

# “NOTAS PARA UNA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO EN MALLORCA”

**DRA. FRANCESCA LLODRÀ GRIMALT**

Profesora titular de Derecho civil  
de la Universitat de les Illes Balears

## **1.- MARCO JURÍDICO PARA UNA REGULACIÓN PROPIA EN MATERIA DE SERVIDUMBRE DE PASO**

### **1.1.- La tradición jurídica mallorquina**

#### **1.1.1.- La doctrina**

PASCUAL GONZALEZ, en su emblemática obra “Derecho civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales” puso de manifiesto, en el año 1951, que en Mallorca existió una regulación propia en materia de derecho real de servidumbre<sup>1</sup>.

El autor señala que, en Mallorca, como servidumbre personal se conoce el *estatge* –actualmente recogido en el art. 45 de la Compilación balear de 1990–. Con respecto a las servidumbres prediales, el autor distingue entre las urbanas y rústicas. Las urbanas<sup>2</sup> tienen cabida, y por tanto perviven, en el art. 551 del Código civil al remitir a “ordenanzas locales”. En relación con las rústicas, señala el autor que las mismas siguen rigiéndose por el Derecho romano justinianeo.

La referencia a este ilustre foralista mallorquín nos sirve para poder constatar cuál era la tradición jurídica en esta materia, al igual que nos

ofrece la excusa para plantear este estudio sobre la conveniencia de regular algunas cuestiones problemáticas sobre el tema.

### 1.1.2.- El derecho romano justiniano

PASCUAL GONZALEZ señala que las reglas aplicables en Mallorca a las servidumbres prediales rústicas provienen del Derecho romano justiniano. No obstante, hay que entender que lo que se aplicaba eran disposiciones romanas impregnadas de las especialidades locales fruto de la casuística, igual que ocurrió en Cataluña, donde, se mantuvo durante la Edad Media en las principales poblaciones una jurisdicción especial en manos del delegado del Concejo respectivo, para solucionar todas las cuestiones motivadas por las relaciones entre fundos vecinos<sup>3</sup>.

A pesar de ello, nos parece interesante hacer una referencia a los principales caracteres del derecho de servidumbre de paso en el Derecho romano y ello nos interesa por cuanto el derecho de servidumbre no existió en el Derecho romano como una figura abstracta, sino que las servidumbres se fueron tipificando según el contenido específico que tenían<sup>4</sup>.

En el Derecho romano no existió la servidumbre forzosa, sino que las necesidades de paso se solucionaban con las reglas de la *limitatio*<sup>5</sup>. Los *limes* eran vías públicas que daban independencia a los *agri* y aseguraban a la vez los accesos necesarios a las fincas<sup>6</sup>. Por esto, cuando se pactaba una servidumbre era para dar mayor utilidad a las fincas, pero no para necesidad de paso, la cual estaba cubierta con la existencia de los *limes*<sup>7</sup>. De ahí, que la servidumbre en el Derecho romano fue una derogación convencional del régimen legal de vecindad y fue siempre voluntaria<sup>8</sup>.

Dicha servidumbre voluntaria podía tener diversas modalidades: *iter* (paso a pie o a caballo, *actus* (paso de carro y ganado) y *via* (camino para todo uso)<sup>9</sup>.

Esta servidumbre voluntaria de paso, según la opinión común de los romanistas, no era un derecho real de servidumbre como lo conocemos en la actualidad, sino que se configuraba como un derecho de propiedad del objeto sobre el que la servidumbre recaía, es decir, como una entidad corporal objeto de dominio. Al propietario de la finca dominante le pertenecía el trozo de tierra sobre el que pasaba el camino<sup>10</sup>. Por ello se formaba un estado de copertenencia *sui generis* entre los dos titulares del trozo de paso<sup>11</sup>.

Por lo que se refiere al derecho de servidumbre forzosa de paso, que es la que nos interesa en este estudio, como era innecesaria por la función que cumplían los *limes*, sólo se admitió en el Derecho romano de forma muy excepcional, y aun así es una cuestión dudosa<sup>12</sup>. Por una parte, se atribuye

el origen del paso forzoso a una generalización de un texto de ULPIANO referente al “*iter ad sepulchrum*”<sup>13</sup>. Esta figura también aparece en el Derecho catalán antiguo, puesto que se consideraba que daban la condición de camino público algunos actos como el paso a Viático o entierros, lo que según la costumbre se llama *camí de sagraments*, que, en algunas comarcas, denominan *camí de vius i de morts*<sup>14</sup>.

Por otra parte, como hemos dicho que era una cuestión dudosa, se considera que la servidumbre forzosa de paso, más que una generalización del derecho romano, es creación del derecho moderno<sup>15</sup>. La regulación acabada del derecho de paso forzoso se encuentra en la Glosa, y sobre todo en el Derecho estatutario de las ciudades italianas, siendo comentado el mismo por los jurisconsultos teóricos, y sobre todo por los prácticos del siglo XVI<sup>16</sup>.

También hay que señalar que, en el Derecho romano<sup>17</sup>, a causa de que las servidumbres fueron consideradas como objetos corporales<sup>18</sup>, se admitió la adquisición por usucapición, hasta la prohibición de la *Lex Scribonia* (Digesto 41, 3, 4, 28<sup>19</sup>). En la época inmediatamente anterior a la Ley Scribonia se adquirirían por usucapición las servidumbres urbanas, no las rústicas, porque estando las urbanas basadas en la idea de superficie, producíase un estado de cosas permanente, a diferencia de los que ocurría en las rústicas, que por no llevar aneja construcción sobre el suelo necesitan para ejercitarse actos determinados y repetidos<sup>20</sup>.

Posteriormente, los glosadores, a partir de un texto PAULO (Digesto 8, 1, 14 pr.<sup>21</sup> y 8, 2, 28<sup>22</sup>), sustituyeron la distinción entre prediales y urbanas por la clasificación de servidumbres en continuas y discontinuas, la cual no existió en el Derecho romano. En la glosa de dicho texto, de donde decía que las servidumbres rústicas no podían usucapirse, se dedujo que una servidumbre no podía usucapirse si no podía usarse de modo continuo. Los glosadores observaron que había servidumbres prediales continuas (acueducto) con lo cual concluyeron que las servidumbres continuas, urbanas o rústicas, eran las que podían usucapirse<sup>23</sup>.

En concreto, esta doctrina de la continuidad y discontinuidad fue construida por BARTOLO<sup>24</sup> e influyó en el sistema de adquisición, puesto que las discontinuas no podían ser adquiridas por prescripción si no era por prueba del tiempo inmemorial<sup>25</sup>. En dicha elaboración se confunde la *causa continua* con la *causa perpetua*, supuesto que la usucapibilidad presupone la continua<sup>26</sup>. Pero hay autores que creen que BARTOLO no confunde causa continua con perpetua, sino que admite *la necesidad de causa perpetua en todas las servidumbres prediales, y su error estriba más bien en una mala interpretación del concepto de continuidad en la posesión al negar que pueda serlo la posesión de aquellas servidumbres cuya utilización requiere*

*el hecho del hombre, y así se confunde la continuidad de la posesión con la continuidad del ejercicio de la servidumbre*<sup>27</sup>.

Fuera como fuera, dicha doctrina fue admitida en Italia, España, Francia y Alemania y se consideró que las servidumbres discontinuas no podían adquirirse por usucapión<sup>28</sup>.

Dicho todo esto, podemos deducir que si las únicas normas aplicables a la servidumbre de paso en Mallorca, con anterioridad al Código civil, eran las provenientes de la práctica consuetudinaria del derecho romano justiniano, la servidumbre de paso forzosa debió tener escaso interés y el paso respondía a razones de buena vecindad o se regía por costumbres que poco o nada son conocidas.

La costumbre local como única referencia normativa en esta materia queda patente, por ejemplo, en el Proyecto de Código civil de 1836 que dice, en la Exposición de Motivos, que “... la Comisión, después de sentar las reglas generales que ha creído más convenientes, usuales y equitativas acerca de las servidumbres rústicas y urbanas, propone en un artículo que queden en su fuerza y vigor cualesquiera otras no especificadas en este Código y constituidas en las diversas provincias de España con arreglo a sus costumbres y ordenanzas municipales, las que se declaran vigentes hasta la formación de un Código rural. En éste, después de reunidos todos los datos que no ha tenido ni podido tener esta Comisión, se establecerá un sistema uniforme y atinado en este ramo de la mayor importancia para la agricultura”.

### **1.1.3.- El proceso compilador**

La presencia de la costumbre en esta materia también queda patente en el Proyecto de Ley de bases de 7 de enero de 1885 al señalar en la Base XII que: “se procurará la incorporación al Derecho de Castilla del mayor número posible de disposiciones de las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y provincias vascas, con el criterio de formar en esta materia un título suficientemente comprensivo para que no exija modificaciones el día en que hubiera de extenderse su aplicación a las provincias de fuero”.

Observemos que se propuso la incorporación al Derecho de Castilla de las especialidades de las regiones forales en esta materia. Con respecto a esta propuesta de unificación, se sucedieron algunas discusiones en los Debates Parlamentarios. El Sr. Escobar señaló que: “el mismo Sr. Ministro, diciendo y manifestado que quiere y desea que vayan separadas la legislación foral y la legislación común, incurre en la inconsecuencia de establecer en las bases 12ª y 16ª ciertas doctrinas contrarias precisamente a lo que se manifiesta en el preámbulo de ese proyecto de ley. (...) De manera que a pesar de protestar

que quiere separar la legislación civil de Castilla de la foral, viene a establecer en el Código excepciones a favor de esas mismas provincias respecto a ciertas materias y yo le diría a S. S.: ¿por qué no respecto a las demás? Porque en la servidumbre hay perfecta conformidad, no hay variedad en unas y en otras provincias: pues hay otra porción de instituciones jurídicas de materia civil, en que sucede completamente igual: y ¿por qué no someterlas a un solo Código, como están sometidas ya respecto a otra porción de materias y cuestiones importantes? ¿Por qué lo que se dispone en esta base respecto a las servidumbres no se ha de establecer también respecto a la propiedad, y a otra porción de instituciones que son de derecho común, y en que no existe diferencia ninguna entre unas y otras provincias?”<sup>29</sup>.

También, respecto a esta cuestión, se dijo (Sr. Coronado) que: “(...) el Gobierno no tiene necesidad de limitar la autorización (...) no tiene necesidad de circunscribir las facultades de la Comisión de Códigos (...) ¿Para qué ese gran número de bases que ofrece a la deliberación del Senado? (...) bastaba que dijese: yo no admito ninguna variación o novación peligrosa; tomo como punto de partida el derecho histórico de Castilla; (...) y allí donde no esté claro, lo aclararé (...) allí donde pueda ocurrir cualquier duda o cuestión, o haya ocurrido ya, acudiré a otros Códigos, si en ellos existen medios de aclararlas, incluso (debió decir la base) a los mismos Códigos forales, si en éstos, como sucede tratándose de servidumbres (...) existen disposiciones más terminantes, claras y precisas que el derecho de Castilla (...)”<sup>30</sup>.

A consecuencia de estas intervenciones se realizaron modificaciones, incorporadas a la redacción publicada el 13 de abril de 1885 (*Diario de las Sesiones de Cortes*, Senado. Apéndice 1 al núm. 85), siendo todavía la Base 12: “... y se procurará, a tenor de lo establecido en la base 1<sup>a</sup>, la incorporación al Código del mayor número posible de disposiciones de las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascaas”.

Finalmente, la Base XII pasó a ser la Base 13 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 con esta misma redacción<sup>31</sup>.

Publicado el Código civil, su vigencia alcanza a Baleares como supletorio en primer grado -tal como disponía el artículo 13 Cc. originario (“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes”). Como es sabido, el artículo 13 del Código civil da a entender que, en Baleares, al no haber un *verdadero régimen foral*, en el sentido de *cuerpos jurídicos forales*, “se conservan sólo aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que

‘se opongan’ a la recepción del Derecho común codificado” y desaparecen los antiguos Derechos supletorios<sup>32</sup>. Nuestro Derecho incorporó el *ius commune* a las fuentes de aplicación preferente por falta de disposiciones propias y lo que era derecho supletorio se convirtió en “derecho propio”<sup>33</sup>.

Por cuanto a la existencia de hipotéticas costumbres en materia de servidumbre de paso, señala PASCUAL GONZALEZ que aquéllas se aplicarán en toda su integridad en aquellos asuntos anteriores al Cc<sup>34</sup>. No resulta tan seguro, en cambio, si habrá de aplicarse la costumbre propia con preferencia al Cc cuando existe discordancia entre dichas normativas. La interpretación racional de dichos artículos 12 y 13 Cc llevaría a considerar preferente el derecho genuino de Mallorca<sup>35</sup>.

Por tanto, situados en aquel momento, la fuente primera en materia de servidumbre sería la costumbre, si existía y seguía vigente, cuando fuera ésta contraria a las normas del Código civil.

La existencia de costumbres en materia de derechos reales es patente, puesto que se conservaron el *dret d'estatge*, los censos y *alous*. Por lo que se refiere a la servidumbre de paso, el hecho de que en los sucesivos antecedentes legislativos de la Compilación no haya ninguna mención a la necesidad o conveniencia, ni siquiera existencia, de costumbres propias en esta materia, nos hace pensar que o no las hubo o de haberlas habido eran de escasa relevancia o coincidentes con la regulación del Cc.

Consecuentemente, la Compilación de 1961 no recogió ninguna referencia a esta figura, ni lo hizo tampoco la Compilación de 1990.

#### **1.1.4.- Situación actual**

##### **a.- La costumbre en la Compilación**

A pesar de ser poco probable que ocurra, consideramos interesante plantear el supuesto en que una costumbre en materia de derecho de servidumbre de paso en Mallorca sea contraria al Código civil, puesto que el art. 551 Cc sólo da entrada, con preferencia a las reglas que él establece, a “lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural”, pero no a la costumbre *contra legem*.

Para resolver esta hipotética cuestión, debemos tener en cuenta la DF 1º de la CDCB que señala: “Las normas del Derecho Civil Especial Balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella”. Esta disposición sustituye las costumbres en materia de servidumbres por las normas de la Compilación que, al no referirse a esta materia, da entrada al Cc. Por tanto, tras la Compilación, si hubiera costumbre propia en materia de derecho de

servidumbre de paso que fuese contraria al Cc, la misma no podría aplicarse por entenderse derogada.

No obstante, el artículo 1 CDCB indica que la costumbre es la segunda fuente normativa del Derecho balear, en defecto de ley. Siendo así, una costumbre contraria al Cc y no recogida expresamente en la Compilación podría entrar si se trata de una antigua costumbre que se ha seguido practicando y se puede probar su actual vigencia<sup>36</sup>.

Por tanto, en relación con la aplicación o no de las antiguas costumbres, el problema estará en la dificultad de probar su existencia y vigencia y, sobre todo, en la prueba de la *opinio iuris*.

Al respecto, señala MASOT<sup>37</sup> que la *opinio iuris* “como elemento interno, espiritual y psíquico, es de imposible prueba y en definitiva, según la moderna doctrina, no es sino una mera consecuencia de la repetición de actos, ya que si se reitera una conducta por la mayoría de miembros de una colectividad, evidentemente tal reiteración no puede obedecer sino a una conciencia de necesidad o validez jurídica”.

A esta dificultad, se une la de que el criterio para probar la existencia de costumbres locales aplicables es que exista unanimidad de los medios de prueba empleados en el reconocimiento de la existencia de la costumbre y no es fácil que esta prueba resulte unánime, “pues la propia ambigüedad en ciertos casos y el carácter no escrito de las costumbres, hacen que no sea imposible poder encontrar, a la parte a quien interese, algún elemento de prueba contrario a la vigencia y efectividad de la costumbre cuya aplicación se pretende de adverso”<sup>38</sup>.

### **b.- Una posible regulación *ex novo***

En realidad, lo que hemos señalado en el apartado anterior resulta innecesario en la medida en que al amparo del art. 10.23 EAIB y del art. 148.1,8ª CE, el Parlamento balear podría legislar en materia de derecho de servidumbre de paso, como han hecho otras Comunidades Autónomas. Ahora bien, lo expuesto anteriormente serviría para demostrar una conexión entre esta materia y el derecho civil propio de Mallorca.

Partiendo del hecho de que hay un marco legal adecuado para poder legislar en esta materia, en función de las necesidades de nuestro territorio, habrá que valorar únicamente si hay necesidad de ello.

El *Informe sobre la reforma de la Compilación de Dret civil de les Illes Balears*<sup>39</sup>, elaborado por la Comisión creada por el Acuerdo del Consell de Govern de 9 de octubre de 1998, con la finalidad de poder reformar y

desarrollar nuestro Derecho civil, se refiere a la “La necesidad de superar el enfoque exclusivo del Derecho civil propio como un patrimonio histórico y hacer hincapié en su carácter de instrumento de regulación social que, como tal, debería encauzar las nuevas realidades familiares y socioeconómicas, dando solución a los problemas que plantea la sociedad de las islas dotada de un enorme dinamismo en los últimos tiempos” y a “La existencia en el ámbito del Estado español, de modelos de política legislativa en sede de Derecho Civil autonómico o propio, de amplio calado, propiciados por un nuevo planteamiento hermenéutico del artículo 149,1,8ª de la Constitución respecto de los límites de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre su Derecho Civil”. Por todo ello, en relación con los aspectos que se consideran conflictivos y que demandan una regulación propia, el Informe señala que lo es el tema de las servidumbres de paso y, en especial, la modificación de las servidumbres legales constituidas voluntariamente.

## **2.- CUESTIONES NECESITADAS DE REGULACIÓN**

### **2.1.- La jurisprudencia de la Audiencia Provincial de les Illes Balears como ejemplo de la litigiosidad de algunas cuestiones**

Con la referencia anterior hemos acotado el estudio de la posibilidad de regular el derecho de servidumbre de paso a las cuestiones que en la actualidad plantean litigiosidad: la constitución voluntaria y la modificación de las servidumbres de paso. No obstante, nada mejor que la práctica judicial de nuestra Audiencia Provincial puede mostrarnos qué cuestiones en materia de servidumbre de paso presentan mayor litigiosidad. Por cuanto, a la problemática de la constitución voluntaria y la modificación de las servidumbres forzosa de paso, debemos añadir el tema de la usucapión de la servidumbre de paso.

Sin pretensión de exhaustividad, ya que son muchas las resoluciones de la APIB que pueden consultarse en materia de servidumbre de paso, destacamos las siguientes resoluciones:

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 563/2003 (Sección 3ª), de 31 octubre. Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Rosa Rigo Rosselló.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 1/2003 (Sección 3ª), de 9 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 729/2002, de 27 de diciembre. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Catalina Mª Moragues Vidal.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 532/2002 (Sección 3ª), de 4 octubre. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Catalina Mª Moragues Vidal.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 349/2002 (Sección 3ª), de 21 junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Rosselló Llaneras.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares de 19 de junio de 2002 (La Ley n.º 7981, noviembre 2002). Ponente: Ilmo. Sr. Zaforteza Fortuny.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 217/2002 (Sección 5ª), de 19 abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo L. Ramón Homar.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 109/2001 (Sección 4ª), de 15 febrero. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mª Pilar Fernández Alonso.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 15/2001 (Sección 5ª), de 10 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Zaforteza Fortuny.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 12/2001 (Sección 5ª), de 9 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Oliver Barceló.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 582/2000 (Sección 3ª), de 21 septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Rosselló Llaneras.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 100/2000, de 15 de febrero. Ponente: Ilma. Sra. Dª Catalina Moragues Vidal.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 80/2000 (Sección 5ª), de 1 febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Zaforteza Fortuny.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 57/2000, de 27 de enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaume Massanet Moragues.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 241/1999 (Sección 1ª), de 30 noviembre. Ponente: Ilma. Sra. Dª. Margarita Beltrán Mairata.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 193/1999 (Sección 3ª), de 3 marzo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares n.º 571/1998, de 4 de junio. Ponente: Ilmo. D. Carlos Izquierdo Téllez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 13/1998 (Sección 3ª), de 13 enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 680/1997 (Sección 3ª), de 13 octubre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Rosselló Llaneras.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares de 21 noviembre 1994 (AC 1994/2242). Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares, de 29 septiembre 1994 (AC 1994/1451). Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia Audiencia Provincial Baleares, de 12 mayo 1994 (AC 1994/823). Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.

- Sentencia de la Audiencia Territorial de Baleares de 9 de octubre de 1982 (AC 1982/495).

- Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 8 de febrero de 1972 (RGD, 1973, enero-junio, pág. 353).

## **2.2.- Problemática relativa a la constitución voluntaria de servidumbre forzosa de paso**

La problemática de esta cuestión se refleja en la sentencia n.º 571/1998, de 4 de junio, de la Audiencia Provincial de Baleares<sup>40</sup>. El tema central de la resolución es el caso de una servidumbre de paso constituida voluntariamente a favor de otras dos fincas. La servidumbre se constituyó en el mismo contrato donde se acordó la segregación y venta de dichas dos fincas, respecto del futuro predio sirviente.

Se trataba de una servidumbre de paso que constaba de dos tramos que se iniciaban en el predio dominante y cruzaban el predio sirviente en dos direcciones y con dos salidas a camino público (servidumbre con dos salidas y un trayecto que atraviesa longitudinalmente toda la finca gravada). En relación con las pretensiones de las partes, la parte actora solicitó, en primera instancia, la extinción de un tramo y la modificación y acortamiento de parte del otro tramo. En segunda instancia, el predio sirviente renuncia a su petición de cambio de trazado de una de las dos salidas a vía pública y solicita únicamente la extinción de uno de los dos tramos. Ninguna de las peticiones fueron aceptadas.

### **2.2.1.- Constitución voluntaria de servidumbre de paso**

La constitución voluntaria de una servidumbre forzosa se produce cuando en un supuesto de hecho que da lugar a una servidumbre que viene tipificada, quien viene obligado a constituir dicha servidumbre previa imposición por sentencia judicial, decide constituirla por negocio jurídico, antes de que la misma le sea impuesta. En otras palabras, se trataría de aquellos casos en los que se esté en el supuesto de los artículos 564,1 o 567 Cc y se constituye libremente la servidumbre.

El problema que se plantea es si la forma voluntaria de constituir una servidumbre en un supuesto previsto en la ley transforma o no la

naturaleza de la servidumbre forzosa en voluntaria o si es sólo una de las formas posibles para satisfacer el derecho reconocido por el artículo 564 Cc.

En la SAPIB 571/1998, señala la defensa del predio sirviente que: *esta forma voluntaria o espontánea de constituir la servidumbre no transformaría la naturaleza de la servidumbre forzosa en servidumbre voluntaria sino que, en realidad, constituiría una de las fórmulas posibles para dar satisfacción al derecho reconocido por el artículo 564 C.c a todo propietario de finca que queda enclavada entre otras ajenas sin salida a camino público.* Esta idea la recoge la SAPIB 571/1998 en sus fundamentos jurídicos pero matizándola: *es correcto afirmar que concurrían entonces los presupuestos para la constitución de la servidumbre legal o forzosa de paso, lo que equivale a decir que los adquirentes de las fincas tenían reconocido por la ley el derecho de paso previsto en los artículos 564 y ss Cc. Pero la servidumbre que entonces se constituyó tiene el carácter de servidumbre forzosa o legal sólo en sus presupuestos (finca enclavada entre otras sin salida a camino público), mas no en su contenido y finalidad. Y es que la voluntad de los constituyentes de la servidumbre no fue meramente llenar o cumplir el mandato legal, para lo cual habría bastado con establecer un paso cuyas características correspondieran a los requisitos previstos por el Código Civil en sus artículos 565 y 566 Cc, pero los contratantes configuraron un paso perpetuo muy distinto al que habría bastado para satisfacer el derecho reconocido en el artículo 564 Cc. Por lo que, en definitiva, la constitución hecha por los transmitentes determinó que todo el contenido de la servidumbre, y no solo su instrumentalidad o forma jurídica (negocio jurídico bilateral) fuera voluntaria. Sólo en cuanto al presupuesto inicial de finca enclavada podría hablarse de servidumbre forzosa de paso, pero no en cuanto a su efectivo contenido ni al de la configuración del paso existente.*

Observamos que se admite la posibilidad de constituir voluntariamente una servidumbre coactiva pero la problemática que se plantea en este supuesto es si la servidumbre forzosa, al haber sido constituida voluntariamente, pierde su naturaleza de forzosa y pasa a regirse por las normas de las servidumbres voluntarias; o si, por el contrario, sigue manteniendo la naturaleza jurídica de carácter coactivo. Cuestión de gran trascendencia no sólo a efectos de criterios de interpretación de lo que puede ser calificado de título constitutivo sino, y muy especialmente, en cuanto a la aplicación o no de la específica causa de extinción prevista en el artículo 568 Cc, la extinción por desaparición de la necesidad.

La doctrina<sup>41</sup> entiende, mayoritariamente, que la distinción entre servidumbre voluntaria y legal no ésta en el modo de constitución sino en la obligatoriedad o no de su establecimiento y aceptación existente en unas (servidumbre coactiva) y en otras no (servidumbre voluntaria)<sup>42</sup>. Por tanto,

la servidumbre sigue siendo legal aunque el dueño del fundo que ha de resultar gravado se avenga a constituirla y la imposición legal afecta a la naturaleza del negocio jurídico que da cumplimiento a la misma y determina que, aun después del cumplimiento voluntario, la servidumbre deba ser conceptuada como servidumbre legal.

Ahora bien, la calificación de esta servidumbre constituida por negocio jurídico como forzosa exige “que se den todos los requisitos establecidos en los artículos 564 y siguientes, es decir, que para conservar el carácter de servidumbre forzosa el acuerdo voluntario ha de basarse en el concepto de finca enclavada y necesidad de acceso a camino público y acatamiento del mandato de la ley, lo que se excluye ante la existencia de salida preexistente o establecimiento por un fundo que no es el que correspondería por aplicación del artículo 565”<sup>43</sup>.

Por tanto, una servidumbre constituida voluntariamente para responder a un supuesto de necesidad legalmente tipificado continua siendo forzosa.

Por el contrario, si entendiéramos que todas aquellas servidumbres que se constituyan por acuerdo de los interesados, independientemente de que cubran una necesidad típica, contemplada en la ley, y que hubiera podido ser exigida coactivamente, son voluntarias, haríamos de peor condición a éstas que a que aquéllas que surgen de una resolución judicial, y, tratándose de una limitación en el derecho de la propiedad, dicha interpretación puede conllevar a resultados poco deseables por perjudicar excesivamente los intereses de una de las partes.

Cosa distinta a lo señalado, es el hecho de que este planteamiento requiere de alguna concreción más, como indica la SAPIB 571/1998, hay que ver si el contenido que voluntariamente estipulan las partes para una servidumbre forzosa constituida voluntariamente puede determinar el paso de ésta al régimen de las puramente voluntarias. Por tanto, en puridad, al basarse la calificación de forzosa de una servidumbre, no en el modo de constitución, sino en su obligatoriedad y tipicidad, cuando se constituye voluntariamente una servidumbre considerada forzosa y se hace dentro de los parámetros que fija el Cc, en especial, en los artículos 565 y 566 Cc, tal como habría hecho el Juez de forma coactiva; dicha servidumbres es forzosa y para nada se exceptúa la aplicación subsidiaria de las normas del Cc para las servidumbres forzosas, y son los principios inspiradores de estas normas, los que guían al vida de dicha servidumbre.

Siendo así, el supuesto problemático es aquél caso en el cual las partes, al constituir una servidumbre forzosa, hacen uso de su autonomía de la

voluntad y, en atención al artículo 551.2 Cc y al 542 Cc, modifican el tipo legal de alguna servidumbre forzosa según sus propios intereses. Si la servidumbre legal modificada por convenio “sobrepasa el contenido legalmente predeterminado, no se ve hasta qué punto tal convención pueda diferenciarse de cualquier otra y libre constitutiva de servidumbre, aunque conviene matizar que si las partes han hecho uso de la autonomía de la voluntad en lo que permite aquel contenido, no hay traspaso de sus límites”<sup>44</sup>.

En esta línea, la SAT Baleares de 8 de febrero de 1972 también señaló: “Que todo ello, claramente revelador de que la constitución de tal servidumbre no respondió, estricta y exclusivamente, a la finalidad perseguida por el legislador precisa y concreta en los arts. 564 y siguientes Cc, es decir, a la de facilitar, a finca enclavada entre otras ajenas, salida a camino público, obliga a estimar que la servidumbre que nos ocupa no puede calificarse de legal y forzosa, puesto que, por ella, se concedió al predio dominante bastante más de cuanto, conforme a los preceptos legales que definen aquélla, podía imponerse al predio sirviente; y de ahí que la califiquemos como servidumbre voluntaria, lo que, por inaplicabilidad a ésta del art. 568 Cc, obsta a la estimación de la demanda”.

En definitiva, la solución a esta cuestión se encontrará en la interpretación del negocio jurídico y de la voluntad de las partes para determinar el alcance real del pacto contractual constitutivo de la servidumbre “a fin de establecer si tal acto fue estipulado en observancia de una obligación *ex lege* o si obedece a un acuerdo libre no necesario y, en este sentido, debe entenderse, ante el silencio de las partes, que éstas han tenido intención de dar cumplimiento a tal obligación cuando la servidumbre establecida lo haya sido con los mismos requisitos y en los términos que se obtendrían judicialmente y, por el contrario, a pesar de la situación de enclave inicial, será servidumbre voluntaria, y por lo tanto no se extinguirá a pesar del cese de la interclusión, cuando las partes hayan establecido un contenido que excede del ámbito de la necesidad del fundo dominante, primando criterios de mayor comodidad o utilidad, si bien teniendo en cuenta que no todo cambio desvirtúa por sí solo el régimen legal (*vid.* artículo 551) de la servidumbre coactiva”<sup>45</sup>. Por tanto, el problema no es la forma de constitución, la cual no transformaría una servidumbre forzosa en voluntaria, sino el contenido de la misma que no puede superar la idea de necesidad, para entrar en el concepto de utilidad.

Éste es el supuesto que aborda la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 571/1998, a la que nos hemos referido al principio, en la cual el supuesto de hecho que se da es el previsto en el artículo 567 Cc y, como ya

hemos establecido, se trata, por tanto, de una servidumbre forzosa; no obstante, el contenido que le dan las partes, respecto al trazado y salida supera el que se establece como estrictamente necesario en las servidumbres forzosas de paso, en atención a los artículos 565 y 566 Cc.

Los baremos que el juez utiliza para calcular si se desvirtúa o no el régimen legal de la servidumbre coactiva prevista en los arts. 564 o 567 Cc deriva del contenido y significado que se da a los artículos 551,2 y 542 Cc.

### **2.2.2.- Primer límite a la constitución voluntaria:**

#### **El artículo 551,2 Cc**

La SAPIB 571/1998 señala que, la servidumbre que se constituyó tiene el carácter de servidumbre forzosa o legal sólo en sus presupuestos, pero no en su contenido y finalidad, porque los constituyentes fueron mucho más allá de los preceptos legales aplicables y haciendo uso de la facultad que atribuyen los artículos 594 y 551,2 Cc configuraron un paso perpetuo muy distinto al que habría bastado para satisfacer el derecho reconocido en el artículo 564 Cc.

Hay que señalar que la predeterminación legal de los presupuestos para el nacimiento de la servidumbre de paso no impide que, al constituirse de forma voluntaria, los propietarios de los predios pacten otras condiciones distintas de las señaladas en los artículos 565 y 566 Cc. Si esto no fuera posible no encontraría aplicación la facultad que concede el art. 551,2 Cc con respecto a las servidumbres que la ley impone en interés de los particulares.

El artículo 551,2 Cc permite que las servidumbres forzosas sean modificadas por convenio de los interesados, con el límite de que el convenio modificativo respete los límites legales. La autonomía individual debe llegar hasta donde lo permita el interés público y el de los terceros y, por lo tanto, mientras uno y otro queden a salvo y sólo intereses privados de las personas interesadas estén frente a frente, ellas pueden regular o modificar su servidumbre por sus pactos libremente acordados<sup>46</sup>.

En conclusión, la modificación no puede consistir en una transformación de la servidumbre en una nueva, sino en la regulación concreta del ejercicio de la servidumbre y en el modo de proveer de una manera particular a las relaciones privadas de la propiedad inmueble interesada. Las modificaciones obra de los particulares pueden recaer, por tanto, sobre la simple ordenación del modo de su ejercicio –por ejemplo, un convenio acerca de cómo la servidumbre de paso debe de atravesar el inmueble–<sup>47</sup>. Lo cual significa que la modificación no se debe encaminar a restringir el alcance de la servidumbre, pues esta restricción implica sustancialmente

una renuncia parcial a la servidumbre legal. La modificación no puede ser para dar menos que el contenido legal.

### **2.2.3.- Segundo límite a la constitución voluntaria: El artículo 542 Cc**

Las partes son libres de establecer las facultades accesorias que estimen conveniente, incluso aquéllas no relacionadas con la necesidad, sino con la comodidad en el ejercicio, pero, para que la servidumbre siga siendo forzosa, dichas facultades accesorias han de poder fundamentarse en su origen legal *ex artículo 542 Cc*. Con lo cual, “solamente estarán comprendidas las que resultan imprescindibles para el normal ejercicio de la servidumbre a fin de proporcionar íntegramente la utilidad y dentro de este ámbito han de excluirse aquellas facultades que, en relación con el contenido del derecho, no sean indispensables para su pleno disfrute y que solamente serían útiles o meramente facilitadores de su ejercicio, pues el artículo 452 menciona únicamente “los derechos necesarios para su uso”<sup>48</sup>.

Por tanto, si se supera dicho límite, equiparando a la necesidad la conveniencia o la oportunidad para un mejor aprovechamiento económico del predio dominante a través de la servidumbre, entraríamos en el campo de las voluntarias.

Nos encontramos ante un elemento de libre valoración según el arbitrio judicial, puesto que *a priori* es imposible establecer un elenco de “derechos necesarios” para cada tipo de servidumbre, ya que, cada situación fáctica requerirá “derechos diferentes”. Cada situación contractual responde a una necesidad y es en esta cuestión en la que creemos que se requerirían criterios más objetivizables. Por ejemplo, en el supuesto específico de la sentencia tratada, al constituirse la servidumbre había en marcha un proyecto de urbanización, que luego no se llevó a cabo, por tanto, si la urbanización se hubiera realizado, los “derechos necesarios” para pasar hubieran sido diferentes a los “derechos necesarios” en el supuesto que sobrevino –el abandono del proyecto de urbanización–.

### **2.2.4.- Especial referencia a la no aplicación del art. 568 Cc**

Con todo lo expuesto, cabe llegar a la conclusión de que, a pesar de que inicialmente exista la necesidad que la norma tiene en cuenta para constituir forzosamente una servidumbre, si la misma se constituye voluntariamente, los tribunales pueden interpretar, en el caso en particular, que el constituyente ha dado más de lo que resulta necesario y, por tanto, se ha extralimitado. Es decir, ha sobrepasado los parámetros de los artículos dedicados a las servidumbres legales, art. 551,2 Cc, y los aplicables a todas

las servidumbres como el art. 542 Cc. Así que, en consecuencia, estaremos ante una servidumbre voluntaria. Lo cual nos llevará a concluir que el régimen previsto para las servidumbres forzosas no será aplicable, ex art. 598 Cc, porque dichas disposiciones no les son aplicables a las servidumbres voluntarias.

Esta situación puede devenir poco acorde con el equilibrio de los intereses en juego puesto que, algo que inicialmente fue típico y coactivo es regulado por normas destinadas a otro supuesto. Esto puede llevar a que, ante un mismo supuesto de hecho inicial, en atención al contenido del negocio jurídico constitutivo, se den consecuencias distintas.

Una de las consecuencias distintas es que si la servidumbre forzosa constituida voluntariamente se considera, finalmente, voluntaria, no se permite la aplicación del art. 568 Cc (“Si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización”).

El artículo 568 Cc contempla la idea de que aquello que se constituyó porque era necesario puede extinguirse –a petición del interesado– por desaparición de dicha necesidad. Además, entiende la doctrina, que el art. 568 Cc no se refiere, únicamente, a los dos supuestos que contempla, sino que constituye una cláusula general a la que se puede reconducir cualquier situación que produce la “desaparición de la necesidad”. Por tanto, esta regla se aplica si por cualquier otra causa el paso deja de ser necesario<sup>49</sup>.

Por tanto, en atención a esta cláusula general, las servidumbres forzosas se extinguen “cuando sobrevengan circunstancias que alteren de tal forma la situación del predio dominante que, de haber existido en el momento en que se constituyó la servidumbre –o se alteró la ya constituida–, no hubiese habido lugar a la misma”<sup>50</sup>.

Todo ello conduce a que la no aplicación del art. 568 Cc a una servidumbre forzosa constituida voluntariamente, en atención a que aquélla se debe regir por el régimen de las voluntarias porque se dio más de lo necesario, lleva a situaciones de perjuicio excesivo para el predio sirviente, puesto que no hay que olvidar que, con independencia de que se diera más de lo necesario, su fundamento no deja de ser que existía una situación de “necesidad” según la ley. Por tanto, no podrá negarse que cubrían una necesidad, convertida en comodidad, tal vez, pero en su núcleo había una necesidad –por ejemplo, una situación de enclave–.

Con respecto a esta problemática, habría que tener en cuenta si la

“necesidad” de la que habla el art. 568 Cc puede referirse a “utilidad” para poder valorar si al desaparecer ésta, la aplicación del mismo debe servir, incluso, para extinguir una servidumbre voluntaria. La “utilidad” se mide en relación con la finalidad para la cual la servidumbre se constituyó, de forma que, si al dejar de existir dicha finalidad, no se permite la aplicación del principio que inspira el art. 568 Cc se convierten en muy gravosas, servidumbres que, a pesar de que se constituyeran voluntariamente, nunca se hizo con tal gravedad.

En relación con el supuesto de hecho que comentamos, la sentencia n.º 19 de 16 de enero de 1997 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma de Mallorca<sup>51</sup> (Fundamento cuarto *in fine*), señaló que no resulta aplicable el artículo 568 del Código Civil porque éste contempla la extinción de las servidumbres forzosas, pero no de las voluntarias, y porque, *en cualquier caso, el mismo solo autoriza la supresión en el supuesto de que el paso concedido haya dejado de ser necesario para el titular del predio dominante, pero no cuando simplemente haya incrementado la perjudicialidad de sus efectos*. Mientras que la SAPIB 571/1998 entiende que, incluso de considerar forzosa la servidumbre litigiosa, no se observa que el paso haya dejado de ser necesario según el artículo 568 Cc.

### **2.3.- La modificación del trazado de las servidumbres de paso**

En todas las servidumbres es posible la aplicación del *ius variandi* establecido en el artículo 545,2 Cc, incluso en las estrictamente voluntarias, “si por razón del lugar asignado primitivamente, o de forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre”.

#### **2.3.1.- La fuerza vinculante del contrato de constitución de la servidumbre**

La primera cuestión problemática en este punto viene dado por la idea de que en la servidumbre forzosa constituida voluntariamente entre dos propietarios de dos fundos rige el artículo 1091 Cc que dice que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y el artículo 1.256 Cc que señala que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

Al respecto, se plantea si esto supone que, “la modificación del lugar de ejercicio de la servidumbre produciría en la esfera patrimonial del titular del derecho un cambio que incide sobre su contenido mismo”<sup>52</sup>.

En esta línea, la Sentencia n.º 19, de 16 de enero de 1997, del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma de Mallorca, de la que trae causa la SAPIB 571/1998, dice (Fundamento segundo) que *la variabilidad regulada en este precepto se refiere única y exclusivamente a las concretas y efectivas circunstancias con que se lleve a cabo el uso o ejercicio material de la servidumbre, pero en modo alguno puede afectar al contenido del negocio jurídico que haya servido de título para la constitución del gravamen, que actúa siempre como límite o cierre del “ius variandi” contemplado, en el sentido de que podrán en su caso alterarse cualquiera de aquellas circunstancias en tanto en cuanto las mismas, en su intrínseca individualidad, no hayan sido específicamente queridas y contempladas por las partes como elementos esenciales, constitutivos y definidores del derecho real que han querido estatuir; y así tiene que ser, tanto por imperativo genérico de la obligatoriedad y vinculación reconocida a los contratos por el artículo 1090 del Código [debe entenderse 1091], como específicamente por la libertad que el artículo 594 concede a todo propietario de una finca de establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente.*

Como solución a esta cuestión, es interesante señalar que en la doctrina española la tendencia es conferir al lugar de ejercicio de las servidumbres la trascendencia de objeto (por tanto, se distingue entre predio sirviente y lugar de ejercicio) que en el Código no aparece claramente expresada. Por tanto, en sede del art. 545,2 Cc, a los efectos de modificación, se distingue entre el derecho de servidumbre y el ejercicio práctico de la misma. Se entiende que la servidumbre pesa habitualmente sobre toda la finca, aunque para su uso o ejercicio actual se concrete a lugar determinado para que sea menos gravosa.

Sólo bajo dicho concepto ha podido concederse al dueño del predio sirviente la facultad del párrafo 2 del artículo 545 Cc<sup>53</sup>. Se entiende que todo el fundo está sujeto, para justificar el derecho del predio sirviente a concretar el ejercicio práctico de ese derecho en otro lugar. El trazado es un elemento contingente.

Igualmente, esta interpretación es conforme con el sentido del art. 535 Cc que señala que “si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda”.

En conclusión, en la servidumbre de paso, se distingue entre el derecho real de servidumbre de paso como tal, que supone el derecho a pasar por

heredad ajena, y el contenido de ese derecho, en el sentido del lugar por el cual transcurre el paso. Con lo cual, la argumentación expuesta de la sentencia PI de 16 de enero de 1997 puede estar obviando que, una vez creada la servidumbre, se ha de distinguir la constitución de servidumbre, del negocio causal básico (venta, donación, legado, permuta)<sup>54</sup>, puesto que lo importante será que el contenido de dicho negocio es un derecho real limitativo del dominio y una vez creado debe seguir su propio curso y poder ser modificado.

### **2.3.2.- Requisitos para la modificación de servidumbre de paso**

En este punto, se plantea qué tipo de cambio de las circunstancias tenidas en cuenta al crear la servidumbre ha de darse para justificar la modificación que permite el artículo 545,2 Cc. La problemática, en la sentencia que ilustran nuestro estudio, se plantea en los siguientes términos:

- El predio sirviente entiende que por haberse producido una modificación sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de constituirse la servidumbre (básicamente dos: el abandono del inicial proyecto de parcelación rústica y la utilización del camino por personas extrañas como atajo o, en definitiva, para su comodidad) es posible la variación del trazado.

- La SAPIB 571/1998 señala que el cambio ulterior de circunstancias (la no edificación de la urbanización) *es un hecho que, en sí mismo, no determina, la mayor incomodidad por razón del lugar asignado o de la forma establecida para el uso de la servidumbre y el ofrecimiento de “otro lugar o forma igualmente cómodos” es un requisito que no se cumple en este caso. Asimismo, señala que la recesión del mercado no es una circunstancia sobrevenida imprevisible, capaz de sustentar la pretensión de la parte actora, ya que no se ha probado suficientemente y, por tanto, no se puede dar a la circunstancia en cuestión la trascendencia que se persigue, a modo de cambio sobrevenido imprevisible, por tratarse de nuevas y extraordinarias circunstancias, ni menos aun que la incomodidad que representa el camino para el predio sirviente sea importante o grave.*

Podemos anticipar que la valoración de los requisitos de “incomodidad” y “perjuicio” cambia según se trate de una servidumbre legal o de una voluntaria. Esto puede llevar a que, aunque el artículo 545,2 Cc sea aplicable a una servidumbre voluntaria, resulte que de hecho sea difícil su aplicación, si se atiende a la idea de que estas servidumbres no responden a criterios de necesidad sino de utilidad. La exigencia, en las servidumbres voluntarias, de que exista gran incomodidad para el predio dominante y que no exista ningún perjuicio para el predio sirviente, para poder admitir la

modificación, va a suponer en la mayoría de ocasiones, que la modificación del contenido de la servidumbre sea imposible y, de *facto*, el artículo 545,2 Cc resultará inaplicable a las servidumbres voluntarias.

Todo ello cuando la equidad supondría que, aunque no existieran preceptos que regularan la modificación, ésta habría igualmente de aceptarse, con base en ella. La obtención de mayor rendimiento económico, en atención a la función social de la propiedad privada, impondría la posibilidad de adecuación de la servidumbre a las exigencias normales, apreciables en el momento presente, de utilización y explotación del fundo.

### **a.- El requisito de la incomodidad**

Para que pueda operar el *ius variandi* del artículo 545,2 Cc se exige que se de, como primer requisito, el de la incomodidad de la servidumbre para el predio sirviente, por razón del lugar asignado primitivamente o por la forma establecida para su uso.

Las incomodidades deben provenir por su forma o lugar de ejercicio tal y como se ha previsto y establecido originariamente, que ha devenido más gravoso, por ejemplo, a causa de un hecho extraño a la actividad de los propietarios de los fondos interesados, o debido a la utilización e innovaciones que el propietario del predio sirviente quiere realizar en su fundo para una mejor explotación, o incluso por un ejercicio más intenso de la servidumbre por parte del titular del predio dominante, ejercicio que, permitido por la amplitud del título constitutivo, no ha sido hecho efectivo desde el principio sino después de las lícitas *iure proprietatis* y *iure servitutis* modificaciones realizadas por el titular activo.

Se dice que la incomodidad del artículo 545 Cc “tiene que tener necesariamente como causa cualquier evento sobrevenido y no previsto por las partes en el momento de constituirse la servidumbre referido a la situación originaria, por la que si las circunstancias son las mismas, aún cuando el lugar y forma de ejercicio pudiera establecerse de manera menos gravosa, ello no es posible pues la ley permite el cambio para evitar el agravio mayor derivado de hechos sobrevenidos a la constitución de la servidumbre, pero no para reducir y obtener una disminución de la carga o gravamen”<sup>55</sup>.

A todo ello, señala REBOLLEDO que es posible mantener el *ius variandi* aún cuando la mayor incomodidad no se haya producido por circunstancias sobrevenidas, puesto que, el artículo 545,2 Cc “no supone más que una manifestación del ejercicio *civiliter* pues lo fundamental en toda servidumbre es que el dueño del predio dominante obtenga la utilidad para que la servidumbre fue constituida, debiendo ser ejercida con el menor

perjuicio para el predio sirviente. La propia norma establece como requisito imprescindible para dar lugar al cambio que tal utilidad no sea menoscabada, incluso con referencia expresa al concepto de “comodidad” en el ejercicio y de ahí que no sea muy comprensible que sin la existencia de perjuicio alguno y, por el contrario, notable ventaja para el titular del fondo gravado, pueda sostenerse el principio de inmutabilidad toda vez que ello sería contrario a la buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho y sin que tampoco sea serio obstáculo el respeto a lo pactado en el título constitutivo, toda vez que tal argumento puede ser oponible frente al constituyente, no frente a terceros en los que el carácter de derecho real de la servidumbre prima sobre el obligacional del título constitutivo. Por ello, la expresión contenida en el párrafo 2.º del artículo 545 de que la servidumbre llegue a ser “muy incómoda”, debe traducirse en que llegue a ser “innecesariamente incómoda”, como puede ser si la utilidad que la servidumbre proporciona al dominante puede obtenerse igualmente, sin menoscabo para él, cambiando el lugar o forma de ejercicio<sup>56</sup>.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que si el propietario de un fondo enclavado puede aumentar las necesidades del fondo en función de la evolución económica y social, cambiando el modo de explotación de su bien o dándole un destino nuevo y exigir un nuevo paso adecuado, solución que se aplica especialmente a las fincas agrícolas susceptibles de afectación posterior a fines urbanísticos o situados en una zona industrial y al que el propietario le da un destino distinto del anteriormente existente<sup>57</sup>; también el fondo sirviente puede modificar la servidumbres si por destinos económicos nuevos puede ser muy gravoso mantener la servidumbre originaria (p.e. como suspender los proyectos para urbanizar las parcelas en cuestión).

A modo de ejemplo, la SAPIB de 19 de abril de 2002 se refiere a un supuesto en el cual habiendo ya salida a camino público se consiente otro en atención a un proyecto de parcelación o urbanización y señala que: “se constituye tal servidumbre cuando concurre con decidido y expreso propósito de que sirvieran de acceso, comunicación y servicio en las distintas parcelas en que pensaba fraccionar la total extensión del fondo” y que “en la doctrina se ha discutido en relación con dicho modo de adquisición entre dos teorías, la voluntarista o por convención tácita y la legalista u objetiva, respecto de las cuales ... cabe estar a las circunstancias de cada caso concreto, y en el caso que nos ocupa es relevante que cuando se constituyó no se pretendía un mejor acceso a la finca ... por lo que de seguir la primera teoría en modo alguno cabría la constitución de esta servidumbres”.

De todas formas, la incomodidad sobrevenida o el cambio de circunstancias es un elemento sometido a apreciación judicial según

cada supuesto fáctico, con lo cual no es muy útil realizar una teoría general al respecto.

### **b.- El ofrecimiento de un lugar igualmente cómodo**

La idea de “comodidad” es relativa y de difícil precisión. Por tanto, “la valoración de lo que es “igualmente cómodo” ha de realizarse con una cierta elasticidad y no con rigor pues tratándose de una servidumbre de paso, es imposible que el nuevo lugar de tránsito tenga las características estructurales y de uso idénticas al anterior, por lo que toda comparación ha de ser global”<sup>58</sup>. De forma que, la comodidad debe “consistir en la igual facilidad de acceso y regreso, en la longitud del camino, en la cualidad de la vía pública a la que se da ahora acceso, en la anchura y plano inclinado del camino, en la seguridad del tránsito, en la posibilidad de evitar daños, en la facilidad de los puntos de entrada y de salida. Si todo coincide, dentro del pequeño margen de elasticidad antes expuesto, habrá que entender que el lugar ofrecido es igualmente cómodo”<sup>59</sup>.

Pero, en este caso, “no hay que olvidar que aún cuando en principio el derecho real de servidumbre se basa fundamentalmente en la relación de servicio entre los predios más que en sus titulares, y, por lo tanto, el concepto de comodidad habría de referirlo a la modalidad objetiva de ejercicio y no a la persona que ejercita el derecho, el Código, excepcionalmente, tiene en cuenta al titular activo y pasivo para determinar cuando la servidumbre llega a ser muy incómoda o el cambio es igualmente cómodo por lo que los cambios en las titularidades de los predios, en ocasiones, puede influir decisivamente en la estimación o no de la pretensión de modificación”<sup>60</sup>.

Finalmente, hay que señalar que, cuando no hay acuerdo entre los dos titulares “habrá que atenerse a datos objetivos judicialmente apreciados bajo el criterio de que la variación propuesta no menoscaba el ejercicio de la servidumbre, según su finalidad; en cambio, parece que si la variación propuesta por el sirviente no altera la comodidad del dominante, aunque objetivamente agrave la servidumbre, lo que prevalece es la conveniencia del sirviente que, según su criterio, se hace –para él– más cómoda”<sup>61</sup>.

### **c.- La ausencia de perjuicio para el predio dominante**

La SAPIB 571/1998 ha señalado que *la supresión del trazado que se postula sí perjudica a los predios dominantes desde el momento en que les priva de uno de los dos accesos de que disponen, y supone una considerable desventaja frente a la situación existente y aunque es cierto que la pura necesidad de salida a camino público que se predica de los predios dominantes queda perfectamente cubierta con el mantenimiento de uno solo*

*de los dos trazados, la voluntad de los constituyentes no era únicamente esta (satisfacer tal necesidad), sino que se fijó un contenido muy superior. Mientras que, el predio sirviente señala que no existe auténtico perjuicio porque se mantiene idéntico el trazado Norte, el cual es más seguro y entraña menor dificultad de recorrido y tampoco y que no hay verdadera necesidad de mantener dos salidas a camino público.*

Respecto de este requisito, hay que señalar que no ocasionar perjuicio al predio dominante supone que “se debe proporcionar a éste una alternativa que objetivamente no suponga incomodidad alguna para aquél, de suerte que tanto la situación anterior y la actual modificada permitan al mismo el ejercicio de la servidumbre en condiciones razonablemente similares a las acordadas en el negocio jurídico constitutivo o derivadas de la posesión, aunque se modifique el lugar o forma de prestación de la misma”<sup>62</sup>.

Por tanto, “sólo debe considerarse menoscabo del derecho cuando existe una objetiva disminución de la utilidad, o insatisfacción de las exigencias del fundo dominante tal y como aparecen contempladas en el título constitutivo, o que concretamente incidan sobre la modalidad de ejercicio, volviéndolo más difícil o incómodo de lo que estaba previsto”<sup>63</sup>.

Como ya hemos dicho en relación con los otros requisitos, la facultad de valorar la concurrencia o no del menoscabo en la servidumbre corresponde a los Juzgados y Tribunales en función de las circunstancias fácticas.

## **2.4.- la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso**

El art. 537 Cc dice que: “Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, o por la prescripción de veinte años”. Este artículo exige un plazo de 20 años para usucapir un derecho de servidumbre, fijando una regla especial en cuanto al tiempo, en relación con la de los artículos 1.957 y 1.959 Cc.

Por otro lado, el art. 539 Cc dice que: “Las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título”.

En definitiva, en los artículos 537 y 539 Cc se observa una prescripción especial y única en materia de servidumbres, sin distinción entre ordinaria, ni extraordinaria. No se exige justo título ni buena fe, siendo lo esencial la posesión y ésta no comienza a contarse desde el momento en que el título se extendió, sino desde que se comenzó efectivamente a actuar<sup>64</sup>. Aunque la posesión sí habrá de reunir todos los requisitos que exige el Cc a efectos de usucapir. El precepto se desvía de la disciplina general, pero, por supuesto, se requiere posesión pública, pacífica e ininterrumpida (artículo 1.941 Cc).

Esta regulación especial está en coherencia con el art. 1938 Cc que excepciona las reglas de la prescripción cuando así lo diga una ley especial. Por tanto, una prescripción especial es la del derecho de servidumbre.

En la actualidad, la doctrina es también casi unánime en relación con que no cabe la usucapión de las servidumbres discontinuas (paso) y se dice que su ejercicio, a falta de título, debe entenderse en virtud de tolerancia y de buena vecindad<sup>65</sup>. Ello es así porque la posesión que conduce a la usucapión ha de ser pública y continua y no existe publicidad en las servidumbres no aparentes, ni continuidad en las discontinuas<sup>66</sup>. Siendo, por tanto, el propósito del legislador el impedir que un estado de precariedad, una tolerancia de actos realizados sin derecho y por mera condescendencia de buena vecindad, pueda transformarse en un estado permanente y de derecho<sup>67</sup>.

Las sentencias de 19 de abril, de 19 de junio y de 27 de diciembre de 2002, de la APIB son un ejemplo de la unanimidad que también hay en la jurisprudencia en torno a la no admisión de la prescripción de la servidumbre de paso por ser discontinua, a la consideración de que los actos de simple dejación, tolerancia o complacencia sin título que los respalde son irrelevantes en la servidumbre de paso y a la idea de que la ausencia de prohibición de paso por un camino no es suficiente para ser considerada como un título de adquisición de servidumbre.

No obstante dicha unanimidad, a este planteamiento se le objeta que “el carácter discontinuo no impide la ininterrupción de la posesión de la servidumbres, porque el que tiene una servidumbre de paso sobre finca ajena siempre la posee, transite o no”<sup>68</sup>. La permanencia en la posesión es compatible con el ejercicio normalmente interrumpido ya que la posesión de un derecho y su ejercicio no son ideas parejas ni se dan simultáneamente<sup>69</sup>.

Con estos argumentos se observa que discontinuidad no es posesión ininterrumpida y, por tanto, hay que encontrar el significado de dicho término.

Tal vez, el más interesante y conocido planteamiento es el de LACRUZ, aunque no ha tenido reflejo en la jurisprudencia<sup>70</sup>, que entiende que el Cc al definir las servidumbres discontinuas *atiende preferentemente a que su ejercicio dependa del hecho del hombre, relegando a un segundo plano la concreta periodicidad de dicho ejercicio*<sup>71</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, es interesante la SAPIB de 27 de enero de 2000 por la profundidad que dedica a esta cuestión señalando: “La posición del Código civil ha sido abiertamente criticada por la doctrina científica, que considera la imposibilidad de adquirir por prescripción la servidumbre de

paso fuente de litigios y motivo de despojo de derechos legítimos. Alega un importante sector, que ser discontinua una servidumbres es concepto muy distinto de posesión interrumpida. La posesión de un derecho y su ejercicio no son ideas parejas ni se dan simultáneamente. La permanencia en la posesión es compatible con el ejercicio normalmente interrumpido. Basta, dicen, 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 cuando lo desee; el que medie intervalo en los actos de tránsito no hace presumir el abandono de la posesión o que se produzca la interrupción material de la misma. Y se tilda de incongruente el que nuestro Código exija la posesión continua para la usucapión y elimine luego la prescripción adquisitiva para una servidumbre susceptible de posesión continua, por el hecho de que su ejercicio no sea permanente y necesite un hecho del hombre”.

Siendo así, sólo cabe señalar que el Cc adoptó esta idea de discontinuidad y eliminó en este tipo de servidumbres la posibilidad de usucapión por motivos de política legislativa<sup>72</sup>.

Se opta por la exclusión de la usucapión en las servidumbres discontinuas por consideraciones de utilidad y por la idea de que la posesión en éstas es siempre *iure familiaritatis*, ya que “si el ejercicio prolongado del paso pudiera transformar la situación de hecho en una situación de derecho, desaparecería la tolerancia; los propietarios se mostrarían inevitablemente inflexibles y celosos de sus prerrogativas”<sup>73</sup>.

La prescripción extraordinaria es considerada<sup>74</sup> una amenaza por la no participación del propietario afectado, por lo que, el art. 1959 Cc expresa claramente el carácter singular de la excepción en materia de servidumbres. *La singularidad estribaba en proteger a la propiedad más de lo que le protege dicha posesión ad usucapionem, con lo cual se debe descalificar ad usucapionem lo que desde una óptica posesoria fuese correcto.* Así resulta que el ejercicio discontinuo de una servidumbre no supone posesión interrumpida, por lo cual podría adquirirse por prescripción, pero *lo que es posesoriamente correcto ad usucapionem, no lo es desde la óptica de la diligencia exigible a un propietario: se le protege incluso frente a lo que posesoriamente es continuo, porque es en su ejercicio esporádico, y por tanto, hasta cierto punto, incontrolable.*

Por ello, el Cc concluirá<sup>75</sup> que *una servidumbre discontinua no es prescriptible. Este planteamiento no responde a una lógica posesoria, sino sólo logra que sólo lo aparente e incesante perjudique al propietario.* También se acortará el plazo: *se adopta el de la prescripción ordinaria entre ausente –veinte años–; pero a cambio se exige fácticamente, no posesoriamente; mucho*

*más. Lo que ocurra puede ocurrir sin su consentimiento, pero no sin su control. De esta forma, el modo de adquirir complementario del acto de propietario, el uso, queda aproximado a éste. Se trata de un uso pero agresivo fácticamente. Es esa agresividad lo que le hace perder eficacia. La eficacia propia de la prescripción, que es la eficacia del silencio.*

*La absolutización del título es un complemento y un resultado lógico de la regulación restrictiva de la prescripción. Si tolera lo ostensible, de alguna manera, lo quiere. Y si lo quiere, él lo legitima. No todo es prescriptible, lo no prescriptible requiere título, y en ausencia de título sólo es admisible la escritura de reconocimiento o la sentencia firme<sup>76</sup>.*

En concordancia con estas ideas, la prescripción adquisitiva de la forma de ejercitar la servidumbre no podrá tampoco darse en las discontinuas, puesto que “el contenido y forma concreta en que se venga ejercitando la servidumbre o, dicho en otros términos, su efectiva posesión, nunca puede determinar jurídicamente el contenido de una servidumbre no susceptible de adquisición por usucapión como es la de paso si no que, de conformidad con el artículo 598 sólo lo puede determinar el título y subsidiariamente la ley, y sin que los defectos en su regulación puedan ser suplidos por una posesión con carácter normativo. Todo ello quiere decir que en la servidumbre voluntaria de paso la forma actual de ejercicio no refleja necesariamente el contenido jurídico del derecho pues aquél se encuentra determinado por el título, no por la posesión, sin que tampoco sea posible adquirir por usucapión, forma o modo distinto de ejercicio, de ahí que cuando éstos se desprendan expresa o claramente del título constitutivo, una posesión distinta de la servidumbre haya de enmarcarse dentro de los actos meramente tolerados por el titular del predio sirviente que en cualquier momento puede rechazar permitir su continuación, sin que ello suponga menoscabo alguno de la servidumbre sino más bien fin o término de la alteración o agravación”<sup>77</sup>.

### **3.- Propuesta de regulación. El ejemplo catalán**

En la propuesta de regulación de algunos aspectos del derecho real de servidumbre es de interés ver el ejemplo de alguna Comunidad Autónoma que ha legislado al respecto, en concreto, Cataluña.

En Cataluña, el derecho real de servidumbre se reguló, después de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, en la Ley 13/1990, de 9 de julio, *de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad*, la cual fue derogada, a los efectos que nos interesan, por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, *de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbres y de Adquisición Voluntaria o Preferente*. Asimismo, en la

actualidad, se prevé que las disposiciones de esta Ley 22/2001, con sus oportunas modificaciones, si proceden, formen parte del Libro Quinto del Código civil de Cataluña. En concreto, la materia de las servidumbres constituirá el Capítulo 6 de dicho Libro<sup>78</sup>.

A modo de ejemplo, podemos destacar algunas cuestiones en las cuales sería de interés contar con moderna legislación, en vistas de lo señalado en este estudio.

En primer lugar, sería interesante contar con una regulación que avance respecto de la confusa terminología del Cc en materia de servidumbres. Dicha evolución está presente en recientes leyes, de técnica más moderna.

Por lo que se refiere a terminología, el artículo 566-2 del *Projecte de Llei pel qual s'aprova el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya relatiu als drets reals*<sup>79</sup>, con relación a la constitución de servidumbres, supera la distinción entre servidumbres legales (o forzosas) y voluntarias y distingue, únicamente, entre servidumbres constituidas por título otorgado de manera forzosa o voluntaria (“1. Les servituds només es constitueixen per títol, atorgat de manera voluntària o forçosa”).

Con respecto a las servidumbres forzosas, se señala que su fuente de creación no es la ley, sino el título, con lo cual se deberá eliminar la expresión “por disposición de la ley” del actual art. 7 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, *de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbres y de Adquisición Voluntaria o Preferente*<sup>80</sup>.

Con esta terminología, todas aquellas figuras que no encajan en dicha descripción no son servidumbres. La regulación de los límites del derecho de propiedad, creados directamente por la ley y prescindiendo de la voluntad de los particulares, no tiene sentido en una ley de servidumbres, ni en un Código civil, sino en las leyes especiales por razón de la materia (carreteras, conducciones eléctricas), aunque dichas leyes los califique de servidumbres.

En segundo lugar, se requiere una aclaración del régimen jurídico aplicable a la servidumbre forzosa constituida voluntariamente.

En la normativa catalana queda clara la cuestión de que la servidumbre sigue siendo legal aunque el dueño del fondo que ha de resultar gravado se avenga a constituirla. La imposición legal afecta a la naturaleza del negocio jurídico que da cumplimiento a la misma y determina que, aun después del cumplimiento voluntario, la servidumbre deba ser conceptuada como servidumbre legal<sup>80</sup>.

Así queda claro, en el art. 7.1 de la Ley 22/2001 (“Les servituds només es

constitueixen per títol”) y más, concretamente, en el Proyecto de ley de libro quinto del Cc de Cataluña que, en su art. 566-2, al regular la constitución de una servidumbre dice: “2. La servitud es constitueix per títol forçós quan els titulars de la finca dominant poden exigir-la ... d’acord amb la Llei”.

Los comentarios a este artículo 566-2 hechos en los trabajos preparatorios señalan que las servidumbres constituidas por título otorgado forzosamente tienen como especialidad la legitimación para constituir las, con la posibilidad de que sean impuestas.

En tercer lugar, es interesante regular la temática de la “necesidad” *versus* “utilidad” que está presente en la distinción entre servidumbres forzosas y voluntarias.

El art. 9 de la Ley catalana 22/2001 señala, para todas las servidumbres, que: “La servitud es constitueix per a utilitat exclusiva de la finca dominant”. Y los trabajos preparatorios del Libro Quinto del Cc de Cataluña señalan, a propósito del art. 566-4, que la utilidad no ha de tener un contenido estrictamente económico, como el de gasto útil, sino que puede tener una finalidad meramente estética o de amenidad. Lamentablemente, parece que el contenido de este precepto ha desaparecido en el Proyecto de ley de libro quinto.

Igualmente, el art. 9.2 de la Ley 22/2001 consagra, para cualquier tipo de servidumbre, la idea del menor perjuicio, señalando que: “La servitud s’exerceix de la manera més adequada per obtenir la utilitat de la finca dominant i, alhora, de la manera menys incòmoda i lesiva per a la finca servent” (lo mismo se señala en el art. 566-4,2 del Proyecto de ley).

En cuarto lugar, puede ser aconsejable introducir elementos objetivos que permitan reducir la arbitrariedad en la valoración de los requisitos que deben concurrir para aceptarse una modificación de la servidumbre de paso. En esta línea, el art. 9.4 de la Ley de Cataluña 22/2001 prevé, únicamente, que la modificación en la forma y lugar de la prestación de la servidumbre no puede llevar aparejada una disminución de su valor y utilidad<sup>82</sup>. Con lo cual, se utilizan parámetros mucho más objetivables y de mayor seguridad jurídica que las ideas de “igualmente cómodo” o “sin perjuicio alguno”.

Por su parte, el art. 566-4,3 del Proyecto de ley de libro quinto del Cc de Cataluña dice: “... poden exigir, a càrrec seu, les modificacions que creguin convenientes en la forma i el lloc de prestar la servitud, sempre que no en disminueixin el valor i la utilitat”.

La idea de esta regla, según los trabajos preparatorios, es que el propietario del predio sirviente no puede verse privado de un uso razonable por causa de la servidumbre. Se trata, por tanto, de una cuestión de grado

de la utilidad: si la intensidad del uso es excesiva, no se trata de una servidumbre, sino, por ejemplo, de un usufructo. Se señala también que la referencia a la no disminución del valor y la utilidad es redundante, pero es conveniente hacerla.

En quinto lugar, debemos referirnos a la posibilidad de regular la prescripción adquisitiva del derecho de servidumbre de paso, para admitirla.

Como hemos analizado en el apartado anterior, para algunos autores, la opción del Cc de excluir la posibilidad de usucapión de la servidumbre de paso es arcaica, necesita de interpretación correctora, está desconectada de la sistemática del Cc, etc. No obstante, si observamos las nuevas regulaciones civiles sobre la usucapión de servidumbres, los argumentos de política legislativa seguidos por el Cc reviven.

La Ley 13/1990, de Cataluña, de 9 de julio, *de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad*, preveía la posibilidad de adquirir por usucapión un derecho real de servidumbre, por la posesión durante 30 años (art. 11). Dicha previsión fue derogada por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, *de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbres y de Adquisición Voluntaria o Preferente*, excluyendo la posibilidad de usucapión para todas las servidumbres (art. 7.4. “Cap servitud no es pot adquirir per usucapió”).

La doctrina ha aplaudido dicha decisión por entender que “el dominio ha de tener las menos restricciones posibles y la usucapión significa caminar hacia un derecho que lo limitará y gravará; significa estar en litigio continuo con los titulares de los predios contiguos o vecinos para delimitar si hubo posesión o meros actos continuados de tolerancia (...) significa en fin, dejar el derecho de propiedad abandonado a la inseguridad jurídica, por el hecho de no ejercitarlo constantemente, revelar cierta negligencia o cualquier género de incuria. Para estos supuestos, siempre están las exigencias de función social ex art. 33 CE (...) Utilizar el silencio, la tolerancia o el hipotético abandono de un propietario, para usar o aprovechar de un predio, y al final premiar al actor con la servidumbre, puede suponer una forma de recompensar a personas que han actuado premeditada y dolosamente o, al menos, con ánimo de servirse indebidamente de la propiedad ajena”<sup>83</sup>.

La opción seguida por el art. 7.4 de la Ley 22/2001 también se refleja en el art. 566-2,5 del Proyecto de ley de libro quinto del Cc catalán. La exclusión de cualquier posibilidad de usucapión se basa en cuatro argumentos, según los trabajos preparatorios: La existencia del principio de libertad del dominio; la ausencia de conexión de la usucapión con la tradición jurídica catalana; el derecho histórico comparado; y la situación en distintos derechos comparados actuales.

Para nosotros, el más interesante es el argumento de que es difícil diferenciar una hipotética posesión *ad usucapionem* de la simple tolerancia del propietario de actos aparentemente iguales a un servidumbre realizados por el vecino. Por esto, nada justifica que alguien pueda adquirir un derecho real haciendo, durante mucho tiempo, algo que no puede hacer. También destaca el argumento de este artículo basado en derecho vigente comparado. Se menciona que en la tramitación parlamentaria del Cc italiano se señaló ya que la usucapión de servidumbres era un problema exclusivamente político.

1.- Página 419 de la obra citada.

2.- Con respecto a éstas se ha venido considerando que se aplicaba en Mallorca (ver: GASSIOT MAGRET, “Voz: Servidumbre. Derecho foral”, *Enciclopedia jurídica española*. Seix, Barcelona, tomo XXVIII, pág. 644) las Ordinacions de Sanctacília que fueron en un principio Costumbres de la ciudad de Barcelona, compiladas por Jaime de Sancta Cilia durante el reinado de Jaume II y que se encuentran insertas en el tít. II, vol. II de las Constitucions de Catalunya. Asimismo algunas de las costumbres más antiguas de dicha Compilación se intercalaron en el cuerpo legal denominado “Recognoverunt Próceres” que regía en Barcelona, recogido posteriormente en el tít. XIII, lib. I, vol. II de las Constituciones de Cataluña (PELLA Y FORGAS, José, “Código civil de Cataluña”. Tomo II, pág. 200 y “Tratado de las Servidumbres”, págs. 31 ss).

3.- MASCARO ALBERTY, Matías, “Derecho Foral de Mallorca”. 3ª edición, Palma, Tip. José Tous, 1904.

4.- PACHECO CABALLERO, Francisco Luis, *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español*. El fil d’Ariadna. Pagès editors, Lleida, 1991, p. 41.

Ver en los textos romanos: Proemio tít. III, lib. II de la Instituta; las leyes 9, 10 y 14, tít. 1; leyes 1, 7, 8 y 13, tít. 3, ley 14, tít. 6 del Libro 8; ley 12, tít. 7, Libro 11; ley 2, tít. 8, libro 41 del Digesto; ley 2, tít. 34, Libro 3 del Código.

5.- Ceremonia religiosa que fijaba el *itus limitare* en los fundos rústicos que solucionaba las necesidades a las que responden nuestras servidumbres. Ver: CAPÓN REY, Francisco, “El problema de las servidumbres de paso”. *Revista de Derecho Judicial*, tomo 41, 1970, p. 108.

6.- “Al dividir y asignar a los ciudadanos los terrenos conquistados por Rómulo, se dejaron entre fundo y fundo unas fajas de terreno de mayor o menor anchura que servían al tránsito público y consiguiente acceso a los predios. La servidumbre surge después para atender a razones de comodidad, cubiertas las necesidades por dichas fajas, como sería sustituir la faja por otro trazado”. Ver: LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*. Publicaciones del seminario de Derecho Privado. Universidad de Murcia, 1963, p. 35.

7.- GARCÍA SÁNCHEZ, “El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en Derecho romano”. *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, n.º 85-86, 1974, p. 42.

8.- No podían constituirse de modo coactivo porque el régimen de los límites hacía innecesarias dichas servidumbres, por tanto, si se constituían era voluntariamente. Ver: LUCAS FERNÁNDEZ, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, 38; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*. Tomo III, Derecho reales. 2ª edición, Madrid, 1900, p. 495 y CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Derecho de cosas*. Tomo II, vol. 2º, Madrid, Reus, 1983, 13ª edición. p. 161.

9.- Digesto, Libro VIII, tít. 1, 13; tít. 3, leyes 1, 7, 12 y 23; tít. 4, 12; y tít. 6, 11-12. Como distinción, se dice que la *via* sería un sendero de ocho pies por el que se podría pasar con carros, el *actus* es un sendero para conducir animales y el *iter* es un sendero apto únicamente para el paso peatonal.

10.- Por tanto, no eran *ius in re aliena*. Ver: GARCÍA SÁNCHEZ, “El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en Derecho romano”, p. 47. Teoría defendida por HUGO, BERGMANN, DERNBURG, DU ROI Y VOIGT.

11.- En todo ver: GARCÍA SÁNCHEZ, “El origen de las servidumbres prediales y su vinculación con las relaciones de vecindad en Derecho romano”, p. 48-53.

12.- Señala D’ORS que el Derecho romano no conoce las “servidumbres legales” y ni la imposición de un paso necesario, ni las limitaciones urbanísticas del derecho romano tardío tienen tal carácter. Las servidumbres (*iura praediorum*) son siempre voluntarias. Ver: D’ORS, *Derecho privado romano*. 7ª edición, revisada. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 207 y 249.

13.- Digesto 11, 7, 10 y 12 dice: “Si alguno tuviera un sepulcro, pero no tuviera camino para llegar al sepulcro y el vecino le impidiera pasar, el emperador Antonio <Caracala>, con su padre <el emperador Septimio Severo>, dispuso por rescripto que solía pedirse y concederse en precario el paso al sepulcro, de modo que cuando no se deba servidumbre se pida a quien tenga el fundo vecino. Pero este rescripto que concede la facultad de pedir el paso no concede una acción civil, sino que se ha de reclamar del gobernador de la provincia por vía extraordinaria, y debe éste obligar a que por su justo precio se le conceda a aquél el paso, de forma que el juez atienda también a la oportunidad del lugar para que el vecino no sufra un gran perjuicio”.

Señala D’ORS que desde el s. III, cuando un sepulcro queda enclavado (sin servidumbre de paso) en un predio ajeno al titular del mismo, éste puede solicitar del magistrado que imponga un paso necesario, que Justiniano considera como derecho real, aunque no como servidumbre. Ver: *Derecho privado romano*, 249-250.

14.- Ver: DE BUEN, Demófilo, “Servidumbre de paso”. *Enciclopedia jurídica española*. Seix, Barcelona, tomo XXVIII, p. 726.

15.- ROCA JUAN, *De las servidumbres. Comentarios al Tít. VII, Cap. II, Sección 3.ª. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo VII, vol. 2. Edersa, 1978, p. 2.

Las servidumbres reconocidas por el Derecho romano fueron siempre tipos determinados y fijos o figuras creadas a imitación de tales tipos que respondían a aquellas necesidades en que el Derecho estimó justificada una limitación al absoluto y, por naturaleza, libre derecho de dominio. Ver: TAMAYO, Alberto, *El derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del Código civil en materia de servidumbres*. Bosch, Barcelona, 1956. p. 13-14.

16.- PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho civil español*. Tomo II, 3ª edición, Madrid, 1976, p. 496, nota 11.

17.- Ver: Digesto 41, 1, 43, 1 (Gaio): *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*; Digesto 41, 3, 10, 1: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possit, cum aedificiis possint*; Digesto 43, 20, 3, 4; Digesto 39, 26 y Codex 3, 34, 7 (Diocleciano)-.

18.- PACHECO, *Las servidumbres prediales en el Derecho histórico español*, 25.

19.- Texto de PAULO: “(28 [29] Es cierto que se puede usucapir la liberación de las servidumbres, pues la ley Escribonia suprimió la usucapición constitutiva de una servidumbre, pero no la que procura la liberación por extinción de la misma”.

20.- DE BUEN, Demófilo, “Servidumbre”. *Enciclopedia jurídica española*. Seix, Barcelona, tomo XXVIII, p. 663.

21.- Dice: “Las servidumbres de los predios rústicos, aunque se incorporen a cosas materiales, son sin embargo incorporales, y por eso no pueden adquirirse por usucapición; tampoco, si se quiere, porque son de tal condición las servidumbres que no son susceptibles de una posesión cierta y continua, pues ninguno puede pasar de un modo tan continuo y seguido que parezca que en ningún momento se interrumpe la posesión de la servidumbre; y lo mismo se observa en las servidumbres de los predios urbanos”.

22.- Dice: “Se estimó procedente no considerar como servidumbre de canalón el boquete abierto en la parte baja de la pared de una habitación o de un triclinio con el fin de lavar el pavimento, y que no se adquiriera el derecho con el transcurso del tiempo. Esto es verdad si en aquel lugar no cayese agua de lluvia (pues no tiene causa perpetua lo que se hace por mano del hombre), mas la lluvia que cae, aunque no sea constantemente, es por causa natural y por ello se estima que sucede con causa perpetua. Todas las servidumbres de los predios deben tener causas perpetuas, y por esto no puede concederse una servidumbre de acueducto partiendo de un lago o de un estanque; también la causa de verter el estilicidio debe ser natural y perpetua”.

23.- Desarrollando la determinación de Paulo relativa a la *servitus luminis* en la afirmación de la necesidad de una causa perpetua como requisito general de las servidumbres, los justinianos mezclaron al efecto de la ausencia de la perpetua causa también la afirmación de la inusucapibilidad. Ver: LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre, 1954, p. 523.

24.- Comentando el Digesto 8, 3, 14: “Qualiter autem cognoscas utrum servitutes habeant causam continuam aut non, do tibi regulam infallibilem. Si quidem ad usum servitutis requiritur factum hominis, nunquam dicitur habere causam continuam: quia homo non potest operari continue. Si vero non requiritur factum hominis, dic tunc habere causam continuam vel quasi. Et ex hoc apparet quod servitus viae et itineris non habet causam continuam, quia non potest homo semper ire, servitus vero aquaeductus potest habere continuam cum semper aqua fluat, vel apta est fluere. Sed si requiritur factum hominis, ut puta esse necesse quod de quodam fonte, vel fossa aqua extraheretur et mitteretur in aliquem rivum, tunc non haberet causam continuam”.

25.- Es decir, *Por el uso de cuyo comienzo no tengan memoria los hombres*. Ver: DE BUEN, “Servidumbre”, 638. Ver sobre la prescripción inmemorial, estudios como: ESPIN CANOVAS,

“Derecho transitorio sobre prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español”. ADC, tomo XVIII, 1965; MURIAS TRAVIESO, “Notas sobre la prescripción inmemorial”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1948, n.º 183.

26.- La teoría se basa en la distinción entre causa continua o no para poder usucapir, de forma que si “se requiere para el uso de la servidumbre un hecho del hombre, nunca se dice que existe una causa continua, porque el hombre no puede obrar continuamente. Pero si no se precisa el hecho del hombre, entonces sí que existe causa continua o casi continua” (*Comentarios a la Constitución 2ª del Libro III, tít. 34*, comentando Digesto 8, 3, 14). Ver: CAPÓN, “El problema de las servidumbres de paso”, 108; y LACRUZ, “Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, 525.

27.- LACRUZ, “Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, 525-526.

28.- Pero no hay que olvidar que la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas en orden a la usucapición no existió en el Derecho romano y no llegó a prosperar en la práctica moderna del Derecho común. Ver: LACRUZ, “Usucapición de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, 550.

29.- *Debates Parlamentarios sobre el Código civil español* (Senado, día 19 de febrero de 1885) tomo I, p. 22.

30.- *Debates Parlamentarios sobre el Código civil español* (Senado, día 11 de marzo de 1885), tomo I, 170.

31.- *Debates Parlamentarios sobre el Código civil español*, tomo I (*Diario de Sesiones de Cortes*, Senado, Apéndice al núm. 99, de 30 de abril de 1888), 988.

32.- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*. Tomo I. Cívitas, Madrid, 1984, págs. 261-262.

33.- RIVERA SIMÓN, Marcial, “Modalidades de Derecho foral subsistentes en Menorca”. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, pág. 888; ROCA TRÍAS, Encarna, “Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, 1982, pág. 38; FERRER VANRELL, *La aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía*. Materials 6, UIB, Palma, 2001, p. 67-72.

34.- También ver: MASCARO ALBERTI, Matías, “Derecho Foral de Mallorca”. 3ª edición, Palma, 1904; y PELLA Y FORGAS, José, “Tratado de las Servidumbres”, págs. 31 ss.

35.- MASCARO ALBERTY, Matías, “Derecho Foral de Mallorca”. 3ª edición, Palma, Tip. José Tous, 1904.

36.- Cfr. FERRER VANRELL, M. P., “La concurrencia de la vigencia de normas de diferentes ordenamientos civiles en el territorio balear, criterios de solución. Las fuentes del derecho civil balear”. *Curs de Dret civil balear*. Col.legi d’Advocats de les Illes Balears, maig-juny 2003.

37.- ROSSELLÓ ROSSINYOL DE ZAGRANADA, R. y MASOT MIQUEL, M., *Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1992, p. 70 ss.

38.- ROSSELLÓ ROSSINYOL DE ZAGRANADA, R. y MASOT MIQUEL, M., *Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1992, p. 73.

39.- Recogido en: FERRER VANRELL, María Pilar, *El Informe sobre la reforma de la Compilació de Dret civil de Balears*. Materials, 5. Universitat de les Illes Balears, 2000, p. 99-102.

40.- Véase un comentario a la misma en: LLODRÀ GRIMALT, F., “Constitución voluntaria y modificación de servidumbre forzosa de paso permanente (a propósito de la sentencia de 4 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Baleares)”. *El consultor inmobiliario*, n.º 58, 2005, págs. 22-45.

41.- La posibilidad de que se constituyan voluntariamente está pacíficamente admitida, la problemática es su posterior régimen. Ver: LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*. Publicaciones del seminario de Derecho Privado. Universidad de Murcia, 1963. p. 27.

42.- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *La servidumbre de paso en el Código civil (Contiendas judiciales)*. Montecorvo, Madrid, 1990, p. 305-306.

43.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 307-308.

44.- RIVERA SERRANO, Manuel, *Régimen jurídico de las servidumbres de paso en el ordenamiento jurídico español*. 2.ª edición, Comares, Granada, 1999, p. 183 ss.

45.- REBOLLEDO, *Los Derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbres de paso y serventía)*. Editorial Revista Xurídica Galega, 1999, p. 165-166.

46.- DE BUEN, “Servidumbre”, 749-750.

47.- En todo: MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*. Tomo IV, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1895, p. 642-643.

48.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 147.

49.- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*. Volumen III, 5ª edición, Tecnos, 1993, p. 460.

50.- BUSTO LAGO, José Manuel, “Comentario de los artículos 549 a 570 del Cc.”. *Comentarios al Código Civil*. Coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2001, p. 691.

51.- Magistrado Juez D. José Miguel Bort Ruiz.

52.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 243-244.

53.- Ver: GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852, tomo I-II, p. 468.

54.- Ver: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho civil, Derecho de cosas*. Tomo III, volumen 1.º y 2.º. Décima revisión por Wolff y Raiser y anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. 3ª edición al cuidado de José Puig Brutau. Bosch, Barcelona, 1971, p. 52.

55.- REBOLLEDO, *Los derechos reales en la Ley 4/1995*, 265-266.

56.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 249; ROCA, *Comentarios al Código civil*, tomo VII, vol. 2º, 91; LUNA SERRANO, Agustín, en : LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*. Vol. 2º. Segunda edición, Bosch, 1991, p. 179.

57.- REBOLLEDO, “Presupuestos básicos de la servidumbre forzosa de paso”. *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo II, Estudios Ramón Areces, 1990, p. 1724-1725.

58.- REBOLLEDO, *Los derechos reales en la Ley 4/1995*, 268-269.

59.- LUCAS FERNÁNDEZ, *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, 149. Siguiendo a DE LA VILLE.

60.- REBOLLEDO, *Los derechos reales en la Ley 4/1995*, 268-269.

61.- ROCA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo VII, vol. 2. Edersa, 1978, p. 92.

62.- MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, “Comentario de los artículos 530 a 548 del Cc.”. *Comentarios al Código Civil*. Coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2001, p. 668.

63.- REBOLLEDO, *Los derechos reales en la Ley 4/1995*, 261.

- 64.- DE BUEN, “Servidumbre”, 639.
- 65.- LUNA, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, 162.
- 66.- MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo 4, 1985, 575.
- 67.- CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, tomo II, vol. 2º, 123.
- 68.- DíEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, 447.
- 69.- CAPÓN REY, Francisco, “El problema de las servidumbres de paso”. *Revista de Derecho Judicial*, tomo 41, 1970, págs. 107-114.
- 70.- Y sólo la labor jurisprudencial permitiría, dados los términos del Cc, poder llegar a la conclusión del autor sobre la continuidad de la servidumbre de paso. Ver: GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel, *Manual de servidumbres*. 3ª edición, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, p. 229.
- 71.- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*. Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 107.
- 72.- LUNA, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, 163. El autor cita a CARBONNIER y dice que las servidumbres discontinuas constituyen un residuo del comunismo agrario, en el que el Cc. debía ver un freno al progreso económico y un atentado a la libertad individual.
- 73.- LACRUZ, “Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, 561.
- 74.- En todo: ARECHEDERRA ARANZADI, “Propiedad y constitución de servidumbres”. *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo I, Estudios Ramón Areces, 1990, p. 151-152.
- 75.- En todo: ARECHEDERRA ARANZADI, “Propiedad y constitución de servidumbres”, 151-152.
- 76.- ARECHEDERRA ARANZADI, “Propiedad y constitución de servidumbres”, 159-159.
- 77.- REBOLLEDO, *La servidumbre de paso en el Código civil*, 138-139.
- 78.- Tras la elaboración de este trabajo, ha sido aprobada la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña. Esta Ley presenta algunas modificaciones con respecto a cuestiones del Proyecto que comentamos en este trabajo.
- 79.- *Butlletí oficial del Parlament de Catalunya*, n.º 216, de 5-09-2005, p. 10.
- 80.- Que dice: “1. Les servituds només es constitueixen per títol, atorgat voluntàriament o forçosa per disposició de la llei».
- 81.- COBACHO GÓMEZ, José Antonio, “Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el Derecho civil de Cataluña”. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, 2003, p. 3668. También cfr.: “El futur del dret patrimonial de Catalunya”. *Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Tirant lo blanc, Valencia, 2000.
- 82.- Ver: COBACHO, “Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el Derecho civil de Calaluña”, 3675.
- 83.- Ver: COBACHO, “Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en el Derecho civil de Calaluña”, 3670.