

## **EN TORNO A LA ADQUISICION DE LA SERVIDUMBRE DE PASO POR PRESCRIPCIÓN: CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CIVIL DE GALICIA.**

**ALFREDO-ARTURO LORENZO OTERO**

*Notario*

La servidumbre, como sabemos, es figura jurídica de contornos difíciles de precisar, por su amplio campo de acción y la difusión de sus límites; de ahí la dificultad de su concepto y, a la vez, su grandeza como institución jurídica.

Precisamente por ello, en estas líneas, no pretendemos hacer un análisis completo de la misma, ¡ni mucho menos!, ni siquiera trataremos de analizar en su totalidad la servidumbre de paso; nuestro fin es mucho más modesto, intentaremos hacer, simplemente, algunas consideraciones sobre la regulación de un solo supuesto de los diferentes modos de adquisición de tal servidumbre.

El Código Civil, al establecer los modos de adquisición de las servidumbres, se muestra excesivamente cauto al aplicar la institución jurídica de la prescripción, reservándola únicamente para las servidumbres “continuas y aparentes” (art. 537); reduciendo a las continuas no aparentes y a las discontinuas, sean o no aparentes, a la necesidad del título (art. 539); y, a la falta del mismo, exigiendo la escritura de reconocimiento de la servidumbre por parte del dueño del predio sirviente, o, en su defecto, una sentencia firme. (art. 540).

La servidumbre de paso no ofrece duda de que puede tener carácter aparente o no aparente, ya que puede anunciarse y estar continuamente a la vista, por signos exteriores que revelen el uso y aprovechamiento de la misma (art. 532), (como en los supuestos de servidumbres de paso que hayan de ejercitarse a través de una senda permanente, aparente, por no presentar indicio alguno exterior de su existencia, cuyo supuesto más típico es el de las servidumbres temporales para la siembra y extracción de cosechas.).

Sin embargo, dados los términos en que se expresa el párrafo segundo del art. 532 del

Código Civil, no es fácil, por no decir imposible, admitir que pueda llegar a tener en algún supuesto el carácter de “continua”, ya que, por el contrario, parece encajar plenamente en el grupo de aquéllas que “se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre” (art. 532).

Es verdad que no faltan voces aisladas, como la de LUCAS FERNANDEZ, que estiman que cuando la servidumbre de paso es aparente, por la existencia de obras permanentes indispensables para su ejercicio, (como puentes, pasadizos, etc), convierte a ésta en continua, porque la obra “constituye por si una invasión permanente del fondo gravado, un ejercicio incesante sin necesidad de hecho del hombre”. En fin, algo similar a lo que ocurre con la servidumbre de acueducto, con la diferencia de que en ésta, el legislador, de manera expresa, le concedió el carácter de “continua y aparente” (art. 561) a base de establecer una ficción o presunción legal. Y precisamente por eso, por no haberlo hecho así con la servidumbre de paso, cuyo supuesto puede asimilarse en determinados casos a la de acueducto, (no siempre, ya que en ésta el paso del agua puede ser permanente), la inmensa mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se inclinan abiertamente por su condición de “discontinua” y, como lógica consecuencia, la inaplicabilidad a la misma de la usucapción como modo adquirir.

Este criterio, o, mejor, las peligrosas consecuencias que del mismo pueden derivarse, hasta la década de los cincuenta, e incluso de los sesenta, se podían solventar a base de la “adquisición por uso inmemorial” de la legislación anterior al Código Civil (Ley 15, Título XXXI, Partida Tercera), conforme a la Disposición Transitoria 1ª) del Código Civil (SSS. De 27 de Octubre de 1.900, 1 de Febrero de 1.912, 11 de Mayo de 1.927 y 19 de Noviembre de 1.949), mediante prueba testifical de personas con uso de razón con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil, que pudiesen acreditar tal uso inmemorial. Pero en el momento actual, a falta de tales testigos, dicho procedimiento resulta inoperante. Lo que trae como consecuencia que multitud de servidumbres de paso que están basadas en el simple uso posesorio, sin otro título, o con título extraviado, si son negadas por los titulares de los predios sirvientes, dejan de tener entidad jurídica, pues, al faltar la escritura de reconocimiento, resulta prácticamente imposible obtener la sentencia firme que la supla (art. 540); a no ser, claro está, en el supuesto del art. 541, pero esta “servidumbre del padre de familia”, por su misma naturaleza, es de aplicación muy limitada.

A primera vista, ante la postura de negación de la servidumbre, en tal situación, no hay más que una solución, y solamente en el supuesto de que se trate de finca enclavada entre otras ajenas, que es ir a la servidumbre forzosa, abonando al titular del predio sirviente la correspondiente indemnización (art. 564). Cosa que parece totalmente injusta cuando se trate, como es muy normal, de servidumbres que se han venido utilizando desde hace generaciones y generaciones anteriores. Pero ésta, por absurda que parezca, es la única solución que brinda el Código Civil: “O hay escritura de constitución o de reconocimiento, o sen-

tencia firme, o hay que ir a la servidumbre forzosa”.

Sin embargo, como creemos que en Derecho toda conclusión que conduzca al absurdo, y ésta así lo parece, debe ser rechazada, por la propia esencia de lo que el Derecho representa, hemos tratado de buscar alguna solución, aunque sea provisional, a tal situación, y nos parece que la única posible es la de la prescripción, pero en sentido contrario, no la adquisitiva, sino la extintiva. Ya que, si las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años (art. 1.963 CC), y el tiempo para la prescripción de todo tipo de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1.969), no ofrece duda que, si se viene ejercitando una servidumbre de paso desde hace más de treinta años y el titular del predio sirviente no ejercitó la acción negatoria, ésta debe haber prescrito.

Por tanto, estimamos que los procedimientos de defensa de la servidumbre, por parte del titular del predio dominante, deben ser los siguientes:

1º).- Si el titular del predio sirviente ejercita directamente la acción negatoria, probar adecuadamente (sea mediante testigos, acta notarial, etc.), que viene usando la servidumbre desde hace más de treinta años, y alegar la prescripción extintiva de la acción negatoria.

2º).- Si el titular del predio sirviente lo que hace es ir a la acción directa, cortando el paso, ejercitar la oportuna acción interdictal. Y, si después el titular del predio sirviente ejercita la acción negatoria, proceder como se ha indicado en el apartado 1º).

Quizá pudiera pensarse, como otra solución, la de alegar la prescripción adquisitiva de la franja de terreno utilizado como paso; pero la parte contraria, por razón del fin para el que el terreno se utiliza, podría alegar que la “posesión no fue en concepto de dueño”, (como exige el art. 1.941), y, además, que se trataría de un claro “fraude de ley” a la excepción consignada en el art. 1.959 del CC. en relación con el art. 539 del mismo cuerpo legal. Por ello, estimamos que este procedimiento tendría poca probabilidades de prosperar, pero no por absurdo, sino por incompatible con la legislación vigente, ya que lo que resulta absurdo es que por la posesión de un predio durante treinta años, sin necesidad de título alguno, se pueda adquirir el dominio del mismo, y, sin embargo, no se pueda adquirir un derecho de menor entidad, como es la servidumbre de paso.

La solución analizada en primer lugar, sin embargo, no dejaría de ser una solución judicial, cuando lo lógico debiera ser, para evitar contiendas, darle una solución legal; para eliminar o disminuir así los inconvenientes y gastos que, tanto para los particulares como para el Estado, la vía judicial lleva consigo.

Y precisamente por ello, somos de la opinión de que debe hacerse una reforma legisla-

tiva para abordar y dar solución al problema, que estimamos podría hacerse a base de adoptar una de estas dos posturas:

A).- Recurrir a la ficción que el Código Civil siguió con respecto a la servidumbre de acueducto, y considerar a la servidumbre de paso, “cuando se exteriorice con una senda permanente”, como “continua y aparente”, para poder aplicarle la prescripción de los veinte años del art. 537 del CC.

B).- O volver al sabio criterio de la “prescripción por uso inmemorial” de Las Partidas, que consideramos el más adecuado, por lo que más tarde se dirá.

El adoptar una u otro solución encierra un problema de fondo de gran importancia, ya que la solución A) solamente serviría para resolver el problema de las servidumbres de paso que “se exterioricen por medio de un signo aparente”, mientras que la solución B) podría ser aplicable a todo tipo de servidumbres de paso.

Por otra parte, si se adopta el criterio A), para que tenga efectividad y pueda resolverse el problema que social y jurídicamente ya está planteado, habría que acudir al procedimiento siempre peligroso de declarar la ley con efectos retroactivos, para obviar así los principios contrarios que nuestra legislación tiene establecidos, y que más tarde analizaremos; lo cual sería auténticamente traumático, por perjudicar derechos adquiridos y carecer de antecedentes históricos y de “convicción popular”. La solución B), por el contrario, llevaría en si misma la retroactividad, ya que la “inmemorialidad” no tiene propiamente día de inicio ni presupone plazo alguno de cómputo, goza de “convicción popular”, y no solamente se basa en un antecedente histórico firme, como son Las Partidas, sino que supondría, además, seguir aplicando un legislación vigente aún después de la publicación del Código Civil, que si no puede seguir aplicándose es simplemente por falta de un medio de prueba.

Por todo ello, estimamos que la solución B) es la que debería seguir el Código Civil en una próxima reforma.

**ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO CIVIL DE GALICIA.**- Si este es el problema que se presenta en todos los territorios en que rige el Código Civil, la cuestión se agudiza en lo que se refiere a Galicia, ya que por razón del minifundio en ella existente, la servidumbre de paso tiene una proliferación inconcebible en otras Comunidades, pues la inmensa mayoría de las veces una servidumbre de paso no se impone sobre un predio sirviente en favor de otro dominante, sino sobre múltiples predios sirvientes y a favor de diversos predios dominantes. Lo que llevaría, en el supuesto de tener que acudir a la servidumbre forzosa, (sobre todo para los predios dominantes más alejados de la vía pública), que lo que se tendría que abonar como indemnización por la servidumbre, sería muy superior al valor de la finca para la que se reclama.

Además, en esta Comunidad, el problema se agrava por la falta o deficiencia de titulación existente entre la población campesina que, en buena parte, sigue aferrada a la idea ancestral que de no hay mejor título que la posesión, a la que, cuando viene de tiempo inmemorial, la “convicción popular” la considera como fuente de todo derecho. Por ello, estamos convencidos de que si la cuestión se divulgase adecuadamente, y llegase a conocimiento de todos los propietarios de precios sirvientes la posibilidad de negar las servidumbres a los titulares de los predios dominantes que careciesen de título, y aquellos que ejercitasen sus derechos, se originaría una auténtica conmoción social.

Precisamente por ello, los legisladores de Galicia en Ley 4/1.995, afrontaron la cuestión, creemos que con muy poco acierto, en su art. 25, disponiendo que:

“La servidumbre de paso se adquiere por ley, por dedicación del dueño del predio sirviente o por negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea la forma en que aquel se exprese. Igualmente puede adquirirse por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse”.

El legislador, al redactar la segunda parte de este precepto - (en el análisis de la primera preferimos no entrar) - ha cometido dos desaciertos:

EL PRIMERO, no haber distinguido entre las servidumbres de paso temporales (pasos para siembra y extracción de cosechas), que no presentan indicio alguno exterior de su existencia, de aquellas otras que se exteriorizan por medio de una senda permanente, en las que incluso puede, y de hecho casi siempre hay, intervención de la mano de obra del hombre por medio.

Y EL SEGUNDO, íntimamente ligado con el anterior, es el no haber adoptado ninguna de las soluciones básicas indicadas en los apartados A) y B) , anteriormente expuestos. Ya que, si se adopta el criterio del apartado A), lógicamente, solamente debería aplicarse a las servidumbres de paso que se exterioricen permanentemente por un signo, como lo sería la senda, el camino, el puente, etc., al igual que ocurre en la de acueducto con el cauce. Por el contrario, si el criterio a seguir fuese el indicado en el apartado B), podría ser aplicado tanto a unas como a otras, ya que lo único que habría que probar era la “inmemorialidad del uso”, fuese éste diario, mensual, anual, o por cualquier otro período.

La crítica, sin embargo, no parece haber reparado en tales desaciertos, sino que se volcó sobre el problema de la retroactividad o irretroactividad de la norma: con olvido patente de algo más importante, como lo es el analizar: “Si la norma tal y como está redactada, puede ser aplicada en algún supuesto”.

Como sabemos, y aunque parezca mentira, la doctrina, y lo que es aún más triste, la pri-

mera jurisprudencia, mantiene criterios contradictorios en torno al problema de la retroactividad o irretroactividad de la disposición legal, pese a que, en buena técnica jurídica, parece imposible defender la retroactividad, por las siguientes razones:

1ª).- Porque es axioma jurídico que la ley o norma especial debe prevalecer sobre la general. Luego, debe aplicarse como primera norma interpretativa, en esta materia, la del art. 1.939 del CC., por la remisión que la disposición transitoria cuarta de la Ley del Derecho Civil de Galicia hace a aquel Cuerpo Legal; y en virtud de la cual, a contrario sensu, “si las leyes anteriores no regulaban este tipo de prescripción, y por tanto, se trata de una forma de prescripción de nueva creación, el plazo debe empezar al contarse desde que la nueva institución es admisible, es decir, desde la entrada en vigor de la nueva ley.

2ª).- Si se trata de buscar amparo en la disposición transitoria primera, párrafo segundo del CC., como hizo la Audiencia Provincial de Orense en la S/ de 19 de Marzo de 1.996, la irretroactividad parece aún más clara, justamente al contrario de lo que en dicha sentencia se mantiene, ya que tal párrafo segundo lo que dice es que: “Si el derecho apareciese declarado por primera vez en el Código - (es decir, en la Ley) - tendrá efectos desde luego”. ¿ Y cual es el derecho que se declara por primera vez en la Ley?. No ofrece la menor duda que lo es: “El derecho a adquirir por prescripción la servidumbre de paso”; y tal derecho, efectivamente, debe tener efecto desde luego, pero cumpliendo los requisitos que la norma que lo establece exige, entre ellos “el transcurso del tiempo”, que, por tanto, deberá empezarse a contar desde la entrada en vigor de la Ley. Y, es más, la inaplicabilidad de la retroactividad a este supuesto lo refuerza el último inciso de tal disposición transitoria, al disponer que: “Siempre que no se perjudique a otro derecho adquirido - (la propiedad libre) - de igual origen”.

3ª).- Por lo dispuesto en el número 3 del art. 2º del Código Civil: “Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”, Norma tajante, que por si sola es bastante para resolver el problema, atinadísima aplicada por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3ª), en la S/ de 23 de Septiembre4 de 1.996.

4ª).- Y, finalmente, por lo preceptuado en la disposición transitoria 13 del Código Civil, al establecer que: “Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento”. Pues es claro que el principio fundamental que late en todas las disposiciones transitorias del Código Civil, con base en las dos normas generales consagradas en el número 3 del art. 2 y la disposición transitoria preliminar, es el de la “irretroactividad de la ley”, máxime perjudicando un derecho anterior que se presumía libre.

Por las razones apuntadas, no nos pareció problemática la irretroactividad de la nueva Ley, y, sin embargo, fue la primera cuestión que se planteó doctrinal y jurisprudencialmente. Para nosotros, el auténtico problema es otro, el anteriormente apuntado: “Si puede ser aplicada la prescripción que sanciona el art. 25 de la Ley, tal y como está redactado este precepto”.

Nosotros estimamos que no. Pues este artículo, en su párrafo segundo, al lado del transcurso del plazo posesorio, exige otro requisito fundamental, cual es “la posesión”, que, además, habrá de reunir tres cualidades: “Ser pública”, “ser pacífica” y “ser ininterrumpida”; y, por otra parte, el articulado de la Ley para nada hable del carácter “continuo o discontinuo” de la servidumbre de paso, para efectos de la prescripción, luego habrá que aplicar el art. 532 del CC., como norma supletoria, para el cual: Son servidumbres “discontinuas las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre”; en cuya clase entra claramente la servidumbre de paso; es más, nos atreveríamos a decir que la servidumbre de paso, no solo es discontinua, como tiene consagrado la Jurisprudencia del T.S., sino que “es el prototipo de las mismas”. Entonces, ¿Cómo se puede conjugar la cualidad de “posesión ininterrumpida” con el carácter “intermitente” de la “discontinuidad”?

Esta es, para nosotros, la auténtica cuestión de fondo para la posible aplicación del precepto. Ya que, precisamente, la contraposición entre la prescripción adquisitiva y las servidumbres “no aparentes” y las “discontinuas” proviene de ahí, de que la prescripción, sea cual se su fundamento, - se sostenga la presunción de abandono o la seguridad jurídica -, no puede apoyarse en el “acto oculto” ni en el “inconstante”, sino en la “apariencia” y en la “continuidad” o “persistencia”.

¿Cómo podrá probar el usucapiente, - ya que, como excepción que es la prescripción, la carga de la prueba correrá a cargo del mismo -, que poseyó “ininterrumpida y públicamente”?. Nos parece una prueba imposible, a la que vemos una única solución: LA PRESUNCION. Como sosteníamos en el apartado A), o solución primera que proponíamos para un posible cambio legislativo. Solución que dio el Código Civil en su art. 561 para la servidumbre de acueducto. Criterio que, estimamos, solamente debería aplicarse a las servidumbres de paso constituida con signos externos de visibilidad, que las hagan “aparentes” por sus indicios, lo cual, a su vez, puede “reforzar” la presunción de su uso o ejercicio ininterrumpido, como la existencia del cauce para la de acueducto. Si, por el contrario, lo que el legislador pretendió, es que se aplicase la usucapción tanto a las servidumbres de paso con signo aparente como a las meramente temporales, que no presentan signo alguno externo de su existencia, la única solución es volver al acertado criterio de Las Partidas del: USO INMEMORIAL.

Piénsese que, de no seguir tal criterio, para el supuesto de servidumbre de paso temporal para siembra y extracción de cosechas, si tiene una longitud de veinte o treinta metros, con levantar las pertinentes actas notariales, se puede adquirir la servidumbre con una posesión real de VEINTE MINUTOS o menos. Esto resulta absurdo. Este art. 25 de la Ley hay que reformarlo o aclararlo con otros que lo complementen.