

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TSJA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2009, SOBRE SERVIDUMBRE DE PASO

Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA

RESUMEN

El hueco en el muro divisorio entre los dos predios sin acceso a camino o vía es signo aparente de servidumbre de paso. Es aplicable el artículo 147 de la Compilación, en virtud del cual se adquiere la servidumbre aparente por usucapión. El nuevo estado de los predios impide el uso de la servidumbre, por lo que desde el momento en que el actor construyó el muro, se produjo la causa de extinción de la servidumbre prevista en el artículo 546, 3.^a del código Civil.

Palabras clave: Servidumbre de paso. Usucapión. Signo aparente. Extinción por el nuevo estado de los predios. Tercero hipotecario.

ABSTRACT

A space in the dividing wall between two lands without access to a path or road is an apparent sign of easement of access. Article 147 of the Compilation of Civil Law of Aragón is applicable, whereby an apparent easement is acquired by usucaption. The new status of the land prevents use of the easement; therefore from the moment the plaintiff built the wall, a cause of extinction of the easement foreseen in article 546.3 of the Spanish Civil Code resulted.

Key words: Easement of access. Usucaption. Apparent sign. Extinction due to the new status of the land. Third party in good faith.

ANTECEDENTES DE HECHO

En nombre y representación de S, se presentó demanda de juicio ordinario sobre servidumbre de paso, contra la sociedad mercantil Promociones M y G, suplicando se dicte sentencia por la que estimando la demanda, se declare entre otras cuestiones: la existencia de una servidumbre de paso de la que es predio dominante la finca propiedad de S, y predio sirviente las fincas propiedad de la demandada, que constituyen una comunidad, adaptada a la Ley de Propiedad Horizontal; que como consecuencia de la anterior declaración, condene a la demandada a la demolición de cuanto haya construido o edificado, en la finca de su propiedad, en perjuicio de la servidumbre de paso, por el lugar y del modo que el predio sirviente fije siempre y cuando quede libre y expedito un paso que permita el acceso de personas y caballerías cargadas o vacías.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda.

Se interpone por la parte demandada (Sociedad mercantil Promociones M y G) recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

La Audiencia Provincial de Huesca estimó el recurso de apelación en su totalidad interpuesto por la demandada contra la Sentencia referida. Desestima la demanda de S y absuelve a la demandada (Sociedad Mercantil Promociones M y G).

S presentó recurso de casación contra la anterior Sentencia de la Audiencia en base a un único motivo: la infracción del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón dictó auto admitiendo el recurso a trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. La parte demandante (S) señala que la titularidad de la servidumbre viene debidamente acreditada por la existencia de un título del año 1790 en que expresamente se establecía su constitución y además aunque se careciera de él, la servidumbre habría sido adquirida por usucapión por virtud de lo previsto en el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por existir signos aparentes del uso de la servidumbre, en concreto una puerta, por mucho tiempo mas que el que exige el artículo citado.

La parte demandada (Sociedad Mercantil Promociones M y G) alega extinción de la servidumbre, por no uso de la servidumbre durante 20 años o por renuncia tácita, deducible de la creación de otros pasos y cambios efectuados por el dueño del predio dominante que hacen imposible el uso de la servidumbre.

B. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda por entender debidamente acreditada la adquisición de la servidumbre por virtud de un título del año 1790 y por considerar que tal carga real era oponible al tercero adquirente al haber un signo exterior, un hueco en el muro, que la evidenciaba.

C. La Audiencia por el contrario revoca la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia: por no haberse acreditado la constitución de la servidumbre en el título aportado; por su inoponibilidad a terceros al no estar inscrita la servidumbre en el Registro de la Propiedad; y por considerarla extinguida porque no la usó el actor desde que compró el inmueble desde el año 1999.

D. El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante, pues aunque la pretensión del recurrente sea estimada, como también se acepta una de las tesis de defensa de la parte recurrida, se concluye la desestimación del recurso, absolviendo a la parte demandada.

La Sentencia no entra en valoraciones sobre la validez y efectos del título del año 1790, pues ya la Audiencia Provincial, basándose en las pruebas, entiende que falta la acreditación de que tal título fuera referido a la servidumbre que pretendía el actor, por lo que al tratarse de una índole fáctica vinculado al acervo probatorio no debe ser atendido en recurso de casación.

El Alto Tribunal considera adquirida la servidumbre por usucapión, al existir un signo exterior que muestra su apariencia y al cumplirse los plazos previstos en el artículo 147 de la Compilación de Aragón.

Ante tal apariencia, destaca la imposibilidad de invocar la inoponibilidad frente a terceros de las cargas reales no inscritas, protección prevista en los artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Ya su vez señala la extinción de la servidumbre adquirida por usucapión por darse la causa prevista en el artículo 546, 3.º del Código Civil por las modificaciones hechas en el predio dominante, que por un lado, permiten el acceso a la vía pública por otros pasos y por otro, impiden el adecuado uso de la servidumbre por dejar menos de un metro como espacio hábil de paso.

COMENTARIO

A.

El título II del libro III de La Compilación bajo el epígrafe «De las Servidumbres», recoge parcialmente el régimen jurídico: de luces y vistas, de las instituciones de origen foral en derechos de pastos y otros aprovechamientos y de la usucapión de las servidumbres aparentes y no aparentes.

Siguiendo al profesor Argudo: una regulación tan escasa del tema, solo cinco artículos (145 a 148), permite un amplio campo de aplicación supletoria del Código Civil, lo que no trae pocas complicaciones al intentar coordinar las nor-

mas estatales con los principios que inspiran las normas aragonesas, especialmente en materia de interpretación de los conceptos utilizados.

Las servidumbres, tanto aparentes como no aparentes, según señala la Compilación (arts. 147 y 148), y a diferencia de lo regulado en el Código, pueden adquirirse por usucapión: extraordinaria, para las servidumbres aparentes, al no necesitarse justo título ni buena fe; y ordinaria, por sí necesitarlo, para las no aparentes.

En ambos casos, y para todas ellas, incluso las no reguladas en la Compilación, se requieren 10 años entre presentes y 20 entre ausentes.

Termina indicando el artículo 148 Compilación que la posesión inmemorial produce los efectos de la prescripción adquisitiva si es pacífica y no interrumpida.

En consecuencia, solo ante falta de acreditación de título (se presume que se perdió), las servidumbres no aparentes, (con posesión no viciada y no interrumpida ni natural ni civilmente), pueden adquirirse por la posesión inmemorial. Sería en tal caso la posesión inmemorial pacífica y no interrumpida el título habilitante de la servidumbre de paso.

B. SERVIDUMBRE DE PASO

Para la calificación de la servidumbre de paso habrá que acudir al Código Civil.

Así, según el artículo 532 del Código Civil:

– Las servidumbres, aparentes son las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos externos que revelan el uso y el aprovechamiento de las mismas

– Y no aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

– Son continuas aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

– Y discontinuas, cuando se usan a intervalos mas o menos largos y dependen de actos del hombre.

En consecuencia, una servidumbre de paso puede ser aparente o no, y discontinua.

La servidumbre será forzosa si el paso es de naturaleza imprescindible, así, el artículo 564 del Código Civil señala que el propietario de la finca enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización. Y si lo es, su contenido es típico y preestablecido y su régimen jurídico aplicable el determinado para las servidumbres de paso forzosas (arts 564 a 570 del Código Civil) y subsidiariamente las normas relativas a las servidumbres en general.

Son voluntarias las servidumbres, cuando su origen se encuentra en la voluntad o en la actividad de los particulares. De manera que, como señala Lacruz, se incluye dentro de esta clasificación, las servidumbres adquiridas por usucapión, al proceder de la iniciativa de la conducta humana y de los intereses que ésta persigue.

Los artículos 147 y 148 de la Compilación son el régimen aplicable para la adquisición por usucapión de la servidumbre de paso. Si es aparente, se requiere exclusivamente, la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y si no es aparente, se exige justo título y buena fe, aparte de la posesión durante los mismos plazos ya citados y en todo caso, cabe la adquisición por prescripción inmemorial.

Tanto si la servidumbre de paso es aparente como si no lo es, se requiere, la *posesión efectiva*, pacífica, no oculta y no interrumpida, «*unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos*», según reza el artículo 430 del Código civil.

El régimen de extinción de la servidumbre voluntaria de paso está recogido en los artículos 546 a 548 Cc. El no uso durante veinte años, el que los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre y la renuncia del dueño del predio dominante, son causas de extinción citadas a lo largo del procedimiento.

Cuando la servidumbre de paso es forzosa, según señala el artículo 568 del Código Civil, si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario o se abre un nuevo camino que de acceso a la finca enclavada, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre.

C. TEMA CONTROVERTIDO

La cuestión a debatir se centra en la existencia o no de una servidumbre de paso y para el análisis del tema es relevante hacer las siguientes consideraciones:

- Es principio de Derecho que la propiedad se presume libre y que quien sostiene la existencia de limitaciones a la misma es quien debe probarlas.
- La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño lo que supone una limitación en el ejercicio de la propiedad, que requiere ser acreditada por el que la alega.
- Los principios generales del derecho y la jurisprudencia del Tribunal Supremo aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a imposición de gravámenes (STS de 27 de junio de 1955 y en análogo sentido la STS de 11 de marzo de 2003).
- Pero ese principio de interpretación favorable al derecho de propiedad, solo puede prevalecer en los casos dudosos.

Bien, pues en el caso que nos ocupa, de la prueba practicada resulta que hay un hueco en el muro divisorio entre las dos fincas, cerrado por un jergón; tanto su existencia como las obras realizadas con posterioridad, es quizá lo único que ha quedado plenamente acreditado a lo largo del procedimiento.

Ya, la Sentencia del TSJ señala las diferencias de apreciación fáctica y jurídica en las Sentencias de Primera y Segunda Instancia, dudas de hecho y derecho para la resolución del caso, que han dado lugar a que el Alto Tribunal estime la pretensión del recurrente en el recurso de casación, aunque luego desestime el recurso al aceptarse parcialmente la tesis de la defensa de la parte recurrida.

En efecto, resulta sorprendente: que el título de la servidumbre de paso se considere acreditado por el Juzgado de Primera Instancia y en cambio, la Audiencia no comparta esta consideración; y que exista a lo largo del procedimiento apreciaciones fácticas y jurídicas tan divergentes en tema de usucapión.

D. SIGNO APARENTE

Habrá que acudir al criterio que suministra el artículo 532 del Código Civil para saber cuando un signo exterior es signo aparente de servidumbre.

La doctrina extrae de la citada norma los siguientes requisitos:

a) Se trata de una signo exterior que revela el uso y aprovechamiento de la servidumbre.

b) Es necesario que el signo sea exterior y visible y suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre.

c) Deben incluirse únicamente los signos materiales, esto es, aquellos que son manifestación de la realidad y no los signos simbólicos que, aunque pueden anunciar la posible existencia de una servidumbre, no exteriorizan el aprovechamiento y uso del derecho.

d) Deben ser objetivos. Por sí solos, deben ser capaces de revelar la existencia de un derecho de servidumbre y el tipo de servidumbre del que se trata.

e) Debe ser un signo permanente, elemento éste que debe interpretarse en el sentido de rechazar los signos u obras de carácter provisional.

f) Deben hallarse en una relación funcional con la finca. Tiene que revelar los signos el contenido exacto del derecho, su extensión y límites, de modo que de la simple observación de los mismos pueda deducirse cuál es el uso y aprovechamientos concreto que puede realizar el titular del derecho.

En el presente caso, el signo exterior es un hueco practicado en el muro de piedra que delimita ambas fincas tapado por somier o jergón metálico a modo de puerta.

Resulta probado y reflejado en las fotografías obrantes en las actuaciones recogidas en el Acta Notarial de 9 de marzo de 2004, la constancia de la existencia de un hueco voluntariamente construido en el muro de mampostería, divisorio de las fincas de los causahabientes de las actuales partes, que permite el acceso desde la finca propiedad del demandado a la del demandante.

Así las cosas, una vez acreditada la existencia del hueco en el muro, habrá que entrar en otras consideraciones: si es signo aparente de servidumbre y, si ha habido posesión efectiva.

Ya hemos visto que los signos exteriores para ser signos aparentes de servidumbre han de revelar inequívocamente la existencia de la misma, además de revelar su contenido exacto, extensión y límites. Todo ello debe deducirse de la simple observación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de junio de 2.010 en relación a un tema de servidumbre de paso de vehículos, señala que «Debería matizarse el criterio de la sentencia (de la Audiencia) según el que con carácter general, las puertas tienen que abrirse a camino o carril para poder ser consideradas signo aparente de servidumbre, pues ello, señala el TSJ, dependería de las circunstancias que en cada supuesto concurren» y que en el caso controvertido (una servidumbre de paso de vehículos) «...Poco o nada añade a efectos de la apariencia, la puerta existente en la referida casa».

De manera que, en el caso de la Sentencia del 2.010, a pesar de existir una puerta no se califica a la misma como signo aparente de servidumbre.

En consecuencia, no cabe afirmar con carácter general lo que no señala la ley, es decir, que cuando la puerta no acceda a vía o camino, no hay signo aparente de servidumbre (parece ser criterio de la Sala Civil de la Audiencia Provincial de Zaragoza) o que lo hay siempre que haya puerta en un muro divisorio (criterio de la Jurisprudencia). La calificación dependerá, como señala la citada Sentencia de las circunstancias que concurren

Así las cosas, en el tema que nos ocupa, el hueco en el muro, tapado con un jergón metálico y que no se abre a ningún camino ni vía, resulta difícil considerarlo signo aparente de servidumbre de paso de personas y caballerías, incluso cargadas, porque de la observación no cabe deducir que el somier sobre el hueco sea una puerta que se dedica al paso de aquéllas de carácter permanente.

En la lejanía, el hueco junto al jergón, se asemeja a un mueble abandonado apoyado en el muro; y en la cercanía, a «un apaño», una solución a una situación transitoria o tolerada, propia de las relaciones de vecindad tan arraigadas en el derecho aragonés.

Cuál sea el concepto en que se adquirió la posesión es de gran relevancia porque por muy prolongados que sean los actos de paso, la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, salvo prueba en contrario.

Además, como el hueco no está abierto a vía o camino determinado, por sentido común se entiende, que el paso para acceder a la calzada pública será mutable; en consecuencia, si existe servidumbre, no lo será aparente, al no ser el signo exterior, permanente, instrumental e inequívoco que revele objetivamente el uso de la servidumbre (STS de 25 de abril de 1994, 17 de septiembre de 1992).

Por todo ello, se concluye que, el hueco y el jergón puede ser un signo exterior de servidumbre pero no parece que lo sea aparente, pues no revela, ni la existencia, ni el contenido exacto del derecho, su extensión y límites y de la simple observación no puede deducirse cuál es el uso y aprovechamientos concreto que puede realizar el titular del derecho.

E. CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres pueden tener su origen en un título constitutivo o adquirirse por usucapión.

Pasamos a examinar si en el tema objeto de estudio se da alguno de estos supuestos:

1. Adquisición por título constitutivo (negocio jurídico o sentencia).

El demandante presenta un título del año 1790, que la Audiencia, basándose en las pruebas practicadas, entendió que faltaba la acreditación de que aquél se refiriese a la servidumbre que pretendía el actor, por ser de contenido genérico e indeterminado.

En consecuencia, a falta de referencia expresa del título aportado al procedimiento, a las fincas del demandado, se excluye esta forma de adquisición.

Y al no haber título, sólo cabe, en su caso, la adquisición por usucapión.

2. Adquisición por usucapión.

2.1. *Introducción*

Como ya señalamos, las servidumbres aparentes pueden adquirirse por usucapión en 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe. Y las no aparentes, en el mismo plazo, pero con justo título y buena fe; y en todo caso por posesión inmemorial.

La servidumbre de paso puede ser aparente o no aparente, según pueda ejercitarse por lugar determinado con signo visible, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo exterior visible de su uso o ejercicio.

2.2. *Servidumbre de paso aparente*

Recordamos que la apariencia según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto a otro.

Supongamos que el signo exterior, el hueco en el muro tapado por un jergón, revela objetivamente la existencia de la servidumbre de paso. Estaremos ante una posible servidumbre aparente.

Para que la servidumbre aparente se adquiera por usucapión se exige como único requisito la posesión «*ad usucapionem*» durante los plazos de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes sin necesidad de título ni buena fe, es decir la posesión civil y no la mera tenencia material o la posesión natural, en concepto de titular del derecho de servidumbre de paso, pública, pacífica y no interrumpida.

La usucapión está fundada en la posesión efectiva de la cosa. No supone uso la mera existencia de un signo aparente, salvo si puede justificarse mediante la servidumbre.

Se precisa por tanto que durante el tiempo señalado por la Ley (diez años entre presentes o veinte entre ausentes), el dueño del predio dominante haya poseído efectiva y continuamente el derecho de paso.

En consecuencia, será necesario probar entre otros requisitos, la antigüedad de la existencia del hueco y su uso. La parte actora sólo ha probado la existencia de aquél pero no ha acreditado la antigüedad del mismo ni el tiempo en que se ha venido utilizando el paso.

La prueba testifical practicada y reflejada en la Sentencia del Juzgado evidencia que al menos hasta el año 1999, era utilizada la finca del actor, sin otro paso que el abierto en el muro, pero nada se señala sobre cuándo empezó a usarse.

La determinación del «dies a quo» es relevante porque a partir del mismo comenzará a computarse el plazo de la usucapión.

En las servidumbres aparentes discontinuas, la doctrina en Aragón entiende, que el cómputo empieza a contarse, desde que hubiera comenzado a ejercerla sobre el predio sirviente (el art. 538 del Cc. lo señala para las servidumbres continuas y aparentes).

Así, señala Lacruz, que no es suficiente la pura y simple presencia de obras visibles, que el «*dies a quo*» no se cuenta a partir de la finalización o ejecución de aquellas, sino que se requiere además el ejercicio de la actividad según contenido de la servidumbre, correspondiéndole la prueba del mismo a quien pretende usucapir.

En el caso que nos ocupa el actor no ha podido demostrar, ni el concepto de adquisición de la posesión, ni a partir de qué día comenzó la usucapión, y en consecuencia, la posesión efectiva y en concepto de dueño durante los 10 años de posesión exigidos por el artículo 147 de la Compilación.

A falta de prueba, la propiedad se presume libre, por lo que no cabe considerar adquirida por usucapión la servidumbre de paso *aparente*.

2.3. Servidumbre de paso no aparente

Como ya se ha señalado en el texto, el signo exterior, hueco en el muro divisorio, sin acceso a ningún camino, senda o vía, y tapado con un jergón, no revela de forma inequívoca la existencia de una servidumbre de paso, de personas y caballerías, por lo que de existir la carga real, se trataría de una servidumbre no aparente.

Al tratarse de una servidumbre no aparente requeriría para su adquisición por usucapión según señala el artículo 148 Compilación: la posesión con justo título y buena fe durante los plazos de tiempo señalados en la norma, diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Y en todo caso, su posesión inmemorial producirá los efectos de la prescripción adquisitiva.

Como no se ha acreditado la existencia de título, habrá que acudir a la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida como título habilitante de la servidumbre de paso.

Las Observancias definían a la posesión inmemorial como aquella cuyo origen se ha perdido en la memoria de los hombres, sin constar noticia en contrario.

Como señala Argudo, tanto los textos forales, como los Proyectos y el artículo 14 del Apéndice, contemplaron la posesión inmemorial como modo de adquirir las servidumbres. Asimismo, aquel autor indica que en la doctrina foral histórica la posesión inmemorial es la testimoniada por personas de mas de cincuenta años, con mas de cuarenta de memoria, que puedan narrar lo vivido por ellos y lo visto y oído por sus padres.

En el Anteproyecto de 1961, al final de la regulación de la adquisición de servidumbres por usucapión se señalaba: «En todas ellas, además, la posesión inmemorial». Pero la Comisión General de Codificación sustituyó esta expresión por: «en todo caso...» recogida finalmente en el párrafo segundo del artículo 148 de la Compilación.

El Anteproyecto, por tanto, aplicaba la posesión inmemorial a todas las servidumbres mientras que la Comisión General de Codificación no compartió su criterio al encuadrar la posesión inmemorial en sede de servidumbres no aparentes (art. 148, 2 Compilación)

De manera que, cuando el artículo 148, 2 de la Compilación señala que la posesión inmemorial producirá los efectos de la prescripción adquisitiva si es pacífica y no interrumpida, se está refiriendo a la servidumbre no aparente. Para ello, será necesario que se trate de una posesión efectiva, pública, pacífica y no interrumpida, hasta el momento en que se pretenda hacer valer como título para la adquisición de la servidumbre.

En el caso que nos ocupa, la prueba testifical, evidencia que al menos hasta el año 1999 sí era utilizada el hueco del muro como paso a la finca del demandante.

Así las cosas podría entenderse acreditada la posesión inmemorial como título de adquisición; pero tampoco es aplicable porque se exige que sea pacífica y no interrumpida, hasta el momento en que se pretenda hacer valer, y es obvio que no se cumple la primera, y en cuanto a la segunda, ya se señala en la Sentencia que el paso no ha sido utilizado desde que el actor compró la finca.

E. FALLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

E.1.

El Fallo estima la pretensión del recurrente respecto de ser titular de servidumbre adquirida por usucapión, aunque igualmente estima la petición del recurrido al declarar extinguida tal carga real sobre su finca y en consecuencia, procede la absolución de la parte demandada. Por lo que el recurso finalmente queda desestimado.

La estimación de la pretensión del recurrente en casación, de que sí adquirió la servidumbre por usucapión, se basa en la calificación del hueco del muro,

tapado con el jergón, como elemento permanente que muestra apariencia de servidumbre y en el cumplimiento de los plazos de uso previstos en la norma (art. 147 de la Compilación).

Como consecuencia de la existencia de la servidumbre aparente, se señala la oponibilidad a terceros, aun no constando su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin poder invocar la protección prevista en los artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Pero sigue argumentando el Alto Tribunal que de facto, el nuevo estado de los predios impide el uso de la servidumbre, por lo que desde el momento en que el actor construyó el muro, se produjo la causa de extinción de la servidumbre prevista en el artículo 546, 3.ª del código Civil.

Así las cosas, según el Tribunal Superior de Justicia, existió servidumbre de paso pero se extinguió, por lo que la parte demandada no está obligada a derribar las edificaciones que la impedían.

El Fallo se basa en las siguientes pruebas obrantes en los autos:

– Se acredita que una y otra finca han sufrido en la actualidad importantes cambios en su conformación, como la desaparición del desnivel que impedía que el predio dominante tuviera paso por otro lugar, pudiéndose en la actualidad llegar a él desde la vía pública urbana.

– También está acreditado que el recurrente construyó edificaciones dejando un espacio hábil de menos de un metro para llegar al lugar que antes ocupaba el hueco por el que se accedía al predio dominante.

E.2.

Así las cosas, la Sentencia entiende adquirida por usucapión una servidumbre de paso aparente, cuando no se ha demostrado los plazos de uso previstos en el artículo 147 de la Compilación.

Se fundamenta el fallo en la prueba testifical que acredita que al menos hasta el año 1999, sí era utilizada la finca del autor, sin otro paso que el abierto en el muro. Pero no se determina cuando comenzó a usarse el paso.

Podría ser un supuesto de adquisición por prescripción inmemorial si bien –además de que su interpretación ha de ser restrictiva y referida exclusivamente a las servidumbres de paso no aparentes, y no a las aparentes– ya se ha señalado la imposibilidad de la misma por faltar el requisito de que sea la posesión pacífica y no interrumpida.

Al calificarse la servidumbre de aparente, el Fallo señala que a la parte demandada no se le aplica la protección registral recogida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero por otro lado, como veremos posteriormente, en tema de extinción, señala extinguida la servidumbre porque el paso al tan citado hueco lo considera de imposible acceso.

Así las cosas, si la servidumbre es aparente, efectivamente no se dará la protección que otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero si se considera que en el estado en que se encuentra el predio, supuestamente dominante, es imposible apreciar un paso, se deberá concluir que el signo exterior no es tan aparente como se defiende, por lo que además y, en tal caso, la parte demandada sí podría alegar la protección registral del artículo 34 Ley Hipotecaria, al no estar inscrita en el Registro de la Propiedad la carga real, no aparente, en el momento de la compra

E.3.

En tema de extinción, admitiéndose, en su caso, la adquisición de la servidumbre por usucapión, entiendo que no cabe hablar de extinción por la causa tercera del artículo 546 del Código Civil («Cuando los predios vengán a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre...»), como señala el Fallo.

El acceso se hace mas incómodo pero no imposible. Una persona puede pasar por una anchura de un metro para acceder a aquel hueco, que recordemos que es el signo exterior y que él, sí mantiene sus dimensiones.

También entiendo irrelevante que de hecho se hayan venido utilizando otras vías al camino público construidas por el demandante, por las que se obtiene acceso desde la calle pública a los actuales bloques de viviendas construidos en la que era finca dominante de uso rústico, pues como señala la STS de 23 de marzo de 2001 cuando no se discute la constitución de una servidumbre forzosa de paso a favor de los actores, sino la existencia o no de una servidumbre voluntaria de paso adquirida por usucapión con arreglo al artículo 147 de la Compilación, huelga toda consideración acerca de la existencia o uso de otras salidas o pasos alternativos o de su extinción a tenor de lo dispuesto en el artículo 568 del Código Civil, que sólo es de aplicación a las servidumbres forzosas y no a las puramente voluntarias.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que a las servidumbres voluntarias no les son aplicables, en general, los preceptos que regulan las servidumbres legales (STS 2 de mayo 1983, 15 de febrero 1989); ello, sin perjuicio de la eventual aplicación supletoria de algunas de éstas reglas a aquellas servidumbres, en virtud del artículo 598 CC.

F. CONCLUSIÓN

Las servidumbres de paso pueden adquirirse por título, o por usucapión. En defecto de título serán aplicables los artículos 147 y 148 de la Compilación que regulan la adquisición de las servidumbres por usucapión.

Para la aplicación de los artículos 147 y 148 de la Compilación, o adquisición por usucapión de las servidumbres, se exige la prueba de su posesión, durante diez o veinte años si son aparentes, sin justo título ni buena fe o, el mismo plazo, con justo título y buena fe, o desde tiempo inmemorial, si no lo son.

Las pruebas presentadas en el procedimiento no revelan de forma inequívoca:

- La existencia de un título de constitutivo.
- La realidad de un paso perenne y continuado en el tiempo que cumpla los plazos de uso previstos en las normas.
- Si hay posesión de servidumbre o acto meramente tolerado.
- Si hay posesión inmemorial.

Hay contradicciones surgidas en el propio Fallo: la servidumbre aparente de paso y por tanto oponible a terceros, no casa con edificaciones, que según aquél, hacen imposible el acceso al paso, y por tanto, difícilmente pueden hacer presagiar la existencia del mismo. ¿Es aparente o no lo es? y en consecuencia: oponible, inoponible...

Así las cosas, la evidente falta de pruebas a lo largo del procedimiento, sus contradicciones, han provocado, como señala el Alto Tribunal, dudas de hecho y derecho para la resolución del caso.

Pues bien, en caso de dudas, por el principio general del derecho de que la propiedad se presume libre, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo aconseja dar una interpretación restrictiva a favor del predio sirviente en materia de imposición de gravámenes.

En consecuencia, siendo el caso presente un supuesto dudoso, al no haber acreditado debidamente la parte actora la existencia de la servidumbre de paso a favor de su predio, se concluye el derecho de propiedad de la parte demandante sobre el suyo, libre de la citada carga real.

Por ello, no entramos a dilucidar, porque no ha lugar, sobre la protección del tercero en base al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni sobre la extinción de la carga real.

G. INFORME DE LA PONENCIA DESIGNADA EN LA COMISIÓN INSTITUCIONAL SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL DE ARAGÓN*

La concisión de las normas de la Compilación supuso la aplicación supletoria del Código Civil. El Proyecto de Ley establece una regulación completa sobre servidumbres que evita la citada supletoriedad.

De la nueva regulación serían normas aplicables, los preceptos dedicados a las clases de servidumbres; a la constitución, en especial a la usucapión; y a la extinción de servidumbres.

* La Ley de Derecho civil patrimonial se promulgó el 2 de noviembre del 2010 y por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se aprobó el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA)».

1. Clases

El artículo 16 (art. 552 CDFA) clasifica las servidumbres en positivas o negativas, aparentes o no aparentes, continuas o discontinuas.

Respecto a las aparentes señala que se anuncian por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma. Y no aparentes, todas las demás.

La clasificación y qué se entiende por signo aparente no ha variado sustancialmente del régimen aplicable en el texto.

2. Constitución

El artículo 25 (art. 561 CDFA) comienza señalando que las servidumbres se constituyen: por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente; por voluntad del titular de la finca dominante con carácter forzoso; por signo aparente; y por usucapión de las servidumbres.

Son las mismas causas a las que hemos hecho alusión en el texto, aunque redactadas con mayor precisión, salvo, la admisión de la constitución de servidumbre por signo aparente entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, en el supuesto de que se enajenara una de ellas y no se exprese lo contrario en el título de enajenación; supuesto que nada tiene que ver con el tema controvertido.

3. La usucapión de servidumbres

Las normas referidas a la usucapión de las servidumbres aparentes y no aparentes tienen el mismo contenido que los artículos 147 y 148 de la Comp. Es de destacar, el precepto que señala cómo se computa el tiempo a efectos de cumplir los plazos de usucapión, se reconoce de forma expresa el criterio que hemos aplicado en el texto, *«se contará desde el día en que el titular de la finca dominante hubiera empezado a ejercerla sobre la finca sirviente»*.

4. Extinción de servidumbres

Hay que reseñar la extinción por modificación de las fincas por ser el que se ha alegado por el Fallo como causa de extinción.

Pero el artículo 36 (art. 572 CDFA) sólo se refiere en concreto al supuesto de división o segregación de la finca dominante o sirviente, permitiendo exigir, respectivamente, al titular de la finca sirviente o los titulares de las fincas resultantes, la extinción de la servidumbre para las que no sea necesario el uso de la misma. Precepto que no sería aplicable porque ni el predio dominante, ni el sirviente han sufrido división ni segregación alguna

En consecuencia, nada tiene que ver este artículo con la causa de extinción recogida en el artículo 546,3º Cc. que aplica el Fallo: «las servidumbres se extinguen por:... 3.º Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella...». No hay una norma similar en el articulado del Proyecto.

Por tratarse de una norma aplicable a las servidumbres forzosas de paso, y no a las voluntarias, tampoco sería de aplicación la causa de extinción que señala el artículo 46, 2 del Proyecto (art. 580 CDEFA): «la desaparición de la necesidad de paso por abrirse una nueva vía que dé acceso a la finca enclavada».

5. Conclusión

Así las cosas, la nueva Ley del Derecho Civil Patrimonial, si fuera aplicable, no afectaría a la resolución del caso.

BIBLIOGRAFÍA

ARGUDO PÉREZ, José Luis:

— Memoria sobre la Reforma del libro III de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Parte Segunda. De las Servidumbres.

— Manual de Derecho civil Aragonés, 2.ª Edición, El Justicia, Zaragoza, 2.007.

BUSTO LAGO, «*La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*»

GUILARTE, V., «*La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*» Madrid 1984.

LACRUZ BERDEJO, III Derechos Reales, Volumen II, puesta al día por Agustín Luna Serrano, Elementos de Derecho Civil, Dikinson Madrid 2001.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», R.G.L.J, XXIX (1954)

MORALES MORENO, «*Posesión y Usucapión*»

PARA MARTÍN, A., «Artículos 283 y 284, en comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T.XXX, Madrid, EDERSA, 1987, p. 107.

SANCHO REBULLIDA, F de A. D., «*Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres...*» (arts. 143 a 152 inclusive de la Compilación), Boletín del colegio de Abogados de Zaragoza, n.º 26, año 1967.

SAP Zaragoza (Secc 2.ª) 14 de enero de 1998.

SAT Zaragoza 13 enero 1982.

SAP Zaragoza (Secc 4.ª) 25 de julio 2000.

SAP Huesca de 17 de mayo de 2002.

SAP Teruel 23 enero 2003.

SAP Huesca de 26 de julio de 2004.

SAP Zaragoza Secc 4.ª 23 de julio de 2001.

STSJA de 14 de julio de 2004.

SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 2004.

STSJA 8 de marzo 2006.

STSJA, 11 de mayo 2007.

STSJA 18 de junio 2010.