

EL ARTÍCULO 542 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: DE LA SERVIDUMBRE DE ANDAMIAJE AL DERECHO VECINAL DE PASO TEMPORAL POR RAZÓN DE OBRAS

***ART. 542 OF THE REGIONAL CODE OF LAW OF ARAGON:
FROM SCAFFOLDING EASEMENT TO NEIGHBOURHOOD RIGHT
OF TEMPORARY TRANSIT DUE TO CONSTRUCTION WORK***

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza^{*}

RESUMEN

El artículo 542 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) traslada al Derecho aragonés el contenido de la regulación civil estatal (art. 569 CC) del acceso temporal desde el fundo propio al vecino para obras de construcción o reparación de edificaciones, pudiendo ocupar este terreno ajeno para colocar andamios u otros objetos de construcción. Sobre el precepto del Código civil la doctrina se dividió entre quienes lo consideraban correctamente situado en la servidumbre forzosa de paso, como una especialidad de pasos temporal, denominada «servidumbre de andamiaje», y la mayoría de la moderna doctrina civilista, con apoyo de la jurisprudencia, que lo calificaba como una expresión de las relaciones de vecindad, al igual que los Códigos italiano y alemán, y el derecho consuetudinario francés.

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado S29 de la DGA, denominado «Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés» (IDDA), que cuenta con financiación de la UE (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el Prof. Dr. D. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA.

En el Derecho aragonés se ha incluido entre las relaciones de vecindad típicas, siendo el único Derecho civil autonómico español que lo regula de forma específica en su legislación civil. En el trabajo se tratan de clarificar algunas consecuencias del régimen jurídico aragonés derivadas de su encuadre en el Derecho de vecindad y de la aplicación del principio tradicional aragonés del «ius usus inocui» contemplado en la Observancia 1^a *De aqua pluviali arcenda*.

Palabras clave: Derecho civil aragonés; relaciones de vecindad; derecho de paso temporal por razón de obras; Código civil español; servidumbre de andamiaje.

ABSTRACT

Article 542 of the Regional Code of Law of Aragon (CDFA) transfers to the Aragonese Law the content of the state civil regulation (art. 569 CC) on temporary access from one's own estate to the neighbour's for construction work, or building repair, being able to occupy this adjacent land to place scaffolding or other construction objects. Based on the principle of the Civil Code, the doctrine was divided between those who considered it to be correctly situated in the forced transit easement, as a temporary transit specialty, called "scaffolding easement", and the majority of the modern civil law doctrine, supporting the jurisprudence, which described it as an expression of typical neighbourly relations, just like the Italian and German Codes and French Common Law.

In Aragonese Law, it has been included within standard neighbourly relations, and it is the only Spanish autonomous Civil Law that regulates it specifically in its civil legislation. In this study, an attempt has been made to clarify some consequences of the Aragonese legal system derived from its framing within the neighbourhood law and from the application of the Aragonese traditional principle of "ius usus inocui", contemplated in Observance 1: *De aqua pluviali arcenda*.

Key words: Aragonese civil law; neighbourly relations; temporary right of transit due to construction works; Spanish Civil Code; scaffolding easement.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS. II. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL ARTÍCULO 569 CC: SERVIDUMBRE FORZOSA O RELACIÓN DE VECINDAD. III. LA REGULACIÓN DEL «PASO POR RAZÓN DE OBRAS»

CÓMO RELACIÓN DE VECINDAD EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS. 1. EL ARTÍCULO 542 DEL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS. 2. OTROS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS. 3. LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN DEL PROPIETARIO Y EL «IUS USUS INOCUI». 4. «EL PASO POR RAZÓN DE OBRAS» COMO LÍMITE O RESTRICCIÓN LEGAL DEL DOMINIO. IV. RÉGIMEN JURÍDICO Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN. 1. FINCAS VECINAS. 2. «CONSTRUIR O REPARAR ALGÚN EDIFICIO». 3. INDISPENSABILIDAD DEL PASO. 4. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL PASO. 5. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO. 6. INDEMNIZACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS

El Libro IV, *Derecho Patrimonial*, del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, 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, sobre derecho de bienes, dividido también en dos títulos, *de las relaciones de vecindad* (arts. 143 y 144), y *de las servidumbres* (arts. 145 a 148).

SANCHO REBULLIDA destacaba tras la aprobación de la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967 la labor del Seminario del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés en materia de derecho de bienes, al realizar «un profundo estudio histórico, que vino a confluir con una distinción conceptual introducida por la doctrina moderna, la distinción entre relaciones de vecindad y servidumbres»¹, superando la doctrina errónea sobre la naturaleza «híbrida» de las servidumbres legales, iniciando esta «promiscuidad conceptual y técnica» el Código francés, al que siguió el código italiano de 1865, y el español, que incluyó en el Capítulo II del Título VII del Libro II bajo la rúbrica *de las servidumbres legales*, «normas que son completamente extrañas a esta materia»².

¹ SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI*, XLIV (1968), p. 555. Cita, a título de ejemplo, «distancias y obras intermedias (artículos 582-584 y 589-591), medianería (arts. 571-579), y recepción de aguas pluviales (art. 586), corte de raíces y ramas (art. 592)».

² SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones. Del Derecho de Abolorio o de la Saca (Artículos 143 a 152 inclusive, de la Compilación)», en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26 (1967), pp. 195-218. Reeditado en *Estudios de Derecho Civil, II*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, pp. 133-165. Lo cito por esta última publicación, p. 141.

El estudio de la regulación foral de luces y vistas, y especialmente la aplicación de la Observancia 6^a *De aqua pluviali arcenda*, conduce a los autores del *Informe sobre «Derechos sobre las cosas»* a aplicar algunas categorías de la doctrina italiana (BUTERA, BARASSI) ante la insatisfacción que producía incluir las disposiciones forales bajo la denominación de servidumbres, destacando el grupo de normas del Código italiano de 1865 sobre distancias y obras intermedias para ciertas plantaciones y construcciones, y las luces y vistas, que doctrinalmente se consideraban normas para «resolver los conflictos que pudieran surgir del ejercicio del derecho de propiedad entre fundos vecinos, imponiendo limitaciones recíprocas a los respectivos dueños»³, que no se configuran como servidumbres por no existir fundos exclusivamente dominantes o sirvientes, al producirse una utilidad recíproca inconciliable con la servidumbre.

Y ante la desafortunada sistemática del legislador, entienden necesaria la diferenciación de las llamadas servidumbres legales en el Código, determinando si «se trata de una verdadera servidumbre legal o de una limitación de las facultades dominicales», porque –como indican– no responde esta separación conceptual tan solo a un prurito clasificador sino que, por el contrario, las consecuencias que de una y otras solución derivan son insospechadamente relevantes, que ejemplifican en materia de luces y vistas⁴.

Las relaciones de vecindad no constituyen una categoría homogénea y de contornos bien definidos⁵ como las servidumbres, y su construcción jurídica es reciente y basada en unos principios basados muchas veces en la casuística jurisprudencial, por lo que tiene mayor mérito su configuración en la Compilación aragonesa de 1967. Para PALÁ MEDIANO la regulación de los derechos reales en la Compilación aragonesa trata de «sistematizar, modernizar y adaptar un Derecho histórico a la vida jurídica actual de Aragón»⁶. Y entre los comentaristas del Libro III de la Compilación, José Manuel BANDRÉS destacaba su buena y moderna sistemática, y cómo rescata unas pocas instituciones tradicionales, por lo que a pesar de su muy parco contenido normativo, este libro

³ Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. I, Zaragoza, 1996, p. 484. SANCHO REBULLIDA, «Los derechos reales...», *op. cit.*, p. 555, cita como principales autores de este Informe a Mariano ALONSO Y LAMBÁN y Germán ALBALATE GIMÉNEZ. *Vid.* también el «Estudio Preliminar», de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, en la misma obra y tomo, pp. XIX a CXXIII.

⁴ *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. I, *op. cit.*, pp. 486-9.

⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Protección del Derecho de propiedad*, t. IX, 1994, p.125

⁶ PALÁ MEDIANO, Francisco, «Ponencia general sobre el tema de las Jornadas», en «Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés (Zaragoza, 18-20 diciembre 1969)», *Anuario de Derecho Aragonés*, t. XIV (1968-1969), p. 492

de la Compilación, «viene a recoger algo así como la quintaesencia del Derecho histórico aragonés en la materia»⁷.

El Título primero del Libro IV del Código aragonés lleva por título «De las relaciones de vecindad» y se divide en cinco capítulos: disposiciones generales (arts. 537 y 538), árboles y plantaciones (arts. 539 a 541), construcciones (arts. 542 y 543), aguas pluviales (art. 544), y luces y vistas (arts. 545 a 550). La importancia de la nueva regulación de relaciones de vecindad no es solo en número de artículos, pasando de dos en la Compilación a catorce en el nuevo Código, sino en su contenido normativo, ya que se completa respecto a la Compilación de 1967 con las disposiciones generales de los arts. 537 y 538 (capítulo primero), que establecen un marco común y mínimo de las relaciones de vecindad, necesario en el Derecho aragonés, del que cabe destacar la regla general del art. 538, «del uso adecuado de los inmuebles o sitios», que servirá de principio general de las relaciones vecinales, y al que habrá que reconducir también situaciones y relaciones jurídicas no contempladas expresamente por el Código aragonés como criterio de solución. El capítulo II sobre «árboles y plantaciones» (arts. 539 a 541) amplía la limitada y foral regulación del art. 143 de la Compilación, abarcando la regulación del Código civil (arts. 591 a 593 CC) y del art. 390 CC, sobre árboles que amenazan caerse, con las consecuencias del art. 1908 CC (por remisión del art. 391 CC). El capítulo V sobre luces y vistas (arts. 545 a 550 CDFA) desarrolla el régimen establecido en el art. 144 Compilación, que ha sido el precepto de referencia para construir los límites del derecho de dominio urbano en el Derecho aragonés.

En los capítulos III y IV se han introducido tres artículos sin precedentes en la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967. Son los arts. 542, bajo el título «paso por razón de obras», y art. 543 «uso de pared medianera», agrupados en el capítulo III con la denominación de «construcciones», y el art. 544 «paso natural del agua pluvial», que constituye el capítulo IV con el título «aguas pluviales». Aunque no tengan estos tres artículos precedentes inmediatos en la Compilación aragonesa de 1967, los hay anteriores del art. 543 («uso de pared medianera») en el Proyecto de Apéndice de 1904 (art. 235) y en la propia Observancia 6^a *De aqua pluviali arcenda*, que sigue siendo la regla inspiradora de las relaciones de vecindad de luces y vistas. De los otros dos preceptos, el art. 542 no tiene precedentes forales equivalentes pero aplica el mismo principio que la Observancia 2^a *De aqua pluviali arcenda*⁸ y el art. 544 no tiene un precedente en

⁷ BANDRÉS Y SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, «Libro III. Derecho de bienes», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 1º, Madrid, EDERSA, 1988, p. 193.

⁸ Y 1^a *De finium regundorum*, Vid. FRANCO Y LÓPEZ y GUILLÉN Y CARABANTES, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, p. 124.

el Cuerpo foral pero sí en el *Vidal Mayor*⁹, y ambos cabe interpretarlos como manifestaciones legales del principio recogido en la Observancia 1^a *De aqua pluviali arcenda*, que es objeto de este trabajo en relación exclusivamente al art. 542.

Extraña que la regulación en el Código aragonés de las relaciones de vecindad se haya limitado a los supuestos típicos nuevos mencionados, al existir otros preceptos que en el Código civil son considerados por la mayoría de la doctrina como exponentes de los límites o limitaciones de la propiedad y no como servidumbres legales o forzosas entre las que se incluyen en el Código civil, como los contemplados en los arts. 586 y 590, o ampliar la regulación aragonesa correspondiente al art. 390 CC (art. 541 CDFA) al art. 389 sobre construcciones que amenazan ruina.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil estudió la posibilidad de completar la regulación de relaciones de vecindad con otras disposiciones contempladas ya en el Código civil, para dar mayor coherencia al Título sobre relaciones de vecindad y no quedar reducido a los ámbitos con claros precedentes forales (árboles y luces y vistas), y disciplinar otros conflictos entre vecinos. La propuesta incluía la regulación aragonesa de los arts. 389, 390, 552, 586 y 590 CC¹⁰.

Se aprobó el actual art. 541 CDFA partiendo del art. 390 CC, pero se rechazó regular los arts. 389 y 590 CC por entender que resultaban preceptos anacrónicos si no se actualizaba su texto y ya eran contemplados por el Derecho administrativo. En materia de aguas, se acordó la incorporación al Derecho aragonés del art. 552 CC (actual art. 544. *Paso natural del agua pluvial* del Código foral), pero se rechazó un precepto semejante al art. 586 CC («caída del agua pluvial de los tejados») en el Derecho aragonés, pese a tener un claro antecedente foral en el Fuero único *De aqua pluviali arcenda* y ser la Observancia 1^a *De aqua pluviali arcenda*, la inspiradora de la aplicación del *ius usus inocui* y de las relaciones de vecindad en el Derecho aragonés, por considerarse que el supuesto «está regulado por el derecho administrativo y que se controla a través de la concesión de la licencia de edificación»¹¹.

⁹ *Vidal Mayor*. 4.206. *De aqueductu, es a saber: De aduzimiento//o de traymiento de agoa.*

¹⁰ *Vid.* SERRANO GARCÍA, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», en Carmen BAYOD (coordinadora), *Derecho civil patrimonial aragonés*, Institución «Fernando el Católico» DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 11-62 (y en ADC, LXV, 2012, pp. 1497-1549).

¹¹ Sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de siete de octubre de 2009 (Acta 249). Intervención de D. José García Almanzor. A continuación propone la supresión de este precepto, que se aprueba por unanimidad. La SAT Zaragoza 3 octubre 1978 consideró que era un conflicto entre particulares y que no era competencia de la corporación municipal la imposición de obras de reparación de los conductos de evacuación de aguas pluviales en unos edificios. *Vid.* DEL ARCO TORRES, M. A., y PONS GONZÁLEZ, M., *Régimen jurídico de las servidumbres. Doctrina científica y jurisprudencial. Formularios*, Granada, Comares, 1989, p. 491.

El antecedente foral es el Fuero único *De aqua pluviali arcenda*, del libro III de los Fueros (1247), que ISABAL incorpora a su recopilación: «Artículo 44. Todos están obligados a dar libre salida de sus casas al agua pluvial, de modo que no produzca daño a sus convecinos, a llevarla por conductos

Es por ello que las disposiciones aprobadas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que han pasado al texto legal del Código foral tras su tramitación parlamentaria, no tienen la suficiente coherencia material para formar capítulos independientes, aunque así lo haga el Código aragonés, quedando reducido el capítulo IV sobre aguas pluviales a un solo precepto, el art. 544 que transcribe –salvo la referencia textual a la servidumbre– el art. 552 CC. Y en el capítulo III se fuerza el título de «construcciones» para agrupar dos supuestos muy diferentes: la naturaleza de comunidad indivisa de la medianería (art. 543), sustrayéndola de la regulación legal de las servidumbres en el Código civil, y el desplazamiento del paso temporal por razón de obras desde la servidumbre forzosa de paso (art. 569 CC) al ámbito de las relaciones de vecindad, que corresponde a su verdadera naturaleza según el legislador aragonés.

No se duda desde la perspectiva del Derecho aragonés, que fue pionero en construir una diferenciación legal entre relaciones de vecindad y servidumbres, que las disposiciones de los arts. 389 –pero especialmente las de los arts. 586 o 590 CC– son supuestos de relaciones de vecindad, de límites legales al dominio de carácter igualitario y recíproco, pero la no inclusión el nuevo cuerpo foral ocasiona un problema de determinación del ordenamiento aplicable, ya que el rechazo a su inclusión en el ordenamiento aragonés no vino motivado por considerar la necesidad de aplicar supletoriamente el Código civil, sino por su anacrónico, escasa aplicación y considerar que en su campo de aplicación jurídica intervenía el Derecho público¹². Jugará en todo caso el principio rector de las relaciones de vecindad en Aragón que es el art. 538 CDFA a la hora de aplicar las previsiones del Código civil, si se considera que no existe norma aragonesa aplicable, y hacerlo «de acuerdo con los principios que las informan» (art. 1.2 CDFA), o bien cabe aplicar directamente el art. 538 CDFA, como «norma de cierre» de las relaciones de vecindad en Aragón que, como regla general, integra cualquier supuesto concreto de conflictos entre vecinos particulares por razón de vecindad estableciendo los criterios de resolución.

subterráneos, o de otro modo, hasta el (*sic*) en que debajo de la vía pública se recogen las aguas de las casas de la vecindad, y a limpiarlo, para que las aguas puedan entrar libremente, en la parte confrontante con sus casas, todo ello a sus propias expensas». *Cfr.* ISABAL, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926 (reed. facsimilar del Colegio de Abogados de Zaragoza, 1985), p. 195. No se contempló ya en la *Memoria de FRANCO y LÓPEZ*, ni en los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904. BLAS Y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1898, p. 212, lo atribuye a tener que observarse en esta materia la legislación de aguas y ordenanzas municipales.

¹² En realidad la colisión con la aplicación de otras leyes se produce más intensamente con el art. 544 CDFA y art. 552 CC en materia de aguas, ya que el art. 47.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), contiene un precepto con el mismo tenor literal, lo que ocasiona algunos problemas de interpretación por el principio rector de la demanialización de las aguas en la normativa sectorial.

Aunque existe acuerdo en la doctrina sobre la configuración de límite de la propiedad del paso natural de aguas pluviales, o de otro origen natural, y la consideración de la medianería como una forma *sui generis* de comunidad en las relaciones de vecindad, existen significativas divergencias doctrinales sobre la naturaleza de la institución contemplada en el art. 569 CC y ahora en el art. 542 CDFA, aunque la doctrina mayoritariamente y la jurisprudencia se inclinan por incluirlo en los supuestos de relaciones de vecindad mal encuadrados sistemáticamente en el Código civil entre las servidumbres legales, y específicamente en la servidumbre forzosa de paso.

II. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE EL ARTÍCULO 569 CC: SERVIDUMBRE FORZOSA O RELACIÓN DE VECINDAD

El art. 569 CC tiene como único antecedente el art. 571 del proyecto de Código civil de 1882¹³, aunque algunos autores han buscado antecedentes más lejanos en el Derecho castellano, en las Partidas¹⁴. Pasa intacto, añadiendo a la redacción del proyectado art. 571 la expresión «para construir», al art. 569 CC.

Parece que los antecedentes del precepto hay que buscarlos en el Derecho francés e italiano. Señala QUIÑONERO¹⁵ que una institución semejante existía en el Derecho consuetudinario francés anterior al Código, denominada «tour d'échelle» y configurada como limitación del dominio para favorecer las relaciones de vecindad, pero que no pasó al *Code de 1804* con la intención de liberar de cargas a los propietarios¹⁶. Inspiración más directa se encuentra en el Código

¹³ «Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue».

¹⁴ Ley 7^a, Título XXXII, Partida 3^a, citada por LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Universidad de Murcia, 1963, p. 224, en nota, que la considera como servidumbre accesoria a la de acueducto o desague.

¹⁵ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil-Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1638-42.

¹⁶ Consta en el Diario Oficial del Senado francés una interpelación al Ministro de Justicia sobre regulación legal de la servidumbre de «tour d'échelle» (JO Sénat du 14/12/1989, page 2076) del siguiente tenor: «M. Maurice Lombard expose à M. le garde des sceaux, ministre de la justice, que la servitude du “tour d'échelle” qui conduisait un propriétaire à laisser passer sur son terrain le propriétaire voisin pour effectuer les réparations sur un immeuble ou un mur contigu à son fonds existait dans l'ancien droit. Elle n'a pas été reprise dans le code civil. Cette lacune est source de multiples complications et de litiges : le propriétaire du fonds voisin peut refuser le passage sur sa propriété et la jurisprudence apporte des solutions contradictoires à ce problème, oscillant entre le respect

civil italiano de 1865 en su art. 592, que permite el paso al fundo vecino, cuando resulte necesario para construir o reparar una pared u otra obra propia del vecino o común, sujeto a indemnización por el daño ocasionado (art. 594). El art. 592 pasó al art. 843 del Código italiano de 1942¹⁷, añadiendo la concesión del paso para coger las cosas que caigan accidentalmente en el fundo vecino o los animales que huyen de la custodia de su propietario, semejante en este último supuesto al art. 612 CC.

Para QUIÑONERO es más amplio el precepto español, al permitir no solo el paso sino la colocación de andamios y otros objetos para la obra, al excluir la disposición italiana la permanencia en el predio vecino, por lo que se inclina por una mayor semejanza con los precedentes consuetudinarios franceses, ya que la institución de la «tour d'échelle» o «doit d'échellage» permitía ocupar un espacio de tierra del fundo vecino¹⁸.

En el Derecho alemán el derecho de paso necesario (§§ 917 y 918 BGB) no origina el derecho a la concesión forzosa de una servidumbre predial, por contar

du droit de propriété et les exigences de la pratique. En conséquence, il lui demande s'il n'estime pas envisageable de revenir à une servitude légale inspirée du "tour d'échelle" qui permettrait de donner un fondement juridique clair à l'obligation pour le propriétaire d'accorder, sous certaines conditions, l'accès à son fonds en vue de l'édification ou de la réparation d'un ouvrage sur le fonds voisin». La respuesta del Ministro (JO Sénat du 14/06/1990, page 1321) expresa la no necesidad de su regulación, y la resolución de los posibles conflictos por vía convencional, establecimiento de una servidumbre voluntaria, o a través de las reglas que rigen las relaciones de vecindad: «Le droit pour un propriétaire de passer sur la propriété voisine pour effectuer les travaux nécessaires à la conservation d'un bâtiment construit en limite séparative de son fonds, consacré dans l'ancien droit par une servitude légale, ne figure pas dans le code civil. Les tribunaux ont été amenés à reconnaître, de façon prétorienne, un tel droit personnel au propriétaire du fonds dans des conditions d'exercice strictement délimitées par la nature et l'objet des travaux : caractère indispensable des travaux, nécessité technique de passer sur le fonds voisin ; juste proportion entre la gêne provoquée et l'utilité des travaux. Ces critères dégagés par la jurisprudence permettent actuellement de fournir des solutions appropriées aux rares litiges de cette nature soumis aux tribunaux, dans les cas où les particuliers n'ont pu trouver de solution amiable, soit par l'établissement d'une servitude conventionnelle, toujours possible sur le fondement de l'article 686 du code civil, soit dans le cadre de relations de bon voisinage. Dès lors, il n'est pas envisagé de créer une servitude légale de «tour d'échelle».

¹⁷ «Il proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità , al fine di costruire o riparare un muro o altra opera propria del vicino oppure comune./Se l'accesso cagiona danno, è dovuta un'adeguata indennità./Il proprietario deve parimenti permettere l'accesso a chi vuole riprendere la cosa sua che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia. Il proprietario può impedire l'accesso consegnando la cosa o l'animale».

¹⁸ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1641. No cabe confundirlo, indica LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Universidad de Murcia, 1963, p. 225, con el derecho sobre el espacio de terreno circundante que el propietario puede dejar sobre su propio fondo más allá de su edificación a fin de poder construir o reparar ésta más fácilmente, que tiene su antecedente en el «ambitus» del Derecho romano, y conocido en el francés como «investison» o «invetison», y tampoco se puede considerar como servidumbre accesoria para permitir el establecimiento o conservación de otra servidumbre (art. 542 CC).

con antecedentes propios que superaban la estrechez del derecho romano en esta materia, y por ello se considera como una limitación legal del contenido mismo de la propiedad, en razón de aplicación de la disposición general del § 904 BGB, que niega al propietario el derecho a prohibir los actos que otro ejecute sobre la cosa en estado de necesidad, aunque desarrollando características propias en los preceptos citados¹⁹.

Antes de promulgarse el Código civil español, algunos autores mencionan la necesidad de establecer normas para supuestos de paso y ocupación provisional del fundo vecino, que contaba con regulación en Derecho público. DANVILA, (1872), explica la legislación sobre ocupación temporal de terrenos y aprovechamientos de materiales por razón de obras públicas y abre un apartado para los casos de paso legal en casos imprevistos, basados en la necesidad («la necesidad es la suprema ley») y para supuestos excepcionales (inundación, incendio, terremoto u otro acontecimiento insuperable) para permitir el paso por la heredad del vecino²⁰. También GUTIÉRREZ, en 1881, citaba como ejemplo de servidumbres temporales «la ocupación pasajera de terrenos», y explicaba que considerando la ley «la diferencia que hay entre la privación absoluta de la propiedad y una ocupación pasajera, concede indemnización previa cuando tiene que imponer una servidumbre perpetua; mas cuando es temporal, solo se obliga al resarcimiento posterior de daños y perjuicios»²¹. Para FALCÓN el art. 569 es un ejemplo de cómo pueden establecerse con carácter provisional ciertas servidumbres para construir o reparar edificios, y destaca la

¹⁹ WOLF, M., *Derecho de cosas*, vol. I. *Posesión, derecho inmobiliario, propiedad*, en *Tratado de Derecho civil de Ennecerus, Kipp y Wolff*, t. III. Traducción de la 32^a edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia español por PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., 8^a revisión, Bosch, Barcelona, 1936, p. 331. Cita como derechos territoriales (p. 336) «el llamado *derecho de martillazo* (*Hammerschlagsrecht*) y *escala* (*Leiterrecht*): para la reparación, construcción y limpieza de edificios, el vecino no solo puede penetrar en la finca ajena, sino también colocar andamios y depositar herramientas. Este derecho existe en Hesse (L. ej. 83 s.) y en Turingia». Los comentaristas españoles de la obra (pp. 336-7) señalan como el derecho de paso se configura como servidumbre en el Código español, pero exceptúan dos casos por considerarlas exponentes de limitaciones legales del contenido de la propiedad, el acceso forzoso, de carácter ocasional, para obras y reparación del art. 569 CC, y la llamada servidumbre de paso de ganados (art. 570 CC).

El Código civil suizo de 1907 regula el derecho como un límite al derecho de propiedad en su art. 695, remitiéndose a la legislación territorial cantonal: «b. Autres passages. La législation cantonale peut régler la faculté réciproque des propriétaires d'emprunter le fonds voisin pour travaux d'exploitation, de réparation ou de construction sur leur propre fonds; elle peut régir aussi les droits de charrue, d'abreuvoir, de passage en saison morte de dévalage et autres droits analogues».

²⁰ DANVILA, M., *El libro del propietario*, 3^a ed., Librería de Alfonso Duran, Madrid, 1872, pp. 258-261.

²¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. II (5^a ed.), Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1881, pp. 646-7.

novedad del precepto «del cual ningún precedente existía en nuestro derecho, y cuya justicia y necesidad son bien notorias»²². Valora BONEL la finalidad de la norma indicando que «es tan indispensable que sin ello sería imposible la edificación y reconstrucción en los límites de un predio que ha de estar colindante con los de otro»²³. Y MANRESA añadía que es «una servidumbre esencialmente temporal y transitoria que es en cierto sentido a la obra de carácter privado los que las ocupaciones temporales vienen a ser respecto de la construcción de las obras públicas»²⁴.

El Código civil considera que este derecho de paso es una servidumbre legal, y como servidumbre temporal, transitoria, provisional y parcial consideran este derecho los primeros comentaristas del Código como BONEL, FALCÓN o SÁNCHEZ ROMÁN –que la considera como una *ocupación temporal* semejante a una expropiación transitoria²⁵–, MANRESA o SCAEVOLA²⁶, y así lo ha seguido considerando también parte de la doctrina (DE BUEN²⁷, VALVERDE²⁸, PLANAS²⁹, BORRELL³⁰, CLEMENTE DE DIEGO³¹,

²² FALCÓN, M., *El Derecho civil español, común y foral*, t. I (sexta ed.), Tip. «La Publicidad», de Tobella y Costa, Barcelona, 1901, pp. 270-1.

²³ BONEL Y SÁNCHEZ, L., *Código civil español*, t. II, Libro II, A. López Robert, impresor, Barcelona, 1890, p. 644.

²⁴ MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV (7^a ed. revisada por J. M. Pou DE AVILÉS), Reus, Madrid, 1972, p. 915.

²⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. III, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1900, p. 619.

²⁶ SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código civil*, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. ORTEGA LORCA, t. X (5^a ed.), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 586. El autor lo considera una especialidad de la servidumbre de paso, o sea del paso forzoso, y como servidumbre temporal y parcial.

²⁷ DE BUEN, D., «Servidumbre de paso. Derecho civil común», *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVIII, Francisco Seix, Editor, Barcelona, s. f., p. 724: «servidumbre temporal de paso».

²⁸ VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II (4^a ed.), Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936, p. 375.

²⁹ PLANAS Y CASALS, J. M., *Derecho civil español común y foral*. Publicadas y anotadas por el Dr. D. Mariano Rubio y Tudurí, t. I, Librería Bosch, Barcelona, 1925, pp. 632-3. La denomina servidumbre especial de paso «para la conducción de materiales y realización de otros actos indispensables para edificar en el predio dominante».

³⁰ BORRELL Y SOLER, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 96-7.

³¹ CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1941, p. 401. Con anterioridad distingue las limitaciones generales del dominio de las servidumbres y pone como ejemplo expositivo de las limitaciones de interés privado que «el propietario de un fundo debe tener el derecho de obrar sobre el del vecino en la medida reclamada por las necesidades de la explotación y aprovechamiento y sin que exceda de los miramientos que de buena fe deben tenerse los vecinos», p. 339.

CASTÁN³², RIVERA³³, TORRES LANA³⁴, DEL ARCO y PONS³⁵, VÁZQUEZ³⁶, NAVAS NAVARRO³⁷). LUCAS FERNÁNDEZ acuñó el término doctrinal de «servidumbre de andamiaje» para referirse a la modalidad de paso temporal regulada en el art. 569 CC, «lo que propiamente es un derecho de servidumbre con sustantividad propia», que califica como servidumbre coactiva y predial, que por establecerse solo en contemplación de una obra que ha de realizarse, «y siendo ésta siempre temporal, nace marcada con el sello de la limitación en el tiempo»³⁸. HERNÁNDEZ ARRANZ ha reiterado nuevamente la defensa de la calificación de servidumbre de este derecho, ya que el carácter temporal no es suficiente justificación para negarle el carácter de servidumbre, si se argumenta apoyándose en la contemplación de la causa perpetua de las servidumbres en el Derecho romano, al no impedir el Código constituir servidumbres temporales, con la única limitación de imposibilitar servidumbres para hechos aislados o esporádicos. Encuentra, sin embargo, razones para considerarla como una servidumbre forzosa temporal, como una especialidad de las servidumbres forzosas de paso por razón del tiempo de duración de la carga y no, sustancialmente, por la diferencia de supuestos que puedan provocar la aplicación de los artículos 564 y 569 CC, ya que en muchas situaciones nos encontraremos con fincas enclavadas, que no permiten salida a camino público pero tampoco colocar andamios en otro terreno que no sea el predio ajeno. Añade que el paso esporádico podría constituir un límite al contenido normal del derecho de propiedad, pero no la ocupación por un cierto período de tiempo del terreno ajeno³⁹.

³² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo segundo, vol. 2º (revisado y puesto al día por Pascual MARÍN PÉREZ) (12ª ed.), Reus, Madrid, 1978, p. 153. En el vol. 1º (revisado y puesto al día por Gabriel GARCÍA CANTERO), p. 220, incluye el art. 569 CC entre las obligaciones y restricciones derivadas del derecho de vecindad, explicando que es un criterio discutido su inclusión en el CC de la mayor parte de ellas entre las servidumbres legales, a cuya exposición se remite.

³³ RIVERA SERRANO, M., *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 1998, p. 139.

³⁴ TORRES LANA, J. A., «Art. 569», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II (artículos 333 a 608) (dirección, José Luis ALBÁCAR LÓPEZ), 3ª ed., Trivium, Madrid, 1992, p. 963.

³⁵ ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, 3ª ed., Comares, Granada, 1998, p. 426.

³⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 551.

³⁷ NAVAS NAVARRO, S., «Artículo 569», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, p. 686.

³⁸ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Universidad de Murcia, Murcia, 1963, p. 224.

³⁹ 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, pp. 1043-4.

REBOLLEDO se aproxima a la posición de LUCAS FERNÁNDEZ, como más conforme a la regulación del Código civil, al entender que el art. 569 no concede automáticamente el derecho de paso y andamiaje, «como sería propio si nos encontráramos ante una limitación legal de dominio, sino que ha de ser establecido en sentencia, con todos los problemas procesales y de derecho sustantivo que plantea el art. 564 CC». De forma pragmática concluye que «cualkier sea la naturaleza jurídica del derecho», el Código civil la regula como una servidumbre forzosa que permite el paso y la ocupación temporal del predio ajeno⁴⁰.

Tampoco convence a EVANGELIO LLORCA la inclusión del art. 569 CC entre los supuestos de relaciones de vecindad mal encuadrados en el Código, por considerar también que el carácter de permanencia de las servidumbres no es un requisito esencial de la institución y, sin embargo, serlo «el pago necesario de una indemnización al propietario del fundo sirviente, presente en la servidumbre temporal de paso»⁴¹. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN dudan de la naturaleza de la obligación, y la califican como «modalidad de paso temporal» pero encuadrada en el apartado de la servidumbre de paso, y también la incluyen entre las relaciones de vecindad reguladas en el Código como servidumbres, pero constatando las divergencias doctrinales⁴². Otros autores la incluyen entre las relaciones de vecindad típicas, aunque su estudio lo realicen en el marco de su sede en el Código entre las servidumbres legales (ESPÍN⁴³, PUIG PEÑA⁴⁴, PUIG BRUTAU⁴⁵,

⁴⁰ REBOLLEDO VARELA, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, 3^a edición, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2013, p. 665.

⁴¹ EVANGELIO LLORCA, R., «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI*, núm. 659 (mayo-junio 2000), p. 1847, en nota 79.

⁴² DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 6^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 165 (relaciones de vecindad) y 457 (servidumbre de paso). La incluyen entre las relaciones de vecindad pero, en nota, señalan la división de la doctrina sobre la naturaleza de esta obligación, entre autores que la consideran como una limitación del dominio, basándose en el carácter meramente temporal de la relación –contrario a la *perpetua causa* de las servidumbres–, y otros que consideran permite la constitución de una servidumbre temporal de paso.

⁴³ ESPÍN, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 76. Considera que el derecho de paso no tiene el carácter de servidumbre forzosa y considera todos los supuestos legales como limitaciones de la propiedad.

⁴⁴ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, II (3^a ed.), Ediciones Pirámide, Madrid, 1976, p. 140 (Limitaciones de utilidad privada. Deberes de vecindad. Paso forzoso) y 497 (Servidumbre de paso. Paso con carácter transitorio).

⁴⁵ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil*, vol. III, Bosch, Barcelona, 1989, p. 70 (Limitaciones legales por razón de vecindad) y 295 (Servidumbre de paso. Paso transitorio).

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI⁴⁶, PEÑA BERNALDO DE QUIROS⁴⁷, LÓPEZ⁴⁸, CORBAL⁴⁹).

TAMAYO, en su propuesta de revisión del Código civil en materia de servidumbres, considera que todas las servidumbres legales reguladas en el Código «merecen la consideración de limitaciones del dominio, sean fundadas en el interés general y público, en las relaciones de vecindad entre los predios, o en un interés privado o particular» que no responden a la calificación de servidumbres. En esta última categoría incluye los derechos de paso permanente y temporal (arts. 564 a 569 CC)⁵⁰. Esta consideración de todos los derechos legales de paso como simples limitaciones o restricciones normales del derecho de propiedad es criticada por GONZÁLEZ-ALEGRE al considerarla una tendencia doctrinal que confunde las «relaciones de vecindad» con «razones de vecindad», siguiendo el criterio del Código civil alemán. Defiende la «clásica» servidumbre de paso distinguiéndola de la regulación en el Código civil del específico paso ocasional, que se desgaja del derecho de servidumbre, dando lugar a una auténtica «relación de vecindad»⁵¹.

Para GONZÁLEZ-ALEGRE el art. 569 CC es una expresión del principio «ius usus inociu», una tipificación legal del derecho al uso de un predio ajeno, viniendo a ser

⁴⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de derechos reales*, I y II, Civitas, Madrid, 1986 y 1987. Aunque en el vol. II la cita en los supuestos de la servidumbre forzosa de paso, p. 61, en el vol. I. la califica como relación típica de vecindad, pp. 72 y 74.

⁴⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario* (2^a ed.), Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1986, p. 305-6 (Servidumbre de paso. De paso de materiales y colocación de andamios). En las relaciones de vecindad, distingue entre las limitaciones recíprocas entre fundos vecinos y las limitaciones de la propiedad de un fundo solo en provecho de otro (sin reciprocidad), en las que las circunstancias topográficas de cada fundo «pueden determinar que precisamente el propietario de uno de ellos tenga determinadas facultades sobre el fundo vecino», en las que incluye el derecho de paso para construir o reparar (pp. 128-9).

⁴⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Las relaciones de vecindad», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y otros, *Lecciones de Derecho civil. Derechos reales e hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 34; y en LÓPEZ, A., MONTÍS, V. L., y ROCA, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2^a ed. (coordinador: M. CLEMENTE MEORO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 185. En la primera obra DÍAZ MORENO, A., incluye el art. 569 entre las servidumbres de paso (p. 212), y en la segunda lo hace CLEMENTE MEORO sin ninguna anotación sobre su posible consideración como supuesto de relaciones de vecindad, que realiza en otras materias (por ej.: luces y vistas) (p. 372).

⁴⁹ CORBAL FERNÁNDEZ, J., «Art. 569. Comentarios», en *Comentario del Código Civil*, tomo 3 (arts. 333 a 608) (coordinador, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000, p. 822. En realidad este autor no se pronuncia, limitándose a observar que para un sector doctrinal se trata de servidumbres legales y para otro de meras manifestaciones de las relaciones de vecindad.

⁵⁰ TAMAYO, A., *El derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del código Civil en materia de servidumbres*, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 112-3 y 124-6. Justifica las limitaciones legales por interés privado cuando este interés particular sea suficiente para merecer el amparo de la ley y el respeto de la colectividad.

⁵¹ GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Manual de servidumbres*, 3^a ed., Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, pp. 209-11.

«un claro exponente de la recíproca colaboración que debe existir entre los vecinos, bajo un natural criterio de buena vecindad, en el que deben imperar sentimientos de mutuos auxilios ante las necesidades que a uno y a otros se les puede presentar»⁵². Este criterio de recíproca colaboración vecinal como limitación dominical, por la reciprocidad que puede suponer entre fundos vecinos y por el carácter temporal de paso u ocupación de terreno, es compartido por parte de la doctrina (ALONSO PÉREZ⁵³, MÉNDEZ DE LUGO⁵⁴, LASARTE⁵⁵, DÍAZ FUENTES⁵⁶, HUERTA⁵⁷, SERRA y DE VERDA⁵⁸) o como regulación de un derecho de paso transitorio que no puede calificarse como servidumbre sino como relación de vecindad, al representar un mero límite o limitación del derecho de propiedad por interés privado, que limita, restringe o suspende temporalmente la facultad de exclusión del propietario del fundo vecino (ROCA JUAN⁵⁹, QUIÑONERO⁶⁰, GONZÁLEZ GARCÍA⁶¹, BUSTO LAGO⁶², BONET⁶³,

⁵² GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1967, p. 60.

⁵³ ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *ADC*, t. XXXVI (1983), p. 387.

⁵⁴ MÉNDEZ DE LUGO Y LÓPEZ DE AYALA, A., «La servidumbre predial forzosa de paso», *Las Servidumbres. Cuadernos Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 316.

⁵⁵ LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, IV 7^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, es coherente al colocar el art. 569 entre las relaciones de vecindad y anotar en el tratamiento de la servidumbre forzosa de paso tal circunstancia, pp. 66 y 368.

⁵⁶ DÍAZ FUENTES, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 507 y 678.

⁵⁷ HUERTA TRÓLEZ, A., en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coordinador), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo II. Reales. Vol. 1º*, Civitas, Madrid, 2002, p. 83.

⁵⁸ SERRA RODRÍGUEZ, A., en el tratamiento de las relaciones de vecindad (pp. 133-4) y DE VERDA y BEAMONTE, J. R., en servidumbres de constitución legal, especificando los casos que son «restrictiones que afectan por igual a todos los predios, las cuales delimitan el contenido normal del derecho de propiedad» (p. 274). En *Derecho Civil, III*, 2^a ed. (DE VERDA y BEAMONTE, J. R. y SERRA RODRÍGUEZ, A., coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁵⁹ ROCA JUAN, J., «Artículo 569», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2º, Madrid, EDERSA 1978, p. 168.

⁶⁰ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil-Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1644.

⁶¹ GONZÁLEZ GARCÍA, J., *La facultad de exclusión del propietario* Universidad de Granada, 1986, p. 116.

⁶² BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p. 702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4426. Añade que «tal relación obligatoria de carácter temporal por la que se impone una limitación al derecho del titular del predio es suficiente para conseguir la finalidad social propuesta, apropiada a necesidades temporales y aun momentáneas, para las que sería excesivo constituir una servidumbre que por regla general es permanente y atiende a necesidades permanentes de los fundos».

⁶³ BONET CORREA, J., *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, t. II. Libro segundo, Madrid, Civitas, 1987, p. 446.

ALBALADEJO⁶⁴, ALGARRA⁶⁵, MORENO TRUJILLO⁶⁶). GONZÁLEZ PORRAS lo considera una limitación legal, y no un límite del derecho de dominio, de carácter temporal, y aun momentáneo, y recíproco entre fincas o predios o edificios de cualquier clase «que procediendo de determinadas y variables causas, reduce, en casos concretos, el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa»⁶⁷. KARRERA también considera que es un derecho inherente al mero hecho de una relación de vecindad, y que se trata de una limitación, y no un límite, del derecho de propiedad, que incide concretamente «sobre la facultad de exclusión, conforme al cual el propietario, con motivo de la relación de vecindad entre fincas y por razones de interés privado (la necesidad contemplada), queda despojado de dicha facultad temporalmente a favor del vecino interesado»⁶⁸.

GARCÍA-BERNARDO, sin embargo, considera que el derecho de paso del art. 569 CC no es servidumbre pero no porque le falte el requisito de perpetuidad de las servidumbres, ya que al admitirse las servidumbres temporales el requisito ha pasado a ser el de la permanencia, pero referida a la utilidad, sino porque cuando la utilidad es ocasional, accidental o circunstancial, le falta a la utilidad esencial en las servidumbres esa nota de la permanencia. Por ello considera que se trata de una «obligación nacida de la ley» (arts. 1089 y 1090 CC), derivando la obligación de indemnización por el perjuicio irrogado del art. 564 CC⁶⁹. En la doctrina italiana, la realización de obras en el fundo vecino se considera una obligación *propter rem*, ya que el art. 843 del Código italiano solo establece como límite del dominio y relación de vecindad el paso entre fincas, pero QUIÑONERO tras el estudio de la doctrina italiana rechaza que sea aplicable al art. 569 CC, porque la obligación de soportar la ocupación carece de un contenido positivo, que diferencia las *obligaciones propter rem* de las limitaciones legales de dominio y relaciones de vecindad, que tienen un contenido negativo, y son «deberes pero no *obligaciones propter rem*, y consisten no en una prestación positiva sino en una

⁶⁴ ALBALADEJO, M., Derecho civil, III, vol. I (6^a ed., revisada por J. M. GONZÁLEZ PORRAS), Librería Bosch, Barcelona, 1989, p. 271, calificándolo como «límite a la facultad de exclusión».

⁶⁵ ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 18.

⁶⁶ MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 1991, pp.135-6.

⁶⁷ GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Artículo 569», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1456.

⁶⁸ KARRERA EGIALDE, M. M., «Artículo 569», en *Código civil comentado*, I, (CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., directores), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 2242. Añade que responde a la «finalidad social perseguida de responder a una necesidad temporal de cualquier finca que otorga la facultad de uso de propiedad ajena sin recurrir a la articulación de un derecho de servidumbre» (p. 2243).

⁶⁹ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coordinador), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo II. Reales. Vol. 2º*, pp. 643-44.

abstención o tolerancia»⁷⁰. Sí que ha contemplado el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de diciembre de 2001 y en el ámbito específico de la propiedad horizontal (art. 9.4 LPH), que el paso a través de una vivienda para acceder a los servicios comunes de la urbanización para efectuar obras o reparaciones no implica la constitución de un derecho de naturaleza real, ni se considera un derecho limitativo del dominio al que resultaría aplicable el régimen de las servidumbres de paso del Código civil sino que es una obligación real, denominada ambulatoria o *propter rem* establecida por la Ley de Propiedad Horizontal a cargo del titular de la vivienda, o en defecto del ocupante de la misma⁷¹.

Esta necesidad transitoria que da lugar al derecho, lleva a LACRUZ a pensar que su ejercicio «más que como constitución de una verdadera servidumbre, como si se tratase de una suerte de arrendamiento, si bien nada se opone a que el juez ordene constituir un verdadero derecho real»⁷². Lo critica QUIÑONERO porque el contenido del art. 569 CC no puede ser el mismo que el de una servidumbre y no sirve a la finalidad de las servidumbres, ni consiste en una cesión de una cosa por tiempo cierto ni la indemnización puede considerarse la renta de un pretendido arrendamiento, y piensa que LACRUZ lo quiere indicar es la rara naturaleza del derecho o facultad concedido por este precepto⁷³.

Las opiniones doctrinales más influyentes sobre la naturaleza jurídica del derecho de paso y ocupación temporal de fundo ajeno, contemplado en el art. 569 CC, sin configurar la institución como servidumbre han sido las de ROCA JUAN y QUIÑONERO CERVANTES. ROCA JUAN la define, 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»⁷⁴. QUIÑONERO va delimitando la figura de otras próximas, partiendo de que no se trata de una servidumbre, y tampoco

⁷⁰ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1647. GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 123, distingue la limitación de la obligación, afirmando que la primera afecta al ejercicio del derecho ya la facultad de exclusión, restringiéndolos, mientras que la obligación afecta a la persona imponiéndole una determinada conducta positiva.

⁷¹ Vid. PÉREZ VEGA, A., «“El paso a través de finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso”, a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2001», *Actualidad Civil*, nº 30 (21 a 27 julio 2003) (La Ley 1322/2003).

⁷² LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, ed. revisada por LUNA SERRANO, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137

⁷³ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1647. Sin embargo, LUNA SERRANO, A., «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», en AAMN, tomo XXXV (1996), p. 291, se inclina por su consideración de servidumbre, al no ver inconveniente «en que la utilidad que un fundo proporciona al otro sea actual, futura o potencial, o bien sea prevista como transitoria o temporal, siempre que en sí misma se perfile como estable»

⁷⁴ ROCA JUAN, J., «Artículo 569», *op. cit.* p. 168.

exactamente de una servidumbre de paso, ya que comprende también la ocupación del fundo ajeno. Entiende que ni el nacimiento de la facultad, ni su extinción, ni su ejercicio se regulan como si de una servidumbre se tratase, y que la temporal necesidad de ocupación es el motivo pero no la justificación para incluir el art. 569 entre servidumbres legales, e incluirla entre las limitaciones legales de dominio. También le parece excesiva la consideración como límite del derecho de propiedad de lo que solo es una facultad temporal de necesidad de usar una cosa ajena indemnizando los perjuicios que dicha utilización pueda ocasionar. Para este autor, el legislador no establece una verdadera limitación del dominio sino establece una mera suspensión temporal de una facultad que integra el derecho de propiedad: la facultad de exclusión que siempre asiste al propietario, y por ello «lo que parece que ocurre en este caso, es que, efectivamente, se suspende el contenido excluyente del derecho de propiedad, esta suspensión se produce por ministerio de la Ley y se basa en la necesidad de la ocupación»⁷⁵.

La conclusión lógica es situar la institución entre las relaciones de vecindad, pero le parece discutible por referirse el precepto a «predio ajeno» y no necesariamente requerir la vecindad de los predios, y tampoco tiene en cuenta la posible reciprocidad en el ejercicio del derecho, por lo que termina considerándolo un simple límite legal especial a la facultad de exclusión de carácter temporal que integra el derecho de propiedad, y por ello entiende que difiere esencialmente del supuesto del art. 612 CC de persecución del enjambre de abejas por el propietario, aunque reconoce que también se produce una suspensión temporal del poder del propietario de los terrenos que atraviesa el enjambre. Al negar la mayoría de la doctrina italiana que cita configurarlo como una *obligación propter rem* conduce igualmente a considerarlo como una limitación legal del dominio de las que conforman las relaciones de vecindad⁷⁶. Por lo anterior, es más precisa la calificación de ROCA JUAN al considerarla como limitación legal de la propiedad de los predios por razones de interés privado, que conduce necesariamente a encuadrar la figura entre las relaciones de vecindad.

⁷⁵ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit*, pp. 1642-44.

⁷⁶ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit*, pp. 1645-48.

III. LA REGULACIÓN DEL «PASO POR RAZÓN DE OBRAS» COMO RELACIÓN DE VECINDAD EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. EL ARTÍCULO 542 DEL CÓDIGO FORAL ARAGONÉS

Señalaba HERNÁNDEZ GIL que «se llama derecho de vecindad al conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos vecinos»⁷⁷, que configura una propiedad relativa y funcional por razones de utilidad privada⁷⁸.

La vecindad de los predios impone una serie de restricciones al ejercicio de los derechos de sus titulares para mantener una necesaria convivencia social ya que de manera inevitable se producen consecuencias del ejercicio del derecho de unos propietarios sobre los fundos ajenos por razón de cercanía o frontera, que determina el establecimiento de límites recíprocos y de carácter general para todos los titulares de las fincas próximas⁷⁹, bien en razón de convivencia entre personas vecinas basada en obligaciones generales de no dañar a los demás con la consecuencia de limitarse «en cuanto preciso sea para ello, en el ejercicio de sus derechos de repercusiones que pudiéramos calificar de invasiones»; bien para la coordinación de los derechos sobre los fundos, compatibilizando sus facultades dominicales, delimitando el poder o señorío sobre la cosa, «en armonía recíproca que permita la coexistencia social en una de sus, quizás más primitiva y sencilla manifestación: la vecindad»⁸⁰.

EVANGELIO LLORCA atribuye a las relaciones de vecindad, como límites al ejercicio del derecho de propiedad, un contenido más amplio que el derivado de esta configuración, que se manifiesta en tres aspectos fundamentales: «1) Una situación de vecindad entre fincas; 2) La ocupación estable de dichas fincas por personas, físicas o jurídicas, que serán, por extensión, vecinos; 3) La realización de determinadas actividades por esas personas, en el ejercicio de sus derechos, que repercuten en las del vecino o en sus derechos; en otras palabras, la existencia de relación entre los respectivos derechos de los vecinos»⁸¹.

⁷⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., *Dictámenes, I. Personas. Bienes. Derechos reales. Obligaciones y contratos*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1968, p. 242.

⁷⁸ ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit*, pp. 365

⁷⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Las relaciones de vecindad», en LÓPEZ, A., MONTÉS, V. L., y ROCA, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2^a ed. (coordinador: M. CLEMENTE MEORO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 184.

⁸⁰ GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., «Breviario sobre las relaciones de vecindad», en *Libro Homenaje a Ramón Mº Roca Sastre*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, p. 417.

⁸¹ EVANGELIO LLORCA, Raquel, «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI*, 659 (mayo-junio 2000), p. 1848.

Requieren una situación de vecindad entre las fincas, aunque no hay que interpretarla como una estricta colindancia o contigüidad, sino como proximidad entre ellas. En las relaciones de vecindad de áboles y luces y vistas aragonesas se presume la colindancia por las interrelaciones que se producen entre las fincas, pero la no exigencia de la misma puede propugnarse en los supuestos de otras inmisiones (art. 538 CDFA). Estas relaciones entre fincas producen una «intercomunicación militar de los espacios limitados», en expresión de GARRIDO MELERO, para pasar a través de él, para trasladar las aguas por el mismo o verterlas, o para actividades inmateriales, como ver o recibir luces por dicho espacio⁸².

La vecindad no afecta solo a las fincas sino también a las personas y a sus conductas y actividades, que vendrían ligadas por la conexión fundiaria, implicando no solo a los propietarios, sino también a cuantos, por cualquier título, usen y disfruten el bien inmueble, por la sola condición de «vecinos» (art. 537.1 CDFA), concretado en el art. 538 CDFA en «los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos», que verán sometido el ejercicio de sus respectivos derechos a determinados límites o limitaciones por razón de vecindad.

La doctrina⁸³ distingue dos clases de relaciones vecinales: a) la limitaciones de contenido típico y eficacia real, de carácter general y recíproco, que conforman el régimen normal u ordinario de la propiedad inmobiliaria, y cuya transgresión legítima para exigir el restablecimiento de la situación inmobiliaria al estado determinado por la ley; y b) las relaciones de contenido obligacional, cuya infracción permite solicitar el cese del uso anormal o de la actividad perjudicial, y la indemnización por los daños causados.

También es necesario distinguir y diferenciar las relaciones de vecindad de las servidumbres⁸⁴, destacando que las relaciones de vecindad forman parte del

⁸² GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *RDCI* nº 611 (julio-agosto 1992), p. 1555.

⁸³ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, p. 126; EVANGELIO LLORCA, Raquel, «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI*, 659 (mayo-junio 2000), pp. 1852-3; GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1967, pp. 12-21; HERNÁNDEZ GIL, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», en *Obras completas. IV. Derechos reales. Derecho de sucesiones*, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pp. 126-7 y 166-7; y HUALDE MANSO, T., «Capítulo II. De las limitaciones de la propiedad», en RUBIO TORRANO, E. y ARCOS VIEIRA, M. L., *Comentario al Fueno Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 1156-57.

⁸⁴ SANCHO REBULLIDA, Francisco de A.: «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI*, XLIV, 1968, p. 542; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, pp. 138-9; EVANGELIO LLORCA, R., *op. cit.*, pp. 1841-5; GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, *op. cit.*, pp. 66-83, y «Breviario sobre las relaciones de vecindad», *op. cit.*, pp. 418-9; HERNÁNDEZ GIL, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», *op. cit.*, pp. 98-101; y ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *op. cit.*, pp. 365-66.

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; las primeras se establecen con carácter general, igualitario y recíproco, mientras que las servidumbres constituyen un derecho real limitado; en las relaciones de vecindad no existe ventaja para un propietario y obligación para otro, y por el contrario en las servidumbres se distingue un predio dominante y otro sirviente, colocando a una de las fincas en una posición de subordinación con relación a la otra; las relaciones de vecindad son inherentes a los fundos y se incorporan a ellos directamente por la ley, mientras que las servidumbres precisan la aplicación del precepto legal mediante acto constitutivo; los límites por razón de vecindad no están sujetos a prueba e inscripción registral para su oponibilidad a terceros, mientras que las servidumbres han de probarse y, salvo las manifiestas, no perjudican a tercero por su no inscripción; las relaciones de vecindad no suponen disminución del patrimonio de quien las sufre, ni acrecimiento del que se aprovecha de ellas por lo que no originan derecho a indemnización, y sí las servidumbres legales, por la reducción del contenido del derecho de propiedad que sufre el propietario de la finca sirviente en beneficio del predio dominante; y las relaciones de vecindad no pueden extinguirse por prescripción, así como tampoco las acciones para exigir la correcta observancia de las mismas (art. 537.3 CDFA), lo que sí acontece con las servidumbres, por suponer una derogación del derecho común u ordinario regulador del dominio.

Además, los límites del dominio por razón de vecindad protegen intereses ligados a la buena convivencia y al uso tolerable de las fincas vecinas, pero no atribuyen un derecho real existiendo un conglomerado de elementos reales y obligacionales, que generan no solo una relación real entre propietarios de predios, como en las servidumbres, sino que exigen un comportamiento de los titulares de derechos reales y personales de los predios vecinos, cuya observancia y transgresión, se desenvuelve en el ámbito meramente obligacional, mientras que las servidumbres son, evidentemente, derechos reales. Y se hallan defendidas por acciones personales en relación a aquel derecho obligacional de vecindad; o por acciones reales (negatorias o interdictales) en las relaciones de vecindad de contenido y eficacia real.

Entre las relaciones de vecindad de contenido típico y eficacia real se encuentran en el Código aragonés, las reguladas en los arts. 539 a 550, y entre ellas se incluye el «paso por razón de obras» regulado en el art. 542 CDFA, del siguiente tenor literal:

«Artículo 542. Paso por razón de obras.

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 irrogue».

Como se ha comentado, el Código aragonés traslada en este artículo el contenido del art. 569 CC, pero le otorga distinta naturaleza jurídica como relación de vecindad o límite del dominio frente al encuadre en la servidumbre forzosa de paso de la legislación civil estatal. No se opera ningún cambio sustancial en la incorporación del contenido del precepto del Código civil al Código aragonés, salvo que su redacción aragonesa sustituye el término «propietario» por el de «titular», más coherente con la legitimación activa y pasiva en el ejercicio del derecho que contemplan para las relaciones de vecindad los arts. 537 y 538 CDFA. Su contenido se refiere a una situación de necesidad de paso de materiales o colocación de andamios u otros objetos que es indispensable para construir o reparar un edificio, produciendo una ocupación temporal de la finca vecina correspondiente que el titular de tal finca está obligado a tolerar, voluntariamente o por decisión judicial, recibiendo la indemnización correspondiente por los perjuicios que puedan producirle tales actividades, y no requiere el establecimiento de un gravamen, como ocurre en la servidumbre forzosa de paso (arts. 577 a 580 CDFA).

No hay precedentes claros en el Ordenamiento foral aragonés de este derecho, pero no es necesario justificar la conexión con otros ámbitos de relaciones de vecindad y sus principios en el Derecho aragonés, cumpliendo el objetivo de que «las normas no se presentan como peculiaridades o excepciones, sino que expresan suficientemente el sistema y sus principios generales, a la vez que atienden a concreciones y pormenores hasta ahora no reflejados en las leyes y que resultan muy convenientes para precisar el alcance práctico de los preceptos», que señalaba el preámbulo de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, respecto al proceso codificador del Derecho civil aragonés, superados los problemas interpretativos del art. 149.1. 8^a CE sobre conservación, modificación y desarrollo de los llamados Derechos forales o especiales, especialmente desde la STC 88/1993, de 12 marzo (RTC 1993, 88) dictada al resolver el recurso correspondiente contra la Ley aragonesa 3/1988, de 25 abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos⁸⁵. Entre los criterios de política legislativa sobre derecho civil aragonés, se contemplaba que la legislación civil aragonesa codificada había de contener «todos los preceptos que, encontrándose hoy su texto en el Código civil, son ya Derecho aragonés en virtud de las remisiones hechas por la ley aragonesa, además de todos aquellos que, coincidan o no con los que el Código dicta para su ámbito de aplicación, sean necesarios o convenientes para la completa regulación de las instituciones civiles comprendidas en la Ley aragonesa»⁸⁶.

⁸⁵ Vid. DELGADO, Jesús: «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho Civil», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, pp. 361 a 404.

⁸⁶ Vid. «“Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón”, Ponencia general elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (Decreto 10/1996, de 20 febrero)», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, II, núm. 2, 1996, p. 194.

No había previsión de este artículo en la Ponencia sobre la que trabajó la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y se introdujo a través de las enmiendas de modificación y adición presentadas por el profesor, y miembro de la Comisión, José Antonio SERRANO en el debate del artículo 21 (*Servidumbre de paso*) de la Ponencia en la sesión de 27 de mayo de 2009 de la Comisión⁸⁷. El debate sobre la servidumbre forzosa de paso siguió en la siguiente sesión (17 junio de 2009), aprobando el texto propuesto, que correspondía al art. 21. B (*Paso por razón de obras*), con el mismo texto que el legal vigente, aunque se discutió sobre la indemnización por el simple hecho de la ocupación, sin perjuicio de la que proceda por los daños que ocasionalmente puedan causarse. En la aprobación de la redacción propuesta se dejó nota en acta sobre la posible ubicación definitiva, en servidumbres o relaciones de vecindad⁸⁸.

En la sesión de 16 de septiembre de 2009, el profesor SERRANO presenta enmiendas de adición en materia de relaciones de vecindad⁸⁹, que se discuten en

⁸⁷ *Actas Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil Patrimonial.* Acta de la sesión de 27 de mayo de 2009 (Acta 245). Puede consultarse la síntesis del proceso que se explíca sobre la génesis del art. 542 CDFA en SERRANO GARCÍA, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», *ADC*, LXV, 2012, pp. 1521-22.

⁸⁸ *Actas Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil Patrimonial.* Acta de la sesión de 17 de junio de 2009 (Acta 246): «Explica el proponente que pretende recoger en esta norma lo dicho en el artículo 569 del Código civil. La circunstancia de la temporalidad del supuesto contemplado puede plantear dudas de si realmente estamos ante una auténtica servidumbre o ante la consecuencia de la colindancia y de una necesidad concreta que tendría mejor acomodo en las relaciones de vecindad, así se ha declarado en alguna ocasión por los Tribunales. Plantea si sería más correcto ubicar el precepto dentro de las relaciones de vecindad y suprimir la indemnización por el simple hecho de la ocupación, sin perjuicio de la que proceda por los daños que ocasionalmente puedan causarse. En este particular le contesta Don José García Almanzor que la indemnización por el hecho de la ocupación viene siendo admitida sin que se haya cuestionado su procedencia; por lo que propone mantener la indemnización por la ocupación. Recuerda el proponente que los Tribunales han declarado en algunas ocasiones que la indemnización no nace de la ocupación, sino de la posible responsabilidad civil por culpa extracontractual. Se contesta que tales pronunciamientos no difieren tanto de lo dicho en el Código civil cuando el artículo 569 dice que la indemnización será la correspondiente al perjuicio que se irrogue. Hace notar Don Jesús Delgado Echeverría que en las leyes aragonesas no se recoge la responsabilidad por daño, por lo que se entiende debe aprobarse la redacción propuesta dejando nota en acta sobre la posible ubicación definitiva, en servidumbre o en relaciones de vecindad. Con lo anterior queda aprobado el texto propuesto por Don José-Antonio Serrano García».

⁸⁹ *Actas Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil Patrimonial.* Acta de la sesión de 16 de septiembre de 2009 (Acta 248). El profesor Serrano expone el mayor grado de dificultad que supone formular el régimen de las relaciones de vecindad con relación al de servidumbres, y el punto de partida de la Compilación que no contenía una regulación completa de las relaciones de vecindad, aunque tampoco existe en el Código civil (Derecho supletorio) una disciplina general de las relaciones de vecindad, como la había en materia de servidumbres. Añade que «no es tan fácil la tarea de reconstruir el sistema aragonés de relaciones de vecindad. Las normas aragonesas sobre inmisión de raíces y ramas y el régimen normal de luces y vistas apuntan hacia una concepción más social de los derechos sobre las cosas, pero no parecen permitir la construcción *ex novo* de todo un sistema de relaciones de vecindad, al menos esa construcción nadie la ha puesto todavía sobre el

la sesión siguiente de 7 de octubre de 2009, proponiendo agrupar en un apartado dedicado a «construcciones» dentro del Título de las relaciones de vecindad, los artículos 5-A (*Paso por razón de obras*), ya aprobado previamente por la Comisión como artículo 21-B, 5-B (*Uso de pared medianera*), 5-C (*Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones*), y 5-D (*Construcciones que amenazan ruina*). Respecto al artículo 5-A, la Comisión acuerda aprobar por unanimidad trasladarlo a relaciones de vecindad. Se aprueba también el artículo referido al «uso de pared medianera» y se suprimen los artículos 5-C y 5-D. Los dos artículos aprobados por la Comisión, pasarán a la Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial, como los artículos 6 «*Paso por razón de obras*» y 7 «*Uso de pared medianera*», formando el capítulo III «*Construcciones*» del Título I «*De las relaciones de vecindad*», refundidos posteriormente en el Código del Derecho Foral de Aragón.

No existía tratamiento previo de estas materias por la doctrina aragonesa –salvo sobre medianería en las relaciones de luces y vistas– por razones obvias de contemplación en el derecho aragonés, y la jurisprudencia territorial expresa en sus decisiones cierta confusión al tratar la naturaleza del derecho contemplado en el art. 569 CC. El Auto nº 11/2009, de 9 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) (RJ 2010\4998) declara no admitir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de marzo de 2009 (PROV 2009, 235940), invocando el recurrente el art. 1.2 de la Compilación por indebida aplicación de los arts. 396 y 572.2 CC, relativos a la comunidad de bienes y a la presunción de servidumbre de medianería, por lo que en realidad el recurso no plantea la infracción del sistema de fuentes del Derecho aragonés por indebida aplicación de preceptos del Código civil sino su correcta o incorrecta aplicación, cuya revisión no corresponder al Tribunal Superior de Justicia de Aragón por no tratarse de infracción de normas del Derecho civil propio aragonés.

Estos artículos del Código civil determinaban la controversia judicial sobre la titularidad de un muro, en el que se iban a realizar obras, para las que la parte actora había pedido la «servidumbre de andamiaje», pero que originaban dudas sobre su legitimación activa como titular de un derecho sobre el muro. El otro motivo del recurso era la infracción de los arts. 144, 145 y 147 de la Compilación, relativos a relaciones de vecindad y servidumbres, en relación con los arts. 569 y 1902 CC. El Auto (FD 3º) determina la inadmisión del motivo por no explicar «el recurrente la razón por la que los preceptos relativos al régimen de luces y

papel», aunque existen otras regulaciones como las del Derecho civil catalán modernas y completas, aunque resulta ajena al Derecho aragonés. En razón a ello, propone «completar la regulación de este Título de las relaciones de vecindad con las normas del Derecho supletorio que disciplinan algunos particulares conflictos entre vecinos», citando en primer lugar el aprobado artículo 21-B sobre «paso por razón de obras», que es trasposición del art. 569 CC.

vistas podían resultar de aplicación a la servidumbre de andamiaje regulada en el artículo 569 del Código civil y sin norma específica alguna en el Derecho aragonés (...) Por lo demás, el régimen de luces y vistas de la Compilación no tiene encaje alguno ni aplicación posible en la servidumbre de andamiaje regulada en el art. 569 CC»⁹⁰.

Al no entrar en el fondo del asunto, la Sala del TSJA no incide en la naturaleza del derecho invocado por el art. 569 CC, y lo denomina con la expresión clásica de «servidumbre de andamiaje». La SAPH de 11 de marzo de 2009, que es la sentencia recurrida, no utiliza esta expresión (FD 1º) ni califica su naturaleza («andamiaje sobre su propiedad»), y no entra tampoco en el fondo del ejercicio del derecho, por entender que el muro es un elemento común en régimen de propiedad horizontal, salvo para respaldar la negativa del propietario afectado a autorizar la invasión de su propiedad, en tanto no se respete al menos la mitad del muro, y no considerarla abusiva. El defectuoso planteamiento del recurso de casación, impide considerar si el recurrente invocaba el régimen aragonés de luces y vistas como regla general de las relaciones de vecindad

⁹⁰ La SAP Huesca nº 40/2009, de 11 de marzo (sección 1º) (ponente D. Gonzalo Gutiérrez Celma), que se recurre en casación, explica en su FD 1º la controversia que originó el proceso: «la demanda principal tampoco puede prosperar pues la obra que se quiere rematar desde la propiedad del demandado supone una consolidación de la discutida cubierta actual y, además invade en más de la mitad el murete sobre el cual se ha levantado la pared de cierre que se quiere rematar colocando un andamio en la propiedad del demandado conforme al artículo 569 del Código Civil. Las partes tienen pendiente una controversia sobre ambas cuestiones que hasta el momento no ha quedado resuelta ni judicial ni extrajudicialmente. Dicha controversia no es un mero pretexto del demandado sino que es una discusión fundada en derecho que bien habría podido dar lugar a una paralización de la obra mediante el correspondiente interdicto que el demandado no ha tenido necesidad de interponer al poder impedir el remate de la obra con tan solo negar que se invada su finca para colocar el andamio en cuestión. En definitiva, la oposición del demandado al andamiaje sobre su propiedad es legítima en tanto no quede zanjada, judicial o extrajudicialmente, la controversia que las partes tienen pendiente pues lo que está realmente en cuestión no es el andamiaje propiamente dicho sino la obra a la que el mismo debe dar servicio. Aparte del diseño de la cubierta, como ha quedado dicho, está la ocupación de más de la mitad del murete de separación entre el espacio privativo del demandado y el garaje de uso exclusivo del recurrente el cual bien podría considerarse bajo la presunción de medianería del artículo 572.2 si no fuera porque, en realidad, se trata de una finca única en régimen de propiedad horizontal para la que sería más correcto hablar de elementos comunes conforme al artículo 396 del Código civil, existiendo al menos una duda razonable en la legitimidad de la obra cuando un propietario no puede alterar por sí mismo la estructura, configuración o estado del edificio pues así lo dispone el artículo 7 de la ley especial cuyo artículo 12 recuerda que cualquier alteración de las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. De este modo, la posición del demandado negándose a autorizar la invasión de su propiedad en tanto al menos no se respete la mitad de muro no es en absoluto abusiva, aparte de estar conectada también, a mayor abundamiento, con la discusión sobre el diseño de la cubierta, no pudiendo, por otra parte, repercutir el demandante contra el demandado los gastos derivados del montaje y desmontaje del andamio pues éstos sólo son debidos a la política de hechos consumados que el apelante intentó imponer incluso después de haber recibido la comunicación..., en la que incluso se anunciaba el ejercicio de acciones interdictadas para parar las obras que el recurrente quiere rematar con la colocación del andamio litigioso».

en la Compilación, en ausencia de otros preceptos generales, para encuadrar el andamiaje entre las relaciones de vecindad, que no contaba con regla específica en el Derecho aragonés, pero que la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo considera, en el art. 569 CC, como manifestación legal de relaciones de vecindad (SSTS 29 marzo 1977 [RJ 1977, 1357] y 3 abril 1984 [RJ 1984, 1924]). En las sentencias de las Audiencias consideran el art. 569 CC como servidumbre temporal las SSAPZ de 17 de febrero de 1998 (ECLI:ES:APZ:1998:455) y 8 de junio de 1998 (ECLI:ES:APZ:1998:1435), y como limitación de dominio las SSAPZ 21 marzo 2007 («derecho temporal de paso») (RJ 2007, 264176) y 22 septiembre 2008 («ocupación temporal y transitoria de la finca») (RJ 2008, 367342).

2. OTROS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS

No se contempla el paso y ocupación de terrenos temporal por razón de obras en la legislación de otros Derechos civiles autonómicos⁹¹. En el Derecho catalán, no existía precedente normativo del paso por razón de obras ni en el Derecho propio ni en el Derecho romano, que era de aplicación supletoria tradicionalmente en Cataluña, y el art. 283.7^a de la Compilación de 1960 prohibía adquirir por usucapión la servidumbre «de paso circunstancial entre fincas rústicas usado, solo en época de labores agrícolas», por lo que PELLA Y FORGAS⁹² y CASALS⁹³, antes de la Compilación, y los comentaristas de la Compilación⁹⁴, consideran aplicable como derecho supletorio el Código civil a esta situación.

⁹¹ Entre los precedentes forales, cabe considerar el Fuero General de Vizcaya, que en el título XXIV. *De la labores y edificios*, su ley III. *Como el que edificar puede pasar los materiales por heredad ajena*, que dice: « Otros díxeron, que avian de fvero, y establecían por ley, que qualquier Vizcayno que huviere de edificar casa fuerte ó llana, si huviere menester de pasar por heredad ajena viga de lagar, ó otra madera, ó piedra, lo pueda hacer pagando al dueño de la heredad el daño a vista y examen de dos homes buenos: con que no haya camino razonable o conveniente para el tal acarrear sin entrar en ajena heredad». *Cfr. El Fuero, Privilegios, Franquezas, y Libertades de los caballeros hijos dalgo del Señorio de Vizcaya. Confirmados por el Rey don Felippe III nuestro Señor y por los Señores Reyes sus predecesores*. Traducción por primera vez al vasco: Pedro de Pujana y Aguirregabiria. Interpretación Foral: José de Estornés y Lasa. Edición facsimilar de la edición en Bilbao por Pedro de Huydobra en el año 1643. Excma. Diputación Foral del Señorio de Vizcaya, Bilbao, 1981, p. 271.

⁹² PELLA Y FORGAS, J., *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas. Examen especial de las Ordinaciones llamadas de Sanctacilia*, 2^a ed., Bosch, Barcelona, 1969 (1^a ed., 1901), pp. 80-1. Añade como evidente que esta servidumbre de paso o entrada en un patio, casa o solar tiene el carácter de pública.

⁹³ CASALS COLLDECARRERA, M., *El derecho real de servidumbre según los principios del Derecho foral de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1941, pp. 113-4, como servidumbre transitoria y eventual.

⁹⁴ Vid. GASSIOT MAGRET, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1962, en sus comentarios a los arts. 283 a 295, y 342 y 343 de la Compilación, pp. 321-333 y 389-392; y PARA MARTÍN, A., «Título III. De las servidumbres», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), Tomo XXX (artículos 277 al final de la Compilación de Cataluña), EDERSA, Madrid, 1987, pp. 94 y ss., no mencionan otro precepto similar aplicable en Cataluña, directamente o por analogía.

Tampoco se reguló el supuesto en la Ley 13/1990, de 9 de julio, de acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, pero GARRIDO MELERO indica que la aplicación del art. 569 CC debería incluirse entre las relaciones de vecindad con significado real en Cataluña⁹⁵, y PUIG I FERRIOL incluye el art. 569 CC entre los límites al derecho de propiedad de interés privado en Cataluña bajo el título de supresión temporal de la facultad de exclusión⁹⁶. En el Derecho civil catalán actual del Código civil catalán (CCCat.), LLÁCER interpreta que el art. 566-7.1 CCCat incluiría cualquier tipo de servidumbre forzosa de paso. Por lo que cabe constituir servidumbres temporales, cuando el paso es indispensable para el uso normal de una finca, incluyendo la necesidad de pasar materiales a un predio vecino para construir o reparar algún edificio, pero concluye que la servidumbre contemplada en el art. 569 CC no queda cubierta en el CCCat, «que se limita al paso –de materiales si es preciso– cuando la finca que los necesita no tiene un acceso suficiente para hacerlos llegar»⁹⁷, aunque esta figura estaría regulada en las situaciones de comunidad (Título V) a través del régimen de propiedad horizontal (Capítulo III), entre las limitaciones y servidumbres legales (art. 553-39)⁹⁸.

No difiere su regulación sustancial de la Ley de Propiedad Horizontal estatal⁹⁹, que contempla en su art. 9.1.c) el deber de los propietarios de consentir en

⁹⁵ GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *op. cit.*, p. 1608.

⁹⁶ PUIG I FERRIOL, Ll. y ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. I (4^a ed), Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 303.

⁹⁷ LLÁCER MATACÁS, R. M., en *Tratado de servidumbres*, II (director A. L. Rebolledo) (3^a ed.), op. cit., p. 349 y su nota 54.

⁹⁸ Artículo 553-39. *Limitaciones y servidumbres legales*

1. Los elementos privativos están sujetos, en beneficio de los demás y de la comunidad, a las limitaciones imprescindibles para efectuar las obras de conservación y mantenimiento de los elementos comunes y de los demás elementos privativos cuando no existe ninguna otra forma de efectuarlas o la otra forma es desproporcionadamente cara o gravosa.

2. La comunidad puede exigir la constitución de servidumbres permanentes sobre los elementos de uso privativo diferentes a la vivienda estricta si son indispensables para la ejecución de los acuerdos de mejora adoptados por la junta o para el acceso a elementos comunes que no tengan ningún otro acceso.

3. Los propietarios de elementos privativos pueden exigir la constitución de las servidumbres, permanentes o temporales, absolutamente imprescindibles para efectuar obras de conservación y suministro de su elemento privativo.

4. Los titulares de las servidumbres deben resarcir los daños que causen en los elementos privativos o comunes afectados y, en su caso, el menoscabo que les produzcan.

⁹⁹ Así lo señala MARTÍ MARTÍ, J., «Las servidumbres derivadas de la propiedad horizontal», *Diario La Ley*, nº 6545 (8 septiembre 2006) (La Ley 2229/2006, p. 7). Para DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILLA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 235, el supuesto del art. 553-39.1 CCCat, representa una limitación puntual derivada de la necesidad de realizar determinadas obras.

su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras¹⁰⁰. Esta obligación ha sido considerada por el Tribunal Supremo no como una verdadera servidumbre, sino como una obligación *ob rem o propter rem* (STS 1^a 13 diciembre 2001)¹⁰¹, aunque se acude también para justificar esta obligación a la servidumbre del art. 569 CC¹⁰².

La SAP Barcelona de 12 septiembre 2008 aplica a una petición de derecho temporal de acceso a finca ajena, denegada por el propietario vecino, la regulación de las relaciones de vecindad en Cataluña, al considerarlo una restricción al derecho de propiedad en interés privado, encuadrable en el capítulo VI «Relaciones de vecindad», pero no en la sección primera «relaciones de contigüidad», que tipifica determinadas relaciones prediales, sino en la sección segunda «Estado de necesidad», con un solo artículo, el art. 546-12, que dice:

1. Los propietarios de los bienes deben tolerar la interferencia de otras personas si es necesaria para evitar un peligro presente, inminente y grave y si el daño que razonablemente puede producirse es desproporcionadamente elevado con relación al perjuicio que la interferencia puede causar a los propietarios.
2. Los propietarios a que se refiere el apartado 1 tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios que se les ha causado.

La sentencia entiende que se produce la necesidad de la ocupación por haber sido requerida la obra por el Ayuntamiento, y que es un supuesto cercano a la servidumbre regulada en el art. 569 CC, cumpliéndose los requisitos del estado de necesidad regulado en el Código catalán, porque la alternativa es des-

¹⁰⁰ Artículo noveno.

1. Son obligaciones de cada propietario:
(...)
- c) Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente Ley, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados.
- d) Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores.

Se modificó la letra c), del apartado 1 por la disposición final 1.3 de la Ley 8/2013, de 26 de junio. (BOE nº 153, de 27 de junio)

¹⁰¹ PÉREZ VEGA, A., «El paso a través de finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso», a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2001, *Actualidad Civil*, nº 30 (21 a 27 julio 2003) (La Ley 1322/2003).

¹⁰² FLORES RODRÍGUEZ, J., «El deber de soportar servidumbres de interés general y la ocupación de los elementos privativos en el régimen de la propiedad horizontal», *Actualidad Civil*, nº 7-8 (1 julio a 31 agosto 2014), (La Ley 4291/2014, p. 3).

proporcionadamente costosa (uso de una grúa desde la finca de la actora con un brazo largo que entre en la finca vecina) y no exenta de peligros; y, sin embargo, la colocación de la elevadora en el patio de la finca vecina ocasiona un perjuicio tolerable¹⁰³.

La diversidad de soluciones muestra una laguna de ley en el Derecho catalán, en un supuesto en el que no se alcanza a comprender la falta de un precepto expreso general en la legislación civil catalana que tiende a completar sus competencias en esta materia, pero que se ha resuelto a través de su propio Código, bien sea configurándola como una relación de vecindad o como servidumbre forzosa. La falta de un precepto expreso en el Derecho navarro ha tenido, sin embargo, una respuesta jurisprudencial y doctrinal unívoca.

En el Derecho navarro, la regla general de las relaciones de vecindad de la ley 367 FNN ha servido para encajar este supuesto no previsto legalmente por el Derecho navarro. La STSJ Navarra 22 enero 1993 (RJ 1993, 347) ha indicado, respecto al principio general de las relaciones de vecindad recogido expresamente en el párrafo primero de la ley 367 del Fuero Nuevo («Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad»), que dicha norma, inspirada en los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias (STS 12 diciembre 1980 [RJ 1980, 4747]), a que asimismo responden otras recientes formulaciones legales, es de aplicación a las relaciones de vecindad que no han sido objeto de una específica regulación convencional por los vecinos afectados, pero cede ante cualquier otro régimen establecido por ellos, en recto acatamiento al principio «paramiento fuero vienze» que, con la Ley que lo sanciona, resultaría infringido si las limitaciones del dominio que de este régimen voluntario se derivan vinieran a aplicarse únicamente en la medida

¹⁰³ RJ 2009/41923. Fundamenta en primer lugar la calificación de relación de vecindad en la regulación del derecho de propiedad en el Código catalán (FD 2º): «El capítulo I, Sección 1^a, en consonancia con la previsión constitucional del artículo 33 CE dispone en el artículo 541.2 que la propiedad cumple una función social de modo que todas aquellas facultades que otorga el derecho de propiedad a su titular deben ejercerse de acuerdo con esa función y dentro de los límites y con las restricciones establecidas en las leyes». Confirma la sentencia de instancia, cuyo fallo era: «debo declarar el derecho temporal de acceso de la actora a la finca (...) y en su virtud condeno a los demandados a dejar instalar a la actora una máquina elevadora a colocar en el patio contiguo a la nave del actor durante ocho horas laborales un máximo de cuatro días laborales consecutivos y dejar pasar y estar al personal facultativo y laboral para realizar las obras de finalización consistentes en la colocación de unas planchas metálicas que cubran la actual estructura de 3,5 hasta 8 metros que linda con el patio propiedad de los codemandados (...), con la obligación de indemnizar los daños que provoque tal inmisión, sin que sea objeto de este pleito la fijación del importe de la misma». Para LLÁCER (*op. cit.*, p. 173), la función de la figura del estado de necesidad no es equiparable a las relaciones de vecindad, al caracterizarse en limitar la facultad de exclusión en consideración a una emergencia puntual sin relación necesaria con una finca vecina y por afectar, asimismo a no propietarios.

de su correspondencia con la normativa legal en cuestión y con los principios que la inspiran. Señala HUALDE que los conflictos entre vecinos que no cuentan con una norma que establezca para ese caso concreto la limitación legal al dominio se re conducen a la norma general de inmisiones que aparece entonces como norma de cierre de las relaciones de vecindad: «por ello los límites puntuales al dominio del Código civil –si bien bajo la denominación de servidumbres– que no tienen norma paralela en el Fuero Nuevo y no son de aplicación en Navarra porque la norma de inmisiones recogida en la ley 367 a) tiene una fuerza atractiva que hace que deba recurrirse a ella e impide la aplicación supletoria del Código civil español», citando también el art. 569 CC, que no es de aplicación en Navarra, porque para el supuesto la STSJ Navarra 18 octubre de 2001 (RJ 2002/1077), ya aplicó la ley 367 FN¹⁰⁴.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra reiteró dicha doctrina en su sentencia de 17 de mayo de 2006 (ponente, FERNÁNDEZ URZAINQUI) que, para este mismo autor, es un claro exponente de la diferenciación entre las limitaciones del dominio por razón de vecindad y las servidumbres¹⁰⁵.

3. LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN DEL PROPIETARIO Y EL «IUS USUS INOCUI»

La facultad de exclusión no se menciona en la definición legal de la propiedad del art. 348 CC al precisar que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las señaladas en las leyes».

La doctrina añade las facultades de exclusión y perpetuidad del dominio. Para LACRUZ se entiende la exclusividad como la posibilidad de eliminar a cual-

¹⁰⁴ HUALDE MANSO, T., *Las inmisiones en el Derecho civil navarro*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 132-3. En la STSJ Navarra 18 octubre 2001, el recurso de casación se había formulado invocando los arts. 569 CC y las leyes 394.1 y 17 FN, pero el Tribunal entiende aplicable la ley 367.ap. 1º FN (FD 4º): «siendo, pues, una concreción de la ley 17 , cuya aplicación, con ello, se impide, excepto en la idea general que anima, con igual fin, a ambos preceptos, y se evita, con ello, asimismo, la aplicación supletoria del art. 569 del Código Civil, pues por sí, agota la materia de que se trata».

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., en *Tratado de servidumbres*, II (director A. L. Rebolledo) (3^a ed.), *op cit.*, p. 1037 y su nota 21, sobre esta última sentencia. Indica la STSJ Navarra 17 mayo 2006 (RJ 2006/4500) (FD 3º): «y es que, la normalidad, generalidad, reciprocidad e imprescriptibilidad de su exigencia entre predios contiguos o vecinos son rasgos propios o definitarios de las relaciones de vecindad, que las distinguen de las servidumbres, caracterizadas frente a aquéllas por su excepcionalidad respecto al normal contenido y régimen de la propiedad inmobiliaria, por la relación de subordinación entre predios (dominante y sirviente) que generan y por la prescriptibilidad del derecho que confieren. La misma temporalidad o transitoriedad del paso o la ocupación parcial de que aquí se trata pugnan con la natural permanencia característica de las servidumbres. La ocupación controvertida, más que una servidumbre, constituye pues una limitación legal de la propiedad inmobiliaria en interés privado por razón de vecindad, determinante de la suspensión temporal de la facultad de exclusión de su titular».

quiera de la relación con la cosa, carácter común a todos los derechos reales, pero que en el dominio –al ser el derecho más amplio– no deja lugar a la influencia de otro sujeto cualquiera, y por tanto permite excluir a todos¹⁰⁶. Y DÍEZ-PICAZO añade que la facultad de exclusión tiene dos aspectos, uno preventivo y otro represivo. El aspecto preventivo se manifiesta en la posibilidad de poner las cosas en condiciones tales que la eventual intromisión o perturbación quede impedida (de la que es expresión el derecho de cercar o cerrar las fincas, art. 388 CC); y el aspecto represivo lo constituye la posibilidad de reclamar que se ponga fin a una perturbación o lesión ya consumada, y se restituya la cosa a la situación anterior o a la que con arreglo al derecho debido tiene¹⁰⁷. Pero advierte GONZÁLEZ GARCÍA que la facultad de exclusión no es considerada en la actualidad carácter esencial del derecho de propiedad, «lo cual lleva a la evidencia que en determinadas circunstancias aquélla puede faltar, sin que ello suponga pérdida o menoscabo para el derecho»¹⁰⁸.

CASTÁN distingue entre las limitaciones genéricas o institucionales, derivadas de la naturaleza misma del derecho de propiedad, las de naturaleza positiva (que afectan al ejercicio del dominio como el abuso del derecho y los actos de emulación) y las de naturaleza negativa. Entre estas últimas, integra en la concepción y ordenación moderna del derecho de propiedad las limitaciones a la facultad de excluir «concediendo derecho a los extraños, aun sin constituir verdadera servidumbre», en razón al principio clásico del *ius usus inocui*, y a otros principios como la legítima defensa o el estado de necesidad¹⁰⁹.

Como observa este autor, citando a BATLLE, las diversas prácticas que se mencionan como manifestaciones consuetudinarias agrarias del *ius usus inocui* hay que considerarlas subordinadas a la tolerancia del propietario¹¹⁰ que, de acuerdo

¹⁰⁶ LACRUZ, *Elementos...*, *op. cit.*, III-1º, p. 235.

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Tecnos, Madrid, 1986, p. 692.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J., *La facultad de exclusión del propietario* Universidad de Granada, 1986, p. 193.

¹⁰⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo segundo, vol. 1º (revisado y puesto al día por Gabriel GARCÍA CANTERO) (14ª ed.), Reus, Madrid, 1992, p. 235. ESPÍN, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 65-66 y 70, también señala que la facultad de exclusión es común a todos los derechos reales, y que el contenido negativo del derecho de propiedad (limitaciones impuestas a este derecho), da la medida del contenido positivo. Considera como límites genéricos de la propiedad, las de legítima defensa y estado de necesidad según el Código penal, pero que el *ius usus inocui*, en las manifestaciones consuetudinarias citadas por LÓPEZ DE HARO, se permite por tolerancia del propietario.

¹¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, p. 237. Para DE PABLO, tales usos y aprovechamientos están amparados por la costumbre, que al ser dispositiva, puede el propietario impedirlos mediante actos inequívocos, expresos o tácitos (como la construcción de cerramientos), con el límite del art. 7.2 CC. Cf. DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M., *Curso de Derecho civil (III). Derechos reales*, Colex, 2004, pp. 174-5.

con los arts. 348, 349 y 354 CC, puede usar la facultad de cercar o acotar sus heredades o de prohibir expresamente tal utilización. O'CALLAGHAN reconoce que el uso inocuo se había estudiado tan solo en referencia a producciones sin importancia de la tierra, pero que cabe plantearse otros supuestos más actuales como uso inocuo de plaza de garaje o de piscina no utilizadas por sus propietarios, pero concluye que el *ius usus inocui* en su clásica concepción jurídica no es admisible, «es decir, *no es un límite al derecho de propiedad*», y se da por mera tolerancia del dueño, aunque podría plantearse, si se diera el concepto, como abuso del derecho, pero no ya como tal uso inocuo¹¹¹.

ALBALADEJO afirma que el *ius usus inocui* no existe como tal derecho, no se puede construir una teoría general sobre las manifestaciones consuetudinarias, y no constituye, «en absoluto», un límite a la propiedad, por lo que el titular de la propiedad puede, haciendo cesar su tolerancia, prohibir tales aprovechamientos. Entiende que el *ius usus inocui* está recogido y reconocido en el Derecho navarro (ley 17 de su Compilación), pero los límites a la facultad de exclusión del propietario se deben integrar en los límites comunes al ejercicio de cualquier derecho (abuso del derecho, legítima defensa y estado de necesidad), y no solo al de propiedad¹¹².

En posición contraria, GONZÁLEZ GARCÍA mantiene que el *ius usus inocui* sigue existiendo en nuestro Derecho basándose en que en la noción actual del derecho de propiedad existen importantes fundamentos para defender la existencia de tal derecho, sin necesidad de entrar en la consideración de si el ejercicio de la facultad de exclusión, en el caso concreto, es abusivo o no. Lo razona partiendo de que la propiedad se otorga para satisfacción de intereses dignos de tutela y el bien proporciona al propietario una utilidad que es reconocida como tal por el ordenamiento; y en las ocasiones en las que el titular no manifiesta un interés hacia la cosa el ordenamiento no protege su facultad de exclusión y, en consecuencia, no está facultado para ejercitárla, lo que no significa que el titular no sea propietario, sino que, en el caso concreto, no entra dicha facultad en el contenido del derecho, y no es necesario valorar si la conducta del propietario, al ejercitar la facultad de exclusión, es o no abusiva, sino si ha ejercitado una facultad que no le corresponde ya que entonces el ordenamiento jurídico no la tutela¹¹³.

¹¹¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, t. III, Edersa, Madrid, 1988, pp. 100-1. La STS de 24 de octubre de 2005 señala entre los caracteres del derecho de propiedad que es un derecho «exclusivo, pues permite excluir del goce a los demás incluso si su uso es inocuo».

¹¹² ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, III, vol. I, *op. cit.*, p. 260.

¹¹³ GONZÁLEZ GARCÍA, J., *La facultad de exclusión del propietario*, *op. cit.*, p. 203. Considera (p. 215) que, desde este punto de vista, el *ius usus inocui* no está supeditado a la tolerancia del propietario, porque esta abstención está motivada no por falta de legitimación para actuar, sino porque, si bien no expresamente, se consiente a otro a realizar cualquier tipo de actividad sobre el bien objeto de

LACRUZ, mantiene una posición más equilibrada y partiendo también de la condición (o función) social de la propiedad según la Constitución, deduce para el Derecho del Código civil que «el dueño, como regla general, no puede impedir la utilización inocua por otro de sus bienes inmuebles», pero ha de tratarse de inmisiones que no vulneren la esfera personal del dueño, le sean totalmente indiferentes e incluso puedan favorecerle, y cuya prohibición aparecería como mera manifestación antisocial del sentido absoluto del dominio¹¹⁴.

Y DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN consideran que aun fundado el uso inocuo en la tradición jurídica y aunque se haya afirmado que es un principio general del Derecho, depende de la tolerancia del propietario, que puede excluir a los demás de cualquier uso o aprovechamiento, por insignificante que sea, pero propugna medir la conducta del propietario para valorar si «se revela como anti-social y constitutiva de un abuso de su derecho para prohibirla en consecuencia (art. 7º del Título Preliminar)»¹¹⁵. Es un criterio seguido por la mayoría de la doctrina, y para LACRUZ se llega a la misma conclusión que aplicando la regla general del uso inocuo¹¹⁶.

En el Derecho aragonés, un principio general del Derecho aragonés en materia de derechos reales, y especialmente en relaciones de vecindad, venía recogido en la Observancia 1ª «De aqua pluviali arcenda»¹¹⁷, al establecer que cualquiera podía utilizar la posesión ajena con tal que no lo hiciera en daño del poseedor. El profesor PACHECO ha estudiado el origen y aplicación de esta Observancia, atribuyendo al forista PÉREZ DE PATOS, en su recopilación de Observancias de la primera mitad del siglo XIV, la autoría de la misma encuadrándola en referencia al Fuero único «De aqua pluviali arcenda», que interpreta en el sentido siguiente:

Si formaba parte del régimen normal del derecho de propiedad la obligación de recoger las aguas de forma que no causen daño al vecino, también lo es el que cualquiera, siempre que no cause daño, pueda realizar en posesión ajena aquello que le beneficie. Lo que se consagra aquí, pues, es una regla en virtud de la cual cualquier propietario vendría obligado a tolerar ciertas inmisiones no dañosas, más exactamente... inmisiones *causa nulli nocendi* o, como se dice modernamente, una especie de *ius usus inocui*, un uso no dañino e inofensivo; las inmisiones dañosas, las que viniesen a disminuir o socavar ostensiblemente el contenido del derecho de propiedad son las

su propiedad, que supone un perjuicio económico para el que, pudiendo oponerse, está dispuesto a soportarlo.

¹¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1º, ed. revisada por LUNA SERRANO, A., Dykinson, Madrid, 2000, p. 273.

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 169.

¹¹⁶ LACRUZ BERDEJO, *op. et loc. cits.*

¹¹⁷ Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda* «De ista materia tene, quod litera sonat, et es tibi optimum argumentum, quod quilibet potest facere voluntatem suam per possessionem alienam, dummodo fiat damno illius, cuius est illa possesio».

que vehicularían o encauzarían, en su caso, pero no necesariamente, a través de una servidumbre¹¹⁸.

El argumento de PÉREZ DE PATOS que dio origen a la Observancia 1^a es utilizado posteriormente por JAIME DE HOSPITAL para desarrollar lo que se convertirá en la Observancia 6^a «De aqua pluviali arcenda» sobre luces y vistas y la Observancia 2^a del mismo título sobre reconstrucción del azud propio en terreno ajeno¹¹⁹, y que siguieron los juristas aragoneses de los siglos posteriores¹²⁰.

En la jurisprudencia cita la Observancia 1^a «De aqua pluviali arcenda» la STS de 30 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5847) para señalar que es un principio de honda raigambre aragonesa que junto a la Observancia 6^a del mismo título,

según autorizada doctrina y jurisprudencia territorial aragonesa (intérprete de su tradicional Derecho), la observancia citada no establece ni regula régimen alguno de servidumbre, sino que se limita, de acuerdo con el principio de honda raigambre aragonesa sentado en la Observancia primera («cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor»), a fijar las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del ‘*jus usus innocui*’, lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables

¹¹⁸ PACHECO CABALLERO, F. L., «Servidumbres prediales y relaciones de vecindad en el derecho aragonés, 1247-1967 (Legislación, práctica, doctrina)», en Salustiano DE DIOS, Javier INFANTE, Ricardo ROBLEDO, Eugenia TORRIJANO (Coords.), *Historia de la propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, pp. 296-7.

¹¹⁹ PACHECO CABALLERO, *op. cit.*, pp. 300-302.

¹²⁰ Los foristas aragoneses (DEL MOLINO, PORTOLÉS, FRANCO DE VILLALBA) lo consideran como un principio general, pero lo aplican exclusivamente a las previsiones forales. Que FRANCO DE VILLALBA en sus comentarios al ordenamiento foral aragonés se remitiese al Fuero único «De aqua pluviali arcenda», que comenta previamente a la Observancia (*Fororum atque Observantiarum Aragoniae Code...*, Zaragoza, 1743, 2^a ed., fols. 318 y 319), no supone la limitación a esta materia de la Observancia 1^a, como anotan FRANCO Y LÓPEZ y GUILLÉN Y CARABANTES, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, p. 123 y su nota (a), y no se deduce del texto de FRANCO DE VILLALBA, ni del resto de foristas, que citan la Observancia 1^a en relación con otras Observancias del mismo título. Así lo señaló ya ISABAL, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926 (reed. facsimilar del Colegio de Abogados de Zaragoza, 1985), pp. 197-9, indicando que la Observancia no se refiere al caso del Fuero, es más amplia: «se refiere a toda utilización que de la propiedad ajena pueda hacerse sin daño del dueño, en términos de mayor amplitud; cualquiera, según ella, puede obrar según le plazca (*facere voluntatem suam*) con la salvedad de aquella limitación», corroborando a continuación tal afirmación con las obras de otros foristas (LISSA y BARDAXÍ).

Es interesante la anotación que realiza DEL PLANO: «Entre las servidumbres rústicas que el fuero establece se ofrece la primera la del paso; pero antes debemos prevenir, que muchos usos y ministerios, que en otras legislaciones se miran como derechos de servidumbre rigurosa, en la nuestra se han de considerar como efectos de la libertad que autoriza la ley», citando esta Observancia. *Vid. Manual del Abogado Aragonés, por un jurisconsulto de Zaragoza*, Librería de la señora viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1842, p. 92.

para la edificación y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado «medioambiente» (luz y paisaje).

El *ius usus inocui* es invocado también por la jurisprudencia territorial en diversos supuestos¹²¹, y la STSJ Aragón (1^a) 6 julio de 2005 (FD 5º), cita como principios reguladores de las relaciones de vecindad en Aragón los de buena fe, libertad civil, solidaridad y admisión del «ius usus inocui», deducidos a partir de los artículos 143 y 144 Compilación¹²².

El Informe del Seminario de la Comisión Compiladora relacionaba la Observancia citada con la doctrina del «ius usus inocui» y con la teoría del abuso

¹²¹ Lo cita y aplica, entre otras, las SSATZ de 18 marzo 1967 (*Foro Aragonés*, 1967, nº 61), comentada por José Lorente Sanz, (*ADA XIII*, p. 534), y de 2 de mayo de 1967 (día que entraba en vigor la Compilación de 8 de abril de 1967) (*Foro Aragonés*, 1967, nº 84), que reitera y amplía los argumentos de la anterior: «4.º, porque ... en esta Región Foral Aragonesa la diferenciación entre las restricciones legales de la propiedad y las servidumbres verdaderas –como derechos limitativos del dominio– tiene mayor trascendencia todavía, porque en aquéllas preside el principio de la función social de la propiedad urbana, en el sentido de no tener limitaciones si no perjudican intereses ajenos, y cesar tal libertad cuando colisionan intereses extraños, como está proclamado desde las antiguas Observancias del Reino –recopiladas por MARTÍN DÍAZ en 1437– hasta la Compilación que hoy entra en vigor, principio que ha de presidir la interpretación del Derecho de este territorio, y no siendo lícito confundir la excepción con la regla, tampoco es recto calificar de servidumbre los antiguos huecos, y no modo de ser de la propiedad urbana». Tomamos la cita de la transcripción de la misma por J. M. BANDRÉS Y SÁNCHEZ-CRUZAT, «Derecho de bienes. Artículos 143 y 144», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXIV, vol. 2º, Madrid, EDERSA, 1988, p. 227 y nota 50.

La SAP de Teruel de 3 de diciembre de 1993 (AC 1993/2523) trata un caso de denuncia de inmisiones por una línea de tendido eléctrico, por los cables y accesorios que integran la misma, colocada sobre un camino anejo a la finca del actor, que alega perturbaciones en la posesión del camino en cuestión que utilizaba para el paso de vehículos y maquinaria de laboreo agrícola de sus fincas, alegando la imposibilidad de realizar las tareas normales en las mismas por la poca altura de los cables e hilos tendidos. La Audiencia desestima la petición por entender que la perturbación, la inmisión directa en definitiva, sólo se daría en una situación de uso anormal y extraordinario por ser viable el paso de vehículos.

También SSAPH 30 mayo 1994 (EDJ 1994/7638), 12 enero 1995 (EDJ 1995/11732) y 19 de enero 1996, con relación a la aplicación del art. 144 Compilación; y SSAP de Zaragoza (Secc. 5^a) de 16 de septiembre de 1999 (ECLI:ES:APZ:1999:2095) y (Sección 2^a) 20 octubre de 2003 (RJ 2003/252117), en aplicación art. 143 Compilación.

¹²² RJ 2005/6703. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón justifica la aplicación del derecho supletorio, en este caso el art. 591 CC, argumentando que «esta aplicación del derecho civil general no contraviene los principios informadores del derecho aragonés, puesto que: a) son principios reguladores de las relaciones de vecindad en Aragón los de buena fe, libertad civil, solidaridad y admisión del ‘ius usus inocui’, o del derecho de uso no dañino; b) en el caso presente, en el que los chopos fueron situados junto al lindero delimitador de las propiedades, no cabe hacer referencia a la solidaridad o colaboración entre vecinos sino, antes bien, a la voluntad de clara delimitación; c) no es posible invocar el derecho a un uso no dañino cuando consta comprobado que la ramas de los árboles de gran porte golpean las casas integrantes de la Comunidad actora, y molestan a quienes las habitan; d) la libertad civil actúa en derecho aragonés como pacto, y no como imposición al vecino».

del derecho, aunque no esté consagrado en una norma específica aragonesa¹²³, explicando que «tolerar a todos que hagan obras y actúen en la posesión ajena mientras no originen ningún daño... está de acuerdo con el espíritu amplio de libertad característico de nuestro Derecho»¹²⁴. CASTÁN la cita como una manifestación del principio de equidad y solidaridad humana, característico de nuestro ordenamiento, pero añade que este principio es más fácil de escribir en la ley que de realizar en la práctica; pero que así y todo, demuestra una laudable aspiración a dar al dominio un carácter limitado y social, muy en armonía con las tendencias modernas¹²⁵. E ISABAL lo formula como artículo en su obra, traduciendo la Observancia: «Artículo 47. Cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor», considerando que no puede fundarse en ella todo un sistema de limitaciones, pero encuentra su texto inspirado en el principio de equidad, de gran consideración en el Derecho aragonés, y observa la dificultad de aplicación de la Observancia a los casos que la práctica vaya ofreciendo, pero concluye que la Observancia «afecta un carácter general, muy notable como orientación legislativa que invita a aplicarla en todos aquellos casos de aprovechamiento público o particular a que, sea la que se quiera la dificultad de la prueba o de la existencia o de la falta de daño, puede alcanzar su texto»¹²⁶.

De aprovechamientos agrarios trata fundamentalmente el trabajo de LÓPEZ DE HARO, citado reiteradamente por la doctrina sobre el *ius usus inocui*. Lo define como el «derecho a aprovechar de una cosa ajena, usándola por razón de utilidad, sin que el dueño sufra perjuicio», tratando de diversos aprovechamientos de derecho consuetudinario, encuadrados muchas veces bajo el concepto de «rebusca» y «espigueo», que beneficiaban a los vecinos más pobres de las comunidades rurales, y que sufrieron una derogación tácita en la época de la codificación, a través de la facultad de exclusión del propietario que le permitía cerrar

¹²³ Informes del Seminario..., *op. cit.*, p. 571. Lo explican del modo siguiente: «No vamos a comentar esta laudable y relevante doctrina. Consagrirla hoy de modo explícito en un artículo sería difícil y podría dar lugar a situaciones arduas y ser un semillero de pleitos. Leyes de aplicación general como la de cerramiento de fincas rústicas dificultarían la expresión en una norma. Por otra parte dado que el “*jus usus innoqui*” y la teoría del abuso del derecho, va penetrando en la jurisprudencia (quizá con demasiada lentitud) hemos creido acertado confiar al buen criterio de los tribunales la aplicación concreta de este principio de la citada observancia a través de esas dos vías de carácter general. Abona tal criterio el que ni en los dos proyectos de Apéndice ni en el Cuaderno vigente se formuló tal norma».

¹²⁴ Informes del Seminario..., *op. cit.*, p. 495.

¹²⁵ CASTÁN, *op. et loc. cits.*, p. 172.

¹²⁶ ISABAL, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926 (reed. facsimilar del Colegio de Abogados de Zaragoza, 1985), pp. 199 a 202. Realiza un estudio del tratamiento de la Observancia desde el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 hasta el Apéndice foral de 1925 por la doctrina civil aragonesa, que nos excusa de su reiteración.

sus heredades, prohibición dirigida en los Códigos especialmente al pastoreo gratuito, pero que afectó, sin ser una finalidad directa, a todos los aprovechamientos de los pobres. Entiende el autor que no están sancionados penalmente tales aprovechamientos (art. 607 del Código penal de 1870), *a sensu contrario*, si se realizan después de levantadas las cosechas y en campos abiertos, y que el Código civil solo regula los aprovechamientos de pastos, por lo que el resto se regirían por la costumbre y los principios generales del Derecho (art. 6 del Código civil de su redacción original de 1889), sin constituir una limitación del derecho de propiedad, por realizarse sobre restos de frutos o producciones no utilizadas por su propietario, respondiendo también a los principios en que se apoya el uso inocuo la doctrina del Tribunal Supremo declarando que no se debe prohibir lo necesario o útil que no hace daño a otro¹²⁷.

Ya se ha comentado como, a pesar de la finalidad social que inspira la obra de LÓPEZ DE HARO, la doctrina mayoritariamente ha considerado que tales prácticas se realizaban por tolerancia del dueño y no conformaban un derecho. Está, por otra parte, relacionado en este caso el uso inocuo con determinados aprovechamientos residuales agrarios, pero el principio general tiene un contenido más amplio desde su formulación en el Derecho romano como principio de equidad «quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur». CASTÁN indica como la Observancia aragonesa se adelantó a la formulación de la doctrina del *ius usus inocui* formulada por el jurista castellano COVARRUBIAS, bajo la expresión de que «cada uno puede hacer en el fundo de otro lo que a él aprovecha y no daña al fundo»¹²⁸.

No se reflejó el principio general de la Observancia 1^a «De aqua pluviali arcenda» en los textos legales del Derecho civil aragonés del siglo XX, a diferencia de la Compilación navarra¹²⁹, y se afrontó su regulación en los trabajos preparatorios¹³⁰ de lo que llegaría a ser la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho

¹²⁷ LÓPEZ DE HARO, C., «El 'Jus usus inocui'», en *Revista de Derecho Privado*, tomo VII (enero-diciembre 1920), pp. 18 a 29.

¹²⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo segundo, vol. 1º, *op. cit.*, p. 236.

¹²⁹ Ley 17 del Fuero Nuevo de 1973: «Los derechos pueden ejercitarse libremente sin más limitaciones que las exigidas por su naturaleza, la buena fe, las rectas costumbres y el uso inocuo de otras personas; y las impuestas por prohibición expresa de la Ley».

¹³⁰ En la Ponencia se incluía como inciso final del art. 1 (art. 143-1.a) «Del uso adecuado de los fundos y las relaciones de vecindad», entre las disposiciones generales, como «y respeto a los derechos y al uso inocuo de otras personas». La Comisión Aragonesa de Derecho Civil valoró la posibilidad de una formulación general del principio tradicional aragonés, exponiendo algunos miembros de la Comisión el temor de que una norma general podría suponer una gran ampliación del ámbito de las relaciones de vecindad y debería formularse una regla general muy acotada, sin suponer perjuicios a los vecinos (acta 249, de la sesión de 7 de octubre de 2009). En la sesión siguiente de 21 de octubre de 2009 (acta 250) se presentaron varias enmiendas al artículo de la ponencia que trataban del uso inocuo, y se aprobó, finalmente, como enmienda transaccional la

civil patrimonial, dando como resultado el artículo tercero, bajo el título «del uso inocuo de la posesión ajena» en el Proyecto de Ley (BOCA, nº 203, 22 febrero 2010)¹³¹:

Artículo 3. Del uso inocuo de la posesión ajena

1. Cualquiera puede hacer un uso inocuo de la posesión ajena. El propietario o poseedor podrá oponerse al mismo siempre que la prohibición no constituya un ejercicio antisocial del derecho de propiedad.
2. El uso inocuo no limita los derechos del titular del inmueble, ni atribuye a quien lo utiliza derechos sobre el mismo, ni fundamenta la adquisición de servidumbres.

No superó la tramitación parlamentaria de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, y por ello tampoco tiene traslación en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba el «Código del Derecho Foral de Aragón». En la tramitación parlamentaria y en las alegaciones de instituciones y colegios profesionales no se negó la vigencia de tal principio general, o de las manifestaciones consuetudinarias del mismo, y la controversia versó sobre la conveniencia de su regulación legal y alcance en la limitación del derecho de propiedad¹³².

redacción del art. 3.1 del Proyecto de Ley, y lo que sería el apartado segundo de dicho artículo como aclaración del primero.

¹³¹ Es muy ilustrativa la explicación del Préambulo del Proyecto de Ley (III), sobre relaciones de vecindad:

La Observancia 1^a *De aqua pluviali arcenda* y la costumbre sirvieron de fundamento a la Compilación para construir un sistema de relaciones de vecindad de notable altura técnica, que ha mostrado durante decenios su idoneidad para regir en la práctica las situaciones y conductas tan frecuentes en este ámbito y tan ocasionadas a pleitos. Reducir en lo posible éstos fijando algunos puntos controvertidos de acuerdo con la experiencia es objetivo primordial del Título primero de esta Ley, presidido por el principio de buena fe, que exige conductas recíprocamente leales entre vecinos.

Las conductas permitidas y las situaciones toleradas de acuerdo con las reglas de vecindad no son expresión o consecuencia de un particular derecho subjetivo ni propician su adquisición. Son meras facultades o mero ejercicio de la libertad que, por eso, ni consolidan derechos ni el paso del tiempo impide el ejercicio de las acciones dirigidas a exigir la correcta observancia de las normas. El propietario no ve limitadas sus facultades excluyentes por más tiempo que las situaciones contrarias se mantengan y sólo el ejercicio antisocial de su derecho o el abuso del mismo le impediría excluir el uso, aun totalmente inocuo, que otro haga en su fundo.

Sobre la tramitación parlamentaria, *vid. SERRANO GARCÍA, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», ADC, LXV, 2012, pp. 1525-8.*

¹³² Las propuestas de supresión las realizaron el Colegio Notarial de Aragón y El Justicia de Aragón (se publicaron en *Revista Aragonesa de Derecho Civil*, XVI, 2010, pp. 289 a 295). El Colegio notarial argumentó que «el proyecto convierte en norma legal escrita un simple uso tolerado y limita al propietario su oposición al solo supuesto de que su prohibición no constituya un ‘uso antisocial’ del derecho de propiedad». Por ello entiende que la norma propuesta puede hacer surgir dudas sobre el alcance y límites del derecho de propiedad y hacer surgir litigios que no han surgido en este ámbito, por lo que propone que siga siendo una figura consuetudinaria (pp. 289-290). El Justicia de Aragón considera que la interpretación y aplicación del contenido de este instituto jurídico en el derecho

La Observancia 6^a «De aqua pluviali arcenda», sustituyó en el Preámbulo de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, y ahora en el Código foral (39), a la primera del mismo título y se erige, junto con la costumbre, como principio rector de las relaciones de vecindad, aunque el texto final no modifique su redacción, salvo en la supresión del inciso relacionado directamente con el fallido artículo citado: «El propietario no ve limitadas sus facultades excluyentes por más tiempo que las situaciones contrarias se mantengan y sólo el ejercicio antisocial de su derecho o el abuso del mismo le impediría excluir el uso, aun totalmente inocuo, que otro haga en su fundo».

En consecuencia, quedan fijadas en el Código aragonés las reglas generales de las relaciones de vecindad (art. 537) y los límites del deber de tolerancia intervecinal como principio rector en el ejercicio de los derechos de los titulares de las fincas (art. 538), pero han quedado sin expresión legal el límite general negativo a la facultad de excluir del derecho de propiedad en su traducción del *ius usus inocui* en las relaciones de vecindad, aunque no se discuta la vigencia y aplicación del principio general tradicional del Derecho aragonés cuya fuente sigue siendo la Observancia 1^a «De aqua pluviali arcenda», de la que la sexta del mismo título no es sino una expresión concreta.

La falta de decisión del legislador aragonés de afrontar una regulación legal del «*ius usus inocui*», ya fuera la del proyecto de ley o planteando otra alternativa legal, la critica SANAGUSTÍN, al considerar que se ha perdido una oportunidad de tender un puente entre la tradición y una visión moderna y completa de las relaciones de vecindad, ya que el legislador debería haberse esforzado por delimitar en el ámbito civil los posibles supuestos de oposición del propietario al uso inocuo constituirían o no un ejercicio antisocial de la propiedad, al sancionarse penalmente como delito contra el orden socioeconómico, como tipo de usurpa-

ragonés se ha realizado en un plano doctrinal y jurisprudencial, y las resoluciones de Juzgados y Tribunales han dado respuesta a las situaciones controvertidas surgidas entre vecinos por causa de problemas relacionados con el uso del dominio y el ejercicio de los derechos reales, mediante las fórmulas de prohibición del abuso del derecho, del uso antisocial del mismo o la función social del derecho de propiedad, otorgando «a los afectados la protección judicial precisa en su defensa, tanto del que utilizó sin daño la propiedad ajena como de su titular cuando se vio afectado en sus derechos dominicales ilegítimamente». Sin embargo, entiende que el art. 3 del Proyecto establece el uso inocuo de la posesión ajena con un carácter claramente restrictivo para el propietario de la finca sobre la que se ejerce dicho uso, que podría dar lugar, dentro de las normales relaciones de vecindad en el que este uso inocuo se enmarca, a una situación de desequilibrio en el binomio propietario (poseedor)-usuario que redonda, en principio injustificadamente, a favor de este último. Propone para evitar tales situaciones «y con el fin de mantener la institución del ‘*ius usus inocui*’ de una manera acorde con su naturaleza de principio armonizador de las relaciones vecinales debería considerarse sus supresión del Proyecto –manteniéndose su ejercicio, protección y tratamiento tal y como hasta ahora tiene lugar, es decir, a través de la actuación de los Tribunales caso por caso– o bien su regulación en términos que garanticen la correcta protección de las dos partes afectadas en igualdad de condiciones. Máxime considerando la conflictividad que este tipo de usos genera al incidir directamente en el derecho de propiedad de los particulares» (pp. 293-4).

ción en el art. 245.2 CP al que «ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada»; y le preocupan las consecuencias de la no regulación, al considerar que se ha abandonado al permiso expreso del propietario, «o lo que es lo mismo, a su inexistencia como *iuss*», con el riesgo de que al haber rechazado el legislador aragonés su inclusión como norma legal en la modernización del derecho aragonés, los jueces puedan considerar que el Derecho aragonés no lo contempla como principio¹³³.

Operan, sin embargo, los límites generales en el ejercicio de los derechos (art. 7 CC), y ya señalaba DELGADO que la doctrina del abuso del Derecho era muy coherente con los principios del Derecho aragonés¹³⁴, y podemos entender con EVANGELIO LLORCA que «la prohibición del abuso del derecho y el *ius usus inocui* son, efectivamente, límites aplicables al derecho de propiedad, pero lo son en cuanto límites generales de cualquier derecho, no en cuanto derivados de la naturaleza misma del dominio»¹³⁵.

Pero si concurren los requisitos para ello, la negativa del propietario a permitir el uso inocuo podría tener cabida en la figura general del abuso del derecho, porque las posibles manifestaciones del uso inocuo no constituyen auténticos derechos y no son formas de la función social de la propiedad ya que, como señala HUERTA, según el artículo 33.1 de la Constitución, la concreción de las utilidades, limitaciones y restricciones en que aquella función cristaliza en cada caso ha de ser efectuada por la ley¹³⁶.

La relación del *ius usus inocui* puede referirse al ejercicio de los derechos como límite al ejercicio antisocial de los mismos, pero también tiene una relación estructural con el derecho de propiedad a través de su función social reconocida en la Constitución (art. 33.2), que implica un reconocimiento no ilimitado del dominio, cuyo contenido viene determinado no solo por las facultades sino también por los deberes y obligaciones establecidos «en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir», que modalizan su ejercicio a través de normas que establecen sus límites como parte integrante del derecho mismo y no como límite externo a su definición o ejercicio, ya que según la STC 37/1987, de 26 de marzo, «debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades

¹³³ SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J., «Las relaciones de vecindad en el Código del Derecho Foral de Aragón: luces y sombras», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XVII, 2011, pp. 119-121.

¹³⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Sentencia de 3 de febrero de 1989. Luces y vistas: Derecho aragonés. Abuso de derecho», *C.C.J.C.*, núm. 19 (enero-marzo 1989), p. 166.

¹³⁵ EVANGELIO LLORCA, *op. cit.*, p. 1841.

¹³⁶ HUERTA TRÓLEZ, A., en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coordinador), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo II. Reales*, vol. 1º, p. 85.

de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito» que no coincide con la formulación abstracta y absoluta del artículo 348 CC¹³⁷.

Como indica LACRUZ la función social refleja el aspecto social del derecho de propiedad frente al individual y «es una regla legal, pues emana de la Constitución, y una regla de principio, pues no contempla ningún específico supuesto de hecho y ha de ser conformada y explicada para cualquier aplicación práctica», directriz genérica que para solucionar los problemas concretos –valorando los intereses individuales y sociales– habrán de tener en cuenta el legislador, el juez o el dueño, aunque son las leyes, concretando la función social, «las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio o establecerán los límites de su extensión o intensidad, o las cargas, deberes y obligaciones que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común»¹³⁸.

Utilidad individual y función social definen, como declara la STC 37/1987, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes, ya que la Constitución contempla la propiedad como una institución plural, con regímenes jurídicos distintos para cada tipo de propiedad que determinan su contenido y fines perseguidos, por lo que las facultades, deberes y límites de las titularidades dominicales vendrán determinados por el régimen jurídico de cada categoría de bienes como contenido esencial y normal de la propiedad, que remitirá a las disposiciones legales concretas para determinar en caso las aplicaciones de los límites generales del tipo de propiedad en el ámbito de autonomía del propietario en cuanto a sus facultades de uso o disfrute, o de disposición, sin que puedan ir «más allá de lo razonable» (STC 37/1987)¹³⁹.

En el Derecho aragonés actual, el deber de tolerancia de los vecinos se ha impuesto como criterio rector de las relaciones intervecinales, presididas por el principio de buena fe (preámbulo Código foral, 39), a través de los artículos 537.2 y 538 CDFA tanto en las conductas permitidas como en las situaciones toleradas entre vecinos que conforman el uso adecuado o razonable de los inmuebles, con una dimensión social ya que afecta a propietarios y no-dueños que tienen relación con el bien en cuestión, y a la colectividad.

¹³⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La disciplina constitucional de la propiedad privada», en LÓPEZ, A., MONTÉS, V. L., y ROCA, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2^a ed. (coordinador: M. CLEMENTE MEORO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 170-178.

¹³⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.; y otros, *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales*, vol I. Posesión y propiedad. Nueva edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO, Madrid, 2000, p. 251.

¹³⁹ LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil, IV*, 7^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 51-4.

Este deber de tolerancia se basa, en la doctrina alemana, en una «comunidad de intereses entre vecinos»¹⁴⁰, derivado de entender la vecindad como integración en una comunidad social¹⁴¹, que se produce entre vecinos colindantes o próximos por la creación de una comunidad de usos y aprovechamientos entre sus titulares e impone un deber de cooperación entre vecinos, originando relaciones obligatorias nacidas de la ley por el hecho de producirse una relación social especial, de la que se derivan particulares deberes recíprocos de tolerancia y conducta entre los titulares de fincas vecinas que conforman las relaciones de vecindad. Esta comunidad de intereses entre vecinos es una concreción del principio de buena fe (§ 242 BGB) en el ámbito de los propietarios de fincas vecinas. También GONZÁLEZ-ALEGRE basa en el principio de comunidad de vida básico en el orden social el papel preponderante en las relaciones de vecindad que el «ius usus inocui» puede desempeñar como posibilidad de que un tercero utilice la cosa de otro y se sirva de ella sin causarle daño¹⁴².

4. «EL PASO POR RAZÓN DE OBRAS» COMO LÍMITE O RESTRICCIÓN LEGAL DEL DOMINIO

Se ha discutido si el derecho concedido por el art. 569 CC es un límite o una limitación al derecho de propiedad del titular del fundo vecino. La mayoría de los autores que lo incluyen entre los supuestos de relaciones de vecindad no realizan ninguna indicación especial, y lo incluyen entre los límites generales y recíprocos del derecho de propiedad por razón de contigüidad de las fincas que suponen las relaciones de vecindad, pero GONZÁLEZ PORRAS y KARRERA anotan que se trata de una limitación legal del dominio, no de «un límite», por razones de interés privado o de buena vecindad.

GONZÁLEZ PORRAS justifica que es un límite y no un límite por reducir, en casos concretos, por determinables y variables causas el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa¹⁴³, y KARRERA expresa que es un límite de la propiedad que incide concretamente sobre la facultad de exclusión, por la que «el propietario, con motivo de la relación de vecindad, entre fincas y por razones de interés privado (la necesidad contemplada), queda des-

¹⁴⁰ WESTERMANN, Hairy, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz, EICKMANN, Dieter, *Derechos reales*, II (7º Ed. de 1998), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007. Traductores: A. Cañizares, J. M. Miquel, J. M. Rodríguez y B. Rodríguez-Rosado, pp. 828 a 862.

¹⁴¹ Así lo denomina GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *op. cit.*, p. 1557.

¹⁴² GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., «Breviario sobre las relaciones de vecindad», en *Libro Homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, p. 418

¹⁴³ GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Artículo 569», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1456.

pojado de dicha facultad temporalmente a favor del vecino interesado». Esta necesidad temporal de cualquier finca otorga la facultad de uso de la propiedad ajena sin necesidad de articularla a través de un derecho de servidumbre y su ejercicio, aunque sometido a los límites generales de todo derecho (art. 7 CC), puede provocar daños no antijurídicos en finca ajena que deben ser indemnizados, y por ello se requiere la autorización del titular de dicha finca, «al contrario que en el derecho de persecución de enjambre por esporádico (cfr. Art. 612 CC) o en el *ius inocui* por no provocar ningún menoscabo»¹⁴⁴.

Entre los comentaristas de este precepto, BUSTO, sin embargo, considera que se establece un derecho de paso transitorio calificable como mero límite del derecho de propiedad impuesto en interés privado, cuyo ejercicio está sometido a los límites intrínsecos del ejercicio de todo derecho (art. 7.2 CC) y también a los extrínsecos, «de manera que la causación de un daño desproporcionado al predio sirviente, privándolo de su valor económico, no puede ampararse en este precepto»¹⁴⁵.

La distinción entre límites y limitaciones del dominio es confusa por el uso distinto, y a veces ambivalente, que utiliza la doctrina. EVANGELIO LLORCA intenta resumir un concepto común comprensivo de ambos señalando que los límites integran el contenido normal del derecho, «el régimen ordinario de restricciones que afectan de modo general a todas las titularidades dominicales que versan sobre una misma categoría de objetos», mientras que las limitaciones son reducciones del poder del propietario en casos singulares y afectan precisamente al llamado contenido normal; es decir, al fijado por los límites», por lo que los límites son internos, pero las limitaciones vienen a recortar desde fuera el contenido del derecho y por ello son externas¹⁴⁶.

HERNÁNDEZ GIL distingue entre límites, limitaciones y gravámenes. Los límites del derecho de propiedad son normales e internos y su función es delimitativa de su contenido normal, mientras que las limitaciones ocupan una posición intermedia cercana a los límites y distinta a los gravámenes, que reducen el contenido del derecho de propiedad sobre el que recaen. Las limitaciones determinan también internamente el contenido normal del derecho, con el consiguiente reflejo en el ejercicio del mismo, pero carecen del carácter de generalidad por lo que regulan determinadas situaciones «en las que interviene el ordenamiento jurídico para prevenir y resolver conflictos de intereses»¹⁴⁷. En consecuencia, califica las relaciones de vecindad como limitaciones legales de la propiedad.

¹⁴⁴ KARRERA EGIALDE, M. M., «Artículo 569», en *Código civil comentado*, I, *op. cit.*, pp. 2242-3.

¹⁴⁵ BUSTO LAGO, J. M., en *Comentarios al Código Civil*, III (arts. 361 a 587), *op. cit.*, p. 4426.

¹⁴⁶ EVANGELIO LLORCA, *op. cit.*, p. 1838. En este sentido, STS (1^a) 2 octubre 2014. (ECLI:ES:TS:2014: 3866).

¹⁴⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», *op. cit.*, pp. 95-6.

DÍEZ-PICAZO critica el uso doctrinal de los conceptos de límite y limitación porque debería partir de la fijación del contenido del derecho de propiedad en sentido positivo, mediante la enumeración de las facultades que encierra, y no como una actividad de signo negativo, que se realiza mediante la indicación de aquellos a que no alcanza. Es claro, continúa este autor, que si el contenido del dominio es fijado solo negativamente, la distinción entre límite y limitación se desdibuja completamente. La distinción solo sería posible si un contenido previo del derecho estuviera fijado positivamente y, en tal caso, cualquier reducción de dicho previo contenido positivo sería una limitación¹⁴⁸.

Otros autores establecen categorías distintas y utilizan términos dispares para las diversas situaciones, pero la distinción fundamental sigue siendo la de las relaciones de vecindad y servidumbres, especialmente las forzosas, por la confusión que origina la regulación del Código civil; por ello EVANGELIO LLORCA destaca que cualquiera que sea la denominación que se otorgue a las relaciones de vecindad son restricciones que unánimemente se consideran internas del derecho de propiedad, y específicamente de la propiedad inmobiliaria, que obedecen a razones de interés privado¹⁴⁹. El Libro V del Código civil catalán (Ley 5/2006, de 10 de mayo), denomina «restricciones» al derecho de propiedad en su art. 545-1 a las establecidas por las leyes, en interés público y privado, o a las establecidas por la autonomía de la voluntad en interés privado, y considera restricciones de interés privado las derivadas de las relaciones de vecindad y de las situaciones de comunidad, que afectan a la disponibilidad y ejercicio del derecho, y «constituyen límites ordinarios del derecho de propiedad en beneficio de los vecinos» rigiéndose por las disposiciones del Código (art. 545-3)¹⁵⁰.

Por tanto, sería suficiente con indicar que el derecho de «paso por razón de obras» es una restricción interna y normal del derecho de propiedad en interés privado del Derecho aragonés que se configura como una relación de vecindad, claramente diferenciada del gravamen que supone la calificación de servidumbre. Si queremos avanzar en una mayor concreción, podemos utilizar los conceptos de HERNÁNDEZ GIL y considerar que límite interno, normal y general del

¹⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L., «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico*, (mayo-junio) 1971, pp. 21-2.

¹⁴⁹ EVANGELIO LLORCA, *op. cit.*, pp. 1840-1.

¹⁵⁰ El Preámbulo de la Ley, sin embargo, tras asegurar que el capítulo V regula las restricciones del ejercicio del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, explica que «cuando las establecen las leyes, constituyen los límites del derecho de propiedad si son en interés de la comunidad y constituyen sus limitaciones si son en interés de particulares indeterminados, normalmente los vecinos». Critican este uso dispar de terminología y siguen utilizando, como más acorde con la doctrina mayoritaria, el término «límites» para referirse a las relaciones de vecindad, DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 117-8.

derecho de propiedad es «el ius usus inocui» respecto a la facultad de exclusión del propietario, basado legalmente en la prohibición del ejercicio antisocial de los derechos (art. 7.2 CC) que tendría su expresión jurídica aragonesa en materia de propiedad inmueble en el principio general tradicional de la Observancia 1^a *De aqua pluviali arcenda*. El art. 542 CDFA sería la plasmación del límite general en una «limitación» legal por razón de uso inocuo cumpliendo la función social de satisfacer la necesidad de construir o reparar la edificación propia desde la finca vecina, establecida para ese supuesto a fin de prevenir y resolver conflictos intervecinales.

Es necesaria una disposición legal expresa porque por ministerio de la ley se suspende temporalmente la facultad de exclusión que corresponde a todo propietario, y en su ejercicio a los titulares de derechos de uso y aprovechamiento, y por ello cede el derecho de exclusión frente al deber de tolerancia del titular de la finca ocupada temporalmente, que consiente el paso y la ocupación para permitir la injerencia directa en su finca por reconocer la situación de necesidad prevista en la ley impidiéndole ejercitar las acciones de defensa de su derecho, y por entender que no le va a producir un menoscabo de utilidades y aprovechamientos que no está obligado a soportar¹⁵¹.

El derecho al paso y ocupación se constituyen por ley, y tanto el Código estatal como el aragonés establecen su extensión fundada en realizar un uso necesario, razonable e inocuo de la finca vecina. La dificultad de interpretar su naturaleza reside en que, como señala CORBAL, el precepto recoge dos hipótesis: el uso de un predio ajeno al objeto de pasar materiales para una obra; y la ocupación temporal del terreno para colocar andamios u otros objetos para dicha obra¹⁵². El derecho de paso y colocación de andamios, configuran las dos modalidades que pueden coexistir o darse de forma independiente.

¹⁵¹ Para GONZÁLEZ-ALEGRE, *Las relaciones de vecindad*, *op. cit.*, p. 60, se debe pedir permiso en cumplimiento «de un deber social de respeto» por tratarse de una limitación general y legal del dominio. Parece más adecuado compararlo con otra manifestación de relaciones de vecindad, como la contemplada en el art. 612 CC, sobre el derecho de persecución de abejas en fundo ajeno, que exige el consentimiento del dueño para penetrar en él, si está cerrado e indemnizando al poseedor por los daños causados. La similitud de ambos preceptos es evidente en su razón y consecuencias jurídicas, y podemos considerar que el ámbito preferentemente urbano en que se desarrolla el supuesto del art. 569 CC, y art. 542 CDFA, obliga a solicitar tal permiso, por considerarse presuntamente cerradas tales heredades o desarrollar en ellas las actividades de su vida familiar.

¹⁵² CORBAL FERNÁNDEZ, J., «Art. 569. Comentarios», en *Comentario del Código Civil*, tomo 3 (arts. 333 a 608) (coordinador, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000, p. 822. También BORRELL Y SOLER, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, p. 97. Sin embargo, MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 919, entendía que comprendía tres casos: «1.^o, el *derecho de paso* por la finca ajena con los materiales; 2.^o, el colocar en ella –desde ella o sobre ella– los andamios, y 3.^o, el de colocar igualmente *otros objetos*, siempre bajo el supuesto de la indemnización».

El Derecho español ha ido más allá que el artículo 843 del Código civil italiano, que permite solo el paso por razón de obras y que tiene un reconocimiento legal, doctrinal y jurisprudencial unánime como relación de vecindad, al permitir colocar andamios u otros objetos para la obra. En el Derecho italiano se configura como una obligación *propter rem* para el titular de la finca que sufre el paso, que incluye necesariamente realizar actividades en la finca vecina pero cuando esta ocupación temporal con andamiaje crea controversias entre los vecinos, la jurisprudencia italiana ha interpretado extensivamente el artículo 843 del Código¹⁵³. En el Derecho francés permitir el paso entre vecinos por reparaciones se considera que forma parte de las relaciones de vecindad, pero las controversias se centran en la institución consuetudinaria y de construcción jurisprudencial, al no estar contemplada en el *Code*, del «échelage» o servidumbre de «tour d'échelle», que permite al vecino que debe realizar trabajos o reparaciones entrar en la finca vecina y colocar andamios o elementos de obra temporalmente. El «échelage» designa el espacio de terreno que el propietario es obligado en ciertas circunstancias a dejar a su vecino para permitirle efectuar trabajos menores, imposibles de realizar desde su finca. Enmarcado en las relaciones de vecindad, puede acordarse entre vecinos las condiciones de la ocupación y su duración, y si el titular que va a sufrir la ocupación se opone puede solicitarse la autorización judicial, como servidumbre temporal, pudiendo sancionarse la oposición injustificada a la misma como un acto constitutivo de un abuso de derecho¹⁵⁴.

La indispensabilidad del paso por finca vecina requiere también contemplar la posibilidad del depósito de materiales y colocación de elementos de obra como derechos accesorios al paso, que han tenido que incluirse jurisprudencialmente en los Derechos italiano y francés, por razón de necesidad, articulándose en el Derecho francés como un abuso del derecho la oposición injustificada a su realización. A veces, el Derecho tiene que definir qué necesidades de un predio son básicas para el mismo y tienen que ser facilitadas por los vecinos, quieran o no, cuando no se han establecido por convenio (art. 537.1 CDFA). El Derecho español contempla el paso y la ocupación de la finca vecina como necesarios por razón de obras y delimita de este modo un límite o frontera del contenido normal de la propiedad en el ámbito inmobiliario, tendencialmente urbano, en las relaciones de vecindad, por el mutuo influjo entre fincas vecinas que puede extender temporalmente las facultades de la propiedad a la finca vecina para

¹⁵³ Cassazione Civile: 4 marzo de 1968, nº 693 (*Foro Italiano*, 1968, I, 902); 29 noviembre de 1974, nº 3909 (*Foro Italiano*, 1975, I, 2584); y 9 de febrero de 1982, nº 774 (*Foro Italiano Rep.*, 1982, nº 17).

¹⁵⁴ *Cour de cassation. Chambre Civile 3*, de 15 de febrero de 2012, interpretando que se ha infringido el art. 544 CC sobre propiedad y prerrogativas del propietario. Respecto a los requisitos para autorizar judicialmente la ocupación de la finca vecina: *Cour de cassation. Chambre civile 2*, de 8 de enero de 1992 y *Chambre civile 3*, de 15 de abril de 1982.

realizar obras en su edificio y comprime, restringe o limita, también parcial y temporalmente las facultades de utilización de su fundo al titular de la finca vecina, suspendiendo su facultad de exclusión expresada en la falta de legitimación jurídica para ejercitar acciones de defensa posesoria mientras dura tal situación. Señala DÍEZ PICAZO que el límite existe en el punto en que deja de haber derecho. El límite representa una causa de inatendibilidad de la pretensión, y el demandante no es atendido porque ha traspasado los límites de su derecho. Rigurosamente, concluye, un límite del derecho es una situación que justifica la desestimación de la pretensión, por no estar fundada en un interés protegido por el ordenamiento jurídico¹⁵⁵.

Y como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 3 abril 1984 (RJ1984:1924), los derechos dominicales hay que interpretarlos de acuerdo con la realidad social y no pueden sufrir merma pero tampoco disfrutar de especiales protecciónismos, por cumplir una finalidad social, especialmente cuando no se producen perjuicios:

Que si bien es cierto que el art. 350 del C. Civ. está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio, sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista y absoluta, cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados, de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es claro exponente el art. 569 del C. Civ. las que han de tender a suavizarse, la interpretación del precepto, sin merma de los derechos dominicales, pero sin exagerados protecciónismos, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se hayan derivado perjuicios, como en el caso que se examina acaece, en el que toda la limitación del derecho de uso del subsuelo del actor, se ha reducido a la permanencia en su interior unos cables o anclajes inservibles, utilizados para montar el muro-pantalla, sistema técnico empleado, que al no haber dejado otra secuela que la de la permanencia de los tales cables o anclajes que no han originado perjuicios para el patrimonio del accionante en su edificio y pertenencias...

Es una inmisión directa y una perturbación posesoria la que sufre temporalmente el titular de la finca vecina por razón de obras, pero la ley contempla la propiedad en este caso no como un poder ilimitado y considera la elasticidad de

¹⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, L., « Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *op. cit.*, p. 22. El art. 544-5 CC Cat., sobre acción negatoria, la excluye en los siguientes casos:

- a) Si las perturbaciones o inmisiones a las que se pretende poner fin o las futuras que se pretenden evitar no perjudican ningún interés legítimo de los propietarios en su propiedad.
- b) Si los propietarios deben soportar la perturbación por disposición del presente código o por negocio jurídico».

la misma, que permite contraerse circunstancialmente y expandirse hasta los límites iniciales cuando cesan las limitaciones. Esta propiedad comprimida recuerda la constitución de una servidumbre forzosa, pero la servidumbre es una limitación externa a la propiedad fundiaria para conseguir una utilidad estable de la finca dominante (art. 553.1 CDFA), que no se justifica –como alega parte de la doctrina– para necesidades ocasionales o temporales. HERNÁNDEZ ARRANZ pone de manifiesto la irracionalidad que puede suponer constituir una servidumbre de paso cada vez que se produzca una situación de necesidad de paso por lo que propone, defendiendo el carácter de gravamen del art. 569 CC, que las situaciones esporádicas de paso se resuelvan por analogía con el art. 612 CC amparadas en una situación de estado de necesidad, aunque el precepto indica –al referirse a la construcción y reparación de un edificio– una necesidad que implica una perturbación posesoria de cierta importancia¹⁵⁶.

Parte de la doctrina parece olvidar que las relaciones de vecindad ocasionan relaciones jurídicas recíprocas entre los vecinos, por lo que el derecho de paso y ocupación de la finca vecina por razón de obras corresponde y se puede ejercitar por los titulares de ambas fincas vecinas cada vez que exista esa necesidad, y si la situación de los edificios actuales o futuros lo exige. Es una relación de vecindad de contenido y eficacia real¹⁵⁷, que viene determinada por la contigüidad o vecindad de las fincas, en posición de igualdad y con derechos y deberes recíprocos. Aunque en una determinada etapa– señala HERNÁNDEZ GIL– quede una finca afectada al servicio de la que realice la obra, es perfectamente posible que se dé la situación inversa, y hasta pueden producirse simultáneamente unos servicios mutuos. Y mientras no surja la situación de necesidad de obras, la relación de vecindad se mantiene latente¹⁵⁸. Como expresa SCAEVOLA, temporal es el ejercicio del derecho, porque con relación al propio derecho «cabe considerarlo permanente en el sentido de que podrá exigirse siempre que se ofrezca la necesidad de la reparación o construcción»¹⁵⁹.

Explica DÍAZ FUENTES que las relaciones de vecindad configuran el derecho de propiedad y no gravan o merman nada: solo definen. Las relaciones de vecindad pertenecen al régimen de la propiedad fundiaria, como limitaciones si se ven de un lado, y como implemento del derecho de propiedad para el otro, pero coyuntural y potencialmente recíprocos, sin bien puede hacerse valer por cada

¹⁵⁶ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «Sección 3.^a. De la servidumbre de paso», *op. cit.*, p. 1044.

¹⁵⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», en *Obras completas. IV. Derechos reales. Derecho de sucesiones*, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pp. 126-7, y FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», *op. cit.*, p. 126.

¹⁵⁸ HERNÁNDEZ GIL, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», *op. cit.*, pp. 150-1.

¹⁵⁹ SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código civil*, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por F. ORTEGA LORCA, t. X (5^a ed.), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 586.

uno sin depender del propio cumplimiento, al tratarse de deberes idénticos respectivos, aunque no ligados en un vínculo de reciprocidad¹⁶⁰.

La necesidad configura el derecho, y por ello algunos autores como CASTÁN incluyen entre los límites genéricos o institucionales del derecho de propiedad los de carácter negativo como el estado de necesidad o el *ius usus inocui*. Los primeros comentaristas del Código civil, como MANRESA, establecían un paralelismo al considerar que el art. 569 CC es «en cierto sentido a la obra de carácter privado lo que las ocupaciones temporales vienen a ser respecto de la construcción de las obras públicas»¹⁶¹, y sobre ello se trata más adelante. El uso inocuo es la presunción de la que parte el precepto, podríamos decir que reforzada en el Derecho aragonés, de tal modo que el resarcimiento de daños solo opera por una utilización anormal del fundo vecino que ocasiona perjuicios valorables objetivamente que deben ser indemnizados, por superar el límite del uso inocuo. En otro caso, están amparadas por el *ius usus inocui* todas las actuaciones sobre la finca que no supongan una merma del interés del propietario, por denotar el *ius usus inocui* legitimidad de actuación sobre finca ajena, siempre que no sea perjudicial, como comenta EGEA para el derecho catalán al estudiar la regulación de la acción negatoria- actual art. 544-5 de su Código-, que excluye el ejercicio de la acción en caso de uso inocuo. La consecuencia en el Derecho catalán es que no cabe valorar si la conducta del propietario que pretende ejercitarse la facultad de exclusión es o no abusiva, porque la misma ley le priva de legitimación, atendiendo al criterio del interés, que de acuerdo con la ley no debe ser tutelado¹⁶².

La indemnización no es consecuencia del establecimiento del derecho, como en las servidumbres, ni de su ejercicio, sino por el incumplimiento de las relaciones de vecindad o por daños derivados del ejercicio de la relación, prevista para esta contingencia¹⁶³, al superar los límites normales o inocuos del uso, y por el carácter de reciprocidad, ya que siendo el sacrificio de ambas fincas recíproco, el de uno se compensa con el del otro¹⁶⁴. Se trata según la doctrina alemana¹⁶⁵ de una pretensión de resarcimiento (§ 906 BGB), de una compensación por daños

¹⁶⁰ DÍAZ FUENTES, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 507 y 680. GONZÁLEZ-ALGREL BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁶¹ MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV (7^a ed. revisada por J. M. POU DE AVILÉS), Reus, Madrid, 1972, p. 915. Y SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, t. III, Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900, p. 619.

¹⁶² EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 43-4.

¹⁶³ DÍAZ FUENTES, A., *op. cit.*, p. 681.

¹⁶⁴ EVANGELIO LLORCA, R., «El ámbito de las relaciones de vecindad», *op. cit.*, p. 1843.

¹⁶⁵ WESTERMANN, Harry, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz, EICKMANN, Dieter, *Derechos reales*, II (7^º Ed. de 1998), *op. cit.*, pp. 846-7.

y no de una indemnización, por ser resultado de una inmisión o perturbación posesoria conforme a derecho, que reduce el resarcimiento del perjudicado, de modo que no abarcará una reparación integral, valorados de forma real, es decir, de forma objetiva y no subjetiva, ya que no se tienen en cuenta circunstancias personales o particulares del titular, considerándose el estándar del «usuario medio» conforme a la costumbre o usos del lugar, y siendo aplicable los criterios de «uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe» (art. 538 CDFA).

Ya vimos como en el Derecho alemán, el paso forzoso se considera un límite al derecho de propiedad en razón de un estado de necesidad (§ 904 BGB), criterio para no considerar como servidumbres forzosas las contempladas en los artículos 564 y siguientes del Código civil que sólo ha seguido ESPÍN en la doctrina española, pero que tiene su reflejo en el art. 546-12 del Código civil catalán sobre el estado de necesidad en las relaciones de vecindad y que se ha aplicado en alguna resolución judicial para permitir el paso y ocupación por razón de obras (SAP Barcelona de 12 de septiembre de 2008). Como indica GONZÁLEZ GARCÍA¹⁶⁶, los límites son instrumentos técnicos que, nacidos a la luz de la función social, tratan de corregir el absolutismo de los derechos, y, en concreto, el poder discrecional otorgado tradicionalmente al propietario. Para paliar esta discrecionalidad, surgen innumerables limitaciones que junto con las obligaciones y deberes, tratan de equilibrar el interés del propietario con otro interés, ya sea privado o público, que es también digno de tutela; y concluye EVANGELIO LLORCA, que los límites sustituyen a la servidumbre como instrumento técnico de los conflictos interpropietarios¹⁶⁷.

Se han calificado doctrinalmente estos límites como deberes u obligaciones para el propietario, pero como indica DÍEZ-PICAZO la distinción entre límites y deberes es en el fondo dos perspectivas de un mismo fenómeno, de suerte que todo depende del punto en que se haya colocado la iniciativa y quién sea la persona que la haya tomado, ya que para el propietario significa un límite y el tercero que intenta imponer un comportamiento lo considera como un deber¹⁶⁸. En definitiva, la situación de propiedad produce una serie de deberes que funcionan al mismo tiempo como límites del derecho¹⁶⁹.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁷ EVANGELIO LLORCA, R., «El ámbito de las relaciones de vecindad», *op. cit.*, p. 1830.

¹⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L., «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *op. cit.*, p. 22.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 124.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

1. LA VECINDAD DE LAS FINCAS

Derivado del carácter interpredial de las relaciones de vecindad, las fincas afectadas por el derecho de paso no han de ser necesariamente contiguas o colindantes¹⁷⁰ sino vecinas, y así lo exige la inclusión del art. 542 CDFA en el título primero «de las relaciones de vecindad» del Código aragonés, aunque siga figurando en el precepto la referencia a la «finca ajena», que tiene una primera interpretación gramatical de pertenencia a distinto titular¹⁷¹. Parece lógica la contigüidad para la colocación de andamios aunque no para las necesidades de «otros objetos para la obra»¹⁷², como el paso de materiales o instalación de grúas. LASARTE considera dudosa la aplicación a todos los predios, si se exige que la necesidad del paso para la finca beneficiada requiera tener naturaleza urbana por mencionar el precepto expresamente «edificio»¹⁷³, y BUSTO LAGO duda también de si la naturaleza del fundo beneficiado puede ser rural por la misma razón¹⁷⁴. GONZÁLEZ PORRAS considera que si el fundo ajeno es urbano, puede ser tanto ya edificados como para comenzar a construir, e incluso una parte del edificio, como un muro privativo o medianero¹⁷⁵. La mayoría de la doctrina considera que el precepto no distingue y ambas fincas pueden ser de naturaleza urbana o rural¹⁷⁶, y para QUIÑONERO la cuestión no merece mayor consideración, ya que del precepto se deduce que pueden ser tanto predios rurales como urbanos, e incluso «puede tratarse de edificio situado en un predio rural, como de que el predio ajeno sea urbano y no se trate de ningún edificio»¹⁷⁷.

¹⁷⁰ BORRELL Y SOLER, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, p. 97. Y BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p. 703.

¹⁷¹ REBOLLEDO VARELA, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, 3^a ed., Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2013, p. 666, refiere que no es necesario ser dueño exclusivo de la pared o edificio y la reparación puede ser de un elemento total o parcialmente medianero, con cita de sentencias de las Audiencias Provinciales.

¹⁷² REBOLLEDO VARELA, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 669.

¹⁷³ LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, IV, 7^a ed., p. 368.

¹⁷⁴ BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p. 702, y en *Comentarios al Código Civil*, III (arts. 361 a 587), (director: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4426.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Artículo 569», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1457.

¹⁷⁶ Así lo afirmaba ya DE BUEN, D., «Servidumbre de paso. Derecho civil común», *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVIII, p.724; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II (4^a ed.), *op. cit.*, p. 376, al no distinguir el artículo; SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código civil*, *op. cit.*, p. 586, y MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 918.

¹⁷⁷ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1652.

La limitación al concepto de «edificio» excluye para KARRERA su extensión a otros elementos como terrenos, suelo u otro tipo de construcciones, pero integraría «toda estructura volumétrica o construcción fija hecha con materiales resistentes para usos muy diversos (habitación humana; actividad industrial, comercial o agraria; paredes y muros; pozos; canales; etcétera)»¹⁷⁸. LUCAS FERNÁNDEZ admite la aplicación analógica, que tiene menos restricciones en relaciones de vecindad que en servidumbres, para construir o reparar una pared, muro o pozo¹⁷⁹, y también para realizar una demolición necesaria para la finalidad edificatoria¹⁸⁰. CASALS defendía que la aplicación del art. 569 CC era extensiva a favor del dueño de un predio superior que tenga que arreglar la pared, margen o ribazo que le separa del inferior¹⁸¹.

Ya que el art. 542 CDFA, y el art. 569 CC, se refiere a «construir o reparar algún edificio» cabe aplicar como elemento interpretativo la expresión «edificar o construir» del art. 550.1 CDFA en sede de relaciones de vecindad de luces y vistas, que ya figuraba en el art. 144.3 Compilación, y que la SAT de Zaragoza de 30 de junio de 1987 interpretaba en el sentido de que los términos «edificar o construir» no son necesariamente sinónimos, ya que edificar se refiere a realizar obras de elevación u objetivización que sirvan para habitación o usos análogos, resultando el concepto de construcción más amplio, pudiendo utilizarse en ella cualquier tipo de materiales (SAT de Zaragoza de 3 de julio de 1907; SAP Zaragoza de 27 de diciembre de 1994), pero la STS de 3 de febrero de 1989 indica que la finalidad ha de ser realizar alguna construcción o edificación, que no cumple levantar un simple tabicón. La facultad de cerrar huecos para luces y vistas, en este caso, del titular del fundo vecino por razón de construcción o edificación del art. 550.1 CDFA no permitía una edificación abusiva, sino se apreciaba beneficio u otra utilidad de la finca vecina (STS 3 de febrero de 1989 [RJ 1989,665]). La construcción incluye levantar paredes que puedan realizarse como parte de una edificación o de una unidad constructiva compleja, reformar, terminar o rematar construcciones o edificios ya comenzados, o reparar el deterioro o destrucción de la obra después de finalizada. El Código aragonés añade a la regulación de la Compilación que el propietario del fundo vecino puede

¹⁷⁸ KARRERA EGIALDE, M. M., «Artículo 569», en *Código civil comentado*, I, *op. cit.*, pp. 2241-2.

¹⁷⁹ También lo admiten, por analogía, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 6^a ed., p. 457, y LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, ed. revisada por LUNA SERRANO, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137.

¹⁸⁰ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit.*, p. 226. BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p.702, y en *Comentarios al Código Civil*, III (arts. 361 a 587), (director: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4427. La SAP Zamora de 4 de octubre de 1996 aplica el precepto a la reparación de una acequia perteneciente a una Comunidad de Regantes.

¹⁸¹ CASALS COLDECARRERA, M., *El derecho real de servidumbre según los principios del Derecho foral de Cataluña*, *op. cit.*, p. 113.

edificar o construir «como estime conveniente», que la SAP Zaragoza, Sec. 5^a, de 19 de noviembre de 2004 ya interpretaba como relacionada con el principio del «ius usus inocui» del titular de la finca vecina que construir un muro de ladrillo en el lateral de las terrazas que lindan con la pared de la casa vecina, no constituía un abuso de derecho, ya que los muros construidos no representaban un artificio ornamental extraño y exorbitante¹⁸².

No cabe alegar el art. 569 CC, o el art. 542 CDFA, para realizar una obra en predio ajeno, como señala la SAP Madrid (Sección 21) de 16 de julio de 2013 en un caso de construcción de una zanja de salidas de agua en el subsuelo del terreno que invadía el contiguo, para evitar las humedades producidas por unas plantas de la heredad vecina.

2. «CONSTRUIR O REPARAR ALGÚN EDIFICIO»

Ya se ha mencionado que la doctrina, en consonancia con la función social de la propiedad, está de acuerdo en interpretar de forma amplia las obras realizables desde el fundo vecino, que incluirían las de construcción, reparación, refacción, transformación y mejora, incluyendo las reparaciones o modificaciones que sean de mero ornato y embellecimiento¹⁸³, y también en sentido contrario las de demolición de cualquier construcción¹⁸⁴. GONZÁLEZ-ALEGRE comenta que si el concepto de «obra y reparación» ha de entenderse en un sentido amplio, al igual que el concepto «edificio» –comprehensivo de otros complemen-

¹⁸² También reconoce que no conforma un abuso de derecho una reconstrucción con efectos estéticos, como señala la SAP Teruel de 31 de diciembre de 1998, dentro de un plan general de rehabilitación de la vivienda para transformar lo que era una antigua casa de labor en una vivienda de esparcimiento y recreo.

¹⁸³ Ya se comentó que la introducción del verbo «construir» se produjo como enmienda al artículo 571 al proyecto de Código civil de 1882, ampliando el contenido del derecho a «reparar». MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 917, aplica la doctrina italiana en sus comentarios al art. 592 del Código civil italiano de 1865, semejante al español, y sigue a Pacifici Manzoni, estimando que «se refiere tanto a las construcciones propiamente dichas de cimiento para arriba, como a las elevaciones de edificios ya construidos, y que compete igualmente para la demolición de obras, toda vez que ésta puede ser la condición indispensable de la construcción o del reparo, así como cuando se trate de abrir luces o vistas». TORRES LANA, J. A., «Art. 569», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II (artículos 333 a 608) (dirección, José Luis ALBÁCAR LÓPEZ), 3^a ed., Trivium, Madrid, 1992, p. 963. Indica que no existe un sacrificio injusto de los intereses del propietario del predio sirviente en virtud de la indemnización que el dominante deberá abonar. La jurisprudencia francesa no admite sin embargo obras que no sean de reparación de construcciones ya existentes, no incluyendo la edificación de obras nuevas (*Cour de cassatió. Chambre civil I*, de 31 de enero de 2002).

¹⁸⁴ BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p.702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4427. KARRERA EGIALDE, M. M., «Artículo 569», en *Código civil comentado*, I, *op. cit.*, p. 2242.

tarios del mismo–, tienen que tener una justa causa incompatible con el deseo de molestar o perjudicar al vecino¹⁸⁵. QUIÑONERO también interpreta que cabe cualquier obra de ampliación, mejora o simple embellecimiento, y la demolición del edificio para su reconstrucción¹⁸⁶, pero niega la posibilidad de la demolición de parte de un edificio ajeno cuando ello sea necesario para la obra, aunque es permisivo con las demoliciones de poca importancia, si son fáciles de reconstruir (muro, puertas, etc.), por no incluirse esta posibilidad de destrucción del predio vecino en el Código; y aunque reconoce que una parcial destrucción pudiera ser imprescindible precisamente para pasar o para colocar andamios u otros objetos para la obra¹⁸⁷. LUCAS FERNÁNDEZ solo contempla la posibilidad de abrir una puerta para pasar materiales en muro que sea exclusivo¹⁸⁸, por lo que no lo considera posible en otros como el medianero, aunque el art. 544 CDFA permitiría hacerlo por su concepción comunitaria, sino perturba gravemente el uso común.

Y debe extenderse en cuanto a los medios a utilizar a otros elementos constructivos, distintos a los andamios pero incluibles en «otros objetos para la obra» que respondan a las actuales exigencias técnicas de las obras, «con tal de que no sean medios desproporcionados con lo que técnicamente exijan las mismas»¹⁸⁹.

Se ha discutido por la doctrina si el derecho concedido incluiría la ocupación total de la finca vecina o la imposibilidad de utilización del fundo mientras se está realizando la obra. LUCAS FERNÁNDEZ, al tratarlo como una imposición de servidumbre, le parecía que no podía ocasionar un grave daño al fundo sirviente desproporcionado a la obra que se pretende, porque se produciría una colisión de derechos en la que necesariamente habría de darse prevalencia al dueño del predio sirviente¹⁹⁰. ROCA JUAN lo relaciona con la posible utilización de maqui-

¹⁸⁵ GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Manual de servidumbres*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁸⁶ QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1651. VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II (4^a ed), *op. cit.*, p. 376, «porque muchas veces para construir puede ser necesaria ésta».

¹⁸⁷ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1651-2. También KARRERA, *op. cit.*, p. 2243. Y REBOLLEDO VARELA, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 671. También lo reconoce la jurisprudencia francesa, que permitió derribar unos muretes que impedían el ejercicio del paso y ocupación de la finca (*Cour de cassation. Chambre civile*, 3, de 22 de enero de 2003).

¹⁸⁸ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 1456. REBOLLEDO VARELA, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 669.

¹⁹⁰ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit.*, p. 227. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5^a ed, Bosch, Barcelona, 1999, p. 551, no está de acuerdo con que la norma no ponga límites, al poder originar graves perjuicios para el fundo sirviente si lo ocupa en grande extensión, y considerarlo un error del legislador. La solución «práctica» que aporta este autor «es discutir la necesidad en un pleito que durará tanto que la obra puede quedar en la práctica irrealizable», por la necesidad habitual de variados peritajes. Curioso comentario, que podríamos relacionarlo más con los límites al ejercicio de los derechos (art. 7 CC).

naria de gran volumen, cuya instalación y funcionamiento ocasionaría, en algún caso, la ocupación casi total de la finca o su deterioro, o la imposibilidad de su utilización, pero no considera que haya que valorarse según el criterio del daño proporcional a la importancia de la obra, ya que la proporcionalidad se encuentra ya en el presupuesto básico de la exigibilidad y reducido también a lo «indispensable»; el problema, señala, «está en que la importancia de la obra a realizar haga “indispensable” el casi total sacrificio del predio cuyo dueño debe concederlo»¹⁹¹.

REBOLLEDO considera que si la naturaleza es de un derecho meramente transitorio y no de una verdadera servidumbre, no parece existir obstáculo legal para admitir que sea posible la utilización total del predio afectado, resolviéndose el problema en el ámbito de la cuantía indemnizatoria, siempre que sea posible la reposición posterior del predio a su estado originario, ya que, en otro caso, nos encontraríamos en el ámbito expropiatorio¹⁹². En este caso de daños permanentes que afecten al propio objeto del derecho de propiedad, KARRERA –en el mismo sentido que lo expresado por ROCA JUAN– aboga por revisar la propia posibilidad de realizar la obra, ya que el derecho del propietario a reformar su bien no puede ser a costa de destruir otra propiedad ajena, y la colisión de derechos no puede resolverse arruinando a un propietario a favor del otro, por tratarse de un límite al ejercicio del derecho de propiedad del que pretende realizar una obra derivado de la propia naturaleza del objeto sobre el que recae¹⁹³.

Al tratar de un paso temporal parcial, la duración del ejercicio del derecho se limita al tiempo necesario para la construcción o reparación del edificio¹⁹⁴, y no puede ser dilatado por el arbitrio del interesado¹⁹⁵, ni ampliarse a otras actuaciones que no se refieran a la construcción o reparación, aunque en ellas debe incluirse la necesidad de paso previo para estudio y preparación de la obra sobre el terreno, así como las posteriores de comprobación técnica de la obra realizada.

¹⁹¹ ROCA JUAN, J., «Artículo 569», *op. cit.*, p. 169. De acuerdo QUIÑONERO CERVANTES, E., «La ocupación temporal de terrenos», *op. cit.*, p. 1655.

¹⁹² REBOLLEDO VARELA, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 670. También KARRERA, *op. cit.*, p. 2243.

¹⁹³ KARRERA, *op. cit.*, p. 2242. La jurisprudencia francesa señala que el vecino no debe soportar «une sujétion intolérable et excessive» (*Cour de cassation. Chambre civile*, 2, de 8 de enero de 1992).

¹⁹⁴ SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código civil*, *op. cit.*, p. 586.

¹⁹⁵ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1652. La SAP Burgos de 10 de febrero 2010 (JUR72010/134615) rebaja a un mes la duración de las obras, por considerarlo tiempo suficiente, frente a la concesión de dos meses que había otorgado el juzgador de instancia. La SAP A Coruña de 25 de mayo de 2000 (AC/2000/4794) no determina un tiempo preciso por la posibilidad de dilaciones temporales justificadas imprevisibles, con la posibilidad de denunciar en ejecución de sentencia por prolongación indebida.

3. INDISPENSABILIDAD DEL PASO

La necesidad del paso viene definida en la servidumbre de paso, debiéndose probar una verdadera necesidad, no respondiendo al capricho o simple conveniencia particular del que solicita su constitución (SSTS 29 de marzo de 1977 y 13 de junio de 1989). El art. 569 CC utiliza el término «indispensable», que reitera el art. 542 CDFA, y parece referirse al extremo último de necesidad, pero que para QUIÑONERO no hay que interpretar de forma rigorista por ir contra la finalidad de la norma¹⁹⁶. Para CORBAL significa «aquel que es necesario hasta el punto de que no se puede obtener de otro modo, sin grave dificultad o coste»¹⁹⁷.

La necesidad se configura como presupuesto fundamental para la realización de obras, sin que quepa dispensa o excusa alguna¹⁹⁸. Indispensable ha de ser el paso u ocupación para la realización de los trabajos proyectados, no la obra, construcción o reparación misma¹⁹⁹, y no se refiere a la condición de enclavada

¹⁹⁶ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1648-9. BORRELL Y SOLER, A. M., *El dominio según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1948, p. 97, interpreta que indispensable no significa «que sea metafísica o físicamente imposible edificar o reparar el edificio sin usar de la servidumbre; sino que, a lo más, se refiere a lo difícil que resultaría hacerlo sin ella, por dificultades casi insuperables, las cuales, jurídicamente, pueden ponerse al nivel de la imposibilidad».

¹⁹⁷ CORBAL FERNÁNDEZ, J., «Art. 569. Comentarios», en *Comentario del Código Civil*, tomo 3 (arts. 333 a 608) (coordinador, Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2000, p. 822.

¹⁹⁸ En la SAP Zaragoza (Sección 4^a) de 21 de marzo de 2007 (JUR 2007/264176) no se justifica la necesidad de paso a la finca vecina para realizar la obra ni la imposibilidad de hacerla desde el propio fundo: « El art. 569 CC menciona expresamente que el paso ha de ser para colocar andamios, otros objetos o pasar materiales y que, además, que el paso sea “indispensable”. La parte apelante indica de forma genérica que la obra se ha de ejecutar por la casa de la parte demandada. Esta casa está ya construida y entre una y otra casa existe una separación de unos 20 cm. Pero no se concretó en la demanda qué actuaciones debía conllevar ese paso, si bien en la declaración del perito, en relación al informe aportado con la demanda, se hizo referencia a la conveniencia de hacer un nuevo muro y declaró a la última pregunta de la parte demandada que la solución que proponía se podía hacer desde la casa del actor, por lo que hay más de una alternativa. En cualquier caso, la solución adoptada no es la inicialmente propuesta, sino la que se refleja en el último informe, y, respecto a ella, no se ha probado que el paso solicitado sea indispensable. El art. 569 CC también añade que, como contraprestación al paso, se ha de pagar la indemnización correspondiente al perjuicio que se irrogue. Como consecuencia de lo expuesto tampoco se ha mencionado ni se ha justificado cuál es la indemnización que puede proceder. No concurren los presupuestos del art. 569 CC para establecer la obligación de paso solicitada».

¹⁹⁹ ROCA JUAN, J., «Artículo 569», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2^a, Madrid, Edersa 1978, p. 168. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2^º, ed. revisada por LUNA SERRANO, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137. Y CLEMENTE MEORO, «paso con carácter transitorio», en LÓPEZ, A., MONTÉS, V. L., y ROCA, E., *Derecho civil. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, 2^a ed. (coordinador: M. CLEMENTE MEORO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 372. La SAP León 20 septiembre 2012 (AC 2012/1898) niega la valoración del recurrente sobre la necesidad del tipo de obra a realizar, por corresponder al propietario en uso de sus facultades dominicales.

de la finca²⁰⁰; la indispensabilidad también se relaciona con que no responda al capricho o a la simple conveniencia particular del que desea realizar la obra (STS 29 marzo 1977, 13 junio 1989 y 11 de octubre 1990)²⁰¹, pero la valoración de la obra en sí misma pertenece al ámbito discrecional del propietario sobre su cosa, aunque –como señala KARRERA– debe responder la obra a criterios de realización y utilidad lícita y racional²⁰², porque añade REBOLLEDO que tendrá como límite frente a terceros afectados la buena fe y el uso no abusivo del derecho²⁰³.

Se plantea la discusión de si caben alternativas para la construcción o reparación del edificio aunque sean más costosas o difíciltosas para no permitir la imposición del paso transitorio, valorando no solo las necesidades técnicas del paso sino también las económicas derivadas de un coste excesivo de la obra para no invadir la finca vecina²⁰⁴. QUIÑONERO expone las distintas posiciones sobre la

²⁰⁰ BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p. 702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4426.

²⁰¹ VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II (4^a ed.), *op. cit.*, p. 376, señala que la obra ha de ser necesaria, no con necesidad absoluta, aunque sí con necesidad relativa, «y no ha de ser de placer o recreo, porque si la intención del legislador es favorecer los intereses agrícolas o industriales, jamás puede tener el propósito de limitar derechos ajenos para procurar placer o deleite».

²⁰² KARRERA, *op. cit.*, p. 2242. MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 918, cree aplicable una interpretación conforme con las exigencias de la demostración de la necesidad relativa, en atención al mejor beneficio del fundo y utilización de sus usos y aprovechamientos, pero también considera imposible señalar *a priori* los límites y términos de la necesidad relativa, al ser una cuestión de hecho que se resolverá siempre en vista a las circunstancias concretas del caso concreto..

²⁰³ REBOLLEDO VARELA, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 667. LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit.*, p. 226. Y DE BUEN, D., «Servidumbre de paso. Derecho civil común», *Encyclopedie Jurídica Española*, t. XXVIII, p.724, defendiendo que, aunque el precepto no distingue, doctrinalmente corresponde poner estos límites, especialmente si tiene por objeto molestar al vecino. Y HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «Sección 3.^a. De la servidumbre de paso», *op. cit.*, p. 1045, entiende que han de salvarse el contenido natural del derecho de propiedad, «es decir, que la decisión de realizar la obra que determina la necesidad de perturbar al titular del otro fundo no implique extraimitación respecto a los límites naturales del derecho de propiedad». También se rechaza por no ser necesarios el depósito de materiales para realizar la obra a la que se accede por otra finca, SAP Catellón de 11 de enero de 2011: «Así descritos los elementos de la servidumbre “de andamiaje”, resulta claro y patente que el supuesto de hecho que ahora examinamos difiere notablemente de aquélla, no pudiendo en modo alguno ser calificada como tal, pues ni se trata de permitir el paso de materiales o colocación de andamios u otros objetos –estamos ante el supuesto de ocupación de un solar mediante el depósito de maquinaria, materiales y escombros–, ni resulta “indispensable” para construir o reparar algún edificio al tener acceso directo a la edificación y poder depositar la maquinaria, materiales y escombros en otros lugares».

²⁰⁴ Algunas sentencias de las Audiencias Provinciales valoran la existencia de otras alternativas técnicas practicables (SAP Pontevedra 3 abril 2008 [JUR 2008/288094]); o que la propuesta de paso por fundo vecino sea más gravosa que la alternativa por fundo propio a través de grúas o andamiajes colgantes (SAP Asturias 22 julio 2009 [AC 2009/1513]); o bien se valora un mayor riesgo laboral y coste económico, pero entra en consideración la pérdida de utilización del local, dedicado a alquiler de plazas de garaje (SAP Cantabria 1 de abril 2008 [JUR 2008/216687]). En otras ocasiones se

necesidad absoluta y relativa de acceder al fundo vecino por razón de obras, y entiende que más que una imposibilidad física de realizar la obra sin acceder al fundo vecino se trata de una necesidad relativa, «cuando no sea técnicamente posible construir o reparar sin el paso u ocupación del predio ajeno»²⁰⁵. ROCA JUAN amplía la necesidad a razones económicas, cuando no exigir el paso por la otra finca no hace imposible la obra pero resulta económicamente irrealizable²⁰⁶, y REBOLLEDO considera aplicables los criterios de la «interclusión económica» de la servidumbre forzosa de paso (art. 564 CC)²⁰⁷. GONZÁLEZ PORRAS tampoco es partidario de considerar la necesidad como absoluta, por lo que debe ceder cuando se exijan posibles medidas correctoras propuestas por el dueño del predio sirviente antieconómicas en relación con lo que se discute, extraordinariamente molestas o de ejecución compleja hasta el punto de exceder lo accesorio de lo principal, por lo que la necesidad del paso se equipara doctrinalmente a una alternativa de coste excesivo o de dificultad desmesurada²⁰⁸.

considera indispensable el paso por finca ajena por motivos técnicos o económicos (SAP A Coruña, 2 octubre 2012 [JUR 2012/368335] y SAP Cuenca 31 enero 2005 [JUR 2005/92427], y SAP Cuenca 17 noviembre 1998 [AC 1998/2327]. No considera la aplicación del art. 569 CC, a efectos del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del art. 1902 CC, la SAP Pontevedra de 16 de enero de 2012 (JUR 2012/41723), por un paso ocasional y consentido de los trabajadores de la obra en reparación y sin depósito de materiales.

La SAP Ávila de 20 septiembre de 2012 (JUR/2012/367833) establece los siguientes requisitos para considerar indispensable el paso:

- «1º) Que sea necesario el paso como presupuesto fundamental o por lo menos deben ceder las medidas antieconómicas que pueda proponer el dueño del predio sirviente, o sea extraordinariamente molestas o de ejecución compleja.
- 2º) Que el predio dominante tenga necesidad de realizar esas obras, no siendo admisible que sean debidas a capricho o meramente ornamentales.
- 3º) Que las obras sean temporales, es decir, dedicadas únicamente a cubrir la necesidad del predio vecino.
- 4º) Y que el paso de personas, materiales y colocación de andamios se extienda a las actuales exigencias técnicas, sin que puedan utilizarse medios desproporcionados para satisfacer las necesidades del predio dominante».

²⁰⁵ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1649.

²⁰⁶ ROCA JUAN, J., «Artículo 569», *op. cit.*, p. 169. GONZÁLEZ-ALEGRE, *Las relaciones de vecindad*, *op. cit.*, p. 62, se refiere a la imposibilidad racional de que de otra forma se ocasionarían grandes trastornos materiales o económicos, «pudiendo llegar éstos a hacerla tan gravosa que fuera irrealizable, aunque claro, tampoco por simplemente útil, cómoda, o más conveniente si en ello no existe aquella desproporción».

²⁰⁷ REBOLLEDO VARELA, A. L., *Tratado de servidumbres*, I, *op. cit.*, p. 668. En la SAP Segovia 31 julio 1999 (AC 1999/8180), se denuncia una infracción urbanística del edificio colindante objeto de obras, pero la Audiencia considera que no ha sido declarada por la autoridad y jurisdicción competentes para ello.

²⁰⁸ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 1456. KARRERA, *op. cit.*, p. 2242. BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, III (arts. 361 a 587), *op. cit.*, p. 4427. Así lo considera la SAP Zaragoza (Sección 4ª) de 22 de

La posibilidad de utilizar una vía pública para la construcción o reparación excluye la aplicación de los arts. 569 CC y 542 CDFA. La obtención de la correspondiente licencia administrativa no puede alegarse como causa de mayor incomodidad para apreciar la necesidad del paso por la finca vecina, ya que el art. 569 CC no concede un privilegio para la realización de obras, sino que exige la necesidad de dichas obras y que no puedan realizarse de otro modo²⁰⁹. Es quien solicita el derecho de paso temporal quien ha de probar la necesidad de las obras y la ocupación de espacio y/o colocación de andamios y deberá considerarse, en su caso, por el tribunal de instancia a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, deslindando la competencia de jurisdicciones en caso de irregularidades urbanísticas²¹⁰.

4. CONDICIONES DEL PASO PARA REALIZACIÓN DE OBRAS

Dos cuestiones se plantean respecto al ejercicio del derecho de paso por el fundo vecino: el lugar por donde pueda realizar el paso y ocupación del terreno; y la necesidad de autorización del titular de la finca vecina.

Respecto a la primera, la doctrina²¹¹ aplica supletoriamente los arts. 565 y 566 CC para determinar tanto el predio que ha de soportar el paso y la realización

septiembre de 2008 (JUR 2008:367342): «Por lo que atañe a la necesidad que tiene el actor de ocupar temporal y transitoriamente la referida finca del demandado para poder reparar adecuadamente las referidas paredes de cierre de su casa, colocando en aquella los andamios precisos y pasando por la misma los materiales de obra a utilizar, así como el personal de la empresa de construcción que ha de ejecutar dichos trabajos, la prueba practicada y señaladamente la testifical del Sr. Juan Luis, titular de dicha empresa, permite apreciar cumplidamente la necesidad de dicha ocupación temporal de la finca del actor al tener que colocar andamios en la misma como medio más idóneo o adecuado para poder llevar a cabo tales trabajos sin tener que recurrir a otros sistemas, como grúas o andamiaje suspendido desde la cubierta de la casa del actor, que o resultarían desaconsejables por falta de seguridad dada la estructura portante de dicha casa, con muros de adobe, o por resultar de coste desproporcionado por excesivo». También SAP Barcelona de 12 septiembre de 2008, y SAP Madrid (sección 14) 21 febrero 2012 (FD 6º): «Es decir, la concurrencia del carácter indispensable o necesidad de paso, colocar andamios, etc., para la obra, que aparece como presupuesto fundamental, no se entiende por la doctrina jurisprudencial de modo absoluto, sino “ponderándose todas las circunstancias concurrentes, como costes, molestias, complejidad, exigencias técnicas, y cualquier otra que incida en la justificación del paso de materiales o colocación de andamio. Es el conjunto, de todas ellas, el que ofrece una solución equitativa, en la que tiene su fundamento una buena relación de vecindad, que ampara esta limitación legal del dominio”».

²⁰⁹ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1650.

²¹⁰ REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 669 y 672. Las resoluciones judiciales civiles controlan la legalidad civil pero no exigen la obtención de licencias administrativas o que las obras se ajusten a la normativa urbanística, que corresponde denunciar ante la correspondiente vía jurisdiccional. Cita en este sentido las SSAP A Coruña 10 diciembre 1998, 31 mayo 2000 y 28 marzo 2008, y considera discutible la absoluta separación entre la jurisdicción civil y contencioso-administrativa en el ejercicio de los derechos dominicales de la propiedad urbana dada su configuración legal.

²¹¹ Por todos, REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 673.

de obras como del ejercicio del contenido del derecho en cuanto a las condiciones del paso y de la ocupación de terreno, que son expresión del uso ejercicio *civiliter* de las servidumbres, favoreciendo que el paso se realice de la forma menos perjudicial para el predio sirviente y, si es posible, por donde sea menor la distancia a la salida a vía pública, así como que la anchura de la servidumbre sea la que baste a las necesidades de la finca dominante²¹². BUSTO señala que el contenido del derecho habrá de determinarse casuísticamente de conformidad con las exigencias técnicas actuales, y acomodándose a las previsiones de los arts. 565 y 566 del CC²¹³.

El Derecho aragonés contiene una regla general sobre el ejercicio *civiliter* de las servidumbres en el art. 557 CDFA, indicando que «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». El preámbulo del Código foral (40) explica que el principio del ejercicio *civiliter* de las servidumbres «trata de optimizar el balance de beneficios y perjuicios conjuntos de ambas propiedades», estableciendo un prototipo de conducta en el ejercicio del derecho de servidumbre, que supone una justa moderación de los intereses opuestos en el aprovechamiento de ambas fincas, permitiendo obtener la utilidad en que consiste la servidumbre para la finca dominante, pero sin anular el destino de la sirviente, como una aplicación del principio de la buena fe en el ejercicio de toda servidumbre. También el Código aragonés contempla el ejercicio *civiliter* en las servidumbres forzosas, de forma general en el art. 565, y con manifestaciones concretas en las de paso (art. 577.2) y de acceso a red general (art. 581.3), pero la aplicación del principio en esta clase de servidumbres ha de entenderse de forma más restrictiva, primando el uso de la servidumbre que menor perjuicio cause en la finca sirviente y permitiendo la utilidad normal de la servidumbre aunque no sea de la forma más provechosa.

El art. 577.2 CDFA no sigue fielmente el contenido del art. 565 CC, y para la determinación del punto de paso se tiene en cuenta el menor perjuicio o inco-

²¹² MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 918, explica que en general dependerá siempre de la naturaleza de la construcción o reparación que el propietario del fundo dominante hiciere, e interpretando el criterio de necesidad que rige el art. 566 CC, la aplica al art. 569 del modo siguiente: «si yo deseo reparar un muro de un edificio de mi propiedad, y a ese fin *necesito* un paso en la finca del vecino para que puedan poner *a mano* los materiales de reparación *necesarios*, no podré imponer el paso de carros. Y viceversa, si necesito el paso para carros, no podrá negármelo éste: claro es, en la medida de lo posible y en cuanto lo permita la condición natural del predio sirviente».

²¹³ BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p.702, y en *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, (director: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4427. DÍAZ FUENTES, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, *op. cit.*, p. 576, ante la posibilidad de utilizar una finca entre varias posibles, indica que el art. 565 puede ofrecer una perfecta analogía para realizar la selección.

modidad a las fincas sirvientes buscando la compatibilidad con el más beneficioso de la finca dominante, considerando a tal efecto que la anchura y características de la servidumbre de paso serán «las adecuadas para la utilización normal de la finca dominante» (art. 577.3), y no el criterio más restrictivo de las que basten a las necesidades del predio dominante del art. 566 CC.

El cambio de sede en el Código foral aragonés del derecho al paso transitorio por razón de obras de edificación, de las servidumbres forzosas a relaciones de vecindad cambia el criterio de interpretación lógica y sistemática del precepto (art. 3 CC). Por ello, parece que el criterio rector será la aplicación del principio del *ius usus inocui* y el uso razonable del art. 538 CDFA, convergiendo con el ejercicio *civiliter* en causar el menor perjuicio o incomodidad posible a la finca vecina «según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe»²¹⁴. El lugar de ejercicio del derecho y, en su caso, su duración pueden ser determinados por acuerdo de los titulares de ambas fincas²¹⁵, en coherencia con el art. 537.1 CDFA que reconoce la posibilidad de estos pactos entre vecinos para regular sus relaciones de vecindad.

Las exigencias del *ius usus inocui*, tolerancia vecinal y menor perjuicio a la finca vecina también obligan al titular del derecho a realizarlo en un tiempo adecuado, sin dilaciones arbitrarias, y realizar la ocupación del predio ajeno cuando la construcción u obra sean «efectivos y actuales», en expresión de QUIÑONERO²¹⁶, es decir, cuando los trabajos ya estén preparados y se pueda iniciar inmediatamente la reparación de la obra en el fundo ajeno.

La doctrina discute el carácter del consentimiento que está obligado a prestar el titular de la finca vecina. A HERNÁNDEZ ARRANZ²¹⁷ le parece una cuestión de trascendencia para la determinación y calificación de la naturaleza del art. 569 CC la interpretación de si el paso o colocación de andamios o materiales en la

²¹⁴ Así lo expresan la SSTSJ Navarra de 18 octubre 2001 (RJ/2002/1077) y 17 de mayo de 2006 (RJ/2006/4500) aplicando la ley 367-a) de su Compilación. Dice esta última (FD 4º): «Pues bien, enjuiciados estos hechos a la luz de lo dispuesto en la Ley 367-a) del Fuero Nuevo es claro que las limitaciones, perturbaciones e incomodidades derivadas para los demandados de la ocupación parcial y temporal de su finca con el andamiaje de obra de la casa construida en la contigua se deriva de un uso normal y razonable del derecho de su propietaria, habida cuenta de las necesidades de cada finca, del uso del lugar y la equidad. Y es que en las circunstancias del caso, la instalación de andamios para la terminación de la fachada es una solución técnica normal, común o usual en la práctica constructiva que, ante la mayor peligrosidad, complejidad u onerosidad de otras posibles soluciones, justifica razonablemente, por razones de necesidad, la ocupación temporal de una franja de terreno de la finca contigua, haciendo de obligada tolerancia vecinal limitaciones, molestias e incomodidades como las que en el supuesto de autos va a generar a sus propietarios».

²¹⁵ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1652.

²¹⁶ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1653

²¹⁷ HERNÁNDEZ ARRANZ, *op. cit.*, pp. 1042-43.

finca ajena podrá hacerse sin necesidad de autorización, o por el contrario deberá solicitar el paso, bien al titular de la finca, bien a la autoridad judicial. Este autor interpreta que si el paso puede ser esporádico no necesitaría de la autorización del titular de la finca a atravesar, pero la colocación de andamios supone una ocupación temporal considerable por lo que parece razonable que cuente con la autorización del titular del predio afectado o de la judicial en su caso y, por ello, concluye que es incompatible el permiso previo con la consideración del precepto como límite del dominio. Para GONZÁLEZ-ALEGRE al no existir una relación real de gravamen entre los dos predios como regulación del derecho de propiedad, lo único que tiene que hacer el titular del derecho es pedir permiso en cumplimiento de un deber social de respeto e indemnizar por los perjuicios causados en cumplimiento del deber de pagar los daños que a los demás se les origine al actuar en beneficio propio²¹⁸. KARRERA (2243), también desde la óptica de relaciones de vecindad, justifica la autorización del titular del predio vecino en la posibilidad de que las obras causen daños en la propiedad ajena que deben ser indemnizados, y compara dicha situación con el derecho de persecución de enjambre (art. 612 CC) o con el mero *ius inocui* que no provocan menoscabos²¹⁹.

El art. 612 CC expresa que «necesitará el consentimiento» del dueño para entrar en el fundo ajeno cerrado y no en los abiertos, por lo que relacionado con la obligación del titular del fundo ajeno de consentir la entrada en su finca, cuando se cumplan los requisitos legales, expresa una obligación de tolerancia legal a la perturbación posesoria que impide el ejercicio de la facultad de exclusión dominical o de las acciones protectoras de su titularidad real o personal, al considerar el precepto que el ámbito presuntamente urbano de la realización de las obras afecta a fincas que también presuntamente tienen la consideración de cerradas, y son espacios en los que se puede provocar una mayor afección a la vida familiar o personal (art. 550.2 CDFA) o a los usos normales de la finca, por lo que requiere un previo consentimiento, que es la expresión del conocimiento de las obras a realizar, de la ocupación necesaria de la finca y de la duración y afecciones posesorias que suponen en correspondencia con la obligación legal de tolerancia, sobre las que se puede pronunciar. No existe una autorización como tal del fundo afectado, sino una obligación de tolerar la utilización de su finca a petición de los interesados, a la que una oposición injustificada constituye un acto de autoridad propia prohibida²²⁰.

²¹⁸ GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, *op. cit.*, p. 60.

²¹⁹ KARRERA, *op. cit.*, p. 2242.

²²⁰ Vid. WOLF, M., *Derecho de cosas*, vol. I. *Posesión, derecho inmobiliario, propiedad*, en *Tratado de Derecho civil de Ennecerus, Kipp y Wolff*, t. III., *op. cit.*, pp. 331-2, sobre las limitaciones legales de paso en el Derecho alemán.

La solicitud o petición previa de paso y ocupación de terreno por obras ha de ser realizada por el titular legitimado para ejercitar el derecho, y la necesidad del paso y de la ocupación de la finca ha de ser reconocida por el propietario que va a tolerarla y, una vez reconocida, prestar su consentimiento²²¹; en caso contrario, una vez recibida la solicitud²²², el titular del derecho deberá acudir a los Tribunales para su reconocimiento e imposición al propietario vecino. LUCAS FERNÁNDEZ señala que previamente a su reconocimiento por el titular pasivo o por el juzgado correspondiente, el que pretende el paso y realización de obras debe abstenerse de ejercitarlo, por no existir en ese momento²²³, pero el propietario vecino solo puede negarse basándose en la ilicitud de lo solicitado²²⁴, ya que la solicitud se refiere no a la constitución del derecho, determinado por el derecho de uso derivado de la relación de vecindad, sino a la manera en que deberá realizarse su ejercicio²²⁵, y por ello, si afecta a la intimidad de los titulares pasivos, la limitación y condiciones de realización de las obras han de ser más estrictas²²⁶.

En cuanto a la extinción del derecho, a diferencia de la servidumbre forzosa de paso, está de acuerdo la doctrina que la desaparición de la necesidad por conclusión de la construcción o reparación implican automáticamente su extinción²²⁷, aunque al tratarse de una relación de vecindad no se refiere jurídicamen-

²²¹ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, *op. cit.*, p. 226. La SAP Cuenca de 17 de noviembre de 1998 (AC/1998/2327) censura la reiterada e injurificada oposición del dueño de la finca vecina a la realización de las obras.

²²² BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p. 702, y en *Comentarios al Código Civil*, III (arts. 361 a 587), (director: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4427.

²²³ LUCAS FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 226. Esta obligación de consentir supone una conducta de tolerancia manifestada en el acto jurídico que quita la connotación de ilicitud a la actividad de un tercero privando al titular de una utilidad de su finca que, en cuanto tal está tutelada, pero cuya actividad no puede excluir porque no está legitimado para ello, puesto que en esa situación no está tutelada su facultad de exclusión.

²²⁴ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 1456

²²⁵ KARRERA, *op. cit.*, p. 2243.

²²⁶ Vid. MARTÍ MARTÍ, J., «Las servidumbres derivadas de la propiedad horizontal», *Diario La Ley*, nº 6545 (8 septiembre 2006) (La Ley 2229/2006, p. 3), con cita de la SAP Toledo de 15 de marzo de 2002, sobre paso de albañiles por la vivienda habitual del demandado, permite el paso pero con derecho del demandado a excluir del paso su domicilio al operario con quien estaba enemistado.

²²⁷ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1652. REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 671. PLANAS Y CASALS, J. M., *Derecho civil español común y foral*, *op. cit.*, p. 633, y PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, II (3^a ed.), *op. cit.*, p. 497: «una vez desaparecida la necesidad que motiva el nacimiento de esta servidumbre, cesa *ipso facto* la misma», al regularse por los mismos principios y reglas que la verdadera servidumbre de paso. En este sentido, DE BUEN, D., *op. cit.*, p. 724, señala que puede extinguirse si el dueño del predio dominante adquiere una finca por la que poder pasar los materiales, por analogía con el art. 568 CC. En aplicación también de los artículos sobre servidumbres forzosas, la STS 13 junio 1989 (RJ/1989/4628), indica que el derecho «cesa» cuando desaparece la necesidad (art. 568 CC).

te a la extinción de un derecho, que es permanente, sino de su ejercicio temporal, recuperando el titular de la finca vecina la plenitud de su titularidad y la completa facultad de exclusión, quedando el derecho de paso y ocupación en estado latente hasta la siguiente situación de necesidad por alguno de los titulares de fincas vecinas.

5. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA SU CONSTITUCIÓN

La doctrina es unánime en reconocer una amplia legitimación activa para solicitar el derecho de paso y ocupación de terrenos al propietario del predio beneficiado, extensible a otros titulares de derechos reales que también pueden realizar tales obras con facultades de uso y disfrute de la finca (usufructuario, usuario, enfiteuta y superficiario)²²⁸, y también a los titulares de derechos de carácter personal, como el arrendatario que haya asumido la obligación de realizar obras de conservación²²⁹, y que podrán ejercitarse la tutela sumaria de la posesión mediante los interdictos correspondientes²³⁰. Como concluye REBOLLEDO, «la legitimación activa ha de reconocérsele a quien ostente la posesión del inmueble por cualquier título y tenga necesidad de pasar u ocupar transitoriamente el inmueble vecino para la ejecución de las obras»²³¹.

La legitimación pasiva le corresponde en principio al propietario del fundo vecino afectado²³², pero el art. 542 CDFA cambia la referencia al «dueño» del predio del art. 569 CC por la del «titular de esta finca», en la única modificación significativa del precepto respecto al Código civil. Se entiende por tanto que en el Derecho aragonés se amplía la legitimación pasiva a cualquier poseedor de la finca vecina afectado por el paso y las obras a realizar en la finca, de acuerdo con el concepto amplio de «titulares» que establecen los arts. 538 y 537.1 CDFA, y

²²⁸ DE BUEN, D., «Servidumbre de paso. Derecho civil común», *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVIII, p. 724. También CORBAL FERNÁNDEZ, J., «Art. 569. Comentarios», *op. cit.*, p. 822, que incluye al nudo propietario. Amplían la legitimación a otros titulares de derechos reales, SAP Ciudad Real de 5 de noviembre de 2012 (AC/2013/30), y SAP A Coruña de 10 mayo 2001 (JUR/2001/224768). Requieren titularidad dominical la SAP Granada de 7 de octubre de 2013 (JUR/2014/33655), y especialmente la SAP Madrid (sección 25) de 30 de octubre de 2007, que realiza una interpretación estricta del art. 569 CC, y no considera legitimado a un propietario particular sino a la comunidad de propietarios.

²²⁹ SAP León 21 de enero de 2000. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2º, ed. revisada por LUNA SERRANO, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137, consideran que al no propietario o titular de un derecho real se le concederá, «a lo más», como servidumbre personal.

²³⁰ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1655. SAP Pontevedra (sección 3ª) de 8 de febrero de 1999 (AC/1999/3439).

²³¹ REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 672. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Manual de servidumbres*, *op. cit.*, p. 212, citando a Messineo, que reconoce que el acceso se debe al vecino que tenga necesidad de él.

²³² REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 673.

que es coherente con el encuadre del derecho entre las relaciones de vecindad, en las que los problemas se desenvuelven en el plano del ejercicio de los derechos, en la actuación de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad más que en el título, y por ello el título puede ser de dominio o de cualquier otro derecho real o personal, con tal de que represente una relación estable del titular con la finca, y todos los titulares de derechos de uso y disfrute ven limitados sus derechos por razones de vecindad²³³.

En relación con la indemnización, BUSTO considera acreedor no solo al propietario, sino a cualquier titular de un derecho real o de crédito perjudicado e incluso al mero poseedor de la finca²³⁴, por indemnizarse el daño o los perjuicios efectivamente causados, y QUIÑONERO se refiere al titular de la facultad de ocupación del fundo ajeno para establecer la responsabilidad indemnizatoria²³⁵.

6. INDEMNIZACIÓN

El art. 542 CDFA, al igual que el art. 569 CC, establece finalmente que el titular de la finca ocupada ha de recibir «la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue». Es claramente un rasgo diferenciador de la servidumbre forzosa de paso, ya que solo existe la obligación de indemnizar cuando se causa perjuicio y no por el ejercicio del derecho, como ocurre con la servidumbre forzosa por la imposición del gravamen²³⁶. Como señala DÍAZ FUENTES las relaciones de vecindad no suponen un derecho a ser indemnizado, por configurar el derecho de propiedad y no gravan o merman nada: solo definen. Pueden occasionar indemnización el incumplimiento de las relaciones de vecindad o por daños derivados del ejercicio de la relación, prevista con esta contingencia, como en el caso del art. 569, pero nunca por establecerla, como en la

²³³ Señala LACRUZ que «el problema de las relaciones de vecindad se plantea, más que entre una comunidad de propietarios, entre una de vecinos: tales relaciones producen también sus conflictos entre arrendatarios, lo mismo que entre propietarios. Las obligaciones y limitaciones legales en relación con las fincas vecinas frecuentemente recaen sobre cualquiera que, por cualquier título, tenga y utilice el inmueble, y también es el usuario quien sufre primero los eventuales perjuicios causados por la utilización de los fundos colindantes, estando, por tanto, legitimado para pedir el cese de los actos u omisiones dañosos.» *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, III. Derechos Reales*, vol I. Posesión y propiedad. Nueva edición revisada y puesta al día por Agustín LUNA SERRANO, Madrid, 2000, pp. 267-68. En este sentido, la STS de 7 de abril de 1997 (RJ 1997\ 2743). EVANGELIO, LLORCA, *op. cit.*, p.. 1853. FERNÁNDEZ URZAINQUI, *op. cit.*, pp. 130-31.

²³⁴ BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, *op. cit.*, pp. 4427-8.

²³⁵ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1653.

²³⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, t. III, EDERSA, Madrid, 1988, p. 264, señala que es un límite a la propiedad con indemnización de los perjuicios que sufra la finca por la que deban pasarse materiales, «si los hay».

servidumbre legal por su constitución²³⁷, ya que no se produce una pérdida del valor objetivo del terreno²³⁸.

Además el pago de la indemnización no es presupuesto del paso u ocupación por lo que no ha de ser previo al ejercicio del derecho, como ocurre en el art. 564 CC²³⁹, y el perjuicio irrogado se determinará al concluir la ocupación de la finca vecina, en su caso mediante valoración pericial, y el titular del derecho de crédito será el propietario o el titular de un derecho que conlleve la posesión de la finca²⁴⁰. No se exige afianzamiento, como señala en otras ocasiones la ley²⁴¹, pero ROCA JUAN estima que es indispensable la oferta de la indemnización en el momento de consentir el paso u ocupación²⁴² (SAP Coruña 25 mayo 2000), pero no parece necesaria la expresión de tal oferta ya que es una consecuencia determinada legalmente. La concreción de la cuantía se ha de remitir, en su caso, al trámite de ejecución de sentencia. Cabe pactar previamente una indemnización²⁴³ y otros posibles extremos como una compensación por la ocupación de

²³⁷ DÍAZ FUENTES, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, *op. cit.*, pp. 680-1.

²³⁸ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., «Sección 3.^a. De la servidumbre de paso», *op. cit.*, p. 1044.

²³⁹ SAP A Coruña (sección 4^a) de 25 de mayo de 2000 (AC/2000/4794). SAP Madrid (sección 21) 16 de julio de 2013 (FD 4^º): «La cuestión que se plantea es la de si nos encontramos ante una indemnización que constituye un requisito previo a la ocupación temporal de la finca que consistiría en un canon de ocupación o precio de alquiler, o si, por el contrario sería una consecuencia o efecto de la ocupación, deviniendo tan solo exigible por la causación de perjuicios que excedan de las normales incomodidades y molestias propias de la ocupación temporal de la finca.

La contestación a esta cuestión proviene de la naturaleza jurídica del derecho reconocido en el artículo 569 del Código Civil. Y así, de sostenerse que se trata de una verdadera y genuina servidumbre legal de paso quedaría sometida al requisito previo de la «justa indemnización» por la constitución forzosa o legalmente necesaria de la servidumbre (tal y como se prevé en el art. 564 del C.c.) consistente en un canon de ocupación o precio de alquiler. Por el contrario, de mantenerse que se trata de una limitación legal del dominio de los predios por razón de la buena vecindad no concurriría el requisito previo del pago de un canon de ocupación o precio de alquiler y ello porque, a diferencia de las servidumbres, las limitaciones legales por razón de vecindad se caracterizan por la «reciprocidad» de la que se deriva que las normales incomodidades por la ocupación temporal de la finca son de obligada tolerancia sin cobrar nada por ello, por exigencia de la propia convivencia vecinal, sin perjuicio de una eventual y posterior indemnización a que pueda dar lugar la ocupación temporal, si, por su intensidad, extensión superficial o duración, las incomodidades, molestias o perturbaciones que generarán rebasarán las ordinarias o usualmente tolerables en una normal convivencia vecinal o si se hubieran causado daños imputables a las labores o instalaciones efectuadas en el curso de la ocupación».

En contra DE BUEN, D., *op. cit.*, p.724, que exige indemnización previa y si no puede ser fijada previamente a la realización de las obras, debe prestarse fianza bastante para responder del pago posterior.

²⁴⁰ BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, III (arts. 361 a 587), pp. 4428.

²⁴¹ CORBAL FERNÁNDEZ, J., «Art. 569. Comentarios», *op. cit.*, p. 822. DÍAZ FUENTES, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, *op. cit.*, p. 576.

²⁴² ROCA JUAN, J., «Artículo 569», *op. cit.*, p. 169.

²⁴³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5^a ed, Bosch, Barcelona, 1999, p. 551. Señala que puede establecerse previamente por todo concepto, y ser pagada antes, durante o después de concluida la obra.

terreno, al ser expresión de una relación de vecindad (art. 537.1 CDFA), pero no ha lugar al reintegro de la indemnización satisfecha previamente o liberarse de obligación de su pago si no se ha cumplido, a diferencia de lo que señala el art. 568 CC²⁴⁴.

Es una indemnización con componente resarcitorio que permite compensar el perjuicio causado, por lo que la ocupación ha podido ser inocua y no existir daños a compensar²⁴⁵. Y en el caso que se hayan producido, se valoran los perjuicios y molestias efectiva y objetivamente causados de forma rigurosa, sin poder valorarse las afecciones subjetivas del afectado, y con independencia de la diligencia observada por el titular del derecho de paso ya que se derivan del hecho de la ocupación²⁴⁶; Ya hemos hecho referencia previa a que en la valoración se toma en cuenta el estándar del «vecino o usuario medio», sin tener en cuenta las circunstancias personales o particulares subjetivas, y como criterios son aplicables también los contemplados en el art. 538 CDFA, y no abarcará un reparación integral, sino una compensación por los daños y perjuicios no antijurídicos ocasionados.

Los daños y perjuicios son todos los ocasionados con ocasión de la ocupación –incluyendo, en su caso, los morales²⁴⁷, e incluyen los posibles deterioros que puede sufrir la finca ocupada, y los derivados de las molestias ocasionadas por ruidos o como consecuencia del incremento de las necesidades de limpieza o de las medidas de seguridad o vigilancia y conservación de la finca ocupada²⁴⁸. No se tiene en cuenta, sin embargo, la utilidad mayor o menor que al titular del derecho le hayan podido producir las obras²⁴⁹. Tampoco se considera la indemnización al titular del derecho, por no contemplarlo el precepto, por los retrasos

²⁴⁴ REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 675.

²⁴⁵ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1653. CORBAL FERNÁNDEZ, J., «Art. 569. Comentarios», *op. cit.*, p. 822.

²⁴⁶ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1654.

²⁴⁷ REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 675, citando la SAP Toledo de 15 de noviembre de 2005 (JUR 2006/969), que considera los perjuicios morales sufridos en la intimidad del demandado. En principio, no pueden considerarse por no poder calificarse la actuación como ilícita o antijurídica, y solo serían indemnizables en caso de abuso de derecho, por sobrepasar la normalidad en el ejercicio del derecho. *Vid.* VEGA, A., ««El paso a través de finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso», a propósito de la sentencia dictada por la Sala I.^a del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2001», *Actualidad Civil*, nº 30 (21 a 27 julio 2003) (La Ley 1322/2003).

²⁴⁸ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1654. BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código Civil, III (arts. 361 a 587)*, pp. 4427. TORRES LANA, J. A., «Art. 569», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II (artículos 333 a 608) (dirección, José Luis ALBÁCAR LÓPEZ), 3^a ed., Trivium, Madrid, 1992, p. 963, entiende que ante la similitud de la situación, el legislador ha optado por el mismo criterio establecido en el párrafo tercero del art. 564 CC, paso sin constitución de vía permanente para labores agrarias.

²⁴⁹ MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, t. IV, *op. cit.*, p. 919.

o gastos originados por una oposición injustificada del titular de la finca ajena al paso y ocupación de la finca anterior a la resolución judicial²⁵⁰.

Se ha discutido si en el cálculo de la indemnización debe incluirse la ocupación del terreno. A favor se muestra BUSTO²⁵¹, y en contra KARRERA, al considerar que hay que valorar si la mera ocupación o utilización del espacio puede constituir el contenido del derecho de uso inocuo que no es indemnizable, aunque lo sean algún tipo de afección o menoscabo producidos²⁵².

QUIÑONERO plantea también la situación que origina dejar o abandonar materiales de la construcción en el terreno ajeno, cuya respuesta podría ser exigir su retirada mediante el ejercicio de la acción negatoria o exigir una indemnización por la ocupación antijurídica del terreno y los perjuicios que puede ocasionar tanto en el uso normal de la finca o su retirada por el dueño afectado. No considera QUIÑONERO que estos materiales se encuentren en depósito en la finca ajena, y duda si puede retirarlos el propietario por su propia autoridad o solo por la judicial, inclinándose por la posibilidad de que pueda hacerlo el propietario afectado por considerarlos abandonados²⁵³, criterio que sería coherente por analogía con el abandono del enjambre de abejas de artículo 612 CC.

La doctrina está de acuerdo con LACRUZ y LUNA en que si se trata de la construcción o reparación de una pared o muro medianero, de la indemnización que ha de abonarse se deducirá la parte debida por el comunero titular pasivo del derecho de paso por obras, de acuerdo con el art. 575 CC, siempre que sean necesarios y no meramente útiles o de mejora²⁵⁴.

²⁵⁰ REBOLLEDO, *op. cit.*, p. 673, citando la SAP A Coruña de 14 junio de 2007 (JUR 2007\311079). También SAP Álava (Sección 1^a), de 31 julio de 2012, y SAP Barcelona de 12 septiembre 2008. No así la jurisprudencia francesa, cuando se califica de abuso del derecho la oposición injustificada del dueño del terreno (*Cour de cassation. Chambre Civile 3*, de 15 de febrero de 2012).

²⁵¹ BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, III (arts. 361 a 587), p. 4428, en nota.

²⁵² KARRERA, *op. cit.*, p. 2244. QUIÑONERO, *op. cit.*, p. 1653, entiende que la indemnización no es un pago por el hecho de la ocupación, por lo que dicha ocupación es, en principio, de «buena vecindad», si se realiza en los términos legales.

²⁵³ QUIÑONERO CERVANTES, *op. cit.*, p. 1655-6. La jurisprudencia italiana ha considerado que la retirada de materiales u objetos de construcción le corresponde al depositante, como consecuencia de su introducción que exige dejar el fundo ocupado en su anterior estado sin disminución de los derechos del propietario vecino. *Cassazione Civile*: 9 de febrero de 1982, n^o 774 (*Foro Italiano Rep*, 1982, n^o 17).

²⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2^o, ed. revisada por LUNA SERRANO, A., Dykinson, Madrid, 2001, p. 137. BUSTO LAGO, J. M., *Comentarios al Código civil*, 3^a ed., Aranzadi, 2009, p. 702. REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 666 y 673. SAP Zamora 28 junio de 2000.