

La usucapión de las servidumbres de paso en el Código civil

PEDRO ROBLES LATORRE

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Las diferentes categorías de servidumbres y la influencia de su naturaleza respecto del derecho a ser usucapidas.* 1. Régimen Legal Actual de las servidumbres. Conceptos legales: 1.1 El origen histórico de las distintas clasificaciones. 1.2 Régimen jurídico de países de nuestro entorno. 2. El concepto de servidumbre discontinua y su influencia en la posibilidad de usucapión de la misma. 3. La evolución histórica de la posibilidad de usucapir servidumbres de discontinuas. La compatibilidad de posesiones entre propietario y el usuario del paso. Posesión tolerada y en concepto de dueño. III. *Propuestas de soluciones jurídicas ante la imposibilidad de usucapión de la servidumbre de paso.* 1. La negación del paso y el artículo 7 del CC. A) La teoría de los actos propios aplicada a la pretensión de una acción negatoria de servidumbre de paso. B) La teoría del abuso del derecho aplicada a la pretensión de una acción negatoria de una servidumbre de paso. C) ¿Doctrina de los actos propios o abuso de derecho? 2. Las soluciones francesas al conflicto planteado por el paso continuado durante largo tiempo por finca ajena. 3. La aplicación de la doctrina de la accesión invertida al ámbito de la utilización continuada de un paso por finca ajena. 4. La alegación de prescripción de la acción negatoria de servidumbre.—IV. *Reflexión final.*—V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema objeto de este estudio —la situación creada por el uso continuo de un paso a través de la finca de un vecino— ha sido objeto de numerosos análisis, más o menos profundos, por un enorme número de tratadistas, no sólo dentro de nuestro país, sino también en el extranjero, y no sólo en épocas recientes sino en tiempos muy

lejanos. Se añade a este dato el que el número de sentencias dictadas por nuestros Tribunales de Instancia y por el mismo Tribunal Supremo, en el que el hecho base es el paso del vecino por finca ajena, ha sido alto y constante a lo largo de muchos años. Esta realidad nos sitúa ante la certeza de que podemos estar ante uno de esos problemas perennes que conviven con las legislaciones de los distintos países y que por los intereses en juego —el del propietario de la finca por la que se ejercita el paso y el del colindante que pasa— no ofrece la posibilidad de encontrar soluciones justas para la totalidad de los casos, lo que hace especialmente atractivo el estudio del mismo¹.

Por otro lado (y tampoco es de extrañar), la mayoría de las reflexiones dedicadas al problema del paso del vecino por la finca ajena, se han centrado en la posibilidad de adquisición prescriptiva del derecho de paso. Posibilidad que se ha enfrentado tradicionalmente a la negativa por parte del Tribunal Supremo de adquisición de las servidumbres discontinuas (entre ellas, las de paso) en base a una serie de argumentaciones —apoyadas en la normativa civil vigente— que tendremos tiempo de analizar a lo largo de este trabajo. Estos trabajos se han limitado —y no es poco— a plantearse la posibilidad de que dicha servidumbre de paso fuese usucapible o no. Pero una vez analizada la situación real en nuestro Derecho y tras concluir la imposibilidad legal de optar por la usucapión de la servidumbre de paso, en el mejor de los casos abogan por una reforma legislativa que permita este tipo de adquisición que nuestro ordenamiento actualmente no concede.

Este estudio que aquí iniciamos pretende algo más. Analizaremos la realidad jurídica en torno a la posibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres de paso, intentando explicar las razones que llevan a la Jurisprudencia a mantener una constante doctrina impidiendo la usucapión de estas servidumbres. Analizaremos los distintos argumentos usados por nuestros Tribunales y por nuestros tratadistas para justificar la situación actual. Pero nos haremos una pregunta más. ¿Qué ocurre cuando un señor ha estado pasando durante 20, 25, 30 ó 40 años por la finca del vecino, cada vez que le ha convenido o le ha parecido oportuno, sin que, en ningún momento se le haya impedido y un buen día el dueño de la «finca sirviente» decide prohibirle el paso? ¿Qué mecanismos técnicos-jurídicos podría ofrecer nuestro ordenamiento jurídico para

¹ DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon*, tomo XII, París, 1882, p. 250. Ya decía este autor a finales del siglo XIX que, «Ce qui conceme l'établissement des servitude par la prescription, est l'une des parties les plus importantes de notre sujet, et l'une de celle en même temps qui a toujours été, si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit., le plus environnée d'obscurités et de controverses».

proteger a quien ha estado pasando durante tanto tiempo? ¿Qué remedios podrá ofertar el profesional del Derecho a quien le plantean esta situación?

Éste es el objeto de nuestro trabajo. Buscaremos mecanismos protectores del derecho de paso sin limitarnos a los derechos reales, ampliando el espectro en el que buscar las soluciones al ámbito de los derechos de crédito o a la teoría general del Derecho. Ello nos permitirá hacer un repaso de diferentes instituciones de Derecho Civil, interrelacionando materias que quizá, a primera vista, pudiesen estar lejanas. Quizá se nos pueda achacar que buscamos una ventana abierta para entrar en una casa donde el ordenamiento ha cerrado la puerta conscientemente. Pero también es cierto que tratamos de buscar soluciones a situaciones que pueden parecer injustas. No es malo dejar las ventanas abiertas con tal de que normalmente se siga entrando por la puerta. Una ventana abierta puede suponer la solución a un problema mayor.

II. LAS DIFERENTES CATEGORÍAS DE SERVIDUMBRES Y LA INFLUENCIA DE SU NATURALEZA RESPECTO DEL DERECHO A SER USUCAPIDAS

1. RÉGIMEN LEGAL ACTUAL DE LAS SERVIDUMBRES. CONCEPTOS LEGALES

El régimen general de nuestro sistema de servidumbres se haya regulado en el CC español entre los artículos 530 y 536. Es esta normativa una reglamentación descriptiva y podríamos calificarla de didáctica. Tras darnos un concepto genérico de lo que es la servidumbre (art. 530)² y afirmar que estos derechos no sólo se establecen en beneficio de bienes inmuebles (art. 531)³ prosigue el CC clasificando las servidumbres en función de su continuidad o discontinuidad— apariencia o falta de apariencia (art. 532)⁴; positividad o negatividad en relación con la actitud que como consecuen-

² Artículo 530: *La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.*

El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.

³ Artículo 531: *También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad a quienes no pertenezcan la finca gravada*

⁴ Artículo 532: *Las servidumbres pueden ser continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes.*

cia de la existencia de la misma tenga que mantener el dueño de la finca sirviente (art. 533)⁵.

Lógicamente, esta clasificación tiene una trascendencia práctica en distintos órdenes y, de entre ellos, uno de los más destacados es el referente a la posibilidad de usucapir el derecho de servidumbre. Pero antes de enfrentarnos al problema de la influencia de las características de las servidumbres en el ámbito de la prescripción adquisitiva veamos el origen de la división de las servidumbres en las categorías previamente enunciadas y si dicha clasificación ha sido seguida por los ordenamientos de nuestro entorno o por el contrario es una peculiaridad de nuestra legislación.

1.1 El origen histórico de las distintas clasificaciones

Las categorías de continuidad, apariencia y positividad están íntimamente unidas a la oposición de la servidumbre a terceras personas. En base a la posibilidad de adquisición por usucapición de las servidumbres, dichas categorías han ido evolucionando históricamente en relación con las variaciones sufridas por las instituciones de las que traen su referencia. Por ello, la evolución histórica de la usucapición como medio adquisitivo de la propiedad está inseparablemente ligada a la existencia de servidumbres continuas y discontinuas.

Igualmente, cuando la idea de usucapición era más restringida que en la actualidad⁶, la existencia de ciertas categorías era innecesaria. ¿Qué más daba que las servidumbres fuesen aparentes o no, positivas o negativas, continuas o discontinuas si, en ningún caso, podían usucapirse? Sólo una vez que fue admitida la posibilidad de adquirir por usucapición derechos reales limitados, como las servidumbres, tuvo sentido el intentar clasificarlas para poder diferenciar aquellas que eran usucapibles de las que no lo eran. Por ejemplo, la idea de continuidad o no en la servidumbre no parece

Continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Discontinuas son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre.

Aparentes, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia».

⁵ Artículo 533: *Las servidumbres son además positivas o negativas.*

Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre».

⁶ ALAS, DE BUEN, RAMOS, *De la usucapición*, Madrid, 1916, pp. 21 ss. Un completo estudio histórico se puede encontrar en MORALES MORENO, A., *Posesión y Usucapición*, Madrid, 1972.

proceder del Derecho Romano *strictu sensu*, sino de una época posterior, ya con los glosadores⁷ en cuyo tiempo fue admitida la posibilidad de usucapir el derecho real de servidumbre y, en consecuencia debía estar regulada dicha cuestión con un mayor rigor.

Aparece así como una cuestión de necesidad práctica la existencia de las categorías o clasificaciones dentro de las servidumbres. Y no deja de ser curioso que dichas clasificaciones de una u otra manera están siempre e íntimamente relacionadas con el problema de la «oponibilidad» o de la apariencia frente a los fundos dominantes y en relación a la «forma de ejercicio de la posesión» respecto del dueño del fundo sirviente. Dicho de otro modo, no deja de ser curioso que la presencia histórica de las clasificaciones provenga de la necesidad de apariencia tanto en la existencia como en el ejercicio del derecho real, ámbitos que desde luego están íntimamente unidos con el la posibilidad de usucapión de un derecho. De este modo comenzaban un duro y difícil camino de convivencia las servidumbres y la usucapión, camino que, como veremos más adelante, en alguna ocasión no desemboca en ningún lado.

Sea como fuere, realmente las distinciones y clasificaciones sobre el derecho de servidumbre son una realidad innegable en nuestro ordenamiento. Veamos qué ocurre en los vecinos.

⁷ ALAS, DE BUEN, RAMOS, *Opus cit.*, p. 248: «Sobre la base del derecho romano han construido los intérpretes diversas doctrinas. De gran importancia es la que hace referencia a la clasificación de las servidumbres en continuas y discontinuas, cuya clasificación, iniciada por los glosadores, fue construida por Bártolo y combatida por muchos doctores, entre los cuales debemos citar a Donello. Esta clasificación influía, tal como Bártolo la concibió, en la doctrina de la usucapión, pues según dicho autor las servidumbres continuas podían ser adquiridas por ese medio, y en cambio no podían serlo las discontinuas, para las cuales se exigía la prueba del tiempo inmemorial; tal criterio, muy combatido, obtuvo, sin embargo, una favorable acogida, y aun subsiste, en algunas legislaciones modernas, en sus puntos esenciales»; JUAN ROCA, JUAN, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales* (arts. 530 a 604), Editorial Edersa, Madrid, 1978, p. 35. «La distinción entre servidumbres continuas y discontinuas tuvo en el Derecho Romano menor trascendencia. Parece que fue obra del Derecho común, sobre la base de distinguir servidumbres en las que existe y en las que no existe la «causa continua» o «perpetua» Y ello contemplando la usucapión de las servidumbres que, presuponiendo la posesión continua, al ser debida la servidumbre al fundo –que no podía tener *animus possidendi*– en caso de discontinuidad del *corpus* había que excluir la usucapión. De aquí que ésta exigiera un ejercicio continuo, equivalente a una *causa in continuam*, o perpetua, y el origen de la distinción queda, así, debido a una interpretación de Bártolo a los fragmentos de las fuentes que hacen alusiones a la «causa perpetua»: Serían continuas –y por tanto usucapibles– aquellas servidumbres en las que existe la causa continua, o perpetua; discontinuas aquellas en las que la causa perpetua no se da». GUILARTE GUTIÉRREZ, V. La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español, Madrid, 1984, p. 303: «Como hemos expuesto, el fundamento de la exigencia de continuidad y apariencia ha de buscarse en la glosa y no en el Derecho Romano. Hoy, sin embargo, la moderna doctrina critica esta norma especialmente refiriéndolo a la continuidad». Un interesante estudio histórico se puede encontrar en la monografía de LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el Derecho Civil español*, Murcia, 1962, pp. 35 ss.; en el mismo sentido, CHARRIN, A., «¿Pueden ganarse las servidumbres continuas por el sólo hecho de la posesión de 10 años, aun cuando no reúnan los requisitos de Buena fe y justo título?»; *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1872, pp. 245 ss.

1.2 Régimen jurídico de países de nuestro entorno

Comenzaremos por Francia como país más próximo, y no sólo geográficamente, al nuestro. El Ordenamiento Civil francés distingue también entre servidumbres positivas y negativas, aparentes y no aparentes, continuas y discontinuas. El artículo 688 del Code Civil afirma: *Les servitudes sont ou continues, ou discontinues.*

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait de l'homme: tels sont les conduites de l'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin de fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, puisage, pacage, et autres semblables.

El artículo siguiente, 689, distingue las servidumbres aparentes de las no aparentes:

Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent para des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminé».

No distingue el ordenamiento francés entre servidumbres positivas o negativas, pero sí que al estudiar el modo de constitución de la servidumbre en base a la utilización de las mismas excluye la posibilidad de adquisición por usucapión de aquellas servidumbres que sean discontinuas o continuas pero no aparentes. Así, en su artículo 691, afirma:

Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

La possession même immémoriales ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière».

Ninguna diferencia en este punto respecto del Ordenamiento español, salvo en lo referente a la prescripción inmemorial, de la que más adelante haré mención, Sí hay una circunstancia dentro del Ordenamiento francés que es importante y que quiero remarcar. En el Derecho francés, expresamente está descartada la existencia de servidumbres personales en el artículo 686, por lo que no es posible hablar de servidumbres sobre predios y sobre las personas o más correctamente hablando, simplemente de servidumbres personales.

En general, pese a las diferencias señaladas entre uno y otro ordenamiento, en la cuestión central de este trabajo no existen grandes disimilitudes. Ni en Francia ni en España está permitida la usucapión de las servidumbres discontinuas y, entre ellas, las de paso.

Ha sido en el CC italiano donde se ha apreciado una mayor evolución en este punto. La legislación anterior a la entrada en vigor del Código de 1942 era una legislación muy similar a la nuestra actual. Existía la división entre servidumbres continuas y discontinuas. Con la entrada en vigor del nuevo Código se estableció un nuevo sistema en el que «se rechaza el requisito de la continuidad, limitándose la usucapión a las servidumbres aparentes, eliminándose además la contradicción que se sigue dando en nuestro derecho al excluirse la norma sobre el inicio del cómputo para las servidumbres negativas. Hoy existe únicamente el artículo 1061, donde se especifica que las servidumbres no aparentes no pueden establecerse ni por usucapión ni por destino del padre de familia⁸».

⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Opus cit.*, pp. 227 ss. Puede encontrarse en este trabajo referencias interesantes a otros derechos como el alemán, el suizo y el inglés. Respecto de este último dice:

a) «En primer lugar, que el uso se ejercite por quién y contra quien tiene la pertenencia plena absoluta en posesión (*user in fee simple*), que en la práctica significa una restricción de la legitimación a los respectivos propietarios de los fundos.

Por otro lado, tal uso ha de ser *nee vi, nee clam nec precario (use of right)*, es decir, uso como derecho.

Por último, ha de ser un uso continuo, continuidad que se relaciona con cada especie de servidumbre, y así, por ejemplo, el paso se estima continuo si se usa tantas veces como resulte necesario.

Son tres los modos prescriptivos de estas servidumbres de uso, como a continuación exponemos:

1. *Prescripción según el derecho común (Prescription al Common Law)*.—Un uso predial con los requisitos antes citados y existente desde tiempo inmemorial es apto para convertirse en una servidumbre. Arbitrariamente se fijó que la inmemorialidad equivalía a su uso desde, al menos, 1189 (año que inicia su reinado Ricardo I), fecha adoptada por los Tribunales como referencia para dar una dimensión concreta a la antigua expresión «desde tiempo inmemorial».

Sin embargo, esta presunción era, a veces, fácilmente destructible, pues, por ejemplo, respecto de luces y vistas, era comprobable la inexistencia del edificio desde tal, poca. Por ello se arbitraron otros medios prescriptivos.

2. *Otorgamiento moderno en un documento extraviado (Lost modern grant)*.—La debilidad de la doctrina de la prescripción en el Derecho común, especialmente ante casos como los expuestos, llevó a una postura jurisprudencial un tanto peregrina pero de gran proyección práctica. Así, quien usa una servidumbre sin que su título conste en escritura solemne lo hace en base a un otorgamiento cuya escritura «desgraciadamente» se ha extraviado. La idea se va perfeccionando hasta llegarse a una ficción que vincula a las partes ante usos prediales ejercidos desde tiempo inmemorial (en el sentido de uso cuyo inicio se desconoce) y aun cuando no hubiera la menor duda sobre la inexistencia de tal otorgamiento. Ficción que se ha ido concretando en el sentido de fijarse como plazo de inmemorialidad el de veinte años, estando muy restringida la prueba en contrario.

Se mantiene, igualmente, la clasificación entre servidumbres positivas o negativas, pero sólo con efecto respecto de la prescripción extintiva y no de la adquisitiva.

Igualmente ocurría con la legislación portuguesa, en la que existía la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes y continuas y discontinuas, siendo permitida la usucapión solamente entre las continuas y aparentes. Sin embargo, en su redacción actual el CC portugués permite la adquisición por prescripción de las servidumbres, sean continuas o discontinuas y tan sólo excluye este tipo de adquisición respecto de las servidumbres no aparentes (arts. 2272 y 2273)⁹.

Del análisis comparado de los ordenamientos más cercanos al nuestro podemos resaltar la existencia de un mínimo común en materia de prescripción de servidumbres y es la prohibición de la usucapión de servidumbres discontinuas y, de entre ellas, quizá la más destacada sea la de paso. Esta oposición frontal del ordenamiento a dicha prescripción, que puede dar lugar a situaciones injustas y que en algún grado han sido matizada por las reformas legislativas, ha sido puesta de manifiesto por numerosos autores y ha sido matizada por interpretaciones jurisprudenciales que han

3. *Adquisición según la Ley de Prescripción de 1832.*—Para evitar los problemas que planteaban los medios anteriores y con el fin de centralizar la materia nace esta Ley, que distingue las servidumbres de luces y vistas, por un lado, y el resto de servidumbres de uso, por otro.

Estas últimas se consideran existentes cuando se disfrutaban sin interrupción durante veinte años no admitiendo la prueba en contrario de que su uso dio comienzo con posterioridad a 1189, pero sí otras pruebas admitidas en derecho. Los períodos en que el titular del fundo sirviente estuviera incapacitado han de deducirse del plazo de veinte años, lo mismo que si ha habido acciones judiciales que pudieran haber afectado a la titularidad del fundo sirviente.

Interesa destacar el tratamiento que esta Ley hace de la interrupción del plazo prescriptivo, que ha de ser mediante un acto de obstrucción que produzca la interrupción del uso al menos durante un año.

Junto a esta prescripción llamémosla ordinaria, existe un plazo extraordinario de cuarenta años y que da lugar a una adquisición absoluta e irrevocable, salvo que se acredite que el uso se hizo en base a un consentimiento reflejado en escritura solemne.

Respecto de las luces y vistas, la regulación es distinta, pues sólo se admite un plazo prescriptivo de veinte años, plazo que resulta, en todo caso, suficiente, salvo que tal uso derive de consentimiento o acuerdo escrito. Por otro lado, la Ley omite la concreta exigencia de que sea el titular del derecho quien disfrute tal uso, lo cual se interpreta como su falta de necesidad. La interrupción de este uso presenta ciertas complicaciones para el titular del fundo sirviente, lo cual se ha tratado de mitigar en la Ley de Servidumbre de Luces de 1959.

b) Servidumbres de disfrute.

No presentan especiales novedades respecto de los dos primeros modos adquisitivos. Únicamente la Ley de Prescripción ofrece un tratamiento distinto en el sentido de que los plazos son de treinta y sesenta años en lugar de los vistos de veinte y cuarenta.

⁹ La legislación sobre esta materia en otros países puede ser consultada en LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La servidumbre predial de paso en el CC español*, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado, Universidad de Murcia, 1963, pp. 106 ss.

intentado, en alguna medida paliar la situación de posible injusticia que pueden presentar estos supuestos.

Será del estudio de las razones por las que dicha prohibición se ha producido de donde podamos extraer algunas consecuencias que nos sean útiles a la hora de comprender el alcance de la misma y, por tanto, si es aplicable a todos los supuestos en los que se da esta situación o, por el contrario, sería posible distinguir algunos casos de otros.

2. EL CONCEPTO DE SERVIDUMBRE DISCONTINUA Y SU INFLUENCIA EN LA POSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE LA MISMA

Antes de proseguir con las razones que llevaron a la prohibición de la prescripción de las servidumbres discontinuas vamos a intentar delimitar qué es una servidumbre discontinua. Y ello porque el término de discontinuidad es en sí mismo una de las razones por las que se prohíbe la prescripción de este tipo de servidumbres.

El concepto vulgar del término «discontinua» nos puede llevar a pensar en una servidumbre que no es usada de forma perenne. De este modo, la mayoría de las servidumbres podrían calificarse de discontinuas, pues no se están usando de una manera constante. De hecho casi ningún derecho real es utilizado de una manera incesante y, sin embargo, no por ello desde nuestro punto de vista dicho derecho deja de ser «continuo». Pensemos en el derecho de propiedad, El titular del derecho no está todo el tiempo realizando actuaciones que le presenten frente a los demás como propietario de un bien determinado. Sin embargo, nadie pondrá en duda que él es propietario de una manera continua, durante todo el tiempo. Lo mismo podría decirse, si consideramos la continuidad desde un punto de vista vulgar, respecto de la servidumbre de paso. Aun no estando ejercitando el paso, en todo momento el titular de la servidumbre de paso tiene un derecho continuo a pasar por la finca ajena. Sin embargo, la servidumbre de paso es el ejemplo típico de las servidumbres discontinuas y nadie pone en duda esta afirmación.

La razón es que la idea para calificar como continua o discontinuo una servidumbre, desde un punto de vista técnico no estriba tanto en que el derecho se pueda ejercitar de forma continua o discontinuo (lo que ocurre en todos los derechos reales) como en que para ejercitar el derecho sea necesario realizar una actividad humana¹⁰. Si para utilizar el derecho es necesario una actividad humana la servidumbre será

¹⁰ Artículo 532 CC.

discontinua. Argumento que es lógico, pues no será posible estar siempre realizando dicha actividad –sea la que sea– de donde se deduce que siempre que para la utilización de una servidumbre sea necesaria una actividad humana dicha servidumbre será discontinua. Sólo aquellas servidumbres que no necesiten nunca una actividad humana serán continuas, como, por ejemplo, la que consiste en el paso de agua, en el vertido de aguas provenientes de las lluvias, etc. Nótese que dichas servidumbres, aunque continuas, tampoco son incesantes. Sólo se utilizarán cuando pase el agua, cuando llueva, etc. Pero aun cesando su utilización, tienen el carácter de continuas, pues no es necesaria ninguna actividad humana para ejercitarlas.

Hay quien a la vista de esta percepción que tiene el CC hace notar que nuestro Ordenamiento parece confundir o mejor hacer depender un ámbito del derecho en sí, el de *titularidad* de la servidumbre, con otro ámbito diferente como es el del ejercicio del derecho –el que sea utilizado continua o discontinuamente–, es decir confunde la titularidad del derecho que normalmente va a ser continua con el ejercicio del derecho, que siempre que depende de un hecho humano tiene que ser necesariamente discontinuo. Esta idea ha sido expresada por Lucas Fernández¹¹ citando a Berlini quien en vez de ejercicio y titularidad distingue entre funcionamiento y ejercicio. Dice este autor: «Para precisar más, podemos distinguir, como lo hace Berlini, entre funcionamiento de la servidumbre y ejercicio de la servidumbre. El funcionamiento consiste en el logro efectivo del fin práctico que el Derecho tiende a garantizar a su titular. El ejercicio no es más que la actuación del contenido del derecho; basta para ello que surja una situación de hecho correspondiente al contenido de la servidumbre. Para el funcionamiento de la servidumbre es preciso: el mismo requisito que para el ejercicio y además que sea lograda efectivamente la utilidad económica que el titular se propone obtener a través del ejercicio del derecho.

Como dice Berlini, es al ejercicio y no al funcionamiento al que hay que mirar cuando se trata de decidir de la continuidad o discontinuidad de una servidumbre. Y esto es lógico porque precisamente es tan sólo de la continuidad del ejercicio –esto es, del uso incesante–, de lo que depende la continuidad de la usurpación del señorío del titular del fundo sirviente, en su caso, que es el elemento esencial y característica de las servidumbres continuas».

Nace de aquí una primera crítica a la imposibilidad de usucapión de las servidumbres discontinuas en razón de dicha disconti-

¹¹ LUCAS FERNÁNDEZ, *opus cit*, p. 31.

nidad. Las servidumbres, aun no siendo constantes en el ejercicio del Derecho, sí lo son en cuanto a «titularidad»¹² del mismo. Por ello, el requisito de continuidad exigido como necesario para poder determinar una concreta posesión como preordenada a conseguir un derecho mediante la usucapión debe referirse a la titularidad del mismo y no a su ejercicio. Si la referencia fuese el ejercicio del derecho, ninguno que tuviese como requisito la actividad humana, fuese servidumbre u otro diferente (usufructo, uso, propiedad, etc.), sería susceptible de ser.

No es ésta la doctrina que la jurisprudencia ha seguido respecto de las servidumbres discontinuas. Basándose en este término no ha distinguido entre titularidad y ejercicio y, por tanto, desde nuestro punto de vista de una manera errónea y en algún momento hasta zafia ha mantenido la imposibilidad de usucapir las servidumbres de paso sobre la base del carácter discontinuo de la servidumbre.

Es criticable el cambio de criterios seguidos en función del tipo de derecho que se trate de usucapir. Mientras que respecto de la propiedad se sigue el criterio de la continuidad en la titularidad del derecho, en la servidumbre se sigue el criterio de la continuidad en el ejercicio del derecho. Y no es válido como argumento que cuando el ejercicio de un derecho es siempre discontinuo, la titularidad se convierte automáticamente en discontinua, impidiendo de esta forma su usucapión. No es válido este argumento porque siempre que el ejercicio de un derecho dependa en cierto modo de la presencia de un acto humano —y esto ocurre en todos los derechos— se podría hablar del mismo tipo de discontinuidad. Y la jurisprudencia no mantiene la imposibilidad de usucapión de la propiedad porque el ejercicio del derecho sea discontinuo. Lo que debe ser discontinuo, en ese caso, es la «titularidad» del mismo¹³.

¹² Hablando de titularidad dentro de los límites posibles enmarcados en la posesión *ab usucapionem*.

¹³ Esta idea se desprende claramente de las palabras de DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, tomo XII, París, 1882, pp. 278 ss. *Mais pourquoi les servitudes apparentes, lorsqu'elles sont discontinues, ne peuvent-elles pas s'acquérir par la possession?*

Plusieurs jurisconsultes ont expliqué cette disposition de notre article 691, en disant que la possession des servitudes discontinues n'était pas continue, ainsi que l'exige l'article 2229, et que tel était le motif de leur imprescriptibilité.

Il faut convenir que cette explication paraît, à première vue, fort naturelle; car les mots discontinue de l'article 691, et continue de l'article 2229, semblent bien se correspondre, et devoir exprimer la même idée. Le jurisconsulte Paul fournit même un puissant appui à cette doctrine, dans la loi 4, princ., au Digeste (de Servitutibus).

Nous no croyons pas pourtant, malgré cette ressemblance des mots, que les idées soient les mêmes.

Quel est, dans l'article 2229, le sens de ce mot: continue? 'Veut-il dire qu'il est nécessaire que la possession á l'effet de prescrire n'ait pas d'intermittences, et qu'aucun intervalle ne sépare les actes de jouissance dont elle se compose? Mais, à ce compte, aucune possession no serait continue! Les actes même les plus significatifs et les plus répétés de jouissance, que l'on exercerait sur un champ en labourant, en semant, en récolant,

Se ha dicho, también, que como la beneficiaria de la servidumbre es la finca dominante, es ella quien usucape y no quien la posee en ese momento. De este modo sólo sería posible que se usuca-

n'auraient jamais ce caractère! et la possession des maisons elles-mêmes en manquerait toujours aussi; car enfin en no se tient pas, et en no peut pas toujours se tenir chez soi sans bouger! Talle no peut donc pas être l'acception da mot continué, dans l'article 2229.

Lorsque le législateur exige que la possession soit continue, ce qu'il veut, c'est qu'elle ait été persévérante; c'est qu'elle n'ait pas été abandonnée et reprise; c'est que le possesseur enfin n'ait pas cessé d'exercer les actes de jouissance, dont la possession est susceptible, eu égard à la chose qui en est l'objet, et aux époques plus ou moins rapprochées en éloignées, auxquelles ces actes de jouissance devraient seulement se renouveler; car la possession une fois acquise, compore et animo, se conserve par la seule intention, animo tantum. La possession d'un fonds est donc parfaitement continue, dans le sens de l'article 2229, lors même que le possesseur serait resté plusieurs mois, sans y revenir, s'il y revient toutes les fois que l'exige l'espèce de culture et d'exploitation de ce fonds.

Or, la possession peut être certainement continue, en ce sens, pour les servitudes dites discontinues; et quand, par exemple, j'exerce plusieurs fois par jour peut-être, sur le fonds de mon voisin, une servitude de passage ou de puisage, il est évident que ma possession s'exerce par ces actes répétés et multipliés, est, sous ce rapport, aussi continue que la possession d'un champ, sur lequel je ne vais qu'à d'assez longs intervalles pour les besoins de l'exploitation ».

En este mismo sentido, Lucas Fernández, *Opus cit.*, p. 101. Cabe perfectamente, según vimos, posesión continua de una servidumbre discontinua. No es preciso para que la posesión de la servidumbre de paso sea continua que la persona que la ejercite esté continuamente, día y noche, transitando por la finca, porque aparte de que esto sería prácticamente imposible y además no sería paso sino paseo, chocaría dicha exigencia con el concepto de continuidad de la posesión. Como dice Laurent, la posesión es continua cuando el poseedor realiza los actos de goce que la naturaleza de la cosa poseída exige; no hace falta para que la posesión sea continua –añaden Alas, De Buen, Ramos– que de un modo constante e incesante actuemos sobre la cosa, sino que basta que nos portemos con ella como hace ordinariamente el propietario, utilizándola cuando sea oportuno y posible y no dejándola perecer ni pasar contra nuestra voluntad a poder de otro. El que posee un bosque, no corta los árboles constantemente, ni siquiera todos los años, y no por eso abandona el bosque ni cesa en su posesión, puesto que, según su naturaleza, la manera de aprovecharlo no requiere una actividad continua. Como explican Alas, De Buen, Ramos el poseedor actúa como tal de dos maneras distintas: 1.^a Utilizando económicamente la cosa según su naturaleza. 2.^a Defendiendo su derecho contra cualquier perturbador. Pero el poseedor no necesita estar siempre actuando en una de estas dos formas, y aun cabe añadir que no puede hacerlo. Hay, pues, muchos momentos en que el poseedor de una cosa no tiene relación alguna de hecho con ella, sin que por eso pueda nadie afirmar que la posesión se ha interrumpido. En realidad –siguen diciendo los mismos autores– hay infinidad de casos en que sólo aparentemente falta la relación de hechos entre el poseedor y la cosa poseída, pero virtualmente el poseedor continúa portándose como tal. Si una persona, en un momento dado, cuenta con una cosa suya y se porta como teniendo por seguro que podrá utilizarla en cuanto lo desee, no puede decirse que no se relaciona con la cosa. El que sale de su casa no la abandona. El hecho de seguir contando con la casa y de proceder con la seguridad de que se tiene ésta a la propia disposición para el momento oportuno, ¿no es un acto posesorio en cierto modo? ¿no será posible –añaden– afirmar que el poseedor no ha dejado de poseer *corpore et animo* mientras es– tuvo en la calle?

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

piesen servidumbres que tuviesen una «causa continua o perpetua», entendiendo por tales aquellas cuyo ejercicio no dependiese de un hecho humano. Por tanto, las servidumbres discontinuas carecerían de dicha causa y por ello no serían usucapibles¹⁴.

Pero lo que ocurre es que quien usucape no es la finca dominante, sino el poseedor de la misma. Y los requisitos de la usucapión se predicán respecto del poseedor —o mejor dicho, respecto de la posesión del poseedor— como en el resto de derechos y no respecto de la finca¹⁵. ¿Alguien puede imaginarse una finca de mala fe o una finca cuya posesión sea clandestina? La posesión es un hecho jurídico irremediamente unido al poseedor, a una persona que ejercita dicha posesión, pero nunca a un objeto. Recae sobre un objeto, pero es ejercitada por una persona. Aunque sea cierto que el derecho adquirido permanezca indivisiblemente unido a la finca dominante ante el cambio de titular de la misma.

Siguiendo la doctrina sentada por el CC puede plantearse el problema de si cuando se refiere a hecho del hombre lo hace exclusivamente para el ejercicio del derecho o, por el contrario, se refiere también a la intervención en la constitución y formación de la servidumbre. Aclaremos esta idea con un ejemplo. Es posible que la utilización de una servidumbre no necesite ninguna actuación humana. Por ejemplo una servidumbre de acueducto o de aguas. Sin embargo sí que es posible que la conducción del agua sea debida a una actuación humana. En algún momento se ha pensado que al exis-

¹⁴ JUAN ROCA JUAN, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2.º p. 35. La distinción entre servidumbres continuas y discontinuas tuvo en el Derecho Romano menor trascendencia. Parece que fue obra del Derecho común, sobre la base de distinguir servidumbres en las que existe y en las que no existe la *causa continua*, o *perpetua*. Y ello contemplando la usucapibilidad de las servidumbres que, presuponiendo la posesión continua, al ser debida la servidumbre al fundo —que no podía tener *animus possidendi*— en caso de discontinuidad del *corpus* había que excluir la usucapión. De aquí que ésta exigiera un ejercicio continuo, equivalente a una *causa in continuam*, o perpetua, y el origen de la distinción queda, así, debido a una interpretación de Bartolo a los fragmentos de las fuentes que hacen alusiones a la *causa perpetua*: Serían continuas —y por tanto usucapibles— aquellas servidumbres en las que existe la causa continua, o perpetua; discontinuas aquellas en las que la causa perpetua no se da.

¹⁵ Es más, a la hora de hablar de modo genérico de la posesión, dice MORALES MORENO, A., *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, p. 20, que a efectos de la usucapión, dicha posesión debe ir referida a un determinado derecho subjetivo y en función del derecho a que vaya referido, será la posesión para usucapir o no: «Aunque el Código designe con el apelativo genérico de posesión de cosas a posesiones referidas a los diferentes derechos usucapibles que recaen sobre un objeto corporal, ello no obsta a que tenga en cuenta, en relación con la usucapión, el concreto tipo de derecho al cual se ha de referir la tenencia de la cosa. Por eso esta tenencia material sirve para atribuir ese y no otro tipo de derecho. El tipo de derecho subjetivo al que se refiere la posesión y que, por tanto, va a ser adquirido por la usucapión, actúa configurando el *corpus* a través del otro elemento de la posesión ad usucapionem, el concepto jurídico en que se posee (concepto de dueño) (art. 1941 C. e.). Se cualifica así la tenencia de la cosa, por referirla a un tipo de derecho subjetivo, y se potencia por ella la adquisición de este derecho».

tir actuación humana en la creación de la servidumbre, ese hecho contaminaba de discontinuidad toda la existencia de la servidumbre. Pero esta idea parece errónea. El Código parece querer hacer depender la continuidad de las servidumbres del hecho de que para su ejercicio sea necesaria una actividad humana, independientemente de que para su nacimiento o para su utilización posterior sea necesaria, previamente, algún tipo de actividad. De otra forma sólo podrían calificarse de servidumbres continuas aquellas que de modo natural hubiesen surgido entre finca y finca, sin la más mínima intervención humana. No parece ésta la doctrina dictada por el CC¹⁶.

Vemos cómo desde el punto de vista de la posesión y en consecuencia de la adquisición por usucapión es difícilmente defendible la existencia de servidumbres discontinuas. Discontinuidad en el ámbito de las servidumbres y en ámbito de la prescripción se parece tan sólo en que existe una palabra común, pero dicha palabra no tiene el mismo sentido cuando se refiere a servidumbres y cuando lo hace respecto de la usucapión¹⁷.

Esta situación hace que nos podamos plantear la siguiente pregunta. ¿Desde el punto de vista de la posesión, el ejercicio discontinuo de una servidumbre tiene que reputarse como posesión discontinua? Parece evidente que no. Que por contradictorio que parezca una servidumbre discontinua puede poseerse continuamente, pues la titularidad de la misma será continua. Tan sólo su ejercicio es discontinuo, como suele ser el ejercicio del resto de derechos. Y si la

¹⁶ ROCA JUAN, J., *opus cit*, p. 36. A mi entender, la manera de interpretar esta «dependencia del acto del hombre» consiste en hacer una distinción que el precepto no hace claramente: Que «el acto del hombre» –expresión que emplea el precepto para la «discontinuidad»– sea constitutivo del ejercicio mismo, en cuanto permanezca la servidumbre, mientras que «el hecho del hombre» –expresión que emplea para la continuidad– aunque sea preciso para constituirla inicialmente (a fin de crear los medios materiales o instrumentales precisos para que el uso pueda ser «incesante»), y la servidumbre se desarrolle según su finalidad, no excluye la constitución de una servidumbre continua.

Esto explica que sea continua una servidumbre de acueducto (art. 561), y las de luces y vistas, porque el fundo dominante obtiene la utilidad del sirviente sin necesidad de acto alguno del hombre (aunque inicialmente sea preciso construir la conducción o abrir los huecos o ventanas), mientras que son discontinuas las servidumbres de paso, de *aquaehaustus* de pastos y leñas, y la de labrar cada tres años en finca ajena, porque su ejercicio requiere el acto de pasar, tomar el agua, llevar el ganado, labrar, etc. De manera que en las discontinuas el *acto del hombre* es la causa misma del ejercicio, la actuación del contenido del derecho.

¹⁷ No por conocidas dejan de ser claras a este respecto las palabras de LAURENT F., *Principes de droit civil français*, tomo 8, 2.^a edición, Bruxelles, 1876, cuando dice: *Quant à la condition de continuité, elle ne tient pas aux caractères que doit réunir la possession en vertu de, l'article 2229. Il est vrai que cette disposition exige que la possession soit continue, et il y a des auteurs qui ont cru que la loi interdisait la prescription des servitudes discontinues, parce que la possession n'en était pas continue. C'est confondre la continuité de la possession et la continuité des servitudes. Le mot est le même, mais l'idée est toute différente. On dit que la servitude est continue quand elle peut être exercée sans le fait actuel de l'homme; et la possession est continue quand le possesseur fait les actes de jouissance que la nature de la chose comporte.*

jurisprudencia y el CC parecen vetar la posibilidad de usucapión de este tipo de servidumbres, ¿no será por otra razón y no por su discontinuidad? ¿No será su carácter discontinuo un mero pretexto, fácilmente comprensible *a priori* y con el que convencer a primera vista?

Parece evidente que deben existir otras razones u otra razón que permita comprender por qué las servidumbres que tienen un carácter discontinuo no son susceptibles de adquisición prescriptiva. ¿Quién es el beneficiado con esta normativa? El propietario de la finca «sirviente», el que se puede ver afectado por la existencia de una presunta servidumbre es el verdadero beneficiario de esta doctrina.

Y es por este camino por el que puede empezar a comprenderse la negativa del código a la usucapión de estas servidumbres. Y no por la continuidad o no. Hay un dato que es evidente y que no admite ningún tipo de discusión. Si la razón fuese la falta de continuidad de la servidumbre, es decir, si fuese una razón *técnica* la causa de esta imposibilidad no estaría permitida la adquisición de las servidumbres, aunque sean discontinuas, que tengan un carácter inmemorial. Sin embargo, el CC, en su artículo 1939 y la disposición transitoria 4.^a¹⁸, permite la adquisición por vía prescriptiva de este tipo de servidumbres. ¿Es menos discontinua una servidumbre de paso cuando ha nacido hace ciento treinta años que una que tan sólo tiene una antigüedad de cuarenta ? ¿Por qué una es usucapible y otra no?

Por ello coincido plenamente con Arechederra Aranzadi¹⁹ cuando piensa que estudiar el problema de la imposibilidad de la prescripción de la servidumbre discontinua desde un punto de vista de estricta técnica posesoria no lleva a ninguna meta. *En el planteamiento del CC subyace una propuesta de política legislativa. Ésta es la matriz sobre la que se redactará el articulado relativo a la constitución de servidumbres. Como es claro, únicamente desde ella pueden entenderse dichos preceptos. Tratar de entenderlos desconectados de aquélla, necesariamente es un esfuerzo inútil. El vicio de esos planteamientos es de raíz.* Por ello quizá, como dice Demolombe²⁰, lo que concierne al establecimiento de servidumbres por prescripción es una de las partes más interesantes de las mismas y al mismo tiempo ha sido, remontándose en la historia del derecho, una de las más llenas de oscuridades y polémicas.

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, «Comentario a la STS de 7 de enero de 1920». *Revista de Derecho privado*, 1920, p. 236; ESPÍN CÁNOVAS, D., «El derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el CC español», *Anuario de Derecho Civil*, 1965, p. 621. MURIAS TRAVIESO, J. «Notas sobre la prescripción inmemorial». *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1948, p. 306.

¹⁹ ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid, 1993, p. 14.

²⁰ DEMOLOMBE, *Opus cit.*, p. 250.

Se trata entonces de un problema de valores o de intereses que están en juego. Y de entre ellos el que el Código parece proteger es el del propietario frente a quien perturba su propiedad²¹.

Que sea éste el valor prioritario, como siempre que se hablan de criterios de política legislativa, pueden parecer más o menos correcto en función de los puntos de vista ideológicos de los que se parte o a los que se pretenda llegar. Lo cierto es que el Código parte de una visión decimonónica de la propiedad particular, especialmente respetuosa con ella y que le puede llevar a consentir determinadas inmisiones en la misma siempre que existan razones de mayor peso para ello. Pensemos en los supuestos en que se permite expropiaciones forzosas en aras de un interés público superior. Pero en el caso que nos ocupa, el enfrentamiento se produce entre un particular y otro particular y en dicho caso el código prefiere al particular propietario que ha visto invadido su ámbito de soberanía.

Por tanto, lo que protege el código es la propiedad privada frente a los ataques de agentes externos, salvo que dicha inmisión estuviese justificada por un interés común superior.

Pero cabe hacerse otra pregunta. ¿Por qué en el ámbito de las servidumbres discontinuas y no en el de la propiedad, en el de las servidumbres continuas y aparentes o en el del resto de derechos reales? ¿Por qué prohibir la adquisición mediante usucapión de un derecho menor si el gran derecho se puede conseguir a través de este mecanismo? ¿No ataca más la propiedad privada de una persona el que le priven de ella definitivamente que el ser perturbado en su posesión de modo esporádico?

Para responder estas preguntas convendrá hacer un poco de memoria histórica y ver cómo han ido evolucionando la posibilidad de usucapir servidumbres discontinuas a lo largo de la historia.

3. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA POSIBILIDAD DE USUCAPIR SERVIDUMBRES DE DISCONTINUAS. LA COMPATIBILIDAD DE POSESIONES ENTRE PROPIETARIO Y EL USUARIO DEL PASO. POSESIÓN TOLERADA Y EN CONCEPTO DE DUEÑO

Históricamente así ha sido. En los últimos dos siglos en Francia y desde la promulgación del CC en España es posible adquirir por usucapión la propiedad de una finca, pero no lo es adquirir un dere-

²¹ ARECHEDERRA ARANZADI, L., *opus cit.*, p. 19: «El CC, al hacer suyo el planteamiento cultural vigente, potenciará –al asumirlas como centrales– ciertas instituciones.

cho de paso por la finca vecina. ¿Qué ha ocurrido para llegar a esta situación?

Comencemos viendo el Derecho francés, antecedente directo del nuestro y primer Código en el que de una manera expresa se prohíbe en su artículo 691 la usucapión de las servidumbres cuando son discontinuas.

En los antiguos derechos consuetudinarios franceses ésta era una cuestión discutida. Había derechos, como los de París y Orleáns, en los que la prohibición de la usucapión de este tipo de servidumbres era ya mantenida. Estos derechos convivían con otros en los que se seguía la tradición romana que en la época de los Glosadores permitió la usucapión de las servidumbres. Esta situación dio lugar a que se crease una gran variedad legislativa a la hora de la redacción del CC y como dice Demolombe²² no había otra materia en la que fuese más necesario la presencia de una legislación unitaria debido a la confusión de normativa y de interpretaciones que sobre la misma se había mantenido. Y la opción elegida fue la de prohibir la usucapión de las servidumbres que tenían carácter discontinuo.

Por lo que respecta a España, en la Ley de las Siete Partidas estaba permitida la usucapión de las servidumbres, incluso de las discontinuas siempre y cuando éstas tuviesen una duración inmemorial y además su posesión hubiese reunido los demás requisitos necesarios para poder ser usucapidas. Dicen las partidas sobre este punto: *«De tal natura seyendo la seruidumbre, que fiziesse ser uicio a otri cotidianamente, sin obra de aquel que la recibe; assi como si fuesse aguaducho que corriessse de fuente que nasciessse en campo de alguno, o otra semejante della; si el vezino se sirue de esta agua, regando su heredad diez años, estando su dueño en la tierra e non lo contradiziendo, o veynte seyendo fuera della; e esto ficiessse de buena fe, cuydando que auia derecho de lo fazer e non por fuerça nin por ruego que ouiesse fecho al dueño de la fuente, o del campo por do passaua, ganaria por este tiempo tal seruidumbre. Esto mismo seria si alguno oulesse viga metida en pared de su vezino; o abriese finiestra en ella, por do entrasse lumbre a sus casas; o le contrallase que non airasse su casa porque non le*

Así pueden encontrarse las claves interpretativas del régimen de la familia, del crédito y de la propiedad.

Estas instituciones, al ser tomadas como básicas, van a ser favorecidas. En el concierto social, la prevalencia siempre es a costa de otros valores, otros derechos, que no son descalificados, simplemente son supeditados. Es decir, son razones de oportunidad, de convivencia, las que establecen una jerarquía de prioridades»

²² DEMOLOMBE, *Opus cit.* p. 250: *«Ce qui concerne l'établissement des servitude par la prescription, est l'une des parties les plus importantes de notre sujet, et l'une de celle en même temps qui a toujours été, si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit., le plus environnée d'obscurités et de controverses».*

tollesse la lumbre ca en cualquier destas seruidumbres o otras semejantes dellas, de que ome se aprouechasse sin obra de cada dia, se podria ganar por tanto tiempo e en aquella manera que de suso diximos del aguaducho. Mas las otras seruidumbres de que se ayudan los omes para aprouechar e labrar, sus heredades e sus edificios, que non vsan dellas cada dia, mas a las vezes, e con fecho, assi como senda o carrera, o via que ouiesse en heredad de su vezino; o en agua que viniessse vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia; tales seruidumbres como estas e las otras semejantes non se podrian por el tiempo sobredicho: ante dezimos que quien las quisiere auer por esta por esta razon, ha menester que haya vsado dellas, ellos, o aquellos de quien las ouieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que la començaron a vsar.»

Sin embargo, a pesar de la tradición favorable de nuestra legislación a la permisibilidad de la usucapión de las servidumbres, nuestro CC siguió el ejemplo del francés y terminó por proscribir del ordenamiento este tipo de usucapión.

Esta evolución histórica no hace más que confirmar que existe alguna razón de tipo no técnico que hace preferir al legislador la prohibición de la adquisición prescriptiva a su permisibilidad, pero no nos responde a la pregunta de fondo que no es otra que cuál es el verdadero motivo de esta prohibición.

Seguramente la razón la encontraremos más en el análisis de la situación fáctica creada por la posesión de una servidumbre discontinua que en el estudio de las razones teóricas que pueden sostener la viabilidad y oportunidad de la usucapión de estas servidumbres. Si analizamos la posesión de una servidumbre discontinua veremos claramente cómo destacan dos características que están íntimamente relacionadas entre sí. La primera de ellas es que se trata de una posesión cuyo ejercicio no es continuo. Eventualmente es utilizada por el poseedor. Por su propia naturaleza nadie puede estar pasando por la finca «sirviente» continuamente. Al depender la utilización de un hecho humano se provoca automáticamente la intermitencia en su posesión. Pero este dato, que diferencia a las servidumbres discontinuas de las continuas permitiendo encontrar una razón «lógica» para excluirlas de la usucapión, sin embargo no nos es válida para diferenciarla de otros derechos reales como puede ser el usufructo o la misma propiedad y respecto de los cuales es perfectamente viable predicar el derecho a ser usucapidos.

Es sobre la base de la segunda característica de la posesión de estas servidumbres respecto a la cual encontramos la forma de diferenciarla de derechos como el usufructo y la propiedad y justi-

ficar la usucapibilidad de unos negando dicha posibilidad al otro. La posesión de las servidumbres discontinuas por parte del dueño de la finca dominante no implica la pérdida de la posesión material del dueño de la finca sirviente. De este modo, ambas posesiones pueden ser ejercidas de forma conjunta e incluso simultánea. Esta posibilidad está vetada al poseedor que se comporta como un usufructuario o como un propietario frente al *verus dominus*. No es posible que ambos posean el mismo terreno al mismo tiempo. Las posesiones son absolutamente incompatibles entre sí.

Ello ha llevado a pensar en la imposibilidad de tener una posesión en concepto de dueño respecto de las servidumbres que son discontinuas. Al existir ya un verdadero dueño y ser su posesión compatible con la del vecino, no es posible que ambas posesiones sean en concepto de dueño y por ello parece más razonable concederla al *verus dominus*. La posesión de una servidumbre discontinua sobre una finca ajena se convertiría de este modo en un caso automático de posesión tolerada por el dueño de la finca sirviente. Y ello conllevaría al mismo tiempo la imposibilidad de que dicho tipo de posesión fuese utilizable para alegar la usucapión de dicho derecho en virtud de dos artículos de nuestro CC, el 1942 que dice que: *No aprovecharán para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño* y el artículo 444 en el que se afirma que: *Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión.*

Toda posesión de una servidumbre discontinua supondrá una posesión meramente tolerada y por ello nunca se podría hablar de posesión en concepto de dueño, faltando de este modo uno de los requisitos básicos para poder alegar la usucapión de dicho derecho. Por ello se puede adquirir por usucapión la propiedad y el usufructo pero no es posible adquirir el derecho sobre una servidumbre discontinua.

Pero a este razonamiento se le pueden hacer también algunas críticas para demostrar que técnicamente no es correcto y que si no se permite la usucapión de las servidumbres discontinuas no es por otra razón que por motivos de política legislativa.

No es el momento de intentar hacer una clasificación de los actos meramente tolerados distinguiendo entre precario, actos tolerados en sí mismos, actos realizados bajo licencia, etc.²³. Pero sí es

²³ Pueden verse sobre esta materia diversos trabajos. Destacan por su calidad y claridad MORALES MORENO, A., *Posesión y Usucapión*, Madrid, 1972; SILLERO CROVETO, B., *Los actos meramente tolerados y la posesión*, *Actualidad civil*, 1996, vol. 2, p. 525.

el momento de analizar qué debe entenderse como tolerado respecto de la servidumbre discontinua de paso.

La primera crítica que se le puede hacer a este razonamiento es que califica toda posesión de una servidumbre discontinua como posesión meramente tolerada, sin atender a las voluntades de las partes que conforman una determinada situación posesoria. La existencia de un acto tolerado depende de la voluntad de las personas intervinientes en la relación posesoria y no es posible predicarlo siempre, de forma objetiva, respecto de determinados comportamientos tipificados. Éstos pueden dar lugar a presunciones cuando de un modo claro o nítido no esté precisado el carácter del acto. Pero en modo alguno, de forma automática y prescindiendo de la intención o voluntad de las partes, es posible calificar el acto per se como meramente tolerado. Como afirmaba Morales Moreno²⁴. *Es inadecuado caracterizarlos en atención a la naturaleza del acto, olvidando que es la voluntad de quien los ejecuta y los soporta la que configura la situación. Los actos limitados, transitorios o poco molestos pueden no ser actos tolerados. Habrá ciertamente en el carácter del acto un criterio para presumir la tolerancia; pero con él no se puede contradecir a la falta de tolerancia expresa. Parece, pues, que la razón por la cual un comportamiento posesorio merece el calificativo de «meramente tolerado» radica en la voluntad, como veremos más adelante.*

Por tanto, para calificar un acto como meramente tolerado debemos atender a qué es lo que las partes participantes en dicha relación posesoria han pactado. Si han llegado a un acuerdo tácito para permitir el paso por una parte de la finca en aras a la buena vecindad o, si dicho acuerdo es expreso y consta documentalmente, si simplemente no hay acuerdo pero de hecho se produce una situación de paso permitida por el dueño de la finca colindante²⁵. Evidentemente no todas estas situaciones son actos meramente tolerados. Cuando existe un acuerdo expreso o tácito que permite el paso a favor de una persona o de la titular de una finca colindante estaremos en presencia de un derecho personal o real que estará configurado en el título del que trae causa. El dueño de la finca sirviente no tendrá derecho a hacer cesar el paso de su vecino en cualquier momento, sino en virtud de lo expresado en el título constitutivo. Por el contrario, cuando no exista título alguno y se

²⁴ MORALES MORENO, A., *opus cit.*, p. 129.

²⁵ RIVERA SERRANO, M., *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1998, p. 83. Aunque la regla es que no puede pensarse en la existencia de un consentimiento tácito para que sirva de título en la adquisición de una servidumbre, sin embargo, en esta página cita una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la que de un presunto consentimiento admite la existencia de una servidumbre.

esté produciendo el paso estaremos ante un acto meramente tolerado cuando las partes así lo hayan consentido y la consecuencia será la falta de efectos posesorio de dicha posesión, así como la posibilidad del dueño de la finca dominante de poner fin a dicho estado posesorio en cualquier momento.

Visto que la calificación de un acto como tolerado o no depende de la voluntad debemos preguntarnos si esta voluntad debe ser coincidente en ambas partes o basta con que una sola parte considere el acto como tolerado. La cuestión es importante, pues si concluimos que es necesario un acuerdo o un reconocimiento mutuo de que la situación es simplemente tolerada, los términos de posesión tolerada y posesión en concepto de dueño serán antagónicos y no se podrá predicar respecto de una única situación que estemos ante una posesión en concepto de dueño y a la vez que esta situación es tolerada. Esta posición ha sido mantenida por la mejor doctrina. Así Morales Moreno piensa que la condición de mera tolerancia de un acto debe tener simple un origen bilateral que si bien no justifica el nacimiento de un derecho real o un derecho de crédito sí que justifica el nacimiento de una posesión con un estatus especial como es la posesión meramente tolerada. Dice este autor: *Fundada la mera tolerancia en la voluntad surge la cuestión de la unilateralidad o bilateralidad de estas situaciones, cuestión que entendemos referida a si basta la voluntad de una sola parte (tolerante o tolerado) o es precisa la conjunción de ambas con un mismo contenido: la actuación sin derecho propio (meramente tolerada).*

Del texto del artículo 1942 se infiere su carácter bilateral. La mera tolerancia, sin llegar a constituir una relación jurídica, actúa como título configurador del concepto en que se posee, haciendo a la posesión que la subsigue no idónea para usucapir, por no ser en «concepto de dueño». Esta voluntad se manifiesta, por parte del dueño, en una actitud de liberalidad, cuyo concreto contenido es la tolerancia (incluso tácita o presunta), y por parte del tolerado, en que su animus se apoya en esa misma liberalidad («actos... por mera tolerancias) (art. 1942 CC).

El acuerdo de voluntades entre tolerante y tolerado no está encaminado a la constitución de una relación jurídica, pero tiene valor para calificar la licitud de la situación del poseedor tolerado, al par que para impedir la usucapión.

No se puede pensar el comienzo de una posesión tolerada sin que medie tolerancia, pero se puede presumir ésta en atención a variadas circunstancias (usos sociales, familiares)²⁶.

²⁶ MORALES MORENO, A., *opus cit.*, p. 131

Desde este punto de vista sería incompatible una posesión en concepto de dueño con una posesión meramente tolerada. Entre otras cosas, para que la posesión fuese tolerada sería necesario que ambas partes así lo desearan. Sin embargo, cuando hubiese cesado la tolerancia por parte del dueño de la finca dominante, la posesión de la otra persona no cambiaría automáticamente de naturaleza convirtiéndose en posesión en concepto de dueño. Según Morales Moreno, se seguiría hablando de posesión consentida, por lo que parece que tan sólo es necesario el acuerdo en el momento de constitución de la situación posesoria y no en el desarrollo de dicha situación posesoria²⁷.

No es éste nuestro punto de vista. Estando de acuerdo en que no es posible hablar de situaciones en las que objetivamente se esté en presencia de relaciones meramente toleradas y que, por tanto, la voluntad juega un papel imprescindible en éstas, sin embargo no creemos que necesariamente dicha situación tenga que tener un carácter bilateral. Parece mejor dejar a la única voluntad del *verus dominus* el determinar si un acto es tolerado o no. Y la razón es que como su propio nombre indica el acto es tolerado por el propietario, por lo que tan sólo a él pertenece soberanamente esta decisión.

Será indiferente la opinión que sobre dicha posesión tenga el poseedor del derecho. Él podrá conocer y aceptar dicha situación, haciéndola suya. En este caso, no estaremos más que ante una situación de mera tolerancia. Pero podrá no conocerla, comportándose como si fuera un auténtico titular del derecho, independientemente de que acepte o no la situación –lo que tendría que ver más con una posesión de buena o mala fe– con lo que tendría un comportamiento que podría calificarse como «en concepto de dueño». De esta manera, ante una misma situación posesoria fáctica podemos encontrar dos tipos de posesiones desde un punto de vista jurídico, meramente tolerada para el *verus dominus* –de cuya voluntad depende esta calificación– y en concepto de dueño para el poseedor²⁸.

²⁷ MORALES MORENO, A., *opus cit.*, p. 131: En cambio, iniciada la posesión bajo el signo de la tolerancia, no parece que pueda cesar en este carácter y permitir la usucapión por la revocación del tolerante, porque, aunque ilícitos ya, los actos del tolerado siguen amparándose en la tolerancia inicial hasta que el mismo oponga al tolerante una posesión en nombre propio. Con ello se matiza el carácter bilateral de estas situaciones posesorias: la bilateralidad debemos referirla al comienzo de la posesión; por ella se fija el animus del tolerado; mas la revocación del concedente no transforma a la posesión tolerada en posesión en nombre propio. En las situaciones posesorias continuadas con posterioridad a la extinción del título que las justificaba, que impropiaamente pueden encuadrarse entre las meramente toleradas, la tolerancia se debe al hecho de que el concedente, pudiendo reclamar la cosa (incluso judicialmente), no lo haga, lo cual permite atribuir a su comportamiento la significación de tolerante.

²⁸ En general, en nuestra doctrina se han opuesto los términos posesión en concepto de dueño al de posesión meramente tolerada de modo que la existencia de una situación comportaba la exclusión de la situación contraria. Como muestra de esta opinión, LUNA SERRANO, A., *Comentario al artículo 1942 de Comentarios al CC organizados por el*

Pero en dicho supuesto al poseedor no le bastará con probar su posesión en concepto de dueño, además de los demás requisitos necesarios –continuidad, publicidad y no violencia– para poder alegar que ha usucapido dicho derecho. Estará siempre pendiente de la alegación del *verus dominus*, pues si éste prueba que aun dándose la posesión en concepto de dueño, desde su posición se trataba tan sólo de una posesión meramente tolerada, no prosperaría la solicitud de que se reconociese la adquisición del derecho por medio de la usucapión.

Pero lo que sí es claro, independientemente de que se mantenga una u otra posición, es que la situación creada de hecho es una situación especialmente confusa cuando lo que se trata de probar es la posesión simplemente tolerada o en concepto de dueño referida a una servidumbre discontinua como es la de paso. En otros derechos reales, probada la posesión en concepto de dueño por el poseedor, será complicado al *verus dominus* probar la posesión meramente tolerada del ejercicio de tal derecho. Ambas posesiones son incompatibles y normalmente un tipo de posesión excluye al otro. Pero en la servidumbre discontinua, al ser ambas posesiones compatibles, la prueba de uno u otro punto de vista reviste una especial complicación para el Juez que tenga que optar entre dar la razón al poseedor que alega un tipo de posesión o al *verus dominus* que alega otro.

No se trata de nuevo, como ocurría con la discontinuidad, de una imposibilidad de poseer la servidumbre discontinua en concepto de dueño, desde un punto de vista de técnica jurídica. Es posible poseer en concepto de dueño una servidumbre discontinua como lo es poseer una continua o un derecho de usufructo o propiedad. De nuevo ha sido el legislador el que ante la complicada situación que hemos descrito ha optado por tomar una decisión unívoca en estos supuestos, no permitiendo la usucapión de las servidumbres discontinuas o dicho de otro modo, protegiendo el valor superior de no permisión de inmisiones en la propiedad privada²⁹. Ha realizado una presunción legal, frente a la que no es posible realizar ninguna prueba en contrario, por

Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, afirma: «Es cierto que el que actúa bajo licencia o por tolerancia del dueño o titular es detentor de la cosa o del derecho real sobre ella, puesto que ejecuta –como bien indica la regla objeto de comentario– actos de carácter posesorio, pero la licencia o la tolerancia dan a la tenencia el sentido de la posesión para otro y, en todo caso, evitan que se pueda conformar como posesión en concepto de dueño, sin perjuicio de que se tenga eventualmente derecho a mantener el estado o situación posesoria subordinada reconociendo la titularidad ajena.

La doctrina tradicional solía indicar que la mera tolerancia de los actos posesorios, entre otros supuestos, hacía inequívoca la posesión, de manera que la faltaba uno de los caracteres o requisitos necesarios para hacerla legítima a los efectos de la prescripción adquisitiva o usucapión».

²⁹ ARECHEDERRA ARANZADI, *opus cit.*, p. 35: *La prescripción, como legitimación en la práctica, es exponente de una inercia social que no debe impedir el cambio. Por otro*

la que ha preferido considerar que en estas situaciones siempre estamos en presencia de una posesión tolerada, despreciando de este modo la posibilidad de usucapión de las mismas. Da por tanto igual que se posea o no en concepto de dueño, el legislador ya ha concedido al propietario, al *verus dominus* la máxima protección posible.

Además, si los poseedores de una servidumbre discontinua, cuya posesión se mezcla con la del *verus dominus*, tuviesen una oportunidad de conseguir la titularidad de la misma, los verdaderos propietarios se cuidarían mucho de permitir la existencia de situaciones equívocas, lo que perjudicaría de modo directo las relaciones de vecindad³⁰.

Estos dos motivos parecen suficientes como para justificar la decisión legislativa tomada en nuestro código y seguida de manera uniforme por nuestra jurisprudencia.

lado, como tal uso es de difícil control por el propietario. Luego no cualquier prescripción es oponible al propietario: sólo aquella que siendo legítima (no rechazada por la ley) sea controlable por el propietario. Es decir, susceptible de ser rechazada por el mismo. Imperio de la ley o imperio del propietario, señas de identidad de una nueva legitimidad. Esta misma idea de impedir la usucapión ante la imposibilidad de defensa del verus dominus es mencionada por JUAN ROCA JUAN, Comentarios al CC y Compilaciones forales, artículos 530 a 604, tomo VII, volumen 2.º, Editorial Edersa, p. 59 cuando afirma: Fija el artículo 537 en veinte años el término para la prescripción adquisitiva de las servidumbres. Mas admitida la usucapibilidad, dos ideas parecen estar dominando esta materia: La búsqueda de un criterio indicativo de la diferencia que existe entre los actos de mera tolerancia –que pueden realizarse y dejarse realizar sin ánimo de constituir un derecho– y no afectan a la posesión, y la de la notoriedad de los actos de ejercicio de un derecho sobre predio ajeno, que de no tener este carácter pueden dar lugar a que el dueño sirviente no llegue a percibirlo y tomar sus medidas defensivas, de manera, que falte esa «ciencia y paciencia» del que la sufre, que justifica la adquisición del derecho por el dominante.

Una prueba de ello está, –acaso–, en que después de declarar la prescripción adquisitiva de las servidumbres en el artículo 537, el 539 se ocupa de afirmar seguidamente que las servidumbres «continuas no aparentes», y las «discontinuas», sean o no aparentes, sólo pueden adquirirse en virtud de título, lo que se explicaba porque «las servidumbres continuas y aparentes pueden ser reprimidas a cada momento por el propietario, que no puede ignorarlas; si no lo hace así, hay culpa o negligencia por su parte, y justo es que corra contra él, la prescripción». Pero el propietario puede no apercibirse de las discontinuas, que no se usan sino por actos de largos intervalos, y frecuentemente equívocos, que puede él haber permitido por simple tolerancia o complacencia, idea que como el mismo autor apunta ya había expresado GARCÍA GOYENA en sus concordancias, artículo 538, p. 464, Madrid, 1852.

³⁰ DEMOLOMBE, *opus cit.*, p. 280: *Le vrai motif de cette imprescriptibilité, c'est que la possession de ces sortes de servitudes est toujours réputée équivoque et à titre précaire (art. 2229, 2232); c'est que le législateur a présumé, «plein droit qu'elle était toujours le résultat de la tolérance, de la familiarité et des rapports de bon voisinage. Il n'y a pas vu cette double condition toujours nécessaire dans la possession à l'effet d'acquérir, d'une part, la volonté, dans celui qui l'exerce, d'acquérir un droit; d'autre part, dans celui sur le fonds duquel elle est exercée, l'abandon de son propre droit et le consentement à l'établissement de la servitude. Et t cette présomption, basée sur la vérité des faits, sur l'expérience, est aussi éminemment conforme à l'intérêt général de l'état. N'est-il pas évident que si la loi eût attaché à ces relations de bon voisinage le germe d'une prescription, elle aurait rendu la propriété défiante, égoïste, intraitable! Et ce qu'elle veut, tout au contraire, c'est de la civiliser, de la rendre sociale et humaine! C'est de porter dans toutes ces relations de voisinage, la paix, l'harmonie, la tolérance réciproque et les bons offices. Et voilà pourquoi elle a rassuré les propriétaires, en leur déclarant que cette tolérance et ces bons offices no deviendraient jamais contre eux la cause d'une servitude passive.*

Igualmente pasan a ser irrelevantes, para este caso, los esfuerzos que ha hecho la doctrina de intentar encontrar algunos criterios que identificasen la presencia de actos meramente tolerados³¹. Se ha dicho que dichos actos se podrían caracterizar por la presencia de relaciones familiares entre poseedor y *versus dominus*, por la falta de molestia para la utilización normal de bien por parte del propietario, por la ausencia del cambio de estructura en el bien provocado por la posesión de quien no es titular del mismo, etc. Y estos criterios pueden ser válidos para acercarnos a la realidad de si la posesión es tolerada o no por parte del titular del bien. Pero en el caso que nos ocupa ha sido el legislador quien se ha encargado de darnos un criterio para determinar que siempre habrá posesión tolerada y que por tanto no es posible la usucapión. Y no se trata de que objetivamente haya una situación de posesión tolerada. Se trata simplemente de una presunción legal motivada por razones de política legislativa.

Es normal que esta decisión legislativa haya provocado numerosas críticas³², pues conlleva inmediatamente la imposibilidad de

³¹ LAURENT, F, *opus cit.*, p. 250, refiriéndose a los actos meramente tolerados dice: *Le principe est certain, puisqu'il est écrit dans la loi. Mais l'application n'est pas sans difficulté. Quand y a-t-il possession de pure tolérance? La loi no la définit pas, c'est donc une question de fait; on essaierait vainement d'établir un principe en cette matière. Ainsi on a dit que la possession no serait plus de tolérance si la servitude causait une incommo-dité réelle au propriétaire de l'héritage assujetti, et si ce dernier avait un intérêt sérieux à s'y opposer. Il nous semble que l'idée de tolérance ou de familiarité implique des liaisons d'amitié ou du moins de bon voisinage. Par suite le juge doit surtout considérer la nature des rapports qui existent entre voisins; Ils ne toléreront rien s'ils sont ennemis, ils tolé-reront tout s'ils sont amis. Il n'y a pas moyen de généraliser là où tout dépend des relations individuelles.* GUILARTE GUTIÉRREZ, *opus cit.*, p. 295 apunta el siguiente criterio «En materia de servidumbres discontinuas el principal criterio para distinguir si estamos o no ante un auténtico ejercicio posesorio es el de la frecuencia en la utilización. Así, si el titular del fundo eventualmente dominante utiliza el paso cuantas veces lo requiere su fundo, no es posible hablar de posesión discontinua y, paralelamente, de posesión tolerada. La idea de ejercicio posesorio de una servidumbre discontinua, de acuerdo con las necesida-des del fundo sirviente, parece acarrear la presunción de no tolerancia de tales actos. Presunción que cobra más fuerza cuanto mayor sea la frecuencia del paso.

Otro dato muy a tener en cuenta, ligado más bien a la apariencia, es el del posible menoscabo que tales actos suponen para el fundo sirviente: cuanto mayor sea la injerencia, más difícil será hablar de tolerancia, máxime cuando existan obras o signos compli-cados y gravosos para el fundo a través de los que se verifica el paso.

El último dato a reseñar, que deberemos conjugar con los anteriores, es el que deriva de analizar si objetivamente los actos son susceptibles de constituir el objeto de una servi-dumbre y especialmente la presencia de sus dos elementos esenciales: la utilidad al fundo, que no a las personas, y la permanencia de tal situación.

³² Son muy numerosas las críticas que esta presunción iuris et de iure ha provocado. A título de ejemplo podemos recoger la de LUCAS FERNÁNDEZ, *opus cit.*, p. 101, cuando afirma: *En cuanto a la presunción de precariedad de la posesión en las servidumbres dis-continuas, ha tenido y tiene mayores partidarios en la doctrina científica. Se dice que los actos por los que se ejercita la servidumbre discontinua tienen un carácter equívoco, no concluyente, y en consecuencia el dueño del fundo sirviente, al carecer de un conocimien-to suficiente del carácter con que se ejecutan dichos actos, no podría defender adecuada-mente sus derechos, podría verse privado de sus derechos o de parte de ellos «por sorpre-*

crear servidumbres de paso por medio de un acuerdo tácito. A falta de un documento se presumirá siempre la existencia de una posesión tolerada y ésta sólo dejará de ser presumida cuando medie una declaración de voluntad del dueño de la finca en tal sentido³³.

sa», temor que le conduciría a prohibir incluso el paso de mera tolerancia si se admitiese aquella posibilidad.

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

Como dicen BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL el sistema legal prohibitivo de la usucapación de las servidumbres discontinuas es defectuoso. Podrá alegarse que el paso es de mera tolerancia en los supuestos en que el dueño del fundo permite el paso al vecino de cuando en cuando por uno u otro punto de su fundo, pero cuando el vecino pasa a través del fundo durante treinta años e incluso para facilitar su paso ha construido un sendero de suerte que el terreno que ocupa queda excluido a toda clase de cultivo no puede decirse ya que hay simple tolerancia. Lógicamente la prescripción debería ser posible –dicen– en esta hipótesis, y sin embargo el artículo 691 (del CC francés) se opone a que se pueda cumplir», etiam per mille annos porque la servidumbre de paso es discontinua.

³³ REBOLLEDO VARELA, «La servidumbre de paso. El artículo 540 del CC: Interpretación e importancia en Galicia», *La Ley*, I, 1986, pp. 1113 ss. *Hay una última cuestión que se puede plantear: ¿es posible constituir una servidumbre de paso mediante declaraciones de voluntad tácitas? En principio, y casi de manera automática, se responde negativamente. Salvo el supuesto previsto en el art. 541, en que a veces se mantiene la existencia de una voluntad tácita y único caso al que suele referirse la expresión «constitución tácita de servidumbres», tal posibilidad parecería contradecir frontalmente toda la interpretación jurisprudencial que mantiene que la propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario (?), que toda la materia de servidumbres es de interpretación restrictiva; que la existencia del gravamen, su alcance y contenido han de estar claramente especificados y que, ante cualquier duda, la interpretación ha de favorecer la libertad del fundo sirviente, etc. Sin embargo, quizá pueden hacerse unas consideraciones.*

Punto de partida es la consideración de que en nuestro Derecho, como norma general y en cuanto a los negocios jurídicos de carácter patrimonial, rige el principio de libertad de forma (art. 1278), lo que implica que el consentimiento, requisito esencial, puede manifestarse no sólo verbalmente, sino también tácitamente, mediante hechos concluyentes. Cuando el dueño del predio dominante ha ejercido de hecho la servidumbre durante años, a ciencia y paciencia del propietario del fundo sirviente, quien lo ha consentido y no se ha opuesto a ello ¿puede entenderse que ha prestado tácitamente su consentimiento? Veamos qué se objeta a tal posibilidad.

1. *Los actos tolerados: recurso tan socorrido en Galicia como la prescripción inmemorial. Se dice que el paso es un acto meramente tolerado y que no afecta a la posesión (art. 444) y, por lo tanto, del uso ningún derecho se puede derivar para quien lo ejerce. Ahora bien, cuando los actos no son equívocos sino que existen signos evidentes de servidumbre, cuando el paso se realiza durante años y se forma camino, se realizan obras y reparaciones por la persona que ejercita el paso siempre con el conocimiento y pasividad del teóricamente perjudicado, ¿sigue habiendo mera tolerancia? Cuando es inequívoco el significado de actos repetidos que se realizan con intención de adquirir un derecho se podrá decir que, ante la falta de actividad en defensa de su derecho, el dueño del predio sirviente soporta la intromisión, pero no que la tolera en razón de la vecindad. En este punto, a mi juicio, en la jurisprudencia se ha calificado muchas veces de actos tolerados que no afectan a la*

No ha sido esta, sin embargo, la tendencia seguida en algunos de nuestros derechos forales ni en la aplicación que de dichas normas han realizado nuestros tribunales. Haciendo un breve repaso por las legislaciones forales encontramos que en muchas de ellas es posible adquirir por prescripción las servidumbres discontinuas o, incluso, específicamente la de paso. Así el artículo 128 de la Ley del Derecho Foral del País Vasco, recogiendo el fuero civil de Bizkaia establece literalmente que *La servidumbre de paso se adquiere en virtud de título o por prescripción de veinte años*; el artículo 25 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo (parlamento de Galicia) de Derecho civil de Galicia establece que *La servidumbre de paso se adquiere por ley, por dedicación del dueño del predio sirviente o por negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea la forma en que aquél se expresase. Igualmente, puede adquirirse por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse*».

posesión a intromisiones que tratándose de supuestos de usucapión en sede de derecho de propiedad nunca hubieran recibido tal calificación; sin embargo, la imprescriptibilidad de la servidumbre de paso parece haber concluido que todo es acto tolerado.

2. *El uso del paso, el ejercicio y disfrute de la servidumbre puede ser, pues, en ocasiones un acto no meramente tolerado pero que, sin embargo, tampoco da lugar al nacimiento de un derecho de servidumbre. El uso por sí solo, en materia de servidumbres de paso sometidas a la regulación del CC, es irrelevante para su constitución. A pesar de los esfuerzos de LACRUZ BERDEJO en sentido contrario, hemos de admitir que de lege data no cabe la adquisición por usucapión, ni ordinaria ni extraordinaria, de esta servidumbre, por lo que el uso o ejercicio con el desconocimiento u oposición del titular del predio pretendidamente sirviente no impedirá, en cualquier momento, la prosperabilidad del ejercicio de la acción negatoria, pues en este caso no hay consentimiento de ningún tipo, ni expreso ni tácito. Ahora bien, cuando el uso o ejercicio se efectúa con pleno conocimiento del propietario del predio por el que se pasa, quien durante años permite tal estado de cosas sin oponerse, ¿puede existir un consentimiento tácito que forma parte del negocio jurídico de constitución? Se dice que toda la materia de servidumbres es de interpretación restrictiva y que nada que perjudique al predio sirviente puede presumirse, pero, a mi modo de ver, ha de distinguirse entre consentimiento tácito y presunto. En éste, el consentimiento es una presunción, se deriva de unos hechos probados de los que se presume algo que no ha sido demostrado directamente. En el consentimiento tácito, los hechos concluyentes muestran directamente su existencia sin presunciones de ningún tipo. Si a alguien que es propietario de una finca un tercero le discute dicha propiedad y éste se comporta como dueño ante la pasividad de aquél, cabe presumir que está reconociendo, por ejemplo, su mejor derecho; pero si no sólo soporta la intromisión, sino que también realiza actos positivos que inequívocamente suponen reconocimiento de la propiedad del tercero, en este caso no se presume, sino que es un reconocimiento real y existente, pero tácito. Todo esto, aplicado a la servidumbre de paso, quiere decir que la mera pasividad ante el uso o ejercicio de la servidumbre podrá entenderse, si no acto tolerado, sí como reflejo de un consentimiento presunto, excluible claramente en materia de servidumbres; pero cuando se permite el paso durante años, realiza obras en su finca respetando el camino, cierra el predio y deja practicable el paso, permite al que ejerce el paso realizar obras de conservación del camino, en documentos que suscribe se alude a la existencia de la servidumbre que él ha respetado, ¿hay consentimiento presunto o tácito derivado de hechos concluyentes? ¿Es posible que, dadas estas circunstancias, prospere la acción negatoria porque no existe un documento que refleje o recoja el negocio constitutivo o no sea de aplicación la prescripción inmemorial?*

En Aragón, y en virtud de lo establecido en el artículo 147 (Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe) y 148 (Las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. En todo caso, la posesión inmemorial, pacífica e ininterrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la prescripción adquisitiva) de la Ley 15/1967, de 8 de abril (Jefatura del Estado), sobre Compilación del derecho civil de Aragón, la posibilidad de usucapir servidumbres queda determinada en función de su apariencia o falta de la misma. De modo que aun siendo discontinuas, si lo son aparentes, serán usucapibles extraordinariamente en el plazo de 10 años y si no son aparentes los serían en un plazo igualmente de 10 años, pero con los requisitos de la usucapión ordinaria. También en Navarra, en la Ley 397 de la Compilación del Derecho Foral de Navarra se permite la usucapión de las servidumbres discontinuas, como las de paso, pues dichas servidumbres son servidumbres positivas. Y dicho artículo establece que *Las servidumbres se adquieren por la prescripción ordinaria de bienes inmuebles o por la extraordinaria. El tiempo empezará a contar, en las servidumbres positivas, desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de los signos de servidumbre, y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar.* Quizá, de todas las legislaciones forales, la menos explícita respecto a la posibilidad de usucapión de las servidumbres discontinuas sea la Catalana que sin distinguir entre ningún tipo de servidumbre –por lo que debe entenderse comprendidas también las servidumbres discontinuas– establece en el artículo 11 de la Ley 13/90, de 9 de Julio (parlamento de Cataluña), de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad que *La adquisición de las servidumbres por usucapión tendrá lugar mediante la posesión, pública, pacífica e ininterrumpida, en concepto de titular del derecho de servidumbre, por un periodo de treinta años.*

De lo expuesto se puede deducir que en todos nuestros ordenamientos forales está permitida, más o menos expresamente la usucapión de las servidumbres discontinuas y de entre ellas de la de paso. Lo que vuelve a ratificar que la posición adoptada por nuestro CC lejos de deberse a una cuestión de imposibilidad técnica de usucapión de este tipo de servidumbres, es debida a una cuestión de elección entre algunos de los intereses en juego, es decir, a una cuestión de política legislativa.

III. PROPUESTAS DE SOLUCIONES JURÍDICAS ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Hasta ahora he tratado de demostrar que la imposibilidad de usucapir servidumbres discontinuas en el Derecho Civil Común Español obedece más a razones de política legislativa que a una verdadera imposibilidad técnica de que dicha figura se pueda dar en el ámbito de las servidumbres discontinuas.

Sin embargo, esta solución en muchos casos no será satisfactoria en situaciones en las que una persona haya estado pasando por la finca vecina durante un tiempo muy largo. De un día a otro y sin razón aparente puede haber perdido su «derecho» a utilizar el paso que había estado usando anteriormente. Y como hemos visto, por la vía de intentar la usucapión de la servidumbre de paso, poco se podrá tutelar el derecho a seguir pasando. Una pretensión judicial de reconocimiento de su servidumbre de paso, en el ámbito del derecho Civil Común está condenada a no ser aceptada, lo que junto con la pérdida del uso del paso le puede conllevar un perjuicio económico al perder, potencialmente, valor su finca.

Esta situación, en determinadas ocasiones, puede dar un resultado que pueda parecer injusto para quien durante largo tiempo ha estado pasando por la finca ajena. Y más si comparamos la situación con aquel que durante el mismo tiempo ha estado poseyendo otro derecho real, como la propiedad, un usufructo, un derecho de superficie, etc., y al que nuestro ordenamiento sí protege concediéndole la posibilidad de adquirir usucapiendo dicho derecho.

Por ello, en la segunda parte de este trabajo, vamos a intentar buscar soluciones alternativas que posibiliten un cierto margen de actuación a la persona que quiere seguir pasando. Como veremos y adelantamos de esta manera alguna conclusión de la que se puede obtener de este estudio, dichas soluciones no tratan de igualarse con el resultado que se obtendría de ser posible la usucapión del derecho de paso. Como han propugnado muchos autores en nuestro derecho, quizá fuese conveniente una reforma en este ámbito del Derecho Civil Común remitiendo la usucapión de las servidumbres al régimen común de usucapión de los demás derechos reales, y siendo estrictos con el cumplimiento de los requisitos exigidos para poder obtener de este modo la propiedad, podría solucionarse el problema.

Pero mientras dicha reforma no se produce y nuestro ordenamiento mantiene la imposibilidad de usucapir las servidumbres de paso, vamos a intentar buscar soluciones alternativas, en el ámbito

de nuestro ordenamiento, que permitan una protección, aunque sea parcial en el tiempo o aunque aporten a quien pasa por la finca ajena un derecho menos sólido que la servidumbre de paso y que en algunos casos será de carácter personal. Será mejor una protección menor que un desamparo absoluto de su posición jurídica.

Cuatro son las soluciones alternativas que vamos a plantear en este trabajo. Tampoco es nuestra intención agotar todas las vías posibles, sino estudiar aquellas que nos parecen que pueden ofrecer una mejor solución al problema sin «forzar» demasiado las reglas y los soportes interpretativos de nuestro sistema jurídico. No todas ellas conducen a una misma situación jurídica de quien pasa por la finca ajena. Algunas de ellas pretenden colocarlo en una posición de titular de un derecho de naturaleza real y por tanto, oponible a terceros y con acceso al registro de la propiedad. Otras, por el contrario, darán lugar a un derecho de carácter personal y sólo oponible al titular actual de la finca en la que se ejercita el paso, pero no frente a terceros adquirentes de la finca.

Estas son las soluciones que nos disponemos a desarrollar:

1. La utilización del principio general de utilización de los derechos conforme a la buena fe recogido en el artículo 7 del CC en un doble ámbito. Por un lado, en el marco del artículo 7.1, la posible aplicación de la teoría de los actos propios al cambio de actitud por parte del titular del derecho de propiedad sobre la finca en la que se ejercita el paso y que causa un perjuicio al que hasta el momento lo estaba utilizando. Por otro lado, la aplicación de la institución del abuso del derecho recogida en el artículo 7.2 del Código, con la posibilidad del pago de una indemnización por el daño causado y la adopción de medidas para impedir en el futuro la nueva utilización abusiva de derecho. La consecuencia de esta solución puede ser la configuración del derecho de paso como derecho en favor de una persona y no de una finca. Se convertiría el derecho de paso en una servidumbre personal, con las características y limitaciones que doctrinal, jurisprudencial y legalmente le son atribuidas.

2. La adquisición por medio de usucapión de la titularidad no de la servidumbre de paso, sino de la propiedad sobre la franja de terreno sobre la que se ejercita el paso o al menos de un derecho de superficie sobre la misma porción de terreno. En su defecto, la posibilidad de establecer una copropiedad sobre dicha franja de terreno y una cotitularidad respecto del derecho de superficie. Solución que ha sido adoptada por la jurisprudencia francesa.

3. Aplicación analógica de la teoría de la accesión invertida al ámbito de la adquisición del terreno por la que se ejercita el paso.

Desde una perspectiva del análisis económico del derecho proteger el mayor beneficio que se produce a la finca «dominante» que el perjuicio a la finca por la que se ejercita el paso («sirviente»).

4. Alegar la prescripción extintiva de la acción negatoria de servidumbre utilizada por el titular de la finca por la que se ejercita el paso cuando la utilización del mismo se venga produciendo desde un tiempo suficiente para que ésta pueda ser alegada. De este modo, aunque no se reconozca el derecho propio, se impide el ejercicio del derecho ajeno.

Somos conscientes que estas soluciones no conducen a situaciones absolutamente satisfactorias y que todas ellas son criticables. Por ello, en las páginas siguientes vamos no sólo a presentar las posibles ventajas que estas soluciones pueden aportar a la posición jurídica de quien venía ejercitando el paso por finca ajena, sino que pretendemos también realizar una crítica a estas posibles soluciones que nosotros mismos proponemos. Al fin y al cabo, la meta de un trabajo de este tipo no es otro que el de reflexionar sobre el derecho y las posibilidades que nuestro ordenamiento ofrece para encontrar equilibrio en aquellas situaciones en las que aparecen intereses encontrados y ambos dignos de protección.

Ya hemos visto como ante la pregunta de si una servidumbre de paso se puede adquirir por usucapión la respuesta constante de los Tribunales es negativa. Quizá sea hora de comenzar a preguntar otras cosas, como si en dicha situación, dándose determinados requisitos puede existir un abuso de derecho o una actuación contra los actos propios; si se puede haber adquirido por usucapión otro derecho diferente a la servidumbre; si existiría identidad de razón entre la posición del poseedor que adquiere por accesión invertida y el poseedor del derecho de paso. Quizá realizando la pregunta oportuna obtengamos una respuesta que para algunos supuestos pueda acercarse algo más a un equilibrio de las posiciones encontradas. No es otro nuestro propósito.

1. LA NEGACIÓN DEL PASO Y EL ARTÍCULO 7 DEL CC

La redacción actual del artículo 7 del CC procede de la reforma realizada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se modificó el título preliminar de nuestra principal Ley Civil. Por su sistemática colocación, dentro del capítulo dedicado a la eficacia general de las normas jurídicas, el artículo 7 y las instituciones en él contenidas (eficacia de las normas de acuerdo al principio de buena fe y la utilización abusiva del derecho) están configuradas como auténticos límites al ejercicio de los derechos.

Dos son, en función de la estructura del artículo, los ámbitos en los que se manifiestan estos límites al ejercicio de los derechos. Por un lado, un principio general, contenido en el párrafo primero del artículo 7 según el cual *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*. Principio que por ser general, goza de una amplia indeterminación que deberá ser concretada en cada caso por el juez a la hora de determinar la eficacia y por tanto los límites de un determinado derecho, pero siempre atendiendo a las circunstancias en la que éste se ejercita. De modo que no será fácil hablar de límites determinados para tal o cual derecho sino que caso por caso (lo que sin duda puede suponer un cierto grado de desazón o incertidumbre jurídica –por otro lado siempre necesaria para que el derecho intente alcanzar su fin último–) habrá que establecer las fronteras de ejercicio de un determinado derecho en una situación concreta.

Como manifestación concreta de este principio general de eficacia del ejercicio de los derechos se ha desarrollado la llamada «doctrina de los actos propios», que en el supuesto que estamos estudiando puede tener una aplicación directa. Pues quien ha estado permitiendo el paso durante un tiempo considerable y posteriormente cambia, ejercitando su derecho de protección de la finca propia, es indudable que ha modificado la actuación que hasta dicho momento había estado practicando respecto de la persona que utilizaba su finca para pasar.

La otra institución recogida en el artículo 7 es la conocida con el nombre de abuso del Derecho. A este respecto, el artículo 7 no sólo la recoge como límite del ejercicio del derecho, sino que especifica cuáles serán las consecuencias jurídicas de dicho ejercicio. Así el artículo 7.2 dice: *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realiza sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

De nuevo no será difícil pensar en que el dueño de la finca «sirviente», utilizando su derecho de utilización exclusiva de la finca en su propio beneficio, y dándose determinadas circunstancias que posteriormente analizaremos, pudiera estar usando abusivamente de su derecho.

Al análisis de estas posibilidades y la compatibilidad o incompatibilidad entre ellas vamos a dedicar las próximas páginas.

A) LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS APLICADA A LA PRETENSIÓN DE UNA ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO

Antes de utilizar la teoría de los actos propios como herramienta para paralizar una pretensión negatoria del paso que realiza el vecino por la finca propia parece necesario hacer una breve aproximación sobre qué es y qué significa la doctrina de los actos propios.

Como ya expuso Díez Picazo en la monografía que fue publicada en 1963³⁴, pocas veces un recurso que había sido utilizado con tanta frecuencia, había sido tan poco estudiado y había sido empleado, jurisprudencialmente, de un modo tan desordenado. El principio nace del brocardo *adversus facum suum quis venire non potest* y aunque inspirado en fuentes romanas parece que su nacimiento se debe más a los glosadores que al propio derecho romano³⁵. Estos glosadores extrajeron una serie de reglas básicas en las que se resumía de modo claro una serie de ideas que estaban en la base del ordenamiento romano. Una de estas ideas era la de actuar en derecho conforme a la buena fe y una de las manifestaciones de esta regla es la de no cambiar, injustificadamente, de comportamiento, defraudando de este modo la confianza que otras personas habían depositado en la manera habitual de proceder.

Pero esta figura no es monopolio de las legislaciones de origen latino. Tanto en Inglaterra como en Alemania existen figuras afines a la doctrina de los actos propios. En Inglaterra existe la figura del Estoppel y en Alemania la del *Verwirkung*, ambas extensa y perfectamente estudiadas en la monografía del Profesor Díez Picazo.

Este dato nos pone de manifiesto la universalidad de este principio que no es sino reflejo del profundo sentido de justicia que se encierra en él.

Pero debido a la generalidad de su formulación existe el riesgo, del que no es fácil huir, de su aplicación desmedida y hasta cierto punto caótica, utilizándolo en supuestos en los que no es necesario por existir una regulación propia que resuelve el conflicto planteado. Díez Picazo hace mención especial de cómo la Jurisprudencia española había utilizado en numerosas ocasiones el principio de los actos propios para solucionar problemas debidos al incumplimiento

³⁴ DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963. No es frecuente encontrar una monografía que haya supuesto un antes y un después en relación con una determinada institución. Es esta una de ellas. Díez Picazo analiza en ella, pormenorizadamente, toda la institución de los actos propios, desde sus orígenes hasta su fundamento o naturaleza jurídica. Pero lo hace no desde una perspectiva puramente doctrinal o teórica, sino extrayendo las conclusiones del análisis de una compleja y completa jurisprudencia.

³⁵ DÍEZ PICAZO, *La doctrina...*, *opus cit.*, pp. 21 ss.

de determinados compromisos adquiridos previamente en la formación de un negocio, por ejemplo de origen contractual.

Para no caer en la utilización arbitraria y excesiva de este principio, lo que originaría sin duda un alto grado de inseguridad jurídica, vamos a tratar de ceñirnos a él utilizando los criterios que según el profesor Díez Picazo son necesarios para su aplicación y que son ³⁶:

«1.º Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz.

2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

4.º Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos.»

Queremos resaltar que a pesar de que la doctrina de los propios actos se inscribe como una manifestación especial del principio de la buena fe y que ello podría dar lugar, mediante un mecanismo mental incorrecto, a pensar en la intención sana o insana del que cambia de comportamiento ³⁷, es decir, en si su intención es causar un mal o no a quien viene ejercitando el paso, nada más lejos de la realidad. Según la formulación realizada por Díez Picazo y hoy aceptada unánimemente, la doctrina de los actos propios está ligada íntimamente a la apariencia que un determinado comportamiento provoca en otra persona y cuando se cambia dicho comportamiento lo que se protege es la apariencia que formalmente se ha configurado y esto se hace de un modo objetivo, es decir, sin tener en cuenta la intención con la que actuó la persona cuyo comportamiento cambió ³⁸.

³⁶ Díez PICAZO, *La doctrina...*, *opus cit.*, pp. 194 ss.

³⁷ Mucho más en el ámbito de un trabajo sobre usucapión en donde la buena o mala fe del poseedor sí se identifica con el conocimiento que dicha persona tiene de su derecho a poseer o no.

³⁸ Esta nota de objetividad ha sido claramente puesta de manifiesto en la monografía tantas veces citada del Profesor Díez Picazo. Igualmente, y en relación a un supuesto en el que se resolvía un litigio sobre una servidumbre de paso puede verse el trabajo de CADARSO PALAU, J., «Actos propios y renuncia de derechos», *Poder Judicial*, núm. 9, 1988, p. 73, en el que, con razón a mi modo de ver, critica la yuxtaposición de dos argumentos –la existencia de una renuncia tácita previa y la actuación en contra de los actos previamente realizados– en la resolución de un litigio. Si hay renuncia tácita no es necesario alegar actos propios, porque el derecho se perdió por la renuncia, que es un acto de voluntad y no con los actos propios, que es una apariencia objetiva.

Sentadas las bases sobre las que actúa la doctrina de los actos propios podemos referirla directamente al supuesto que es la base de nuestro estudio. Para ello vamos a ir analizando si realmente se dan cada uno de los presupuestos que son necesarios.

- a) *Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz*

Lo primero que nos deberíamos plantear es si el paso continuado sobre finca ajena se puede considerar como una situación jurídica o no. No es fácil definir un concepto como *situación jurídica*, pero por oposición a otro concepto como es situación de hecho, podemos pensar que una situación jurídica es aquella de la que se desprenden consecuencias jurídicas que les son permitidas exigir a las personas que participan en dicha situación. Realmente no es fácil encontrar una situación en la que participe la actividad humana y que directa o indirectamente no tengan unas consecuencias, mayores o menores en el ámbito jurídico estatal³⁹. Por ello, la mayoría de las actuaciones humanas deben encuadrarse dentro de las actuaciones jurídicas. En nuestro caso no cabe duda que el paso por finca ajena produce automáticamente la posibilidad de nacimiento de determinadas pretensiones jurídicas. Por parte del propietario de la finca invadida será posible la interposición de interdictos, la solicitud del pago de indemnizaciones por los daños ocasionados por el paso de otra persona, la interposición de una acción negatoria de servidumbre, etc. Ello nos lleva a pensar sin duda que realmente la situación creada por el paso de una persona se trata de una situación jurídica.

Además es necesario que en dicha situación jurídica, una parte, la que posteriormente realiza la pretensión, haya actuado de tal forma que su comportamiento pueda ser calificado de jurídicamente relevante y eficaz. Pues bien, en el caso de que una persona permita el paso de otra por su propia finca no nos puede caber duda de que existe un comportamiento que es jurídicamente relevante. Y lo es no porque automáticamente coloque a la persona que utiliza el terreno para pasar en una situación que le permita la obtención directa de su derecho de paso. Ya hemos demostrado cómo nuestro ordenamiento civil, por razones no técnicas, no permite la adquisi-

³⁹ Es posible que determinadas actuaciones no tengan ninguna trascendencia jurídica estatal pero sí la tengan en otro ámbito como por ejemplo el hecho de ser bautizado, para la Iglesia Católica.

ción del paso a través de la usucapión de la servidumbre. La inactividad (junto con la posesión de otra persona) sería la causa directa de la adquisición de la titularidad de determinados derechos, pero no de la servidumbre de paso. Pero sí que sería jurídicamente relevante el comportamiento (en este caso la inactividad) a la hora de crear una apariencia jurídica, que permita a la persona que ejercita el paso –ante la petición del cese del paso por parte del dueño de la finca «sirviente»– alegar que éste está actuando en contra de la apariencia que él mismo ha creado o al menos ha contribuido a crear.

Por otro lado, no cabe la menor duda que la ausencia de actividad –el no reaccionar ante el paso del vecino– puede constituir en sí misma un comportamiento que conlleva determinadas consecuencias jurídicas.

Ahora bien, para que dicho comportamiento fuera jurídicamente relevante, como hemos dicho antes, debe haber creado, objetivamente, una situación jurídica que permita a quien ejercita el paso pensar que dicha situación no va a cambiar. Y en la creación de dicha apariencia jurídica juega un papel fundamental el tiempo. No olvidemos que *paso de tiempo* y creación de apariencia jurídica son bases sobre las que se asienta la figura de la usucapión. De modo que quien permite esporádicamente o durante un período de tiempo limitado o corto el paso a otra persona por su finca, no está creando una situación jurídica que objetivamente pueda llevar a pensar a esta persona que ha adquirido algún tipo de derecho. Igualmente, aunque el paso sea regular y se haga durante un período largo de tiempo, si el dueño de la finca ha dejado claro que dicho paso se produce simplemente por su aquiescencia y que en cualquier momento, como dueño soberano de la situación que ha creado, puede revocarla, tampoco se habrá creado una apariencia jurídica que permita a quien pasa creerse tenedor de ningún derecho.

Sólo cuando el paso se haya producido por un tiempo largo y quien pase, debido a la situación objetivamente creada, se considere con derecho a pasar por la finca ajena, sería aplicable la doctrina de los actos propios. Es decir, sólo cuando del conjunto de comportamientos que se dan en esa determinada situación jurídica se pueda objetivamente concluir que se da una situación con un cierto grado de tendencia a la permanencia, lo que excluye la posibilidad de cambio unilateral de la misma.

Y estas condiciones de objetividad se podrían encontrar en el cumplimiento de los requisitos que son exigidos para obtener por usucapión el resto de servidumbres que son adquiribles por esta

vía. De modo que si se ha estado utilizando el paso durante más de veinte años, sin que haya existido oposición por parte del titular de la finca, se habrá creado una apariencia jurídica que es posible que sea defendida.

Otro criterio para intentar determinar si la situación jurídica creada es objetivamente suficiente para hacer creer a quien está pasando que ha adquirido un derecho a ello sería la de preguntarse si otra persona media, en su misma situación, se creería con ese mismo derecho a ejercitar el paso. Para ello, además del tiempo será necesario que el comportamiento del propietario pudiera haber creado en la persona que ejercita el paso algún tipo de expectativa sobre la continuidad del mismo. No bastará una expectativa ficticia sino que se deberá objetivar dicha esperanza de acuerdo a un comportamiento medio normal.

Igualmente, en la creación de una apariencia jurídica será decisivo el comportamiento de la persona que viene ejercitando el paso. Si lo hace con asiduidad y con la confianza de que no se lo van a impedir (sería un comportamiento parecido a lo que en el ámbito de la usucapión conocemos como «posesión en concepto de dueño») será más fácil demostrar la creación de dicha apariencia.

Contrariamente a lo que ocurre con la usucapión, la apariencia jurídica de la que aquí se habla debe darse sólo entre el dueño de la finca y quien ejercita el paso por ella. La apariencia frente a terceras personas no es relevante desde este punto de vista.

- b) *Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión*

Por la propia naturaleza de la doctrina de los actos propios, en la que es necesario un comportamiento previo y un cambio de orientación por medio de una pretensión posterior, debe ser alegada como respuesta a una pretensión previa. Por ello no será posible una demanda basada en la doctrina de los actos propios, sino que se utilizará siempre por vía de excepción o de réplica, en el caso de ser utilizada por el demandante.

Cabría preguntarse si ante una reclamación extrajudicial (por ejemplo, notarial) en el que el dueño de la finca solicitase que se cesase de modo inmediato el paso sobre ella sería posible, contrariamente a lo que acabamos de exponer en el párrafo precedente, una demanda en la que, basándose en la apariencia creada por

quien realiza la reclamación extrajudicial, se solicite el amparo judicial para poder seguir pasando por la finca.

En nuestra opinión no parece que quien realiza una reclamación extrajudicial esté realmente ejercitando una pretensión en el sentido más preciso del término. Para que pueda ser considerada pretensión debe ser una actuación con vocación de *decisiva*, y éstas sólo lo son las de carácter judicial. Por ello, mantenemos la imposibilidad de alegar la doctrina de los actos propios en el ámbito de una pretensión extrajudicial.

Lo normal será, en el supuesto que analizamos, que el dueño de la finca ejercite una acción negatoria de servidumbre ante la que, quien ejercite el paso, dándose las circunstancias objetivas previamente señaladas, podrá oponer por vía de excepción el comportamiento del demandante que le ha hecho confiar en su derecho a ejercitar el paso tal y como lo ha venido realizando.

- c) *Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior*

Es este el elemento esencial de la doctrina de los actos propios. Es esencial que según el sentido de la buena fe exista una incompatibilidad objetiva entre la conducta anterior y la pretensión que se intenta. En nuestro caso sería que entre la demanda presentada por el dueño de la finca solicitando la negación del paso a otra persona y la conducta anterior mediante la que le había permitido el paso exista incompatibilidad objetiva atendiendo a un criterio de buena fe.

Analicemos más detenidamente este supuesto. La contradicción se debe dar en el comportamiento de quien presenta la demanda, no en la situación fáctica o litigiosa creada. Es decir, siempre que se presenta una demanda solicitando la negación del paso se producirá un conflicto entre quien quiere pasar y quien no lo quiere permitir. Pero sólo habrá contradicción con una actitud previa si quien quiere impedir ahora el paso lo había permitido previamente. Por tanto será siempre necesario que el dueño de la finca haya permitido, de algún modo, el paso por la misma.

Igualmente será necesario que dicha permisibilidad, como anteriormente hemos apuntado, tenga un doble carácter de permanencia. Por un lado debe ser permanente en el sentido de que el dueño de la finca no deje claro que se trata de una situación puramente transitoria y dependiente de su exclusiva voluntad. Bien porque lo haya dicho, o bien porque de las circunstancias

propias de la relación, quien pasa supiera que el derecho a pasar pende de la buena voluntad del dueño, y por tanto no podría alegar que objetivamente –objetivamente entre el dueño y quien pasa– se ha establecido un derecho de paso de carácter permanente. Dicha manifestación de la precariedad del paso deberá haberse realizado previamente o en un tiempo cercano al inicio del paso, pues de lo contrario podría ser contradictoria con la apariencia ya creada.

Por otro lado, el paso de un transcurso largo de tiempo facilitará la creación de dicha apariencia por lo que cuanto más lejana sea la utilización del paso por parte de quien no es dueño de la finca, y siempre que no existan manifestaciones claras –que no tienen por qué ser expresas– por parte del dueño de la finca de que se trata simplemente de una mera tolerancia, más fácil será probar que se ha creado una situación fáctica de la que se deben desprender unas determinadas consecuencia jurídicas presididas por el principio de la buena fe.

- d) *Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos*

Como ya hemos dicho, la apariencia creada por el comportamiento anterior ha debido provocar una confianza en otro sujeto, de modo que el cambio del comportamiento le suponga a este otro sujeto algún tipo de perjuicio o molestia. Y esta apariencia, volvemos a repetir, debe darse, por lo menos entre estos dos sujetos, como mínimo imprescindible para poder ser alegada la doctrina de los actos propios⁴⁰.

Pero en ocasiones, la situación creada por determinados comportamientos de personas concretas, pueden ser transferidas a otras personas por distintas vías. Así, en nuestro caso, el dueño de la finca por la que se está ejercitando el derecho de paso puede transmitir dicha finca ínter vivos o mortis causa. La misma situación puede darse con el dueño de la finca vecina que utiliza el paso por la finca ajena.

⁴⁰ DÍEZ PICAZO, *La doctrina...*, opus cit., p. 206: *La conducta vinculante, es decir, la que pone en marcha la regla que estudiamos, tiene que haber sido observada frente a los interesados en la situación jurídica de que en cada caso se trata. No se pueden esgrimir como actos propios vinculantes, a los cuales no es posible contradecir, conductas observadas frente a personas distintas de aquellas que están interesadas en la concreta situación jurídica o conductas que han sido observadas en círculos de intereses diversos.*

Pues bien, mientras que no se produzca transmisiones de las fincas, y se hayan dado los demás requisitos para, ante una determinada pretensión, paralizarla utilizando la doctrina de los actos propios, al ser los sujetos los creadores de la apariencia jurídica, no existirá ningún problema en la aplicación de la teoría.

Pero el problema se plantea con las transmisiones. Si son a título sucesorio, transmisiones mortis causa, parece más fácil defender que los herederos se colocan en la posición que tenía su causante, ya fuera el dueño de la finca, ya quien ejercita el paso, y que por tanto se encontrarían en las mismas condiciones que ellos. Y ello a pesar de que la apariencia jurídica creada lo hubiese sido por su antecesor. Así lo mantiene Díez-Picazo a quien, sin embargo, desde un punto de vista dogmático le parece difícilmente defendible ⁴¹.

Pero si ya nos parece difícil justificar la asunción del comportamiento del causante como propio del heredero, mucho más difícil nos parece que el causante a título particular, es decir, quien ha adquirido por vía de compraventa, por ejemplo, quede vinculado por los actos de su causante. Se pueden presentar, en nuestro supuesto, dos casos diferentes.

a) Que sea el dueño de la finca por la que se ejercita el paso el que la transmita a otra persona. ¿Quedaría ésta vinculada por la actuación de su causante y tendrá que soportar el paso que hasta ese momento venía realizando el poseedor de la finca vecina por su finca? En caso de interponer una reclamación solicitando el cese del paso, ¿podría alegarse la doctrina de los actos propios en virtud de la apariencia que objetivamente se había creado con el comportamiento mantenido por el anterior titular?

⁴¹ DÍEZ PICAZO, *La doctrina...*, opus cit., p. 233. *Desde el punto de vista dogmático la imposibilidad de que el heredero venga, por decirlo así, contra los actos de su causante encuentra una difícil explicación. Sabemos que la conducta contradictoria no acarrea la pérdida del derecho o de la facultad, de que en cada caso se trate, que por tanto viene transmitida al heredero con el complejo as hereditario; se trata únicamente, decíamos, de una imposibilidad de ejercitar este derecho o, mejor, de una inadmisibilidad de su ejercicio, en virtud de la responsabilidad derivada del hecho de no haber observado una conducta coherente. Para admitir el paso de esta responsabilidad al heredero, exigida por las normas generales que imponen la protección de la confianza suscitada en el tráfico, tendríamos que admitir que en el traspaso sucesorio los derechos se transmiten conformados con el sentido que a su ejercicio ha dado el titular anterior con su conducta, lo que, en pura dogmática, no deja de resultar difícil. Conviene, sin embargo, pensar que uno de los fundamentos claves de todo el Derecho Sucesorio es una idea de continuidad. Hay, por decirlo así, una exigencia social de continuidad de la vida jurídica; continuidad no sólo de los negocios, de los tratos, de las relaciones y de las situaciones, sino también continuidad del sentido atribuido o atribuible a estos negocios y a esas situaciones. Es por esto por lo que, al devenir titular de unos derechos, el heredero queda vinculado por el sentido que al ejercicio de estos derechos había atribuido el causante, de tal manera que un acto de ejercicio, contradictorio con este sentido, debe ser tenido como inadmisibile.*

Parece difícil encontrar algún mecanismo jurídico que imponga al nuevo titular la asunción del comportamiento del titular anterior. Y ante una reclamación temprana desde que él es titular de la finca parece poco viable defender que ha tenido alguna colaboración en la creación de dicha apariencia jurídica.

Pero por otro lado, el hecho de la transmisión de la finca a una tercera persona afectaría de este modo, de una manera definitiva, a quien ha venido ejercitando el paso, sin que tenga la más mínima posibilidad de defender un derecho de paso que sí podría haber hecho valer frente al titular anterior⁴².

Pero por injusta que nos pueda parecer la solución para quien ejercita el paso, somos partidarios de no ligar al causahabiente a título particular a los modos de comportamiento de su causante, de modo que nos parece legítimo que pueda interponer una pretensión negando el paso, sin que en dicho caso sea alegable la doctrina de los actos propios.

b) Que sea quien ejercita el paso por la finca ajena el que transmita la finca vecina a otra persona y ésta prosiga, como lo venía haciendo su causante, utilizando la ajena para efectuar el paso. ¿Podrá alegar ante una pretensión denegatoria de paso el comportamiento mantenido por el titular de la finca «sirviente» frente a su causante?

Creemos que será difícil que prospere una excepción basada en la doctrina de los actos propios frente a la pretensión de la negación de paso, puesto que en principio, el comportamiento mantenido por el titular de la finca por la que se ejercita el paso afecta tan sólo al causante que ha transmitido y no a las demás personas.

De modo que si el causante había transmitido su finca asegurando el paso por la finca ajena, lo único que le queda al causahabiente, adquirente de la finca, es, en caso de negación de paso por el dueño de la otra finca, reclamar al transmitente por vía de incumplimiento contractual. Pero no podrá alegar en su favor el comportamiento que hubiese tenido el titular de la finca en la que se efectúa el paso frente a su transmitente.

La jurisprudencia (hasta el año 1963, según la obra de Díez Picazo) había tratado el tema de la utilización de la doctrina de los actos propios en el ámbito de las servidumbres en la STS

⁴² Esta situación ya se ha planteado y resuelto en nuestro ordenamiento respecto de la usucapión consumada o que le falta menos de un año para consumarse y el nuevo adquirente que tenga la condición de tercero hipotecario y el artículo 36 de la Ley hipotecaria opta por la defensa de los intereses del tercero hipotecario, pero limitando dicha defensa por un período de tiempo de un año.

de 17 de enero de 1891⁴³ y su considerando al respecto decía: *si también se alega el error de derecho, pretende fundarlo en la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, cuya doctrina, además de no referirse cual debiera a la apreciación de la prueba, carece de aplicación bajo cualquier otro concepto al caso actual, porque el acto atribuido al demandante, reducido a que dejó de ejercitar sus derechos dominicales por espacio de algunos meses, ni le obligaba a dejar de ejercitarlos, ni puede impedirse su ejercicio ínterin que las acciones que le competen para su defensa no hayan prescrito.*

Parece desprenderse de esta sentencia que el ejercicio tardío de un derecho, habiendo creado una situación objetiva que cree confianza en la otra parte, carece de trascendencia en tanto en cuanto no haya pasado el período de prescripción de la acción. Sin embargo, en la materia que nos ocupa es o puede ser dudoso que no existiendo posibilidad de usucapir la servidumbre de paso, el dueño de la finca por la que se ejercita el paso pueda perder por prescripción la acción negatoria que le es concedida para evitar el paso. Y ello porque pensar lo contrario nos llevaría a aceptar una situación en la que ni el dueño pudiese impedir el paso por haber prescrito su acción negatoria, ni quien pasa podrá alegar su derecho al paso al ser imposible su usucapición⁴⁴. Por ello nos parece acertado el criterio del paso de un tiempo de veinte años (tiempo de prescripción adquisitiva de las servidumbres) para pensar que objetivamente se ha creado una situación que puede hacer confiar a quien ejercita el paso que ha adquirido su derecho a hacerlo.

En el fondo lo que nos interesaría es saber la postura que adoptará el Tribunal Supremo ante el ejercicio tardío de un derecho que no ha prescrito pero cuyo goce por otra persona ha sido consentido por el titular del mismo. Que sepamos, el Tribunal no se ha pronunciado sobre este extremo. Un caso parecido, aunque no idéntico, fue resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 24 de enero de 1994⁴⁵, en la que se negó la aplicación de la doctrina de los actos propios a una pretensión en la que se alegaba prescripción de paso, pero no sobre un camino privado sino público. La base de la negación de la aplicación de la teoría de los actos propios es la imposibilidad de aplicarlas contra normas imperati-

⁴³ Citada en el libro de DíEZ-PICAZO, *La doctrina...*, opus cit., p. 274, con el núm. 25.

⁴⁴ A ese tema le dedicaremos un estudio específico posteriormente.

⁴⁵ *Aranzadi Civil* 1994/74. Por una razón parecida se niega la aplicación de la teoría de los actos propios en la STS de 15 de abril de 1988, ref. 3150, en la que se firma un pacto de usufructo por período superior al legalmente permitido.

vas, como es la imposibilidad de prescribir bienes de carácter público.

Una última cuestión referente a la aplicación de la doctrina de los actos propios a situaciones en las que el paso por finca ajena se ha producido durante un largo período de tiempo sin oposición del titular de la finca. Suponiendo que ante una demanda que pretenda impedir el paso por la finca se hubiese interpuesto una excepción alegando la doctrina de los actos propios y el Juez hubiese admitido esta última, ¿qué consecuencias jurídicas debían ser adoptadas en la sentencia? Díez-Picazo⁴⁶ afirma que la consecuencia directa de la aplicación de la doctrina de los actos propios es el rechazo de la demanda interpuesta. Desde un punto de vista procesal parece lógica dicha consecuencia. Pero desde un punto de vista material ¿cómo se traduce dicho rechazo?

Desde el punto de vista del dueño de la finca no se trata de una pérdida de derecho absoluto, de modo que si otra persona comienza a pasar por su finca, estará en pleno uso de su derecho de impedirle el paso. Será sólo respecto de la persona a la que había demandado y cuya demanda ha sido rechazada que su derecho habrá perdido fuerza.

Desde el punto de vista de la persona que realiza el paso, por lógica, al no estar permitido al dueño el impedirle el paso, a ella le estará permitido ejercitar dicho derecho. Pero ¿cómo se configura dicho derecho? ¿Se trata de un derecho personal? ¿Se trata de un derecho real?

En nuestra opinión, la sentencia, limitada como está por el principio de congruencia, debería aclarar dicho extremo. Pero pensamos que será raro que por medio de la aplicación de la teoría de los actos propios pudiese nacer un derecho real, sobre todo por la trascendencia *erga omnes* y por la duración a perpetuidad que tendría la concesión de un derecho de este tipo. De configurarse como un derecho real de paso tendría acceso al registro de la propiedad, con lo que afectaría a los siguientes titulares de las fincas implicadas, lo que parece excesivo, ya que el nacimiento del derecho de paso tiene lugar como consecuencia de una apariencia de derecho creada entre dos personas en concreto.

Por el contrario, parece más lógico que el derecho de paso concedido a través de la aplicación de la doctrina de los actos propios se configure como un derecho personal, no transferible *inter vivos* e incluso podría dotarse al mismo de un carácter personalísimo,

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, *La doctrina...*, *opus cit.*, p. 248.

según los casos, para evitar la transmisión del mismo vía mortis causa.

A esta solución se le podrían realizar dos críticas.

La primera de carácter procesal. Aunque hayamos realizado este análisis de las potenciales consecuencias que tendría la admisión de la teoría de los actos propios, sin embargo, y en aras de la utilización correcta del derecho, creo que no sería posible que una sentencia en la que se admitiese que un determinado comportamiento va contra los actos propios pudiese contener ninguna de estas soluciones. Y ello, porque la alegación de los actos propios se hace como excepción a una pretensión y por ello, el juez, se encuentra limitado a negar el derecho solicitado, sin que pueda, sin caer en la incongruencia, dar más de lo solicitado. Por otro lado, tampoco quien está ejercitando el paso podrá solicitar al juez la configuración de su derecho de alguna de las formas analizadas, salvo que tenga un título que justifique su posesión, lo cual nos aleja de la hipótesis que estamos estudiando.

La segunda crítica sería la siguiente: El Código civil, en su artículo 539, impide la adquisición por el uso de las servidumbres discontinuas. Aplicando la teoría de los actos propios estamos protegiendo un interés que el Código no considera digno de dicha protección. Estamos pues, contradiciendo al legislador.

Esta misma crítica se la planteó Puig Brutau en su estudio de derecho comparado al analizar la figura del *estoppel* contraponiéndola a la regulación de la prescripción extintiva. Se planteaba este autor que si el Código establecía un período determinado para que determinados derechos fuesen exigidos, ¿cómo sería posible impedir dicha utilización en un periodo inferior al fijado en orden a la protección de la buena fe y la utilización de la acción, extemporáneamente según dicho criterio, pero dentro del plazo legalmente establecido? Según Puig Brutau ⁴⁷ *No se nos oculta que la aplicación de la doctrina de los actos propios al supuesto de una inactividad transitoria, puede parecer improcedente a quienes crean que sólo el transcurso del plazo de prescripción extintiva puede determinar la pérdida de una acción y del derecho consiguiente. Nosotros estimamos, no obstante, que en este punto los juristas continentales pueden sacar provecho del estudio de la fecunda coexistencia, en el sistema anglosajón, de los statutes of limitations con la doctrina del estoppel o laches, que permite buscar el equilibrio entre los dos factores opuestos y, a la vez, necesarios de segu-*

⁴⁷ PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona 1951, p. 122.

ridad jurídica y de justicia intrínseca en cada caso. Los primeros, en efecto, imponen soluciones uniformes a varios casos, sin consideración a sus particularidades únicas; en cambio, la doctrina del estoppel atiende a todas las circunstancias del caso para individualizar la sentencia cuando lo exija la justicia elemental o una consideración de orden público.

Aplicando esta idea a nuestra materia, no sería incompatible la regulación establecida de modo general en el Código civil, evitando la adquisición por usucapión de las servidumbres discontinuas con la aplicación de la doctrina de los actos propios para proteger la posición de quien ha realizado el paso por la finca ajena durante un período largo de tiempo y se cree con derecho a realizar el paso, entre otras cosas, gracias a la actitud adoptada por el titular de la finca «sirviente». Será el juez, en cada caso, quien determine el peso específico que debe dar a cada una de estas soluciones.

B) LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO APLICADA A LA PRETENSIÓN DE UNA ACCIÓN NEGATORIA DE UNA SERVIDUMBRE DE PASO

El artículo 7.2 del CC recoge, tras la reforma realizada en mayo del año 1974, la figura del llamado abuso del derecho. La plasmación legislativa de este principio fue fruto de un largo proceso iniciado por los estudios doctrinales de principio del siglo xx⁴⁸, proseguido por la admisión y utilización del mismo por la jurisprudencia⁴⁹, aun recordando el principio según el cual *nullus videtur dolo facere qui ure sou utitur*, es decir que quien usa su derecho no puede ser responsable del daño causado a otra persona o sobre otra cosa, y cuya culminación fue la consagración de la figura en el título preliminar de nuestro Código civil⁵⁰.

La utilización del abuso del derecho como doctrina gracias a la que resolver determinados comportamientos cometidos por los titulares de los derechos ejercitados se ha tropezado con no pocos

⁴⁸ JOSSEMAND, *De l'abus des droits*. París, 1905; CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, 1917; JOSSEMAND, *L'esprit des lois et leur relativité*, París, 1927.

⁴⁹ Notablemente la STS 14 de febrero de 1944, convertida en una cita clásica y un punto referente en la teoría del abuso del derecho.

⁵⁰ Sobre la evolución necesaria para que dicho principio fuese aceptado en la redacción que del título preliminar se realizó en el año 1974 puede consultarse el trabajo de CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «El abuso del derecho en el nuevo título preliminar del CC», publicado por la Academia Matritense del Notariado en los Estudios realizados sobre *El título preliminar del CC*, en el tomo I, pp. 470 ss.

problemas. El principio según el cual quien usa su derecho no debe responder del daño causado a otra persona ha sido y en cierto modo sigue siendo un principio vigente e incluso prioritario frente a la figura del abuso del derecho. Sólo quien usa su derecho en unas determinadas circunstancias o con una determinada intención⁵¹ causando un daño o un perjuicio a otra persona puede ver aplicada en su contra la teoría del abuso del derecho. Teoría que se puede predicar contra cualquier tipo de derecho, pues su base se encuentra en la existencia misma del derecho y en la idea de que todo derecho, en sí mismo, encierra en su utilización unos límites, de modo que el ejercicio del mismo fuera de dichos límites, provoca la reacción del ordenamiento jurídico y la protección de la persona que ha sido perjudicada como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho.

Muchos han sido los trabajos publicados en relación con la doctrina del abuso del derecho⁵². De ellos se puede concluir que para que sea aplicable dicha doctrina será necesario que se den los siguientes requisitos:

⁵¹ No es este el momento de analizar las distintas tendencias doctrinales referentes a los requisitos necesarios para apreciar la presencia del abuso del derecho. Como es conocido han sido las grandes corrientes a este respecto. Una de carácter subjetivo y que pone el acento en la intención de quien realiza el ejercicio abusivo para poder sancionar dicha conducta. Otra, objetiva, que, prescindiendo de la intención, se centra en la existencia real del perjuicio en las circunstancias fácticas en que el comportamiento se encuadra para extraer del análisis de dicho elemento razones justificativas por las que aplicar la doctrina. Existe igualmente una tercera posición, ecléctica, que es un punto medio entre las anteriores. Un análisis pormenorizado de estas posiciones puede ser encontrado en cualquiera de los estudios que sobre esta materia se han realizado y que son citados posteriormente. De entre ellos, dedica un estudio detallado GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios al CC y compilaciones forales*, Edersa, tomo I, vol. 1, pp. 904 ss.

⁵² Además de los hasta ahora citados podemos encontrar los siguientes: Díez-PICAZO, L., «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo título preliminar del CC y el problema de sus recíprocas relaciones». *Documentación jurídica*, núm. 4 (octubre-diciembre), 1974, pp. 1330 ss.; ROCA JUAN, J., *Comentarios a las reformas del CC*, Madrid, 1977; CARRILLO QUÍLEZ, *La teoría del abuso del derecho. Doctrina y legislación arrendaticia urbana*, 2.ª edición, Barcelona; BONET RAMON, «Comentario a la STS de 14 de febrero de 1944», *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 408 ss.; GONZÁLEZ BOTELLA, «El nuevo título preliminar del CC», *Documentación jurídica*, núm. 4 (octubre-diciembre), 1974, pp. 1159 ss.; CASSO Y ROMERO, *Aportación a la sistemática del abuso del derecho* (Discurso de recepción en la Academia Sevillana de Buenas Letras), Sevilla, 1935; JORDANO BAREA, J., «Dictamen sobre el abuso del derecho y fraude de ley», *Anuario de Derecho Civil*, 1960, pp. 858 ss.; MONTES VICENTE, L., *Comentario al artículo 7.1 del CC*, tomo I, Madrid, 1977; GARCÍA CALVO, R., «Consideraciones sobre el abuso del derecho», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1015 (25-2-1975), pp. 3 ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., «La corrección del automatismo jurídico mediante condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho», *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título preliminar del CC*, Publicaciones del ilustre colegio de Abogados de Valencia, 1975, pp. 113 ss.; RUIZ GALLARDÓN, R., «El abuso del derecho en la nueva ley de arrendamientos urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, 1956, pp. 1187 ss.; LUQUE, J. E., «El abuso de derecho como subversión a la certidumbre de la norma», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pp. 245 ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª Carmen, *Comentarios al CC y compilaciones forales*, Edersa, tomo I, vol. 1, pp. 862 ss.

1. Es necesario que exista un ejercicio extralimitado del derecho y que dicha extralimitación lo sea de un modo manifiesto.
2. Es necesario que se haya producido un daño a otra persona.
3. Es necesario que exista un nexo de causalidad entre el ejercicio extralimitado del derecho y el daño producido a la otra persona.

Dándose estos requisitos –que han sido ratificados en numerosas ocasiones por nuestra jurisprudencia– será posible aplicar las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 7.2 de nuestro CC, es decir, deberá la persona que ha realizado el ejercicio abusivo del derecho indemnizar a quien ha causado daño y además, se deberán adoptar las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

Explicada de manera esquemática la doctrina del abuso del derecho sólo nos queda aplicar lo dicho a nuestro problema concreto, analizar cuáles serían las consecuencias que de dicha aplicación se desprende y en último caso examinar el posible conflicto entre la aplicación, para el problema de la servidumbre de paso, de la doctrina del abuso del derecho y de la doctrina de los actos propios.

- a) *Es necesario que exista un ejercicio extralimitado del derecho y que dicha extralimitación lo sea de un modo manifiesto*

La concepción de la propiedad en nuestro Código civil proviene de la tradición liberal en la que nuestro cuerpo legal está inspirada. Ello conlleva, en el ámbito de la propiedad, la atribución al titular de dicho derecho de un amplísimo margen de actuación. Por ello, los límites del mismo nunca han estado precisamente fijados. Nuestra constitución, en el artículo 33 establece la función social a la que está sometida el derecho de propiedad, en función de la cual debe entenderse el mismo. Pero más allá de dicha función social, la propiedad, como cualquier otro derecho, está limitada en su utilización por el principio general de la buena fe, recogido en el artículo 7 del CC y en particular, su utilización, en determinados supuestos, puede ser calificada de abusiva. De modo que el titular de un bien no puede *usar* y *abusar* de él como quiera, sino que, por lo menos, dicha actuación estará limitada por el carácter social que tenga la misma y en base del principio de buena fe.

La pregunta que nos debemos hacer es si quien niega el paso por su finca al vecino quien lo viene ejercitando, abusa de su derecho o no. Planteada la cuestión de una manera tan genérica la respuesta parece que debe estar presidida por el principio general, de modo que parece lógico que el propietario de un terreno tenga

soberanía suficiente para evitar el paso por la finca de su propiedad de aquellas personas que él determine. No sería esta solución más que la aplicación del principio *nullus videtur dolo facere qui ure sou utitur*. Por tanto, la utilización del derecho de forma no extralimitada no da lugar a plantearse la utilización de la doctrina del abuso del derecho.

Sin embargo, este ejercicio puede realizarse de forma extralimitada. Y en nuestro caso, la extralimitación se manifestará, principalmente, por la utilización tardía del derecho a impedir el paso por la finca propia. Nos encontramos por tanto con el supuesto fáctico que estudiamos. Una persona ha estado pasando durante largo tiempo por la finca ajena y el titular de dicha finca, ejerciendo el derecho que tiene de salvaguardar su finca de la utilización por extraños, intenta detener el uso del que está siendo objeto.

Que el dueño de la finca que intenta impedir el paso que está realizando el vecino está haciendo uso de un derecho propio parece una afirmación que no necesita más demostración. El problema será determinar cuándo el uso de dicho derecho puede considerarse extralimitado o no.

Esta extralimitación puede deberse, según esta redactado el artículo 7.2 de nuestro CC⁵³ tanto a un abuso de tipo subjetivo –por la intención de su autor– como a un abuso de tipo objetivo –por las circunstancias en que se realiza el uso que sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho.

En el primer caso, lo fundamental será el estudio de la intención que ha tenido el dueño de la finca al impedir el paso que ha venido utilizando el vecino. La prueba de que la intención al impedir el paso ha sido una intención puramente dañina y que el ánimo que ha llevado al titular a ejercitar dicho derecho ha sido el de causar un mal y un perjuicio al que hasta ese momento ejercitaba el paso será una prueba en la mayoría de los casos muy difícil. Y ello precisamente porque al utilizar un derecho propio cuenta a su favor con la presunción del principio general según el cual quien utiliza su derecho no causa daño a nadie. Y en base a este primer caso, para destruir dicha presunción habrá que probar la intención de causar daño, lo que es realmente complicado.

No ocurre así, sin embargo, en el segundo caso. En nuestra opinión, de las circunstancias en las que se ha ejercitado el derecho

⁵³ «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realiza sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

puede derivarse que éste ha sido usado abusivamente. Creemos que no sería aventurado defender que el paso de un tiempo, al menos igual, que el que sería necesario para adquirir por usucapión otras servidumbres es un requisito imprescindible para poder hablar de uso abusivo, en este caso por extemporáneo, del derecho. Daría igual, en este segundo supuesto, la intención con la que se hubiese realmente realizado la pretensión de impedir el paso. No sería un factor determinante. Y ello porque las circunstancias podrían permitir deducir que quien ha dejado pasar durante más de veinte años por su finca al vecino, sin haber puesto ningún impedimento, no puede, sin más, cambiar de opinión y con ello causar un daño a la otra persona.

Para que el ejercicio del derecho, en este caso, sea abusivo, creemos que debe haber una cierta dosis de sorpresa e irracionalidad en la actuación del titular. Es decir, si el paso se ha venido utilizando durante largo tiempo, pero quien lo utiliza era consciente de que en cualquier momento podía ser privado de dicho paso, y dicha conciencia provenía del comportamiento del titular de la finca por la que pasaba, el cambio de opinión respecto al uso del derecho de paso no consideramos que pueda calificarse de abusivo.

Por tanto, la situación fáctica en que pensamos podría aplicarse la doctrina del abuso del derecho se parece mucho a la situación en la que, de estar permitido, podría plantearse la adquisición de la servidumbre de paso por usucapión, es decir, una situación en la que se den las características de la posesión *ab usucapionem* (en concepto de dueño, pública, pacífica y continua). Habiéndose mantenido este tipo de posesión en la utilización del paso por finca ajena durante al menos veinte años, nos parece que no es impertinente plantearse que la utilización del derecho a impedir el paso por la finca propia, puede ser un supuesto de uso abusivo de dicho derecho.

b) *Es necesario que se le haya producido un daño a otra persona*

La petición de cese de uso del derecho de paso, para que sea aplicable la doctrina del abuso del derecho, debe provocar un daño a quien venía ejercitando el paso. Dicho daño normalmente será de carácter patrimonial –la finca vecina pierde un valor económico como consecuencia de la imposibilidad de utilización del paso por la finca vecina– pero no puede descartarse la existencia de otro tipo de daño (que por supuesto siempre habrá que probar) que se mani-

fieste en la variación del comportamiento que hasta dicho momento ha llevado a cabo quien venía ejercitando el paso.

El daño, en cualquier caso, debe tener una importancia relevante. Por ello habrá que desechar el uso de la doctrina del abuso del derecho cuando la utilización del mismo no provoca más que molestias o trastornos que no alcanzan la intensidad suficiente para ser considerados de importancia relevante⁵⁴. En nuestra opinión, y en base a este factor, la trascendencia económica derivada de la decisión de utilizar el derecho a impedir el paso por la finca propia, será un factor determinante a la hora de la valoración del daño.

En la valoración del daño, al igual que deberán ser tenidas en cuenta las circunstancias de las fincas que se hallan implicadas en el litigio, también habrá de tenerse en cuenta las circunstancias personales de la o las personas que vienen utilizando el paso, así como la finalidad que hasta ese momento tenía el paso realizado por la finca ajena.

- c) *Es necesario que exista un nexo de causalidad entre el ejercicio extralimitado del derecho y el daño producido a la otra persona*

No parece excesivamente complicado establecer el nexo de unión entre la utilización del derecho a impedir el paso y la producción del daño en quien venía ejercitando dicho derecho.

Al igual que hemos hecho con las consecuencias jurídicas que podría tener la utilización de la doctrina de los actos propios, debemos analizar qué consecuencias jurídicas concretas se podrían desprender de aplicar la teoría del abuso del derecho al supuesto que nos planteamos.

Dos son las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la declaración del uso abusivo de un derecho. Por un lado el pago de una indemnización que intenta compensar el posible mal económico que el uso abusivo del derecho haya provocado. Por otro lado la adopción de una serie de medidas que impidan en un futuro, de nuevo, la utilización abusiva del derecho.

Por lo que se refiere a la primera consecuencia, habrá de demostrarse de manera clara el perjuicio económico causado como consecuencia del período de tiempo en el que no se ha podido ejercitar el paso, si es que ese hecho se ha producido.

⁵⁴ Es evidente que en los casos que estamos estudiando debe existir algún otro paso hacia una vía pública sin necesidad de utilizar la finca ajena, pues de lo contrario el supuesto daría lugar al nacimiento de una servidumbre legal.

Más interesante es la segunda de las medidas a adoptar. De entre las medidas civiles que el juez puede adoptar podemos pensar en las siguientes. Creación de una servidumbre de paso a favor de la finca vecina; obtención de un derecho de paso de carácter personal a favor de la persona que venía ejercitando el paso y contra la persona titular de la finca en ese momento; obtención de un derecho de paso de carácter personal pero oponible a cualquier titular de la finca por la que se ejercita el paso, independientemente de que fuese el litigante en el pleito u otro titular que hubiese adquirido su derecho *inter vivos* o *mortis causa*.

Evidentemente, la adopción de una u otras traerá consecuencias jurídicas radicalmente diferentes. Tanto para las partes implicadas como para terceras personas que con posterioridad se conviertan en titulares de las fincas. No creemos que exista una solución mejor que otra y dependerá de las circunstancias de cada caso que sea más oportuno la adopción de uno u otro tipo de medidas. Lo que sí parece correcto afirmar es que debe, en principio, adoptarse soluciones que no impliquen un cambio definitivo en la situación jurídica creada previamente —como lo sería la creación de una servidumbre de paso— y ello en virtud de que se está solucionando un problema planteado por el uso abusivo de un derecho realizado en un momento puntual, pero como ha manifestado la doctrina de un modo claro, el uso abusivo de un derecho en un momento puntual no debe suponer la pérdida de dicho derecho de un modo definitivo. El derecho a impedir el paso por la finca propia, en principio, sigue existiendo, y es en función de las circunstancias en las que se utiliza que debe ser limitado.

C) ¿DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS O ABUSO DE DERECHO?

En las páginas anteriores hemos visto cómo en determinadas circunstancias podrá, ante una situación de paso continuado, alegarse o bien la doctrina de los actos propios o la doctrina del abuso del derecho. Y no será excesivamente raro que se den las condiciones para alegar una y otra doctrina conjuntamente. Ello es consecuencia de que ambas figuras se hallan construidas sobre el mismo cimiento. Ambas son consecuencia de un principio general del derecho como es la actuación y la utilización de los derechos individuales de acuerdo a la buena fe en el comportamiento.

Esta circunstancia nos puede llevar a la duda de cuál de ambas doctrinas debe ser utilizada con preferencia en el caso, que ya hemos dicho que puede ser frecuente, de que ambas sean alegables.

En base a la redacción del artículo 7 del CC y la estructura que de él se desprende, en el párrafo primero se recoge el principio general y en el segundo, la aplicación especial de dicho principio a una figura más delimitada como es el abuso del derecho. De dicha estructura se ha deducido que existiendo la posibilidad de aplicar la figura del abuso del derecho o bien otra figura no regulada específicamente y relacionada con el principio general de la buena fe (doctrina de los actos propios) sería preferible, en virtud del principio de especialidad, utilizar la norma más concreta a la más genérica. De esta manera, y en base a la redacción actual del Código, tendría preferencia siempre la doctrina del abuso del derecho frente a cualquier otra solución basada en el principio general de la buena fe⁵⁵.

Otro argumento favorece la aplicación de la doctrina del abuso del derecho frente a la de los actos propios. En el artículo 7.2 CC están previstas las consecuencias jurídicas de la existencia de una situación en la que se produzca el abuso del derecho (indemnización y adopción de medidas civiles o administrativa que impidan la persistencia o la producción de una nueva situación de abuso). Por el contrario, nada se dice en el artículo 7.1 de las consecuencias jurídicas que se derivan de la utilización o ejercicio de un derecho contraviniendo el principio de uso de acuerdo a la buena fe. Por esta segunda razón parecería más lógica usar con preferencia la doctrina del abuso del derecho frente a la de los actos propios.

En verdad, esta polémica nos parece un poco falsa. Es cierto que en orden a los presupuestos y por tanto a la prueba de los mismos no será igual alegar una u otra doctrina. Pero al estar basadas ambas sobre un principio común y por tanto resolver ambas cuestiones muy próximas, no creemos que exista gran diferencia entre alegar una u otra. Será la parte que la alegue –en nuestro caso quien está ejercitando el paso durante largo tiempo– quien debe optar entre la utilización de una o otra.

⁵⁵ GETE-ALONSO y CALERA, M.^a Carmen, *Comentarios...*, opus cit., p. 916, opina del siguiente modo: «En ocasiones, cuando concurren los demás requisitos que definen al abuso del derecho no cabrá dudar acerca de la calificación del acto. En otras, y dada la proximidad que existe con el otro principio general recogido en este precepto, puede hacerse especialmente difícil la elección entre uno y otro.

Así sucede, en particular, en relación al retraso desleal en el ejercicio del derecho que –como se vio– aparece considerado como uno de los supuestos típicos de ejercicio contrario a la buena fe y que puede considerarse, también, como acto abusivo respecto de las circunstancias concurrentes (de tiempo, en este caso).

La única manera de diferenciar uno de otro, a fin de aplicar la normativa adecuada, es tomando en consideración todos los datos que contribuyen a identificar la conducta realizada. De modo que si de dan los precisos para apreciar la existencia de abuso serán sus reglas las que deberán aplicarse con preferencia dado el carácter más particular (específico) de éste».

Por lo que se refiere al tema de las consecuencias jurídicas, no vemos inconveniente en que en ambos supuestos puedan predicarse las mismas. No nos parece erróneo que ante la demanda de cese de paso por la finca propia y la contestación alegando la doctrina de los actos propios, la consecuencia de la desestimación de la demanda pueda ir acompañada de la obligación de indemnización de los daños causados a quien ha dejado de ejercitar el paso, así como de las medidas necesarias para que dicho paso se siga ejercitando sin que quien pasa sea perturbado en su derecho en el futuro.

2. LAS SOLUCIONES FRANCESAS AL CONFLICTO PLANTEADO POR EL PASO CONTINUADO DURANTE LARGO TIEMPO POR FINCA AJENA

Como ya hemos visto previamente, el Código civil español adopta una posición idéntica a la que era establecida por el Código civil francés en materia de prescripción de servidumbres discontinuas y no aparentes. En principio, dicha prescripción parece imposible tanto en Francia como en España en virtud de la redacción de los artículos 691 y 539, respectivamente, de los códigos civiles de ambos países.

Y en base a estos principios podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que la regla general es que en una pretensión ante la jurisprudencia francesa en la que se solicite la adquisición de una servidumbre de carácter discontinua como consecuencia del uso continuado de la misma, en un porcentaje muy elevado de casos será desestimada. La actitud contraria de los tribunales franceses estaría injustificada debido a la clara redacción del artículo 691.

Al igual que nuestro país⁵⁶, la doctrina francesa ha criticado severamente la dicción del Código civil desde los primeros comentaristas del código. Fruto de estas críticas y, sin duda, de la situación de injusticia que la solución de la imprescriptibilidad produce en determinados supuestos, la jurisprudencia francesa ha adoptado algunas soluciones que son las que en este momento vamos a comentar.

Y en este punto sí que existe diferencia entre el comportamiento adoptado por la jurisprudencia francesa y el de la española. Nuestros

⁵⁶ Ya hemos visto en la primera parte de nuestro trabajo las críticas que se hacen a la imposibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres discontinuas.

jueces se han limitado –quizá sea esa su obligación– a aplicar literalmente la prohibición de usucapión de servidumbres discontinuas establecida en el Código. Por el contrario, la jurisprudencia francesa ha optado por relativizar dicha prohibición convirtiéndola en un principio general –y como tal aplicado en la mayoría de las ocasiones– pero sujeto a revisión en algunos casos en los que su utilización automática puede dar lugar a determinados resultados injustos.

Así, la jurisprudencia francesa ha adoptado, al menos en cuatro ocasiones, la decisión de permitir la prescripción, no ya del derecho de servidumbre, sino de la propiedad o copropiedad del camino por el que se desarrolla la servidumbre, a favor de la persona que ejercitaba el paso durante un largo período de tiempo por finca ajena. Estas sentencias datan de 7 de febrero de 1884⁵⁷; 22 de octubre de 1924⁵⁸; 15 de febrero de 1972⁵⁹; 20 de noviembre de 1974⁶⁰. En todas ellas se opta por la concesión de la propiedad o la copropiedad del terreno a la persona que venía ejercitando el paso por el mismo. En todas ellas se dan circunstancias que hubiesen producido, de haberse aplicado la norma general, una situación injusta. En todas ellas, la utilización del camino sobrepasaba el tiempo necesario para que se hubiesen adquirido por prescripción el derecho de propiedad; la privación del paso producía un perjuicio irreparable a quien hasta ese momento lo venía ejercitando; no se apreciaba un interés relevante en el dueño de la finca «dominante» para impedir el paso; o se producía un quebranto importante en el valor económico de la finca por el hecho de privarle del paso por la vecina.

En estas condiciones, la jurisprudencia francesa ha flexibilizado el principio de imprescriptibilidad de las servidumbres de paso y ha optado por la consabida solución de dar la propiedad o la copropiedad del terreno. En casos parecidos, como la petición de adquisición de una servidumbre de pastos, ha concedido no la prescripción de la servidumbre, sino la prescripción de un derecho de superficie.

Nuestra opinión es que la intención de la jurisprudencia francesa parece loable. Es más, no es otro el propósito de este trabajo que el de encontrar soluciones alternativas a la rigidez de la regla de inadmisibilidad de la prescripción adquisitiva de servidumbres de paso, no de forma general, sino para aquellos supuestos en los que la solución tradicional puede dar lugar a una situación injusta.

⁵⁷ DP de 7 de febrero de 1883, DP de 1884, 1, p. 128.

⁵⁸ *Gazette du Palais*, 1924, 2, p. 695.

⁵⁹ *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1974, III, núm. 101.

⁶⁰ *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, 1974, III, núm. 42.6.

Sin embargo, a pesar de ser alabable la intención de dichas decisiones jurisprudenciales, podría parecer excesiva la solución que ha sido adoptada. Y ello en base a los siguientes argumentos:

1. Con el seguimiento de esta doctrina se consigue el efecto contrario al que era pretendido por el legislador a la hora de impedir la prescripción de las servidumbres discontinuas. Ya hemos visto como la verdadera razón por la que el Código civil –tanto el español como el francés– prohíben la usucapión de las servidumbres discontinuas es mantener al propietario en una situación de seguridad absoluta frente a las posibles pretensiones de los vecinos a la hora de reclamarle la adquisición de un derecho de paso. Lo que indirectamente produce también un beneficio en los propios vecinos, pues de este modo el nivel de permisibilidad en las relaciones vecinales aumentará sin duda.

Pues bien, con la solución adoptada por la Corte de casación francesa de conceder la propiedad o la copropiedad del terreno por el que se ejercita el paso, no sólo no se les protege de dicha posibilidad, sino que además se ven privados de una porción del terreno que les pertenecía o al menos se le obliga a compartir la propiedad con el vecino.

Parece excesiva la solución adoptada y más cuando se podría haber satisfecho el derecho de paso utilizando otros medios menos agresivos con el derecho de propiedad del vecino. Nosotros creemos que, al menos en el derecho español existen mecanismos menos agresivos con el derecho de propiedad del titular de la «finca sirviente» y que protegen perfectamente el derecho de paso de quien lo ha ejercitado durante largo tiempo.

2. A efectos de prueba, para que la solución francesa fuese viable en España, quien ejercitase el paso debía probar que cumple todos los requisitos para adquirir por usucapión la propiedad del terreno y no el derecho de paso. Es decir, a la hora de probar que su posesión se realizaba en concepto de dueño, no le bastaría probar que ejercitaba el paso como si fuese titular de un derecho de la misma naturaleza, sino que tendría que probar que se comportaba como titular del derecho de propiedad que recayese sobre la porción de terreno que estuviese utilizando.

Además, a efectos de publicidad de su posesión, seguramente no bastaría con alegar y probar, simplemente, el ejercicio de paso realizado durante un largo período de tiempo. Tendría que demostrar algún otro acto que reflejase el dominio que ejercía sobre dicha porción de terreno. Por ejemplo, haber realizado obras a su cargo sobre dicha franja de terreno, haber costado diversos gastos rela-

cionados directamente con el uso, mantenimiento y disfrute del terreno por el que pasa, etc.

En resumen, a nivel de prueba, quien ejercita el paso tendría que probar, para poder beneficiarse de la solución dada por los tribunales franceses, no sólo que se ejercitaba, simplemente un derecho de paso, sino que habrá que probar que realmente el comportamiento ejercitado conllevaba la verdadera intención de convertirse en dueño del terreno por el que se pasa. Algo que a nuestro parecer es muy distinto del problema inicialmente planteado.

Además, en el caso en que el comportamiento fuese realmente como el de un titular del derecho de propiedad y no como simplemente de un derecho de paso la incompatibilidad de posesiones del *verus dominus* y de quien está usucapiendo debería ser absoluta, con lo que tan sólo sería aplicable esta solución a los supuestos en los que el paso se hubiese estado ejercitando con una ausencia total de actividad por parte del titular de la finca por la que se ejercita el paso, ya que algunos actos tendentes a poner de manifiesto dicha titularidad podrían interrumpir la prescripción del vecino. Por el contrario, cuando lo que se adquiere es el derecho de paso y no la propiedad del terreno, el margen de comportamiento del verdadero titular de la finca es más amplio, pues ejercitando facultades propias del titular de la finca, en ocasiones, sin embargo, no serán consideradas como suficientes para interrumpir la posible usucapición del derecho de paso. Sólo las que directamente estuviesen destinadas a impedir dicho paso podían ser consideradas como dignas de interrumpir la posible prescripción. Lo que provoca un problema mucho más sutil, precisamente el que han tratado de evitar los códigos civiles español y francés.

En resumen, nos parece que la opción adoptada por la jurisprudencia francesa puede solucionar sólo un tipo determinado de casos, aquellos en lo que ha existido una actitud absolutamente pasiva por parte del titular de la finca por la que se ejercita el paso; que requiere la prueba de un derecho superior —el de propiedad— de aquel que realmente se está ejercitando —el de paso— y que de no darse dichas circunstancias (comportamiento del titular de la finca y prueba por parte de quien ejercita el paso) la adopción de una medida concesiva de la propiedad del terreno o de la copropiedad del mismo a quien ejercita el paso por él es excesivamente gravosa para el dueño de la finca.

3. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA ACCESIÓN INVERTIDA AL ÁMBITO DE LA UTILIZACIÓN CONTINUADA DE UN PASO POR FINCA AJENA

Como es conocido, nuestro Código civil, en su artículo 361, resuelve el conflicto planteado por la construcción de buena fe en suelo ajeno. Y lo hace aplicando el principio de *superficie solo cedit* al permitir al dueño del suelo optar entre quedarse con lo construido, una vez haya indemnizado al constructor en virtud de los criterios establecidos en los artículos 453 y 454 del Código, o por el contrario obligar al constructor a la adquisición del terreno ocupado previo pago de la indemnización del precio de dicho terreno.

También se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones cómo el principio sobre el que se sostiene el artículo 361 no es más que una manifestación especial de otro principio más general que el del *accessorium sequitur principale*, es decir que lo accesorio sigue a la principal. Y se entiende que en todos los casos resueltos por el artículo 361 lo principal es el suelo y lo accesorio el vuelo.

Sin entrar a valorar esta posición adoptada por el artículo 361⁶¹, pues no es esta materia el objetivo de este trabajo, sí que hay que dejar constancia de que el principio de *superficie solo cedit* no es aplicado cuando la construcción se ha realizado en parte en suelo propio y en parte en suelo ajeno.

En dicho supuesto, no previsto por norma alguna en nuestro Código civil, ha sido la jurisprudencia quien ha impuesto una solución que es la conocida con el nombre de accesión invertida. Aplicando el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, nuestro Tribunal Supremo, en no pocas sentencias, ha resuelto el caso concediendo al dueño de lo construido la posibilidad de adquirir el terreno ajeno previo pago del valor del mismo y de los daños que la privación de dicha porción del terreno ocasione al titular del mismo.

Pero para aplicar esta doctrina, el Tribunal Supremo exige la concurrencia de una serie de requisitos, alguno de los cuales, por

⁶¹ A este respecto dice DÍEZ-PICAZO, L., en «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, p. 848, criticando que el principio de superficie solo cedit sea una aplicación de que lo accesorio sigue a lo principal lo siguiente: «Desde algún punto de vista, el principio superficies solo cedit como derivación de la regla *accessorium sequitur principale*, representa hoy en día un anacronismo. No puede generalizarse la idea de que la tierra es siempre lo principal, y lo construido sobre ella lo accesorio. De hecho, la tierra no es otra cosa que un elemento que debe ligarse con otros para que la utilidad social aparezca. Puede ocurrir incluso que el valor social y económico de la construcción sea muy superior al valor del suelo en sí mismo considerado, que haya necesitado una inversión de capital superior al valor económico atribuible al suelo y en todo caso una iniciativa o ida empresarial que debe también tenerse en cuenta adecuadamente».

ser de interés para el análisis posterior pasamos a exponer de manera muy sucinta:

1. Que se haya producido una invasión del terreno ajeno por el vecino. Es de resaltar aquí que el Tribunal Supremo considera que existe invasión no sólo cuando se ha producido del suelo, sino también cuando se ha producido una invasión del vuelo (STS de 7 de noviembre de 1995)⁶². Es más, y esto es muy interesante para nuestra materia, en la STS de 10 de diciembre de 1980⁶³, el Tribunal concedió la accesión de un terreno colindante con la construcción en la medida que resultase necesaria para respetar las distancias establecidas en el artículo 582, si bien en la misma sentencia destacó que lo que se concedía era la propiedad del terreno y no la servidumbre a favor de la finca por *no ser la accesión, tanto continua como invertida, medio hábil para ello (adquirir la servidumbre), ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la ley*. Por lo tanto hay que entender el término invasión de la propiedad ajena en un sentido amplio

2. Que la invasión del terreno ajeno se haya producido de buena fe, para lo cual es muy conveniente, sino casi imprescindible, que el propietario del terreno invadido no haya demostrado de algún modo su contrariedad a la construcción que se ha realizado.

3. Que no sea fácilmente separable lo construido del terreno sobre el que se ha construido y que el valor de lo edificado –o el daño que ocasionaría la destrucción de la parte construida en la finca ajena sobre el total de la construcción– sea superior al valor del terreno ocupado. Es aquí donde se manifiesta el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, pues en este caso, el menor valor del suelo hace que se considere principal la construcción en su conjunto y que por tanto el suelo pase a ser propiedad del constructor.

Sentadas las bases en las que se encuadra la accesión invertida, pasemos a intentar aplicar dicha doctrina al campo que nos interesa, es decir el del paso continuado por finca ajena. Pero para un mejor análisis de este supuesto nos parece conveniente distinguir dos supuestos diferentes. El primero es aquel en el que quien ejerce el paso ha realizado un camino por la finca ajena. Por tanto ha realizado obras y modificaciones en la finca colindante que le favorecen el paso. El segundo supuesto se produce cuando quien ejer-

⁶² Ref. Aranzadi 8079.

⁶³ Ref. Aranzadi 4742.

cita el paso no ha realizado acto alguno en la finca colindante, sino que simplemente ejercita un paso por la misma.

A) QUIEN EJERCITA EL PASO HA REALIZADO OBRAS O MODIFICACIONES PERMANENTES EN LA FINCA AJENA

Esta situación provoca la creación de una serie de obras o modificaciones que en muchos casos serán visibles y por ello será más fácil que el dueño de la finca en la que se han ejercitado dichas obras reaccione ante ellas.

Por otro lado, la creación o modificación de determinados elementos de la finca ajena pueden poner igualmente de manifiesto la voluntad clara de quien ejercita el paso de seguir utilizando dicho terreno como paso habitual.

Pero dejando a un lado estas primeras reflexiones, que deben presidir las líneas siguientes, analicemos si en dicho caso se dan las condiciones necesarias para que la persona que ejercita el paso pueda solicitar la propiedad de la porción de terreno de la finca ajena por la que habitualmente viene pasando.

Tres hemos dicho que son los elementos que deben reunirse para poder aplicar la doctrina de la accesión invertida. Construcción extralimitada, buena fe del constructor y mayor valor de lo construido que del suelo ocupado.

Por lo que se refiere a la existencia de una construcción extralimitada, en el caso examinado, parece claro que la persona que ejercita el paso, para poder realizarlo mejor, habrá realizado algún tipo de obra, de carácter permanente, sobre la finca ajena. Como hemos visto anteriormente, el Tribunal Supremo considera que existe construcción extralimitada incluso cuando la construcción, en sí misma, no traspasa la finca propia, pero no respeta la distancia mínima exigida respecto de la existencia de una servidumbre de vista. Con más razón deberá considerar que la realización de obras tendentes a facilitar el paso por la finca ajena se encuadra dentro del concepto de obras extralimitadas.

Se podría alegar que la obra en sí no es extralimitada, pues puede que todo ella se realice en la finca ajena. ¿Supondría ello un obstáculo para poder considerarla como extralimitada? No lo creemos así, por la siguiente razón. La finalidad funcional que tiene la realización de la obra está íntima e irremisiblemente unida a la finca vecina. Quien construye un camino en la finca vecina, aunque lo haga exclusivamente en ella –lo cual tampoco será frecuente– lo hace con la finalidad de pasar desde su finca a otro punto. Parece

claro, pues, que este tipo de construcción puede considerarse como extralimitada.

El segundo requisito será el de que el constructor haya realizado la obra sin mala fe. ¿Qué debemos entender por buena fe en este caso? En nuestra opinión creemos que buena fe significa la creencia de que está construyendo en terreno propio, pero el Tribunal Supremo⁶⁴ ha aceptado incluso la existencia de buena fe cuando quien realiza la obra conocía que se estaba realizando en terreno ajeno, pero pensaba que tenía otro tipo de derecho –en el caso de la sentencia citada era una servidumbre– que le permitía realizar dicha construcción. No pensamos, a pesar de la sentencia citada, que la creencia, por parte de quien realiza la obra, de que es titular de un derecho de paso sobre la finca ajena le faculta para que si realiza las obras, pueda ser considerado de buena fe. Y ello es porque el contenido típico del derecho de paso no concede al titular del mismo el derecho a realizar obras en la finca ajena a fin de facilitar dicho derecho de paso, sin contar con el consentimiento del titular de la finca por la que se ejercita el paso. Por tanto, en el caso que estamos analizando, para considerar a quien ha construido en terreno ajeno de buena fe, lo normal será que piense que él es el titular de la propiedad de la porción de terreno en la que se realiza la construcción.

Pensamos además, que no basta con que él crea que es propietario de dicho terreno, sino que será necesario, para que sea considerado de buena fe, que cualquier persona, en sus mismas circunstancias, utilizando una diligencia media, hubiese creído, igualmente que él también era propietario de dicha porción de terreno.

El tercer requisito es que lo construido sea más valioso que el terreno utilizado. En nuestro caso no creemos que la comparación de valores deba realizarse entre el camino construido y el terreno que ocupa. Por el contrario, creemos que la valoración debe realizarse del siguiente modo. Habrá que realizar una doble valoración de la finca en la que se ha realizado la obra. La primera valoración se hará suponiendo que la franja de terreno utilizado para el paso pertenece a la finca y que no existe derecho de paso. La segunda valoración se hará pensando que la franja de terreno en la que se ha realizado la construcción ha dejado de pertenecer a la finca y que por ella se va a ejercer un paso. Entre dichas valoraciones, evidentemente habrá una diferencia de valor.

Por otro lado habrá que hacer una doble valoración de la finca vecina. De nuevo una primera valoración de la finca presumiendo

⁶⁴ STS de 29 de abril de 1970.

la pertenencia a la misma de la franja en la que se ha realizado la obra. Una segunda siguiendo el criterio contrario. Entre ambas valoraciones, de nuevo tendremos una diferencia de valor.

En nuestra opinión, dichas diferencias de valores son los términos de la comparación en las que nos debemos basar para poder afirmar la existencia de un mayor beneficio para la finca vecina que perjuicio para la finca en la que realmente se realiza el paso. Dicho análisis no deja de ser una valoración económica de los derechos de ambos titulares y la cesión del derecho más débil económicamente. Pero esta comparación se constituye en una manifestación del principio de que lo accesorio sigue a lo principal, principio base de la accesión invertida. En cualquier caso, la conclusión no debe ser automática, en el sentido de que se otorgue el derecho al paso cuando haya un beneficio económico superior para la finca «sirviente». A parte del económico deberá tenerse muy en cuenta el perjuicio que sufre la finca por la que se pasa.

Dándose estos tres requisitos en los términos en nos hemos expresado en las líneas precedentes, creemos que podría defenderse la existencia de un supuesto de accesión invertida, cuyo resultado sería la transmisión de la propiedad del terreno utilizado en la construcción del camino al dueño de la finca vecina, a cambio del pago de una indemnización⁶⁵ –que abarcaría el valor del terreno y cualquier otro daño que dicha pérdida ocasionase al dueño de la finca.

Hemos de resaltar que por lo que respecta a quien ejercita el paso y se convierte en propietario de la franja de terreno, la solución se acerca a la de haber adquirido la propiedad por medio de la usucapión –al modo de la solución francesa–. Pero hemos de hacer notar, inmediatamente las diferencia que existen entre uno y otro supuesto. La adquisición por usucapión no conlleva el pago de una indemnización, ni la existencia necesaria de la buena fe. Si conllevará en la mayoría de los casos y a efectos de prueba, como hemos manifestado previamente, la realización de algún tipo de obras que permita la argumentación de actuación en concepto de titular no ya del derecho de paso sino de la propiedad misma. Además, la adquisición de la propiedad del terreno por medio de la usucapión conlleva, igualmente la necesidad de haber estado ejercitando el derecho durante un período determinado de tiempo, lo que no es exigido cuando la propiedad es adquirida por medio de la accesión invertida.

⁶⁵ Cuyo fundamento podría encontrarse en el artículo 1902 del CC, según ALBALA-DEJO.

Dejando claras las diferencia entre ambas figuras, sin embargo hay algunas circunstancias que las acercan. Por un lado, como hemos apuntado antes, el traspaso de la propiedad de una franja de terreno de una persona a otra. Por otro, la existencia de una obra realizada por quien no es dueño de la finca –recordemos que en la prescripción, a efectos de prueba será casi imprescindible– y la pasividad del dueño de la finca ante la obra realizada por el vecino, pues una oposición judicial a dicha obra supondría, en el campo de la prescripción la paralización del plazo y en el ámbito de la accesión invertida la puesta en duda de la buena fe de quien realiza la obra.

Podemos, pues, extraer una conclusión de la comparación de estas dos figuras. Si quien realiza el paso por finca ajena ha realizado una obra o un camino para ejercitarlo y el dueño de la finca por la que se ejercita el paso no ha reaccionado ante dicho acto, nuestro ordenamiento jurídico puede facilitar la adquisición de la propiedad del terreno por el que se ejercita el paso –no del derecho de servidumbre de paso– a quien ha realizado la construcción.

B) QUIEN EJERCITA EL PASO NO HA REALIZADO NI OBRAS NI MODIFICACIONES PERMANENTES EN LA FINCA VECINA, SIMPLEMENTE REALIZA UN PASO POR ELLA

¿Se dan en este supuesto los requisitos necesarios para aplicar la doctrina de la accesión invertida?

En primer lugar lo que habría que plantearse en este caso es si lo que se persigue es la accesión de la propiedad del terreno o por el contrario la accesión del derecho de paso sobre el terreno ajeno, lo que nos lleva a otra pregunta. ¿Es posible adquirir por accesión un derecho diferente del de propiedad? Hasta ahora, que sepamos, en todas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha utilizado la doctrina de la accesión invertida admitiéndola, la solución ha sido el traspaso del derecho de propiedad de un titular a otra. Es más, cuando ha tenido ocasión de conceder tan solo un derecho de servidumbre y no el de propiedad no lo ha hecho⁶⁶.

Podría argumentarse que el Código civil, en los artículos que dedica a la accesión, se refiere exclusivamente al derecho de propiedad y por tanto tan sólo este derecho es el que puede ser adqui-

⁶⁶ STS de 10 de diciembre de 1980, citada previamente.

rido por dicho medio. Pero dicha argumentación parece más formalista que definitiva⁶⁷.

Pero en cualquier caso, todos los supuestos en los que de una manera directa es tratado el tema de la accesión en el Código civil están relacionados de forma expresa con la adquisición de una propiedad. Del mismo modo, como hemos visto, todas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha aplicado la teoría de la accesión invertida han desembocado en la adquisición de la propiedad por parte del demandante. Parece, pues, problemático referir la doctrina de la accesión invertida a la adquisición de un título diferente al de la propiedad. Pero aun admitiéndolo y retomando la pregunta sobre si se dan las condiciones necesarias para aplicar a la situación de paso continuado por finca ajena, sin realización de obras, la doctrina de la accesión invertida, debemos de plantearnos si podría considerarse la existencia de una extralimitación.

Creemos que tan sólo será posible hablar de extralimitación cuando la utilización del terreno ajeno se haga de una manera constante, como ocurre cuando se ha construido extralimitadamente sobre el suelo en el que se ha construido o como ocurría en la sentencia de 10 de diciembre de 1980 con la utilización de la porción de terreno fronteriza con la finca en la que se había construido.

¿Se podría considerar que quien utiliza el paso por la finca ajena cada vez que le es necesario provoca una extralimitación constante? Desde nuestro punto de vista no es así. La utilización del paso podrá ser, en cuanto a su posesión, continua, pero desde el punto de vista de la finca que es utilizada no se puede considerar que la extralimitación sea constante.

Por tanto, aun dándose los otros dos requisitos necesarios –la buena fe y el requisito económico– en nuestra opinión, no sería aplicable a este supuesto la doctrina de la accesión invertida.

C) CONCLUSIÓN

Se desprende del análisis que hasta ahora hemos realizado sobre la posibilidad de adquisición de la porción por la que se ejerce el paso por medio de la accesión invertida, que ésta será posi-

⁶⁷ Ésta parece, también, la opinión de CARRASCO PERERA, A., en un magnífico artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado*, 1996, titulado «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en donde en sus conclusiones, y desde una perspectiva de análisis económico del derecho afirma que: «La mejor forma de evitar incurrir en estos costes y de producir transferencias infracompensatorias es imponer una servidumbre en lugar de atribuir la propiedad del terreno invadido».

ble sólo si quien ejercita el paso ha realizado obras permanentes sobre la finca ajena, obras que pudieran ser consideradas como extralimitaciones. Y que en dicho caso la consecuencia sería la adquisición de la propiedad de la franja de terreno.

Igualmente, hemos visto cómo es posible la adquisición de la propiedad del terreno por el que se ejercita el paso por medio de la prescripción y sin embargo no es adquirible por dicho mecanismo el derecho de paso.

Ello nos puede llevar a pensar que, a pesar de suponer para el titular de la finca por la que se ejercita el paso un perjuicio mayor es más fácil conseguir la propiedad del terreno por el que se ejercita el paso que simplemente el derecho a pasar. Sería como dice Larroumet⁶⁸ un supuesto en el que aun permitiéndose lo más –como sería la adquisición de la propiedad del terreno– no le estaría permitido lo menos –es decir, la adquisición de un derecho de paso-. Lo cual no deja de ser una excepción a dicho principio, excepción justificada por la misma razón por la que está prohibida la prescripción de las servidumbres.

Si nos fijamos, en los casos en los que se permite la adquisición por prescripción de la propiedad del terreno por el que se ejercita el paso, siempre es necesario que se haya dado una actitud clara y pública de quien ejercita el paso de que está ejercitando dicho derecho. Además, es necesario que dicha actitud sea permanente e incluso, en la mayoría de los casos, los actos de los que se deduce la posesión del derecho deben ser de tal naturaleza que podrían ser actos realizados por el auténtico dueño del terreno (pensemos en la construcción de un camino). Además, en estos mismos casos debe existir una actitud pasiva del dueño del terreno por el que se efectúa el paso. Actitud pasiva ante una posesión pública y que raya, cuando no coincide con una posesión en concepto de dueño en el sentido de titular de la propiedad.

No se da, en ningún caso una situación más o menos equívoca, en la que sea difícil determinar hasta que punto nos podemos encontrar ante una posesión meramente tolerada en la que los actos realizados por quien ejercite el paso sean de tal naturaleza que no

⁶⁸ LARROUMET, C., *Les droits réels principaux immobiliers*, p. 524, núm. 869. Dice exactamente: *Ainsi encore, la jurisprudence a admis la possession animo domini et la prescription acquisitive au profit du possesseur à titre de propriétaire là où il ne pouvait y avoir de possession de la servitude, en raison des articles 690 et 691. Par exemple, celui qui utilise un chemin sur le fonds d'autrui, en bordure de son fondes, pourra en acquérir la propriété par prescription. En ce cas, celui qui peut le plus ne peut pas le moins, ce que est étrange, mais est justifié par des considération d'opportunité, en raison de la prohibition de l'article 691.*

permitan reconocer claramente su comportamiento como poseedor de un auténtico derecho subjetivo.

Es decir, lo que nos ha dicho el código, y también la jurisprudencia⁶⁹ –y por ello no ha aplicado la teoría de la accesión invertida a las servidumbres– es que cuando existe una invasión clara, constante y permitida en la titularidad de una persona determinada y ésta la consiente, corre el riesgo de terminar perdiendo ese derecho. Pero cuando la invasión en su derecho no es de tal intensidad que ponga en duda la titularidad del derecho, no se podrá adquirir un derecho menor, en aras a favorecer las buenas relaciones de vecindad.

4. LA ALEGACIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE.

Con base en el supuesto del que partimos se nos puede presentar el siguiente caso: Una vez que se lleva pasando cuarenta años por la finca ajena se nos notifica la presentación de una demanda solicitando el cese del paso y por tanto ejercitando una acción negatoria de servidumbre.

En nuestro ordenamiento común, como es sabido, no existe un plazo determinado para determinar la prescripción de las acciones negatorias, lo que ha llevado a una parte de la doctrina a mantener que el período de ejercicio de la acción es el general para las acciones reales, que según el artículo 1963 de nuestro CC es de treinta años. Sin embargo, hay otra posición que afirma que el plazo de prescripción no debe ser el de treinta años, sino el de veinte, pues el plazo exigido para la adquisición por usucapión de las servidumbres (las que se pueden usucapir, las continuas y aparentes) es de veinte años, según el artículo 537.

Independientemente de cuál sea el plazo de prescripción de la acción, otro problema (pero íntimamente ligado al anterior), y desde mi punto de vista más interesante, es el momento en el que debe empezar a contar el plazo de prescripción.

Para dar una respuesta a esta interrogante debemos dejar sentado de antemano la existencia, por parte de la doctrina, de dos formas de entender la prescripción extintiva. Una que la ve como una institución desligada de la prescripción adquisitiva y otra que, por el contrario, considera que la prescripción de las acciones reales va

⁶⁹ Incluyendo a la francesa respecto de la prescripción del dominio y no de la servidumbre de paso.

íntimamente unida a la adquisición por usucapión por parte de un tercero de la titularidad que ha prescrito extintivamente⁷⁰.

En nuestra opinión, estas dos polémicas doctrinales, y a nivel general para cualquier tipo de servidumbres usucapibles debe resolverse de la siguiente manera. El plazo de prescripción extintiva debe entenderse que es de veinte años y, además, el momento en el que debe empezar a contar dicho período es aquel en el que existe un ataque al derecho que se pretende defender, lo que significará que existe una posesión en concepto de dueño por parte de quien está usucapiendo el derecho. Pasado el período necesario para usucapir, automáticamente habrá prescrito la acción negatoria. Por el contrario, el ejercicio de la acción negatoria dentro de los veinte años siguientes al comienzo de la usucapión interrumpirá ésta.

Lo dicho hasta ahora es válido para las servidumbres usucapibles. Pero en nuestro caso el problema radica en la imposibilidad legal de alegar la usucapión de una servidumbre de paso. Por ello se plantea el problema de si será posible alegar la prescripción de la acción negatoria de servidumbre.

Como ha quedado claro, nosotros ligamos la prescripción de la acción a la posibilidad de usucapir. Ello nos lleva, en sentido inverso a pensar que cuando un derecho no se puede usucapir, como ocurre con la servidumbre de paso, la acción negatoria de servidumbre de paso adquiere el carácter de imprescriptible. Es decir, que independientemente del plazo que hubiera pasado podrá ser ejercitada ante los tribunales sin miedo a ser combatida por medio de una excepción de prescripción.

Ello conlleva automáticamente a que, de nuevo, el único límite con el que se puede paralizar este tipo de acciones es por medio del uso abusivo del derecho y en base a la teoría de la buena fe, protegida de modo general por el artículo 7 del CC.

⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, L., «En torno al concepto de prescripción», *Anuario de Derecho Civil*, 1963, p. 995: «Parece claro que, producida la usucapión a favor de una persona, el usucapiente, *novus dominus*, este hecho entraña, al mismo tiempo, contemporáneamente, una pérdida del dominio del *vetus dominus*. Una usucapión tiene lógicamente que coincidir con una pérdida del dominio. Usucapión y pérdida del dominio son, por decirlo así, como el haz y el envés de un mismo fenómeno jurídico». Y, en la página siguiente, hablando de la acción negatoria afirma que: «El problema de las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva presenta un cariz muy semejante en el terreno de los derechos reales *in re aliena*. La adquisición por usucapión de un derecho real *in re aliena* entraña, necesariamente la pérdida de las facultades que el dueño de la cosa tiene para defender la libertad de su fundo. Si a este conjunto de facultades de defensa a la libertad del fundo nosotros lo llamamos, en un sentido muy amplio, «acción negatoria, tendremos que convenir en que la usucapión del derecho real coincide siempre con la extinción de la acción negatoria. Una prescripción adquisitiva –la usucapión del derecho real– coincide con una prescripción extintiva –de la acción negatoria–».

IV. REFLEXIÓN FINAL

Para finalizar quisiera hacer una última reflexión. En ocasiones, y creo que ésta es una de ellas, puede ser fundamental el planteamiento de una cuestión jurídica ante el juez. Seguramente, ante una situación idéntica, si le preguntamos a un juez si nos concede la usucapión de una servidumbre de paso la respuesta será automáticamente negativa. Por el contrario, si en ese mismo caso le planteamos si el ejercicio de un derecho por parte del propietario, al negarnos el paso, es abusivo, es posible que obtengamos una respuesta positiva. La labor del juez, aplicando el ordenamiento de forma flexible y manteniéndose dentro de los márgenes de una interpretación equitativa podrá limar los rigorismos formales de nuestro ordenamiento. Finalidad ésta que, en definitiva, es la propia de la equidad que conforme al artículo 3.2 del CC está pensada para, sin romperlos, torcer o si se prefiere flexibilizar las instituciones jurídicas en busca de soluciones excepcionales para supuestos excepcionales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Comentario al artículo 1973 del CC», *Revista de Derecho privado*, 1977, p. 987.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.: *Comentarios a los artículos 545 y 546*, publicados por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid, 1993.
- AUBRY et RAU: *Tours de Droit civil français*, tomo 3, 4.ª edición, París, 1869.
- BONET RAMÓN, F.: «Comentario a la STS de 14 de febrero de 1944», *Revista de Derecho privado*, 1944, p. 408.
- BUEN y RAMOS, ALAS, DE: *De la usucapión*, Madrid, 1916.
- BUSTO LAGO, J.: *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Edersa, Madrid, 2000.
- CADARSO PALAU, J.: «Actos propios y renuncia de derechos», *Poder judicial*, 1988, p. 73.
- CALVO SOTELO: *La doctrina del abuso del Derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, 1917.
- CAÑIZARES LASO, A.: *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001.
- CARBONIER, J.: *Derecho civil*, tomo II, vol. 1.º, traducción de Manuel M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1961.
- CARRASCO PERERA, A.: «La accesión invertida: Un modelo para la argumentación jurídica», *Revista de Derecho Privado*, 1996, p. 886.
- CARRILLO QUÍLEZ, F.: *La teoría del abuso del derecho. Doctrina y legislación arrendaticia urbana*, 2.ª edición, Barcelona.
- CASSO y ROMERO: *Aportación a la sistemática del abuso del Derecho* (discurso de recepción a la Academia Sevillana de Buenas Letras, Sevilla, 1935).

- CASTÁN TOBEÑAS: «Comentario a la STS de 7 de enero de 1920», *Revista de Derecho privado*, 1920, p. 236.
- CASTRO PÉREZ, B.: *Adquisición por usucapión de las servidumbres de paso*, Foro gallego, 1954, p. 441.
- «Más sobre la usucapión de las servidumbres», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1954.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Usucapión de la servidumbre de paso en nuestro Derecho común», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002, p. 455.
- *Usucapión de servidumbres*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CHARRIN, A.: ¿Pueden ganarse las servidumbres continuas por el sólo hecho de la posesión de diez años, aún cuando ésta no reúna los requisitos de buena fe y justo título? *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1872, p. 245.
- CORBÍN GARCÍA: «La prescripción como institución única», *Revista General de Derecho*, 1948, p. 9.
- DE LA RICA y MARITORENA, R.: «La servidumbre en el Registro de la Propiedad», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1977, p. 749.
- DE PABLO CONTRERAS, P.: *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Técnos, Madrid, 1992.
- DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon*, tomo 12, París, 1882.
- DESANTES, «Evolución de la prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1954.
- DÍEZ-PICAZO: «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo título preliminar del CC y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación jurídica*, núm. 4, 1974, p. 1330 ss.
- «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo título preliminar del CC y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación jurídica*, núm. 4, 1974, p. 203 ss.
- «En torno al concepto de prescripción», *Anuario de Derecho Civil*, 1963, p. 969.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 689 ss., Madrid, 1995.
- *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963.
- *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1966, p. 829.
- *La prescripción en el CC*, Barcelona, 1964.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: «El derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el CC español», 1965, p. 621.
- EVANGELIO LLORCA, R.: *La acción negatoria de inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad (aspectos civiles, administrativos y urbanísticos)*, Comares, Granada, 2000.
- GARCÍA CALVO, R.: «Consideraciones sobre el abuso del Derecho», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1015, p. 3.
- GARCÍA GIL, F.: *Las servidumbres en la jurisprudencia*, Madrid, 1998.
- GITRAMA GONZÁLEZ M.: «La corrección del automatismo jurídico mediante condenas de fraude a la ley y del abuso del Derecho», *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del título preliminar del CC* Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1975 p. 113.
- GONZÁLEZ ALEGRE: *Manual de servidumbres*, 1962.
- GONZÁLEZ BOTELLA, P.: «El nuevo título preliminar del CC», *Documentación jurídica*, 1974, núm. 4.
- GUILARTE GUTIÉRREZ: *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*, Madrid, 1984.

- HERNÁNDEZ CRESPO, C.: «La accesión invertida», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1972, p. 729.
- JORDANO BAREA, J.: «Dictamen sobre el abuso del Derecho y fraude de ley». *Anuario de Derecho Civil*, 1960, p. 858 ss.
- JOSSERAND: *L'esprit des lois et leur relativité*, París, 1927.
- JURIS-CLASSEUR: 1996, Edition Civil, *Repertoire Notarial*, artículo 689, «établissement part prescription».
- LACRUZ BERDEJO, J.: «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1954, y Estudios, Barcelona, 1958.
- LAURENT, F.: *Principes de droit français*, tomo 8, 2.ª edición, Bruselas, 1876.
- LUCAS FERNÁNDEZ: «La servidumbre predial de paso en el Derecho civil», *Publicaciones del Seminario de Derecho privado*, Universidad de Murcia, 1963.
- LUNA SERRANO, A.: *Comentario a los artículos 1940 y siguientes del CC*, publicados por el Ministerio de justicia, Madrid, 1993.
- «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales», *Anales de la Academia matritense del notariado*, 1995, p. 275.
- LUQUE, J.: «El abuso del Derecho como subversión de la certidumbre de la norma», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, p. 245.
- MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, L.: *La acción negatoria*, Tecnos, 1993.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «Las servidumbres personales discontinuas y el Registro de la Propiedad», *Revista jurídica de Cataluña*, 1965, p. 41.
- MAZEAUD et MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, tomo 12, 5.ª edición, París, 1976.
- MONTES PENADES, V.: *Comentario al artículo 7.1 del CC*, tomo I, Madrid, 1977.
- MORALES MORENO, A.: *Posesión y Usucapión*, Madrid, 1972.
- «La usucapión», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 2000 p.175.
- MURIAS TRAVIESO, J.: «Notas sobre la prescripción inmemorial», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1948, p. 306.
- OROSA ROLDÁN, M.: «Accesión invertida», *La Ley*, 1985, p. 1270.
- OSSORIO MORALES, J.: *Las servidumbres personales*, Madrid, 1936.
- PLANIOL et RIPERT: *Derecho Civil francés*, tomo 3, *Los bienes*, Traducción española de Mario Díaz Cruz, La Habana, 1946.
- PUIG BRUTAU, J.: *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Bosch, Barcelona, 1996.
- REBOLLEDO VARELA, A.: *La servidumbre de paso en el CC*, Montecorvo, Madrid, 1990.
- «La servidumbre de paso. El artículo 540 del CC: interpretación e importancia en Galicia», *La Ley*, 1986, p. 1127.
- RIVERA SERRANO, M.: *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*, Granada, 1988.
- ROCA JUAN, J.: *De las servidumbres, texto, jurisprudencia y comentarios*, Barcelona, 1961.
- *Comentarios al CC y compilaciones forales*, Editorial EDERSA, Madrid 1978, tomo VII, vol. 2.º
- ROCA SASTRE, R. M.: «Ensayo sobre el derecho de superficie», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1961, p. 7 ss.
- RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ-GERMES, M.: «Servidumbres aparentes y no aparentes», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1951, p. 337.
- ROMERO COLOMA, A.: «La extinción de las servidumbres y su protección procesal». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1988, p. 819.

- RUIZ GALLARDÓN, R.: «El abuso del derecho en la nueva Ley de Arrendamientos urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, 1956, p. 1187.
- SILLERO CROVETTO, B.: «Los actos meramente tolerados y la posesión», *Actualidad civil*, 1996, p. 525.
- TAMAYO: *El derecho real de servidumbre*, Barcelona, 1956.
- TUR FAUNDEZ, N.: *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Dykinson, Madrid, 1998.