



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO EN EL RÉGIMEN COMÚN Y EN EL FORAL ARAGONÉS.

Autor/es

LUIS NOVEL ATARÉS

Director/es

JOSÉ ANTONIO SERRANO

Facultad de derecho en la universidad de Zaragoza con fecha 2018.

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. MARCO TEÓRICO.....	7
1. Diferencia entre servidumbre de paso y límite legal del dominio.....	7
2. Marco legal actual de las servidumbres de paso.....	9
2.1. Marco legal en el Derecho foral de Aragón.....	10
3. Naturaleza jurídica de las servidumbres de paso.....	11
1. Servidumbre predial y personal.....	12
2. Servidumbre positiva y negativa.....	12
3. Servidumbre aparente y no aparente.....	13
4. Servidumbre legal y voluntaria.....	13
3.5 Servidumbre continua y discontinua.....	14
III. DESARROLLO Y EXPLICACIÓN DE CONTROVERSIAS.....	15
1. Modos de adquirir la servidumbre de paso; Especial atención a la prescripción adquisitiva de las servidumbres discontinuas.....	15
1.1 Constitución voluntaria.....	15
1.2 Constitución forzosa.....	17
1.3 Prescripción adquisitiva en las servidumbres de paso; Problemas y soluciones.....	18
1.Soluciones al problema.....	24
2. Extinción de la servidumbre de paso.....	25
2.1 Extinción por confusión o reunión.....	27
2.2 Extinción por no uso durante 20 años.....	28
IV. CONCLUSIONES.....	30
V. BIBLIOGRAFÍA.....	32

ABREVIATURAS:

Art.:	Artículo
CA:	Comunidad Autónoma.
CC:	Código civil
C DFA:	Código de derecho foral de Aragón
LH:	Ley Hipotecaria.
Pág.:	Página
Rec.:	Recurso
Sec.:	Sección
STS:	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón
TSJA:	Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
ETC:	Etcétera.

I.INTRODUCCIÓN:

En primer lugar, lo más lógico es empezar definiendo lo que es una servidumbre, puesto que es lo que voy a abordar a lo largo de mi trabajo. «La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño»¹, lo que supone una limitación en el ejercicio de la propiedad, que requiere ser acreditada por el que la alega.

Dicho esto, conviene elaborar una definición estimada de lo que es una servidumbre de paso, expuesto por la mayoría de los autores, así como por los textos legales, como un derecho real sin posesión sobre la propiedad de otra persona. La naturaleza "sin posesión" de la servidumbre de paso es una de sus características principales, a la vez que confusa, ya que la servidumbre permite a su titular hacer uso de ella, pero sin tenencia ni posesión, es decir, no permite al titular ocupar la propiedad sirviente ni impedir que terceros ingresen en dicha propiedad.

Este tema puede resultar un poco anticuado, o puede conducir a pensar que ha decrecido la importancia de las servidumbres como dijo TAMAYO, pero sin embargo, para nosotros esta afirmación es incorrecta, no sólo porque «la acentuación en la actualidad de la función social que la propiedad ha de cumplir conduce con mayor frecuencia al instituto de la servidumbre, intensificando así el aprovechamiento de los fondos, sino porque en la actualidad donde el dominio y la mayoría de instituciones de derecho privado están siendo dominadas por el poder público, la idea de limitación se encuentra en todos los ámbitos del derecho privado que tradicionalmente se ha regido por el ámbito de la autonomía de la voluntad y siendo la servidumbre una modalidad especial de limitación basada fundamentalmente en la idea de vecindad entre predios y en la necesidad o conveniencia de su aprovechamiento, ha de cobrar singular relieve»².

Además también quiero hacer hincapié en la reflexión que aporta PEDRO ROBLES LATORRE cuando señala que «esta realidad nos sitúa ante la certeza de que podemos

¹ Art 530 CC.

² TAMAYO. A «*El Derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del Código civil en materia de servidumbres*». Bosch Edit.; Barcelona, 1956, 4º; pág. 87.

estar ante uno de esos problemas perennes que conviven con las legislaciones de los distintos países y que por los intereses en juego –el del propietario de la finca por la que se ejercita el paso y el del colindante que pasa– sin ofrecer la posibilidad de encontrar soluciones justas para la totalidad de los casos, lo que hace especialmente atractivo el estudio del mismo».³

Tras esto, quiero hacer una breve explicación de lo que va a consistir mi trabajo. He optado por una tipología de TFG orientada a elaborar un dictamen sobre ciertos temas controvertidos dentro del régimen general de las servidumbres de paso, centrándome en la usucapión y prescripción adquisitiva y en los distintos ángulos que utilizan los jueces para comprender lo que efectivamente se entiende por servidumbre de paso y cuando se considera extinguida. Todo ello, sin olvidar apoyarme en las distintas nociones que ofrece la doctrina en este amplio tema para efectivamente resolver lo que para mí son temas que son demasiado subjetivos y permiten a los jueces mucha flexibilidad a la hora de elaborar la sentencia, creando así dificultades interpretativas.

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

Para llegar a discutir y resolver las controversias que se plantean en relación con las servidumbres de paso, es necesario exponer primero los aspectos principales que rodean a las mismas. Así pues, el derecho de servidumbre es un derecho real limitado de goce que consiste en la facultad que tiene su titular (que normalmente lo será también de un predio) para servirse parcialmente de otro predio en algún aspecto.

³ROBLES LATORRE, P., “La usucapión de las servidumbres de paso en el Código Civil”, *Anuario de derecho civil*, Vol.58, N°2, 2005; pág. 622.

Es conveniente saber que podemos encontrarnos ante distintos tipos de servidumbre de paso en orden a su constitución, de acuerdo con el art. 564 del CC, «el propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas previa la correspondiente indemnización». Es pues la expuesta en el artículo precedente una **servidumbre forzosa**, por cuanto el titular de una finca que no tenga acceso directo a camino público, puede exigir su constitución, sin que el titular del predio sirviente pueda oponerse.

En la otra cara de la moneda, analizaremos las **servidumbres voluntarias de paso**, que proceden de la iniciativa privada y de los intereses que esta persigue. Como viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las servidumbres voluntarias se han de regir prioritariamente por su título constitutivo, como bien dispone el art. 598⁴.

La palabra servidumbre ya nos adelanta que va a suponer una carga o bien un derecho, indicando pues, una restricción de las facultades para el que la soporta. En tanto que la servidumbre es un derecho real de goce, es importante llegados a este punto, diferenciarlo del usufructo, puesto que también es considerado como tal. La diferencia esencial radica en la amplitud del goce con la que cuenta la figura del usufructo, el cual, además de ser principalmente temporal, puede recaer tanto sobre cosas muebles como inmuebles. Esto no es así en las servidumbres, donde el derecho de goce está claro que no puede recaer sobre cosas muebles, (piénsese en una servidumbre de paso).

Además, como nos recuerda la STS de 19 de julio de 2002, este tipo de servidumbre pertenecen al campo de la autonomía privada, y “no son límites, ni limitaciones del terreno legales”, no respondiendo al fundamento de necesidad sino de utilidad, (siendo esto muy importante, ya que es una de las principales características que las diferencia de los simples límites al dominio por mera razón de vecindad), «pudiendo convenirse para soluciones similares a las forzosas en sede de relaciones de vecindad, pero operan fuera del ámbito de la constricción legal, y obedecen a la autonomía de voluntad de los interesados».⁵

⁴ Hay que ponerlo en relación con el art 594 y ss. Y con el 536, todos ellos del CC.

⁵ STS. 1 marzo 1.994, 18 abril y 30 diciembre 1.995.

Es pues en este ámbito donde podemos entrar a valorar una de las principales discusiones dentro de la doctrina sobre este tema, la diferencia entre servidumbre de paso y la simple limitación del dominio por razón de vecindad.

II. MARCO TEÓRICO:

1. DIFERENCIA ENTRE SERVIDUMBRE DE PASO Y LÍMITE LEGAL DEL DOMINIO:

Los compiladores justinianeos, regularon al lado de las servidumbres prediales, como puede ser la de paso, algunos límites legales del dominio, que realmente no son servidumbres y ampliaron la figura para admitir dentro de ella, servidumbres personales como el usufructo, habitación etc....

El CC. Español, continua en esta línea errónea regulando en el mismo capítulo de “servidumbres legales”, a las servidumbres de constitución forzosa y algunos supuestos de límites legales de dominio por meras razones de vecindad, que, como he dicho, no son verdaderas servidumbres. Algunos ejemplos son, el caso de el paso natural de agua pluvial (art. 552 CC.) o el paso por razón de obras (art. 569 CC) sobre el que hablaremos más adelante.

Sin embargo, la Compilación de Derecho Foral de Aragón, dónde el Libro IV, Derecho Patrimonial, del CDFa refunde el contenido de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil patrimonial, regulando en su Título I las relaciones de vecindad (arts. 537 a 550) y en el Título II las servidumbres (arts. 551 a 587), y desarrolla el contenido del Libro III de la Compilación de 1967 también en dos títulos, “de las relaciones de vecindad” (arts. 143 y 144), y “de las servidumbres” (arts. 145 a 148). De esta manera, se supera definitivamente aquella doctrina errónea que versa sobre la naturaleza híbrida de las servidumbres legales y que sigue el derecho común, separando claramente nuestro CDFa, un adelantado en esta materia, entre las servidumbres como verdaderas limitaciones al dominio y los simples límites del dominio que surgen de las meras relaciones de vecindad. Y así se desprende de la STSJ Aragón de 5 diciembre de 2017 EDJ 2017/282992 cuando fundamenta: « El derecho civil aragonés, articulado ahora en

el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), distingue claramente entre las relaciones de vecindad y la ordenación de las servidumbres prediales, y lo hace siguiendo una tradición jurídica centenaria, proveniente de los Fueros y Observancias, recogida como materia de derecho foral que se debía conservar en el Apéndice foral de 1925 -art. 14-, desarrollada más tarde con depurada técnica jurídica en la Compilación de 1967 -arts. 144 y siguientes- y regulada actualmente en el CDFA.»

Por ello, es necesario diferenciar entre relaciones de vecindad y servidumbres, destacando que «las relaciones de vecindad forman parte del régimen normal de la propiedad inmobiliaria, son restricciones internas del derecho de propiedad inmobiliario, mientras que las servidumbres suponen una limitación anormal y extrínseca del dominio ajeno.⁶» Constituyéndose las servidumbres como un derecho real limitado donde puede distinguirse entre predio dominante y predio sirviente, generando un beneficio para el propietario del fundo sirviente. Esto contrasta claramente con el carácter general e igualitario que caracteriza a las relaciones de vecindad.

Derivado de ello, es el debate del que paso a ocuparme sobre el art 569 CC. y concretamente si el mismo trata de una servidumbre forzosa o una relación de vecindad, siguiendo los criterios de nuestro derecho foral, atendiendo al art 542 CDFA⁷.

En concreto el art 569 CC regula el paso por razón de obras, como si de una servidumbre de andamiaje se tratase, término acuñado por LUCAS FERNANDEZ.⁸ Sin embargo, nuestro CDFA, en su art 542 regula esta cuestión como un límite legal del derecho de propiedad y en definitiva como una obligación derivada de las relaciones de vecindad.

⁶ SANCHEZ REBULLIDA, FRANCISCO DE A.; <<Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón.>> en Revista crítica de Derecho inmobiliario. Año XLIV, Núm. 465, 1968. pág 542.

⁷ Art 542 CDFA: << Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por finca ajena o colocar en ella andamios u otros objetos para la obra, el titular de esta finca está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque.>>

⁸ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, en Anuario de Derecho Civil, N°1, Universidad de Murcia, Murcia, 1963, pág. 224.

De aquí deriva la discusión doctrinal de si nos hallamos ante una servidumbre, como parece inferirse de la regulación del derecho común o ante una simple relación de buena vecindad, como límite del dominio, como regula el CDFa.

Según parte de la doctrina, en ambos casos (arts. 569 CC y 542 CDFa) nos hallaríamos ante una obligación derivada de las relaciones de buena vecindad que establece un límite al dominio y que exige del titular, que permita el paso por razón de obras. En este sentido se pronuncian, como doctrina más influyente, QUIÑONERO CERVANTES⁹ y ROCA JUAN¹⁰, que la definen sin explicarla como «limitación legal de la propiedad de los predios por razones de interés privado consistente en la suspensión temporal de la facultad de exclusión, cuando se da la necesidad contemplada en el precepto.»

Por otro lado, está la doctrina defensora de la postura que la califica como “servidumbre de andamiaje”, entre los autores más influyentes, encontramos a LUCAS FERNÁNDEZ¹¹ y HERNÁNDEZ ARRANZ,¹² que argumentan su defensa en que el carácter temporal no es suficiente para negarle el carácter de servidumbre.

Yo opto por inclinarme hacia el lado de la doctrina que la define como un límite legal del dominio y pienso que el CC. debería sufrir una reforma en este tema, siguiendo los pasos del CDFa, que, tanto en esta como en muchas otras materias, está mucho más avanzado.

2. MARCO LEGAL ACTUAL DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO:

Como ya sabemos, la ley aplicable en cada caso depende del principio de territorialidad, es decir la ley del lugar donde se encuentre dicha servidumbre, por lo que en el caso de

⁹ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», en; revistas.um.es, Vol. 9, (1986) pág. 1647.

¹⁰ ROCA JUAN, J., «Artículo 569», en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, tomo VII, vol. 2º, Madrid, EDESA 1978, p. 168. pág.168

¹¹ Lucas Fernández, F., La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español, Universidad de Murcia, Murcia, 1963, p. 224.

¹² Hernández Arranz, M., «Sección 3.ª. De la servidumbre de paso», en Comentarios al Código Civil, III, (J. Rams Albesa, coordinador), J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, págs. 1043-1044.

que la servidumbre de paso se halle en territorio Aragonés, la norma aplicable será la del CDFA, aplicándose únicamente el CC de manera supletoria.

La Exposición de Motivos del CDFA señala que, «para evitar la indebida injerencia de las normas de Derecho supletorio estatal en materia de servidumbres, con criterios muy diferentes a los del Derecho aragonés, se introducen en su regulación disposiciones generales con el suficiente detalle». De esta manera, la precisión de los preceptos objeto de este estudio, los artículos 551 y 552 de la sección 1ª, y los referentes a la sección 2, además de evitar la supletoriedad del Código civil estatal, nos da la impresión de que el legislador intenta que, los textos aprobados no susciten problemas de interpretación futura al tratar de ponerlos en relación con el régimen del derecho común.

El CC. español, regula las servidumbres en el Título VII del Libro II bajo la rúbrica “De las servidumbres”, artículos 530 a 604.

Sin embargo, lo que nos ocupa especial atención son las servidumbres de paso, la cual se encuentra en la SECCIÓN III, y corresponde a los artículos 564 a 570.

Además de la regulación del Derecho Civil Común, nos encontramos con que al igual que en Aragón, existen otros Derechos forales, también adelantados en esta materia con respecto al CC, que regulan de una manera amplia las servidumbres y en especial la que nos ocupa. Este es el caso de Galicia (arts. 25 a 29 Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia) y Cataluña donde se regulan al completo todos los Derechos reales (CC. de Cataluña, con especial atención a la secc. 2º del cap. VI, del Título VI, ya que es donde se regulan las servidumbres de paso).

2.1 MARCO LEGAL EN EL DERECHO FORAL DE ARAGÓN:

«El derecho foral aragonés comparte con el derecho navarro y catalán y gran parte de la doctrina, el criterio técnico jurídico de considerar servidumbres exclusivamente a las

prediales o reales, y por ello el art 551.1 destaca el aspecto de relación entre fincas en que la servidumbre consiste». ¹³

En el CDFA se regula la servidumbre forzosa de paso en los arts 577-580, pero es necesario matizar en este punto el distinto tratamiento que se establece en dicho código con respecto al que se atiende en el CC. en varios aspectos que gravitan en la órbita de las servidumbres de paso.

En un primer lugar y de lo que hablaremos con más profundidad más adelante es en el tema de las usucapión o prescripción adquisitiva a la hora de constituir una servidumbre, regulado en los art. 568 y 569, ya que posee una regulación distinta en función del código con el que estemos tratando. Otro punto que considero necesario mirar detenidamente es el que respecta a las diferencias de regulación entre uno y otro por cuanto a que mientras en el CC. se examina únicamente el aspecto pasivo de las servidumbres, como se puede observar en su art. 530, cuando únicamente se refiere a la servidumbre como carga o gravamen, en el CDFA se antepone el aspecto activo, considerándolo en este punto, más como un derecho real limitado que como la carga que genera en el sirviente.

Otra diferencia clara radica en la distinta flexibilidad que aportan ambos códigos, ya que en el CDFA en su art. 577 se permite la constitución de la servidumbre cuando no haya salida a vía pública o cuando tal salida sea insuficiente, utilizando el CC. un tratamiento más restrictivo en este aspecto constitutivo (art. 566).

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO:

Las servidumbres de paso son las más antiguas debido a que ya en el Derecho Romano, pese a no existir un concepto abstracto de servidumbre, ya existían para casos concretos estas servidumbres entre fundos rústicos colindantes. Como es lógico, con el paso del tiempo se han ido introduciendo a la legalidad diversas categorías de servidumbres. Pues bien, dentro de estas categorías generales de servidumbres, es necesario encuadrar dentro de qué tipo se encontraría la servidumbre que nos ocupa.

¹³ ARGUDO PERIZ, JOSE LUIS; ARGUDO PÉRIZ J.L..“V. Derecho de bienes” en Manual de Derecho Civil Aragonés (Jesús Delgado Echeverría [Director] y M^a Ángeles Parra Lucán [Coordinadora]) (2^a edición), Zaragoza, Ed. El Justicia de Aragón, 2006, pág. 691

3.1. Servidumbre predial o personal:

La servidumbre de paso podrá ser predial o personal, según se determine la relación del titular activo del derecho con un predio concreto, es decir, “ob rem” (predial); o si por el contrario, esta relación se determina sin tener en consideración a ningún predio, en cuyo caso será personal.

Yo, sin embargo, coincido totalmente con la opinión de BIONDI¹⁴ cuando dice que la servidumbre de paso tiene siempre cierto carácter predial en cuanto no se puede constituir en beneficio de cualquier persona, sino únicamente en favor del que sea titular del predio dominante.

3.2 Servidumbre positiva y negativa:

Se llama positiva —dice el art. 533 CC, párrafo 2º— «la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.»

Esto quiere decir que en las positivas siempre va a haber un uso del predio sirviente mientras que en las negativas lo que hay es un derecho de impedir al propietario el uso de su propio fundo. «La actuación directa sobre el fundo sirviente dirigida a percibir una utilidad de éste, en las servidumbres positivas, puede consistir en una actividad que se repite como ejercicio de la servidumbre, o en un estado de hecho que represente una invasión continuada del fundo sirviente por el titular activo de la servidumbre.¹⁵»

Así pues, es fácil concluir que la servidumbre de paso va a ser siempre positiva en tanto no se puede ejercer esta servidumbre sin el uso del predio sirviente. En este sentido, dice LUCAS HERNÁNDEZ¹⁶, que existe repetida Jurisprudencia del TS que reconoce el carácter positivo de la servidumbre de paso, consistiendo la actuación directa en un ejercicio que se repite como ejercicio de la servidumbre de paso.

¹⁴ BIONDI <<Le servitù prediali nel diritto Romano>> Milano, 1954, págs. 143 y 144.

¹⁵ FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ; “La servidumbre predial de paso en el Código Civil Español.” en Anales de la Universidad de Murcia (Derecho), XX, 3-4, 1962, pág 235.

¹⁶ FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ; “La servidumbre predial de paso en el Código Civil Español.” en Anales de la Universidad de Murcia (Derecho), XX, 3-4, 1962, pág 243.

3.3. Servidumbre aparente y no aparente:

El CC. recoge esta distinción en su art. 532 donde establece «que serán aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista, por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas», y no aparentes «las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».

La dificultad jurisprudencial que alcanza la mayoría de las sentencias radica en establecer cuáles son, y de qué manera deben estar expresados aquellos signos exteriores, debido a que la redacción del precepto no es muy afortunada. Es aquí donde vuelvo a remitirme al CDFa, mucho más avanzado y claro en esta materia, donde en su art 552 se amplía el término de lo que se entiende por signos exteriores; «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.»

Así la servidumbre de paso se puede encuadrar en cualquiera de los dos tipos, pudiendo ser tanto aparente como no aparente, y como veremos más tarde, es importante en este caso, definir bien ante cuál de los dos tipos nos encontramos, puesto que de ello va a depender la necesidad o no de buena fe y justo título en la prescripción adquisitiva de las servidumbres discontinuas, como es la de paso.

3.4. Servidumbre legal y voluntaria:

Tanto en el CC español (art 536) como en el CDFa, nos encontramos con que ambos códigos establecen lo siguiente; «Las servidumbres se establecen por la ley o por voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias».

Sin embargo, puesto que reducimos el concepto de servidumbre legal únicamente a aquellas que se originan “ope legis” sin necesidad de un acto constitutivo (servidumbre natural de aguas), en mi opinión, siguiendo el pensamiento de LUCAS FERNÁNDEZ, creo que más bien nos encontramos ante una servidumbre que se constituye coactivamente, es decir, el acto constitutivo se basa en el precepto legal que

corresponda (en nuestro caso al 577 CDFa), y estará supeditado a la decisión de un juez; a la celebración de un contrato o a un acto de la autoridad administrativa.

Por lo que, en nuestro país, no es del todo correcta la distinción únicamente entre legal y voluntaria, debiendo incluir en el precepto legal una “forma coactiva.” En consecuencia, la servidumbre que nos ocupa podrá ser coactiva o voluntaria, siendo legal únicamente en el caso de encontrarnos ante el supuesto del art. 541 CC¹⁷.

3.5. Servidumbre continua y discontinua:

Esta es la distinción que más nos interesa para nuestro trabajo, puesto que voy a exponer de manera amplia la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso, que ya adelanto es considerada por la jurisprudencia como discontinua¹⁸.

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

Así pues, se considera discontinua aquella servidumbre que depende del ejercicio humano para su disfrute. Es muy importante esta distinción en el marco de la usucapión en Aragón, puesto que se reconoce el derecho a la prescripción adquisitiva de las servidumbres discontinuas, estableciendo el CDFa el requisito para usucapir únicamente en la apariencia o no de las servidumbres. Esto contrasta totalmente con nuestro CC, donde se inhabilita la prescripción adquisitiva en las servidumbres discontinuas como luego veremos.

¹⁷ Art 541 CC: <<La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.>>

¹⁸ Vid. entre otras sentencias del TS de 1 de febrero de 1912, 7 enero 1920, 22 diciembre 1906, 11 octubre 1954.

III. DESARROLLO Y EXPLICACIÓN DE CONTROVERSIAS:

1. MODOS DE ADQUIRIR LA SERVIDUMBRE DE PASO; ESPECIAL ATENCIÓN A LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE LAS SERVIDUMBRES DISCONTINUAS.

El artículo 561 del CDFa, señala los modos en los que puede constituirse una servidumbre. Así: de manera voluntaria, es decir, por acuerdo entre los propietarios de la finca dominante y sirviente; forzosa, esto es, cuando se dan los requisitos previstos por la ley, se constituye a solicitud del titular de la finca dominante, previo pago de la correspondiente indemnización; por signo aparente; y por último por usucapión. Es este último modo de constitución el que analizaremos más profundamente, estudiando las circunstancias, ya que puede suscitar más problemas a la hora de interpretarlo.

1.1 CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA:

En el caso de la primera de ellas, la constitución voluntaria, suele entenderse jurisprudencialmente que es necesario para la adquisición de la servidumbre además del título, que concurra “*traditio*” o modo, es decir el traspaso de la posesión de uno a otro, suponiendo esto un claro problema en el caso de las servidumbres negativas ya que estas no son susceptibles de posesión, «de manera que no cabe para ellas el traspaso posesorio que implica el modo. Con respecto a esta cuestión, existen opiniones divergentes: frente a los que entienden que, en tal caso, no es necesario que medie “*traditio*” para que se produzca la adquisición, se encuentran los que consideran que siempre cabrá una “*traditio*” consensual o instrumental a través de escritura pública». ¹⁹

No obstante, no suscita un problema de importancia aparentemente relativa para la servidumbre de paso, puesto que como he dicho anteriormente, es considerada como una servidumbre positiva. Sin embargo, sí que he encontrado problemas a la hora de interpretar el título constitutivo de la servidumbre puesto que al ser voluntaria se rige por la autonomía privada, y el Tribunal ha de estar a lo que en el mismo se establece

¹⁹ ALONSO PEREZ M^o T.; Derecho civil patrimonial Aragonés; *Constitución y extinción de las servidumbres*; Coordinadora: Carmen Bayod. Zaragoza, 2013. Pág 155.

generando discrepancias. Estas se generan principalmente en el goce o no de la servidumbre de paso por parte del propietario del predio sirviente, alegando por su parte que, si se le limita a este el mismo, se constituye para el propietario del predio dominante más que un ejercicio de servidumbre, la propiedad en sí misma, como ocurre en la sentencia SSTS 205/2016 Sala 1ª, de lo Civil, 5 de Abril de 2016.

Por lo que en estos casos en los que en el título constitutivo puede constar el uso exclusivo del predio dominante, sin poder gozar el predio sirviente del uso parcial de la servidumbre, en mi opinión, puede suponer una oposición a la doctrina jurisprudencial que establece la interpretación restrictiva de las servidumbres. En este sentido se pronuncia el TS en la STS de 24 de octubre de 2006, esta cláusula debería entenderse conforme al predio sirviente se refiere, «de la forma que sea más conforme a la naturaleza de la servidumbre, que es una carga limitativa del dominio y su ejercicio no excluye el paso del sirviente.»

Por lo que es en estos casos donde efectivamente encontramos cierta controversia jurisprudencial, llegando incluso a contradecir ciertas sentencias que se consideran doctrina²⁰.

Este modo de adquisición implica la inscripción de la servidumbre en el Registro de la Propiedad para dotarla de oponibilidad frente a terceros adquirentes de la finca gravada que la desconozcan.²¹

Por otro lado, quiero hacer mención a los casos de constitución voluntaria por parte de propietarios de derechos reales limitados sobre los fundos. Está claro, que estos no son los propietarios directos de los fundos, pero, sin embargo, poseen un derecho propio, como puede ser un usufructo sobre el mismo (vista antes la diferencia). Pues bien, en estos casos vuelve a florecer un problema entorno a la interpretación que el CC.

²⁰ Como es el caso de la SSTS 10 de octubre de 2007 y la sentencia mencionada anteriormente, consideradas como doctrina jurisprudencial sobre la interpretación respectiva de las servidumbres.

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial Tecnos Madrid. 2018, España., pág. 79

establece sobre este tema, siendo resuelta una vez más esta cuestión, gracias a la interpretación del CDFa (así como otros derechos forales como puede ser el catalán²²).

En el tratamiento de esta cuestión por la doctrina referida al código civil existen ciertas vacilaciones doctrinales. Esto se debe a que la parte de la doctrina afín a que se extienda la legitimación a otros sujetos que no sean los propietarios de los fundos, sigue generando incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica de la relación. Por un lado, se encuentra la parte de la doctrina para los que requiere el consentimiento del dueño del predio dominante para dotar a la relación de transcendencia jurídico-real, mientras que la otra parte, considera que mientras no consienta el propietario, nos encontramos ante una servidumbre personal, que sólo se hará predial cuando medie consentimiento²³.

Este problema, como he dicho lo resuelve de una manera muy clara el art. 562.1 CDFa; « Pueden constituir una servidumbre los propietarios de la finca dominante o sirviente y los titulares de derechos reales posesorios sobre estas. En este último caso, la servidumbre tiene el alcance y la duración de estos derechos».

1.2 CONSTITUCIÓN FORZOSA:

Con respecto a la adquisición forzosa de la servidumbre, hay que indicar que la voluntad del titular del predio dominante de establecer la servidumbre quedará supeditada a la determinación de su contenido y forma por un juez; y es en este sentido donde podemos encontrar puntos contradictorios, en la discrecionalidad judicial, que vendrá fundada en la prueba que se practique, partiendo del carácter restrictivo con que ha de ser revisado el derecho de servidumbre en cuanto limitadora del dominio. Debiendo estar fundadas las sentencias en este sentido por razones de auténtica necesidad y no mera comodidad.²⁴

²² Vid. Art. Artículo 566-2.2 del Código civil de la CA catalana.

²³ ALONSO PÉREZ, M^o T.. en su libro <<Constitución y extinción de las servidumbres>> alude a autores tales como GUILARTE o HELENA DÍEZ GARCÍA.

²⁴ SAP León de 9 septiembre 1999.

Está claro que el concepto de auténtica necesidad debe entrar en relación con los criterios de equidad a que se refiere el art. 565 CC. donde se regula esta forma de constituir la servidumbre y a su vez con el ejercicio *civiliter*.²⁵

Estos criterios son establecidos en favor del dueño del predio sirviente en tanto se presupone una carga para él. Lo que ocurre es que precisamente la controversia en este punto se alcanza cuando las sentencias atienden exclusivamente a ese carácter restrictivo de la servidumbre, olvidando la necesidad, posiblemente justificada de quien la solicita. Lo cual se hace más grave todavía cuando en muchas ocasiones no hay vía de recurso, al tratarse normalmente de procedimientos cuya cuantía es inferior a la que habilita la casación.

Además de lo dicho anteriormente, es importante mencionar las discrepancias interpretativas de los tribunales a la hora de establecer cuando una servidumbre de paso es voluntaria o legal, ya que por ejemplo, en la STSJ Aragón 16 de mayo de 2016, este tribunal en casación concluye «por referencia a la consideración del recurrente de que la Ley no permite extinguir un derecho de servidumbre voluntaria, es incorrecta la decisión de la Audiencia Provincial cuando califica la servidumbre debatida como forzosa y no como voluntaria». Estos problemas interpretativos de las servidumbres ratifican la dificultad e importancia de tratar este tema.

1.3. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN LAS SERVIDUMBRES DE PASO: PROBLEMAS Y SOLUCIONES.

Sin embargo, la mayoría de las reflexiones dedicadas al problema de la servidumbre de paso tienen su reflejo en la posibilidad de la prescripción adquisitiva del derecho de paso. Esta posibilidad se contrapone con la continua negativa del TS a la adquisición de las servidumbres discontinuas (entre ellas, la servidumbre de paso) por usucapión, concluyendo así en una actual imposibilidad legal de adquirirla por este modo de acuerdo a la legislación común vigente. Es por ello por lo que voy a analizar esta

²⁵ ART. 557 CDFA: “...la servidumbre se ejerce de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente”. Este artículo se ha de poner en relación con el punto segundo del art. 577 CDFA, que es el que nos compete.

cuestión detenidamente intentando aportar las soluciones que crea oportunas en cada caso.

Pues bien, una de las razones por las que la prescripción o usucapión se prohíbe, es en gran parte por el significado que la discontinuidad de una servidumbre genera, el cual, no debe ser analizado desde un punto de vista simple, como el que resultaría de pensar si podemos ejercitar el derecho de forma continua o discontinua, sino desde la visión que aporta el art 532 CC. Y ello, al supeditar el carácter discontinuo al ejercicio de una actividad humana para la calificación de ésta como discontinua, sin que nadie pueda poner en duda, llegado a este punto, que la servidumbre que nos ocupa tiene naturaleza discontinua (incluso la jurisprudencia del TS lo ratifica como he dicho anteriormente).

El sustento legal de la prohibición por el CC. de adquirir por usucapión una servidumbre de paso lo encontramos en su art. 537: «Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, o por la prescripción de veinte años». Es decir, está excluyendo claramente a las servidumbres discontinuas, como es la de paso.

Es reiterada doctrina jurisprudencial, en la que se establece que la aplicación de esta norma inhabilita la posibilidad de usucapir estas servidumbres discontinuas como se recoge en la STS de 15 de Febrero de 1989 o la STS de 29 de Mayo de 1979.

Hay que distinguir según LUCAS FERNÁNDEZ, entre titularidad y ejercicio cuando hablamos de servidumbres, «siendo el ejercicio, la actuación del contenido del derecho»²⁶. La titularidad normalmente va a ser continua, sin embargo es en el ejercicio, donde cada vez que entre en juego la actividad humana para ejercitar el derecho, nos encontramos ante la discontinuidad de la misma. Es por ello que la norma no distingue entre estos dos conceptos según este autor, y donde la primera crítica toma importancia; ya que la norma toma como referencia la discontinuidad en el ejercicio y defiende que no se da de esta manera el requisito indispensable para la adquisición de la servidumbre por usucapión (que es el de la continuidad). Sin embargo, yo, al contrario que la doctrina jurisprudencial, creo, siguiendo las directrices de dicho autor, que al darse en la titularidad esa continuidad exigida, ya es suficiente para que se pudiera adquirir por

²⁶ ROBLES LATORRE, P.; *La usucapión de las servidumbres de paso en el Código civil*; Anuario de derecho civil, Vol.58, Nº2, 2005. Pág 630.

usucapión, siendo efectivamente discontinuo el ejercicio del derecho. Y en consecuencia, lo que debería marcar la imposibilidad de usucapir debiera ser la discontinuidad en la titularidad y no en el ejercicio en sí mismo.

Esta postura que acabo de explicar es la que parece adoptar el CDFA, de la mano de la Comisión Compiladora, la cual, a la hora de redactar la Compilación de 1967, tomó como referencia el Código Civil Italiano de 1942, para terminar suprimiendo el requisito de la continuidad indispensable en el derecho común. De tal manera que la usucapión o prescripción adquisitiva, «ahora se ejercita sólo por la apariencia, que en el pensamiento de la ley absorbe el requisito de la continuidad con el fin de excluir cualquier disposición clandestina».²⁷ No obstante, de la regulación sobre la usucapión en las servidumbres de paso contenida en el CDFA hablaremos más adelante.

Lo que podría llevar a pensar esta interpretación es que el CC. y la jurisprudencia no optan por la negativa a la prescripción adquisitiva de las servidumbres discontinuas precisamente por su carácter discontinuo, ya que precisamente la posesión y la titularidad sí que son continuas; y si verdaderamente se atendiera a este criterio técnico de la continuidad, no estaría permitido en el CC, por la misma razón la adquisición de la propiedad de una finca o el usufructo por usucapión.

Lo que ocurre, es que quien realmente se beneficia de esta situación es obviamente el dueño del predio sirviente, el cual posee esta protección por parte de la jurisprudencia como hemos visto, ya que realmente son muy pocas las servidumbres que no necesitan de la actividad humana para su ejercicio, permitiendo de esta manera proteger al afectado por la carga de la servidumbre, ante casi todas las situaciones en que se pueda dar esa prescripción adquisitiva.

Por tanto, lo que pretende claramente proteger nuestro CC. es la intromisión en la propiedad privada de otro propietario externo a ella, a no ser que se justifique por un interés común superior, como ocurre en la expropiación forzosa.

²⁷ ARGUDO PERIZ J.L.; SERRANO GARCÍA, J.A., BAYOD LOPEZ Mº C..(Coordinadores), DELGADO ECHEVERRÍA. J.. (Director); en “*comentarios al código del Derecho Foral de Aragón*”; Dykinson; Pág 766.

La razón que aparentemente parece darse a la pregunta de por qué sí se permite usucapir la propiedad y el usufructo y no una servidumbre discontinua, viene a ser que mientras en los dos primeros casos, no se puede compartir la posesión, perteneciendo esta únicamente al dueño del fundo, en la servidumbre nos encontramos con que, pese a que la posesión de la servidumbre pertenezca al dueño del predio dominante, no significa que pierda el propietario del fundo sirviente la posesión material del mismo donde se encuentra aquella, permitiendo así, la conjunta posesión. Cosa que sería imposible cuando hablamos de propiedad o usufructo.

Esto significaría que la posesión de una servidumbre de paso se convertiría en un caso de posesión tolerada por el dueño que sufre la carga de esta. Este hecho haría imposible aplicar la usucapión por faltar el requisito básico de posesión en concepto de dueño, siguiendo lo establecido en virtud del art 1942 CC²⁸: «No aprovecharán para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño».

Pero lo que está claro, es que el ordenamiento y la jurisprudencia, entiende como tolerados todos los actos que tienen que ver con la posesión de la servidumbre de paso, y, sin embargo, creo que también debería atender a la voluntad de las partes que intervienen en la misma.

Es en este punto donde cabe preguntarse si la voluntad ha de ser de una o de ambas partes. Porque si la respuesta es de ambas partes, según parte de la doctrina, sería incompatible una posesión en concepto de dueño con una posesión tolerada. Dándose lugar a una posesión en concepto de dueño cuando efectivamente se produce el consentimiento entre el dueño del derecho y el “*verus dominus*”. Mientras que, si efectivamente, únicamente se entiende que existe la voluntad por una única parte, se entiende como una mera posesión de tolerancia; y ante la dificultad en muchas ocasiones de probar una u otra situación, el legislador y la jurisprudencia optan por prohibir la usucapión en las servidumbres de paso. Otorgando de este modo máxima protección al “*verus dominus*”. Por lo que este parece ser el motivo principal, que lleva

²⁸ En este mismo sentido se pronuncia el art. 444 CC: «Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión.»

a la negativa del Tribunal a aceptar la usucapión de este tipo de servidumbres, y no el requisito de continuidad que ya hemos visto que no parece suficiente desde un punto de vista práctico.

Como ya he dicho, esto no es lo que ocurre en otros ordenamientos civiles distintos al común. Así, por ejemplo, en Aragón, que es el que nos compete, el art 568 y 569 CDFA²⁹, establecen el requisito para usucapir en la apariencia o no de las servidumbres. Es por ello que, en caso de encontrarnos ante una servidumbre de paso aparente, (aunque sabemos que es discontinua) ésta sí que podría adquirirse por usucapión en los términos establecidos en el art. 568 y en el caso de no ser aparente, también puede usucapirse siguiendo lo establecido en el art. 569; diferenciándose una y otra únicamente en que en el caso de ser aparente será usucapible con carácter extraordinario y ordinario, mientras que en el otro caso se regirá sólo por la usucapión ordinaria, que exige justo título.

En cualquier caso, ya vemos que, en Aragón, al igual que en Galicia, País Vasco y Navarra y al contrario que en el régimen común, sí está permitida la usucapión de servidumbres de paso.

Un claro ejemplo de reconocimiento jurisprudencial de lo que acabamos de comentar para Aragón, es la SAP Teruel de 16 de abril de 2002, así mismo también se reconoce en la SAP Huesca de 26 de octubre de 2010, entre otras muchas, aunque sin embargo, la sentencia más importante en este sentido, llegando a crear doctrina jurisprudencial es la STS de 12 de julio de 1984, donde el TS reconoce la posibilidad de adquirir por usucapión la servidumbre de paso, al amparo de lo dispuesto en el art. 147 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón, al establecer en la sentencia lo siguiente; «Que la Compilación del Derecho Civil de Aragón..., modificando en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa anterior contenida en el apéndice del Código Civil, prescinde, como dice su exposición

²⁹ Art 568 CDFA: <<Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe>>
Art.569 CDFA:<< Las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. En todo caso, la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la prescripción adquisitiva.>>

de motivos, de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes...»

Con respecto a lo que se entiende por apariencia, (para hallarnos efectivamente ante el supuesto que establece el art. 568 CDFFA), lo cierto es que no está bien definido por nuestro CC. (como ya he indicado al ocuparme de las servidumbres aparentes). No obstante, se ocupa de clarificar dicho concepto el art 552.2 CDFFA. Sin embargo, este art. no se ha venido aplicando por los tribunales, puesto que con anterioridad a la reforma del 2010 era más completa la recogida al efecto en el CC, y por ello la jurisprudencia ha interpretado y aplicado el art 532 CC, cuando se trataba de conocer los requisitos de la servidumbre aparente. Así, se pronuncia la STSJ de Aragón de 20 de mayo de 2015³⁰, en un caso en el que evidentemente se aplicaba la normativa anterior a la reforma operada en nuestro Derecho foral. Dicha sentencia indica textualmente:

«El artículo 147 de la Compilación permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a qué ha de entenderse por apariencia, por lo que hemos de acudir, como señala el recurrente, al criterio que suministra el art. 532 del Código Civil. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior; una señal o indicio directamente relacionado con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de ser suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre, por tanto, ha de tener un carácter funcional e instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante. Este último aspecto es clave para la resolución del recurso que nos ocupa, pues, en efecto, de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto del otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para el servicio del propio fundo».

No podemos olvidar, que se reconoce como excepción a la norma del CC. que impide la usucapión de las servidumbres discontinuas, la servidumbre de paso inmemorial. Entendiéndose como aquella que es anterior a la entrada en vigor del CC., tal y como

³⁰ Esta sentencia nos remite a otra emitida por el mismo tribunal; STSJ de Aragón de 18 de junio de 2010.

recoge la disposición transitoria primera del CC, y reiterada jurisprudencia del TS, entre otras, la SAP de Ávila 24 de noviembre 2003, que textualmente al respecto indica en su fundamento de derecho lo siguiente:

«La jurisprudencia ha venido admitiendo la adquisición de la servidumbre de paso por prescripción inmemorial con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil , en cuyo caso se respetará la servidumbre de paso adquirida de este modo, bajo la sanción del Título XXI de la Partida 3, por aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Código Civil, al tratarse de un derecho nacido bajo el régimen de la legislación anterior (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1993, número 399/1993 EDJ 1993/4073 ; 5 de marzo de 1993, número 213/1993 EDJ 1993/2191 ; 18 de noviembre de 1992...). Pero, para ello, tendría que quedar plenamente probada la posesión de la servidumbre de paso con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil».

1.3.1 SOLUCIONES AL PROBLEMA:

Está claro que dicha situación puede parecer muy injusta para aquellos que llevan años pasando por finca ajena y se les acaba retirando esa opción de goce del derecho de servidumbre de paso por la falta de reconocimiento de la usucapión en esta situación. Más injusto todavía parece, si nos fijamos en cualquier otro derecho real como los que hemos comentado anteriormente (usufructo, propiedad...) que se lleve ejerciendo durante el mismo periodo de tiempo y que sin embargo este, sí que se encuentra bajo la protección de nuestro ordenamiento civil común.

Por ello, veo la obligación de aportar alguna solución de la mano de PEDRO ROBLES LATORRE³¹ ante lo que parece una situación injusta. La primera de ellas y a la vez más clásica, pasa por la reforma de nuestro CC. para asimilarlo a la del resto de derechos civiles forales que, sí que tienen reconocido este derecho, pero mientras esta reforma no llegue a hacerse efectiva, debemos aportar otras soluciones.

³¹ LATORRE ROBLES, P.; *La usucapión de las servidumbres de paso en el Código civil*. Anuario de derecho civil, Vol.58, N°2, 2005. Pág 650.

Las soluciones consisten en eliminar esa servidumbre de paso, pero creando otro derecho similar que provoque una protección para el sujeto de la finca dominante, aunque sea menor que la que se propondría con la reforma del CC. por lo menos, estas soluciones, permiten defender de algún modo a estos sujetos de esa injusta situación.

Es por ello, que la primera de ellas, consistiría precisamente en adquirir mediante usucapión la propiedad de la franja por la que el sujeto pasaba continuamente y por lo tanto, por la que poseía esa titularidad continuada. Así pues, lo que se propone es una copropiedad de esa parte del terreno utilizada para el paso, pasando así a ser titular de la propiedad en sí (únicamente del tramo necesario para el paso) eliminando la necesidad de constituir una servidumbre de paso, ya que como hemos visto, se hace imposible.

La otra solución que nos propone PEDRO ROBLES LATORRE es la de convertir a la servidumbre de paso en una servidumbre personal con las consecuencias que esto conlleva, en cuanto que pasamos a estar ante un régimen jurídico distinto. Esta transformación la hace posible mediante la aplicación de la buena fe en la utilización de los derechos que se encuentra amparada en el art. 7 CC.

Por último, propongo una solución de defensa, que la podríamos definir como una excepción procesal que consiste en alegar por parte del dueño del predio dominante, la prescripción de la acción negatoria de servidumbre, que correspondería ejercitar al dueño del predio sirviente, y de esta manera, aunque no vea reconocido el derecho que propiamente le corresponde, impide que se ejerza el derecho ajeno que correspondería al dueño que soporta la carga de la servidumbre.

2. EXTINCIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PASO:

Además de las causas generales de extinción de las servidumbres, en el CDFA se establece una causa exclusiva para el caso de encontrarnos ante una servidumbre forzosa de paso, concretamente en el art. 580³². Y es que, ante la obligación legal de hallarse el beneficiario del derecho ante una situación de auténtica necesidad para poder

³² Art. 580 CDFA: 1. <<Si el paso concedido a una finca deja de ser necesario por haber adquirido su titular otra colindante que esté contigua a la vía pública, el titular de la finca sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización.>>

2.<<Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse una nueva vía que dé acceso a la finca enclavada.>>

solicitar el establecimiento de esta servidumbre forzosa, dicho artículo también establece como protección a la parte que sufre la carga, que por el mismo modo que cuando aparece la necesidad es legítimo establecer la servidumbre de paso, también lo es su extinción cuando desaparece dicha necesidad de paso.

Así pues, deberíamos pensar ahora en que se entiende por desaparición de la necesidad. Para ello, debemos tener en cuenta el art. 577 CDFA que establece esa obligación legal de la que hablábamos para constituir la servidumbre; «El titular de una finca enclavada entre otras ajenas y sin salida o con salida insuficiente a una vía pública...», y a partir de aquí, darnos cuenta que la desaparición de la necesidad se produce precisamente, cuando se abre la posibilidad de salida a una vía pública. Es de esta manera, como lo entiende la mayoría de la doctrina jurisprudencial, como en el caso de la STSJ de Aragón de 16 de mayo 2016, cuando fundamenta lo siguiente; «Porque respetada la decisión del tribunal de instancia de entender que la servidumbre fue forzosa, sí resulta de plena observancia la disposición del artículo 580 CDFA y, conforme a él, y ante la realidad actual de que la finca que fue predio dominante ya tiene acceso a vial público, procede la extinción de la servidumbre forzosa que en su momento se estableció a favor de esta finca que estuvo enclavada y ya no lo está ahora».

Pero, además de este modo extintivo propio de la servidumbre de paso, existen otros modos que aglutinan la extinción de las servidumbres en general y que, por supuesto alcanzan a la servidumbre paso, por lo que también me veo en la obligación de comentarlas. Estos modos generales de extinción se encuentran regulados en los art. 546³³-548 CC, y son seis, sin embargo, pese a lo dicho anteriormente, los tres últimos modos no son aplicables a la servidumbre coactiva de paso por motivos que luego

³³ Art. 546 CC: Distintos modos de extinguirse las servidumbres;

<<1.º Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y del sirviente.

2.º Por el no uso durante veinte años.>>

Este término principiará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto a las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas.

3.º Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el número anterior.

4.º Por llegar al día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional.

5.º Por la renuncia del dueño del predio dominante.

6.º Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.>>

veremos. No obstante, voy a profundizar únicamente en los modos que a mi parecer entablan más dificultades interpretativas.

2.1 EXTINCIÓN POR CONFUSIÓN O REUNIÓN:

Está regulado en el art. 546.1, en este sentido la servidumbre se entiende extinguida en virtud del principio “*nemini res sua servit*”³⁴. Esto quiere decir que como el ordenamiento civil común establece como requisito para el establecimiento de las servidumbres el principio de la “ajenidad”, conllevando la imposibilidad de que exista la servidumbre si la pertenencia de la finca dominante y sirviente no pertenecen a distintos dueños, consecuentemente cuando dicho presupuesto desaparece, se entiende extinguida la servidumbre por el principio que he citado, ya que pese a seguir suministrándose el servicio que proporciona el predio sirviente, ya no estaríamos ante la relación jurídica de la servidumbre de paso, sino que entenderíamos que pasamos a estar ante un derecho de propiedad que poseería el dueño, al pasar a serlo de ambas fincas.

El principio que acabo de exponer tiene su reflejo jurisprudencial en la STS de 28 de diciembre de 1984 y STS 19 de febrero de 1996 que argumentan como fundamento de derecho lo siguiente; «...no podía existir servidumbre alguna ni a favor ni en contra de cualesquiera de dichas fincas, puesto que la servidumbre ha de constituirse siempre sobre un fundo ajeno, tal y como indica el artículo 530 del Código civil³⁵..., de ahí que el artículo 546 del Código civil indique como primer motivo de extinción de las servidumbres la reunión en una misma persona de la propiedad del predio dominante y sirviente».

En Aragón, sin embargo, no está del todo claro si es necesario ese principio de ajenidad para que se pueda constituir una servidumbre, ya que encontramos una posible contradicción entre los art. 564 y 571.2 que es donde se regula, puesto que el referido artículo 564 expone lo siguiente; «Es posible constituir servidumbre sobre finca propia, quedando su efectividad subordinada a que la finca dominante o la sirviente cambien de

³⁴ “Imposibilidad de constituir una servidumbre sobre cosa propia”

³⁵ Art. 530.1 CC: <<La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.>>

titularidad». Es decir, nos abre la posibilidad de crear una servidumbre sin el requisito de ajenidad, al referirse al término “finca propia” y luego parece cerrarla cuando obliga a que se produzca un cambio de titularidad. Esto entra en contradicción si se entiende cerrada esa posibilidad, con el también referido art. 571.2³⁶, en el cual, se hace depender la extinción de la servidumbre a la voluntad del titular de ambas, abriéndonos en este art. la posibilidad de que exista la servidumbre sin ese requisito. Por lo que se denota que otra vez más, el CDFa entra en disparidad de criterios con respecto al CC.

Por todo ello, M^o T. ALONSO PÉREZ³⁷ piensa que en Aragón se resuelve el problema que provocaría, una posible reunión o confusión temporal, y que sin duda suscita la interpretación que el CC hace sobre esta cuestión.

El CC. establece la extinción de la servidumbre en cualquier caso cuando se produzca la reunión (aunque esta sea temporal), eliminando así, cualquier opción de recuperación de la servidumbre. Mientras que el art. 571.2 CDFa, sí que nos ofrece la posibilidad de recuperarla cuando la reunión es temporal, y lo hace al supeditar la extinción a la voluntad del titular, resolviendo así el problema que suscita el CC, y que podría llegar a ocasionar el 564 CDFa.

2.2: EXTINCIÓN POR NO USO DURANTE 20 AÑOS:

<<El fundamento de esta causa de extinción viene dado porque cuando transcurre tan largo tiempo sin ejercer el derecho, no puede ampararse jurídicamente la reducción del contenido del derecho de propiedad del predio sirviente porque parece haber desaparecido la necesidad del servicio que, en un momento determinado, prestó el predio sirviente al dominante a través de la servidumbre.³⁸>>

³⁶ Art.571.2: <<Las servidumbres se extinguen por... La reunión en una misma persona de la propiedad de las fincas dominante y sirviente solo será causa de extinción de la servidumbre si el titular de ambas declara su voluntad en tal sentido.>>

³⁷ ALONSO PÉREZ M^o T.; Derecho civil patrimonial Aragonés; Constitución y extinción de las servidumbres; Coordinadora: Carmen Bayod. Zaragoza, 2013;. Pág 182.

³⁸ ALONSO PÉREZ M^o T.; Derecho civil patrimonial Aragonés; Constitución y extinción de las servidumbres; Coordinadora: Carmen Bayod. Zaragoza, 2013. Pág 183.

Sin embargo, nada se dice de si ha de ser relevante o no la causa que origine el “no uso”, aunque en este sentido se pronuncia la SAP Jaén de 22 de febrero de 2001 (JUR 2001/126442), cuando afirma que además es necesario el “*animus*” de abandonar.

Veo necesario remarcar, que no se establece ninguna restricción a la hora de aplicarse esta extinción a ningún tipo de servidumbre, por lo que la de paso también puede extinguirse por este motivo.

A este respecto, conviene hacer referencia a lo que se entiende por “no uso” (entendiéndose como tal; no ejercitar las facultades que le atribuye la servidumbre) y sus particularidades. En este sentido, no es necesario que ejercite las facultades el propietario en sí mismo, bastando con que sean ejercidas por quien tiene legitimado este derecho (un arrendatario). Siguiendo esta línea se considera de igual forma, que cuando la propiedad de la finca dominante, responde a una comunidad, basta con que la servidumbre sea ejercitada por uno de los comuneros para impedir la prescripción.

Los plazos en las servidumbres discontinuas (como es la de paso), se regulan en el art 571.1.a) CDFA.³⁹ El problema que aquí se plantea es el de cuándo se ha de entender que debe de empezarse a computar el plazo para la prescripción. Unos optan por entender que el “*dies a quo*” comienza a contar desde el día en que dejó de usarse la servidumbre, mientras que otros optan por pensar que debería entenderse iniciado desde el día que esperando que fuese utilizada, no lo fue, sin que pueda entenderse interrumpida la prescripción cuando tras un tiempo sin utilizarse, vuelve a ejercerse el derecho, y tras ello vuelve a caer en desuso, ya que se entiende que se ejercitaron las facultades únicamente en aras a evitar esa posible prescripción.⁴⁰

³⁹ Art. 571 CDFA:

1. Las servidumbres se extinguen por:
a) El no uso durante veinte años.

<<Este término empezará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto a las discontinuas y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas, excepto en el supuesto de servidumbre sobre finca propia.>>

⁴⁰ En este sentido se pronuncia la SAP Barcelona de 28 de octubre de 2002 (JUR 2003\99625)

IV. CONCLUSIONES:

PRIMERA: De acuerdo con lo visto a lo largo de mi trabajo, se puede concluir que, en cuanto a materia de derechos reales, y en concreto en lo que a servidumbres se refiere, el CDFa está mucho más completo y avanzado en la materia.

Esto se denota en primer lugar, en la separación que realiza el CDFa dentro de las servidumbres legales distinguiendo entre servidumbres forzosas y los meros límites legales al dominio que no son considerados servidumbres. Sin embargo, dicha distinción no ha llegado a darse todavía en el CC. necesitando éste de una reforma urgente, en tanto que además el resto de Derecho Forales también poseen una regulación más completa en esta materia.

El segundo punto estudiado que refleja esta clara superioridad regulatoria del CDFa la encontramos a la hora de definir lo que se entiende por signo aparente, dando el art. 532 CC. una definición defectuosa para el entendimiento por parte de la jurisprudencia, que ha tenido que interpretarla bajo sus propios criterios y apoyándose sin duda en otros preceptos similares como puede ser el art. 552.2 CDFa, que sin embargo, sí que completa y determina con claridad que debe entenderse por signo aparente.

De otro lado, hemos visto también, que el CDFa vuelve a salvar las diferencias de interpretación en otro aspecto dentro de la extinción de las servidumbres. Así en Aragón, siguiendo el art. 571.2 CDFa, se resuelve el problema que puede suscitar el CC, con respecto a la interpretación de una posible reunión o confusión de la propiedad de los fundos en una misma persona de manera temporal.

SEGUNDA: En relación con las servidumbres se advierte de mi trabajo la importancia de la prescripción o usucapión como medio de adquirir las servidumbres de paso en nuestra comunidad. A tal efecto, basta tener en cuenta lo previsto en el art 568-569 CDFa. Esta conclusión enlaza con la tercera, puesto que en el CDFa se adopta el criterio de la apariencia o no de las servidumbres para regular la prescripción adquisitiva de las mismas, permitiendo de este modo la usucapión en las discontinuas. No hace lo propio el CC, que sigue adoptando el criterio de la continuidad para habilitar la prescripción adquisitiva de las servidumbres, permitiendo únicamente que sean usucapibles las continuas, y dejando fuera de tal modo de adquisición las discontinuas.

TERCERA: Enlazando con lo anterior, se puede concluir que el avance del CDFA con respecto al CC, en materia de derechos reales, se debe precisamente a que la aprobación del CDFA es relativamente actual, así como especialmente a la gran labor de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que se encargó de su preparación, haciendo de éste, un código mucho más moderno y adaptado a las nuevas opiniones doctrinales, salvando la oscuridad de la normativa anterior y de la prevista en la regulación del régimen común. Sin embargo, yo creo que el CC, como ya he dicho en repetidas ocasiones debería sufrir una reforma para no seguir anclado en las añejas opiniones doctrinales, aunque tiene el beneficio de la seguridad jurídica que ofrece su mantenimiento y la interpretación que, salvando el paso del tiempo, efectúa de dichos preceptos la jurisprudencia.

V. BIBLIOGRAFÍA:

LIBROS:

ALONSO PÉREZ M^o T.; Derecho civil patrimonial Aragonés; *Constitución y extinción de las servidumbres*; Coordinadora: Carmen Bayod. Zaragoza, 2013; “Constitución y extinción de las servidumbres”. Págs.153 a 193.

ARGUDO PÉREZ J.L.; “*Las servidumbres en el Derecho aragonés*”, en *Tratado de servidumbres* (coordinador, A. L. Rebolledo Varela) (2^a edición), Pamplona, Aranzadi, 2007, págs. 1249-1411.

ARGUDO PÉREZ J.L.“V. Derecho de bienes” en *Manual de Derecho Civil Aragonés* (Jesús Delgado Echeverría [Director] y M^a Ángeles Parra Lucán [Coordinadora]) (2^a edición), Zaragoza, Ed. El Justicia de Aragón, 2006, pp. 669-693

BUSTO LAGO, J., M., “*La Usucapión de la Titularidad de las Servidumbre Predial de Paso*”, Edersa, Madrid, 2000.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (dirección), “*Manual de Derecho Civil Aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón, 4^o Edición*”. El Justicia de Aragón, 2012.

LÁZARO GUILLAMÓN, C., “*La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo, Publicacions de la Universitat Jaume I*”; Castellón de la Plana, 2002.

LUCAS FERNÁNDEZ, F.; “*La servidumbre predial de paso en el Código Civil Español*.” en *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, XX, 3-4, 1962, págs. 216-440.

REBOLLEDO VARELA A. L.; “*Tratado de servidumbres*”, Régimen de las servidumbres en el Derecho Civil.I, 3^a edición, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2013.

ROBLES LATORRE, P., “*La usucapión de las servidumbres de paso en el Código Civil*”, *Anuario de derecho civil*, Vol.58, N^o2, 2005, págs.622-689.

TAMAYO. A «*El Derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del Código civil en materia de servidumbres*». Bosch Edit.; Barcelona, 1956, 4^o.

WEBGRAFÍA:

SIMONA, TSVETANOVA TSVETANOVA *“La adquisición de las servidumbres prediales por prescripción: Antecedentes y regulación actual.”* Trabajo de fin de grado. “Universitat Jaume I”, Grado en derecho.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA:

(Mis fuentes han sido Cendoj y elderecho.com)

Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª 19/7/2002, nº 780/2002, rec. 434/1997.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de lo Civil, 5/04/2016, nº 205/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª 19/02/1996, nº 106/1996

Tribunal Superior De Justicia De Aragón:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 16/05/2016, sobre la extinción del derecho de servidumbre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sec. 1ª 20-5-2015, nº 15/2015, rec. 10/2015.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sec. 1ª 18-6-2010, nº 6/2010, rec. 3/2010.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 5-12-2017; EDJ 2017/282992