

EL DERECHO REAL LIMITADO DE PASO Y SU CREACIÓN Y CONFIGURACIÓN VOLUNTARIAS

Manuel Espejo Lerdo de Tejada
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN: El derecho de paso ejercitado desde hace más de medio siglo, que recae como finca «sirviente» sobre un camino compuesto por porciones pertenecientes a cada una de las diversas fincas que actúan como «dominantes» plantea algunas dudas de calificación acerca de su título constitutivo y si es posible su adquisición por usucapión. En cuanto a lo primero, por la posibilidad de estimar que ha concurrido un válido consentimiento tácito, en cuanto producido en contrato oneroso; y, en cuanto a lo segundo, porque si el supuesto no se calificara como servidumbre, sería posible, sin cortapisas legales, que el derecho de paso se hubiera adquirido por usucapión.

ABSTRACT: *The right of way that has been exercised for more than half a century, which falls as servient tenement on a path composed of portions belonging to each of the various properties that act as dominant tenements, raise several doubts with respect to its legal classification: namely with what concerns its constitutive title and whether if it is possible its acquisition by adverse possession. Regarding the former, due to the possibility of affirming that a valid tacit consent has been given, as occurred in the onerous contract; and, as to the latter, because if the case does not qualify as an easement, it would be possible without legal restrictions, that the right of way was acquired by adverse possession.*

PALABRAS CLAVE: Servidumbres de paso: usucapión y constitución por título. Medianería: usucapión. Derechos reales atípicos.

KEY WORDS: *Easements: adverse possession and constitution by title. Party walls: adverse possession. Atypical rights in rem.*

SUMARIO: 1. EXPLICACIÓN DEL ORIGEN Y LOS MOTIVOS DEL TRABAJO. 2. DESCRIPCIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO Y DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA RESOLUCIÓN DE AMBOS CONFLICTOS. 3. EL TÍTULO CONSTITUTIVO DEL DERECHO REAL DE PASO. 4. LA POSIBLE CALIFICACIÓN DEL DERECHO REAL DE PASO COMO ATÍPICO. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO I: SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 26 MARZO 2014. ANEXO II: SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 11 JULIO 2014.

1. EXPLICACIÓN DEL ORIGEN Y LOS MOTIVOS DEL TRABAJO

El presente trabajo está motivado por la lectura, y el contraste de la doctrina sostenida en cada una de ellas, de dos recientes SSTs: 26 marzo 2014 (RJ 2014/2144) y 11 julio 2014 (JUR 2014/193040)¹. Ambas aparecen en algunos repertorios referidas a las

¹ Ambas están reproducidas íntegramente en los anexos I y II de este artículo, para facilitar su lectura.

servidumbres de paso², y sobre este primer particular cabe hacer alguna matización; en concreto: respecto de la más reciente en el tiempo ninguna duda debería existir sobre su ubicación temática, en cambio, en relación con la primera quizá sí se pueda discutir esa calificación, ya que se puede dudar —así lo dice la propia STS— de si estamos ante una modalidad atípica de servidumbre o, añadiríamos nosotros, ante un derecho de paso atípico, configurado por la autonomía de la voluntad. La razón de la duda, sintéticamente expuesta, es que ese derecho de paso tiene la importante particularidad de recaer como finca «sirviente» sobre el conjunto resultante a partir de las porciones pertenecientes a cada una de las diversas fincas originarias que actúan como dominantes o titulares del derecho de paso. Se podía ver, pues, más una situación de comunidad de uso que una propia relación de servidumbre; de hecho, a esta otra calificación apunta el dato de que se aplicara a la figura el nombre de «serventía» por parte de los Tribunales inferiores³.

En cualquier caso, en los dos supuestos se ejercitaba una acción cuyo objeto era determinar si existía o no el controvertido derecho de paso, si bien la acción debía ser calificada de modo diferente en cada uno de los supuestos. En caso de la primera STS la acción sería confesoria y en el de la segunda, negatoria; pero ambas SSTS demuestran que la materia litigiosa que se resuelve en ambas acciones puede ser exactamente la misma: se discute judicialmente sobre la existencia o no de la servidumbre o sobre el alcance de las facultades que concede. Ciertamente lo único que cambia en las respectivas acciones es la perspectiva: mientras que en la confesoria es el titular del predio dominante quien demanda, en la negatoria es el titular del predio sirviente quien pretende que se declare la inexistencia de servidumbre. Pero, obviamente, el demandado, en ambos casos, podrá defenderse: negando que exista servidumbre, en el primer caso; o probando la existencia de la servidumbre, en el segundo. Ello es precisamente lo que sucede en ambos litigios y resulta lo habitual. Entonces, según sea el sentido del fallo, iniciada una acción como confesoria, la Sentencia puede lograr un efecto negatorio; o, ejercitada una acción negatoria, llegarse a un efecto confesorio⁴.

Cada una de estas SSTS se funda en criterios de solución aparentemente dispares, y de hecho, parece que llegan a afirmar y a negar el derecho de paso a partir de datos

² Nos interesa destacarlo en relación con la STS 26 marzo 2014. Así en la propia versión oficial del CENDOJ: «Servidumbres. Derecho de paso creado por autonomía de la voluntad negocial mediante la cesión de una porción de terreno propio para que sirviera a todos los colindantes. Incongruencia. Valoración de la prueba». En el Repertorio Aranzadi, las palabras clave son: «SENTENCIA: INCONGRUENCIA: desestimación: fallo de la sentencia recurrida que no entra en contradicción con ninguno de los argumentos que le sirven de motivación: atribución al camino de la condición de 'vecinal': interpretación conforme al canon hermenéutico de la totalidad. SERVIDUMBRES DE PASO: existencia: titularidad de un derecho de paso por el camino, como consecuencia de la cesión, convenida por sus respectivos causantes, de una porción del terreno propio para que sirviera a todos a tal fin: alcance de la serventía».

³ Término con el que aparece referenciada, de hecho, en otros dos repertorios: laleydigital (LA LEY 40094/2014) y en Tirant Online (TOL 4.218.915).

⁴ Para todo ello: BIONDI, B., *Las servidumbres. Con extensas anotaciones de Derecho español común y foral por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS*, Jaén, 1978, pp. 1184 y ss.

fácticos que pueden parecer similares. Descubrir y explicar las razones de esta discrepancia nos movió a la curiosidad, primero, y a redactar estas páginas, después.

Vamos a analizar esta posible discrepancia con un poco más de atención. La última STS en el tiempo, la STS 11 julio 2014, conocía de una acción negatoria, y llega a conclusiones bastante previsibles de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anterior; mientras que la otra, que es algunos meses anterior en el tiempo, STS 26 marzo 2014, abordaba una acción confesoria. Esta segunda, aunque muy breve y discreta en sus argumentos y que casi puede pasar inadvertida dentro de las innumerables Sentencias que cada año dicta la Sala de lo civil, llega a conclusiones que podían entenderse en contraste con algunas de las afirmaciones más comúnmente tenidas por ciertas en dos asuntos: en cuanto a la prueba del título necesario para entender constituida la servidumbre y en cuanto a la usucapión de la servidumbre de paso.

Debemos resumir brevemente los casos que estaban en el origen de ambas resoluciones, los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo, y el sentido del fallo. Obviamente es necesario recordar que la STS 11 julio 2014, al considerarse solamente como expresiva de la doctrina común, tiene aquí un papel secundario, como contraste de la doctrina contenida en la STS 26 marzo 2014.

2. DESCRIPCIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO Y DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA RESOLUCIÓN DE AMBOS CONFLICTOS.

Vamos a presentar las dos SSTs, yendo de la que sostiene una doctrina menos llamativa, a la más singular.

Primer caso: en el supuesto de la STS 11 julio 2014 se ejercitaba por una comunidad de propietarios en propiedad horizontal la acción negatoria de servidumbre contra la propietaria del predio vecino. Se pretendía, por tanto, la declaración como libre del derecho de propiedad de los demandantes, y que no se encontraba sometido a un derecho real de servidumbre, que en el supuesto sería una servidumbre voluntaria de paso. Hay que hacer notar que, pese a que la función de la acción negatoria puede ser doble, de declaración y de restitución⁵; en el caso parece claro que, en lo que se refiere al derecho de paso, la acción negatoria tenía una finalidad puramente declarativa⁶.

⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 2, 1ª, revisado y puesto al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1984, p. 197; GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y la posesión*, Barcelona, 2002, p. 182.

⁶ Finalidad declarativa que la doctrina estima perfectamente posible: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, Barcelona, 2010, pp. 354-355; MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Madrid, 1993, pp. 78-79; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1º, Barcelona, 1991, p. 372. De hecho en el Derecho italiano la formulación del art. 949 *Codice civile* parece insistir más y coloca en primer plano la función declarativa, pero ello no excluye que se pretenda también la finalidad restitutoria: BIONDI, B., *Las servidumbres*, cit., pp. 1190-1191. Decimos en el texto que la finalidad era declarativa en

La SAP Murcia, sección de Cartagena, de 10 abril 2012⁷ sostuvo que el derecho de servidumbre se puede constituir por cualquier negocio jurídico, sin necesidad de que quede plasmado documentalmente. En el caso constaba, por prueba testifical, la existencia de una ventana y una puerta sobre la finca de los demandantes desde el año 1960 como mínimo, que los sucesivos propietarios han respetado, incluso cuando el propietario del que traen causa inmediata los demandantes decidió edificar un nuevo edificio en el predio sirviente, lo que se considera por la SAP un acto inequívoco de constitución de la servidumbre.

Para la STS la valoración de los hechos que realiza la SAP es equivocada: el derecho real de servidumbre es muy distinto a la situación de hecho, es decir, a la mera tolerancia en una situación posesoria por antigua que sea; por eso, la servidumbre debe apoyarse en un título o hecho constitutivo, es decir en un acto jurídico en virtud del cual se establece. En conformidad con ello, en la acción negatoria la parte demandada sufre la carga de la prueba de acreditar esa adquisición de la servidumbre que la parte contraria le niega. Y esto es lo que permite afirmar que el dominio se presume libre en nuestro sistema.

Por otra parte, también entiende la STS que la servidumbre de paso, se debe calificar como discontinua y aparente, a los efectos del art. 539 CC, por lo que sólo puede adquirirse en virtud de título, salvo el caso del reconocimiento del dueño del predio sirviente o de la sentencia firme, como contempla el art. 540 CC⁸; en particular, por tanto, el paso del tiempo no haría posible la adquisición por usucapión. Y, por otra parte, parece indiscutible que en el supuesto litigioso no había título alguno de constitución de la servidumbre: «ni se ha mencionado, ni, por tanto, ha sido objeto de prueba. Tampoco se ha probado, ni siquiera se ha alegado la prescripción inmemorial. En todo caso, no se ha acreditado la constitución de las servidumbres por parte de la parte demandada. Lo cual es esencial en la acción negatoria. Lo que es importante es que la apariencia física externa no es título ni sirve para la prescripción». Finalmente se añade que, si existiera título sería gratuito, y ello obligaría a equiparar la constitución de la servidumbre a una donación: «Este gravamen o carga real establecida sobre un inmueble tiene la naturaleza de bien inmueble, por lo que para su constitución de forma gratuita es necesario cumplir los requisitos de la donación de bienes inmuebles. Requisito esencial para la validez de la donación de bienes inmuebles [...] es que se realice en escritura pública en la que conste el *animus donandi* (voluntad de donar) del donante y la aceptación de la donación por el donatario». Hasta aquí los hechos, y argumentos jurídicos, ninguno inesperado a tenor de la doctrina previa del TS sobre la materia. El sentido del fallo era, entonces, evidente: casar la SAP y declarar la no

cuanto al derecho de paso. Pero en el procedimiento se ejercía también una acción negatoria de servidumbre de vistas con la doble función habitual: declarativa de la inexistencia de dicha servidumbre y de condena a cerrar determinadas ventanas.

⁷ Roj: SAP MU 955/2012 Id CENDOJ: 30016370052012100225.

⁸ En ese sentido la resolución comentada alega las SSTS 14 junio 1977, 29 mayo 1979 (RJ 1979, 1950), 5 marzo 1993 (RJ 1993, 2007), 13 octubre 2006 (RJ 2006, 8999) y 16 mayo 2008 (RJ 2008, 3083).

existencia de la servidumbre, estimando la demanda en la que se ejercitaba la acción negatoria.

Segundo caso: la STS 26 marzo 2014 resuelve la controversia con criterios y, sobre todo resultado, diferentes: afirma ahora la viabilidad de que el título voluntario de constitución de la servidumbre no estuviera recogido en un documento, sino que fuera deducido más bien de hechos concluyentes. En el caso estaba claro que se había logrado probar el hecho de la posesión de varios modos: mediante la declaración de testigos, el testimonio catastral, el informe de peritos, la referencia que se hacía al camino en los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad como lindero de cada una de las fincas, etc. Pero estos medios de prueba sólo darían cuenta del título material, en cambio no prueban la existencia de un título en sentido formal. De esta manera, bajo la perspectiva de la doctrina habitual sobre constitución de servidumbres, la solución del supuesto hubiera requerido cuestionarse el carácter gratuito u oneroso del negocio constitutivo; y asimismo, preguntarse si el resultado del litigio no pone en cuestión la exclusión legal de la posibilidad de que la servidumbre de paso sea adquirida por usucapión. Porque resulta bastante claro que el hecho de la antigüedad del paso fue muy determinante para el resultado del pleito.

Los antecedentes fácticos eran los siguientes: los propietarios de tres fincas, situadas en el término municipal de Denia, alegaban que, en los años cincuenta del siglo pasado, sus respectivos causantes y el de los demandados (propietarios de otra finca colindante), se cedieron mutuamente una porción de cada finca propia para que sirviera a todos como acceso a una vía pública y a la playa. Desde entonces, todos ellos habían utilizado el camino resultante conforme a ese destino, hasta que, en agosto de dos mil cuatro, los demandados, procedieron a impedir el paso con la colocación de dos puertas, y la incorporación del sector del camino delimitado por ellas a su propia parcela. En el suplico de la demanda, los demandantes pretendieron la declaración del derecho de todos ellos a utilizar el camino, tal como habían venido haciéndolo, así como la condena a los demandados a eliminar los obstáculos que impedían el paso.

La demanda fue estimada en las dos instancias. En concreto el Tribunal de apelación declaró probada la existencia de «un camino utilizado por los titulares de las fincas del entorno para salir a la carretera de Les Rotes y al mar, de manera que el camino cerrado por los demandados no es un camino público [...], desde al menos mil novecientos cincuenta y dos, siendo éste formado por cesión de los colindantes, constando en sus títulos que lindan con camino que ha sido utilizado por los vecinos de la zona y que se sigue utilizando en su acceso al mar». En definitiva, declaró probada la constitución, por negocio jurídico, del derecho de paso por el referido camino, pese a la ausencia de documentos y a la no constancia escrita de los acuerdos a que llegaron los propietarios de la zona para habilitar el paso, pues a su juicio esto no impedía reconocer que existió una cesión de terreno por cada uno de los colindantes.

Nos interesa destacar que al TS fueron denunciados en el recurso diversos vicios procesales, y que con ocasión de su análisis la STS realizó breves y sabrosas consideraciones sobre el supuesto de hecho. Así, por ejemplo, al enjuiciar el denunciado vicio de incongruencia en que habría incurrido la SAP, fundado según los recurrentes en que, al motivar su sentencia, atribuyó al camino la condición de «vecinal»; rechazó dicha incongruencia en razón de que la interpretación de la SAP «conforme al canon hermenéutico de la totalidad impide atribuir al término el sentido de bien de uso público que, a ese tipo de vía, otorga el artículo 344 del Código Civil. Así lo puso de manifiesto el propio Tribunal, que expresamente negó que el camino fuera público». Y añadió, en una precisión interesante que «el término ‘vecinal’ fue utilizado en el sentido, impropio, de objeto de una comunidad de uso por parte de los titulares de los derechos que permiten la posesión de las fincas con las que se formó».

Otra afirmación interesante de la STS, al hilo de la denuncia de otro defecto procesal, es que el nacimiento del derecho de paso y su contenido «fueron la consecuencia lícita del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los propietarios colindantes, que dieron vida, en su día, al negocio jurídico fuente del derecho cuyo pacífico ejercicio ha sido impedido por los demandados».

También se alegaba en el recurso una incorrecta valoración de la prueba, que llevaba a la vulneración de la tutela judicial, según los recurrentes. Pero para la STS, dicho defecto no se advertía en la valoración de las pruebas, de testigos y de documentos, por el Tribunal de apelación. Para la STS dicho Tribunal «para quedar convencido de que ‘que por la zona litigiosa siempre existió un camino utilizado por los titulares de las fincas del entorno para salir a la carretera de Les Rotes y al mar’, tuvo en cuenta las manifestaciones ‘de la práctica totalidad de las personas que declararon durante el juicio [...]’, las ‘fotografías aportadas a los informes periciales [...]’ y ‘la mención que se realiza en los títulos’».

En realidad también se acreditaron algunos otros hechos por la SAP Alicante 15 diciembre 2011, que no resultan mencionados por la STS: «Los linderos indicados quedan reflejados en el catastro de rústica de 1958 y también la aportación realizada por cada una de las fincas al camino actual, así en el plano catastral el espacio existente entre las dos fincas se define como camino y en su dirección al mar como camino particular, así mismo en el catastro actual se refleja dicha franja de terreno como paso. Es indicativo por otra parte la existencia de camino vecinal la existencia de las distintas cotas entre las fincas de las partes y el camino actual que está en una cuota intermedia entre las parcelas de la actora y demandados, de manera que tras la agrupación física de parte del camino realizada por los demandados a su finca estos han tenido que construir dos escalones para acceder al camino tal y como se refleja en la fotografía nº 8 del informe pericial aportado por los demandados»⁹.

⁹ SAP Alicante 15 diciembre 2011 (JUR 2012\77405).

En los FD que responden propiamente al recurso de casación se hacen algunas otras afirmaciones que deben tenerse en cuenta, aunque algunas de ellas son reiterativas de las que ya hemos explicado:

- «el Tribunal de apelación declaró que los demandantes, propietarios de tres fincas en el término municipal de Denia, eran titulares de un derecho de paso por el camino, como consecuencia de la cesión, convenida por sus respectivos causantes, de una porción del terreno propio para que sirviera a todos a tal fin».
- «lo que hizo dicho Tribunal fue reconocer la potencialidad normativa creadora de las personas de que traen causa los litigantes respecto de un derecho real de goce, distinto de la servidumbre.
- «Podrá discutirse si el derecho a pasar, voluntariamente constituido, es una modalidad de servidumbre o si quienes lo crearon superaron o no los límites dentro de los que cabe, en nuestro ordenamiento, crear derechos reales atípicos».
- Frente a la denuncia de infracción de los artículos 536, 537, 539 y 594 CC se respondió que lo que «se plantea es una cuestión de prueba, impropia del recurso de casación, el cual no abre una tercera instancia, pues no permite discutir la valoración de aquella efectuada por el Tribunal de apelación [...] cumple el recurso la función de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por la parte recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados».
- «Debe tenerse en cuenta que, como señaló la sentencia de 2 de junio de 1969 -respecto de las servidumbres-, por título debe entenderse 'todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o de última voluntad, cuya forma ha de estar en relación con la naturaleza del acto, por lo que si se trata de un contrato, será necesario el otorgamiento de escritura pública, aunque no en concepto de requisito que afecte a su validez (artículo 1280, número 1º, en relación con los artículos 1278 y 1279)'».

Naturalmente el mayor esfuerzo de reflexión lo merece esta segunda STS, y no la primera, por llegar a resultados aparentemente más excéntricos dentro de la doctrina comúnmente recibida. Se trataría de ubicar sistemáticamente la resolución del litigio en las coordenadas teóricas en el que se debía mover. A nosotros, hemos de adelantarlo, la solución nos parece adecuada, incluso sólida y hábilmente fundamentada, pese a que los argumentos utilizados no sean muy extensos ni particularmente brillantes, quizá porque los Tribunales han tenido que partir de una

construcción jurídica realizada por los demandantes que resultaba forzada. En este sentido, es llamativo constatar que, pese a la problemática fundamentación de la demanda como acción declarativa de la existencia de una serventía (con cita y apoyo expreso en las SSTs 14 mayo 1993 y 10 julio 1985)¹⁰, los diferentes Tribunales que conocen del caso hayan sabido llegar a una solución correcta soslayando el fácil expediente que les brindaba la alegación de esta figura consuetudinaria de la serventía, para haber resuelto cómodamente diciendo que ni los demandantes demuestran que existiera esta costumbre en el lugar en que se producen los hechos, ni los antecedentes jurisprudenciales la habían considerado existente en dicho lugar¹¹. Pese a ello, se ha sabido llegar al núcleo del problema, que era si se había producido la constitución del derecho real mediante título, lo que resultaría por completo independiente de si existe o no una costumbre o uso local acerca de esta figura; una vez en esta sede teórica, también se han sabido evitar por los tribunales problemas, tales como el carácter no formal del negocio constitutivo (quizá por entender clara su calificación como oneroso y no como gratuito, aunque sin explicitarlo), o los relativos a la imposible adquisición por usucapión de la servidumbre de paso. Cuestiones, todas ellas, muy tentadoras para haber resuelto el caso denegando la acción confesoria sin mayores profundizaciones. Ahora bien, desde el punto de vista de la correcta interpretación de la doctrina de la STS es necesario reflexionar sobre esos asuntos.

3. EL TÍTULO CONSTITUTIVO DEL DERECHO REAL DE PASO.

No debemos entrar todavía en la calificación del derecho real controvertido en la STS 26 marzo 2014. Debe valernos, de momento, su ubicación provisional entre las servidumbres, ya que estamos ante un derecho de uso limitado que recae sobre fincas ajenas o, mejor dicho, sobre fincas parcialmente ajenas¹². Desde luego, para la propia STS la calificación del derecho real como servidumbre resultaba discutible, y nosotros

¹⁰ Respectivamente: RJ 1993, 3683 y RJ 1985, 3967.

¹¹ De hecho los demandados se hicieron fuertes en esta cuestión de la falta de prueba de la costumbre de la pretendida serventía. La SAP afirmó que «se ha acreditado en la localidad de Denia es costumbre la de formar caminos privados para el acceso al mar de los propietarios poniendo cada uno de los propietarios terrenos de su fincas para formar el camino vecinal». La cita es perfectamente compatible con lo dicho por la STS, pese a que esta última afirme equivocadamente que «la sentencia que contiene la alegada referencia a la costumbre no es la de apelación, ahora recurrida, sino la de la primera instancia. Con ello basta para desestimar el motivo». Pero en realidad la STS acierta al decir que «la indicada mención [a la serventía] no significa que el Tribunal de apelación hubiera decidido el conflicto con la aplicación de una costumbre - efectivamente necesitada de prueba, como regla: artículos 1, apartado 3, del Código Civil y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil apartado 2 -, tanto para afirmar el nacimiento del derecho de los demandantes a pasar por una parte de la finca de los demandados, como para determinar su contenido. Según la sentencia recurrida, una y otro fueron la consecuencia lícita del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los propietarios colindantes, que dieron vida, en su día, al negocio jurídico fuente del derecho cuyo pacífico ejercicio ha sido impedido por los demandados».

¹² Y, en palabras de DÍEZ-PICAZO, L., «Autonomía privada y derechos reales», *RCDI*, 1976, p. 304: «Los derechos reales de goce limitado de especiales servicios de un bien ajeno, entran de lleno dentro del marco genérico de la categoría de las servidumbres».

ya hemos adelantado que el derecho del caso presentaba caracteres más propios de una situación de comunidad y de ello nos tendremos que ocupar luego. Pero queremos partir de la consideración de la figura como servidumbre porque la mayor rigidez de estas en lo que se refiere a sus mecanismos constitutivos, puede servir para aquilatar mejor los elementos fácticos y jurídicos que se daban en el supuesto de hecho.

En cualquier caso, la «voluntad de los propietarios» viene contemplada por los arts. 536 y 594 CC como una fuente de constitución del derecho real de servidumbre¹³. Y los arts. 537 y 539 CC vuelven a referirse a la adquisición de las servidumbres en virtud de título, es decir, de un acto jurídico, oneroso o gratuito *inter vivos* o *mortis causa*, en el que se establece esta limitación a la propiedad plena.

En un principio, hay que tener en cuenta que la Jurisprudencia parte de que la propiedad se presume libre de cargas y gravámenes, por lo que quien demuestra la propiedad de una finca no tiene que demostrar la inexistencia de servidumbre, sino que será quien alega la existencia del derecho real quien sufra la carga de la prueba de su titularidad¹⁴. Y ello, incluso cuando la situación de hecho sea expresiva de la existencia de una aparente servidumbre, porque la apariencia física externa no es título de adquisición de la servidumbre de paso ni sirve para la prescripción de la misma¹⁵.

En la STS 11 julio 2014 puede advertirse que en esta materia existe tensión entre dos visiones contrapuestas acerca de la exigencia de título constitutivo de la servidumbre, y, más en concreto, sobre la valoración de la voluntad negocial. La tesis que triunfa en casación es la visión más exigente: la necesidad de que la voluntad sea suficientemente clara y explícita y no se deduzca simplemente de los comportamientos de las partes.

En cambio, en la SAP recurrida y finalmente casada¹⁶, observamos que aunque se arranca de un posicionamiento similar desde el punto de vista teórico, se llega a una valoración más laxa del consentimiento exigible: «como tiene dicho el Tribunal

¹³ El segundo precepto citado no debe entenderse que autorice la constitución mediante una declaración unilateral de voluntad: así DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, VI, Madrid, 2012, p. 251.

¹⁴ En la Jurisprudencia se repite de modo incesante desde muy antiguo que, ejercitada una acción negatoria por parte de quien acredita su titularidad, corresponde al demandado la prueba de la existencia de la servidumbre, ya que el dominio se presume libre: SSTS 18 enero 1861 (JC nº 15), 1 diciembre 1864 (JC nº 363), 26 octubre 1865 (JC nº 366), 13 diciembre 1865 (JC nº 450), 10 enero 1868 (JC nº 8), 6 junio 1870 (JC nº 190), 9 enero 1873 (JC nº 57), 19 febrero 1877 (JC nº 119), 30 diciembre 1882 (JC nº 418), 19 enero 1883 (JC nº 20), 13 octubre 1890 (JC nº 80), 18 noviembre 1896 (JC nº 148), 13 enero 1915 (JC nº 16), 9 junio 1929 (JC nº 113), 25 marzo 1961 (RJ 1961/1228). Así, ROCA GUILLAMÓN, J., «Comentario a los arts. 530-531», en *Comentarios al Código civil* (coord. RAMS ALBESA), III, Barcelona, 2001, p. 906; CALVO SAN JOSÉ, M., «La acción negatoria de servidumbres», *RDP*, 2002, pp. 339-340; ALONSO PÉREZ, M.T., «Comentario al art. 530», *Código civil comentado* (dir. CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUESTA), I, Madrid, 2011, p. 2096.

¹⁵ En este sentido, la STS 11 julio 2014 (JUR 2014\193040) reproducida en anexo.

¹⁶ Es la SAP Murcia 10 abril 2012 (Roj: SAP MU 955/2012 Id CENDOJ: 30016370052012100225).

Supremo, entre otras en su sentencia de 24/02/1997 ó 21/12/2001, cuando se trata de constitución *intervivos* de las servidumbres es necesario que el concierto de voluntades quede patente de manera inequívoca»; aunque luego estima acreditado el consentimiento gracias a que «la existencia de una ventana y una puerta sobre la finca de los demandantes desde hace muchos años, que los testigos la llevan al año 1960 como mínimo, y que los sucesivos propietarios, han respetado. Pero lo que resulta esencial es que el último propietario PROMOCIONES PORTMAN, S.L., que decide edificar un nuevo edificio en el solar o predio sirviente, cuando proyecta su obra deja el paso al patio de la demandada, donde se haya (sic) una puerta de entrada al mismo, y al construir el muro piramidal que cierra la finca colindante, deja el hueco de la ventana y el hueco de la puerta, actos inequívocos realizados por el que en ese momento es el propietario de constitución de la servidumbre, pues si no lo eran por el transcurso del tiempo, lo cierto es que el propietario de predio sirviente acepta la existencia de la servidumbre de luces y vistas y de paso, y construye respetando las mismas, en un acto inequívoco de constitución de estas». Más tarde se añadió, como un nuevo dato relevante, que el promotor entregó a la dueña del predio dominante una llave de la reja que cierra el paso¹⁷.

A tenor de los datos de hecho que conocemos, tanto por la SAP como por la STS, no se puede decir que la STS 11 julio 2014 incurra en error al casar la Sentencia de apelación, más bien parece que acierta en la valoración de la conducta de los propietarios; y que, en cambio, los hechos tomados en consideración por la SAP son insuficientes para entender constituida la servidumbre. En efecto, resulta convincente decir que no hay título alguno de constitución de la servidumbre: «ni se ha mencionado, ni, por tanto, ha sido objeto de prueba. [...] no se ha acreditado la constitución de las servidumbres por parte de la parte demandada. [...]. Lo que es importante es que la apariencia física externa no es título ni sirve para la prescripción». Finalmente también resulta convincente decir que, si existiera título, este sería gratuito, y ello obligaría a equiparar la constitución de la servidumbre a una donación, con la consiguiente necesidad de escritura pública.

El desarrollo del pleito anterior pone de manifiesto, por otra parte, que es perfectamente correcto que el TS sopesa la trascendencia jurídica de la prueba practicada en la instancia. Por tanto resulta oportuno recordar que la otra STS, nos referimos ahora a la de 26 marzo 2014, afirma lo siguiente: «cumple el recurso la función de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por la parte recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados». Otra cosa es que esta

¹⁷ Debe tenerse en cuenta, a tenor de la STS 13 octubre 2006 (RJ 2006\8999), que «lo manifestado por la parte demandada de que si el paso lo quiere utilizar el demandante, «para usarlo tiene que solicitar la llave a los demandados» no significa el reconocimiento del dueño del predio sirviente, que contempla el art. 540 CC ya que éste siempre lo ha negado, sino la tolerancia, tan frecuente en la realidad, de dejar pasar, pese a que no exista derecho real alguno».

afirmación correcta se complementa con otra que puede entenderse mal: «lo que en él [el motivo del recurso] se plantea es una cuestión de prueba, impropia del recurso de casación, el cual no abre una tercera instancia, pues no permite discutir la valoración de aquella efectuada por el Tribunal de apelación». Naturalmente en esta materia estimamos muy difícilmente escindible en la práctica la aplicación del ordenamiento sustantivo al supuesto de hecho, de la valoración de la prueba realizada sobre la concurrencia o no de consentimiento negocial. Es obvio que cabe que el TS examine la valoración de la prueba realizada por los otros tribunales: el mejor ejemplo lo tenemos en la propia STS 11 julio 2014 en la que, habiendo declarado probado el consentimiento negocial el tribunal de apelación, el TS rechaza la valoración jurídica de los hechos¹⁸.

Puede parecer que la STS 26 marzo 2014, que es objeto principal de nuestra consideración, parte de una apreciación más suave o menos exigente del negocio jurídico constitutivo con relación a la que resulta casi unánime en la jurisprudencia previa, y quizá ello sea así. Por un lado, la resolución se funda claramente en los datos de hecho, en la apariencia física externa, por decirlo con expresión de la STS 11 julio 2014. Así los datos probatorios se mueven en ese orden de valoración fáctica: se apreció la existencia de un camino cerrado, que era utilizado por los titulares de las fincas para salir a la carretera y al mar, ello a tenor de las manifestaciones de las personas que declararon durante el juicio, de las fotografías aportadas a los informes periciales y de los datos catastrales. Nada, pues, que se apartara de una mera constatación posesoria. Por otro lado, se afirma expresamente que no existe documento que recogiera el acuerdo de cesión, ni se determina la fecha de este ni la identidad de quienes lo celebraron. Quizá el único dato indiciario de la existencia del

¹⁸ Está muy bien explicado lo que queremos decir en la STS 24 octubre 2006 (RJ 2006\9364): «Es doctrina reiterada de la Sala que la valoración de la prueba corresponde al tribunal de instancia y que no puede ser revisada en casación sino cuando se invoca la infracción de un precepto legal que debe ser tenido en cuenta en la valoración de un concreto medio probatorio, o cuando dicha valoración incurre en manifiesta arbitrariedad o cuando se infringe una regla de calificación fijada legal o jurisprudencialmente que debe ser tomada en cuenta en la valoración de la prueba [...] En el caso examinado esta doctrina conduce a entender que no pueden ser puestos en duda los hechos declarados probados por la sentencia recurrida (básicamente, el paso durante más de 70 años por el camino, la existencia de un puente que une ambas fincas, la solicitud de permiso para poner una barrera cerrada con candado en el año 1975 y la entrega de una llave de dicho candado), pero sí puede esta Sala entrar en la calificación jurídica sobre si estos hechos son o no suficientes para revelar la existencia de una voluntad expresa de constitución de la servidumbre necesaria para la existencia del título constitutivo exigido por el Código civil, habida cuenta de que no se invoca en abstracto la infracción del art. 1214 CC sobre la carga de la prueba, sino en relación con los preceptos del CC que exigen la constancia de un título constitutivo para el reconocimiento de las servidumbres discontinuas y con la jurisprudencia emanada de esta Sala en relación con los requisitos que deben reunir los actos en que se funde la apreciación de la existencia de dicho título. Como declara la STS de 21 de octubre de 1987, consistiendo la servidumbre en la atribución de un derecho real en cosa ajena, esta situación de poder debe apoyarse en un evidente título o hecho constitutivo que legitime su ejercicio, correspondiendo al que pretende la limitación del dominio ajeno la carga de la prueba. Resulta, pues, indudable que la calificación de los hechos en que se apoya el reconocimiento del título constitutivo de la servidumbre constituye una *quaestio iuris* (cuestión de derecho) revisable en casación».

acuerdo de voluntades es la mención que se realiza en los títulos de adquisición de los diversos propietarios litigantes de la existencia del camino, precisamente como lindero común de todas las fincas. Pero que esta mención en los títulos constituya el consentimiento a la constitución del derecho de paso no se puede sostener seriamente, porque la referencia a que el camino constituía un lindero simplemente se referiría a una situación de hecho ya existente, y no puede constituir el consentimiento negocial si no intervienen todos los propietarios para aportar la porción de la finca propia afectada por el derecho de paso.

Dicho ello con independencia de que el exacto significado de esos títulos debería valorarse mejor a la vista de lo que efectivamente se expresara en ellos, cosa que no está a nuestro alcance. Pero, de entrada, las referidas afirmaciones de que el camino es un lindero no deja de ser una simple circunstancia de hecho recogida en los títulos: no una clara manifestación del consentimiento necesario para constituir un auténtico derecho real. Pero, puesto que no tenemos a nuestro alcance los títulos, debemos dar por buena la valoración realizada por los tribunales; aunque, según el modo en que se hayan expresado los títulos, se podrían deducir diversos matices de lo contenido en ellos: o bien se trataría del reconocimiento por el propietario de la situación jurídica de servidumbre, subsumible en el ámbito del art. 540 CC; o, en cambio, simplemente estaríamos ante un dato indiciario en el que los tribunales se fundamentan para declarar la existencia de la servidumbre, a los efectos de ese mismo artículo. En cambio, en nuestra opinión cada uno de esos títulos de adquisición de las diferentes fincas difícilmente puede constituir el derecho de paso porque no es imaginable una creación parcial del camino.

A nosotros, en cambio, nos resulta indudable que el hecho de que existieran cesiones mutuas de terreno para la formación del camino ha resultado determinante en el resultado del litigio, o al menos ha facilitado su resolución. Está claro que en el supuesto ninguno de los propietarios se atribuye la propiedad exclusiva del terreno por donde discurre el camino, sino que incluso los demandados simplemente han ocupado una parte de él. Parece acreditado, también, que el camino se ha formado con las aportaciones de terreno de todos los propietarios. En este sentido, en el pretendido negocio constitutivo del derecho de paso, habría onerosidad, porque las cesiones de los propietarios son mutuas. Esto constituye un dato a nuestro parecer importantísimo: la doctrina jurisprudencial habitual en esta materia de la constitución de las servidumbres se ha formado sobre la base típica de un predio dominante y un predio sirviente, diferente al caso actual. Es decir, al tratar de supuestos que introducen un gravamen sobre la propiedad exclusiva del titular del predio sirviente, normalmente los hechos posesorios del pretendido titular de la servidumbre se califican como ejercitados por tolerancia del dueño del predio sirviente. Otra cosa es que se lograra probar la constitución onerosa de la servidumbre, porque es mucho más fácil ser restrictivo en la consideración del acuerdo como de mera tolerancia cuando estamos ante un negocio gratuito, que cuando se aprecia un claro carácter oneroso (cfr., incluso, en sede de interpretación negocial, art. 1281.1 CC). Por eso pensamos que, en nuestro caso, la

constatación de que el pretendido negocio tendría carácter oneroso, por existir cesiones y beneficios que afectan a todos y cada uno los propietarios, se ha podido flexibilizar la prueba de la existencia del negocio constitutivo.

Además, partiendo de ese carácter oneroso que tendría el negocio de constitución del derecho de paso, se evita también tener que aplicar la doctrina que resulta más peligrosa en materia de constitución voluntaria de servidumbres, que no es otra que la de la necesaria forma pública en la constitución a título gratuito, que es la que habitualmente impide plantearse cualquier cuestión sobre constitución verbal o consentimiento tácito de la servidumbre¹⁹.

Parece claro, en nuestra opinión, que el resultado del pleito hubiera sido otro si, en igualdad de las demás condiciones, el terreno ocupado para el acceso hubiera sido exclusivo de alguno de los litigantes; en concreto, si hubiera sido de los demandados²⁰.

¹⁹ Cfr. REBOLLEDO VARELA, A.L., «Constitución por negocio jurídico», en *Tratado de servidumbres* (dir. REBOLLEDO VARELA), I, Pamplona, 2013, p. 192.

²⁰ Bastaría para justificar lo que decimos en texto la comparación del caso comentado con el resultado y la argumentación de la STS 24 octubre 2006 (RJ 2006\9364): «La doctrina hace derivar del hecho de constituir la servidumbre una derogación del Derecho común de la propiedad, la consecuencia de que las servidumbres no se presumen, sino que hay que probar su constitución. Ya las SSTS de 4 de noviembre de 1897 y 13 de noviembre de 1929 dejaron establecido que en los contratos en los que se constituye servidumbre o se establece algún gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre esos extremos. Las restricciones históricas a la *usucapio servitudis* (usucapión de la servidumbre) han cristalizado en el CC en la imposibilidad de adquirir las servidumbres no aparentes y las discontinuas mediante prescripción, y en el mandato de que sólo pueden adquirirse en virtud de título. Cualquiera que sea el juicio que este precepto merezca *lege ferenda* (para modificar la Ley), implica, cuando menos, la prohibición de estimar adquirida la titularidad de la servidumbre mediante usucapión fundada sólo en actos posesorios. La servidumbre de paso, al gozar del carácter de discontinua, sólo puede adquirirse, pues, en virtud de título, y a falta de éste, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme (arts. 539 y 540 CC y SSTS de 27 de junio de 1980, 23 de junio de 1995, 14 de julio de 1995, 5 de marzo de 1993 y 30 de abril de 1993), salvo que se trate de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del CC (SSTS de 14 de noviembre 1961, 12 de junio de 1965, 4 de junio de 1977, 15 de febrero de 1989 y 16 de diciembre de 2004), exceptuado el caso de constitución por signo aparente por disposición del padre de familia (v. gr., STS de 18 de enero de 1992 SIC y, más recientemente, STS de 20 de diciembre de 2005). La doctrina científica viene definiendo el título constitutivo de la servidumbre a que se refiere el artículo 539 CC como cualquier negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre, independientemente de su constancia documental, dado que la posibilidad de obtener mediante sentencia firme el reconocimiento de la existencia de la servidumbre (según se desprende del artículo 540 CC) comporta la posibilidad de acudir a cualquier medio de prueba para la demostración de la existencia del título constitutivo. Así, a) según las SSTS de 26 de junio de 1981, 8 de octubre de 1988, 2 de junio de 1989, 6 de diciembre de 1985, 27 de febrero de 1993, 30 de abril de 1993, 20 de octubre de 1993, 1 de marzo de 1994, 24 de febrero de 1997, 19 de julio de 2002, 24 de marzo 2003 y 18 de noviembre 2003, la exigencia de título contenida en los artículos 537 y 539 CC no condiciona el nacimiento de la servidumbre de una manera absoluta, pues se considera título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente; pero la voluntad constitutiva ha de ser expresa: se requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin y no es necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* (formal) que afecte

Es decir, si el litigio se hubiera planteado acerca de la típica servidumbre con un fundo sirviente y un fundo dominante. Creemos que esto nos lleva a la necesidad de cuestionarnos la calificación de la figura jurídico-real ante la que nos encontramos.

Por otra parte, la STS 26 marzo 2014, afirmando la existencia del título ha podido pretender también evitar entrar en la cuestión relativa a la usucapión de la servidumbre de paso. Es evidente la existencia en la jurisprudencia de una línea constante que afirma el carácter discontinuo de la servidumbre de paso; y, por tanto, la imposibilidad de adquirirla por usucapión²¹. No es caso de discutir ahora esa doctrina jurisprudencial²², porque de momento nos bastaría a nuestros efectos entender de

a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, siempre que conste bien clara la voluntad de los otorgantes; b) cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo (SSTS de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965, 30 de septiembre de 1970, 8 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 27 de febrero de 1993, 21 de diciembre de 2001 y 19 de julio de 2002; c) la STS de 20 de octubre de 1993, ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública, como exige con el rango de forma constitutiva el art. 633 CC para las donaciones. C) En la definición e interpretación de la naturaleza del «título constitutivo» que se ha expuesto con anterioridad no es posible incardinar los hechos que la sentencia impugnada relata (básicamente, el paso durante más de 70 años por el camino, la existencia de un puente que une ambas fincas, la solicitud de permiso para poner una barrera cerrada con candado en el año 1975 y la entrega de una llave de dicho candado, en cuanto, según la misma, constituyen actos reveladores de la existencia de título de constitución de la servidumbre de paso). Estos actos no revelan de manera excluyente la existencia de una voluntad expresa de constitución de la servidumbre de paso, sino que soportan también como razonable una consideración como actos de tolerancia o buena vecindad, no expresivos de una voluntad constitutiva expresa con el rigor que impone la jurisprudencia fundada en la interpretación restrictiva de las cargas reales, puesto que falta la constancia de los elementos necesarios para la afirmación inequívoca de la existencia de una voluntad expresa: no consta el momento, las circunstancias personales ni formales ni el contenido, extensión y condiciones con arreglo a las cuales se expresó la voluntad de constituir la servidumbre, ni el hecho de si se pactó contraprestación de índole pecuniaria o de otra naturaleza, ni existe constancia registral alguna. Dada la equívocidad que acaba de apuntarse, subsiste una duda notable acerca de la existencia o no de la referida voluntad, y esta duda debe resolverse en favor de la presunción de libertad del fundo, tal como ha apreciado la jurisprudencia de esta Sala en supuestos semejantes al enjuiciado, como revela el examen de la casuística contemplada en las distintas sentencias que han venido citándose. Resulta ya indiferente que, si se acepta la tesis de una de las sentencias que se han citado, no constando la existencia de contraprestación, sólo podría hipotéticamente admitirse la constitución de la servidumbre a título de liberalidad con el carácter de donación y, por ello, sujeta al requisito formal de su otorgamiento en escritura pública: y, desde luego, este requisito no aparece cumplido». Sobre la doctrina de esta STS, y sobre la jurisprudencia menor contradictoria, cfr. REBOLLEDO VARELA, A. L., «Constitución por negocio jurídico», cit., pp. 223 y ss.

²¹ Baste remitirse a las SSTS 11 julio 2014 y 24 octubre 2006 (RJ 2006\9364). Dice la de 24 octubre 2006 (RJ 2006\9364): «No existe por tanto, dada la prohibición legal, la adquisición por usucapión, ni tampoco es admitida por la jurisprudencia ni por la doctrina, la adquisición por actos de mera tolerancia, ya que se hace necesaria la expresa voluntad constitutiva del que sufre la servidumbre, pues en las discontinuas, que sólo se usan a intervalos más menos largos y dependientes de actos del hombre, puede el propietario del predio sirviente haber permitido equívocamente actos de simple dejación o complacencia, pero sin que exista el necesario título constitutivo. Por último, es posible adquirir una servidumbre de paso por prescripción inmemorial, es decir, por prescripción iniciada antes de la vigencia del Código Civil»

²² Se ha discutido, eso sí, en la doctrina: cfr. las referencias en BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al art. 532», en *Comentarios al Código Civil* (dir. RODRIGO BERCOVITZ), III, Valencia, 2013, pp. 4215-4218 y 4231 a 4234.

innecesaria aplicación dicha figura de la usucapión por haberse apreciado la existencia de título. De todos modos, habría que hacer notar que en el caso de autos estábamos ante un derecho real de paso que se ejercitaba a través de camino permanente, un supuesto en el que, precisamente, se ha puesto en duda que el criterio jurisprudencial de considerar imposible la adquisición por usucapión sea el más adecuado²³. De hecho, quizá la crítica al régimen legal de la usucapión de servidumbres pueda tener también en esta STS, y en el supuesto al que se refería, un argumento más. No obstante, no lo pensamos así porque nos parece que la calificación como servidumbre de la figura jurídico-real creada en el supuesto es más que dudosa.

4. LA POSIBLE CALIFICACIÓN DEL DERECHO REAL DE PASO COMO ATÍPICO.

De lo dicho con anterioridad queda claro que si la solución de la STS 26 marzo 2014, estimatoria de la acción confesoria, puede resultar adecuada, la justificación teórica de la misma no nos acaba de convencer: no vemos claro que haya existido un título de constitución similar a los que se vienen exigiendo en otros supuestos semejantes (por ejemplo, en la STS 11 julio 2014).

Debemos buscar otra vía de entendimiento del problema, y nos lo brinda la propia STS 26 marzo 2014: «Podrá discutirse si el derecho a pasar, voluntariamente constituido, es una modalidad de servidumbre o si quienes lo crearon superaron o no los límites dentro de los que cabe, en nuestro ordenamiento, crear derechos reales atípicos». Para entrar en la discusión a la que anima la propia STS deberíamos analizar qué características presenta el derecho real del caso.

Por un lado, y sin duda alguna, el derecho se debe estimar real, y por ello es transmisible junto con la finca a la que acompaña. Ahora bien, la calificación como servidumbre resulta dudosa incluso para la STS, así como el respeto por las partes de los límites que los derechos reales atípicos tienen en nuestro sistema.

Desde el punto de vista del contenido de poder estamos ante un derecho a usar una concreta porción de cada finca para que el conjunto resultante de todas esas «aportaciones» de terreno sirviera a todos los propietarios de camino de acceso a una carretera y a la playa. Hay una finalidad, el paso, similar a la que resulta de la configuración legal de las servidumbres, pero una estructura del derecho real algo diversa a la de ese tipo de derechos. En concreto, el CC considera la servidumbre como una relación jurídica entre dos fundos, así los arts. 530 y 534 CC entre muchos otros,

Recientemente, en concreto, ha puesto en cuestión el criterio de la Jurisprudencia unánime: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, Madrid, 2000, pp. 75-79; puede verse, también: ROBLES LATORRE, «La usucapión de las servidumbres de paso en el Código civil», *ADC*, 2005, pp. 621 y ss.

²³ Cfr. los enfrentados argumentos en BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al art. 532», en *Comentarios al Código Civil* (dir. RODRIGO BERCOVITZ), III, loc. ult. cit., y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, loc. ult. cit.; este último autor, reitera su criterio en «Servidumbres aparentes y no aparentes» y «Mediante usucapión» en *Tratado de servidumbres* (dir. CERDEIRA, en prensa).

del cual uno es dominante y otro sirviente; mientras que en el caso tenemos una relación más compleja en razón de la pluralidad de fincas. La situación jurídico-real resultante sobre el camino es descrita por la STS 26 marzo 2014 como «una comunidad de uso por parte de los titulares de los derechos que permiten la posesión de las fincas con las que se formó [el camino]».

Necesitaríamos, pues, hacer algunas consideraciones sobre el derecho real de paso voluntariamente creado, su contenido y sus límites, pues se nos presenta como una especie híbrida entre las servidumbres y las situaciones de comunidad. Para Díez-Picazo²⁴ el verdadero problema de los derechos reales atípicos no es si existe en nuestro Derecho un poder de creación individual de los mismos, lo cual sería indudable, sino averiguar cuáles son los límites de dicho poder²⁵. A dichos límites alude el texto de la STS 26 marzo 2014 citado al comienzo de este apartado, incluso considera discutible si esos límites se han vulnerado en el caso concreto, pero no precisa cuál es su posición sobre el problema. Intentaremos manifestar a continuación nuestra postura.

Hay una serie de ideas, justificadoras desde el plano teórico del sistema de *numerus clausus*, que pudieran ayudarnos en este empeño del descubrimiento de los límites de la autonomía de la voluntad para este caso concreto. Así, por ejemplo, se dice que mientras que la pura relación obligatoria limita su eficacia a la relación entre las partes, el derecho real a todos puede oponerse; de ahí la mayor proyección social de los derechos reales que justificaría el interés público en el control de las formas de poder en las cosas para decidir si el ordenamiento las protege y tutela²⁶. Es decir, que como los derechos reales tienen el natural sentido y finalidad de incorporarse al tráfico, queda justificada una mayor intervención pública en el control de sus tipos, para garantizar la claridad y la seguridad del mismo²⁷.

²⁴ DÍEZ-PICAZO, L., «Autonomía privada y derechos reales», cit., pp. 276 y ss. El contenido del mismo se encuentra actualizado en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, 1995, pp. 107 y ss. Para un tratamiento posterior, con abundantes referencias doctrinales, sobre el criterio de nuestro ordenamiento en materia de número de los derechos reales: vid. GORDILLO CAÑAS, A., «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, 1998, pp. 445 y ss.

²⁵ Así DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, III, cit., p. 128: «Que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo de que no se puede dudar». Y añade en p. 133: «en nuestro Derecho, el problema no reside tanto en averiguar si hay un poder de creación individual de derechos reales atípicos, cuanto en establecer y perfilar los límites y requisitos que ha de llenar el acto de ejercicio de ese poder».

²⁶ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Derecho Inmobiliario y Derecho hipotecario», en *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, I, Madrid, 1948, pp. 19-20; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, III, cit., p. 109: «Se funda esta línea de pensamiento [la defensora del *numerus clausus*] en la idea de que la constitución de los derechos reales no es materia que presente un exclusivo interés privado y que, por consiguiente, no puede dejarse a merced del arbitrio de los particulares. Afecta a los intereses de los terceros (posibles adquirentes, personas que de cualquier otro modo se relacionen con los bienes, etc.) y, por ello, al tráfico en general y en esa medida al orden público».

²⁷ Así, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, III, cit., p. 108: «Conocemos ya la proyección que el cardinal principio de autonomía ejerce en la materia de las relaciones jurídicas obligatorias. Son éstas, como se sabe,

Por esas razones nuestra legislación, al optar por el sistema de *numerus apertus*²⁸, cuida de que no se incurra en situaciones de falta de seguridad del tráfico o de falta de claridad en las situaciones jurídico reales²⁹. Para ello se requiere que el pacto creador de la garantía tenga trascendencia real, es decir referirse a una situación de poder creada sobre la cosa e inherente a la misma; pues de esa inherencia es de donde brota su natural oponibilidad, supuesta cuando sea necesario para ello la necesaria publicidad registral o posesoria. Precisamente a través de la publicidad se garantiza que la claridad y seguridad del tráfico no queden comprometidas por la libertad de creación de estas nuevas figuras jurídico-reales o por la modificación de las ya existentes³⁰. En el supuesto contemplado por la STS 26 marzo 2014 advertimos que el uso pacífico durante años del paso controvertido, la configuración externa de los predios, la existencia de un camino marcado, la referencia al mismo en los títulos de adquisición y la posibilidad de acceso de esos títulos a los libros registrales, cumplen perfectamente los requerimientos publicitarios sin detrimento alguno ni del interés público ni de la seguridad del tráfico.

Por otro lado, como elemento básico justificador de la figura creada encontraríamos la formulación del principio de autonomía de la voluntad contractual en el art. 1255 CC, cuyo ámbito no se agota en el puro derecho de la contratación sino que alcanza a los derechos reales, según aclara el art. 1280.1 CC que considera que es precisamente el contrato el que crea, transmite y modifica los derechos reales. Apoya este aserto el hecho de que el propio Código hace aplicación del principio de autonomía de la voluntad cuando trata la constitución de los derechos reales, y lo hace con formulaciones prácticamente idénticas a las del art. 1255 CC. Ejemplo paradigmático de ello es el art. 594 CC que se refiere a la libertad en la configuración de las servidumbres, pero también se puede advertir en las normas relativas a la comunidad de bienes (art 392.2 CC); y en otros derechos reales como el usufructo (467 y 470 CC) y el uso y la habitación (523 CC). Todos estos preceptos dejan bastante claro que la regulación legal de los

relaciones interpartes regidas por la regla de la relatividad. Como quiera que, según su misma significación, la autonomía entraña la posibilidad de dictarse uno a sí mismo una regla jurídica, las relaciones obligatorias son el campo natural de acción de la autonomía. No ocurre lo mismo en materia de relaciones jurídico-reales. En ellas, la regla nacida de la autonomía privada tiende a constituir un estatuto jurídico de la cosa objetivamente considerada, que acompañe a ésta durante toda su existencia o por lo menos durante un largo período de tiempo. Por eso, el acto individual, en cuanto se impone a los posibles terceros interesados que tengan algún contacto con la cosa, deja en rigor de ser un acto de autonomía, para convertirse en alguna medida en heterónimo».

²⁸ Así también ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, III, 1º, 3ª ed. Barcelona, 1977, pp. 28-33; GORDILLO CAÑAS, A., en «El objeto de la publicidad... », cit., pp. 445 y ss.; ROMÁN GARCÍA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994, passim. Y muchos otros autores, aunque a veces con reticencias y limitaciones no siempre bien fundamentadas. Ante el cúmulo de argumentos legales el criterio de la DGRN es hoy francamente favorable a la interpretación de nuestro sistema como de *numerus apertus*.

²⁹ Cfr., a este respecto, las esclarecedoras consideraciones de GORDILLO CAÑAS, A., «El objeto de la publicidad... », cit., pp. 456 y ss.

³⁰ Cfr., con más detalles, la exposición de GORDILLO CAÑAS, A., «El objeto de la publicidad... », cit., pp. 465 y ss.

tipos legales de los diferentes derechos reales es dispositiva y no imperativa, pues al régimen legal se le antepone la voluntad privada plasmada en el título constitutivo del derecho real. Es cierto que para algún autor no sería este un argumento decisivo en favor del sistema del *numerus apertus*, pues nuestro sistema simplemente tendría unos tipos tasados pero de contenido disponible³¹, pero esta afirmación llevada a sus últimos extremos no es admisible, pues, si se la acepta, queda anulada la diferencia entre los dos sistemas, y se está optando, más o menos confesadamente, por el de *numerus apertus*³².

Los arts. 2 LH y 7 RH desde el punto de vista registral confirman la visión que nos proporciona el Código civil, ya que hablan no sólo de la posible modificación de los derechos reales típicos, sino que la enumeración de los mismos es abierta³³. Y es que el Registro no está concebido simplemente para recibir el nacimiento de nuevos derechos reales o la transmisión de los existentes, sino para describir con sus caracteres particulares la situación jurídica de cada inmueble inmatriculado³⁴. Baste remitir para comprobarlo a los arts. 9.2 LH y 51.5 y 6 RH. El primero dirá que la inscripción contendrá la «naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias del derecho que se inscriba»; mientras que sobre la naturaleza del derecho dirá el Reglamento Hipotecario que al derecho se le pondrá el nombre que tenga en el título y si no se le da ninguno tampoco se reflejará en la inscripción.

Estamos ya en condiciones de precisar algo más acerca de los límites a la autonomía de la voluntad en materia de creación y modificación de los derechos reales y descartar que puedan afectar a la figura examinada en el caso. El orden público, tal como resulta de su plasmación en diversas normas jurídicas, establece especiales límites, aunque ninguno de ellos nos parece aplicable a nuestro caso, pese a que el art. 594 CC remita genéricamente al orden público al establecer la libertad de creación de servidumbres mediante la autonomía de la voluntad. Así para nuestro Derecho es imposible: establecer de modo voluntario la amortización de la propiedad, es decir, imponer perpetuamente el régimen transmisivo de los bienes (así arts. 641, 781, 785,2 CC); desmembrar perpetua e irredimiblemente el dominio y el goce general o próximo a esa generalidad (así arts. 513, 515, 529, 546, 640, 787 CC); imponer la irredimibilidad perpetua de derechos reales que confieran la facultad de obtener sobre un inmueble prestaciones periódicas: arts. 788 y 1608 CC; o imponer la indivisión en la comunidad

³¹ Así, SANCHO REBULLIDA, F. A., «El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra», en *ADC*, 1974, pp. 67 y 72.

³² Así ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, 1º, cit., p. 33: «no se comprende cómo ciertos defensores del *numerus clausus* no vean la casi inutilidad de su tesis por la razón dicha [la flexibilidad de los tipos de derechos reales oficiales], ni vean tampoco la incoherencia de defenderla sin, a la vez, pedir la supresión de la autonomía (proclamada en el Código) de la voluntad en la modificación de los prototipos de los derechos reales que la ley acoge». Para más datos sobre el particular: vid. GORDILLO CAÑAS, A., «El objeto de la publicidad... », cit., pp. 459-460.

³³ Vid. GORDILLO CAÑAS, A., «El objeto de la publicidad... », cit., pp. 460-461.

³⁴ Así, LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Barcelona, 1984, pp. 89-90.

ordinaria por más de diez años (art. 400 CC). Entendemos que ninguna de estas normas afecta a nuestro supuesto, que se mueve al margen de las figuras a las que aluden estas. En particular, habría que destacar que la situación jurídica del camino, como inmueble adscrito a una finalidad de paso de carácter perpetuo, no contraviene las normas anteriores, ya que el derecho de paso como tal es considerado legalmente como servidumbre, y, por tanto, no supone una amortización de la propiedad que resulte prohibida. Y tampoco se puede entender que el camino se encuentre en situación de comunidad ordinaria y que, por tanto, su perpetua indivisión contravenga el art. 400 CC.

La doctrina suele ocuparse de otras posibles limitaciones que no tienen tan claro fundamento en las normas legales. Así, por ejemplo, se ha propuesto que, para la consideración como plenamente real de alguna figura atípica, se requeriría el sometimiento de su acto creador a los requisitos de forma y publicidad que hace expedito el camino a la oponibilidad *erga omnes*³⁵. Habría que precisar que la constitución en escritura pública tiene grandes ventajas pues permite la inscripción en el Registro; y, por ello, garantiza de forma eficaz su oponibilidad (pues con su falta no podrá ser opuesta a los terceros de buena fe que efectiva y realmente desconozcan el acto). Pero ni la escritura ni la inscripción tienen significado constitutivo en nuestro Derecho. Es orientador, en favor de este criterio, el art 540 CC: la falta de título, entendido en sentido formal, puede ser suplida por la escritura de reconocimiento o por Sentencia judicial³⁶. En cualquier caso es oportuno recordar que la STS 11 julio 2014 se ha hecho eco de la doctrina consolidada de que, aunque la servidumbre carezca de constancia registral, cuando el tercero conoce su existencia, bien por su carácter ostensible, permanente y exteriorizado, o bien por otros medios, no puede ampararse dicho tercero en la falta de inscripción. Así las cosas no parece admisible criticar la figura del litigio bajo este punto de vista, porque en el caso se han respetado los requisitos de publicidad tanto mediante la posesión, como a través de los títulos públicos y del Registro de la Propiedad que se refieren al camino como lindero de las diversas fincas.

Constituye un claro límite al poder de creación de situaciones jurídico-reales el carácter verdaderamente real de la figura que se pretende instaurar mediante el acuerdo entre los particulares; se requiere que el poder que el derecho contiene sea ejercitable de forma inmediata y directa sobre la cosa, es decir que se respete la estructura institucional del derecho real³⁷. Desde este mismo punto de vista es exigible el respeto escrupuloso a la especialidad -determinación y claridad- que el derecho moderno

³⁵ Así, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, III, cit., pp. 130-131.

³⁶ Cfr., en este sentido, GORDILLO CAÑAS, A., «El objeto de la publicidad... », cit., p. 471.

³⁷ Quizá a esta estructura haya que remitir la insistencia de Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, VI, Madrid, 2012, pp. 253-254 en la causa perpetua de la servidumbre, es decir, que «estas tienen que satisfacer un interés determinante y duradero del predio dominante, que ha de consistir en una utilidad que pueda constantemente prestar el predio sirviente». Naturalmente cabe apreciar la existencia de esta causa en el supuesto litigioso.

impone a los derechos reales³⁸. Por este motivo los derechos reales atípicos cuentan con una importante limitación; en efecto, mientras que los derechos reales regulados en la legislación pueden ser creados por los contratantes sin necesidad de precisar su contenido, pues este quedará integrado por la regulación que la ley contenga, cuando el derecho real tiene carácter atípico, la omisión u oscuridad del título creador resulta difícilmente subsanable, y haría que el pretendido derecho real no pueda ser apreciado como tal porque le falta la determinación y claridad suficiente como para ser identificado y respetado por los terceros. En cualquier caso, nuestra figura parece cumplir suficientemente estos requerimientos: tanto el carácter real como el contenido de poder concedido en la cosa resultan claros, aunque sea, en verdad, una claridad derivada de los hechos mantenidos durante mucho tiempo; también queda claro el carácter transmisible del derecho de paso, junto con la cosa principal a la que acompaña, que es cada una de las fincas; y, si nos resultan poco explícitas algunas de las características del derecho real concedido, no es más que por la sencilla razón de que los términos en que el litigio se ha presentado no requieren profundizar más en ellas, sino simplemente resolver la controversia surgida, afirmando el derecho de paso e imponiendo la restitución al camino de la situación fáctica preexistente a la apropiación por uno de los propietarios colindantes³⁹. Otra cosa es que, evidentemente, una eventual solicitud de inscripción del camino como tal en el Registro de la Propiedad requeriría precisar bien todos los aspectos del régimen jurídico por el que se rige el mismo⁴⁰.

Indudablemente la calificación del derecho real como atípico, es decir, no perteneciente a ninguno de las figuras reguladas normativamente pudiera tener su importancia a otros efectos muy estrechamente relacionados con las normas imperativas que rigen en algunos de los derechos típicos. Valga, por ejemplo, para ponerlo de manifiesto, la posibilidad de adquirir por usucapión que tienen los derechos reales en general y de la que carece, en cambio, la servidumbre de paso. En esto habrá que ser cuidadoso, no sea que la alegación en el caso de la atipicidad del derecho no encubra más que la búsqueda de una vía indirecta para burlar la prohibición de la

³⁸ Así, GORDILLO CAÑAS, A., «El objeto de la publicidad... », cit., pp. 471-472. Y, con referencia a las servidumbres: DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, VI, cit., p. 253.

³⁹ En ese sentido, no era necesario que se hablara en la STS de los gastos de mantenimiento. Ni tampoco de la situación dominical del camino: ¿es una copropiedad ordinaria por cuotas de los diversos propietarios de las fincas?, ¿estamos ante una comunidad de uso, compatible con la propiedad individual de cada una de las porciones que en su día fueron aportadas para la realización del camino? Probablemente la resolución de estas dudas sea innecesaria: habida cuenta del tipo de uso establecido, al servicio de una necesidad permanente de varios propietarios, lo relevante era que cada uno de ellos perdía la facultad de uso exclusivo del terreno aportado para la realización del camino, así como la facultad de cierre sobre el mismo, o la de disposición sobre él.

⁴⁰ Inscripción registral que requeriría un título formal, del que se carece, y que tampoco pensamos que esta STS pueda suplir, precisamente porque quedan en el aire aspectos concretos del régimen jurídico del camino que serían inexcusables en la inscripción. Pese a ello se debe considerar que el carácter ostensible del camino elimina las principales razones que pudieran existir para su reflejo registral.

usucapión. Pudiera, aquí, tener su sentido invocar la limitación a la autonomía privada que el art. 594 CC refiere también a las leyes.

El contenido de poder concedido por el derecho real contemplado en el caso consiste en la cesión del uso de una concreta porción de cada finca para que el conjunto sirviera a todos los propietarios de camino de acceso a una carretera y a la playa. La situación jurídico-real resultante sobre el camino es descrita por la STS 26 marzo 2014 como «una comunidad de uso por parte de los titulares de los derechos que permiten la posesión de las fincas con las que se formó». Bajo este punto de vista, nos encontramos lejos de la configuración conceptual de las servidumbres, como relación jurídica entre dos fundos, que aparece claramente sostenida por los arts. 530 y 534 CC (entre muchos otros), del cual uno es dominante y otro sirviente, pues en el caso tenemos una relación compleja en razón de la pluralidad de fincas; y no existe esa articulación finca dominante/finca sirviente típica de las servidumbres. Esa comunidad de uso evoca otra figura, atípica en el sistema del Código; en concreto, la de la serventía, que se encuentra continuamente presente en los autos.

De hecho, la institución de la serventía –figura jurídico-real consuetudinaria de algunos lugares y hoy legalmente regulada en Galicia– resulta muy parecida a la que se termina reconociendo en el caso. En efecto, la serventía está descrita por la STS 14 mayo 1993 (RJ 1993\3683) «como camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarles con las públicas, institución distinta de la servidumbre propiamente dicha, dotada de un valor jurídico del que carece la serventía, que sólo se refiere a camino privado, sin requerir la existencia de un predio dominante y sirviente, consustanciales a la servidumbre y que al hallarse constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, éstos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos de paso, sin que sea concebible el derecho individual a pedir su extinción»⁴¹.

Justamente todos estos elementos propios de las serventías son propios de la figura jurídico-real existente en nuestro caso. En concreto, se halla presente la finalidad de paso, que al decir de un autor, junto con su semejanza fáctica, conduce frecuentemente a la confusión entre las figuras de la servidumbre de paso y la serventía⁴². Pero, se explica, en realidad ambas no se pueden confundir porque en la

⁴¹ Y, previamente, STS 10 julio 1985 (RJ 1985\3967): «distinta, pues, de la servidumbre propiamente dicha, dotada de un valor jurídico de que carece la «serventía» que sólo se refiere a camino privado, sin requerir la existencia de predio dominante y sirviente, consustanciales de la servidumbre, por lo que no pueden confundirse, ni mucho menos presentarse como aspectos de la misma cosa; constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, éstos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos del paso, no pudiendo hablarse de propiedad de la misma, ni sea concebible el derecho individual a pedir su extinción, reducido sólo a la posibilidad de renunciar al derecho a su utilización justo en la forma como desde tiempo inmemorial, aparece en el supuesto que fue objeto de examen».

⁴² BUSTO LAGO, J. M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Madrid, 2000, p. 25 (consultada en la versión electrónica de vLex)

«serventía» nos encontramos ante una situación jurídico-real en que no existe un fundo dominante y un fundo sirviente; mientras que la presencia de dichas fincas es constitutivo esencial de la servidumbre de paso⁴³. En la «serventía» el derecho al uso deriva de la condición de propietario de alguna de las fincas colindantes, o de tener cedido su uso, por algún título: característica que también concurre en nuestro caso. Finalmente se caracteriza la figura de la serventía por establecer entre los propietarios de los predios colindantes una especie de comunidad de carácter indivisible e insusceptible de apropiación privativa por uno de ellos⁴⁴; lo cual también sucede en nuestra figura.

Ahora bien, puede que nos siga preocupando el hecho de que, habida cuenta de la no regulación por nuestro Código de la figura de la serventía⁴⁵, el contenido de poder de la figura del caso, que es simplemente el paso, bien que no por finca ajena, sino por un camino resultante de recíprocas cesiones, coincide de alguna manera con el propio de la servidumbre de paso. ¿Es que debemos hablar de una servidumbre de paso peculiar? Entendemos, no obstante lo fácil que resulta dar a esta pregunta una respuesta positiva, que si logramos acercar la figura resultante a alguna otra de las tipificadas en nuestro Código, podríamos poner en duda esa solución. Importa, bajo esta perspectiva, desechar la duda que deja abierta la propia STS cuando afirmaba que podría discutirse si quienes crearon el derecho a pasar superaron o no los límites dentro de los que cabe, en nuestro ordenamiento, crear derecho reales atípicos: ¿piensa, en concreto, en la exclusión de la usucapión como mecanismo constitutivo?; ¿o, quizá, en la interpretación restrictiva de las servidumbres como limitación, odiosa, de la plenitud del dominio?

Nos cuestionamos, pues, si podría reconducirse la figura a alguna conocida dentro del régimen del Código civil. Estamos, pensando por ejemplo, en si se puede entender que en el caso estábamos ante un supuesto de medianería especial. Nos explicamos: de las circunstancias de hecho resalta el importante valor que ha tenido para los tribunales la constatación de que el camino se considera lindero de las fincas de los litigantes en los propios títulos de adquisición de cada uno de ellos: un primer dato muy significativo, compatible con esa calificación del camino como elemento medianero. Ciertamente que en la regulación legal de la medianería brilla sobre todo la consideración de la misma como separación entre fundos, y se refiere, por consiguiente, a elementos de cierre de las fincas. Pero no se encuentra ausente en absoluto la posibilidad de que el uso de los elementos medianeros desborde el que acabamos de indicar; en concreto en el art. 574.1 CC existe una presunción de medianería que recae sobre una acequia o sobre una zanja. ¿Estaría muy lejos de estas figuras estimar que en el caso se ha establecido

⁴³ BUSTO LAGO, J. M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, cit., p. 25.

⁴⁴ BUSTO LAGO, J. M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, cit., pp. 25-26.

⁴⁵ Sobre su regulación en Galicia: BUSTO LAGO, J. M., «La serventía en el Derecho Civil gallego», en *Tratado de servidumbres* (coord. Rebolledo Varela), II, cit., pp. 639 y ss. En Navarra: FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Servidumbres, derechos de uso a favor de una persona y comunidad de elementos medianeros y otras pertenencias», en *Tratado de servidumbres* (coord. Rebolledo Varela), II, cit., pp. 1087 y ss.

como medianero el camino, cuyo uso y mantenimiento son comunes y que sirve, además, de delimitación física de cada una de las fincas? No parece descabellado que esta calificación pueda cuadrar al derecho real del caso, en particular, casi todas las normas que gobiernan las medianerías tendrían un poderoso argumento para aplicarse al supuesto: la clara identidad de razón de nuestro caso con la base de la que esas normas parten, que es la situación de comunidad. Así, las normas sobre uso, gastos, alteración de elementos comunes y renuncia que regulan la medianería son probablemente aplicables al derecho de paso que estamos considerando precisamente por su carácter comunitario.

A nuestro juicio es probable que esta similitud, que no identificación, del derecho controvertido con la medianería justificara mejor la poco disimulada trascendencia que tiene en la resolución del supuesto que el camino se encontrara formado por fragmentos de las distintas parcelas. Incluso parece justificado, a la luz de esta calificación, que el mecanismo de adquisición del derecho real haya sido la usucapión, pues esta resalta con más evidencia que la existencia de un título voluntario de constitución, que, pese a todos los esfuerzos argumentativos, no queda demasiado claro que reuniera los requisitos probatorios que normalmente se exigen. Procede, para resolver esta última cuestión, hacerse la pregunta: en igualdad en el resto de los hechos probados ¿se hubiera resuelto igual el litigio si el establecimiento del camino datara de hace unos pocos años? Cabe muy razonablemente dudar de ello, y es que todo apunta a que el transcurso del tiempo asume en el supuesto una importancia que parece trascendental.

Precisamente aparecería en nuestro caso una típica funcionalidad de la prescripción adquisitiva cuando el transcurso del tiempo ha oscurecido los datos fácticos que acreditaban la constitución del derecho real mediante título⁴⁶. Si esto es así y, por otra parte, en la opinión común, es imposible adquirir la servidumbre de paso por usucapión, al calificar el derecho real como medianería especial, evitaríamos ese obstáculo, ya que la medianería sí puede adquirirse por prescripción adquisitiva⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid, 2001, p. 127: «La usucapión no es sólo modo de adquirir el derecho ajeno sino también modo fácil de *probar* el propio derecho»; DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, III.1, Madrid, 2012, p. 127: «ejercitar tardíamente los derechos o resucitar pretensiones antiguas, aparte de la natural dificultad que puede tener el decidir sobre ellas, es bastante claro que coloca en una situación de indefensión al demandado, que es natural que con el transcurso del tiempo haya ido debilitando y aun perdiendo los medios probatorios y de defensa que en caso de un ejercicio en tiempo razonable hubiera podido disponer».

⁴⁷ Por citar solamente algunas SSTs: 29 octubre 2007 (RJ 2007/8260), 25 marzo 2003 (RJ 2003/2927), 10 diciembre 1984 (RJ 1984/6055). Y, entre la jurisprudencia menor: SSAP Valencia 22 julio 2013 (AC 2013/1661), Zamora 29 noviembre 2007 (JUR 2008/73857), Murcia 15 octubre 2002 (JUR 2003/10997), Badajoz 30 enero 2002 (JUR 2002/134706). Y, en cuanto a la doctrina: BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al art. 572», en *Comentarios al Código Civil* (dir. RODRIGO BERCOVITZ), III, cit., pp. 4446-4447; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Constitución y prueba de la medianería», en *Tratado de servidumbres* (coord. REBOLLEDO VARELA), I, cit., pp. 707 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «De la servidumbre de medianería» en *Tratado de servidumbres* (Dir. CERCEIRA), en prensa.

Y, en cualquier caso, también la calificación como medianería especial facilita mucho las cosas a la estimación del título constitutivo, ya que en esta figura es normal la constitución a través de presunciones legales, que no se fundan en otra cosa que en el comportamiento concluyente de los propietarios interesados. Y es que se encuentra ausente, en la medianería, la presunción de libertad del dominio que impregna todo el tratamiento de la constitución de las servidumbres con una especial visión restrictiva.

5. CONCLUSIONES.

Hemos abordado en estas páginas las particularidades que puede tener, en cuanto a su constitución por título, y en cuanto a su posible usucapión, un derecho de paso ejercitado desde hace más de medio siglo, que recae como finca «sirviente» sobre un camino compuesto por porciones pertenecientes a cada una de las diversas fincas que actúan como «dominantes».

La especialidad del supuesto, en cuanto a su posible constitución por título, estriba en que, de existir este último, tendría carácter oneroso, lo cual facilita la posibilidad de que aprecie su existencia, aunque fuera por consentimiento tácito; a diferencia de lo que sucede en los casos más frecuentes en que no se puede probar la existencia de contraprestación a la concesión del derecho de paso, pues entonces el título debe estar formalizado en escritura pública.

Ahora bien, la peculiar estructura del derecho de paso construido de este modo, en el que no existe finca dominante y finca sirviente, sino que todas y cada una de las fincas implicadas actúan en ese doble papel, quizá aconseja sacar la hipótesis del régimen típico de las servidumbres y asimilarlo a las situaciones de comunidad. En este caso se observaría su gran proximidad a la llamada servidumbre de medianería, y quizá de ese modo se explica mejor el gran peso que tiene en la solución del problema el dilatado periodo de tiempo en que el derecho de paso se ha mantenido en uso. En definitiva, que así podríamos aceptar, sin cortapisas legales, que en realidad el derecho se ha adquirido mediante usucapión.

No se trata, en verdad, de sostener rígidamente una determinada calificación: el derecho de paso de la Sentencia es decididamente atípico porque no cuadra con exactitud dentro de los definidos y regulados por la Ley. Pero si hubiera que delimitar sus figuras más próximas, cabría afirmar su equidistancia de la servidumbre de paso, de la que toma su función, y de una situación de comunidad muy próxima a la medianería, que explicaría los demás aspectos de su estructura y régimen jurídico. En estas condiciones se explica perfectamente que las normas imperativas propias de las servidumbres puedan resultar no aplicables, en beneficio de los criterios más flexibles propios de la medianería. La ponderación prudencial de los elementos que se hacen presentes en el derecho real controvertido justifica sobradamente que se considere

determinante el mayor peso de los elementos comunitarios para definir las normas que le resultan aplicables y las que no.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil III. Derecho de bienes*, Madrid, 2010.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, III, 1º, 3ª ed. Barcelona, 1977.

ALONSO PÉREZ, M.T., «Comentario al art. 530», *Código civil comentado* (dir. CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUERTA), I, Madrid, 2011.

BIONDI, B., *Las servidumbres. Con extensas anotaciones de Derecho español común y foral* por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, Jaén, 1978.

BUSTO LAGO, J. M., «Comentario a los arts. 532 y 572», en *Comentarios al Código Civil* (dir. RODRIGO BERCOVITZ), III, Valencia, 2013.

BUSTO LAGO, J. M., *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Madrid, 2000 (consultado en la versión electrónica de vLex).

BUSTO LAGO, J. M., «La serventía en el Derecho Civil gallego», en *Tratado de servidumbres* (coord. REBOLLEDO VARELA), II, Pamplona, 2013.

CALVO SAN JOSÉ, M., «La acción negatoria de servidumbres», *RDP*, 2002, pp. 330-346.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 2, 1º, revisado y puesto al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1984.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Usucapión de servidumbres*, Madrid, 2000.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), *Tratado de servidumbres* (en prensa).

DÍEZ-PICAZO, L., «Autonomía privada y derechos reales», *RCDI*, 1976, pp. 276 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, 1995; VI, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, III.1, Madrid, 2012.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «De la servidumbre de medianería» en *Tratado de servidumbres* (Dir. CERCEIRA), en prensa.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Servidumbres, derechos de uso a favor de una persona y comunidad de elementos medianeros y otras pertenencias», en *Tratado de servidumbres* (coord. REBOLLEDO VARELA), II, Pamplona, 2013.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Derecho Inmobiliario y Derecho hipotecario*, en *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, I, Madrid, 1948.

GONZÁLEZ POVEDA, P., *Acciones protectoras del dominio y la posesión*, Barcelona, 2002.

GORDILLO CAÑAS, A., «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, 1998, pp. 423-632.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 1º, Barcelona, 1991.

LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, Barcelona, 1984.

MARTÍN-BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Madrid, 1993.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, Madrid, 2001.

REBOLLEDO VARELA, A. L., «Constitución por negocio jurídico», y «Constitución y prueba de la medianería», en *Tratado de servidumbres* (coord. REBOLLEDO VARELA), I, Pamplona, 2013.

ROBLES LATORRE, «La usucapión de las servidumbres de paso en el Código civil», *ADC*, 2005, pp. 621 y ss.

ROCA GUILLAMÓN, J., «Comentario a los arts. 530-531», en *Comentarios al Código civil* (coord. RAMS ALBESA), III, Barcelona, 2001.

ROMÁN GARCÍA, A., *La tipicidad en los derechos reales*, Madrid, 1994.

SANCHO REBULLIDA, F. A., «El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra», en *ADC*, 1974, pp. 65-90.

Fecha de recepción: 27.08.2014

Fecha de aceptación: 29.09.2014