



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

INTERDICTO POSESORIO Y DEFENSA DE LA PROPIEDAD

Autor/es

RAÚL SALVADOR PELEGAY

Director/es

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN

Facultad de Derecho – Máster de Abogacía
2018

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN TOPOGRÁFICA	5
III. CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE PLANTEAN	6
IV. NORMATIVA APLICABLE.....	7
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	7
1. PROPIEDAD Y POSESIÓN.....	7
2. PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN	9
2. 1. REQUISITOS Y APLICACIÓN AL CASO	12
2.2 CUESTIONES PROCEDIMENTALES	17
2.3 MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS	19
2.4 JUICIO VERBAL Y SENTENCIA	20
2.5 RECURSOS.....	21
3. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD	22
3.1 ACCIÓN REIVINDICATORIA.....	24
3.1.1 REQUISITOS	24
3.1.2 EFECTOS	28
3.1.3 PRESCRIPCIÓN	29
3.2 ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO	30
3.2.1 REQUISITOS	31
3.2.2 EFECTOS	32
3.3 ACCIÓN DE DESLINDE.....	32
3.3.1 REQUISITOS	35
3.3.2 EFECTOS	37
3.4 CUESTIONES PROCESALES COMUNES A LAS ACCIONES DE DEFENSA DE LA PROPIEDAD.....	37
3.5 ELECCIÓN DE LA ACCIÓN OPORTUNA.....	39
4. SERVIDUMBRES	44
4.1 TIPOS DE SERVIDUMBRES	45
4.2 CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES.....	46
4.3 ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE.....	49
4.4 REQUISITOS	49
VI. CONCLUSIONES.....	51
VII. BIBLIOGRAFÍA	54

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Los antecedentes del caso que se va a analizar en este Trabajo, se remontan al año 2010. En este año, y en virtud de concesión administrativa afecta a las condiciones de la misma y su derecho de ocupación por plazo de noventa y nueve años, se parceló la zona residencial denominada con carácter general como URBANIZACIÓN SAN IVO. Las parcelas obtenidas de esta zona, situada en el término municipal de Zaragoza, fueron objeto de la elaboración de diferentes proyectos de edificación destinados a construir viviendas unifamiliares. Posteriormente, debido a una crisis sufrida en el sector de la construcción, la empresa inmobiliaria que iba a edificar las viviendas unifamiliares decidió modificar sus proyectos y edificar bloques de viviendas.

La primera parcela en ser edificada, numerada como parcela nº 1, fue inscrita como urbana en virtud de obra nueva y se llevó a cabo su división conforme a la Ley de Propiedad Horizontal. A raíz de esta división conforme a la Ley, se constituyó la Comunidad de Propietarios AZUL. De igual manera que en el caso de la parcela nº 1, la parcela nº 2, colindante en su límite sur con la primera, fue a su vez edificada, inscrita como urbana en virtud de obra nueva y dividida conforme a la Ley de Propiedad Horizontal. De esta forma, en la edificación de la parcela nº 2 se constituyó la Comunidad de Propietarios ROJA, cuya posición y opciones judiciales se analizan en este dictamen. En el caso de los propietarios de la Comunidad AZUL, estos se instalaron en sus nuevas viviendas a lo largo del mes de noviembre del año 2012; mientras que sus vecinos de la Comunidad ROJA hicieron lo propio durante el mes de abril del año 2013.

Entre ambas parcelas, transcurre un vial o calle de acceso de suma importancia para el litigio que se va a analizar en este Trabajo. Este vial, que da acceso a los garajes y viviendas de la Comunidad ROJA, también ha sido utilizado a lo largo de los años por los propietarios de la Comunidad AZUL. Estos últimos, lo han utilizado como acceso a la entrada secundaria de su bloque de viviendas, y como calle en la que aparcar vehículos una vez ocupadas sus correspondientes plazas de garaje.

En mayo de 2015, los propietarios de la Comunidad ROJA sufrieron una oleada de robos en sus garajes. Tras la correspondiente denuncia ante la Policía Local de Zaragoza, los propietarios de la Comunidad afectada tomaron la decisión de instalar una

valla perimetral con puerta de acceso para vehículos cerrada con candado, aunque se permitía el paso peatonal por una puerta lateral abierta a tal efecto. De esta forma, pretendían evitar el acceso de vehículos ajenos a la Comunidad y así dificultar nuevos robos en sus viviendas, garajes y trasteros.

Tres semanas después de la instalación de la valla, y tras las discusiones sin acuerdo entre los propietarios de las dos Comunidades colindantes, los propietarios de la Comunidad AZUL interpusieron **DEMANDA DE TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN** en fecha 12 de julio de 2015. Con esta acción, anteriormente denominada como interdicto de retener y recobrar la posesión, tenían como objetivo el conseguir la retirada de la valla y la reposición de la calle de acceso en su situación anterior. Junto con esta demanda, la defensa técnica de la Comunidad AZUL también interpuso una petición de medida **CAUTELARÍSIMA**, por la que se decretara la apertura del candado que mantenía cerrada la puerta.

A pesar de esta petición de medida cautelarísima, y antes de la resolución judicial sobre la misma, unos días después se produjo un ataque al candado y la puerta de la valla. En este ataque, los autores cortaron el candado con una radial y desmontaron la puerta de la valla, posibilitando el acceso de vehículos a través de la misma. Aunque los hechos fueron denunciados a la Policía Local de Zaragoza, no se pudo averiguar la identidad de los atacantes.

Posteriormente, tras la tramitación del juicio verbal correspondiente, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Zaragoza dictó sentencia respecto a la demanda de tutela sumaria de la posesión interpuesta por los propietarios de la Comunidad AZUL. En dicha sentencia, de fecha 21 de diciembre de 2015, se estimaron las pretensiones de la parte demandante, reconociendo a la misma como poseedor legal de la calle de acceso y condenando a la Comunidad ROJA a retirar la valla perimetral, restituyendo el vial a la situación anterior, con acceso para los propietarios de ambas Comunidades a través del mismo.

Tras conocer el contenido de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la parte demandada consultó sus posibilidades con su defensa técnica e interpuso recurso de apelación contra la Sentencia en fecha 20 de enero de 2016. Tras darse traslado del recurso a la parte contraria, con fecha 14 de marzo de 2016, ésta interpuso escrito de oposición a la apelación el día 28 de marzo de 2016. De esta forma, el litigio por la

posesión entre las dos Comunidades accedía a la segunda instancia ante la Audiencia Provincial.

Actualmente, el litigio sigue pendiente de la resolución de la Audiencia Provincial, tras la que se abrirán nuevas posibilidades para ambas partes en función del contenido de esta segunda Sentencia. Por ello, este dictamen se centra tanto en comentar la vía procesal relativa a la posesión, por su especial interés para el caso, como en exponer las posibilidades de las que disponen los propietarios de la Comunidad ROJA a partir del contenido de la Sentencia que ponga fin a la tutela sumaria de la posesión.

II. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN TOPOGRÁFICA

Como forma de completar los antecedentes de hecho, puede resultar de utilidad el realizar una breve descripción de cómo están situadas las fincas que protagonizan este litigio. Ambas fincas, que se encuadran en la ya mencionada zona residencial URBANIZACIÓN SAN IVO, se encuentran rodeadas por un pequeño bosque y por la vía pública de doble sentido que da acceso a las mismas. De esta forma, las dos parcelas están separadas de las demás pertenecientes a la zona residencial, por lo que las cuestiones que se plantean en este caso únicamente afectan a los propietarios de las Comunidades constituidas en las parcelas nº 1 y nº 2.

Atendiendo a las lindes de las dos parcelas implicadas, deberán exponerse las mismas en relación con los puntos cardinales en los que se sitúan:

- Por un lado, la parcela perteneciente a los propietarios de la Comunidad AZUL (parcela nº 1) linda: por el norte con la parcela de los propietarios de la Comunidad ROJA; por el este con una zona boscosa; por el sur con la vía pública que da acceso a las diferentes parcelas de la URBANIZACIÓN SAN IVO; y por el oeste con esta misma vía pública.
- Por otro lado, la parcela perteneciente a los propietarios de la Comunidad ROJA (parcela nº 2) linda: por el norte con un muro que la acota y la separa de unas instalaciones deportivas municipales; por el este con la vía pública que da acceso a la urbanización; por el sur con la parcela de los propietarios de la Comunidad AZUL; y por el oeste con la vía pública ya mencionada.

En el límite entre ambas fincas, de cincuenta metros de longitud, es donde se sitúa el vial de acceso privado que da origen a todas las cuestiones jurídicas que se plantean en este caso. Esto se debe a que, aunque parezca que las lindes de las fincas están perfectamente claras, en la parcelación de las mismas no se abordó con exactitud la fijación del límite este de la parcela de la Comunidad AZUL. A raíz de ello, se produce una indeterminación de los límites de la finca en la zona boscosa, que impide aclarar la localización exacta de la misma. En consecuencia, aunque la extensión en metros cuadrados se pueda extraer tanto de los títulos de propiedad como de las descripciones catastrales, la realidad topográfica admite diferentes configuraciones. En función de estas configuraciones, el vial de acceso privado se divide a partes iguales entre las dos fincas, o pertenece en exclusiva a la finca de la Comunidad ROJA.

III. CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE PLANTEAN

En relación con los antecedentes de hecho expuestos, el caso analizado en este Trabajo plantea las siguientes cuestiones jurídicas:

PRIMERA.- Estudio teórico de los conceptos de posesión y propiedad en nuestro Derecho Civil.

SEGUNDA.- Profundización en la protección otorgada por nuestro ordenamiento jurídico a la posesión y la propiedad, con el objeto de valorar el derecho que ampara a cada una de las Comunidades.

TERCERA.- Exposición de las diferentes acciones y vías jurídico-procesales que pueden ser utilizadas por los litigantes en el caso que se expone en este Trabajo, así como en aquellos casos similares al mismo.

CUARTA.- Análisis de las posibilidades que se presentan de cara al futuro, con el objeto de tratar de anticipar el desarrollo de la contienda judicial entre las Comunidades AZUL y ROJA.

IV. NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de las cuestiones jurídicas que se plantean, será necesario acudir al contenido de la normativa aplicable a las mismas y expuesta a continuación:

1. Artículos de la Constitución Española (en adelante, CE)
2. Artículos del Código Civil (en adelante, CC)
3. Artículos del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA)
4. Artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)
5. Artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)
6. Artículos del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH)

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. PROPIEDAD Y POSESIÓN

A la hora de afrontar el estudio de un caso como el que se presenta en este Trabajo de Fin de Máster, es imprescindible hacer un breve análisis teórico de los derechos que se esgrimen y contraponen en una situación fáctica como la que implica a las dos Comunidades de Propietarios descritas en los Antecedentes de Hecho.

Las dos figuras jurídicas que protagonizan el litigio se encuentran entre las más importantes de todo nuestro Derecho Civil: la propiedad y la posesión. Estos dos conceptos están presentes en todos los ámbitos de la sociedad y estructuran la relación entre las personas y los bienes y derechos recogidos en nuestro ordenamiento. La propiedad y la posesión, aunque íntimamente relacionadas, son dos figuras jurídicas radicalmente diferentes, tanto por su contenido como por la protección dada a los titulares de las mismas.

En primer lugar, la propiedad es un derecho real con reconocimiento constitucional, que podemos encontrar en los artículos 33¹ y 53.1² CE. Se trata por ello del derecho real más importante de todos los presentes en nuestro ordenamiento, siendo además un derecho pleno, ya que es el fundamento en el que se apoyan todos los demás. La propiedad encuentra su desarrollo en el Título II del Libro Segundo del Código Civil, denominado por ello “*De la propiedad*”. Además, por su *status* de derecho real, la propiedad es oponible *erga omnes*.

Respecto al contenido del derecho de propiedad, éste se describe en el artículo 348 CC: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*”. De este artículo se desprende que la propiedad es un derecho que no sólo otorga a su titular un ámbito de poder sobre un bien, sino que este ámbito es prácticamente absoluto, limitado únicamente por la propia naturaleza de la cosa y por las disposiciones de la Ley.

Además de los rasgos ya comentados, el derecho de propiedad tiene, tal y como expone DE PABLO CONTRERAS³, otros dos más que lo caracterizan: es un derecho abstracto, ya que no se trata de una suma de facultades sino que existe independientemente de ellas; y es un derecho elástico, ya que su contenido se amplía o reduce en función de las disposiciones legales y de otros derechos reales que pueden gravar la propiedad.

En segundo lugar, la posesión también constituye por sí misma un derecho real, aunque de naturaleza muy diferente al derecho real de propiedad. En palabras de ALONSO PÉREZ, citado por RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN⁴, la posesión se puede definir como el «señorío efectivo, auténtico o verdadero - aunque sea inmaterial - sobre

¹Art. 33 CE: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

²Art. 53.1 CE: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

³DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil, Tomo III: Derechos Reales*, 4^a edic., ed. Colex, Majadahonda (Madrid), 2014, p. 126

⁴RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *Curso de Derecho civil: Tomo III Derechos reales y registral inmobiliario*; Sánchez Calero (Coord.), 7^a edic., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 68

las cosas, reconocido sustantivamente por el Ordenamiento y revestido, por tanto, de autónoma protección jurídica, con independencia de si detrás se oculta o no una titularidad jurídica». Es decir, la posesión es una situación de hecho jurídica que conlleva una serie de consecuencias, tales como la protección que otorga el ordenamiento jurídico al poseedor. Sin embargo, el contenido de la posesión es muy limitado, ya que nuestro Derecho civil tan sólo garantiza la protección del derecho a que el poseedor siga teniendo la cosa, manteniéndose la situación anterior a la perturbación o despojo padecido por el poseedor.

En nuestro Código Civil, la posesión se regula en el Título V del Libro Segundo, por ello denominado “*De la posesión*”. De estos artículos, en los que encontramos los diferentes tipos de posesión⁵, así como los efectos de la misma, cabe destacar el artículo 438 CC: “*La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho*”. Este artículo, especialmente relevante para el caso que centra este Trabajo, es el que permitió a la Comunidad AZUL convertirse en poseedora del vial de acceso y poder recibir el amparo del ordenamiento jurídico, tal y como profundizaré más adelante.

2. PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

Como ya he avanzado en el Fundamento Jurídico 1º de este Trabajo, la posesión es objeto de protección en nuestro Derecho civil. Con este objeto, el artículo 446 CC configura el denominado *ius possesionis*, el derecho a seguir poseyendo que se deriva de la posesión y permite al poseedor defenderse frente a los ataques de terceros: “*Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen*”. Este artículo, junto con el 441 CC⁶, fundamenta la defensa que podrá utilizar el poseedor para proteger su derecho frente a las perturbaciones o

⁵Nuestro Código Civil distingue entre posesión natural y civil (art. 430 CC); posesión en concepto de dueño o en concepto distinto (art. 432 CC); posesión en nombre propio o ajeno (art. 431 CC) ; posesión mediata o inmediata; y posesión de buena fe o de mala fe (art. 433 CC)

⁶Art. 441 CC: “*En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el poseedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente*”.

despojos de su tenencia. En ambos artículos, y en los demás relacionados con ellos, se establece que cualquier poseedor, sin necesidad de título alguno que justifique su tenencia, podrá recurrir a los medios procedimentales establecidos para que su posesión se prolongue en el tiempo. Estos medios, que podrán interponerse frente a cualquier persona que haya cometido los actos de perturbación o despojo, independientemente de que sea titular de un derecho sobre la cosa o no, son los anteriormente llamados interdictos de retener y recobrar.

Los interdictos, que tienen su origen en el Derecho romano⁷, son la herramienta procesal que permite al poseedor «proteger la posesión como hecho o el hecho mismo de la posesión, contra la perturbación que la daña, abarcando no sólo la posesión sino la mera tenencia; su finalidad no es otra que impedir que se altere una situación de hecho sin el concurso necesario de un pronunciamiento judicial. Los interdictos posesorios persiguen la protección, conservativa y reintegrativa del “*statu quo*” preexistente, de la relación de hecho ostensible, aparente y actual entre una persona y un bien, al margen de toda consideración sobre el título jurídico que pudiera ampararla»⁸.

Actualmente, tras las sucesivas reformas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, los interdictos han pasado de ser un proceso especial a ser incluidos en el ámbito del juicio verbal. A pesar de ello, los interdictos de retener y recobrar continúan siendo las auténticas y genuinas acciones posesorios, por las cuales tan sólo se debate la posesión en sí misma. Además, bajo la nueva denominación, conservan una serie de especialidades procesales que los caracterizaban. En la Ley procesal vigente, deberemos acudir al artículo 250.4º para encontrar el medio procedimental que podrán utilizar los poseedores para preservar su tenencia: “*1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 4º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute*”.

Atendiendo a los rasgos que caracterizaban a los interdictos y que se han mantenido con su transformación en procesos de tutela sumaria de la tenencia o posesión, estos son los siguientes:

⁷En época romana, el *interdictum* era una orden del Pretor que tenía como objetivo la preservación de la paz y seguridad jurídicas en las relaciones privadas, contra la que cabía la reclamación por vía procesal. De esta forma, se buscaba evitar el uso de la vía de hecho por parte del afectado.

⁸Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 13 de febrero de 1997; citada por GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 213

1º Se trata de un proceso de carácter sumario, y no de un juicio plenario. Esta calificación de los juicios posesorios como sumarios, ha dado lugar a no pocas discusiones doctrinales entre quienes tratan de delimitar el alcance de esta summariedad.

Con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico, los procesos sumarios son aquéllos que «por la urgencia de la tutela objeto de la reclamación, pueden verse limitados los medios de alegación y/o de prueba, razón por la cual la sentencia que les pone fin carece del efecto de la cosa juzgada material»⁹. Estas limitaciones que caracterizan a los procesos sumarios, tienen el objetivo de conseguir una respuesta rápida por parte de los Tribunales, a través de una tramitación procedural significativamente más sencilla que la de los juicios plenarios. Sin embargo, la calificación de la protección de la posesión como sumaria, presenta serias dudas en la práctica.

Tal y como expone CERRATO GURI¹⁰, en línea con otros autores como GUTIÉRREZ BELANCHES, la summariedad que la Ley procesal liga al enjuiciamiento de las demandas de tutela posesoria, se aleja de la aplicada a otros procedimientos, y por ello debe ser calificada como summariedad especial. Esta corriente doctrinal, a mi juicio acertadamente, defiende que en los juicios posesorios lo único que se limita es el objeto de la cognición, y no las opciones que tienen los litigantes a la hora de defender su posición. Como consecuencia, las partes tan sólo debatirán acerca de la posesión, aunque para ello dispondrán de todos los medios que quieran utilizar.

Es decir, los autores que siguen esta línea critican la imprecisión del legislador al calificar a la tutela de la posesión como sumaria, siendo que en el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil no podemos encontrar ninguna limitación de los medios de alegación y prueba en los procesos posesorios.

2º En relación con el rasgo anterior, al tratarse de procesos sumarios, no deberían tener efectos de cosa juzgada material¹¹. De esta forma, en el posible juicio declarativo posterior, en el que se discuta la titularidad dominical de la cosa objeto de litigio, se podría debatir de nuevo lo relativo a la posesión.

⁹CERRATO GURI, E.; *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 47

¹⁰CERRATO GURI, E.; *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 46-51

¹¹Art. 447.2 LEC: “No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión [...]”

Sin embargo, la corriente doctrinal que critica al legislador por su tratamiento de los juicios posesorios, también tiene reticencias respecto a la cosa juzgada en estos procedimientos. Según estos autores, al no verse limitados los medios de prueba y alegación, la sentencia relativa a la demanda de tutela de la posesión tiene efectos de cosa juzgada material respecto al contenido del objeto de debate. En consecuencia, al juzgarse únicamente en estos procedimientos el despojo o perturbación en la posesión, en el litigio respecto a la titularidad de la propiedad no deberá debatirse de nuevo esta cuestión.

3º El plazo de prescripción de la acción es relativamente breve, ya que el poseedor tan sólo dispone de 1 año para ejercitárla y preservar su tenencia. Este plazo, aparece recogido en el artículo 1968.1º CC, en el que se nos dice que: “*Prescriben por el transcurso de un año: 1º La acción para recobrar o retener la posesión*”. Sin embargo, a pesar de que nuestro Código Civil califica dicho plazo como de prescripción, la doctrina generalizada y la jurisprudencia de las diferentes Audiencias Provinciales están de acuerdo en que el plazo del artículo 1968.1º CC es de caducidad y no de prescripción.

A pesar de esta protección que recibe del ordenamiento jurídico, la posesión es un derecho débil, ya que cede ante otros derechos reales que incluyan la posesión en su contenido. La consecuencia de ello es que la protección de la posesión mediante interdictos, será realmente eficaz cuando la perturbación o despojo sea provocado por un tercero, que no sea titular de un derecho real sobre la misma cosa que se encuentra bajo la influencia del poseedor. Cuando la perturbación o despojo provenga del titular de un derecho como el de propiedad, que a su vez implica posesión sobre la cosa, nos encontraremos ante un caso como el que centra este Trabajo de Fin de Máster.

2. 1. REQUISITOS Y APLICACIÓN AL CASO

Atendiendo al caso en el que se funda este Trabajo de Fin de Máster, deberemos acudir a los Antecedentes de Hecho para analizar el camino seguido por la parte demandante, además del cumplimiento de los requisitos procesales exigidos por nuestro ordenamiento jurídico a la hora de defender la posesión del vial de acceso reclamada por la Comunidad AZUL.

La vía ejercitada por la representación de los propietarios de la Comunidad AZUL no es otra que la ya explicada de la interposición de demanda de tutela sumaria de la posesión del art. 250.4º LEC. Este tipo de procedimientos exigen una serie de requisitos para ser admitidos a trámite, que son:

1º Que el demandante esté en posesión de la cosa, lo cual implica que el mismo tenga legitimación activa para la interposición de la demanda. En el caso analizado, la Comunidad AZUL goza de legitimación dado que ha estado en posesión del vial de acceso tanto con anterioridad a la llegada de los propietarios de la Comunidad ROJA, de forma exclusiva; como con posterioridad a dicha construcción, ya que ambas Comunidades llevaban varios años compartiendo el uso del vial de forma pacífica e ininterrumpida.

Cabe destacar que, a pesar del despojo que ha producido la construcción de la valla, la Comunidad AZUL conserva la legitimación activa aunque en el momento de la interposición de la demanda no disponga de la tenencia del vial, ya que aún no ha transcurrido el año exigido por nuestro Código Civil para que el poseedor pierda su posesión¹².

En los casos de despojo llevado a cabo por el demandado, es especialmente interesante la acreditación de la posesión por parte del demandante. Esta acreditación, que resulta imprescindible para la recuperación de la posesión, corresponde al actor en virtud de las reglas sobre la carga de la prueba que establece el art. 217 LEC¹³. Es decir, en los procedimientos de tutela sumaria de la posesión se exige que el demandante sea capaz de probar que ostenta la posesión sobre la cosa en el momento de la demanda. En caso contrario, el Tribunal acertará al desestimar la pretensión del demandante.

En esta línea, podemos encontrar un gran número de sentencias, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª), de 15 de febrero de 2005¹⁴: «Resulta incuestionable que el hecho de la posesión — entendido como la situación fáctica actual de tenencia sobre la cosa en la que real y efectivamente ha de encontrarse quien promueve este Proceso — se configura como requisito esencial para

¹² Art. 460.4º CC: «*El poseedor puede perder su posesión: 4º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año*».

¹³ Art. 217.2 LEC: «*Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenCIÓN*».

¹⁴SAP Córdoba nº 31/2005, de 15 de febrero de 2005

el éxito de la acción de tutela sumaria de la posesión, hecho o circunstancia cuya prueba corresponde al demandante conforme a las normas generales que, sobre la carga de la prueba, establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; es decir, la parte demandante ha de acreditar inexcusablemente que se halla en la posesión física — o tenencia material y actual — de la cosa objeto del Procedimiento, con independencia del derecho — de propiedad o, incluso, de posesión — que ostentara o pudiera ostentar sobre la misma».

2º Que haya un despojo o perturbación en la posesión de la cosa por parte del demandado, lo cual implicaría la legitimación pasiva del mismo en el procedimiento de tutela de la posesión. En el caso expuesto, no cabe duda acerca de la legitimación pasiva de la Comunidad ROJA, dado que fueron quienes colocaron la valla que impedía el acceso a los vehículos de los propietarios de la parte demandante. Esta colocación de la valla es el despojo o perturbación exigido por nuestro ordenamiento como requisito, y la relación de la misma con la Comunidad ROJA es evidente, dado que reconocieron la colocación de la misma y eran los únicos con acceso a través de ella.

Cabe destacar que en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 250.4º LEC, se establece la posibilidad de interponer una demanda de tutela sumaria de la posesión ante un despojo o una perturbación. Es decir, en nuestro ordenamiento se diferencian ambos términos y la doctrina ha delimitado el contenido de ambos. La diferencia sustancial entre despojo o perturbación viene dada por la situación que se crea tras el acto que afecta la posesión. Si después de dicho acto el poseedor puede seguir disfrutando de la tenencia de la cosa, nos encontraremos ante una perturbación; mientras que si después del acto el poseedor no puede disponer de la cosa, nos encontraremos ante un acto de despojo.

A la hora de definir qué actos se incluirían en el contenido del perturbación, la doctrina nos da una definición de carácter residual, por la cual «constituirá un acto de perturbación todo ataque o agresión objetiva a la posesión ad interdicta que no constituya despojo»¹⁵. Aplicando esta diferenciación al caso de las Comunidades en conflicto, la colocación de la valla perimetral por la Comunidad ROJA supone un acto

¹⁵BUSTO LAGO y PEÑA LÓPEZ, citados por: CERRATO GURI, E.; *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; p. 127

de despojo y no de perturbación, ya que los propietarios de la Comunidad AZUL ven imposibilitado su acceso con vehículos al vial.

A pesar de la reforma introducida en el año 2000 en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, los diferentes tipos de interdictos, como los posesorios o los de suspensión de obra nueva, se han conservado junto con los rasgos que los caracterizaban. A raíz de ello, la diferenciación entre despojo y perturbación ha conservado la relevancia que implicaba anteriormente. Esta relevancia, surge al distinguirse entre dos tipos de interdictos de defensa de la posesión: los interdictos de retener y los de recobrar. Tal y como se desprende de su denominación, los interdictos de retener son la acción que procederá interponer cuando se haya sufrido una perturbación en la posesión y se pretenda la obtención de una resolución judicial que requiera al demandado a abstenerse de futuras perturbaciones; mientras que los de recobrar son los que procederán cuando se haya sufrido un despojo y se deseé la restitución de la situación anterior al mismo. En palabras de PRIETO CASTRO, citado por GONZÁLEZ POVEDA¹⁶, «el llamado proceso de interdicto de retener es sumario, siendo su objeto proteger la posesión actual como hecho o el hecho de la posesión contra las perturbaciones que la dañan, consistentes en actos que no significan privación de ella al poseedor; y el de recobrar es procedimiento de igual clase, cuya finalidad es proteger ese mismo derecho contra el despojo ya consumado en daño del poseedor».

Como consecuencia de lo anterior, a la hora de interponer la demanda por la que se pretenda la tutela sumaria de la posesión, se deberá escoger entre la acción de retener y la de recobrar. Esto se debe a que se trata de acciones cuya acumulación simultánea no es posible, en virtud de lo dispuesto en el art. 71.3 LEC: “*Será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio y no podrán, por tanto, acumularse cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras*”. Atendiendo al contenido de cada una de estas dos acciones posesorias, esta incompatibilidad se manifiesta en el hecho de que ambas tienen objetos completamente diferentes y que se excluyen entre sí. Es decir, si el caso cumple los requisitos para interponer una de ellas, no podrá cumplir con los requisitos de la otra ni podrán ejercitarse simultáneamente.

¹⁶GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 212

Sin embargo, la opción que sí que es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia es la de la acumulación subsidiaria de los dos tipos de interdictos posesorios, con base en el art. 71.4 LEC. Es decir, se permite que la parte demandante especifique en el suplico de la demanda si se decanta por la acción de retener o la de recobrar, y fije como acción de ejercicio eventual aquélla que no hubiera interpuesto en primer lugar. Así, si el Tribunal entiende que el caso no cumple con los requisitos exigidos para la acción principal, deberá valorar subsidiariamente la procedencia de la acción solicitada como tal. Podemos encontrar un ejemplo de la aceptación jurisprudencial de lo anterior en sentencias como la SAP de Valencia de 4 de octubre de 2005¹⁷: «La acción posesoria que se ejercita en el presente proceso y prevista en el artículo 250-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la anterior Ley Procesal regulaba de forma más detallada como interdictos de recobrar o retener la posesión, venía a ser distinguida en la doctrina jurisprudencial como dos figuras procesales diferentes que deben plantearse con el debido deslinde y claridad, suponiendo defecto en el modo de proponer la demanda el hacerlo con indeterminación tal que impida al juzgador dictar una sentencia congruente con lo pedido. Ahora bien, nada impide que puedan ejercitarse en forma subsidiaria o alternativa en un mismo proceso».

3º Que la demanda se presente en el ya mencionado plazo de 1 año desde el despojo o perturbación. Este plazo, está directamente ligado a la pérdida de la posesión explicada en el primero de los requisitos procesales para la admisión a trámite de la demanda. Es decir, no sólo se trata de un plazo que la Ley determine para la interposición de la acción, sino que es el plazo tras el cual el antiguo poseedor perderá su condición en favor de quien ostente la posesión a lo largo de ese período.

En consecuencia, la preclusión del plazo que se establece para la pérdida de la posesión supondrá que el antiguo poseedor ya no estará legitimado activamente para interponer la demanda de tutela de la posesión. Cabe destacar que, a efectos del transcurso de este plazo, es indiferente que el despojo o perturbación de la posesión sea contra la voluntad del antiguo poseedor.

¹⁷SAP Valencia 556/2005, Sección 8^a, de 4 de octubre de 2005

Correlativamente, en el artículo 439.1 de la Ley Procesal¹⁸ se establece el mismo plazo de 1 año que otorga el Código Civil, para la admisión a trámite de las demandas de tutela sumaria de la posesión.

4º Como último requisito para que prospere la demanda de tutela sumaria de la posesión, deberemos mencionar el denominado *animus spoliandi*, es decir, la intención por parte de quien ha cometido el acto de perturbación o despojo de convertirse en poseedor de la cosa. Se trata de un requisito que no se encuentra en la actual redacción ni de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni del Código Civil, pero que era exigido tanto por la doctrina anterior a la vigencia de la última reforma de la Ley procesal como por la doctrina inmediatamente posterior a dicha entrada en vigor. Actualmente, los Tribunales no exigen que se pruebe el *animus spoliandi* como requisito para defender la posesión, por lo que no resulta necesario profundizar más en este apartado.

Como se puede ver en este epígrafe, relacionando lo teórico con el caso que se presenta en este Trabajo, la Comunidad AZUL cumplía con todos los requisitos exigidos por la Ley y la doctrina jurisprudencial. En consecuencia, su demanda no sólo debía ser admitida a trámite, sino que, una vez probados los hechos de la misma, también se debía estimar su pretensión de recuperar la posesión que había venido disfrutando durante el período anterior al despojo realizado por la Comunidad ROJA. Este resultado, que ya era previsible antes de la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia, se debe fundamentalmente a que la Comunidad demandante podía probar la posesión sobre el vial objeto de litigio, sin necesidad de acompañar dicha situación de hecho con un título jurídico que la justificara.

2.2 CUESTIONES PROCEDIMENTALES

Además de los requisitos que deberá cumplir la demanda de tutela sumaria para su éxito en la vía judicial, el escrito de demanda tendrá que contener los extremos relativos a la competencia del Tribunal ante el que se presenta la acción y la cuantía del procedimiento.

¹⁸Art. 439.1 LEC: “*No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo*”

En primer lugar, respecto a la competencia, ésta se puede dividir en competencia objetiva y competencia territorial. La primera de ellas hace referencia al tipo de órgano ante el que se presenta la demanda, que en las de tutela de la posesión corresponderá a los Tribunales de Primera Instancia en virtud del artículo 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁹. Este artículo, tiene la función de encuadrar en el ámbito de los Juzgados de Primera Instancia todos aquellos juicios que no se atribuyan a otros órganos, como es el caso de las demandas de tutela sumaria de la posesión.

El segundo término al que he hecho referencia en el párrafo anterior, la llamada competencia territorial, encuentra su marco jurídico en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En su contenido, concretamente en su artículo 52.1 podemos ver que la competencia corresponderá a los Juzgados del lugar en que se encuentre la cosa litigiosa: “*No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes: 1.º En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante*”.

En aplicación de los dos artículos relativos a la competencia objetiva y territorial, en el caso que se presenta en este Trabajo la competencia para conocer y enjuiciar la demanda interpuesta por la Comunidad AZUL correspondió a los Juzgados de Primera Instancia de Zaragoza.

En segundo lugar, respecto a la cuantía del procedimiento, deberemos acudir a los artículos de la LEC relativos a la determinación de la misma. Cabe recordar, que la determinación de la cuantía en los procedimientos de tutela sumaria de la posesión, no tiene efectos a la hora de discernir si dichas demandas se tramitan a través de juicio ordinario o juicio verbal. Esto se debe a que, como ya he mencionado anteriormente, la tutela de la posesión pertenece al ámbito del juicio verbal por razón de la materia (ver p. 9).

¹⁹Art. 85.1 LEC: “*Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: 1. En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales*”.

A pesar de esta aclaración, en la demanda se deberá fijar el interés económico de la misma para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 253 de Ley procesal²⁰. En todo caso, la determinación de la cuantía se realiza siguiendo las reglas establecidas en el artículo 251 LEC. En el litigio que enfrenta a las dos Comunidades, parece apropiado aplicar la regla 11^a del mencionado artículo 251, relativa a las demandas que tengan por objeto una prestación de hacer. En este caso, dicha prestación consistiría en la retirada de la valla y la restitución de la situación existente antes del ataque a la posesión del demandante.

2.3 MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS

Atendiendo a los antecedentes de hecho del caso, resulta especialmente interesante traer a colación en este epígrafe las denominadas medidas cautelarísimas. Este tipo de medidas, como la solicitada por la Comunidad AZUL para obtener el levantamiento de la barrera hasta la resolución judicial sobre la demanda de tutela sumaria de la posesión, se prevén tanto en la legislación administrativa como en la civil. Con ellas, se concede al demandante la posibilidad de obtener una medida cautelar sin necesidad de otorgar audiencia previa al demandante, lo cual es un requisito que se exige con carácter general a las medidas cautelares²¹. En consecuencia, dado el carácter extraordinario de las cautelarísimas, la Ley procesal limita su aplicación a los casos en los que el demandante “*acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar*”²². En el litigio entre las

²⁰Art. 253 LEC: “*1. El actor expresará justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda. Dicha cuantía se calculará, en todo caso, conforme a las reglas de los artículos anteriores.*

La alteración del valor de los bienes objeto del litigio que sobrevenga después de interpuesta la demanda, no implicará la modificación de la cuantía ni la de la clase de juicio.

2. La cuantía de la demanda deberá ser expresada con claridad y precisión. No obstante, podrá indicarse en forma relativa, si el actor justifica debidamente que el interés económico del litigio al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al juicio ordinario, o que no rebasa la máxima del juicio verbal. En ningún caso podrá el actor limitarse a indicar la clase de juicio a seguir, ni hacer recaer en el demandado la carga de determinar la cuantía.

3. Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario”.

²¹Art. 733.1 LEC: “*Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado*”

²²Art. 733.2 LEC

Comunidades de propietarios, esta urgencia se funda en el hecho de que, de no estimarse la medida cautelarísima, se estaría manteniendo innecesariamente el despojo llevado a cabo por la Comunidad ROJA.

Cabe destacar, que aunque el auto por el que se acuerde una medida cautelarísima no sea recurrible, sí que se permite al demandado la posibilidad de oponerse al mismo y provocar la celebración de una vista en la que el Tribunal decida sobre la medida. Para ello, podrá tanto argumentar en contra de la procedencia de la medida como ofrecer caución sustitutoria de la misma.

2.4 JUICIO VERBAL Y SENTENCIA

Una vez interpuesta la demanda, cumpliendo la misma con todos los requisitos anteriormente explicados, ésta será admitida a trámite y se dará traslado de su contenido a la parte demandada para que conteste en el plazo de diez días recogido en el artículo 438 LEC. De esta forma, se iniciará el procedimiento de juicio verbal tras el que se dictará una sentencia que ponga fin, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir que tendrán las partes, al litigio sobre la posesión entre las dos partes implicadas. El juicio verbal se tramitará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 437 a 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los cuales no es necesario que nos detengamos dado el contenido de este Trabajo.

La sentencia con la que finalice el juicio verbal, podrá contener en su fallo únicamente dos soluciones: reconocer y proteger la posesión por parte del demandante, condenando al demandado a la restitución de la situación anterior a la perturbación o despojo llevado a cabo; o no reconocer la posesión por parte del demandante, desestimando su pretensión y no otorgándole ningún tipo de protección judicial por no reunir los requisitos para ello.

En el caso sobre el que versa este Trabajo, como ya he avanzado en los Antecedentes de Hecho, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión de la Comunidad AZUL, condenando a la Comunidad ROJA a la retirada de la valla con la que se impedía el uso del vial de acceso por parte de los propietarios demandantes.

2.5 RECURSOS

Llegados a este punto procesal, independientemente del contenido de la sentencia, siempre habrá una de las partes perjudicada por lo que se dicte en la misma. Es por ello, que las partes dispondrán de la posibilidad de recurrir el contenido de la decisión del Tribunal de Primera Instancia. La herramienta procesal que deberán utilizar para ello no será otra que el recurso de apelación, con el que podrán acceder a la segunda instancia.

En esta segunda instancia, la parte apelante buscará obtener una sentencia que revoque la de la primera instancia, a través de un nuevo examen de las actuaciones o de la práctica de pruebas no incluidas en el procedimiento²³. En todo caso, no cabrá incluir en la apelación las cuestiones no relacionadas con la posesión (como puede ser la cuestión relativa a la titularidad del derecho de propiedad), para lo que será necesaria la iniciación de un nuevo procedimiento mediante la correspondiente demanda.

Cabe destacar que las partes podrán utilizar este recurso independientemente de la cuantía del proceso, que dado el carácter del proceso de tutela sumaria de la posesión será en ocasiones inferior al mínimo de 3.000 euros exigido por el artículo 455.1 LEC. Esto se debe a que este artículo hace referencia a los juicios verbales que se tramiten a través de esta vía por razón de la cuantía, mientras que la tutela sumaria de la posesión se dirime en juicio verbal por razón de la materia, tal y como se recoge en el ya citado artículo 250 LEC.

En caso de que la sentencia de la Audiencia Provincial desestimara nuevamente las pretensiones de la Comunidad ROJA, habría que plantearse la posibilidad de interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Este recurso, constituiría la última opción de la que dispondríamos como defensa técnica de la Comunidad, sin perjuicio de que los hechos se desarrolle de tal forma que se pueda plantear la posibilidad de optar por otros recursos de carácter extraordinario. Sin embargo, a diferencia del recurso de apelación ya analizado, el recurso de casación se tiene que fundar en una serie de causas tasadas, que justifiquen la admisión a trámite del mismo. Estas causas, recogidas en el art. 477 LEC, hacen referencia a la protección de los

²³Únicamente se podrá solicitar la práctica de pruebas en segunda instancia en los casos recogidos a tal efecto en el art. 460 LEC.

derechos fundamentales y el denominado interés casacional. En el litigio entre las Comunidades ROJA y AZUL, no se pretende la tutela de ningún derecho fundamental recogido como tal en la Constitución, por lo que la causa que justifique la interposición de un recurso de casación deberá ser el interés casacional del caso. Cabe destacar que el recurso de casación no implica el acceso a una tercera instancia, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Supremo en sentencias como la de 26 de junio de 2018²⁴: «Es jurisprudencia consolidada la que afirma que el recurso de casación no es un recurso ordinario que dé paso a una tercera instancia en la que el recurrente pueda someter a este tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición, sino un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación por la sentencia de apelación de la norma, principio de derecho o jurisprudencia aplicable al caso».

Este interés casacional, desarrollado en el apartado tercero del propio art. 477 LEC, existirá “cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”. Sin embargo, dado el ámbito en el que se desarrolla la tutela sumaria de la posesión, este tipo de recursos tendrán una aplicación muy limitada. No debemos olvidar que los interdictos posesorios son procesos con un objeto muy limitado, con los que se pretende la protección del mero hecho de la posesión. En consecuencia, serán muy reducidos los casos en los que el Tribunal considere oportuno admitir el recurso de casación y resolver sobre el mismo.

3. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD

Una vez estimada la pretensión del demandante en el litigio relativo a la posesión sobre el vial de acceso, sin perjuicio del cambio de criterio que pueda aportar la Sentencia de Segunda Instancia, es necesario exponer las posibilidades de las que aún dispondría la Comunidad ROJA para tratar de obtener la posesión exclusiva sobre el

²⁴STS nº 398/2018, de 26 de junio de 2018

vial. De esta forma, podremos dictaminar cuál de estas posibilidades conviene presentar para defender la posición de nuestro cliente. Cabe reiterar en este punto, que la posesión no deja de ser un derecho débil y claudicante frente a otro de mayor rango, como puede ser el derecho de propiedad. Partiendo de esta base se configuran las opciones de las que dispondremos como Letrados de la Comunidad ROJA.

Así como el concepto jurídico de posesión va ligado al denominado *ius possessionis*, el titular del derecho de propiedad dispone del llamado *ius possidendi*. Este término de origen romano hace referencia al derecho de poseer la cosa, que tiene el titular de determinados derechos reales sobre la misma. Es decir, en el contenido de algunos derechos reales está incluido, entre otras facultades, el derecho a poseer la cosa. De esta forma, el propietario, por el hecho de ser titular del derecho de propiedad sobre la cosa, puede poseer la misma ya que esta potestad forma parte del derecho de propiedad.

El artículo de nuestro ordenamiento jurídico en el que se reconocen las facultades del titular del derecho de propiedad, así como las acciones de las que dispondrá el propietario para defenderla en sede judicial, es el ya citado artículo 348 del Código Civil (ver p. 7). Como queda claro en la redacción de este artículo por el legislador, el contenido del derecho real de propiedad comprende un amplio espectro de facultades, limitadas únicamente por la Ley o por la propia naturaleza de la cosa, en las que se fundan una amplia variedad de acciones judiciales. Esta variedad queda ya patente en sentencias antiguas, como la del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1964²⁵, en la que se nos dice que: «La acción del art. 348 CC otorga al propietario, como fundamental defensa de su derecho, un amplio contenido que la doctrina ha ido determinando, al comprender en ella tanto la que se dirige contra el tenedor o poseedor de la cosa para reintegrarla al dueño, acción estrictamente reivindicatoria; cuanto la que pretende la afirmación del derecho dominical ante el que, en cualquier forma, lo desconoce, acción declarativa; y asimismo cabe incluir en su ámbito todas aquellas acciones que, sin tener en la Ley una reglamentación específica, van dirigidas ya a la inicial afirmación del derecho de propiedad, cuanto a fijar el objeto sobre el que éste recae y a hacer efectivo los derechos de gozar y disponer, que constituyen la esencia del

²⁵Citada por GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 11

dominio, eliminando cuantos actos materiales o jurídicos se realicen contra la afirmación del derecho o contra su efectividad práctica».

Esta explicación es de una gran relevancia en el caso en el que se funda este Trabajo, ya que de ella obtenemos las diferentes vías judiciales que podrán utilizar los propietarios de la Comunidad ROJA para que se les reconozca la propiedad sobre el vial de acceso y, de esta forma, poder disfrutar de la posesión del mismo sin las limitaciones impuestas por la tenencia de la Comunidad AZUL. Estas vías judiciales son las acciones reales ligadas al derecho de propiedad.

Atendiendo al caso que concierne a las Comunidades de Propietarios, las tres acciones que se deben valorar como posibles opciones para la Comunidad ROJA son la acción reivindicatoria, la acción declarativa de dominio y la acción de deslinde. De estas tres acciones, las dos primeras comparten en gran medida los requisitos que les exige nuestro ordenamiento jurídico, aunque tienen rasgos propios que las diferencian y que nos permiten elegir entre una u otra en función de las circunstancias de cada caso.

3.1 ACCIÓN REIVINDICATORIA

La acción fundamental de la que dispone el propietario a la hora de defender su derecho es la llamada acción reivindicatoria. Esta acción real, ha sido definida por la doctrina como aquélla de la que dispone el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario, con el objetivo de que se declare su derecho de propiedad y se condene al demandado a que restituya la cosa a su legítimo dueño. Es decir, se trata de una acción de condena, en la que la pretensión del demandante no es otra que obtener la restitución de la cosa. Este rasgo es la principal diferencia entre la acción reivindicatoria y las demás acciones por las que se protege la propiedad, como veremos más adelante.

3.1.1 REQUISITOS

Al igual que en el caso de la demanda de tutela sumaria de la posesión ya analizada, las acciones de defensa de la propiedad exigen el cumplimiento de una serie de requisitos para su éxito en sede judicial. En el caso de la acción reivindicatoria, estos

requisitos han sido claramente definidos por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y son los siguientes:

1º Que el demandante, también llamado reivindicante en este tipo de acciones, sea propietario de la cosa y en el momento de la interposición de la demanda se halle privado de la posesión de la misma. El cumplimiento de este requisito supone que el demandante esté legitimado activamente en el proceso de defensa de la propiedad.

2º Que el demandado se encuentre en posesión de la cosa objeto de litigio, sin ostentar ningún derecho que le permita ejercer dicha posesión. Esta tenencia no amparada jurídicamente será la que otorgue al demandado su legitimación pasiva en el proceso. Cabe destacar, que también existe la posibilidad de que el demandado ostente un derecho que justifique su tenencia de la cosa, pero siendo éste de menor entidad que el derecho de propiedad alegado por el demandante, deberá claudicar ante el mismo.

3º Que el reivindicante disponga de un título jurídico que justifique su dominio sobre la cosa, siendo este título el núcleo fundamental en el que se funda la acción reivindicatoria. En palabras de MANRESA Y NAVARRO, citado por GONZÁLEZ POVEDA²⁶, «la cualidad de propietario supone que ha mediado un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste y que la persona que acciona es aquella que es sujeto de la relación».

Estos hechos jurídicos que menciona MANRESA Y NAVARRO, son los llamados modos de adquirir la propiedad que recoge nuestro ordenamiento jurídico. Estos modos, aparecen recogidos en el artículo 609 del Código Civil: “*La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción*”²⁷. Atendiendo a la clasificación que hace la doctrina, que los divide entre originarios y derivativos en función de si hay un titular previo que transmite la propiedad o no, los modos mencionados en el artículo 609 CC citado son los siguientes:

²⁶GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 16

- De carácter originario: la ocupación y la prescripción (también denominada usucapión)
- De carácter derivativo: la donación, la sucesión *mortis causa* y la tradición

En el caso que se expone en este Trabajo, el dominio adquirido por los propietarios de la Comunidad ROJA fue adquirido en virtud de contrato de compraventa, por lo que es necesario exponer brevemente la importancia de este hecho. Como es sabido, la propiedad que se pretende adquirir mediante un contrato de compraventa se justifica con la teoría del título y el modo. Esta teoría, exige al propietario la concurrencia de un título jurídico válido y la tradición o entrega de la cosa. Únicamente con la suma de ambas se obtiene el pretendido derecho de propiedad sobre la cosa, siendo insuficiente el contrato en sí mismo.

Esta explicación, adquiere relevancia en las acciones que puede interponer el propietario para proteger su derecho, ya que la jurisprudencia exige que le haya sido entregada la cosa²⁷. De esta forma, la adquisición será plenamente válida y permitirá al titular dominical defender su derecho en sede judicial.

4º Que se identifique de forma concreta y determinada la cosa sobre la que recae la acción, que esta sea poseída por el demandado, y que dicha identificación coincida con el título presentado por el reivindicante para demostrar la titularidad sobre dicha cosa. La identificación debe consistir en una descripción detallada, en la que no quiera confusión alguna sobre el objeto de la acción reivindicatoria.

En relación con el caso en el que se centra este Trabajo, hay que destacar el criterio seguido por la doctrina del Tribunal Supremo para las acciones que tengan por objeto un bien inmueble. Según lo exigido por el Tribunal Supremo, la Comunidad ROJA deberá identificar su parcela no sólo con el título o la descripción registral de la misma, sino que deberá determinarla sobre el terreno atendiendo a sus cuatro puntos cardinales con exactitud: «La identificación no se logra con la exposición que figura en el título presentado con la demanda, ni con la descripción registral, sino que requiere que la finca se determine sobre el terreno por sus cuatro puntos cardinales, debiendo

²⁷STS nº 654/1993, de 25 de junio de 1993: «La compraventa es sólo generadora de obligaciones, y la propiedad no se transmite por el simple contrato, sino por éste unido a la tradición».

éstos concretarse con toda precisión y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del art. 348 CC»²⁸.

En el ámbito de la acción reivindicatoria, requiere mención especial la carga de la prueba que corresponde a cada una de las partes en este tipo de procedimientos. De una parte, al reivindicante le corresponde probar su dominio sobre la cosa. Esta exigencia, reiterada en su jurisprudencia por el Tribunal Supremo, podemos verla plasmada en la Sentencia de dicho Tribunal de 23 de octubre de 1998²⁹: «La acción que se ejerce contra el tenedor o poseedor de la cosa para que la reintegre a su dueño requiere que éste pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama».

Sin embargo, la prueba del dominio plantea una serie de problemas que han llevado a algunos autores a calificarla como *probatio diabolica*³⁰. Esta dificultad probatoria se origina en el hecho de que la propiedad se transmite en muchos casos de forma derivativa, por lo que para demostrar que se ha obtenido la titularidad dominical de un bien habría que analizar la eficacia de todas las transmisiones de la misma desde que se originó el derecho. Ante este problema, el legislador ideó dos presunciones que otorgan al propietario su legitimación como tal, sin perjuicio de que esta pueda ser desvirtuada por la prueba de contrario. Estas dos presunciones, plasmadas nuestro ordenamiento jurídico, son la presunción de titularidad derivada de la posesión en concepto de dueño y la presunción de exactitud registral. A grandes rasgos, la primera de ellas permite una presunción de carácter *iuris tantum*, fundada en el artículo 448 del Código Civil³¹, y otorgada en favor de quienes posean una cosa presentándose como propietarios de la misma; mientras que la segunda de las presunciones, también de carácter *iuris tantum*, se otorga a quienes aparezcan como titulares en el Registro de la Propiedad y se funda en el contenido del artículo 38 de la Ley Hipotecaria³².

²⁸Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1992, citada por GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 35

²⁹STS nº 953/1998, de 23 de octubre de 1998

³⁰DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil, Tomo III: Derechos Reales*, ed. Colex, Majadahonda (Madrid), 2014, p. 277

³¹Art. 448 CC: «*El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo*»

³²Art. 38 LH: «*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos*».

De otra parte, al demandado en la acción reivindicatoria le corresponderá «probar la existencia de un título legitimador de su posesión frente al propietario que reivindica la cosa»³³, aunque no será necesario que pruebe la existencia de un título de dominio que le acredite como dueño de la cosa. De esta forma, la presunción del art. 448 CC no sería aplicable al demandado en el ámbito de la acción reivindicatoria, debiendo éste probar que su posesión se sustenta en algún título válido, como puede ser un contrato de arrendamiento.

3.1.2 EFECTOS

Como ya he mencionado anteriormente, la acción reivindicatoria es una acción de condena. En consecuencia, el efecto fundamental del éxito de la acción es la condena del demandado a la restitución de la cosa al demandante, cuya titularidad sobre el derecho de propiedad ha quedado acreditada en el juicio.

Según la jurisprudencia, en interpretación del artículo 1907 del Código Civil³⁴, a esta restitución de la cosa debe ir unida la devolución de los frutos y accesiones correspondientes al período en que el demandado ha estado en posesión de la misma. Sin embargo, esta obligación relativa a los frutos y accesiones no se aplicará en todos los casos, sino tan sólo en aquéllos en los que el demandado haya estado en posesión de la cosa actuando de mala fe. Esta mala fe, que deberá ser valorada por el Tribunal en función de los actos llevados a cabo por el poseedor, impediría que el demandado se amparara en el artículo 451 del Código Civil e hiciera suyos los frutos percibidos durante su tenencia: *“El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan. Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción”*.

³³GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 28

³⁴ Art. 1907 CC: *“La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados”*.

3.1.3 PRESCRIPCIÓN

En el ámbito de las acciones reivindicatorias, es imprescindible hacer referencia al plazo de prescripción que deberemos tener en cuenta al plantearnos la posibilidad de interponer una de estas acciones. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 1963 CC, la acción reivindicatoria debería prescribir a los treinta años, al tratarse de una acción real sobre un bien inmueble. Sin embargo, este plazo no es el único que afecta a la defensa de la propiedad mediante estas acciones. Esto se debe a que, durante el plazo de treinta años que el legislador otorga para las acciones reales sobre inmuebles, otra persona ha podido adquirir la titularidad dominical por medio de la usucapión, de plazos más breves. Es decir, en el plazo de treinta años del que dispone el propietario para interponer la acción reivindicatoria, éste ha podido perder la titularidad del dominio en favor de un nuevo propietario que haya adquirido su derecho cumpliendo los plazos legales para la usucapión.

A lo largo de los años, se ha producido un debate doctrinal en el que se enfrentaban dos posturas opuestas respecto a los plazos de prescripción. Atendiendo al análisis realizado por MARTÍNEZ VELENCOSO³⁵, podemos ver como, por un lado, autores como ALBALADEJO exponían que la acción reivindicatoria podía prescribir autónomamente, independientemente de si un nuevo propietario había usucapido la propiedad del bien. Por otro lado, autores como DÍEZ-PICAZO o DE PABLO CONTRERAS defendían que la prescripción de la acción y la usucapión de la propiedad estaban íntimamente ligadas, de forma que la primera solo se producía si se daba la segunda.

Este debate doctrinal quedó zanjado a partir del año 2012, cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo se decantó por la tesis de aquellos autores que relacionan la prescripción extintiva y la adquisitiva. Esta elección, acertada a mi juicio, se plasma en sentencias como la STS de 11 de julio de 2012³⁶, en la que el Tribunal recoge que: «conviene señalar la primacía o preferencia de los efectos de la adquisición del dominio respecto de las reglas de la prescripción extintiva, de suerte que actúan como presupuesto o condicionante para que esta última pueda producir sus plenos

³⁵MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.; “Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿Dos figuras en liza?”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2/2013 abril año 2013, Barcelona

³⁶STS nº 454/2012, de 11 de julio de 2012

efectos. La pérdida del derecho de dominio por el mero transcurso del tiempo que implica la prescripción extintiva de la acción carecería de fundamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 348, como pieza angular de nuestro sistema patrimonial, si previamente no se hubiera producido una pérdida de la posesión que resulte relevante para lesionar el derecho de dominio del titular de la acción, es decir, que represente una posesión hábil para la usucapión en concepto de dueño (artículo 447 y 1941 del Código Civil)».

Relacionando lo anterior al caso que centra este dictamen, por lo reciente de los hechos no cabría aplicar ninguno de los plazos de prescripción expuestos. En consecuencia, la Comunidad ROJA aún ostenta la legitimación para interponer la acción reivindicatoria, por lo menos en lo que a plazos se refiere.

3.2 ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO

Una vez expuesta la acción reivindicatoria, con sus características y requisitos propios, es el momento de analizar la llamada acción declarativa de dominio. Esta acción, que al igual que la reivindicatoria se extrae del contenido del ya citado artículo 348 CC, «se destina a la protección del derecho de propiedad, tratando de obtener una mera declaración constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa³⁷». Es decir, la acción declarativa de dominio no es una acción de condena, al permanecer el dueño de la cosa en posesión de la misma, sino que la pretensión del demandante es la de aclarar una situación de inseguridad jurídica surgida en torno a su propiedad. Por ello, para la interposición de esta acción será necesario que haya una controversia respecto a la titularidad del derecho de propiedad. Este tipo de acciones cuyo contenido es meramente declarativo, ya aparecen mencionadas en el artículo 5.1 LEC, en el que se nos dice que *“se podrá pretender de los Tribunales [...] la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas [...]”*.

³⁷Roj: STS 2520/1992, de 24 de marzo de 1992

3.2.1 REQUISITOS

Atendiendo a los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la viabilidad de las acciones declarativas de dominio, estos son muy similares a los exigidos para las acciones reivindicatorias. Esta similitud es de tal calado, que ambas acciones comparten dos de los requisitos exigidos para su éxito, como vamos a poder ver a continuación:

1º Que el demandante sea propietario de la cosa objeto de la acción, lo cual es imprescindible dado el contenido de la acción y supone la legitimación activa del mismo para defender su derecho de propiedad. Este requisito, era ligado por la jurisprudencia a la exigencia de que el propietario estuviera en posesión de la cosa. Es decir, el propietario no sólo tenía que ser capaz de probar su dominio sobre la cosa, sino que tenía que ser el poseedor de la misma en el momento de la interposición de la acción. Esta exigencia se plasmaba en sentencias tanto de las Audiencias como del Tribunal Supremo, en las que se nos dice que: «la protección que se otorga en este precepto lo es a favor del titular dominical actual, no de un titular que, aunque lo fue en tiempo pasado, ha dejado de serlo en el momento en que se plantea la demanda»³⁸.

Actualmente, la corriente jurisprudencial ha cambiado y ya no se exige que el propietario sea poseedor actual de la cosa en el momento de interposición de la acción.

2º Respecto a la legitimación pasiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia no exigen que el demandado esté en posesión de la cosa. Por ello, bastará que el demandado suponga una amenaza para la titularidad de la propiedad que ostenta el demandante. Así, en sentencias como la del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1991, el Tribunal dicta respecto a la acción declarativa de dominio: «Según muy reiterada jurisprudencia, no requiere que el demandado sea poseedor, siendo suficiente que contravenga de forma efectiva el derecho de propiedad, pues dicha acción tiene como finalidad obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye»³⁹.

3º Que el propietario disponga de título jurídico que pruebe que es el dueño de la cosa, lo cual es en esta acción tan fundamental como en la ya explicada acción

³⁸Roj: STS 11172/1995, de 24 de abril de 1995

³⁹Citada por GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 47

reivindicatoria. En el apartado relativo a dicha acción, también he expuesto una breve explicación de los títulos jurídicos y la adquisición de la propiedad, a la cual me remito dado que ambas acciones comparten este requisito (ver pp. 24 - 25).

4º Que se identifique de forma clara y precisa el bien sobre el que se ejerce la acción declarativa, y que dicha descripción coincida con el título de dominio por el cual el propietario prueba su derecho. Este requisito, al igual que el anterior, coincide con el exigido por la acción reivindicatoria ya explicada, por lo que me remito a lo expuesto el apartado destinado a la misma (ver p. 25 - 26).

3.2.2 EFECTOS

Como hemos podido ver en el apartado anterior, los requisitos que exige la acción declarativa de dominio para su éxito albergan una gran similitud con los de la acción reivindicatoria. Sin embargo, los efectos que producen estas dos acciones son radicalmente diferentes. De esta forma, mientras que la reivindicatoria implicaba la condena al demandado a la restitución de la cosa; la declarativa tan sólo tiene como efecto la obtención de una declaración de la titularidad dominical del demandante. A través de esta declaración, el propietario podrá hacer frente a quienes traten de cuestionar su derecho.

3.3 ACCIÓN DE DESLINDE

La tercera acción a la que tenemos que hacer referencia en relación a la defensa de la propiedad es la denominada acción de deslinde. Esta acción se funda en el contenido del art. 384 y ss. CC, en el que se nos dice que: *“Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes. La misma facultad corresponderá a los que tengan derechos reales”*. De este artículo, se desprende la acción por la cual el propietario podrá fijar los límites de su finca respecto a las fincas colindantes, delimitando la extensión superficial que comprenden los predios implicados y el ámbito sobre el cual el propietario ejerce su titularidad dominical. Estas acciones, dan solución a aquellos casos en los que, debido a

la continuidad del suelo sobre el que se sitúan los predios, no se puede obtener la línea perimetral que los separa y marca el ámbito del poder excluyente de cada propietario. Tradicionalmente, el concepto del deslinde de fincas ha ido ligado al del amojonamiento. Este segundo término hace referencia a la señalización, mediante mojones u otro tipo de signos permanentes, de los límites fijados por el deslinde.

El núcleo de las acciones de deslinde es la confusión entre los linderos de las fincas. El origen de esta confusión no es la continuidad del suelo ya mencionada, sino el no haberse llevado a cabo una correcta delimitación e identificación de las fincas entre las que surge una zona de dominio incierto. En consecuencia, el objetivo del actor en la acción de deslinde no es la adjudicación para sí mismo de una porción de terreno limítrofe, sino la aclaración de las dudas respecto a cómo se reparte esta porción entre fincas colindantes.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, el deslinde de fincas se puede obtener tanto por la vía contenciosa, en la que se profundiza en este apartado dadas los hechos del caso, como por dos vías introducidas en el año 2015. Estas vías fueron introducidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y por la reforma introducida en el mismo año en el Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. Con estas dos novedades legislativas, se establecieron dos procedimientos diferentes, en función de si se trataba de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad o no. Cabe destacar, que se trata de dos procedimientos que requieren de avenencia entre los intervenientes, lo que los convierte en poco relevantes para aquellos casos en los que las posiciones de las partes están enconadas.

Por un lado, la Ley 15/2015 recoge la vía por la cual se puede llevar a cabo la delimitación de fincas no inscritas en sus artículos 104 a 107. En ellos, el legislador plantea la posibilidad de iniciar un expediente de deslinde ante el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del lugar en que esté situada la finca. En la tramitación de este expediente se dará traslado del mismo a todos los interesados, se celebrará un acto de deslinde y se llegará a una resolución en la que se hará constar la avenencia, total o parcial, o la celebración sin avenencia del acto. En caso de avenencia entre los interesados, el contenido del acuerdo se remitirá al Catastro para que se lleven a cabo las modificaciones correspondientes. Conviene destacar, que

aquellos dueños de las fincas colindantes que se opongan al deslinde, tanto al inicio de la tramitación del expediente como durante la misma, estarán legitimados para “*demandar, en el juicio declarativo que corresponda, la posesión o propiedad de las que se creyese despojado en virtud del deslinde*”⁴⁰.

Por otro lado, para el deslinde de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad sin acudir a la vía judicial, deberemos acudir al mencionado Decreto de 8 de febrero de 1946, en el que se recoge la Ley Hipotecaria. En esta Ley, se recoge la vía por la cual se puede iniciar expediente de deslinde ante Notario hábil para actuar en el distrito al que pertenecen las fincas colindantes, o en cualquiera de los distritos colindantes al mismo. El procedimiento, que se regula en los artículos 200 y 201 de la Ley Hipotecaria, será siempre de común acuerdo entre los interesados. De esta forma, el Notario es sencillamente quien regula los trámites del procedimiento, quien recoge el hipotético acuerdo entre los propietarios y quien da traslado del contenido del mismo al Registro de la Propiedad.

A pesar de ello, la valoración que dada por algunos notarios al deslinde de fincas inscritas es completamente negativa⁴¹. Esto se debe a que en el articulado de la Ley Hipotecaria se establece que no serán los notarios quienes tengan la última palabra respecto a la delimitación de las fincas, sino que el Registrador de la Propiedad podrá impedir el deslinde si “*albergare dudas fundadas sobre la posibilidad de que el acuerdo de deslinde alcanzado encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria*”. La consecuencia de esta previsión legal no es otra que la de vaciar de eficacia la actuación del notario, ya que su expediente podrá ser dejado sin efecto por las dudas del Registrador, provocando que se trate de un procedimiento calificado por el gremio notarial como «un riesgo de inversión de tiempo y de dinero, con un resultado aleatorio»⁴².

Como última nota introductoria de la acción de deslinde, cabe exponer que en la práctica esta acción se utiliza habitualmente para delimitar fincas rústicas. Sin embargo, también pueden resultar necesarias en fincas urbanas, cuando las parcelaciones de las mismas han dado lugar a una situación en la que hay una controversia respecto al

⁴⁰Art. 106.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

⁴¹Como ejemplo, la opinión de Francisco Rosales de Salamanca, notario de Los Palacios y Villafranca (Sevilla): <https://www.notariofranciscorosales.com/deslinde-de-fincas/>

⁴²Extraído de la opinión de Francisco Rosales de Salamanca en artículo “Deslinde de fincas”, que se puede encontrar en el enlace citado en la nota anterior.

terreno comprendido en cada una de ellas. Este sería el caso del litigio entre los propietarios de las Comunidades ROJA y AZUL.

3.3.1 REQUISITOS

Respecto a los requisitos exigidos para la interposición y éxito de las acciones de deslinde, algunos de ellos son compartidos con las acciones reivindicatorias y declarativas de dominio, dado que todas ellas pertenecen al ámbito de la protección de la propiedad. Estos requisitos son:

1º Al igual que en las acciones reivindicatoria y declarativa de dominio, en las acciones de deslinde la legitimación activa la ostenta el propietario de la finca que pretende fijar los límites de la misma (ver pp. 24 – 25). Es decir, el primer requisito que se exige al demandante es el de probar su titularidad dominical mediante el oportuno título jurídico por el cual se justifique la misma.

Cabe mencionar, que la jurisprudencia no sólo otorga legitimación activa a los dueños, sino que también permite la petición de deslinde a los titulares de cualquier derecho real sobre la cosa e incluso al poseedor de la misma.

2º Respecto a la legitimación pasiva, en las acciones de deslinde será ostentada por el propietario de la finca colindante con la del demandante, con la cual comparte un límite incierto por el cual se confunden los linderos de ambas fincas.

3º El tercer requisito exigido para el deslinde de fincas es también compartido con las dos acciones ya explicadas, y es la identificación del predio del cual es titular dominical el demandante. Como ya he explicado anteriormente, esta identificación se tiene que dar entre la finca sobre la que se funda la acción y el título aportado por el demandante para probar su titularidad dominical sobre la misma (ver pp. 25 – 26).

Sin embargo, en los casos en los que es necesario interponer una acción de deslinde, siempre nos encontraremos ante fincas cuyos límites no están claros. Por ello, la identificación del predio no podrá ser tan exacta como en las otras dos acciones, ya que al menos uno de sus límites será confuso e incierto.

4º El último requisito que es exigido por los Tribunales es la confusión de linderos. Este requisito es la causa por la cual existen este tipo de acciones, y es indispensable para que nos encontramos ante un supuesto que requiera deslindar. A sensu contrario, en palabras de MAGRO SERVET⁴³, «la acción no será viable cuando los inmuebles se encuentran perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio».

5º Respecto al plazo en el que deberá interponerse esta acción, el Código Civil nos dice en su art. 1965 que el deslinde de propiedades contiguas, junto con otras acciones, no prescribe. Es decir, podrá interponerse una acción de deslinde siempre que exista una confusión en los límites de dos fincas contiguas, independientemente de cuándo haya tenido origen esta confusión, sin perjuicio de la posibilidad de que se haya producido una prescripción adquisitiva por parte de alguno de los titulares de las fincas implicadas.

Además de los requisitos expuestos, la prueba resulta de especial relevancia en la aplicación práctica de las acciones de deslinde. Como ya he comentado, estas acciones tienen como objetivo el clarificar la confusión existente respecto a los límites de fincas colindantes, por lo que es evidente la importancia que tendrá para las partes el poder aportar pruebas que inclinen la decisión judicial hacia los nuevos límites propuestos por las mismas. En el intento de alcanzar sus pretensiones, las partes deberán acudir irremediablemente a la prueba pericial.

Las pruebas periciales, que tan dispares valoraciones reciben por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se convierten en las acciones de deslinde en una exigencia fundamental para el éxito de las mismas. Este tipo de pruebas también resultan relevantes en las acciones reivindicatorias y declarativas de dominio, pero es en el deslinde donde alcanzan una mayor importancia. A pesar de lo establecido en el art. 385 CC, una gran número de los casos en los que es necesaria la interposición de una acción de deslinde no podrán ser resueltos de acuerdo con lo expuesto en los títulos aportados por las partes, ya que es de la inexactitud de estos títulos de donde surge la confusión acerca de los límites de las parcelas. Por ello, atendiendo al contenido de los arts. 385 y

⁴³MAGRO SERVET, Vicente; *Acciones Civiles, Tomo IV: Derechos reales – Derecho inmobiliario*; ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2017; p. 486

386 CC, el deslinde se realizará teniendo en cuenta la posesión de la zona en conflicto y otros medios de prueba. En este concepto indeterminado de los otros medios de prueba que se pueden utilizar para delimitar las fincas, es donde el legislador introduce la posibilidad de las pruebas periciales.

Atendiendo al caso que se expone en este Trabajo, la defensa técnica de la Comunidad ROJA se verá obligada a contratar una prueba pericial que le permita fundar su pretensión sobre el vial de acceso; mientras que la defensa de la Comunidad AZUL también deberá recurrir a los servicios de un perito para poder oponerse en igualdad de condiciones a la prueba aportada por la parte demandante.

3.3.2 EFECTOS

En cuanto a los efectos producidos por la estimación de una acción de deslinde, estos se reducen a la fijación topográfica de los límites de las fincas colindantes, aclarando la zona confusa que existía en los mismos. Además, esta fijación topográfica puede ir acompañada de una fijación física de los límites mediante el amojonamiento de los mismos.

3.4 CUESTIONES PROCESALES COMUNES A LAS ACCIONES DE DEFENSA DE LA PROPIEDAD

De la misma forma que he dedicado un epígrafe de este Trabajo a las cuestiones procesales relativas a las demandas de tutela sumaria de la posesión, parece oportuno comentar el *íter procesal* que deberán seguir las acciones de defensa de la propiedad. En la Ley procesal vigente en la actualidad, las tres acciones que he expuesto en los epígrafes anteriores comparten en gran medida el cauce procesal por el cual deberán ser tramitadas y resueltas.

En primer lugar, respecto a la competencia del Tribunal ante el que se deberán presentar las demandas que contengan las tres acciones de defensa de la propiedad expuestas, me remito a lo explicado respecto a la competencia en el epígrafe relativo a las cuestiones procesales de las demandas de tutela sumaria de la posesión (ver pp. 16 –

18). Esto se debe a que a las acciones de defensa de la propiedad se aplican los mismos artículos y, en consecuencia, en este caso deberían interponerse ante el mismo Tribunal que el interdicto de la Comunidad AZUL: el Tribunal de Primera Instancia de Zaragoza.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 249 y 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dado que ninguna de las acciones de defensa de la propiedad analizadas se encuentra en el ámbito del juicio ordinario o del juicio verbal por razón de la materia; deberemos acudir al criterio de la cuantía para determinar si el proceso se deberá tramitar conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario o para el juicio verbal. Este criterio, establece que las demandas cuya cuantía no exceda de los seis mil euros se tramitarán conforme a lo dispuesto para el juicio verbal⁴⁴; mientras que aquéllas cuya cuantía excede de los seis mil euros o sean imposibles de calcular, se tramitarán conforme a lo establecido para el juicio ordinario⁴⁵.

Como consecuencia de lo anterior, la cuantía que se determine en la demanda tendrá especial relevancia en las acciones de defensa de la propiedad, ya que indicará la tramitación que seguirá el procedimiento⁴⁶. Esta cuantía, no será fijada libremente por el actor, sino que seguirá las reglas contenidas en el artículo 251 de la Ley procesal. Mediante la aplicación de las diferentes reglas contenidas en este artículo, podemos ver como la que se aplicará a las acciones de defensa de la propiedad será la contenida en el art. 251.2⁴⁷: “*Cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase. Para este cálculo podrá servirse el actor de cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, si no es posible determinar el valor por otros medios, sin que se pueda atribuir a los inmuebles un valor inferior al que conste en el catastro*”.

⁴⁴Art. 250.2 LEC: “Se decidirán también en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de seis mil euros y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado 1 del artículo anterior”.

⁴⁵Art. 249.2 LEC: “Se decidirán también en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía excedan de seis mil euros y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo”.

⁴⁶Sin perjuicio de la posibilidad de que se lleve a cabo un control, de oficio o a instancia de parte, sobre la cuantía establecida por el actor en su demanda (Arts. 254 y 255 LEC).

⁴⁷A esta regla nos remite la 3^a regla contenida en el art. 251 LEC, en cuyos apartados podemos encontrar los relativos a la acción reivindicatoria y la acción declarativa de dominio (apartado 1º de la 3^a regla), y la acción de deslinde (apartado 6º de la 3^a regla).

Es decir, en las acciones reivindicatorias, declarativas de dominio y de deslinde, se utilizará como cuantía el valor de la cosa objeto de la pretensión del demandante. Sin embargo, el objeto de la pretensión es diferente según la acción de la que se trate. Por ello, en las acciones declarativas se deberá valorar el total del inmueble, lo que en la mayoría de los casos supondrá la superación de la cuantía mínima de seis mil euros y la tramitación del procedimiento conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario. Sin embargo, en mi opinión las acciones de deslinde y las acciones reivindicatorias presentan más dudas a la hora de valorarse el interés económico de las mismas. Entendiendo que este se limitará al valor del objeto de la pretensión, en estas dos acciones se tomará como cuantía el importe de la valoración de la zona controvertida (para las acciones de deslinde) o el de la superficie cuya restitución se quiere obtener (para las acciones reivindicatorias).

A efectos de la valoración que se deberá obtener para poder fijar el interés económico en la demanda interpuesta para la protección de la propiedad, dispondremos de los diferentes medios ya previstos en el art. 252.2^a. En este artículo, se nos dice que se utilizarán como referencia los precios corrientes de mercado, siempre y cuando estos no sean inferiores al valor catastral. Por ello, las dos principales opciones que podrá utilizar el demandante son: la fijación del valor del inmueble según la dada a los mismos en valoraciones oficiales (como el Servicio de Valoraciones Inmobiliarias del Gobierno de Aragón), o la fijación del valor mediante la contratación de un perito inmobiliario. Esta segunda opción parece la más oportuna para aquellos casos en los que se pretenda fijar la cuantía de una acción reivindicatoria o una acción de deslinde, dada la dificultad que entraña la valoración de una porción concreta de una finca.

3.5 ELECCIÓN DE LA ACCIÓN OPORTUNA

El siguiente paso, una vez debidamente analizadas las tres acciones fundamentales que nos brinda el legislador para la defensa de la propiedad, es el de exponer cuál de ellas se debería utilizar en el caso sobre el que versa este trabajo. Conviene a tal efecto, comenzar exponiendo cuáles son las diferencias que presentan las acciones reivindicatorias, las declarativas de dominio y las acciones de deslinde.

Dadas las similitudes entre estas tres acciones, las principales diferencias entre las mismas las encontramos en la pretensión y la exigencia del requisito de posesión por parte del demandado. En primer lugar, la acción reivindicatoria tiene una finalidad recuperatoria, dado que el demandado se encuentra en posesión de la cosa de la que es propietario el demandante. Por ello, los casos típicos en los que se aplica son aquéllos en los que el propietario ha perdido la posesión de la cosa en favor del demandado.

En segundo lugar, la acción declarativa de dominio no tiene como pretensión la recuperación de la cosa, ya que tan sólo busca la obtención de una declaración de titularidad dominical sobre la misma. Por ello, los casos típicos en los que se aplica no son aquéllos en los que el propietario no posee la cosa, sino los que presentan un propietario que es a su vez poseedor de la cosa; y cuya preocupación es el nacimiento de una controversia en torno a la titularidad de la propiedad sobre la misma.

En tercer y último lugar, la acción de deslinde tiene una pretensión más cercana a la de la acción declarativa de dominio que a la de la acción reivindicatoria. Como hemos visto en el epígrafe 3.3, la pretensión que se persigue con el deslinde de una finca es la de poner solución a la controversia surgida respecto a los límites entre la misma y las fincas colindantes. Es decir, partimos de una situación en la que existe una confusión entre las lindes de los predios y el demandante busca la aclaración de la situación y la fijación de unos límites que pongan fin a las dudas; todo ello independientemente de quién haya poseído las zonas controversiales. Por ello, los casos en los que habitualmente se interpondrán este tipo de acciones serán casos en los que la continuidad del suelo sobre el que se sitúan las fincas no ha sido resuelta correctamente a la hora de parcelar, registrar o elevar a público las mismas.

Sin embargo, recordando los Antecedentes de Hecho, podemos ver que la controversia surgida entre las Comunidades AZUL y ROJA presenta una serie de rasgos que dificultan la elección entre las acciones que hemos comentado hasta ahora. Esta dificultad se debe a dos factores fundamentalmente, relativos a la posesión del vial de acceso y a las lindes de las parcelas sobre las que se construyeron los edificios.

En primer lugar, nos puede generar dudas el hecho de que los propietarios de ambas Comunidades han compartido el uso del vial de acceso durante los últimos años. De esta forma, no tenemos en el caso un ejemplo típico de aplicación de las acciones reivindicatoria o declarativa de dominio. Esto se debe a que los propietarios de la

Comunidad AZUL ni son poseedores exclusivos que hayan privado de su derecho a los propietarios de la Comunidad ROJA; ni son un pretendiente que aspire a disputar la titularidad de la propiedad sobre el vial de acceso a su legítimo propietario. Además, una vez expuestos los requisitos que exigen cada una ellas, podemos ver que la Comunidad ROJA cumpliría con los exigidos tanto para la acción reivindicatoria como para la declarativa de dominio. En consecuencia, la elección entre la interposición de una u otra deberá basarse en la pretensión que persigue cada una de ellas.

Analizando el objetivo perseguido por la acción declarativa de dominio, podemos ver que dados los antecedentes de hecho de este caso, sería una acción cuyo contenido no alcanzaría a cubrir toda la pretensión a la que aspira el demandante. Con esta acción, la Comunidad ROJA podría llegar a obtener una sentencia en la que declarara su titularidad dominical sobre el vial de acceso, pero no se ventilaría en este procedimiento la cuestión relativa a la posesión que ha venido ejerciendo la Comunidad AZUL. Por ello, a mi juicio, la acción reivindicatoria otorgaría en este caso una defensa de la propiedad más completa y eficaz, ya que el procedimiento que se desarrollaría a raíz de la misma permitiría discutir tanto la propiedad sobre el vial de acceso, como la restitución de la misma con carácter exclusivo a la Comunidad ROJA.

La segunda cuestión controvertida a la que nos enfrentamos en este caso es la de la confusión respecto a los límites entre las parcelas correspondientes a las Comunidades litigantes. No sólo nos encontramos ante un caso en el que se discute la posesión y posteriormente la propiedad sobre el vial de acceso, sino que la cuestión que subyace en el fondo del asunto es que las lindes de las dos fincas no gozan de la precisión necesaria. Esta confusión es la que da origen al conflicto entre los propietarios de las dos Comunidades, y la que provoca que tanto unos como otros se proclamen propietarios de la calle que discurre entre los dos predios. Por lo tanto, si traemos a colación lo expuesto respecto a la acción de deslinde, podemos ver que el caso presenta los caracteres necesarios para que se pueda interponer la misma.

En conclusión, a mi parecer la mejor opción de la que dispone la Comunidad ROJA como demandante es la de optar por la acumulación de dos acciones: la acción reivindicatoria y la acción de deslinde. De esta forma, la Comunidad demandante puede englobar la totalidad de su pretensión en un único procedimiento, en el que buscará que se fijen con claridad los límites entre su parcela y la de la demandada, que se le

reconozca la titularidad dominical sobre el vial de acceso y que se le restituya la posesión exclusiva del mismo. La acumulación de estas dos acciones, amparada por la jurisprudencia a fin de evitar un doble litigio sobre la misma cosa, encuentra su fundamento jurídico en los artículos 71 a 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En estos artículos, en los que se regula la acumulación de acciones en el orden civil, se establece la posibilidad de acumular acciones en un único procedimiento y resolverlas con una única sentencia. Para ello, se tiene que tratar de acciones que no sean incompatibles entre sí. Atendiendo a la posibilidad de acumulación de acción reivindicatoria y acción de deslinde, en mi opinión se trata de acciones que se excluyen mutuamente. Esto se debe a que la reivindicatoria exige una perfecta identificación de la finca objeto del procedimiento, mientras que la acción de deslinde se interpone precisamente a raíz de una controversia respecto a los límites de la finca.

En consecuencia, para poder fundar la vía propuesta en este dictamen para los propietarios de la Comunidad ROJA, será necesario acudir al contenido del art. 71.4 de la Ley procesal. En este artículo, se nos dice que cabrá la acumulación de acciones incompatibles entre sí, siempre y cuando se exprese en la demanda cuál es la acción principal y cuál se ejercitará subsidiariamente en caso de que la primera no se estime fundada. Este tipo de acumulación es el aceptado por la jurisprudencia, aunque introduciendo una peculiaridad en el tratamiento del mismo. En la práctica de los Tribunales, la acumulación de las dos acciones mencionadas no se resuelve según las normas generales de aplicación subsidiaria, según las cuales solo se introduciría la segunda cuestión en caso de desestimarse la primera. Por motivos de economía procesal, la jurisprudencia acepta actualmente que se interpongan la acción de deslinde y la reivindicatoria de forma que, una vez resuelta la delimitación de los límites de las fincas, el Tribunal resuelve sobre la cuestión introducida por la acción reivindicatoria. Es decir, después de fijar las lindes de las fincas implicadas en el litigio, el Tribunal valorará si el demandado ha sobrepasado los límites de su propiedad, en cuyo caso condenará al mismo a la restitución de la porción de terreno correspondiente a la parcela del demandante.

Un ejemplo de esta especial aplicación de la acumulación de acciones podemos encontrarlo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2013⁴⁸, con la

⁴⁸STS nº 773/2013, de 10 de diciembre de 2013

que se pone fin a un litigio que comparte importantes rasgos con el abordado en este dictamen. En el caso relativo a la Sentencia citada, la parte demandante interpuso demanda por la cual ejercitaba las acciones de deslinde y reivindicatoria de forma acumulada, obteniendo en el fallo del Tribunal Supremo la fijación de la linde controvertida, la declaración de la propiedad exclusiva de su mandante sobre dicha zona y la restitución de la misma libre y expedita. En el fallo también se recoge la posibilidad de que la parte demandada opte por la compra del terreno objeto de litigio conforme al valor económico del mismo, aunque dicha opción parece ligada al hecho de que la parte demandada había construido una serie de edificaciones en la zona litigiosa.

En virtud de lo expuesto, la solución que se propone en este dictamen a la hora de establecer la defensa técnica de la Comunidad ROJA, no es otra que la de la interposición de una demanda en la que conste la acción de deslinde como acción principal, con la acción reivindicatoria como acción subsidiaria. Para ello, la redacción de la demanda que se interponga deberá ser especialmente minuciosa, dejando patente la situación fáctica y la conveniencia de la acumulación de las dos acciones para resolver el litigio en un único procedimiento.

De esta forma, el Tribunal resolverá en primer lugar la delimitación de la linde que transcurre entre las dos Comunidades, aclarando la situación respecto al vial de acceso. En segundo lugar, en caso de que de la nueva delimitación incluya la totalidad del vial en la parcela de los propietarios de la Comunidad ROJA, la posesión de la Comunidad AZUL pasaría a convertirse en un ataque evidente al derecho de propiedad de los demandantes en este proceso. En consecuencia, la sentencia incluirá en su fallo tanto la aclaración de lo relativo a la delimitación de las parcelas, como la condena a la Comunidad AZUL de restituir a sus adversarios judiciales en el uso exclusivo del vial.

Una vez interpuesta esta demanda, la cuestión relativa al procedimiento a través del cual se ventilará la misma, es en este caso sencilla de responder. Tal y como he mencionado anteriormente, tanto las acciones reivindicatorias como las de deslinde se resuelven como juicio ordinario o verbal en función de la cuantía. Atendiendo al litigio entre las dos Comunidades, la demanda presentada para defender los intereses de los propietarios de la Comunidad ROJA se tramitará conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario, dado que su cuantía se fija por encima del límite mínimo de seis mil euros.

4. SERVIDUMBRES

Una vez expuestas las opciones de las que disponen los poseedores y los propietarios a la hora de defender sus derechos por vía judicial, es el momento de adelantarse al desarrollo de los acontecimientos y analizar una figura jurídica que podrá revelarse como fundamental en el futuro del litigio entre las dos Comunidades. Esta figura jurídica, que también ostenta el rango de derecho real, es la servidumbre. Conviene analizar esta figura ya que, una vez dictada resolución judicial sobre el declarativo relativo al derecho de propiedad, la existencia de una servidumbre entre las dos fincas podrá convertirse en el núcleo de un nuevo litigio entre ambas Comunidades. Esto se debe a que, aunque la Comunidad ROJA obtenga una resolución favorable a sus intereses respecto al derecho de propiedad sobre el vial de acceso, la Comunidad AZUL aún dispondrá de la oportunidad de reclamar la existencia de una servidumbre a su favor con la que poder usar el controvertido vial.

Cabe destacar, que al desarrollarse el litigio sobre el que versa este dictamen en el territorio de Aragón, en los aspectos relativos a las servidumbres será de aplicación el contenido del Código de Derecho Foral de Aragón. Concretamente, este Código otorga un título propio a las servidumbres, el Título II del Libro Cuarto. En los artículos que se incluyen en el mismo, podemos ver las similitudes, así como las importantes diferencias, entre la regulación que otorga el ordenamiento foral a esta figura y la que recibe en el Derecho civil común. Como consecuencia de lo anterior, a la hora de analizar la posible importancia de las servidumbres en el caso de las Comunidades de propietarios, deberemos prestar atención exclusivamente a la regulación foral de las servidumbres.

Obviando un análisis en profundidad de los rasgos que caracterizan a este derecho, parece necesario hacer referencia brevemente a algunas de las características más destacadas de las servidumbres prediales. En primer lugar, cabe destacar que las servidumbres son derechos reales, con todos los rasgos que ello conlleva, y que regulan las relaciones entre inmuebles. En esta relación, podemos encontrar una finca, denominada por ello predio dominante, que goza de un beneficio sobre otra, denominada por ello predio sirviente. Atendiendo a la definición dada por el CDFA en su art. 551, “*La servidumbre es el derecho real limitado de goce establecido sobre una*

finca en beneficio de otra”. En segundo lugar, se trata de derechos inherentes a los fundos en los que se constituye la servidumbre, tanto al dominante como al sirviente, de forma que las servidumbres prediales son inseparables (e inalienables separadamente) de los mismos. Como último rasgo clave a la hora de afrontar el estudio de las servidumbres, hay que destacar que las servidumbres son indivisibles, permaneciendo inalterables en caso de división del predio sirviente (en cuyo caso, el titular de cada una de las fincas resultantes deberá acatar el contenido de la servidumbre en la parte que le afecte) o del predio dominante (en cuyo caso, cada uno de los titulares de las fincas resultantes podrán ejercer por completo el contenido de la servidumbre).

4.1 TIPOS DE SERVIDUMBRES

En función del contenido, el uso y la apariencia de las servidumbres, éstas se pueden calificar como aparentes o no aparentes; positivas o negativas; y continuas o discontinuas. Las reglas con las que diferenciar las servidumbres atendiendo a estos conceptos las podemos encontrar en el art. 552 CDFA, en el que se nos dice que: “*1. Las servidumbres pueden ser aparentes o no aparentes, positivas o negativas, continuas o discontinuas. 2. Es aparente la servidumbre que se anuncia por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma, siendo servidumbres no aparentes todas las demás. 3. La servidumbre es positiva cuando otorga al titular de la finca dominante un determinado uso de la finca sirviente, y es negativa cuando consiste en una limitación de las facultades del titular de la finca sirviente. 4. La servidumbre continua es aquella cuyo uso es o puede ser incesante sin la intervención humana. La servidumbre discontinua es la que se usa a intervalos más o menos largos y depende de actos humanos*”.

Aplicando esta calificación a la posible servidumbre de paso que podrían defender los propietarios de la Comunidad AZUL, desde la posición defendida en este dictamen se afirmaría que la servidumbre es: no aparente (ya que no dispone de un signo que permita apreciar la existencia de una relación de servicio prestado por una finca a la otra); positiva (ya que otorgaría a los propietarios el derecho a transitar por el vial); y discontinua (ya que requiere de hecho actual de la persona para su uso). Como veremos en el siguiente apartado, la pertenencia de la hipotética servidumbre del caso a

estos subgrupos resultará de especial relevancia en el momento de afrontar la constitución de la misma.

4.2 CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES

Continuando con la exposición del funcionamiento de las servidumbres en el Derecho foral aragonés, hay que hacer referencia a los diferentes modos por los que se constituyen las servidumbres. Este epígrafe, tendrá una importancia fundamental a la hora de preparar la defensa técnica de la Comunidad ROJA, ya que permitirá vislumbrar las posibilidades de las que disponen los propietarios de la Comunidad AZUL y aconsejar las decisiones apropiadas a los clientes cuya posición se expone en este dictamen.

Los modos por los cuales se puede constituir una servidumbre en Aragón son cuatro, y se recogen en el art. 561 CDFA: “*Las servidumbres se constituyen: a) Por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente. b) Por voluntad del titular de la finca dominante, con carácter forzoso para el de la finca sirviente, cuando la ley así lo contempla. c) Por signo aparente. d) Por usucapión*”. Una vez llegados a este punto, con un primer análisis podemos descartar aquellos modos que no se podrían aplicar al caso sobre el que versa este dictamen. En primer lugar, podemos descartar la constitución de una servidumbre por la voluntad de los propietarios de ambas Comunidades, dado que los de la Comunidad ROJA aspiran al uso exclusivo del vial de acceso. En segundo lugar, podemos descartar la constitución de una servidumbre forzosa con base en lo contemplado en la ley. Esto se debe a que las servidumbres forzosas de paso, las únicas de este tipo que encajan de alguna forma con las pretensiones de los propietarios de la Comunidad AZUL, pueden ser exigidas por los titulares de aquellas fincas que queden enclavadas entre fincas ajenas y no puedan acceder a una vía pública. Sin embargo, en el caso al que nos enfrentamos, ambas Comunidades disponen de acceso a la vía pública que las circunvala sin necesidad de atravesar el terreno de la finca colindante.

Una vez descartados los dos primeros modos de constitución de servidumbres en Aragón, debemos atender más detalladamente a los dos modos restantes, por ser estos más apropiados dadas las circunstancias del caso. No hay que olvidar que en este

apartado del dictamen, se está tratando de anticipar el desarrollo futuro de las posibilidades de los propietarios de las dos Comunidades implicadas, por lo que los dos modos que aún restan por exponer son especialmente relevantes al encajar mejor con los hechos que se plantean en el caso. En primer lugar, la constitución de servidumbres por signo aparente se produce en aquellos casos en los que dos fincas pertenezcan a un mismo propietario, existiendo un signo aparente de servidumbre entre ambas, y éste enajene una de las fincas sin hacer mención expresa a la extinción de la servidumbre en el título de transmisión. Este modo de constitución de servidumbres también se utiliza en los casos en que un propietario divida una finca y enajene las resultantes, existiendo entre ellas un signo aparente de servidumbre.

Aplicando lo anterior al caso de las dos Comunidades de propietarios, cabe recordar que antes de su edificación y posterior enajenación como viviendas, las dos fincas en las que se sitúan éstas pertenecían a un mismo propietario: la empresa inmobiliaria dueña de los solares. Sin embargo, a pesar de que se cumple este requisito, presenta más dudas el hecho de que el propietario quisiera constituir una servidumbre y señalarla mediante un signo aparente. Para la constitución de servidumbres, este signo debe revelar al observador externo la relación de servicio que vincula a las fincas implicadas. Recordando los antecedentes de hecho y la descripción de la realidad topográfica del caso, podemos recordar que el único posible signo aparente es el propio vial, origen de todas las cuestiones que se suscitan en este dictamen, ya que del mismo no nacen caminos que lleven a las diferentes fincas. El vial, tiene como utilidad original la de dar acceso a los vehículos de los propietarios de la Comunidad ROJA, de forma que estos puedan ser introducidos en sus respectivos garajes. Es decir, el vial ni da acceso directo a la edificación de la Comunidad AZUL, ni constituía en origen un signo que permitiera vislumbrar que las dos parcelas estaban unidas por un derecho de servidumbre de una sobre otra.

Atendiendo a lo expuesto por SÁNCHEZ CALERO⁴⁹, para que una servidumbre pueda ser calificada como aparente será necesario lo siguiente: «El signo exterior ha de tener carácter permanente y manifestar la existencia de la servidumbre de modo inequívoco, de manera que razonablemente pueda deducirse la realidad de aquélla. El signo exterior puede estar situado en el fundo dominante o en el sirviente, siempre que

⁴⁹SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; *Curso de Derecho civil: Tomo III Derechos reales y registral inmobiliario*; 7^a edic., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

el signo exterior, en el primer caso, aunque sólo sea parcialmente, sea visible desde el sirviente y revele de modo inequívoco la existencia de la servidumbre [...] Por ejemplo, la servidumbre de paso, dependiendo de si hay o no camino construido». En consecuencia, el propio vial, que podría ser el signo aparente de la hipotética servidumbre constituida en favor de la finca colindante, en mi opinión no parece que sea tal.

En segundo lugar, y como último modo de constitución de servidumbres recogido en el Código de Derecho Foral de Aragón, tenemos la usucapión de servidumbres. Cabe destacar que el sistema establecido por el legislador aragonés para la usucapión de servidumbres es radicalmente diferente al propuesto por el Código Civil. En Aragón, aunque se excluyen de la usucapión las servidumbres negativas y las no aparentes no susceptibles de posesión, se permite la adquisición de servidumbres tanto aparentes como no aparentes. Por un lado, para las aparentes, el CDFA exige en su art. 568 que transcurran *“diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe”*. Por otro lado, para las no aparentes susceptibles de posesión, el CDFA exige los mismos plazos que para las aparentes, con el añadido de que la posesión deberá ser de buena fe y con justo título. Además, se recoge la posibilidad de adquirir por usucapión servidumbres no aparentes en aquellos casos en los que haya una *“posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida”*.

Relacionando lo expuesto respecto a la usucapión de servidumbres con el caso sobre el que versa este dictamen, excluyendo lo dispuesto respecto a las servidumbres no aparentes adquiridas por su posesión inmemorial, debemos atender a los plazos establecidos para la usucapión de servidumbres aparentes y no aparentes. Si traemos a colación lo recogido en los hechos del caso, los propietarios de la Comunidad AZUL se instalaron en sus viviendas a lo largo del mes de noviembre de 2012. En consecuencia, aunque desde esa misma fecha hayan venido poseyendo el vial de acceso, los propietarios de esta Comunidad no cumplirían con el plazo de diez años exigido entre presentes para la constitución de una servidumbre en Aragón. Todo ello sin perjuicio de que, de estar de acuerdo el Tribunal con la calificación de no aparente que se otorga en este dictamen a la hipotética servidumbre, sería necesario que la Comunidad AZUL ostentara justo título y buena fe para ver satisfechas sus aspiraciones de gozar de un derecho sobre la finca de la Comunidad ROJA.

En resumen, en mi opinión la servidumbre que podría solicitar la Comunidad AZUL presentaría serias dudas en lo relativo a su constitución. Sin embargo, como ya he dicho anteriormente, la existencia de una servidumbre sería la última herramienta de la que dispondrían los propietarios de esta Comunidad para legitimar su uso del vial de acceso, una vez desestimadas sus pretensiones en el procedimiento de defensa de la propiedad ya explicado. En consecuencia, como posible fuente de un futuro litigio para la Comunidad ROJA, es necesario afrontar en este dictamen el análisis de la acción por la cual los propietarios de esta Comunidad podrán oponerse a una nueva perturbación desarrollada por sus adversarios judiciales.

4.3 ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE

La acción negatoria de servidumbre es, como ya he avanzado, la acción ejercitable por los titulares de una finca que deseen negar la existencia de una servidumbre sobre la misma, por la cual su finca se constituye como predio sirviente de otra finca ajena. Se trata de una acción real, cuyo contrapunto es la denominada acción confesoria de servidumbre, por la cual el titular de un predio dominante trata de obtener el reconocimiento judicial a la existencia de dicha carga.

La principal característica de la acción negatoria es su peculiar tratamiento de la carga de la prueba, consecuencia lógica del contenido de este tipo de acciones. Este tratamiento peculiar se funda en que, con carácter general, el dominio se presume libre de cargas o gravámenes. Por ello, cuando el propietario interpone una acción negatoria, no deberá acreditar nada más que su titularidad sobre la finca objeto de la acción. En otras palabras, en el ámbito de la acción negatoria, el demandado es quien deberá probar que sobre el predio del actor pesa un derecho de servidumbre a su favor.

4.4 REQUISITOS Y APLICACIÓN AL CASO

Una vez expuesto brevemente el funcionamiento de las acciones negatorias de servidumbre, es necesario hacer referencia a los requisitos exigidos por las mismas para poder analizar si supondrían el medio por el que defender los intereses de la Comunidad

ROJA. En primer lugar, la doctrina y la jurisprudencia exigen que el demandante acredite su titularidad dominical, tal y como ocurre con las acciones reivindicatorias o las de deslinde ya analizadas. En segundo lugar, se exige que el demandante se esté enfrentando a una perturbación en su ejercicio del dominio, llevada a cabo por el titular de una finca ajena que se comporta como quien ejerce un derecho de servidumbre sobre la finca del demandante. Por último, esta perturbación del demandado tiene que carecer de cualquier amparo jurídico, obtenido por la constitución previa de una servidumbre en favor de la finca de la que es propietario el demandado.

En el caso sobre el que versa este Trabajo, es imposible adelantarnos a los acontecimientos de forma que podamos saber si la situación futura cumplirá con los requisitos que acabo de exponer, aunque es una posibilidad que no debe ser descartada. Como tampoco puede ser descartada la opción de que los propietarios de la Comunidad ROJA, tengan que hacer frente como demandados a una acción confesoria de servidumbre, que podrían interponer sus adversarios judiciales una vez desestimadas sus pretensiones en el juicio relativo a la propiedad sobre el vial. En ambos casos, la solución será, a mi parecer, favorable a los intereses de la Comunidad cuya posición se analiza en este dictamen. Esto se deberá a que, como hemos podido ver en el epígrafe anterior, en sede judicial será perfectamente defendible el hecho de que no se haya podido constituir servidumbre alguna sobre la parcela de la Comunidad ROJA, por no cumplir el caso con los requisitos para ello.

VI. CONCLUSIONES

En el caso abordado en este dictamen, podemos encontrar un ejemplo perfecto de litigio que implica una importante labor de estudio teórico para las defensas de las partes implicadas. Nos encontramos ante un supuesto en el que, aunque la situación fáctica resulte sencilla de comprender, se introducen cuestiones jurídicas relativas a tres de los derechos reales de mayor relevancia práctica.

Estos tres derechos reales, que hemos podido ver desarrollados a lo largo de este Trabajo, son: la propiedad, la posesión y la servidumbre. En ellos, cuya existencia se remonta al Derecho romano, se fundan las relaciones entre las fincas y sus propietarios, así como las relaciones de las mismas con otras ajenas y sus titulares dominicales. Es por ello que su análisis, prestando especial atención a la protección que otorga nuestro ordenamiento jurídico a sus titulares, es el núcleo en el que se sustenta este dictamen. De esta forma, hemos podido conocer las diferentes acciones de las que dispondría un propietario en un caso similar al aquí expuesto, profundizando especialmente en aquéllas que, a mi juicio, son más oportunas para resolver las cuestiones que presenta el litigio entre las Comunidad ROJA y AZUL.

Teniendo en cuenta que la posición escogida en este dictamen es la de la defensa técnica de la Comunidad ROJA, que partía en una situación de desventaja dado el inicio de la vía relativa a la protección de la posesión. Sin embargo, conviene traer a colación las palabras de DE PABLO CONTRERAS⁵⁰, cuando expone que: «La escaramuza de la perturbación o el despojo la gana el poseedor que reaccione a tiempo, incluso si tales actos proceden del propietario y él es un detentador sin derecho alguno que le ampare; pero en la batalla definitiva vence siempre el dueño, aunque – en su caso – haya perdido primero aquélla». Es decir, aunque en un primer momento los propietarios cuya posición se defiende en este dictamen vieran desestimada su pretensión de posesión exclusiva sobre el vial, la interposición de las acciones oportunas en el juicio declarativo relativo a la propiedad les proporcionará la posibilidad de recuperarla. Para lograr este objetivo, la mejor opción de la que dispone la defensa de la Comunidad ROJA no es otra que la expuesta en el Fundamento Jurídico 3.5: la interposición de una demanda en

⁵⁰DE PABLO CONTRERAS, Pedro; *Curso de Derecho Civil, Tomo III: Derechos Reales*; 4^a edic., ed. Colex, Majadahonda (Madrid), 2014, p. 263

la que se acumulen la acción de deslinde y la acción reivindicatoria. Mediante el uso de esta herramienta procesal, ligada a un buen uso de los medios de prueba que ofrece la Ley procesal, se podrá obtener una sentencia con la que se resuelva el litigio a favor de los intereses de los propietarios de la Comunidad ROJA. Estos medios de prueba, dado el caso sobre el que versa este dictamen, serán fundamentalmente de carácter pericial y documental.

En primer lugar, la prueba documental consistirá en la presentación de los títulos y descripciones catastrales que permitan acreditar la titularidad dominical del demandante y la identificación de la finca. En segundo lugar, mediante los informes periciales se tratará de sustentar la fijación de las lindes propuesta en la demanda, que permita aclarar lo relativo a la zona confusa entre las dos parcelas y dé lugar a la consecuente restitución de la misma a los demandantes. Por último, cabría solicitar la práctica de prueba testifical, que permita confirmar los antecedentes de hecho y la situación fáctica en el momento del juicio declarativo.

Como podemos ver, dados los requisitos que se exigen para las acciones de deslinde y reivindicatoria, la prueba pericial será el núcleo del juicio relativo a la propiedad. Es seguro que en el procedimiento se producirá un enfrentamiento entre los informes periciales de las dos partes implicadas, que deberá ser resuelto por el Tribunal atendiendo al contenido de los mismos.

Por último, atendiendo a lo expuesto respecto a las servidumbres, cabe reiterar que el litigio entre las dos Comunidades no tiene por qué llegar hasta la cuestión relativa a la existencia de una servidumbre. Es posible que la sentencia relativa al derecho de propiedad, declarando ésta libre de cargas, sea la que ponga fin a este caso de forma definitiva, sin necesidad de la interposición de acciones relativas al derecho de servidumbre. Sin embargo, en caso de que el desarrollo de los hechos la haga oportuna, la acción que deberá ser interpuesta por la defensa técnica de la Comunidad AZUL es la ya desarrollada acción negatoria de servidumbre. Mediante la utilización de esta acción, la defensa de la Comunidad ROJA tratará de obtener una nueva sentencia, en la que se niegue la existencia de una servidumbre en favor de los propietarios de la parcela colindante.

En conclusión, nos encontramos ante un caso de gran interés doctrinal, cuya dilatación en el tiempo es más que probable, que requerirá un estudio pormenorizado de

las diferentes opciones de las que disponen cada una de las partes, y cuya solución admite diferentes configuraciones en función de la opinión del Tribunal respecto a las cuestiones planteadas.

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 12 de diciembre de 2018.

VII. BIBLIOGRAFÍA

En la elaboración de este dictamen, ha sido necesario el estudio de las siguientes obras, en forma de libros, artículos y recursos de Internet:

CERRATO GURI, Elisabet; *La tutela sumaria de la posesión en la LEC*; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

DE PABLO CONTRERAS, Pedro; *Curso de Derecho Civil, Tomo III: Derechos Reales*; 4^a edic., ed. Colex, Majadahonda (Madrid), 2014

DE REINA TARTIÈRE, Gabriel; “La posesión: una clásica lección presentada «a la boloñesa»”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 37, 2014, pp. 129 a 168

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón; “Un estudio sobre la constitución de servidumbres en clave jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2, febrero 2015, pp. 551-562

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro; *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, ed. Bosch, Barcelona, 2002

MAGRO SERVET, Vicente; *Acciones Civiles, Tomo IV: Derechos reales – Derecho inmobiliario*; ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2017

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; «Capítulo 17: Las servidumbres», en *Curso de Derecho Civil, Tomo III: Derechos Reales*, De Pablo Contreras (Coord.), 4^a edic., ed. Colex, Majadahonda (Madrid), 2014

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.; “Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿Dos figuras en liza?”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2/2013; abril 2013, Barcelona, págs. 1 a 29

ROSALES DE SALAMANCA, Francisco; “Deslinde de fincas”, publicado el 9 noviembre de 2015 y consultado desde el 7 de noviembre de 2018 en el siguiente enlace: <https://www.notariofranciscorosalles.com/deslinde-de-fincas/>

SÁNCHEZ BERMEJO, David; “Acción de deslinde”, publicado el 5 de febrero de 2015 y consultado desde el 9 de noviembre de 2018 en el siguiente enlace: <https://www.sanchezbermejo.com/accion-de-deslinde/>

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; *Curso de Derecho civil: Tomo III Derechos reales y registral inmobiliario*; 7^a edic., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo; *Manual de Derecho Civil aragonés, conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, Delgado Echeverría (Dir.), Parra Lucán (Coord.); 2012

SEVILLA CÁCERES, Francisco; “La acción de deslinde y la acción reivindicatoria”, <https://www.mundojuridico.info/la-accion-de-deslinde-y-la-accion-reivindicatoria/>, publicado el 21 de marzo de 2018; consultado desde el 15 de noviembre de 2018

Asimismo, las sentencias citadas a lo largo del Trabajo son las siguientes:

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 24 de marzo de 1992; Roj: STS 2520/1992 - ECLI: ES:TS:1992:2520

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 25 de junio de 1993; nº 654/1993, Roj: 4508/1993 - ECLI: ES:TS:1993:4508

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 24 de abril de 1995; Roj: STS 11172/1995 - ECLI: ES:TS:1995:11172

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 23 de octubre de 1998; nº 953/1998, Roj: 6138/1998 - ECLI: ES:TS:1998:6138

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2^a, de fecha 15 de febrero de 2005; nº 31/2005, Roj: SAP CO 232/2005 - ECLI: ES:APCO:2005:232

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8^a, de fecha 4 de octubre de 2005; nº 556/2005, Roj: SAP V 4191/2005 - ECLI: ES:APV:2005:4191

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 11 de julio de 2012; nº 454/2012, Roj: STS 6698/2012 - ECLI: ES:TS:2012:6698

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2013; nº 773/2013, Roj: 6301/2013 - ECLI: ES:TS:2013:6301

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2018; nº 398/2018, Roj: STS 2562/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2562