA, *op. cit.*, pág. 572.

(155) Vid. Capítulo V, apartado B.

(156) Cfr. art. 535 Cód. civil, párrafo 2.º.

(157) Vid. nota número 65 en este Capítulo.



cuando pruebe que dicha variación le proporciona notable ventaja y no produzca daño al fondo sirviente. MANRESA (158), interpretando el artículo 543 del Código civil, entiende que podría concederse al propietario del fondo dominante un derecho parecido al que otorga el art. 545 del Código civil al dueño del predio sirviente, cuando la variación de la servidumbre en cuanto a su forma o lugar beneficiase al propietario del predio dominante sin causar el más mínimo perjuicio o incomodidad al dueño del otro predio. Reconocemos que así debería admitirse y que esta interpretación está más en consonancia con el principio de solidaridad social.

Mejor nos parece la argumentación de LAURENT (159) interpretando el art. 702 del Código civil francés (160) en relación con el art. 701 de dicho Cuerpo legal: La ley permite al dueño del predio sirviente la variación del lugar ¿acaso no debe ser igual la condición de las partes? ¿hay razón para recusar a uno lo que se concede a otro? Se invoca —dice— la letra del art. 701 pero el silencio de la ley es en general un criterio poco válido para la decisión. Se opone también —añade— que los tribunales no tienen facultad para modificar los títulos: precisa para ello el consentimiento de las partes o una norma jurídica; pero en materia de servidumbres la ley se aleja de este principio: el art. 702 concede al dueño del fondo dominante el derecho de hacer innovaciones que no agraven la condición del fondo sirviente y el art. 701 permite al propietario del fondo sirviente pedir una variación en el ejercicio de la servidumbre. Es decir, nada hay inmutable en esta materia y el interés general y el de las partes se oponen a esta inmutabilidad. Y si se admite que el lugar de ejercicio se puede cambiar a instancia del propietario del fondo sirviente, se debe conceder, por analogía, el mismo derecho al dueño del dominante.

Insistimos en la bondad del razonamiento expuesto, pese a no haber sido acogido por la jurisprudencia francesa (161), pero creemos difícil se pueda esgrimir con éxito en nuestra Patria por cuanto si bien el art. 702 del Código civil francés permite al dueño del predio dominante hacer

(158) Op. cit., IV, pág. 648.

(159) Op. cit., VIII, pág. 251.

(160) «Por su parte —dice este artículo— quien tiene un derecho de servidumbre no puede usar de él sino con arreglo al título, sin poder hacer ni en el fondo sirviente, ni en el dominante, variación que agrave la condición del primero».

(161) Expresamente lo rechazan las sentencias del Tribunal de Casación francés de 16 de mayo de 1888 y de 21 de enero de 1947. Esta última declara que «una variación en la posición o asentamiento de una servidumbre de paso afecta a la misma servidumbre y no sólo a su ejercicio: en consecuencia el propietario del fondo dominante no puede sin la autorización del del sirviente justificar la variación alegando la ausencia de agravación. Vid. MISVILLÉ, op. cit., pág. 465, y del mismo autor, «Dictionnaire des constructions-Supplément a la Treizieme ed. Paris, 1959, pág. 79.



variaciones en el fundo dominante o en el sirviente *que no agraven la condición de éste*, en el art. 543 de nuestro Código civil no solamente se prohíbe al dueño del predio dominante hacer más gravosa la servidumbre, sino simplemente alterarlas. Es decir, dicho precepto faculta al titular activo (162) a realizar a su costa en el predio sirviente, las obras *necesarias para el uso y conservación* de la servidumbre, pero con dos limitaciones: 1.^a No alterarla (aun cuando esta alteración sea beneficiosa), 2.^a No hacerla más gravosa.

Por ello, y ante lo justo y progresivo de la solución doctrinal afirmativa de la posibilidad de variación, creemos conveniente una reforma de los artículos 543 y 545 en términos que no dejen lugar a dudas sobre la admisibilidad de la solución propugnada.

f) El dueño del predio dominante puede dividir el fundo y transmitir la propiedad de las diversas fincas surgidas de la división a personas distintas. Para este caso, el art. 535 del Código civil, después de sentar la regla general de que las servidumbres son indivisibles y regular la aplicación del principio al supuesto de división del predio sirviente (163) dispone en su párrafo 2.º: «Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera». Es decir, el contenido de la servidumbre no se fracciona con la división, no se distribuirá el tiempo de paso entre las diversas fincas surgidas de la división. Cada porcionero podrá transitar en la misma forma, en los mismos términos en que lo hubiera hecho el propietario único del predio dominante (164).

En estos supuestos, la servidumbre no se divide porque el derecho no se fracciona sino que sigue por entero; mas bien lo que hay es un fenómeno de multiplicación de la servidumbre en el sentido de que en lugar de una sola servidumbre y de una sola acción de servidumbre existirán varias en lo sucesivo, cada uno de los porcioneros será titular de diversos derechos autónomos de servidumbre de paso aun cuando el contenido será el mismo. Como dice MOLITOR, habrá tantas servidumbres distintas cuantos sean los fondos distintos resultantes de la división, exactamente como si desde el comienzo la servidumbre en vez de ser constituida para todo el fundo, hubiese sido constituida en provecho de cada una de sus partes, solución que ya encontramos en el Digesto, en un texto de CELSO

(162) En este sentido debe entenderse la expresión «dueño del predio dominante».

(163) De este supuesto nos ocupamos más adelante.

(164) En general el titular único del derecho de goce general del predio antes de la división del mismo derecho, a cuyo supuesto, con los debidos temperamentos, es aplicable lo expuesto en el texto sobre la división de la propiedad.

(D. VIII, 6, 6) conforme al cual «Si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit» (165). En consecuencia, en lo sucesivo, deberán ser tratados como tales derechos de servidumbre autónomos, y por ello la extinción por no uso de uno de estos derechos de servidumbre no afecta a los otros, que continúan subsistiendo, y el modo en que ejercite la servidumbre uno de los nuevos titulares activos no afecta tampoco a los demás que podrán seguir ejercitándola en la misma forma o modo (166).

El Código en el art. 535 exige tan sólo que los nuevos titulares activos no alteren el lugar de uso de la servidumbre ni agraven la servidumbre de otra manera.

Por ello los nuevos titulares deberán seguir transitando por el mismo lugar señalado en su caso para el ejercicio de la servidumbre de paso, y ajustándose a las restricciones pactadas o fijadas en el título constitutivo o que resulten de la posesión si se hubiese adquirido por usucapión.

Esta regla deberá ser respetada incluso por los porcioneros cuyo lote hubiese quedado separado del lugar de ejercicio de la servidumbre. Aun cuando dicho lote, parcela o finca surgida de la división lindara con el predio sirviente, no podrá pretender el nuevo titular activo abrirse camino a través del fundo sirviente hasta enlazar con el lugar de ejercicio del paso preestablecido. La norma del párrafo 2.º del art. 535 del Código civil deberá ser también respetada: no podrá alterarse el lugar de uso de la servidumbre.

Ante la ausencia en nuestro Derecho de una norma análoga a la del último inciso del párrafo 1.025 del B. G. B. alemán conforme al cual «Si la servidumbre sólo redundaba en beneficio de una de las parcelas, se ex-

(165) Mouron, «La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en Droit Romain avec les rapports entre la legislation romaine et le Droit Romain-Cours professé a l'Université de Gand par... et publié sur les manuscrits de l'auteur, apres sa mort», Paris, 1852, págs. 327 y sgtes. Véase también BRANCA, «Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. BRANCA. Libro terzo, Della Proprietá (art. 957-1.099), 2.ª ed. Bologna, 1959, págs. 603 y sgtes.; BONNI, op. cit., pág. 173; RIZZI, op. cit., II, pág. 592; MUCIUS SCAEVOLA, op. cit., X págs. 341 y sgtes.

(166) El jurisconsulto Celsus en el texto citado (D. VIII, 6, 6) se pregunta ¿multiplicar la servidumbre cuando el fundo dominante es dividido no implica aumentar la carga del fundo sirviente? Y el propio jurisconsulto responde que lejos de perjudicar al fundo gravado, la multiplicación de la servidumbre le es, por el contrario, favorable, ya que si cada propietario del fundo dominante ejerce la servidumbre después de la división, no la conserva más que para él, para la porción que le ha sido adjudicada, mientras que en el estado de indivisión el ejercicio de uno solo conserva el derecho de todos. Vid. MOURON, op. cit., pág. 328.

tingue para las demás parcelas» (167), y dada la forma de expresarse el citado precepto del párrafo 2.º del art. 535 de nuestro Código civil hay que concluir que los dueños de las parcelas surgidas de la división tendrán derecho a usar por entero de la servidumbre, aun cuando este derecho se vea obstaculizado temporalmente por la forma en que ha quedado hecha la división y dada la situación de dichas parcelas. En estos casos cabe distinguir: si la dicha parcela o finca quedara enclavada y sin salida a camino público, por virtud de lo dispuesto en el art. 567 del Código civil (168) podrá exigir paso a través de las otras fincas resultantes de la división o a través de la finca matriz, en su caso, sin indemnización salvo pacto en contrario, hasta lograr acceso al lugar de ejercicio de la servidumbre de paso contituída a favor de la finca matriz. Pero, si dicha finca o parcela surgida de la división, no reuniese los requisitos de interclusión que autorizan a exigir el paso a través de las demás fincas de los vendedores, permutantes o copartícipes en su caso, conforme al art. 567, tan sólo le quedará el recurso de acudir al establecimiento voluntario de la servidumbre de paso (169).

Y si no es posible lograrlo, no por ello se extinguirá el derecho de servidumbre autónomo de paso a favor del correspondiente porcionero, lo que ocurre es que ese derecho, existente, no se podrá actuar interín no logre comunicar su predio con el lugar de ejercicio de la servidumbre, y si transcurriesen veinte años sin haberlo logrado, se extinguirá por no uso conforme al art. 546, n.º 2.º del Código civil.

g) El titular activo podrá ejercitar las acciones correspondientes en defensa del derecho de servidumbre de paso, en los términos que estudiamos más adelante en el capítulo dedicado a las acciones relativas a la servidumbre (170).

b) Obligaciones del titular activo.—En el apartado precedente, al estudiar los derechos del titular activo de la servidumbre de paso, hemos hecho mención de algunas obligaciones ligadas al ejercicio de sus derechos y que suponen una limitación al mismo, y que podrían quizá resu-

(167) Dicho párrafo dice: «Si la finca del titular —de la servidumbre— se divide, la servidumbre predial subsiste para cada una de las parcelas; sin embargo, en la duda, sólo es admisible el ejercicio de forma que no se haga más gravoso para el propietario de la finca gravada. Si la servidumbre sólo redundaba en beneficio de una de las parcelas, se extingue para las demás parcelas». Vid. su comentario en DENECKE, JOHANSEN y KRUGEL, «Das Bürgerliche Gesetz buch (Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern), T. III, Berlin, 1954, págs. 450 y sgte.

(168) Vid. Capítulo V, apartado B.

(169) Presupuestos que no existe tampoco el signo aparente con los requisitos del art. 541.

(170) Vid. en este Capítulo, el apartado 3.

mirse en el deber general de ejercitar la servidumbre conforme al título constitutivo o a la posesión, sin agravar la condición del predio sirviente.

Además de las ya señaladas, el titular activo (o titulares activos) está sujeto a:

Costear las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre (171). Esta obligación no es contrapartida del derecho a realizar las obras a que se refiere el art. 543 del Código civil, sino que viene impuesta independientemente de ese derecho y halla su fundamento en el beneficio que tales obras reportan al ejercicio de la servidumbre (172). Tan así es que la obligación subsiste, salvo pacto en contrario, en aquellos supuestos en que se hubiese convenido expresamente que el titular activo *no tendrá derecho* a realizar las obras *en el predio sirviente* (173) a menos, claro está, que también se pacte que haya de *costearlas* el titular pasivo (174).

Cuando el titular activo de la servidumbre de paso sea el dueño del predio dominante y sobre el mismo recaen otros derechos reales de goce que lleven anejo el uso de la servidumbre de paso, la obligación de costear las obras puede quedar repartida entre el dueño y el titular del derecho real según las reglas generales que se estudian en el Tratado de derechos reales, en el Capítulo relativo al correspondiente derecho real y que no creemos necesario traer aquí a colación (175).

El art. 544 del Código civil, contempla un supuesto de concurrencia de varios titulares activos al decir en su párrafo 1.º que «Si fuesen varios los predios dominantes, los dueños de todos ellos estarán obligados a contribuir a los gastos de que trata el artículo anterior, en proporción al beneficio que a cada cual reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás».

Establece por tanto un criterio de contribución a los gastos proporcional al beneficio que a cada cual reporte la obra. Pero no soluciona definitivamente la cuestión ya que el problema queda desplazado a determinar precisamente cuál es el beneficio que las obras han de reportar a cada titular. ¿Con arreglo a qué criterio se determinará dicho beneficio?

(171) Así se desprende del art. 543, Cód. civ., conforme al cual «El dueño del predio dominante podrá hacer a su costa en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre...».

(172) Cfr. art. 544.

(173) TOULIANG, op. cit., II pág. 154 justifica que estas obras sean a cargo del titular activo en que son hechas para su utilidad.

(174) Sobre naturaleza jurídica de esta obligación de costear las obras, vid. en este Capítulo, apartado 1, c). Obligaciones, d'.

(175) Para el caso del usufructo, del uso y habitación, puede verse lo expuesto en este Capítulo, apartado 1, c). Obligaciones, d'.

Para algunos autores la distribución del gasto debe realizarse en proporción al valor de los predios dominantes. En este sentido MUCIUS SCAEVOLA (176).

Para otros, como MANRESA (177), debe rechazarse este criterio por entender que la ley no tiene para nada en cuenta el valor de las fincas, sino sólo el beneficio de las obras, o si se quiere el de la servidumbre en relación a cada finca. Para el supuesto concreto de la servidumbre de paso en que a juicio de dicho autor (178) las obras benefician a todos por igual, deberán contribuir todos los propietarios por partes iguales, pero calculando el número de propietarios por el número de fincas dominantes por entender que el beneficio de las servidumbres prediales se establece en favor de la finca y no de la persona, y porque los varios propietarios indiviso de una cosa, jurídicamente y en relación a esa cosa, constituyen un propietario único.

Pero ni uno ni otro criterio nos satisfacen:

El primero porque parte de la existencia de una comunidad en el derecho de servidumbre que es muy difícil admitir para todo supuesto en que haya de aplicarse el art. 544. Piénsese en que el título constitutivo de alguna servidumbre de paso puede prohibir al titular activo el paso con vehículos, y otros títulos constitutivos no prohibirlo; unos limitar las horas durante las que pueda efectuarse el tránsito, y otros no. Unas servidumbres pueden ser voluntarias, otras coactivas, o legales, o adquiridas por usucapión, con régimen jurídico que puede ser diverso, sin olvidar que conforme al párrafo 2.º del art. 544 del Código civil, puede ser incurido en el reparto de los gastos el dueño del predio sirviente, en cuyo caso no creo ofrezca dudas la inexistencia de la presunta comunidad un derecho de servidumbre, que no puede pertenecer ni en parte al dueño del predio gravado, en cuanto tal dueño del predio gravado (179).

Y el segundo porque prescinde en absoluto de distinciones, cuando en la norma, bien claro está que deben efectuarse (180).

(176) *Op. cit.*, X, págs. 463 y sgte. que para los supuestos en que no haya posibilidad de determinar el beneficio que a cada cual reporta la obra, entiendo debe seguirse un criterio de reparto proporcional al valor de las fincas, cualquiera que sea el número de propietarios de ellas, por aplicación del art. 393 del Cód. civil, considerando a su juicio que existe una comunidad en el derecho de servidumbre entre los diversos dueños de los predios dominantes.

(177) *Op. cit.*, IV, págs. 650 y sgte.

(178) *Op. cit.*, IV, pág. 651.

(179) Ello sin perjuicio de que sea al mismo tiempo cotitular activo por haber adquirido una cuota en el derecho real de goce sobre el predio dominante que sirva para determinar al titular activo.

(180) Según veremos después, debe distinguirse si la obra concreta reporta o no beneficios a los diversos titulares activos.

Y uno y otro criterio porque parece tienen en cuenta más que el *beneficio de la obra*, el *beneficio que reporte la servidumbre*.

Creemos que debe atenderse en cada caso concreto a la obra de que se trate y contemplar:

1.º Si dicha obra proporciona beneficios a los diversos titulares activos, o a quienes de ellos los proporciona (181). Porque puede tratarse de obras que ningún provecho origine a alguno de ellos; por ejemplo obras de revestimiento del paso con un grosor de piedras adecuado para soportar camiones de gran tonelaje: estas obras no proporcionarán ningún provecho a quien tenga sólo el derecho de transitar a pie; o la construcción de un puente en el predio sirviente para salvar el obstáculo de un barranco, rambla u otro accidente geográfico en un punto del trazado que no ha de utilizar uno de los titulares activos, por estar su predio o el «ramal» que conduce al paso que a su vez da acceso al camino público, más cerca de éste y antes del punto en que se proyecta construir el puente (182). Es decir, precisa que la obra proporcione provecho a los diversos dueños o, mejor, titulares activos, de quienes se pretende contribuyan al gasto de la obra, en relación con sus respectivos predios dominantes.

2.º Una vez aclarado este punto, estamos ya en situación de precisar como se ha de distribuir el gasto entre los diversos titulares activos de la servidumbre a quienes beneficia la obra.

El Código dice en su art. 544 que deberán contribuir a los gastos en proporción al beneficio que a cada cual reporte la obra.

Dando por sentado que la obra reporte beneficio, su cuantía se determinará en proporción al valor actual de cada predio dominante, habida cuenta de la explotación o destino a que se dedique o industria en él radicada. Este criterio nos parece el más justo: el beneficio que reporte la obra estará en relación con el valor del predio dominante; si éste es de gran entidad económica, la obra proporcionará una mayor ventaja al permitir la revalorización de los productos de la explotación o industria del predio merced a las mayores facilidades para su transporte que la obra ha de proporcionar, y si el predio dominante estuviese dedicado a vivienda, no cabe duda que la ventaja de la obra será mayor, cuanto mayor sea

(181) Porque el Código presupone que la obra reporte beneficio. Cfr. art. 544, párr. 1.º.

(182) En este último caso la razón fundamental es que el lugar en donde se ha de construir el puente no es «fundo gravado» (entendido como sinónimo a lugar de ejercicio según se ha visto antes) por la servidumbre de paso de que es titular activo el dueño o titular del derecho de goce general del fundo que no precisa para tener acceso el tránsito por dicho lugar. Si bien no podrá ser alegada esta argumentación, aun cuando la solución será la misma ya apuntada, en los casos en que expresamente se haya pactado en el título constitutivo que todas y cada una de las partes del entero fundo sobre el que se traza el paso, quedan sujetas al gravamen.

el número de viviendas del predio dominante o cuanto mayor sea su valor (183). Y además este criterio se ajusta más a la norma del art. 544 del Código civil que el otro criterio expuesto de reparto por igual entre todos.

Cuando el dueño del predio sirviente, o en general el titular pasivo utilizase de algún modo el paso establecido sobre su fundo, estará igualmente obligado a contribuir a los gastos de las obras a que nos referimos en la misma proporción señalada, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 544 del Código civil, según el cual «Si el dueño del predio sirviente se utilizare en algún modo de la servidumbre, estará obligado a contribuir a los gastos en la proporción antes expresada, salvo pacto en contrario».

Si el dominio o derecho real de goce de alguno de los predios dominantes que sirva para determinar al titular activo, pertenece a varios en comunidad, no variará la regla antes dicha, puesto que a lo que se atenderá es al valor de los predios dominantes, no al número de titulares del goce de éstos que puedan existir. Y lo mismo puede decirse en relación con el predio sirviente, advirtiendo que en relación a éste, el valor se calculará en contemplación al entero fundo sobre el que recae el derecho de goce general del titular pasivo, aun cuando dicho entero fundo no pueda considerarse todo él «gravado» según las normas antes indicadas.

La realización de la obra originadora del gasto que se trata de repartir, debe de haber sido acordada por mayoría entre los diversos titulares activos y titular pasivo, este último para el caso previsto en el 2.º párrafo del art. 544 del Código civil, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 393 (184), y si un predio dominante ofreciera varios titulares activos, habrá que distinguir: si se tratara de varios titulares activos del derecho de servidumbre, determinados por su titularidad de diversos derechos reales sobre el predio, se acudirá a las normas generales del Tratado de derechos reales, y capítulo que trate de cada uno de ellos, para ver quien habrá de emitir su voto (185). Si se trata de varios cotitulares, por ejemplo el supuesto del condominio del predio dominante, emitirán primero su voto los condóminos en el orden interno, y después uno de ellos en nombre de los demás debidamente representados, y en nombre propio emitirá su voto.

Naturalmente que si las obras se hacen necesarias como consecuencia de hecho culposo o doloso, la obligación de pago de los gastos, recaerá so-

(183) La obra aumentará el valor del predio al permitir una más cómoda o más fácil salida, y este aumento de valor estará siempre en relación con el valor del mismo predio dominante.

(184) Aplicable por analogía.

(185) Vid. Capítulo VI, apartado 1, c) Obligaciones c) y d).

bre el agente culpable de su producción; a quien se podrá exigir la responsabilidad correspondiente al amparo de los artículos 1.902. y siguientes en su caso, del Código civil.

Para el supuesto concreto en que haya varios predios dominantes, el párrafo 1.º del art. 544 del Código civil permite a cualquiera de los dueños de dichos predios, liberarse de la obligación de contribuir a los gastos renunciando a la servidumbre en provecho de los demás. Esta facultad no la tiene el titular de la servidumbre cuando sólo hay un predio dominante: el Código la concede para el supuesto en que existan varios predios dominantes. Aun cuando el precepto que comentamos habla de renuncia en provecho de los demás, lo que pudiera parecer a primera vista que se trata de una renuncia de un derecho a favor de otra persona, creemos que no debe darse tal alcance a la norma que nos ocupa. Se trata de una verdadera renuncia (186), de un negocio unilateral que no requiere consentimiento de otra persona ni va dirigido a transmitirle ningún derecho (187).

Si el Código exige la renuncia a la servidumbre «en provecho de los demás» es porque efectivamente esta renuncia les aprovecha al disminuir el número de usuarios del paso y en consecuencia la necesidad de hacer obras de reparación o conservación.

Interpretarlo de otro modo, nos llevaría o a infringir la norma del art. 534 del Código civil conforme al cual «Las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen», o a exigir que renunciase junto con la servidumbre, al dominio de la finca o al derecho real base de la titularidad activa de la servidumbre con lo que exigiríamos más de lo que el art. 544 quiere exigir.

Además, nuestra interpretación orilla el grave problema que se plantearía de precisar si en la expresión «los demás» en cuyo provecho ha de renunciar se incluye el dueño del predio sirviente que utilizare de algún modo la servidumbre y que ha de satisfacer los gastos en la debida proporción o por el contrario sólo se refiere a los demás titulares activos. Tratándose, como decimos, de una verdadera renuncia, negocio jurídico unilateral, no importa para su validez, y consiguiente efecto de su liberación, saber quienes se van a beneficiar. Realmente, siguiendo la idea antes expuesta acerca del concepto de «provecho» a estos efectos, creemos que dicho «provecho» lo percibirá también el dueño del predio sirviente, éste con mayor razón puesto que no sólo verá en lo sucesivo disminuída la frecuencia de las obras ante el menor uso de la servidumbre, sino porque

(186) A diferencia del llamado abandono liberatorio del art. 599.

(187) Vid. ROCA JUAN, «La renuncia liberatoria del comunero» (Notas al artículo 395 del Código civil español), en Anuario de Derecho Civil, T: X, año 1957, págs. 91 y sgtes.

verá disminuído el peso de los gravámenes que recaen sobre el predio sirviente:

No se nos oculta la posibilidad de un «fraudem legis» si el dueño del predio sirviente, en connivencia con el renunciante, después de quedar éste liberado por su renuncia, le concede derecho de servidumbre de paso sobre el mismo lugar. Pero aparte de que el acto in fraudem legis debe considerarse nulo por aplicación del art. 4.º del Código civil, creemos podría eludirse este peligro interpretando que la contribución a los gastos de las obras se refiere no sólo a las obras posteriores sino a las existentes al constituir el gravamen, aun cuando reconocemos que esta interpretación puede tropezar con dificultades (188).

Naturalmente que presuponemos la posibilidad legal de dicha renuncia, por lo que tratándose de servidumbre coactiva de paso, no se podrá dar el caso que contemplamos (189).

Y en fin, el precepto del art. 544 es de derecho dispositivo, por lo que, como reconoce el último inciso de su párrafo segundo, debe quedar a salvo el pacto en contrario.

3.—*Acciones relativas a servidumbres.*—No quedaría completo el estudio que venimos realizando, si no hiciéramos unas consideraciones, siquiera sean breves (190) acerca de las acciones que protegen la servidumbre de paso (191).

El Código civil no recoge ningún precepto sobre esta protección de la servidumbre de paso, ni de las servidumbres en general. Ciertamente que la doctrina ve en el artículo 592 de nuestro Código civil, un supuesto de auto-defensa del propio derecho, pero sólo lo creemos aplicable a la servidumbre de paso, según tuvimos ocasión de ver (192), en un aspecto muy limitado (193).

La acción petitoria típica de las servidumbres es la *confesoria*, que

(188) Si se confronta el art. 543 («...podrá hacer, a su costa...») con el art. 544 que regula el pago de los mismos gastos para el caso en que sean varios los beneficiarios de la servidumbre.

(189) Vid. Capítulo V, apartado B.

(190) Por reputar que su estudio profundo sería más propio de un trabajo de Derecho Procesal.

(191) Advertimos que nos referimos a acciones en sentido material que permiten la utilización de los medios procesales correspondientes.

Cabe además, teóricamente, una protección de la servidumbre de paso a través de otros medios cuales son: la defensa propia, legítima defensa, estado de necesidad. Vid. TRAVIESAS, «La defensa privada», en Revista de Derecho Privado, 1915, págs. 193 y sgtes.

(192) Vid. Capítulo VI, apartado 2, i), c).

(193) Claro está que el precepto general del art. 446 del Código civil, al decir que «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las Leyes de procedimientos establecen» podrá ser aplicable a la servidumbre de paso. Vid. más adelante en este Capítulo.

tiende a obtener una declaración de existencia de la servidumbre o de la mayor extensión o integridad de ésta, contra aquél que se lo niega. Pero además tiene por objeto hacer desaparecer el obstáculo puesto en su caso al ejercicio de la servidumbre con indemnización de daños y perjuicios (194); así, si se han realizado obras que impiden el ejercicio de la servidumbre, se puede pedir la supresión o demolición de las mismas e indemnización de daños y perjuicios.

El actor, titular activo de la servidumbre, debe probar el título constitutivo de su derecho o los hechos que hacen surgir la servidumbre legal en el supuesto del art. 541, o la posesión o prescripción inmemorial, en su caso, o la posesión hábil para la usucapión unida al título si se admite este medio adquisitivo para la servidumbre de paso.

No es preciso que el actor se encuentre en la posesión material de la servidumbre o de su mayor extensión o de la modalidad que reclama; le basta el derecho a la posesión porque esta acción no pretende resolver el hecho, sino el derecho de poseer la servidumbre, o su mayor extensión, o modalidad controvertida (195).

Puede ejercitarse, naturalmente, la acción para reclamar *indemnización de daños y perjuicios*, cuando el dueño del fundo sirviente u otra persona causa un daño en el lugar de ejercicio de la servidumbre.

Otras acciones protectoras de la servidumbre son las *posesorias*. Admitido que el titular activo de la servidumbre (196) posee o puede poseer ésta, en su caso, no habrá inconveniente en admitir que ejercite las oportunas acciones posesorias a través de los interdictos (197), sin que para ello precise de título alguno: le basta la posesión (*Possideo quia possideo*).

(194) En este sentido MORRÓN, «La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en Droit Romain...», París, 1852, pág. 493.

(195) En este sentido MOLITOR, op. cit., pág. 494, y DE LA VILLE op. cit., I, pág. 665.

(196) O quien, aun sin serlo propiamente, goce de dicha titularidad, como el usufructuario de ese derecho.

(197) La cuestión, sin embargo, no es pacífica, al menos para la servidumbre de paso, salvo en los casos en que pudiera ser considerada como continua. Así MERLIN («Repertoire universel et raisonné de jurisprudence», 3.ª ed. París, 1809, T. XII, págs. 85 y sgtes.) que niega esta posibilidad para las servidumbres que no se pueden adquirir sin título; y TOULLIER (Op. cit., II, pág. 167) que entiende que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, en que la posesión —dice— es siempre reputada precaria, no pueden servir de fundamento a la acción posesoria fundada precisamente —añade— en que siendo la posesión un medio de adquirir, el poseedor se presume propietario en tanto la cosa no sea reivindicada. Sin embargo, el propio TOULLIER (Op. cit., II, pág. 168), entiende que habiendo título, aun viciado, la posesión ya no es precaria, el que goza la servidumbre de esta forma, la posee como un derecho real, tiene la posesión exigida por la ley para prescribir, y, consiguientemente para ejercitar la acción posesoria.

La argumentación esgrimida para rechazar en general las acciones posesorias en defensa

Podrá utilizar al efecto el *interdicto de retener* en todo supuesto en que el que se halla en la posesión de la servidumbre haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o de despojarle (198), supuesto que se dará también en el caso del art. 543 del Código civil cuando el titular activo empieza a ejecutar las obras a que el mismo se refiere y el titular pasivo se opone de hecho a la ejecución de las mismas, puesto que esta oposición supone una perturbación por actos que manifiestan intención de inquietarle en la posesión de la servidumbre; si el titular pasivo se muestra contrario a las obras, deberá acudir al Juzgado competente ejercitando la oportuna acción, pero no puede tomarse la justicia por su mano.

La demanda, tanto en este interdicto como en el de recobrar, deberá ser presentada antes de que haya transcurrido un año, a contar desde el acto que la ocasiona (199). Y tanto este interdicto como el de recobrar, ha de dirigirse contra la persona que ejecutó o mandó ejecutar los actos de perturbación o despojo, aunque no sea el dueño de la finca en cuyo interés redundaron (200).

El *interdicto de recobrar* procederá cuando el que se hallara en la posesión de la servidumbre, hubiese sido despojado de la misma (201). Como típico acto de despojo podría ser considerado, en el paso permanente, el cultivar el camino, la demolición de éste o de un puente de suerte que quedara impedido el tránsito, o cerrar una puerta que sirva de acceso.

El *interdicto de obra nueva* podrá ser ejercitado para obtener la suspensión de una obra nueva o en construcción, al amparo del art. 1.663 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dicha obra perjudique al tránsito por el lugar de ejercicio de la servidumbre.

de ciertas servidumbres, la consideramos desprovista de fundamento: sería aceptable si con los interdictos se pretendiese resolver un problema de derecho, pero no lo es en cuanto se considere que sólo se ventila en ellos una pura cuestión fáctica hasta el punto que, como dispone el párrafo último del art. 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que ponga fin al juicio contendrá la fórmula de «sin perjuicio de tercero» y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente. Como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1912, en el interdicto sólo se discute el hecho de la posesión, no el derecho efectivo de la misma, que queda para el juicio ordinario.

Por ello, nos parece correcta la opinión de POTIER («Traité de la procédure civile», part. 2, C. 3, art. 1, párrafo 2, cit. por MERLIN, op. y loc. cit.), para el cual sólo es preciso estar en posesión de la servidumbre, como usando del derecho de esta servidumbre.

(198) Cfr. art. 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(199) Cfr. art. 1.653 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(200) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1934, 16 de febrero de 1941 y 15 de diciembre de 1945.

(201) Cfr. art. 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El *interdicto de obra ruinosa* también podrá ser utilizado para obtener la adopción de medidas urgentes de precaución a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna, o cualquier otro objeto análogo cuya caída sobre el lugar de ejercicio de la servidumbre pueda causar daño a las personas o en las cosas, o para obtener la demolición total o parcial de una obra ruinosa (202).

El Tribunal Supremo admite la posibilidad de utilización de los interdictos para la defensa de la posesión de los derechos reales, en sentencia de 31 de diciembre de 1879, aplicable a las servidumbres de paso, y en la de 11 de julio de 1881, en la que si bien se refería a una servidumbre de aprovechamiento de aguas, admite en términos generales que conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, fundada entre otras leyes en la 1.ª, Tít. XXX, Partida 3.ª, el interdicto de recobrar es procedente siempre que se prive a cualquiera de cosas muebles o raíces, o del ejercicio de un derecho; pues que resolviéndose en esta clase de juicio sumarísimas cuestiones de orden público, lo mismo se afecta privando a uno con violencia o clandestinamente de una cosa corporal que poseía, como de un derecho que casi poseía.

Naturalmente que podrá ejercitar además el titular activo las correspondientes *acciones ordinarias*, por ejemplo, para decidir acerca de la procedencia de las obras, o de una variación de la servidumbre que intentara el titular pasivo.

El dueño del predio sobre el que se pretende la servidumbre de paso podrá ejercitar la *acción negatoria* de servidumbre que va dirigida a obtener una declaración de inexistencia de la servidumbre o de que ésta tiene menor extensión de la que se pretende. En este caso le bastará con probar su dominio, y puesto que éste se presume libre, es al presunto titular activo de la servidumbre a quien corresponde probar en su caso la existencia de la servidumbre, o su existencia con la extensión que se pretende (203). Pero el que ejercite la acción negatoria deberá probar con título legal que le pertenece la propiedad del inmueble sobre el que se supone impuesta la servidumbre (204), o, a nuestro juicio, en general el derecho real sobre el inmueble sobre el que se supone impuesta la servidumbre,

(202) Cfr. artículos 1.676 y 1.677 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(203) Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1897, 31 de marzo de 1902, 10 de junio de 1904, 9 de febrero de 1927 y 25 de marzo de 1961.

(204) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1910 y 19 de octubre de 1912. Sin embargo, en sentencia de 25 de marzo de 1961, declara en uno de sus considerandos, que no habiendo alegado el demandado que el actor no fuese dueño de la finca que se deslindaba en los títulos acompañados a la demanda, no tenía el demandante la carga de probar ese dominio que no se le negaba.

ya que no sólo el dueño podrá ejercitar la acción negatoria sino el titular de cualquier derecho real que autorice al goce de la finca.

Se ha planteado la cuestión en los casos en que el demandado se hallase «in possessione servitutis» acerca de si entonces será preciso que el demandante pruebe además de su derecho, la libertad del fundo, ya que el poseedor de la servidumbre se presume que tiene derecho a la servidumbre. La opinión afirmativa ha sido defendida por autores como HEINECIO (205), pero la mayoría de la doctrina se inclina por la solución negativa, es decir, que basta con que pruebe su derecho: en este sentido MERLIN (206), TOULLIER (207), y MOLITOR (208), opinión que hacemos nuestra por las razones luminosamente expuestas por este último autor, de que imponer al demandante la prueba de la libertad de su fundo, es imponerle un imposible (ya que se trata para él de un hecho negativo), y porque del análisis mismo del derecho de propiedad resulta que el que establece o prueba su derecho de propiedad, prueba por esto mismo que su fundo es libre salvo prueba en contrario. La posesión de la servidumbre no proporciona más que una presunción, una apariencia de derecho que se esfuma ante la prueba de la propiedad, es decir, del derecho absoluto sobre la cosa respecto del cual la servidumbre es una excepción. Por otro lado, como dice LAURENT (209) defendiendo la opinión antes expuesta de ser bastante la prueba del derecho sin que sea preciso probar la libertad del fundo, la afirmación de que el poseedor se presume propietario (o de que el poseedor de la servidumbre se presume que tiene derecho a ella), no aparece en ningún texto legal y bastan los principios generales para echar sobre el que pretende la servidumbre, aunque la posea, la carga de la prueba de su existencia: «Incumbit onus probandi ei qui dicit».

Nuestra Jurisprudencia no exige la prueba de la libertad del fundo (210), y aun cuando el principio «Incumbit onus...» ha sido puesto en tela de juicio por el Tribunal Supremo (211), a igual resultado se llega con la regla sobre carga de la prueba admitida por la Jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal: el actor debe probar los hechos constitutivos, su dominio, que se presume libre; el demandado los impeditivos o extinti-

(205) «Recitaciones del Derecho civil de...», traducidas al castellano, anotadas y adicionales considerablemente por LUIS DE COLLANTES Y BUSTAMANTE, 5.^a ed. T. II, Valencia 1870, pág. 171.

(206) Op. cit., T. XII, págs. 84 y 85, al menos para las servidumbres susceptibles de posesión según dicho autor.

(207) Op. cit., II, pág. 167.

(208) Op. cit., pág. 503.

(209) Op. cit., VIII pág. 268.

(210) Vid nota 203 en este Capítulo.

(211) Sentencias de 20-II-1943, 19-II-1945, 1-XII-1944 y 25-III-1961.

vos, en este caso el gravamen de la servidumbre que destruye o impide la libertad del fundo. (212).

Además el dueño del presunto fundo sirviente, o titular de derecho real de goce sobre él, podrá ejercitar en su caso las acciones interdictales y ordinarias antes referidas.

(212) Cfr. Jurisprudencia cit., nota anterior y S. S. de 3-VI-1935 y 30-VI-1942.

VII.—EXTINCIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Podemos distinguir causas generales de extinción de las servidumbres, y causas especiales de extinción de la servidumbre de paso.

Las causas generales se hallan recogidas en la Sección 4.ª del Capítulo I, Título VII, Libro II del Código civil, artículos 546 a 548 ambos inclusive, que como luego veremos no son las únicas existentes; y la especialidad se contiene en el art. 568 del Código civil. De unas y otras nos vamos a ocupar en este capítulo.

a) *Causas generales de extinción de las servidumbres.*—Se hallan recogidas según decíamos en los artículos 546 a 548 que integran la Sección del Código antes referida, bajo la rúbrica «De los medios de extinguirse las servidumbres». Estos medios se enumeran en el art. 546, pero realmente, de los seis medios en él contenidos, podrían haberse eliminado los tres últimos cuya inclusión en este precepto la consideramos ociosa puesto que de todas suertes serían admitidos por aplicación de los principios generales (1).

Así dice el art. 546: Las servidumbres se extinguen:

1.º Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente.

2.º Por el no uso durante veinte años.

Este término principiará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre, respecto de las discontinuas; y desde el

(1) El Proyecto de 1851 sólo fijaba como medios de extinción los tres primeros del art. 546 del Código, siguiendo al Código civil francés en sus artículos 703 a 707. Por otro lado los tres últimos, según veremos, no son aplicables a la servidumbre coactiva de paso.

día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas.

3.º Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el número anterior.

4.º Por llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional.

5.º Por la renuncia del dueño del predio dominante.

6.º Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente».

Vamos a examinar a continuación cada uno de estos medios:

1.º *Confusión*.—Es quizá el más primordial de los medios de extinción de las servidumbres, reconocido ya en el Derecho Romano en un fragmento de GAIO (2) en el Digesto conforme al cual «*Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit*», y confirmado en nuestras Partidas (3) en las que se recoge al afirmar que «...La otra manera por que se pierde (la servidumbre) es ésta: assi como quando aquel cuya es la cosa que deue la seruidumbre, compra la otra en que la auia ganada». Recogida esta causa en el art. 547 del Proyecto de 1851 y en el 550 del de 1882, fue incorporada como hemos visto al art. 546 del vigente Código civil, según el cual las servidumbres se extinguen: «1.º Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente».

El Código refiere la confusión a los derechos de propiedad, pero hay que extenderla a todos los casos en que el titular activo adquiere el derecho matriz que ha servido de base a la constitución de la servidumbre, sea dicho derecho matriz de propiedad, de usufructo o de cualquier otra naturaleza jurídica, por argumento de *pari ratione* o de analogía, y, también por analogía, a los supuestos en que el titular pasivo (sea el derecho base de la servidumbre, la propiedad u otro derecho real limitado) adquiere la titularidad *definitiva* del derecho real de goce general del predio dominante que sirve para determinar al titular activo y este derecho sea tal que no admita la existencia de ulteriores titulares activos con independencia de la voluntad del actual titular (4).

(2) D. 8, 6, 1.

(3) Partida 3.ª, T. XXXI, Ley 17.

(4) Por ejemplo en el supuesto de usufructo sucesivo en que son llamadas a este derecho una tras otras y con independencia de la voluntad del antes llamado, algunas personas; o en el supuesto del heredero fiduciario que debe restituir los bienes a un fideicomisario.

En suma, la confusión, hace relación más que a los bienes, a las personas (5). No es un instituto específico para las servidumbres, sino un modo general de extinción de todas las relaciones jurídicas (6) que se da siempre que se reúna en la misma persona las cualidades de titular activo y de titular pasivo de una misma relación; lo que ocurre es que en las servidumbres prediales, por estar determinada la titularidad por la relación con la cosa o derecho sobre la cosa, por ser titularidades *ob rem*, tendremos que remitirnos en definitiva a dichas cosas o mejor derechos sobre las cosas, pero, entiéndase bien, sólo en cuanto sirve para determinar al titular activo o pasivo, por lo que no siempre la reunión de la propiedad de ambos predios producirá confusión: ésta se dará cuando la propiedad del predio sirviente fue base para constituir la servidumbre y la del dominante para determinar al titular activo; en otro caso no habrá confusión, como sucederá por ejemplo cuando el derecho matriz base para la constitución derivativo-constitutiva del derecho de servidumbre no fue la propiedad sino el usufructo; en este caso la adquisición de la propiedad nuda del predio sirviente no extinguirá la servidumbre por confusión. En cuanto al predio dominante, puede decirse lo mismo cuando el titular activo no se determina por la propiedad (aun siendo nuda) sino por otro derecho, por ejemplo el usufructo: la adquisición de la nuda propiedad del predio dominante no extinguirá la servidumbre por confusión, y ello ni más ni menos que por no haber reunido las *titularidades activa y pasiva* de la servidumbre, que es, en definitiva, lo que interesa.

La extinción por confusión provoca la absorción del derecho filial de servidumbre por el derecho matriz de goce general del predio, en suma un fenómeno de aglutinación en cierto modo inverso al de la constitución.

Y esta nuestra construcción, permite resolver cuantos problemas surjan acerca de esta materia en lo que concierne a si se dan o no los requisitos propios de la confusión extintiva de la servidumbre.

En general la titularidad adquirida debe ser definitiva tanto por lo que se refiere al predio dominante cuanto al sirviente. De ahí que, aparte de los casos expuestos en párrafos precedentes al estudiar el aspecto relativo a la adquisición por el titular pasivo, de derechos de goce sobre el predio dominante que atribuyeran titularidad activa, no se producirá confusión, precisamente por falta de ese carácter definitivo, en los supuestos de compraventa con pacto de retroventa si el vendedor u otro subrogado

(5) Para SACCHI, *op. cit.*, I, pág. 706 la confusión es un función relativa a las personas y no a las cosas.

(6) Sobre la antítesis que se ha pretendido crear entre la extinción por confusión de los derechos reales y la extinción por confusión de los derechos de crédito, *vid.* VENEZIAN, «Usufructo, uso y habitación», ya citado, II, págs. 746 y 747.

en su posición jurídica ejercita su derecho de retraer la cosa, o, mejor, el derecho vendido, en cualquier supuesto en general en que se produzca la resolución del acto jurídico adquisitivo como sería en el caso de compraventa sujeta a plazo o condición resolutoria, llegado el plazo o cumplida la condición, en el supuesto de nulidad del acto jurídico adquisitivo, etc., etcétera, en todos cuyos casos, repetimos, no puede hablarse de confusión porque en estos casos lo que ocurre es que se entiende que el acto adquisitivo no se ha llegado a producir (7).

Por lo demás, entendemos que la confusión, conforme a los preceptos del Código, se producirá no solamente cuando sea el titular pasivo el que adquiera el derecho real sobre el fundo dominante que sirva para determinar al titular activo (hipótesis contemplada en la Ley de Partidas antes citada) sino a la inversa cuando el titular activo adquiere el derecho real sobre el predio sirviente que sirvió de base para la constitución de la servidumbre, porque en ambos casos se da la confusión de titularidades que provoca la extinción.

Claro está que cuando en el lado activo o pasivo existen varios titulares, para que haya confusión precisa la reunión de todas esas titularidades. Por vía de ejemplo examinaremos los siguientes supuestos:

Si el nudo propietario del fundo sirviente, cuando el derecho base de la servidumbre es conjuntamente la nuda propiedad y el usufructo, es decir, la propiedad plena, adquiere el derecho real sobre el predio dominante que determina la titularidad activa, no se produce confusión ya que no reúne la titularidad pasiva del usufructuario del fundo sirviente. Lo mismo puede predicarse para la misma hipótesis cuando el derecho base de la servidumbre sea el usufructo del predio sirviente.

Si es el nudo propietario del predio dominante el que adquiere el derecho real sobre el predio sirviente matriz de la servidumbre, teniendo en cuenta que conforme al art. 479 tiene derecho a gozar de las servidumbres existentes a favor del predio dominante, de cuyo derecho, una vez adquirido y en tanto subsista el usufructo, no puede ser privado por acto del nudo propietario, sin su consentimiento, la extinción de la servidumbre quedará en suspenso interín subsista el derecho de usufructo. Todo ello tanto si el derecho que determina la titularidad activa es el pleno dominio como, con mayor razón, si lo es el usufructo tan solo:

(7) Puede plantear problemas el caso en que el adquirente en las condiciones señaladas en el texto realice obras, o destruya las ya hechas en el predio sirviente, de forma que impidan el paso por él al destruirse el acto adquisitivo. Cuando esto ocurra deben reponerse las cosas a su estado anterior a la nueva obra o a la destrucción, pero ¿a costa de quién? Nos parece justo concluir que a costa de quien hubiese hecho la obra o causado la destrucción, tanto si es el titular activo como si lo fue el pasivo.

Si el usufructuario del predio sirviente adquiere el derecho real sobre el predio dominante que atribuye la titularidad activa, sólo cuando el derecho matriz de la servidumbre es el usufructo del fundo sirviente, se extinguirá por confusión. En los demás, por ejemplo, cuando el derecho base es la propiedad plena, la servidumbre no se extinguirá, pero quedará temporalmente suspendida en tanto subsista el usufructo.

Si es el usufructuario del predio dominante el que adquiere el derecho matriz de la servidumbre, si el derecho sobre el fundo dominante que determina la titularidad activa es su usufructo (único), se extinguirá por confusión. En los demás, por ejemplo, cuando el derecho que atribuye la titularidad activa es la nuda propiedad o sucesivamente a un primer usufructo otros posteriores, no se extinguirá la servidumbre pero quedará temporalmente suspendida en tanto subsista el usufructo.

Claro está que tanto en un caso como en otro, si la suspensión dura más de veinte años, podría dar lugar a la extinción por no uso.

En el supuesto de copropiedad, la reunión por el titular pasivo de una cuota proindiviso en el derecho real sobre el predio dominante que determina la titularidad activa, no produce confusión, por no reunir todas las «titularidades activas» y además en este caso aparece más clara la consideración que también puede darse en los otros supuestos, de que por el acto de un extraño perderían los demás titulares su derecho sin su intervención. Únicamente al reunir en su caso todas las cuotas, se produciría la extinción por confusión.

Si es el titular activo el que adquiere una cuota proindiviso en el derecho real sobre el predio sirviente matriz de la servidumbre, por la misma razón expuesta de no reunir todas las titularidades, no se extinguirá ésta por confusión.

En cambio si los varios cotitulares del derecho real sobre el predio sirviente, que les hace titulares pasivos del gravamen, adquieren proindiviso el derecho real sobre el predio dominante determinante de la titularidad activa, o si los varios cotitulares del derecho real sobre el predio dominante que determina la titularidad activa de la servidumbre adquieren proindiviso el derecho real sobre el predio sirviente matriz de la servidumbre, se extinguirá por confusión.

Y en fin cuando el derecho base de la servidumbre es de la misma naturaleza que el derecho real sobre el predio dominante determinante de la titularidad activa y cabe la posibilidad de constituir comunidad, poniéndolos en común ambos titulares, se extinguirá también la servidumbre por confusión.

El hecho de estar poseído el fundo dominante en arrendamiento por un tercero, no será obstáculo a la confusión, pero, precisamente por ser

tercero que no puede ser perjudicado sin su consentimiento (8) deberá seguirse permitiéndole la utilización del paso para acceder al fundo arrendado, lo que ejercitará a título de derecho personal.

Y en fin, para que se produzca la confusión es preciso que el derecho matriz de la servidumbre cuya titularidad reúne el titular activo de ésta, recaiga sobre la zona destinada al paso, que como ya expusimos antes (9) concreta todo el gravamen de la servidumbre. Claro está que si expresamente se determina en el título constitutivo que el tránsito se puede efectuar por cualquier punto del predio sirviente, la confusión no se produciría sino cuando el derecho matriz adquirido recae sobre todo el predio. Lo que ocurre es que aun en este último caso, si el titular activo adquiere el derecho matriz sólo sobre una parte y ésta le permite el acceso a la vía pública, se extinguirá la servidumbre de paso, cuando es coactiva, no por confusión, sino por la causa especial del art. 568 del Código civil.

2.º *No uso durante veinte años.*—Es la segunda causa de extinción de la servidumbre recogida con carácter general en el número 2.º del artículo 546 del Código civil, conforme al cual, las servidumbres se extinguen: «...2.º Por el no uso durante veinte años.—Este término principiará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto de las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas».

El no uso durante veinte años, puede identificarse en este caso a la prescripción extintiva de veinte años. Ciertamente que una corriente doctrinal que cuenta con buen número de partidarios en nuestra Patria, distingue la prescripción extintiva del no uso como institutos jurídicos distintos en teoría. Así, ALAS, DE BUEN Y RAMOS (10) para quienes la prescripción extintiva hace referencia a la no actuación de la relación jurídica y a su extinción por esa causa, mientras que el no uso se refiere a la falta de aprovechamiento del valor económico de algo que ya está a nuestro alcance y que el Derecho nos autoriza para aprovechar, excluyendo de ese aprovechamiento a los demás en los límites que señala al nuestro, y PÉREZ Y ALGUER (11) creen que la extinción por no uso tiene lugar cuando durante el plazo de veinte años no se aprovechan o utilizan las servidumbres, independientemente del ejercicio o no ejercicio de las acciones que las amparan, y ven comprobado su aserto en el art. 546, n.º 2.º, párrafo 2.º del Código civil que dicta reglas sobre la iniciación del no uso que

(8) Cf. art. 1.257 Código civil.

(9) Vid. Capítulo VI.

(10) «De la prescripción extintiva», Madrid, 1918, pág. 88.

(11) Notas a ENNECCERUS y NIPPERDEY, «Parte General», Vol. 2.º, Barcelona 1935, pág. 488 (T. I, Vol. 2.º del Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS, KIPP y WOLF).

difieren de la regla general sobre la iniciación de la prescripción extintiva contenida en el art. 1.969 del Código civil.

Pese a la autoridad de quienes profesan la doctrina expuesta, nos inclinamos a creer con PUGLIESE (12) que no son instituciones distintas el no uso y la prescripción extintiva. Como dice PUGLIESE (13), la prescripción extintiva al igual que el no uso, afecta al derecho, sin perjuicio de que extinga solamente la acción cuando el derecho es reducido al puro momento de la acción; ambas instituciones son cantidades compuestas de los mismos elementos, idénticas en el efecto, y entre ellas no hay más diferencias que «verbo tenus».

Y nuestro Código civil parece seguir este mismo criterio al emplear la palabra prescripción cuando se refiere al no uso regulado en el número 2.º del art. 546 que comentamos. Así el art. 547 al decir que «La forma de prestar la servidumbre puede *prescribirse* como la servidumbre misma y de la misma manera». El art. 548 al declarar que «Si el predio dominante perteneciera a varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás». Y en fin el n.º 3.º del propio art. 546 al regular como causa de extinción el venir los predios a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre «...ésta revivirá —dice dicho precepto— si después el estado de los predios permitiera usar de ella a no ser que cuando sea posible el uso haya transcurrido el tiempo suficiente para la *prescripción conforme a lo dispuesto en el número anterior*».

No existe discrepancia entre el sistema del párrafo 2.º, n.º 2.º del art. 546 y el del art. 1.969 del Código civil (14), porque, aparte de hacer la salvedad de que el cómputo en él establecido se entiende «cuando no haya disposición especial que otra cosa determine» y esta disposición especial bien pudiera ser la del art. 546, n.º 2.º, párrafo 2.º, declara que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones «...se contará desde el día en que pudieron ejercitarse». Esto supuesto, la norma del art. 546 que examinamos, es más bien complementaria de aquella disposición general: En las acciones el cómputo debe iniciarse desde que pudieron ejercitarse; si pudiendo no se ejercitan, empieza a correr el tiempo para la prescripción. En la servidumbre desde que pudiendo (15) ejercitar el de-

(12) «La prescrizione estintiva», 3.ª ed. Torino, 1914, págs. 29 a 31.

(13) Op. cit., pág. 29.

(14) Conforme a este artículo «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

(15) Advertimos que ese «poder ejercitar la servidumbre» a que aludimos en el texto, ya referimos a la posibilidad jurídica, no a la posibilidad física derivada de la situación de los fundos, a la cual se refiere la causa 3.ª del art. 546 que comentamos, ni de la posibilidad per-

recho (desde que haya nacido) no se ejercita. Ahora bien ¿cuándo puede decirse que no se ejercita? Para las acciones no será preciso aclarar este punto, la actitud de no ejercicio de la acción es una actitud de abstención, puramente negativa, pasiva, y al igual ocurre con las servidumbres discontinuas para las que realmente no se precisaría norma especial: dependiendo de hechos del hombre su ejercicio, necesariamente el tiempo habría de empezar a contarse desde que pudiendo ejercitarla, observó una conducta negativa de pura abstención. En cambio, en las continuas en las que existe siempre una obra que proclama sin necesidad de hecho del hombre la inmisión en el predio sirviente, es conveniente aclarar cuando se entiende que no se ejercita la servidumbre, y la ley presume ese no ejercicio desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre: si ocurrido tal acto, el titular activo calla, no ejercita la oportuna acción confesoria u otra oportuna según se estudió en el capítulo correspondiente (16), y deja transcurrir sin ejercitarla veinte años, se extinguirá su derecho, justamente como ocurre con el art. 1.969 desde el día en que pudo ejercitarse la acción, esto es, desde que se realizó el acto contrario a la servidumbre.

La diferencia terminológica «no uso» y «prescripción extintiva», obedece al decir de PUGLIESE (17) a dos causas:

Una de ellas radica en el obsequio a la terminología tradicional. En el Derecho Romano antiguo era desconocida la prescripción extintiva, no obstante lo cual fue introducida para las servidumbres personales y prediales la «amissio propter non usum» que hacía las veces de la prescripción hasta el punto que, como dice GAIUS (18) sentando una regla general: «Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, *certo tempore non utendo pereunt...*». Como dice PUGLIESE (19) la «amissio propter non usum» permanece en el Derecho Romano incluso después de que la «praescriptio» llega a ser un instituto general, si bien en la legislación justiniana el «certum tempus» del período de la usucapión (dos años), es concretado al ordinario de la «longi temporis praescriptio» (diez o veinte años) (20). La especial terminología había perdido su razón de ser y

sonal del titular activo (por ejemplo hallarse o no enfermo o forastero) (Cfr. S. S. del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1903, 1 de julio de 1936, 26 de junio de 1946 y 13 de junio de 1958).

(16) Vid. Capítulo VI, apartado 3.

(17) Op. cit., pág. 30.

(18) D. 8, 2, 6.

(19) Op. y loc cit.

(20) Según la constitución 13 del Código de Justiniano, Libro III, Tít. 34 «Sicut usumfructum... ita et in caeteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non

no obstante fue mantenida y acogida por los Códigos modernos en que no tiene ya otro valor que el de una reminiscencia de antiguos sistemas superados ya hace milenios (21).

Y otra causa obedece (22) a que el término «no uso» expresa el concepto materialmente verdadero, pero jurídicamente irrelevante de que la extinción de la servidumbre por transcurso del tiempo, ofrece la típica configuración de la cesación de los derechos por defecto exclusivamente subjetivo de ejercicio, independientemente de que haya una extrínseca lesión y del nacimiento de la acción.

Sin duda ante la consideración de esta identidad, el art. 1.073 del moderno Código civil italiano de 1942 dice que «La servidumbre se extingue por *prescripción* cuando no se usa de ella durante veinte años...».

Se trata por consiguiente de una verdadera prescripción extintiva a la que se aplicarán supletoriamente las normas generales del Código sobre dicha prescripción en cuanto lo consienta la especialidad del derecho a que se han de aplicar (23).

De ahí que, por aplicación de esta idea será preciso que el no uso sea ininterrumpido (24).

No uso quiere decir no ejercicio, falta de ejercicio de la servidumbre. Se entiende por ejercicio de la servidumbre, la actuación del contenido de la misma en alguno de los aspectos de dicho contenido. El ejercicio que impide la causa extintiva 2.^a del art. 546 no es preciso que sea realizado por el mismo titular activo. Alguno de los aspectos de dicho contenido, por ejemplo el tránsito sobre el predio sirviente, podrá ser realizado, con efectos impeditivos o interruptivos de la prescripción extintiva, por cual-

utendo amittantur non biennio... sed decennio contra praesentes vel viginli spatio annorum contra absentes, explosis differentiis».

(21) Para Biondi, op. cit., págs. 314 y sgtes. el no uso en su génesis histórica tuvo un carácter adquisitivo en el sentido de que el no uso por sí no produce la pérdida si no tiene como contrapartida un uso adquisitivo, una usucapio libertatis, es decir, el momento relevante es la adquisición, la pérdida es solo una consecuencia, pero si el carácter adquisitivo del no uso es el fundamento y punto de partida del instituto, dicho carácter se va borrando frente al efecto sustancial que es la extinción de la servidumbre.

(22) Cfr. PUGLIESE, op. cit., pág. 31.

(23) Sobre esta cuestión véase DEIANA, op. cit., págs. 885 y sgtes.

(24) Cfr. art. 1.973, precepto a nuestro juicio aplicable en el sentido de que la prescripción de la servidumbre se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales (ejercicio de alguna acción que la proteja, por ejemplo la acción confesoria, que podrá ejercitar el titular activo después de trece o catorce años de no uso, si en el año catorce o quince intenta el paso por el fundo sirviente y se lo niega el titular pasivo), por reclamación extrajudicial del titular activo (por ejemplo requerimiento notarial hecho al titular pasivo para que permita el paso) y por cualquier acto de reconocimiento de la servidumbre por el titular pasivo.

quera de las personas que según vimos en su lugar oportuno (25) podían transitar sobre el fundo sirviente. Como decía el jurisperito SCAEVO-LA (26): «Usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur, utitur, quive in possessionem eius est: aut mercenarius, aut hospes, aut medicus, quive ad visitandum dominum venit: vel colonus, aut fructuarius». Claro está que es preciso que el tránsito lo realicen no por mera tolerancia o permiso del titular pasivo, sino consciente de la existencia de la servidumbre de paso sin tener que pedir la venia al titular pasivo (27).

El no ejercicio durante los veinte años arrastra la extinción de la servidumbre, y ello independientemente de que el titular activo se haya encontrado o no personalmente en situación de poder ejercitarla (28) ni que el no uso obedezca a una atención del titular activo para con el titular pasivo accediendo a un ruego de éste (29) o por caso fortuito o fuerza mayor (30) ni que nunca, desde que se constituyó, lo haya usado, puesto que el Código no distingue.

Puede ocurrir que no se actúe el contenido íntegro de la servidumbre, sino que se ejercite parcialmente proporcionando una utilidad menor de la que la servidumbre podría proporcionar (31). En estos casos puede plantearse la duda de si la servidumbre subsistirá por haber sido ejercitada, aunque parcialmente, o si se extinguirá la servidumbre por no uso, al no haberse ejercitado la servidumbre en el modo que resulte del título constitutivo o de la posesión (en las adquiridas por usucapión) o si por el contrario, se producirá una simple modificación en el contenido de la servidumbre a tenor de lo dispuesto en el art. 547, conforme al cual «La forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera».

La cuestión ha preocupado a la doctrina científica. Ya POTHIER (32) reproduciendo la doctrina romana, afirmaba que el propietario del fundo dominante, aun cuando no haya hecho sobre el fundo sirviente sino una parte de cuanto le correspondería en virtud de su derecho de servidum-

(25) Vid. Capítulo VI, apartado 2, a) a).

(26) D. 8, 6, 20.

(27) SCAEVOLA, D. 8, 6, 22: «Denique quicumque quasi debita via usus fuerit».

(28) Cfr. art. 1.932, Cód. civ.

(29) Por ejemplo éste tiene que realizar unas obras y ruega a aquél que no ejercite el tránsito. Las obras duran 20 años. No podrá alegar el motivo.

(30) En este sentido el art. 3.059 del Cód. civil argentino.

(31) Por ejemplo se pacta en el título constitutivo que podrán pasar camiones de cierto tonelaje, y durante los 20 años sólo pasan automóviles de turismo o camiones de tonelaje inferior; se pacta que el tránsito sólo se pueda realizar de tal hora a tal hora (por ejemplo de 12 a 18) y durante los 20 años se pasa en menor número de horas (por ejemplo de 13 a 16).

(32) Op. cit., pág. 168.

bre, no cesa por ello de conservar el derecho mismo en toda su integridad (33). En cambio DOMAT (34) parecía entender que la servidumbre queda reducida a los términos que resulten de la posesión al decir que las servidumbres se pierden por prescripción o bien son reducidas a lo que de ellas se conserva por la posesión durante el tiempo suficiente para prescribir.

Con posterioridad a la codificación (35) la jurisprudencia francesa (36) y parte de la doctrina del vecino país (37) distinguen para las servidumbres discontinuas:

Cuando la voluntad de las partes al precisar taxativamente las diversas utilidades concedidas al fundo dominante (al titular activo) lo que ha querido ha sido realmente conceder otras tantas servidumbres, se aplicará entonces la norma de los artículos 706 y 707, es decir, que si el uso se restringe a una sola de las servidumbres, las demás quedarán extinguidas. Cuando por el contrario no se ha querido más que una servidumbre, precisando tan sólo ad exemplum los diversos modos de usarla, entonces no se aplicarán los citados artículos, ni siquiera el 708, es decir, no se restringirá a los términos en que se usare sino que se conservará en toda su integridad aun cuando el propietario del fundo dominante no la haya ejercitado en toda su extensión si el uso restringido reúne las circunstancias de: ser conforme al título, depender de la sola voluntad del propietario del fundo dominante el uso en todo o en parte, haber usado el mismo en la medida de sus necesidades y conveniencias. Pero cuando el uso restringido de la servidumbre no reúne las expresadas circunstancias sino

(33) Solución que parece recoger el art. 1.075 del Cód. civil italiano de 1942 al proclamar que «La servidumbre ejercitada de suerte que proporciona una utilidad menor de la indicada en el título, se conserva por entero».

(34) «Les Loix civile dans leur ordre naturel; le Droit Public, et Legum delectus», Nouvelle édition, Revue, corrigée et augmentée..., I, Paris, 1777, pág. 145.

(35) El Código civil francés dedica a esta materia los artículos 706 a 710 que son como siguen: *Art. 706*, «La servidumbre se extingue por el no uso durante treinta años». *Art. 707*, «Los treinta años comienzan a correr, según las diversas especies de servidumbres, o desde el día en que dejó de usarse de ellas cuando se trata de servidumbres discontinuas, o desde el día en que se ha hecho un acto contrario a la servidumbre, cuando se trata de servidumbres continuas». *Art. 708*, «El modo de la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera». *Art. 709*, «Si el predio en favor del cual se ha establecido la servidumbre pertenece a varios proindiviso, el uso de uno impide la prescripción respecto de los demás». *Art. 710*, «Si entre los copropietarios se encuentra uno contra quien la prescripción no ha podido correr, como un menor, habrá conservado el derecho de los demás».

(36) Sentencias del Tribunal de Casación francés de 5 de junio de 1860, 29 de agosto de 1897, 12 de enero de 1909 y 31 de mayo de 1944 entre otras.

(37) Vid. DUPRÉ, «De la modification des servitudes par la prescription», en *Revue du droit français et étranger*, 1843, III, págs. 821 y sgtes. y más especialmente págs. 823 y sgtes.

que obedece a un cambio en el lugar de ejercicio o a la oposición del dueño del fondo sirviente, la servidumbre quedará restringida a los términos en que se ha usado durante los treinta años (38).

Estas soluciones, que las creemos incorporables a nuestro Derecho han sido consagradas por el legislador argentino, en los artículos 3.065 y 3.066 del Código civil de la República Argentina (39). Comentando estos artículos, VÉLEZ SANSFIELD (40), siguiendo la dirección apuntada, entiende que el derecho de servidumbre puede restringirse por la prescripción, pero que no será necesariamente restringido porque no se hayan ejercitado todos los actos que autorizaba, y propugna como fórmula, la siguiente: el derecho se conserva íntegro siempre que la posesión está conforme con el título, y no haya encontrado limitación sino en la voluntad, las necesidades o conveniencias del propietario del fondo dominante. Por el contrario,

(38) Así la sentencia del Tribunal de Casación francés de 12 de enero de 1909 declara que «cuando el derecho de paso concedido inicialmente a pie o en vehículo no ha sido utilizado desde hace más de 30 años sino a pie, como consecuencia del estado material de los lugares que ha hecho imposible el paso con vehículo, este modo de utilización de la servidumbre debe ser considerado como extinguido por prescripción. Y la de 31 de mayo de 1944 del citado Tribunal de Casación, declara que el uso restringido de una servidumbre durante el plazo de treinta años a partir de las épocas indicadas en el art. 707 del Cód. civil puede causar la extinción parcial cuando el ejercicio limitado de la servidumbre ha tenido por causa manifiestamente el estado material de los lugares que haga imposible su uso sin restricción. Pueden verse en MINVIELLE, op. cit., pág. 477.

(39) El Código civil argentino (cit. en sgte. nota, págs. 607 y sgtes.), después de ordenar en su art. 3.063 que «La modificación de la servidumbre, o sea el modo de usarla, se prescribe de la misma manera que la servidumbre», y en el art. 3.064 que «El uso incompleto o restringido de una servidumbre, durante el tiempo señalado para la prescripción, trae la extinción parcial de ella, y la reduce a los límites en que ha sido usada», declara en el art. 3.065 que «Cuando el propietario de la heredad dominante ha usado la servidumbre conforme a su título, en la medida de sus necesidades o conveniencias, debe juzgarse que la ha conservado íntegra, aunque no haya hecho todo lo que estaba autorizado a hacer. Así, aquel a quien su título le confiere el derecho de pasar a pie, a caballo, o en carro, conserva íntegro su derecho cuando se ha limitado a ejercer el paso a pie», en el art. 3.066 que «Cuando el ejercicio parcial de la servidumbre ha sido el resultado de un cambio en el estado material de los lugares que hacía imposible el uso completo, o por oposición de parte del propietario de la heredad sirviente, la servidumbre queda reducida a los límites en que se ha ejercido durante el tiempo señalado para la prescripción», y en el art. 3.067 que «El ejercicio de una servidumbre discontinua por un lugar diferente del que se había asignado a ese efecto, hace perder, al fin de diez años, la designación primitiva; pero no trae la extinción de la servidumbre misma, a no ser que la designación debiese considerarse como inherente a la constitución de la servidumbre. Fuera de este caso, el propietario de la heredad sirviente debe sufrir el ejercicio de la servidumbre por el lugar por donde se ha ejercido, si no permite hacer volver al propietario de la heredad dominante a la designación primitiva».

(40) «Código civil de la República Argentina», Madrid, 1960, editado por el Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de José M.^a Mustapich, Nota en pág. 608.

el derecho será restringido, cuando la posesión presente caracteres que la hagan considerar como si hubiese sido reglada sobre un derecho menor que el derecho establecido. Esto sucederá, cuando la posesión hubiese tenido por límites ciertos intereses o necesidades del propietario del fundo sirviente. En este caso, se puede decir que el propietario ha poseído la libertad, resultante del modo nuevo en el ejercicio de la servidumbre; sus necesidades o intereses repetidos durante diez o veinte años se convierten en derechos. Por ejemplo, yo tenía el derecho de pasar por vuestro fundo, y se ha probado que me he abstenido de hacerlo, cuando el terreno estaba sembrado. Esto tendrá también lugar cuando la posesión modificada concorra con una mejora permanente del fundo sirviente. Esta mejora mantenida durante diez o veinte años constituye un goce o posesión que puede servir de base a la prescripción de un estado de cosas más ventajoso de lo que lo hubiese hecho el título constitutivo de la servidumbre.

En relación con el tiempo en que se ejercita la servidumbre, en aquellos supuestos en que el tránsito se limita a determinadas horas (de tal hora a tal hora) o días, pueden ser aplicadas las soluciones expuestas en general para la forma de actuación de la servidumbre.

Sin embargo, en el código civil italiano de 1942, reproduciendo sustancialmente el art. 670 del Código civil italiano de 1865 (41), dispone en su art. 1.076 que «El ejercicio de una servidumbre en tiempo diverso del determinado por el título o por la posesión, no impide la extinción por prescripción». El precepto no es contrario, antes bien confirma, a la argumentación expuesta: como dice TOULLIER (42) el que tiene por título un derecho de paso limitado a la noche, no hace uso de su derecho cuando pasa durante el día; en este caso no hace sino un acto precario, basado en la tolerancia que en todo momento puede impedir el propietario del fundo sirviente: a diferencia del que tiene un derecho de servidumbre ilimitado, el cual, a cualquiera hora que pase, usa de su derecho y en consecuencia no está expuesto a perderlo. Pero como aclara el citado autor (43), si el uso de la servidumbre durante la noche se concede en virtud de un primer acto, y por un segundo acto se concede el uso durante el día, estas dos concesiones serían consideradas como dos servidumbres, y por tanto una de ellas podría perderse por no uso durante treinta años aun cuando la otra fuese conservada.

Es decir, tanto respecto al tiempo, cuanto a las demás modalidades del ejercicio de la servidumbre, las reglas generales antes admitidas se refie-

(41) Decía este artículo que «El ejercicio de una servidumbre en tiempo diverso del determinado por la conversión o por la posesión no impide la prescripción».

(42) Op. cit., II pág. 165.

(43) Op. y loc. cit.

ren al uso *restringido*, es decir dentro de los límites de lo permitido. Cuando el ejercicio está fuera de lo permitido, por ejemplo el supuesto del tiempo diverso al predeterminado, o el tránsito por un lugar distinto, cuando la servidumbre tiene concretado el lugar de ejercicio, realmente son supuestos en que no se actúa el contenido de la servidumbre existente, son supuestos de no uso incurso en la regla general del número 2.º del art. 546. Por ello estuvo acertado nuestro legislador al no acoger un precepto que, como el del art. 670 del Código civil italiano de 1865, era innecesario.

Otro caso es el de que se ejercite la servidumbre de suerte que la utilidad que proporcione con tal uso sea mayor que la que permita el título o la posesión, por ejemplo se permite el paso diario de 12 horas a 18 horas y se ejercita durante 20 años de 12 horas a 20 horas; se permite el paso de camiones de una carga máxima de diez toneladas, y durante los veinte años se transita con camiones de 10 y de 12 toneladas de carga; se permite el paso por un lugar concreto de ejercicio, y durante veinte años se transita por dicho lugar y además por otro lugar distinto del fundo sirviente. En estos casos no hay duda que la servidumbre se ejercitó en la forma convenida en los términos convenidos, y *además* en el exceso que resulta del ejercicio durante los 20 años, y por supuesto que la servidumbre subsistirá, no se da aquí el no uso puesto que lo más comprende lo menos, más que un no uso lo que se ha producido es un exceso de uso. Si se admite la posibilidad de usucapir la servidumbre de paso, lo que ocurrirá al transcurrir los veinte años es que ese «exceso» en el ejercicio se habrá legitimado por usucapición si median los requisitos precisos para ello, en otro caso podrá ser forzado el titular activo por el titular pasivo a reducir el uso de la servidumbre a los términos que resultan del título o de la posesión.

El término de los veinte años de no uso, empezará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse (44). Para el supuesto de que el paso no fuese permanente, sino temporal, concedido para atender necesidades transitorias del fundo dominante, por ejemplo para las labores de cultivo y extracción de cosecha, para corta de árboles de un bosque cuyas necesidades sólo se producen en determinados períodos, el término empezará a contarse, no desde que dejó de usarse, sino desde el día en que pudiendo nuevamente usar la servidumbre (después de la última vez que la ejercitó) se abstuvo de usarla. Así se deduce de la regla general del art. 1.969 del Código civil: Pero una vez empezado a correr el término, en este caso, se computará también el período de tiempo en que la servidumbre no se podrá ejercitar, es decir, los sucesivos intervalos.

(44) Art. 546, n.º 2.º, párrafo 2.º, Código civil.

Para el supuesto en que, dada la existencia de ciertas obras permanentes necesarias para el ejercicio de la servidumbre de paso, se considerase a ésta como servidumbre continua (45), el término de los veinte años de no uso empezaría a contarse desde el día en que hubiese tenido lugar un acto contrario a la servidumbre, por ejemplo destrucción del puente necesario para el tránsito, o desperfectos en él que lo hagan inutilizable, construcción de una valla que cierre el predio sirviente, etc. Es indiferente el origen del acto contrario: tanto puede venir del titular pasivo como del activo o de un tercero. Lo que sí precisa es que el acto sea *material*: una simple notificación o requerimiento que dirigiere por ejemplo el titular pasivo al activo, conminándole con la abstención del uso de la servidumbre, no serviría al efecto, porque de por sí, el requerimiento no tiene fuerza bastante para que no se ejercite la servidumbre, y sí la tiene en cambio el acto material contrario. Además precisa que el acto sea permanente, puesto que si el legislador exige el acto contrario para las servidumbres continuas, es debido a que por no ser preciso para su ejercicio el hecho del hombre, no hay otro medio seguro de constatar y computar el *no uso* sino desde que, por la existencia del acto material contrario, queda inutilizada la obra o medio a través del cual se ejercita la servidumbre; pero si el acto material contrario desaparece, o en su caso desaparecen los efectos del acto contrario antes de que hayan transcurrido los veinte años, no se extinguirá la servidumbre por no uso.

Al tiempo de no uso del titular actual se sumará en su caso el tiempo de no uso de los titulares anteriores de quienes traiga causa (46).

El no uso puede ser interrumpido. El art. 548 del Código civil recoge uno de los medios de interrupción: el uso hecho por un copropietario, y así dice: «Si el predio dominante perteneciera a varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás». Pero debe entenderse que no sólo el uso del copropietario impide la prescripción, sino el uso por el titular activo único o por cualquiera de las personas que, según vimos en el capítulo correspondiente (47) pueden transitar por el predio sirviente.

Además serán aplicables las causas de interrupción señaladas en el art. 1.973 con las debidas adaptaciones: a) Ejercicio de una acción que proteja el derecho de servidumbre, ante los Tribunales, por ejemplo, el

(45) Vid. Capítulo II, apartado E.

(46) Cfr. art. 1.960, n.º 1.º que, como el n.º 3.º de dicho artículo lo consideramos aplicable a esta materia, por analogía. El art. 1.073, párrafo 4.º del vigente Código civil italiano admite expresamente la aplicación del correlativo precepto para el supuesto de la prescripción extintiva de las servidumbres.

(47) Vid. Capítulo VI, apartado 2, a), a').

ejercicio de la acción confesoria, o de los interdictos en su caso, frente a quien desconoce o niega, o perturba, el uso de la servidumbre. b) Reclamación extrajudicial del titular activo, como sería un requerimiento notarial del titular activo dirigido al pasivo a fin de que retire obstáculos puestos sobre el lugar de ejercicio que impiden el tránsito. c) Cualquier acto de reconocimiento del derecho de servidumbre realizado por el titular pasivo o en general por todos aquellos cuyo consentimiento sería preciso para constituir la servidumbre (48).

La prueba del no uso corresponde al titular pasivo, lo que podrá efectuar por vía de acción (una acción negatoria, por ejemplo), o por vía de excepción. Podrá valerse al efecto de cualquier medio de prueba: testigos, confesión judicial o extrajudicial, documentos, etc. Normalmente, el titular activo, frente a esa prueba podrá aportar por su parte los medios de prueba conducentes a demostrar que no han transcurrido los veinte años de no uso o que en su caso ha habido interrupción. La aportación del título constitutivo de fecha inferior a veinte años de antigüedad sería bastante para destruir el intento del titular pasivo.

El no uso operará la extinción de la servidumbre aun cuando ésta se halle inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de persona que tenga la condición de tercero. Así dice el art. 36, párrafo último, de la Ley Hipotecaria que «La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular, según el Registro, aunque tenga la condición de tercero».

En cuanto a su ámbito, lo creemos aplicable a la servidumbre coactiva de paso, pero seguirá imprescriptible el derecho a reclamar nuevamente el ejercicio de la servidumbre (49).

La usucapio libertatis.—¿Puede extinguirse la servidumbre, además de por no uso, por usucapación liberadora? Conforme al art. 1.957 del Código civil «El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título». Pues bien, si A compra su fundo a B como libre, cuando realmente está gravado con servidumbre de paso a favor de C, y durante diez años entre presentes lo posee como libre con los requisitos propios de la usucapación, ¿se entenderá que se ex-

(48) Para el examen concreto y detallado de estas causas de interrupción, nos remitimos a ALAS, DE BUEN Y RAMOS, «De la prescripción extintiva» ya citada, págs. 230 y sgtes., PUGLIERSE, *La Prescrizione estintiva*, citada, págs. 170 y sgtes. y a los Tratados generales de Dcho. civ.

(49) MANRESA, op. cit., IV, págs. 662 y 663, y en el mismo sentido MUCIUS SCAEVOLE, op. cit., X, pág. 510.

tingue la servidumbre al correr los diez años, sin necesidad de esperar a los veinte que serían precisos por no uso?

No vemos inconveniente en admitir la solución afirmativa y ello tanto en el caso en que el transmitente B fuere dueño del fondo vendido a A como si no lo es.

Si B no es dueño, A adquirirá por usucapión (si reúne los requisitos legales para ello) la propiedad *libre* del fondo adquirido. No se diga (50) que no existe como causa de extinción el no uso por diez años sino por veinte, porque tampoco existe como causa de extinción de la propiedad el no uso, y sin embargo, en virtud de la usucapión de A lo perderá su verdadero dueño X. Ni tampoco que si la propiedad de X se extingue es por ser incompatible con la ganada por A, porque esto mismo ocurre en la usucapión liberadora de la servidumbre de C: esta es incompatible con la propiedad *libre* de A. Dada la naturaleza de la usucapión, de modo *originario* de adquirir (51) no cabe aplicarle la regla «res transit cum onere suo» (52). Por otro lado, frente al argumento de que el que adquiere el fondo como libre a B no puede adquirir más de lo que el verdadero dueño le hubiese podido transmitir, se puede oponer que A no adquiere de B el fondo como libre, cuando realmente lo adquiere y *libre* entonces, es cuando la usucapión se ha consumado. La objeción de que la «libertad» del fondo no se puede poseer sería pueril: lo que se posee y se precisa poseer no es la «libertad sino la propiedad libre del gravamen de la servidumbre. Tampoco sería fuerte el argumento contrario de que no se puede admitir que el que posee el fondo como dueño pueda poseer al mismo tiempo como titular del derecho de servidumbre, porque realmente la posesión de la servidumbre no es necesaria, lo sería si lo que se quisiera es usucapir la servidumbre y en este caso de lo que se trata es de lo contrario: extinguirla; lo que se posee es la propiedad libre de la servidumbre. Y en fin, si la propiedad del verdadero dueño X no resiste a la usucapión de la propiedad ganada por A no vemos porque un derecho de menor entidad como es la servidumbre no va a poder extinguirse.

Si A adquiere de X, verdadero dueño, la propiedad del fondo como libre, no adquirirá la propiedad libre en virtud del acto o contrato transmisivo. Adquirirá la propiedad gravada con la servidumbre, pero después, en virtud de la usucapión podrá devenir propietario libre de la servidumbre.

(50) Vid. los argumentos que exponemos en DEIANA, op. cit., págs. 942 y sgtes.

(51) Vid. ALAS, DE BUEN y RAMOS, «De la usucapión» ya cit., págs. 93 y 94.

(52) Como dice DEIANA, op. cit., pág. 943, es asombroso que quien invoca esta regla considere carga sobre la cosa a una servidumbre, y no la considere a estos efectos el derecho de propiedad correspondiente al verdadero propietario.

En nuestro Derecho, la Ley Hipotecaria vigente de 8 de febrero de 1946 (53) admite la usucapio libertatis contra tábulas en el párrafo 4.º del art. 36 al decir que «Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión, causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo» (54).

La usucapión liberatoria secundum tabulas no la recoge la Ley, pero no cabe duda acerca de sus posibilidades: se tratará de una usucapión liberadora producida extrajudicialmente, pero cuyo resultado extintivo coincidirá con el contenido registral (55).

3.º *Estado de los predios que imposibilite el uso de la servidumbre.*— Conforme al n.º 3.º del art. 546 del Código civil, las servidumbres se extinguen: «...3.º Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción conforme a lo dispuesto en el número anterior».

Plantea esta causa interesantes problemas, y quizá el primero el de aclarar si la causa 3.ª del art. 546, no obstante ser considerada por el legislador causa de extinción, pueda decirse que lo sea realmente, y este problema surge ante los términos en que se pronuncia el Código en este particular: cuando desaparece la situación que imposibilita el uso de la servidumbre antes de haber transcurrido veinte años desde que apareció ¿realmente se produce una resurrección de la servidumbre? ¿hubo verdaderamente una previa extinción?, o por el contrario ¿se trata de una situación de yacencia o quietud que originará la extinción de la servidumbre por el decurso de veinte años?

Nos parece más acertado concluir que en el supuesto del n.º 3.º del art. 546, no se produce extinción de la servidumbre en tanto no hayan transcurrido los veinte años previstos en dicho precepto. Por consiguiente, en el interín, existe siempre una posibilidad, ya que no de hecho, sí al

(53) Publicada en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 2.ª de la Ley de 30 de diciembre de 1944 y en la de 31 de diciembre de 1945.

(54) Vid. su comentario en ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», 5.ª ed. Barcelona, 1954, I, págs. 691 y sgtes.

(55) Vid. ROCA SASTRE, op. cit., I, pág. 691.

menos jurídica de ejercitar la servidumbre, y en virtud de ello lograr la recuperación de la posibilidad de ejercitarla de hecho.

Si fuese verdadera causa extintiva la mera imposibilidad de hecho produciría también la extinción de la posibilidad jurídica de usar de la servidumbre, y sin esa posibilidad jurídica no vemos cómo puede admitirse que empiece a correr el tiempo para el no uso a que se refiere el n.º 3.º del art. 546 que comentamos, se equipararía la posibilidad jurídica a la posibilidad física y tendríamos que admitir la opinión de DOMAT (56) rechazada por el legislador francés y por el codificador español (57).

De no admitir esta interpretación se produciría la injusticia de dejar en manos del titular pasivo o de un tercero, la vida (o muerte) de la servidumbre: les bastaría con realizar voluntariamente innovaciones que imposibilitaran el tránsito; al extinguirse la servidumbre, no podría el titular activo ejercitar la acción confesoria o cualquiera otra dirigida a lograr que la situación primitiva fuese restablecida a costa del culpable; podría, sí, ejercitar las acciones correspondientes para exigir la indemnización de daños y perjuicios, pero ello en base a la norma general del art. 1.902 del Código civil, no en virtud del ejercicio del derecho de servidumbre, porque éste se habría extinguido. Otra cosa es, según veremos, qué debe entenderse por «venir los predios a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre» y si al afecto basta un pequeño obstáculo.

Si pues, la extinción no se produce hasta el transcurso de los veinte años, conforme al n.º 2.º del art. 546 al que se remite el n.º 3.º, parécenos ociosa dicha causa de extinción: la imposibilidad de usar de la servidumbre, de por sí, no la extingue; si la extinguiera por la sola imposibilidad, no podría revivir, porque las servidumbres definitivamente extintas no reviven (58), y si se extinguiesen por la sola imposibilidad, no tendría por qué remitirse al n.º 2.º de dicho art. que regula la extinción por no uso (59).

Quizás podamos dar una explicación histórica en el deseo que tuvo el codificador francés de evitar dudas de interpretación en un punto en que se apartó del pensamiento de uno de los juristas que lo inspiraron: DOMAT.

(56) Vid. más adelante en este mismo apartado.

(57) Para el examen de la cuestión en Derecho Romano, vid. BIONDI, op. cit., pág. 323 y sgtes.

(58) LAURENT, op. cit., VIII, pág. 271.

(59) En Derecho Romano, surgida la variación en el estado de los predios, coloca la servidumbre en un estado de quiescencia, de la que sale, reviviendo, en cuanto dicha situación desaparece, a menos que haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción en cuyo caso se extingue por no uso (Cfr. D. 8, 6, 14, pr.), si bien cuando sea constituida en atención a una determinada situación del fundo y sólo en atención a ella, se extingue cuando esta situación desaparece (Cfr. D. 8, 3, 13 pr.).

Este, en efecto (60), al ocuparse de esta causa de extinción de las servidumbres, opina que si después cesa la causa de la imposibilidad de uso «incluso después del tiempo de la prescripción, será restablecida la servidumbre sin que se le pueda imputar (al titular activo) de no haber usado la servidumbre en tanto ésta no se pudo usar» (61). El Código francés (62) no recoge la opinión de *DOMAT* en materia de prescripción de las servidumbres, antes bien, el art. 2.251 de dicho Cuerpo legal, proclama con carácter general que «La prescripción corre contra toda clase de personas, a menos que se hallen en alguna excepción establecida por una ley», sin que ni en las normas generales acerca de la prescripción ni en las especiales relativas a la de las servidumbres, se contenga excepción alguna que justifique la posibilidad de oponer a la prescripción la imposibilidad de ejercitar la servidumbre. El no uso corre incluso contra aquel que se hallare imposibilitado de hecho para el ejercicio de la servidumbre.

Y esto supuesto, y teniendo en cuenta la inspiración francesa (63) del número 3.º del art. 546, quizá pudiera aplaudirse el criterio del Código en este punto, por entender que con la redacción indicada evitará asimismo torcidas interpretaciones que pudieran darse, aunque reconocemos ser in-

(60) Op. cit., pág. 144.

(61) Esta opinión parece recogerla *MOLITOR* en «La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en Droit Romain avec les rapports entre la législation romaine et le Droit Romain...», París, 1852, pág. 456, cuando después de decir que la servidumbre debida por un fundo no se extingue más que por el cambio de propiedad, si el fundo deviene público; fuera de este caso —añade— sólo hay un obstáculo a su ejercicio y no se extingue antes del tiempo requerido para la prescripción; incluso después del tiempo de la prescripción hay lugar a restitución si el no uso ha sido consecuencia de una necesidad, de la que no se puede deducir ninguna presunción de voluntad. Sigue este mismo criterio *TOULLIER*, op. cit., II, pág. 162.

(62) El art. 703 del Código civil francés declara que «las servidumbres cesan cuando las cosas se encuentran en tal estado que no se puede ya usar de ellas». El 704 que «Ellas reviven si las cosas son restablecidas de manera que se pueda usar de ellas; a menos que haya transcurrido un espacio de tiempo suficiente para hacer presumir la extinción de la servidumbre, conforme a lo dispuesto en el art. 707». El art. 705 que «Toda servidumbre se extingue cuando el fundo a que es debida, y el que la debe, se reúnen en la misma mano». El art. 706 que «La servidumbre se extingue por el no uso durante treinta años». El 707 que «Eos treinta años empiezan a correr, según las diversas especies de servidumbre, o desde el día en que se ha cesado de usarlas cuando se trata de servidumbres discontinuas, o desde el día en que se ha hecho un acto contrario a la servidumbre, cuando se trata de servidumbres continuas». El 708 que «El modo de la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma, y de la misma manera». El 709: «Si el predio dominante pertenece a varios proindiviso, el uso de uno impide la prescripción respecto a los demás». Y el 710: «Si entre los copropietarios se halla uno contra el cual la prescripción no haya podido correr, como un menor, dicho copropietario habrá conservado el derecho de los demás».

(63) A través de los Proyectos de 1851 y 1882.

necesario, dado que por una parte el art. 1.932, párrafo 1.º del Código civil proclama que «Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos por la Ley», sin que se haga excepción para las servidumbres, y en el número 3.º del art. 546 bien claro se refleja la idea de que en definitiva, sólo por el no uso durante veinte años se extingue la servidumbre.

Posiblemente se hubiera economizado suprimiendo el n.º 3.º y redactando el n.º 2.º, párrafo 1.º del art. 546 en los siguientes o parecidos términos: «Por el no uso durante veinte años, cualquiera que hubiera sido su causa».

La situación de yacencia o quietud que contempla el primer inciso de la norma del n.º 3.º del art. 546 se producirá desde que surja la imposibilidad física de usar la servidumbre. La extinción a que se refiere el segundo inciso del mismo n.º 3.º, se dará cuando hayan transcurrido veinte años de no uso, conforme al n.º 2.º del propio artículo. Lo que empezó siendo imposibilidad física, termina en imposibilidad jurídica (64).

El Código exige para que se dé la situación de yacencia que exista imposibilidad, se entiende de hecho. La mera dificultad no será bastante, pero cualquier clase de imposibilidad física, será bastante (65), ya proceda de la naturaleza como en los supuestos clásicos de inundación, lava de volcán sobre el predio, etc., o de hecho del titular pasivo, como apertura de zanjas por él sobre el camino u otras obras que impidan el tránsito, o de un tercero que realice asimismo estos actos impeditivos, o del mismo titular activo. Obsérvese, sin embargo, que hablamos de cualquier clase de imposibilidad física; no bastaría, como dice BRANCA (66) un simple obstáculo sobrevenido y fácilmente eliminable como sería el cierre de una puerta; en este último caso, más que de yacencia de la servidumbre contemplada en el n.º 3.º del art. 546, lo que habría es el supuesto común de no uso del n.º 2.º de dicho artículo. Por otro lado, la imposibilidad debe ser absoluta, dentro de los límites de un criterio racional, porque, si no obstante la mutación en el estado de los predios, fuese posible el tránsito aunque en intensidad inferior, no se daría tampoco la situación contempla-

(64) El vigente Código civil italiano de 1942, en su art. 1.074 dispone que «La imposibilidad de hecho de usar de la servidumbre, y el hacerse inútil la misma, no extinguen la servidumbre si no ha transcurrido el término indicado en el artículo precedente» (que regula la prescripción extintiva).

(65) Para DEBANA, *op. cit.*, pág. 866, esta causa se refiere solamente a los casos en que no depende de la voluntad del titular eliminar la situación que imposibilita actualmente el ejercicio de la servidumbre.

(66) *Op. cit.*, pág. 637.

da en la norma que comentamos, sino otra distinta de variación en la forma de ejercicio.

El titular activo, producida que sea la imposibilidad física, podrá en su caso ejercitar cuantas acciones le corresponden para lograr el restablecimiento de la situación originaria, e incluso acometer por sí, en lo posible, las obras necesarias para la conservación de la servidumbre, conforme al art. 543 del Código civil.

La situación de yacencia que, en su caso, conducirá a la extinción de la servidumbre por no uso, dará comienzo desde que se produzca la variación en el estado de los predios que imposibilite el ejercicio del derecho de paso. Por predio sirviente se entenderá, según venimos afirmando, el terreno que en su caso concrete el lugar de ejercicio, y cuando expresamente se pactó que el tránsito pudiera efectuarse por todos y cada uno de los puntos del fundo sirviente, la totalidad de éste.

Cabría admitir también aquí causas de interrupción de la prescripción extintiva o no uso, según vimos en el apartado anterior, como sería, por ejemplo, el reconocimiento por el titular pasivo, de la existencia del derecho de servidumbre.

Y, en fin, si la variación del estado de los predios que haga imposible el uso de la servidumbre se produce después de un período de no uso, ni que decir tiene que se sumará al período anterior, el de la imposibilidad, hasta completar los veinte años (67).

Extinción de los predios.—Se trata de una causa de extinción de la servidumbre que a nuestro juicio no cabe incluir en el n.º 3.º del art. 546, por la razón apuntada de que en este número se regula una hipótesis de yacencia que, prolongada durante veinte años provocará la extinción de la servidumbre, en tanto que la extinción de los predios dará lugar, desde el instante mismo en que se produzca, a la desaparición de la servidumbre.

En dicho n.º 3.º se contempla la hipótesis de la «mutatio rei» imposibilitadora del ejercicio de la servidumbre. La causa que ahora vamos a examinar es la del «interitus rei», de total destrucción del fundo.

En el Derecho Romano clásico no se contempla el supuesto de perecimiento físico del fundo, porque se entiende que el fundo, en su entidad natural, no puede perecer (68), sino el de la variación o modificación de la situación de hecho o jurídica del fundo, y sobre la base de entender que cualquier variación del fundo dominante o sirviente, aun cuando haga impo-

(67) Junto a la imposibilidad de usar la servidumbre, recoge el art. 1.074 del Código civil italiano de 1942 como causa de extinción la falta de utilidad de la servidumbre. Esta falta de utilidad (mejor diríamos de necesidad, porque puede ser útil más no necesario) la recoge el Código civil español para la servidumbre de paso en el art. 568.

(68) DEJANA, op. cit., pág. 839.

sible el uso de la servidumbre, no tiene influencia sobre su existencia, por cuanto las servidumbres están constituidas sobre el suelo y gravan al fondo en su totalidad (69). Sin embargo, en la Compilación justiniana, encontramos textos, como uno de IAVOLENO en D. 7, 4, 24, pr. 1 y 2, en que contempla un supuesto de extinción de la servidumbre cuando el predio queda fuera del comercio. Por otro lado, como dice BIONDI (70), del examen de los textos de la Compilación se deduce que las servidumbres urbanas, concebidas como servidumbres debidas al edificio o por el edificio, se extinguen en cuanto sea demolido el edificio dominante o el sirviente, si bien la jurisprudencia y el pretor tratan de limitar la aplicación de este principio: si el edificio dominante es demolido para reconstruirlo como estaba antes, la servidumbre subsiste (D. 8, 2, 20, 2,) en otro caso se concede una «actio utilis» (D. 8, 2, 31).

Nos parece correcto distinguir el perecimiento físico y el jurídico (71) y entender que uno y otro originan la extinción de la servidumbre conforme a la máxima «res perit tam domino proprietatis quam domino servitutis».

Problema distinto y previo es el de si un fondo puede extinguirse físicamente, a lo que no dudamos en contestar afirmativamente (72). El propio Código lo prevé en algunos artículos como por ejemplo el 1.625 a propósito del censo. Aparte de que el problema puede soslayarse con la consideración de que igualmente se extingue la servidumbre si en el caso concreto dudoso se estima el predio pericido jurídicamente como si se entiende pericido físicamente.

Sin embargo, para el caso del río que se abre cauce en propiedad particular, puede ofrecer dudas la norma del art. 372 del Código civil, conforme al cual «Cuando en un río navegable y flutable, variando naturalmente de dirección, se abre un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público. El dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas vuelvan a dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto».

Este precepto, que cuenta con precedentes en nuestra Patria en la Ley 14, Título IV, Libro III del Fuero Real, conforme al cual «...si por aven-

(69) BIONDI, op. cit., pág. 323.

(70) Op. cit., págs. 330 y 331.

(71) Por transformarse en bien de dominio público o quedar extra commercium.

(72) Si por consecuencia de un movimiento sísmico o por cualquiera otra causa, el fondo queda en situación permanente bajo las aguas del mar, sería pueril afirmar que el fondo sigue existiendo pero ahora ya «extra commercium» y... en la profundidad de los mares. De aquel fondo «terrestre» no queda sino el recuerdo. Y análogas consideraciones podrían hacerse para el supuesto en que el río se abra cauce en el predio.

tura el río se partiere, e cercare tierra de alguno, esto no se juzgue por Isla, mas sea de aquel cuya es; e si el río dexare la madre por do corriere, hayanla los herederos que fueren mas cercanos, e quando el río se tornare a su madre, tornese aquella heredad porque iba el río a aquel cuya era...», y más recientemente en el art. 42 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, conforme al cual «Cuando un río navegable y flotable, variando naturalmente de dirección, se abra un nuevo cauce en heredad privada, este cauce entrará en el dominio público. El dueño de la heredad lo recobrará siempre que las aguas volviesen a dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto», parece inspirarse en el Derecho Romano justinianeo, en donde según la «communis opinio» se introdujo la norma según la cual al abandonar nuevamente el río el cauce que abrió en propiedad *privada*, la propiedad del cauce no corresponde ya como en el Derecho clásico a los propietarios ribereños, sino al primitivo dueño.

Si, pues, el dueño primitivo puede «recobrar», valga la expresión, el predio abandonado por las aguas, parece justo que la servidumbre pueda también ser exigida por sus antiguos titulares. Al efecto, un fragmento de IAVOLENO en D. 8, 6, 14 pr. dice que «Si locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutum sufficit, alluvione facta, restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quod si id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est».

Y esta solución parece la más justa en nuestro Derecho, aun cuando la solución no es clara para nuestro Ordenamiento jurídico. Y es que el precedente romano que pudiera invocarse, ha dado origen a muchas dudas en cuantos autores se han ocupado de él. Como dice DEIANA (73), los puntos dudosos son los siguientes: a) El precepto romano, ¿contempla un supuesto en que el río haya simplemente inundado el fundo, o bien otro en que lo haya ocupado establemente hasta el punto de transformarlo en cauce? b) ¿Se trata de un caso en que el río haya ocupado todo el fundo o solo una parte de él? c) El supuesto de «alluvio» de que se habla, ¿era «alluvio» en sentido técnico o se trataba de un fenómeno de retirada de las aguas? Todos ellos son puntos muy importantes, y dada la incertidumbre que reina sobre los mismos, se puede decir lo que se quiera. Ciertamente que en el fragmento transcrito se parte de la base de que la propiedad del fundo sirviente corresponde al que era propietario antes de la invasión de las aguas (74), pero la duda es si le corresponde porque se trataba de una simple inundación o porque solo una parte del fundo había sido invadida permanentemente por las aguas y se había producido un fe-

(73) Op. cit., nota en pág. 844.

(74) Cfr. DEIANA, op. cit., nota en pág. 845.

nómeno de «alluvio» en sentido técnico o, en fin, porque los compiladores han aplicado su nuevo principio sobre el cauce abandonado.

Exponemos estas dudas a fin de dejar sentado que los precedentes romanos no nos ofrecen una pauta segura para la conclusión de que si el antiguo dueño, conforme al art. 372 «recobra» el dominio del cauce cuando las aguas lo dejan seco, el titular de la servidumbre haya de recobrar también su derecho de servidumbre. Esta solución puede parecer la más justa, pero insistimos en que no es segura por cuanto que si el dominio del cauce atribuido al «antiguo» dueño fuese el mismo dominio después de un período de yacencia, indudablemente lo recobraría con todos los gravámenes que le afectarían. Pero ¿es realmente el mismo dominio?

Nos parece muy aventurado afirmarlo: el dominio privado se extinguió cuando las aguas del río lo invadieron establemente. Si se extinguió, el dominio que surja ha de ser otro derecho nuevo. El art. 372 habla de «recobrar» pero el propio Código reconoce en este artículo que el cauce había entrado antes en el dominio público. Se trata, pues, no de un antiguo dominio que vuelve a su dueño, sino del dominio *nuevo* de un terreno que por razones de equidad se atribuye al que había sido su dueño antes de convertirse en cauce. Y esta adquisición que el referido antiguo dueño hace del cauce abandonado por las aguas, no dudamos en calificarla de adquisición originaria, puesto que nace para él «ex novo» sin apoyarse en el derecho de un precedente titular: no se diga que se apoya precisamente en su precedente derecho de dominio, puesto que si este derecho existiera no necesitaría ahora adquirirlo. Se atribuye por razón de equidad al que *fué* su antiguo dueño, pero el derecho que adquiere insistimos en que surge para él «ex novo». En definitiva, no es más que una especialidad de la regla del art. 370: cuando ambas orillas del cauce pertenecieran al mismo antiguo propietario del terreno que invadió el río, por aplicación del art. 370 se llegaría al mismo resultado de atribuirle la propiedad del cauce abandonado, pero cuando alguna de las orillas no le pertenece o no le pertenece ninguna (siempre sobre la base de que el cauce se abrió sobre su propiedad) entonces hay que acudir necesariamente al art. 372, pero aun así y aun reconociendo la particularidad de referirse no sólo al abandono natural del cauce sino a la retirada de aguas provocada por obras legalmente autorizadas, creemos que la naturaleza jurídica de la adquisición es la misma, es decir, adquisición originaria, y siendo así, la adquisición debe operarse libre de gravámenes. Como dice CHARDON (75) los ribereños que se apoderan del cauce abandonado, lo adquieren libre de

(75) «Traité du Droit d'alluvion ou Examen approfondi des droits de l'Etat et des riverains, sur les atterrissements naturels et accidentels des fleuves, rivières et ruisseaux...». Avallon-Paris, 1890, pág. 318.

toda servidumbre, ya que la Ley se lo atribuye sin ninguna carga ni condición (76).

Si es el predio dominante el invadido por las aguas de un modo permanente, se extinguirá la servidumbre al desaparecer la base para la designación del que haya de ser titular activo de ella.

Cuando el fundo sirviente se halle edificado habrá que distinguir para el supuesto de destrucción del edificio:

Si el paso se estableció por el suelo, la destrucción del edificio no puede considerarse destrucción del fundo sirviente, y la servidumbre subsistirá, a salvo, claro está que pueda extinguirse por no uso según vimos en su lugar oportuno. Cuando por el contrario el paso se establece sobre el edificio, y no sobre el suelo; hipótesis que no será frecuente, se plantea el problema de si fundo gravado será sólo el edificio o conjuntamente todo el predio. De acuerdo con el criterio antes expuesto, fundo gravado será estrictamente el lugar de ejercicio, y tanto si éste se determina como si se faculta genéricamente (supuesto más excepcional aún) a transitar por cualquier punto del edificio y no del suelo, la destrucción de dicho edificio acarreará la extinción de la servidumbre. Si se está facultado a transitar sobre la planta baja o suelo, aun cuando ésta se halle cubierta de escombros, no debe estimarse desaparecida. La imposibilidad material no provocará de por sí la extinción de la servidumbre, sin perjuicio de que se produzca la extinción en su caso por no uso.

Puede ocurrir que se faculte a transitar sobre el edificio existente o sobre cualquier otro que previa destrucción de aquél se edifique en lo sucesivo. En este caso la destrucción del edificio acarreará también la extinción de la servidumbre (a salvo lo expuesto para el caso en que se faculte a transitar por la planta baja o suelo), pero el titular activo conservará su derecho a exigir el paso sobre el nuevo edificio que se construya, cuyo derecho deberá configurarse como un supuesto de servidumbre sobre edificio futuro, es decir, habrá en ese caso una servidumbre actual que se extingue (caso del edificio destruido) y otra servidumbre sobre edificio a construir (sobre los edificios que en lo sucesivo se eleven en el predio) para la cual habrá de tenerse en cuenta lo dicho en el capítulo relativo a la constitución de la servidumbre voluntaria de paso (77). Claro está que la voluntad de las partes sobre este particular no precisará ser expresa y cabrá deducirla (78) del acto constitutivo de la misma (79).

(76) En el mismo sentido de considerar originaria la adquisición por los propietarios ribereños, DEIANA, op. cit., pág. 845.

(77) Vid. Capítulo V, apartado A).

(78) Frente a esa opinión no cabe argumentar que es de interpretación estricta toda materia relativa a imposición de gravámenes porque, como reconoce la sentencia del Tribunal

Cuando en el acto constitutivo se grave el total fondo de suerte que sobre cualquier parte de él, edificado o no, pueda transitarse, habrá que entender que la servidumbre no se extinguirá por la destrucción del edificio.

Para el caso en que el edificio se halle en el predio dominante hay que distinguir si predio dominante es estrictamente dicho edificio en cuyo caso su ruina acarreará la extinción de la servidumbre al faltar la base para la determinación del titular activo. Cuando por el contrario predio dominante sea el suelo, o conjuntamente suelo con todo lo que se edifique, o el edificio actual y cuantos se construyan sobre la superficie que ocupa, la ruina del edificio no acarreará la extinción de la servidumbre (80).

4.º *Por llegar el día o realizarse la condición.*—Es la cuarta causa extintiva de las servidumbres consignada en el art. 546: «Por llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional».

En Derecho Romano no puede afirmarse sin reservas que se negara la posibilidad de constituir servidumbres a término o bajo condición. Ciertamente que la solución negativa fluía: de la estructura misma del acto formal constitutivo, «mancipatio» o «in iure cessio», cuyo mecanismo no consentía la agregación de modalidades de término o condición, como reconoce PAPINIANO en D. 50, 17, 77, al decir que «Actus legitimi, qui recipiunt diem, vel conditionem, veluti mancipatio... in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adiectionem...»; y de la naturaleza misma de la servidumbre en cuanto ésta se presenta como una situación jurídica permanente (81). Precisamente quizá ante la contemplación de supuestos como el usufructo en que se podía constituir mediante «in iure cessio» (82) con término final, los juristas consideraron más que el problema del acto formal constitutivo, el de la naturaleza de la servidumbre (83).

Supremo de 27 de junio de 1955, el principio de interpretación restrictiva en materia de gravámenes sólo puede prevalecer en los casos dudosos y no cuando la claridad del título constitutivo no ofrece duda sobre la existencia del gravamen.

(79) DEIANA, op. cit., pág. 853, con criterio más radical en este punto, entiende que cuando no resulte del acto constitutivo si las partes han querido estipular una servidumbre a cargo del sólo edificio existente o bien servidumbres tanto a cargo del edificio existente cuanto de los futuros edificios, en la duda, debe entenderse que se han querido gravar también los futuros edificios.

(80) DEIANA, en op. cit., pág. 858 parece seguir la opinión expuesta.

(81) BONDI, op. cit., pág. 187.

(82) F. V. 48.

(83) Interesa aclarar que una cosa es la perpetuidad de la servidumbre y otra la causa perpetua de ésta, aun cuando ésta se halle en función de aquélla. La causa perpetua mira a los fundos exigiendo que presenten objetivamente situación que permitan la obtención de la utilidad permanente propia de la servidumbre; más que requisito jurídico, es un elemento de

La regla a que se llegó fue negativa, y se halla contenida en el primer inciso de un fragmento de PAPIANO, contenido en D. 8, I, 4, pr. conforme al cual «*Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia. quandiu volam) constitui possunt:...*».

Pero esta regla no fue absoluta porque, el mismo fragmento indicado añade a continuación: «...*sed tamen si haec edificantur, pacti, vel per doli exceptionem occurreretur, contra placita servitutem vindicanti: Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere*». Es decir, cabe oponer la *exceptio doli* o *pacti* y mantener a través de esta excepción la validez del término o condición pactada.

Aun cuando se admita que el segundo inciso está interpolado, no cabe duda que al menos en la época justiniana era posible la servidumbre constituida por tiempo o bajo condición. Y se ha llegado a demostrar que incluso en la época clásica eran posibles dichas modalidades en la constitución de la servidumbre (84) por medio de la *stipulatio*: en estos casos el pretor concedía la *exceptio doli* o *pacti* cuando el titular activo de la servidumbre actuase después de vencer el término o cumplida la condición (85). Es posible que el fragmento de PAPIANO antes transcrito se refiriese sólo a las servidumbres constituidas mediante *stipulatio* al amparo del Derecho pretorio y que, como dice BIONDI (86) mientras en el *ius civile* era imposible una servidumbre temporal (o condicional) el Derecho pretorio abre camino a tal posibilidad a través de la *exceptio doli* o *pacti*, hasta que, en el Derecho justiniano, uniformando el régimen jurídico y eliminando sustancialmente el dualismo entre Derecho civil y Derecho pretorio, puede ya la servidumbre ser temporal (o condicional).

En la actualidad la admisibilidad de esta causa de extinción que deriva de los principios generales aplicables a los derechos subjetivos en general, no debe presentar dudas. No obstante, autores como DEIANA (87) entienden que más que una causa de extinción, el cumplimiento de la condición resolutoria lo que provoca es la resolución del nacimiento de la servidumbre. Pero esta opinión debe rechazarse por cuanto que la servidumbre, por su naturaleza, no consiente el efecto retroactivo de la condición resolutoria.

hecho diverso según las diversas categorías de servidumbres. La perpetuidad mira a la duración del derecho, es un requisito jurídico exigido en todas las servidumbres como norma general.

(84) Vid. BIONDI, *op. cit.*, pág. 189.

(85) La posibilidad de una servidumbre temporal está admitida en un pasaje de JULIANO en D. 45, 1, 56, 4.

(86) *Op. cit.*, pág. 190.

(87) *Op. cit.*, pág. 1.003.

La mayoría de los Códigos no la mencionan aun cuando otros como el argentino implícitamente lo admiten en la definición que de la servidumbre formulan: así el art. 2.970 del Código civil argentino al decir que «Servidumbre es el derecho real, perpetuo o temporáneo sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad» (88); y el Código civil egipcio de 1948 que entró en vigor el 15 de octubre de 1949, expresamente en su art. 1.026 declara que «Los derechos de servidumbre se extinguen por la expiración del término fijado...» (89).

Nuestro Código, como hemos visto, admite expresamente esta causa extintiva en el n.º 4.º del art. 546.

En relación con el tiempo de duración, cabe que en el acto constitutivo se haya pactado su naturaleza temporal, y es posible también que nacida por tiempo indefinido se pacte después una duración temporal. Cabe también que surgida con carácter temporal, se pacte después su duración indefinida. En el primer caso se trata de una simple modificación objetiva de la servidumbre que se extinguirá en virtud de dicha modificación por el mero hecho de transcurrir el término. En el segundo caso cabe admitir que más que una modificación lo que hay es una constitución de una nueva servidumbre a partir del término de duración de la primeramente constituida (90). Naturalmente que si en el acto constitutivo nada se habla de término se entenderá constituida por tiempo indefinido.

Respecto a su aplicabilidad a la servidumbre coactiva de paso nos parece que el vencimiento del término o el cumplimiento de la condición, son causas que chocan con el carácter de necesidad que la servidumbre coactiva de paso tiene como instrumento para el aprovechamiento del fondo intercluso, por lo que no las creemos aplicables a esta modalidad de servidumbre.

5.º *Renuncia del titular activo.*—A ella se refiere el n.º 5.º del art. 546 del Código civil al decir que las servidumbres se extinguen: «...5.º Por la renuncia del dueño del predio dominante». El Código habla de renuncia del dueño del predio dominante, pero habrá que entenderlo extensivo a la renuncia de cualquier titular activo tanto si su derecho se determina por su titularidad del dominio del predio dominante como si es por cual-

(88) Instituto de Cultura Hispánica, «Código Civil de la República Argentina» antes citado, pág. 587.

(89) *Journal du Commerce et de la Marine-Legislation Egyptienne-Le Code Civil... Alexandrie, 1949*, pág. 135.

(90) Vid. DEIANA, op. cit., pág. 994.

quier otro derecho de goce general de dicho predio, no sólo por argumento de *pari ratione* o de analogía, sino porque aun no proclamándolo el Código, todos los derechos patrimoniales son renunciables a menos que la renuncia sea contraria al interés o al orden público o en perjuicio de tercero (91) razón por la cual no creemos aplicable esta causa de extinción a la servidumbre coactiva de paso, cuando al extinguir la servidumbre hubiese de quedar intercluso el fundo.

En el supuesto de copropiedad del predio dominante, y en general de comunidad en el derecho real sobre el predio dominante determinativo de la titularidad activa, creemos aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 597 del Código civil para el supuesto de constitución de servidumbre por uno solo de los copropietarios, es decir, que la renuncia hecha por uno de ellos no sería bastante para extinguir la servidumbre, pero vinculará al renunciante y a sus herederos o causahabientes a no ejercitar el derecho de servidumbre de paso. Producirá por sí sola la extinción si, extinguida la comunidad se le adjudicara al renunciante el total derecho sobre todo el predio dominante, y la extinción parcial en cuanto a la porción del predio dominante en su caso que le corresponda si se le asigna sólo una parcela. Por otro lado, ni siquiera vinculará al renunciante su sola renuncia si la hace en contemplación a la renuncia de los demás, es decir, considerando su propia renuncia como un elemento más constitutivo del acto colectivo de renuncia de todos los comuneros, y éstos no renunciarán.

La renuncia, según se ha dicho, no será admisible, cuando con ella se perjudique a tercero. De ahí que cuando el derecho sobre el predio dominante que sirve para determinar al titular activo, se halle gravado con hipoteca, no basta la sola voluntad del titular activo para que el efecto extintivo de la renuncia se produzca ya que por su sola voluntad no puede perjudicar al acreedor hipotecario (92) que tiene la condición de tercero (93). Además media otra razón en apoyo de nuestra opinión: al hipotecar el derecho real sobre el predio dominante determinativo de la titularidad activa de la servidumbre, se entienden también hipotecados los derechos de servidumbre cuya titularidad activa está vinculada al citado derecho real sobre el predio dominante (94) y por ello no pueden escapar por la sola voluntad del presunto renunciante a la afección de la hipote-

(91) Cfr. art. 4.º del Código civil.

(92) El derecho gravado con hipoteca disminuiría de valor una vez renunciado el derecho de servidumbre cuya titularidad llevaba aneja antes de la renuncia el derecho gravado.

(93) Cfr. art. 4.º Código civil y art. 34 Ley Hipotecaria.

(94) Cfr. ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», Barcelona, 1954, IV, pág. 238.

ca (95); de ahí que pueda quizá aplicarse por analogía el precepto del segundo inciso, del n.º 1.º del art. 107 de la Ley Hipotecaria, que, para el supuesto de hipoteca del derecho de usufructo, establece que si este derecho concluyese por la sola voluntad del usufructuario «...subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluído a no mediar el hecho que le puso fin». Aplicando esta norma por analogía, la renuncia a la servidumbre será inoperante frente al acreedor hipotecario y frente al adjudicatario, en su caso, del derecho hipotecado, si la hipoteca se lleva a ejecución, pero surtirá sus efectos en relación al propio renunciante y aun incluso erga omnes para el supuesto de extinción de la hipoteca por cualquier causa que no sea su propia ejecución.

Para el supuesto en que el titular activo de la servidumbre sea el nudo propietario del fundo dominante, y teniendo en cuenta que conforme al art. 479 del Código civil el usufructuario tiene derecho a gozar «las servidumbres que tenga a su favor» la cosa usufructuada, no puede ser privado de este derecho, una vez constituído el usufructo, por la sola voluntad del nudo propietario. La renuncia del solo nudo propietario no operará sus efectos extintivos durante la vigencia del usufructo, es decir, en tanto no se produzca su consolidación en la nuda propiedad. Cuando el usufructo se halle inscrito en el Registro de la Propiedad, estimamos que no debe admitirse la inscripción de la renuncia otorgada por el nudo propietario porque teniendo el usufructuario derecho a gozar de la servidumbre, y constando ello en el Registro de la Propiedad, no debe prescindirse de su consentimiento para la disposición de ese derecho (96).

Análogas consideraciones podrían hacerse para los derechos de uso y de habitación.

Para el supuesto en que sobre el predio dominante exista derecho de superficie y el titular activo sea el dueño del suelo, podrían aplicarse argumentos análogos a los antes expuestos para el usufructo (97).

En general la renuncia producirá plenos efectos cuando sea otorgada por el titular activo de la misma y no existan otras personas con derecho propio al goce de la servidumbre (no con goce que sea consecuencia de la sucesión en el derecho determinativo de la titularidad activa de la servidumbre o de la adquisición del mismo por consolidación), o, caso de existir, prestan éstas su consentimiento a la renuncia. Si existen y no prestan

(95) Y ello —entendemos— aun cuando la servidumbre se hubiere constituído después de la hipoteca.

(96) Cfr. art. 20 Ley Hipotecaria, y art. 34 *id.*, y con carácter general el art. 4.º del Código civil repetidamente invocado.

(97) Vid. Capítulo V, apartado A).

su consentimiento a la renuncia, ésta no les afectará, y en este caso, en el interín, debe entenderse que la renuncia lo es a cuantos derechos pertenezcan al renunciante (no a los demás) respecto al tránsito sobre el fundo sirviente (98).

La renuncia es una declaración de voluntad extintiva que tiene la naturaleza de negocio jurídico unilateral, por lo que producirá sus efectos independientemente de la voluntad de las personas que hayan de ser favorecidas por ella (de los titulares pasivos de la servidumbre).

Deberá constar en documento público conforme al n.º 1.º del artículo 1.280 del Código civil, y habrá de ser expresa (99), o, mejor, manifiesta, aun cuando no es preciso que se emplee la palabra renuncia u otra semejante: basta que la voluntad de renunciar resulte implícitamente de los términos de la declaración documentada (100).

6.º *Redención*.—A ella se refiere el n.º 6.º del art. 546 del Código civil que considera como causa de extinción de la servidumbre «...la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente». A diferencia de la renuncia, negocio jurídico unilateral, la redención es negocio jurídico bilateral que implica la extinción de la servidumbre a cambio de una contraprestación. El contrato dirigido a la extinción de la servidumbre deberá celebrarse entre el titular pasivo y el titular activo. En todo caso deberán quedar a salvo los derechos de terceros que pudieran ser perjudicados por la extinción según las normas antes expuestas para la renuncia. Y por las razones antes indicadas no creemos aplicable esta causa extintiva a la servidumbre coactiva de paso, cuando con la extinción de la servidumbre hubiere de quedar intercluso el fundo dominante, a cuyos argumentos antes expuestos, cabría añadir aquí el que deriva del art. 1.255 del Código civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral, ni al orden público».

Por lo demás, nos remitimos a lo expuesto a propósito de la renuncia ya que en definitiva podría configurarse esta redención como una «renuncia por precio».

b) *Causas especiales de extinción de la servidumbre de paso:*

Falta de necesidad.—Además de estas causas generales de extin-

(98) Para el supuesto de renuncia parcial vid. DEIANA, op. cit., págs. 991 y sgte.

(99) En este sentido MANRESA, op. cit., IV, pág. 668, si bien admite que los Tribunales pueden apreciar en circunstancias excepcionales la existencia de una renuncia evidente deducida de actos que indudablemente la revelan. MUCIUS SCAEVOLA, en op. cit., X, pág. 506, aunque con vacilaciones, entiendo no haber obstáculo para admitir la renuncia tácita cuando pueda ser debidamente probada.

(100) En este sentido DEIANA, op. cit., págs. 969 y sgte.

ción (101) recoge el Código civil en el art. 568 otras dos de especial aplicación a la servidumbre coactiva de paso al decir que: «Si el paso concedido a una finca enclavada *deja de ser necesario* por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización.—Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada».

Realmente ambas causas: reunión del predio enclavado a otro contiguo a camino público, y apertura de un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada, pueden refundirse en una sola: falta de necesidad, precisamente de la necesidad que dió origen a la servidumbre coactiva de paso, de cuya única causa, aquéllas son simples ejemplos (102).

Como regla general interpretativa del precepto que nos ocupa, nos parece aceptable la proposición de BRANCA (103): la norma en examen no se podrá aplicar sino cuando la situación del propietario del fundo se hace tal que no le hubiese permitido pretender la constitución de la servidumbre en base al art. 564, es decir, que la supresión no puede ser reclamada sino cuando venga a tener, directa o indirectamente, incluso por medio de servidumbre voluntaria, un acceso al camino o la posibilidad material de procurárselo sin excesivo dispendio (104). Como dice BORSARI (105) la misma idea que ha presidido la formación de la servidumbre, preside su cesación. La necesidad la ha creado: cesa con la necesidad. La Ley no tiene dos puntos de vista para considerar cuando la necesidad comienza y cuando termina, si acaso puede decirse que la liberación encuentra más favor que la imposición de la servidumbre, ya que la servidumbre, como todo gravamen debe interpretarse restrictivamente.

El Código exige en el primer párrafo del artículo que comentamos que se produzca por reunión que de la finca haga el *dueño* a otra contigua. En general debe entenderse que basta con la adquisición por cualquier título por el titular activo de la servidumbre coactiva de paso, de un

101) Más adelante estudiamos otras causas generales extintivas no recogidas en el art. 546 del Código civil.

(102) En este sentido BORSARI, «Commentario del Codice Civile italiano». Roma-Nepoli, 1872, II, págs. 717 y 718, y en contra, considerando las causas como taxativas, la mayoría de la doctrina científica.

(103) Cfr. op. cit., pág. 487.

(104) Aplicando en parte este criterio, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de diciembre de 1904, declara que la unión del predio dominante a otro contiguo a camino público, no concede derecho al dueño del predio sirviente para pedir que se extinga la servidumbre cuando resulta que la finca a la que se hizo la anexión es urbana, y que sería indispensable variar su propia y esencial naturaleza para abrir el paso por ella.

(105) Op. cit., II, pág. 718.

derecho real de goce permanente del predio contiguo al camino público y contiguo a la vez al predio dominante, que le permita transitar por él hasta el citado camino, porque existiendo la misma razón de falta de necesidad, idéntica debe ser la solución normativa de extinción de la servidumbre.

Por el contrario, puede ocurrir que no obstante la reunión del predio enclavado a otro contiguo a camino público, no se extinga la servidumbre si subsiste la necesidad que dió origen a la misma, por no ser posible el acceso del predio enclavado al nuevo adquirido, es decir, si no obstante la reunión, el predio dominante sigue intercluso según los criterios expuestos en el capítulo destinado al estudio de la constitución de la servidumbre coactiva de paso (106). El Código civil así lo reconoce al exigir previamente al requisito de reunión de los dos predios, que el paso concedido deje de ser necesario: si la necesidad subsiste, debe subsistir la servidumbre constituida para satisfacer dicha necesidad.

Aun cuando el Código parece exigir que el predio al que se une esté contiguo a camino *público* entendemos que basta que sea contiguo a cualquier camino público o privado, o en términos generales que disponga de una vía de acceso que haga cesar la interclusión del fundo.

Con mayor precisión, sin embargo, conviene distinguir en el supuesto en que el acceso a la vía pública del predio al que se une el dominante se verifique a través de una servidumbre o por otros medios. El titular activo de la servidumbre coactiva de paso, al adquirir el derecho de goce sobre el otro fundo contiguo y con él la titularidad de la servidumbre voluntaria de paso, dispone en principio de los medios para acceder a la vía pública desde cualesquiera de los dos fundos reunidos, si la servidumbre voluntaria permite el paso en circunstancias o con características análogas al que permite la servidumbre coactiva, creemos que ha cesado la necesidad que fundamentó la creación de la servidumbre coactiva de paso; no se diga que la servidumbre voluntaria quedaría agravada por el mayor tránsito que podría suponer el acceder al predio reunido a través de dicho

(103) Vid. Capítulo V, apartado B). El Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 1904, en uno de sus considerandos dice: «El derecho atribuido por el art. 568 del Código civil al dueño del predio sirviente para pedir que la servidumbre legal (se refiere a la que llamamos coactiva) constituida, conforme al art. 564, se extinga si el paso concedido a la finca, enclavada deja de ser necesario, por haberla reunido su dueño a otra contigua al camino público, racionalmente se entiende cuando la reunión de las dos fincas da acceso o paso natural desde la vía pública a la finca incomunicada, aunque para facilitararlo haya de hacer gastos el dueño del predio dominante no en modo alguno cuando para aquel objeto es preciso variar la naturaleza propia y especial de la finca por la que habría de abrirse el paso que sustituyera al concedido, mediante la servidumbre, porque en tal sentido faltaría la condición esencial que exige aquel artículo para producir la extinción del gravamen».

paso voluntario porque la intensidad del tráfico no supone agravación (107), ni tampoco que la servidumbre voluntaria se concedió en contemplación a un fundo distinto al ahora reunido, porque una vez constituida la servidumbre, el beneficiario de ella es la persona y no el predio, y sería absurdo que en cada acto de tránsito hubiera que investigar o probar si el titular activo viene en ese momento del fundo dominante o de la porción reunida a este fundo para permitir en el primer caso el tránsito y en el segundo no; esta consecuencia, además de absurda, sería impracticable. El titular activo podrá ejercitar su derecho de tránsito en todo caso, con el contenido que resulte del título o de la posesión en su caso, sin consideración a que el tránsito lo inicie en el fundo dominante o en la parcela agregada a él. En definitiva, esta parcela o finca (dominante en la servidumbre coactiva) viene a formar una sola finca con el predio dominante (en la servidumbre voluntaria) lo que aparece claramente cuando el derecho adquirido sobre éste y que determina la titularidad activa es el dominio (108).

Si pues el titular activo de la servidumbre coactiva podrá transitar por el paso voluntario en virtud de la nueva titularidad adquirida, cesa la interclusión y deberá extinguirse la servidumbre coactiva de paso.

Si el fundo reunido gozaba de otra servidumbre coactiva de paso, creemos debería admitirse la posibilidad de suprimir la servidumbre más gravosa, y si ambas lo fueran igual, la que más distancia cubriera desde el fundo dominante al camino público.

Se extinguirá también, conforme al párrafo 2.º del art. 568 en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada, siempre que éste sea de circunstancias análogas al menos a las del paso coactivo.

Y por la misma razón de extinguir la necesidad, creemos que deberá extinguirse la servidumbre de paso cuando el titular activo adquiriera servidumbre voluntaria de paso (109) de características análogas al menos a las del paso coactivo.

La extinción no operará ipso iure, sino a instancia del *dueño del predio sirviente* (habrá que entender en general que podrá instarla el titular pasivo). El titular activo no podrá, según la letra del art. 568, reclamar la extinción y con ella la indemnización a que luego nos referiremos, por tratarse de una facultad que reserva el Código al titular pasivo (110).

(107) Vid. lo expuesto en Capítulo V, apartado B).

(108) Y en los demás aparece claro al menos (al reunir el goce de los dos fondos) la existencia de una unidad de explotación en su caso.

(109) En este sentido BOSAÑA, op. cit., II, pág. 717.

(110) Como se ve, si en la constitución de la servidumbre coactiva, cuando la necesidad de paso surge, es la voluntad del titular activo quien decide solicitando dicha constitución y pagando indemnización, en la extinción por falta de necesidad es el titular pasivo quien puede

Si exigida la extinción por el titular pasivo, no consintiere el activo, deberá interponer la correspondiente demanda ante el Juzgado competente pidiendo dicha extinción.

El dueño del predio sirviente (o en general el titular pasivo), deberá devolver la indemnización recibida. Naturalmente que si dicha indemnización no hubiere sido pagada, por cualquier causa, incluso por prescripción, no podrá exigirse restitución de algo que no recibió el presunto obligado a restituir (ni sus causantes en el derecho que determina su titularidad pasiva). Por eso el Código subordina dicha obligación de devolver a que previamente la hubiese recibido, al emplear las palabras «...devolviendo lo que hubiese recibido por indemnización».

Es decir, el Código exige dos condiciones para la extinción por falta de necesidad regulada en el art. 568: la solicitud o instancia del titular pasivo y la devolución de la indemnización si ésta se hubiese recibido.

La prueba de haberse pagado indemnización corresponde al titular activo si el pasivo negase haberla recibido (111). Tal carga no puede ser imputada a éste ya que se vería imposibilitado de probar un hecho negativo, sin que pueda admitirse en este punto una presunción de haber recibido la indemnización, ni siquiera apoyándola en el transcurso del tiempo ya que la Ley no establece dicha presunción ni cabe apreciarla como *praesumptio hominis* ya que para ello sería necesario un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, conforme exige para tal presunción el artículo 1.253 del Código civil.

El titular pasivo no podrá por su parte invocar la prescripción extintiva de la obligación de devolver la indemnización basándose en el tiempo transcurrido desde que se pagó la dicha indemnización, porque el tiempo para la prescripción debe contarse conforme al art. 1.969, no desde que se pagó, sino desde que surge la obligación de devolverla, y por ello hay que entender que sea cual fuere el tiempo transcurrido desde que se pagó la indemnización al constituir la servidumbre deberá el titular pasivo devolverla al pretender la extinción del gravamen conforme al artículo 568 del Código civil. Ahora bien, si ambos titulares reconocen la extinción y declaran extinguida la servidumbre, o si dicha extinción es

podrá la desaparición de la servidumbre devolviendo la indemnización, cuando la necesidad del paso ha cesado. Mas justo sería que esta facultad la tuvieran ambos titulares: El activo puede tener interés en ser reembolsado con la suma que pagó como indemnización. El nuevo Código civil italiano de 1942, en su art. 1.055 faculta a uno u otro para solicitar dicha extinción. En nuestro Derecho, claro está que el titular activo podrá renunciar al derecho de servidumbre o provocar su extinción por no uso, pero no podrá él solo extinguirla al amparo del 568 reclamando la indemnización.

(111) En este sentido Bousari, *op. cit.*, II, págs. 718 y 719.

declarada por resolución judicial, desde el momento en que extinguida la servidumbre surge la obligación de devolver, puede empezar a correr el plazo para la prescripción extintiva de dicha obligación (112).

Deberá restituir la indemnización recibida íntegra en todo caso, sea cual fuere la forma que hubiese adoptado esta indemnización, y por tanto, lo mismo si se entregó de una vez como si se hizo por cantidades anuales, o periódicas en general, tanto en el caso del párrafo 2.º del art. 564 como en el del párrafo 3.º del mismo artículo, ambos del Cód. civil (113).

Lo que no tendrá que pagar son los intereses de la cantidad recibida como indemnización por no exigirlo el Código, y porque en definitiva los intereses de dicha cantidad son una compensación por los frutos dejados de obtener precisamente por la constitución del gravamen (114).

El sistema del Código civil en orden a la restitución de la indemnización, nos parece justo, pese a las duras críticas que se le han formulado. Ciertamente que durante la vida de la servidumbre el titular activo, que tuvo que entregar la indemnización se ha aprovechado del gravamen, es decir, del derecho de servidumbre, y al extinguirse éste recibe la indemnización que pagó; pero también el titular pasivo se aprovechó de los intereses de la cantidad recibida como indemnización. Por otro lado el titular pasivo tiene la ventaja de ser él quien deba decidir el momento de la extinción de la servidumbre (115) y con él el de la restitución de la indemnización.

La acción dirigida a lograr la extinción de la servidumbre debe considerarse imprescriptible. En nuestro Código no se emplea la expresión utilizada en el Código civil italiano de 1865, art. 596, y en el italiano de 1942, art. 1.055, de «en cualquier tiempo», pero la misma solución de admitir que pueda pedir la extinción en cualquier tiempo debe seguirse en nuestra Patria por aplicación de los principios generales. Como dice BRANCA (116) —fundamentando la solución legal italiana— en tanto per-

(112) Cfr. FRANCISCO R. VALCÁRCE, «Extinción de la servidumbre de paso innecesaria», en *Revista de Derecho Procesal*, 1957, n.º 1, pág. 145.

(113) Vid. JERÓNIMO LÓPEZ, «Un aspecto del art. 568 del Código civil español: el reintegro de lo recibido por indemnización», en *Anuario de Derecho Civil*, XII-1959, págs. 1.324 y sgtes., y más especialmente pág. 1.327.

(114) Sobre las diversas opiniones doctrinales acerca de lo que hay que restituir concretamente, véase JERÓNIMO LÓPEZ, op. cit., págs. 1.324 y 1.325. Véase también DE LA VILLE, op. cit., III, pág. 686, para quien debe restituirse en todo caso no la total indemnización pagada, sino solamente el capital pagado como equivalente de la disminución de valor sufrida por el fundo sirviente por consecuencia de la constitución de la servidumbre. El Código civil italiano de 1942, en su art. 1.055 permite que la autoridad judicial pueda disponer una reducción de la suma a devolver, teniendo en cuenta la duración de la servidumbre y el daño sufrido.

(115) Cfr. JERÓNIMO LÓPEZ, op. cit., pág. 1.328.

(116) Op. cit., pág. 491.

manece la relación (derecho-gravamen) se conserva la facultad de reclamar su extinción porque el segundo entra en el contenido del primero, y por consiguiente, en base a los principios generales, no puede perecer en tanto el otro no muera.

Si antes de interponer la demanda el titular activo, aun por acto propio vuelve el predio a la interclusión, no podrá el titular pasivo extinguir la servidumbre (117) porque si interpone después la dicha demanda, carecerá de base ya que en ese momento existe la necesidad que justifica la servidumbre, y presupuesto de la acción es que haya desaparecido la necesidad.

En cambio, si vuelve a la interclusión después de interpuesta la demanda, o después de extinguida la servidumbre, será preciso proceder a la constitución de una nueva servidumbre en su caso, con los requisitos legales exigidos para ello.

El obligado a restituir es el titular pasivo, el titular del derecho real base de la servidumbre, pero titular actual en el momento en que surja la obligación de restituir, aun cuando él no hubiera recibido la indemnización, y debe ser entregada al que sea titular activo en ese momento aun cuando no fuese éste quien la hubiese pagado. Es decir, la obligación de restituir corre a cargo del último titular pasivo en beneficio del último titular activo: El titular pasivo actual ha adquirido su derecho ya gravado por la servidumbre; si la adquisición fue onerosa, se debió tener en cuenta el menor valor del derecho adquirido por consecuencia del gravamen de la servidumbre, y si esto es así, obligar ahora al primer titular pasivo a restituir, produciría un enriquecimiento injusto en el último; y algo parecido puede decirse del titular activo: el último adquirió el derecho determinante de su titularidad, si fue a título oneroso, por una cantidad mayor de la que hubiese pagado si no existiese la servidumbre (118).

En fin, esta causa de extinción tan sólo la creemos aplicable a la servidumbre *coactiva* de paso.

c) *Otras causas de extinción no recogidas por el Código civil.*—Se pueden señalar:

a) *La extinción total del derecho matriz de la servidumbre*, por aplicación de los principios «*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*» y «*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*» (119). En cambio, no producirá dicha extinción la simple pérdida del mismo en el

(117) En este sentido ORBISTANO, «*Servitù necessarie di passaggio-Studio teorico-pratico*», Milano, s. a., págs. 307 y sgtes.

(118) Cfr. BRANCA, op. cit., pág. 490.

(119) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1864 y 9 de julio de 1873.

patrimonio de su titular por su enajenación o transmisión en general por cualquier título a un tercero, y que tan sólo acarreará un cambio de titular pasivo.

b) *La extinción total del derecho real de goce del predio dominante determinativo de la titularidad activa*, por la razón de que un derecho en cierto modo accesorio por cuanto precisa para la determinación de su titular activo, la previa titularidad de otro derecho, no puede sobrevivir a éste otro.

c) *La expropiación forzosa del derecho de servidumbre*, posible dados los amplios términos en que se pronuncian el art. 1.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954 y el art. 1.º de su Reglamento de 26 de abril de 1957, según los cuales pueden ser objeto de expropiación no sólo la propiedad sino además cualesquiera derechos o intereses patrimoniales legítimos.

d) *La expropiación forzosa del derecho matriz de la servidumbre*, que puede implicar extinción de ésta a tenor de lo dispuesto en el art. 8.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954, conforme al cual «La cosa expropiada se adquirirá libre de cargas. Sin embargo, podrá conservarse algún derecho real sobre el objeto expropiado, si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho». A tal fin determina el art. 4.º de dicha Ley que si de los registros públicos o fiscales resultase la existencia de titulares de derechos reales sobre la cosa expropiable «...será preceptiva su citación en el expediente de expropiación».

e) *La concentración parcelaria*, en las zonas en donde sea decretada, al establecer una nueva ordenación de la propiedad rústica, puede provocar la extinción de servidumbres de paso preexistentes. Así el párrafo 2.º del art. 3.º de la Ley de Concentración Parcelaria, texto refundido de 10 de agosto de 1955 proclama que «...las servidumbres prediales se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad». Y consecuente con este principio de flexibilidad, a diferencia de los demás iura in re aliena, se excluye en el art. 34, párrafo 3.º de dicha Ley, a los titulares de servidumbres prediales de la necesidad de que sean requeridos a fin de que, de acuerdo con los propietarios se fije la finca, porción o parte alcuota sobre la que ha de quedar establecido en el futuro la carga o gravamen que antes existía.

d) *División del fundo sirviente*.—Naturalmente no es recogida en el Código civil como causa de extinción de la servidumbre, y ni siquiera merecería un tratamiento especial si consideramos que el lugar de ejercicio concreta el gravamen de la servidumbre. Pero creemos conveniente

hacer algunas consideraciones en el presente capítulo dedicado a la extinción de las servidumbres, por cuanto, aparentemente, o si se quiere, formalmente, podría provocar una extinción parcial de la servidumbre.

En efecto, el art. 535 del Código civil, en su párrafo 1.º, después de proclamar el principio de la indivisibilidad de la servidumbre, añade en su segundo inciso de dicho primer párrafo que «Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla *en la parte* que le corresponda. En su lugar oportuno (120) concluimos que cuando hay concreción del lugar de ejercicio, absorbe éste la totalidad del gravamen de suerte que las restantes porciones del fundo quedaban libres. Pues bien, cuando se produce la división del fundo sirviente, no es que se «liberen» las restantes porciones por donde no se ha fijado el tránsito, sino que estas porciones, libres desde un principio, siguen siéndolo después; lo que ocurre es que estas nuevas fincas registrales surgidas de la división, ya no albergan en su seno el fundo sirviente en sentido estricto, es decir, el lugar de ejercicio, y no vemos inconveniente en que formalmente se recoja esta solución y sea llevada al Registro de la Propiedad. Formalmente, aparentemente, se habrá «liberado» a esas fincas surgidas de la división del gravamen de la servidumbre, pero técnicamente no ha habido extinción puesto que ya desde antes bien libres estaban del gravamen.

Cuando éste recae sobre el total fundo, de suerte, que, según indicamos, se puede transitar por cualquier lugar de él, la división de dicho fundo provoca un fenómeno de multiplicación de la servidumbre de paso: surgirán tantas servidumbres cuantas fincas hayan surgido de la división (121) pero no se producirá extinción de la servidumbre en ninguna de ellas (122).

(120) Vid. Capítulo VI.

(121) El Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de noviembre de 1892 relativa a servidumbre de pastos, y aun sin reconocer el principio afirmado en el texto, reconoce al menos el efecto al admitir en dicho caso la redención parcial en cuanto a una de las fincas surgidas de la división. Véase su comentario en MUCIUS SCAEVOLE, *op. cit.*, X, págs. 362 y sgtes.

(122) MOLITOR (*op. cit.*, págs. 328 y sgtes), comentando a CELSO, en D. VIII, 6, explica que cuando el fundo sirviente es dividido en varias porciones indivisas, la cuestión de saber si la servidumbre se multiplica en tantas servidumbres distintas cuantas porciones separtadas haya se resuelve por unas distinciones que CELSO aplica solamente al derecho de paso. A propósito de la «servidumbre de camino» distingue MOLITOR siguiendo el texto del Digesto citado dos casos: 1.º Aquel en que el lugar del paso no ha sido determinado ni por el título ni por la elección del propietario del fundo dominante, como así mismo el caso en que éste último se haya reservado la facultad de cambiar la dirección del camino; y 2.º El caso en que la designación del lugar no ha sido hecha ni se ha reservado la elección.

En el primer caso se sigue la regla general, y habrá tantas servidumbres cuantas porciones hayan surgido de la división del fundo sirviente; ello es consecuencia de que mientras la

Lo que ocurre es que si no se usara de la servidumbre sobre alguna de las nuevas fincas surgidas de la división, podría provocarse la extinción de la respectiva servidumbre por no uso, subsistiendo las demás. Y si ya antes por imperio del art. 547 se hubiere concretado el gravamen a un solo punto del predio matriz gravado, nos encontraríamos con un supuesto análogo al antes contemplado de servidumbre que grava sólo una parte del llamado fundo sirviente.

Es decir, de por sí, la división del fundo sirviente no provoca la extinción, ni siquiera parcial, de la servidumbre de paso.

servidumbre está indeterminada en cuanto al lugar del camino y el propietario del fundo dominante pueda establecerlo por donde quiera continuará gravando cada parte del fundo. Por consiguiente, dice el texto de Corso citado, si el propietario del fundo dominante no ejerce el paso, durante el tiempo de la prescripción, sobre una de las porciones divisas que forman el lote de uno de los copartícipes del fundo gravado, dicho lote será liberado de la servidumbre, como si desde el principio cada lote hubiese sido gravado separadamente. Una objeción, añade este lex'co, parece surgir contra esta decisión: si la división del fundo gravado coloca al propietario del fundo dominante en el caso de perder la servidumbre sobre las porciones divisas donde él no la ejerza ¿no se deduce de esto que los propietarios del fundo gravado, perjudicarán con la división al propietario del fundo dominante? A esta objeción responde el juriscónsulto que la desventaja resultante de la inacción del propietario del fundo dominante, es compensada por la ventaja que adquiere ese propietario, de tener un camino sobre cada una de las porciones divisas del fundo gravado, y por consiguiente, de doblar en su provecho la anchura del camino primitivo; ya que cada porción divisa debe toda la servidumbre. Así en el caso en que el lugar del camino es y debe quedar indeterminado, la división del fundo dominante o del fundo gravado da lugar a tantas servidumbres activas o pasivas, como porciones divisas resultantes de la división haya.

Para el caso en que el lugar del camino no ha sido determinado ni por el título ni por la elección del propietario del fundo dominante, el fragmento citado del Digesto distingue ulteriormente si el fundo gravado ha sido dividido «secundum longitudinem, aut latitudinem viæ». Cuando la división ha sido hecha «secundum longitudinem», es decir, cuando la línea que separa las dos porciones divisas, en lugar de cruzar el camino, sigue su dirección, no hay más que una sola servidumbre, y aun cuando el paso no tuviese lugar más que por un lado, el fundo situado sobre el otro lado del camino no sería liberado, ya que el uso del camino es indivisible, y basta que el derecho haya sido ejercitado sobre el lugar asignado, aun cuando el sendero no haya sido establecido más que por un lado para que la posesión de libertad sea interrumpida y todo el camino conservado. Sin embargo, como una servidumbre puede ser remitida a razón de una «certa pars fundi», nada se opondría a que, por una convención expresa, la anchura del camino fuese reducida; nada se opondría tampoco a que a razón de una «certa pars fundi» la servidumbre fuese extinguida por confusión, lo que tendría lugar si el propietario del fundo dominante comprase una de las porciones de un fundo que hubiese sido dividido «secundum latitudinem viæ». En este caso la servidumbre se extinguiría a razón de la porción de camino comprendida en la parte que fuese adquirida al propietario del fundo dominante, y esta confusión podría incluso arrastrar la liberación de la otra porción divisa del fundo, si la parte de camino tomada sobre esta porción fuese tan estrecha hasta el punto que no se pudiese ya pasar por ella.

VIII.—SERVIDUMBRE DE ANDAMIAJE

El art. 569 del Código civil regula como una modalidad de paso temporal, lo que propiamente es un derecho de servidumbre con sustantividad propia y que denominaremos *servidumbre de andamiaje* en atención a que la finalidad a que atiende es la de edificar, o reparar edificios, y de que permite el apoyo de andamios sobre suelo ajeno. Se trata de una servidumbre coactiva y predial que, además, por establecerse sólo en contemplación de una obra que ha de realizarse, y siendo ésta siempre temporal, nace marcada con el sello de la limitación en el tiempo.

El origen de esta servidumbre se halla en el derecho consuetudinario francés (1) en donde fue conocida con el nombre de «Tour d'échelle» o «échellage». Y así la vemos en el art. 204 de la Coutume de Melun, en el art. 84 de la de Etampes, en el 240 de la de Orleans, y en el 62 de la de Dunois, en las que tenía carácter coactivo, y en el art. 75 de la Coutume de Meaux y 179 de la de Bar, en los que se parte de la base de que el dere-

(1) La Ley 7.^a Título XXXII, Partida 3.^a, contempla un caso más restringido: el de que para reparar o limpiar caños o acoquias para conducción de aguas de las casas o heredades se echase «...en el suelo de alguno que estuiesse cerca de los caños, piedra o ladrillos, o tierra, o alguna otra cosa de las que fuessen menester a aquella laor, o atrassessasse las calles en abriendo los caños con madera, o de otra guisa, fasta que ouiesse acabado la laor: con todo esso non le puede vedar ninguno, nin embargar que se non fagan tales laores como estas: porque es gran pro, e gran guarda de lis casas; e aun aprouecha mucho en salud de los omes, de ser los caños bien reparados, e alimpiados. Ca si de otra guisa estuuiessen, podría acaescer que se perderían, e se derribarían muchas casas por ende. Pero los que ouieren a fazer tales laores como estas, deuen guardar que las fagan de manera, que quando fueren acabadas non embarguen, nin huelgen a otrí en ninguna manera su derecho por razon dellas, e que finque el lugar en la manera que solia estar antiguamente». Se trata más bien de una servidumbre accesoria a la de acueducto o a la de desagüe.

cho de «echellage» no procede sin título al igual que cualquier otra servidumbre. En el art. 378 de la Coutume de Reims tiene carácter accesorio a la de goteras, y solamente en tanto se trate de reparar el techo de donde depende esta servidumbre; pero como dice MERLIN (2), la decisión de esta costumbre es una aplicación de la razón natural y de varias normas romanas según las cuales el propietario del fundo sirviente está obligado a permitir lo necesario para el establecimiento o conservación de la servidumbre, y particularmente de proporcionar un paso para los obreros empleados al efecto, siempre que al menos no haya otro, es decir, del principio recogido en el art. 542 de nuestro Código civil español, según el cual «Al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso».

Aquí nos interesa el estudio de la servidumbre de andamiaje establecida con individualidad propia, no como accesorio de otra (3) con naturaleza coactiva (4), es decir, la servidumbre regulada en el artículo 569 del Código civil.

La doctrina francesa confundió esta servidumbre con el derecho sobre el espacio de terreno circundante que el propietario puede dejar sobre su propio fundo más allá de los muros de la edificación a fin de poder reparar (o construir) ésta más fácilmente, conocido en Francia con el nombre de «investison» o «invetison», trasunto en cierto modo del «ambitus» de los romanos, y cuyo derecho no puede ser confundido con el llamado «Tour d'échelle» propiamente dicho, puesto que aquél recae sobre terreno del mismo titular, mientras que ésta recae sobre terreno completamente ajeno (5).

El Código de Napoleón silenció esta servidumbre, pero el Código italiano de 1865 la recogió como una modalidad del derecho de paso en el art. 592 al proclamar que «Todo propietario debe permitir el acceso y el paso en su fundo, siempre que su necesidad sea reconocida, a fin de construir o reparar un muro u otra obra propia del vecino o común».

Nuestro Código, en el citado precepto del art. 569, a través del Proyecto de 1882, en su art. 571, da una regulación a este derecho de andamiaje que se aproxima más al antiguo derecho francés. Dice, en efecto dicho artículo que «Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios u otros objetos

(2) «Repertoire universel et raisonné de Jurisprudences», 3.^a ed. Corrigée... París, 1809, T. XIII, pág. 44.

(3) TOULIER, op. cit., II, pág. 128 y LAURENT, op. cit., VIII, pág. 120, niegan el carácter accesorio de esta servidumbre incluso en el supuesto del estilicidio contemplado antes en el texto.

(4) Lo que no obsta a la posibilidad de que se constituya con carácter voluntario.

(5) Sobre estas diferencias, vid. MERLIN, op. cit., XIII, págs. 41 y sgte.

para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroge».

Titular activo de este derecho será quien tenga derecho a construir o reparar el edificio, o en general, a realizar la obra que reclama la servidumbre de andamiaje.

El Código refiere la necesidad del paso o colocación de andamios u otros objetos, a la precisa para la construcción o reparación de edificios solamente, pero nos parece que por analogía debe aplicarse al supuesto en que se trate de construir o reparar una pared o muro, pozo, etc., o para una demolición.

El paso o la colocación de andamios u otros objetos, debe ser indispensable para la obra que se pretende, debe ser, pues, necesario; no basta con que sea útil o conveniente, y esta necesidad debe ser reconocida por el titular pasivo de la servidumbre, a fin de que, una vez reconocida, consienta la servidumbre; de lo contrario, el titular activo deberá acudir a los Tribunales para ejercitar su derecho a exigir la constitución de la servidumbre coactiva temporal del art. 569, y una vez obtenida sentencia estimatoria pueda ejercitar su derecho. Antes, deberá abstenerse de ejercitar un derecho que, por no haberlo reconocido el presunto titular pasivo, ni haber sido declarado por el Juzgado correspondiente, no puede considerarse *existente* en el momento en que pretende pasar o colocar andamios u otros objetos. Ahora bien, la necesidad no debe entenderse absoluta, basta una necesidad relativa (6) que se entenderá existe cuando de no acudir a este medio que proporciona el art. 569 se ocasionarían graves dispendios que harían la obra económicamente irrealizable.

Naturalmente que lo que ha de ser indispensable es el paso o la colocación de andamios u otros objetos, no la obra en sí misma, sobre cuya oportunidad nada puede oponer el titular pasivo, tanto en cuanto a la construcción como por lo que se refiere a la reparación, sin perjuicio de que pueda demostrar que al pretender determinadas reparaciones el titular activo realiza un acto de emulación, acto abusivo sancionado con carácter general por el art. 1.902 del Código civil y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (7).

El titular activo debe pagar al pasivo una indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroge.

Pero no es necesario que el predio dominante sea intercluso. Basta que la situación de la obra y cualidad de la misma, exijan el paso o la coloca-

(6) En este sentido. BUFALINI, op. cit., III, págs. 11 y sgte.

(7) Sentencias de 14 de febrero de 1944 y 24 de febrero de 1959. En la de 22 de septiembre de 1959, reconoce que la doctrina prohibitiva del abuso del derecho, tiene rango de principio general.

cación de andamios u otros objetos sobre el fundo ajeno, cuestión que no siendo reconocida por el titular pasivo, deberá ser apreciada por el Juez (8).

Además, creemos que dicho paso, o colocación de andamios u otros objetos, no debe ocasionar un grave daño al predio sirviente desproporcionado a la importancia de la obra que se pretende: se daría entonces una colisión de derechos en la que necesariamente habría de vencer el del dueño o titular del goce del predio sirviente: La Ley impone esta servidumbre porque aun cuando graven temporalmente un fundo (sirviente) permite aumentar permanentemente el valor de otro fundo (dominante), y con él, acrecentar la riqueza nacional; pero esta finalidad de la Ley, «ratio iuris» del precepto que estudiamos, no se daría en el supuesto que nos planteamos.

El titular activo podrá abrir en su propio muro una puerta temporalmente para que los materiales pasados por el fundo ajeno, entren por ella a su predio, o para «servir» desde el interior del fundo los materiales precisos a los obreros que trabajen en la obra en el exterior del edificio en virtud de lo dispuesto en el art. 542 del Código civil.

Aun cuando el Código hable en singular de predio ajeno, creemos que podrá establecerse sobre los predios intermedios a un camino público, cuando sobre ellos sea indispensable el paso de los materiales.

Por lo demás, a esta servidumbre se le aplicarán como supletorias las conclusiones obtenidas con carácter general para la servidumbre coactiva de paso.

(8) En este sentido BATLLE, «La propiedad urbana» (Apuntes de sus lecciones de cátedra, año académico 1946-47-Doctorado), pág. 31, que considera esta materia, así como la indemnización debida, *quæ ratio facti* que, en defecto de acuerdo de las partes, debe apreciar el juez.

IX.—DE LAS LLAMADAS SERVIDUMBRES DE PASO PARA GANADOS

El Código civil en el art. 570, último de la Sección dedicada a la servidumbre de paso, se refiere a varias instituciones que no pueden en todo caso ser configuradas como verdaderas servidumbres de paso.

Dice, en efecto, este artículo: «Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquiera otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se registrarán por las Ordenanzas y Reglamentos del ramo, y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar. Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros y la vereda de 20 metros. Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso o la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en esta Sección y en los artículos 555 y 556. En este caso la anchura no podrá exceder de 10 metros».

En los dos primeros párrafos se refiere a las *vías pecuarias*. Ahora bien, las vías pecuarias, que en la actualidad se rigen por el Decreto de 23 de diciembre de 1944 (1), no son servidumbres de paso, son, como reconoce el art. 1.º del citado Decreto (2), coincidente en este punto con el 1.º del

(1) Vid. algunos precedentes en GRAU CAMPUZANO, «Régimen legal de las vías pecuarias...». Madrid, 1946 págs. 5 y sgtes.

(2) Dice dicho art. 1.º: «Las vías pecuarias son bienes de dominio público y están destinadas al tránsito de los ganados; no serán susceptibles de prescripción ni podrá alegarse para ser apropiadas el mayor o menor tiempo que hayan sido ocupadas, ni en ningún caso podrán legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto».

de 5 de junio de 1924, verdaderos bienes de dominio público. La calificación de servidumbre supondría un derecho en favor de cierta persona o personas de hacer transitar sus ganados sobre fincas de dominio privado (3) cuyo destino, finalidad o aprovechamiento normal no fuera el tránsito de ganados (4), y aun cuando se admitiera la posibilidad de constituir servidumbres sobre bienes de dominio público, faltaría el otro elemento indicado puesto que las vías pecuarias están destinadas precisamente al tránsito de ganados, como reconoce el art. 1.º del Decreto citado de 23 de diciembre de 1944. La idea de servidumbre debe ser, por tanto, eliminada.

Las vías pecuarias plantean interesantes y delicados problemas jurídicos que exigen para su solución un conocimiento adecuado de la materia (5). Problema fundamental en ellas es el de la posibilidad de legitimación de las ocupaciones por particulares de terrenos correspondientes a vías pecuarias. En definitiva, se trata de averiguar si es posible legitimar la usurpación de la vía pecuaria.

El art. 1.º del Decreto regulador vigente, declara que las vías pecuarias «...no serán susceptibles de prescripción (6) ni podrá alegarse para ser

(3) Acerca de la imposibilidad de establecer servidumbres sobre bienes de dominio público, véase lo expuesto en Capítulo I, apartado D, 1.º.

(4) Vid. Capítulo I, apartado D).

(5) Desgraciadamente, problemas tan delicados como los de la clasificación, deslinde y amojonamiento de vías pecuarias, se encomiendan por los artículos 8 y 14 del Decreto reglamentario antes citado en el texto, a ingenieros agrónomos o peritos agrícolas como si bastasen los conocimientos agronómicos para la solución de los intrincados problemas jurídicos que estas vías pecuarias plantean! Así, ha ocurrido en la práctica que peritos agrícolas comisionados para los trabajos de clasificación en algún pueblo o municipio, hayan realizado su labor que ha podido dar lugar a que se clasifiquen como vías pecuarias terrenos que realmente eran de propiedad particular aunque gravados con servidumbre de pastos o con verdadera servidumbre de paso para ganados. Especial atención merece la Orden de clasificación de las vías pecuarias del término municipal de Valderas (León) de 28 de julio de 1952 que considera como vía pecuaria necesaria, entre otras las que llama «Descansadero de las Eras.—En el que los vecinos del pueblo —dice la mentada Orden— tienen establecidas las eras de pan trillar con el solo derecho a desgranar frutos y con las condiciones que se señalan detalladamente en el Proyecto de Clasificación». Estas eras de pan trillar figuran inscritas desde tiempo inmemorial en el Registro de la Propiedad como fincas de propiedad particular y se transmiten por los medios ordinarios reconocidos en Derecho Privado. Ciertamente que, también desde que se conserva memoria, el ganado pastó en dichas eras. ¿No serían fincas de propiedad particular gravadas con servidumbre de pasto? La Orden citada la considera vía pecuaria, pero a renglón seguido añade un reconocimiento de unos derechos de los vecinos a desgranar frutos que no se atreve a calificar. Extraño dominio público éste en el que se interfieren derechos particulares de los administrados.

(6) La tesis de la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público, hoy combatida, puede ser orillada admitiendo la posibilidad de la desafectación tácita como medio de extinción del dominio público: la vía pecuaria usurpada, como tal bien de dominio público, no podría ser usucapida, pero la prolongación de la usurpación, al producir una desafectación tácita y

apropiadas el mayor o menor tiempo que hayan sido ocupadas, ni en ningún caso podrán legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto». Pero a renglón seguido, el art. 2.º de dicho Decreto preceptúa que «Corresponde a la Administración el restablecimiento y reivindicación de las vías pecuarias usurpadas, cualquiera que sea la fecha de su ocupación, salvo los casos en que se haya legitimado, haciéndose la adquisición irreivindicable». Es decir, cuando la ocupación se haya legitimado haciéndose la adquisición irreivindicable, no podrá la Administración restablecer ni reivindicar la vía pecuaria usurpada. Ahora bien, ¿cuándo la adquisición podrá considerarse irreivindicable?

El precepto del art. 34 de la Ley Hipotecaria puede solucionar el problema; conforme a este artículo «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente». Es decir, cuando el tercero adquiera un inmueble, que fue vía pecuaria en todo o en parte, con los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria para gozar de la fe pública registral, su adquisición es irreivindicable (7).

Y en fin, el último párrafo del art. 570 del Código civil, no hace sino señalar un tope a la anchura del paso, en 10 metros, cuando éste se establece como servidumbre coactiva para el tránsito de ganados, al amparo de las normas generales de la Sección 3.ª, Capítulo II, Título VII, Libro II del Código civil, o como accesoria de la de abrevadero constituida a tenor de lo dispuesto en los artículos 555 y 556 de nuestro Código civil.

Por lo expuesto, creemos sería conveniente la supresión del art. 570 que comentamos: Porque en sus dos primeros párrafos regula una modalidad del dominio público para el que no es marco adecuado un Cuerpo Legal de Derecho civil, y porque la especialidad del último párrafo no es suficiente para justificar la existencia de este artículo en daño para la economía legislativa, puesto que bastaba para ello con hacer la oportuna referencia en el art. 566 del Código civil.

extinguir el dominio público no ofrecería ya inconvenientes para dicha prescripción. Sobre la prescriptibilidad de bienes del dominio público, véase GARCÍA DE ESTERRÍA, «Sobre la imprescriptibilidad del Dominio público», en «Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo», Madrid, 1955, págs. 114 y sgtes.

(7) Vid. Núñez Lacos, «El Registro de la Propiedad español», Memoria presentada al primer Consejo Internacional del Notariado latino, Buenos Aires y publicada en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1949, págs. 67 y sgtes. de la edición separada.