

## **LA ADQUISICIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PASO: OTRO PUNTO DE VISTA. (A PROPÓSITO DEL ART. 25 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA)**

**ANTONIO PILLADO MONTERO**  
*Avogado*

*El art. 25 de la Ley de Derecho Civil de Galicia (Ley 4/95, de 24 de mayo), relativo a la adquisición de la servidumbre de paso, ha sacado una vez más a debate un problema que en Galicia, por la fragmentación de la propiedad del suelo, tiene especial relevancia. Los necesarios servicios de paso de unas parcelas sobre otras, están “en el aire”, valga la paradoja, si no hay un “título” que los ampare (arts. 539 y 540 del Código Civil). La acción negatoria del dueño del supuesto predio sirviente prospera con facilidad.*

*El legislador gallego quiso poner fin al problema echando mano de la prescripción adquisitiva: “Igualmente, puede adquirirse -la servidumbre de paso- 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”, dice aquel precepto. Seguramente trató con ello de dar cobertura legal no ya a los hechos futuros -a las situaciones que se vayan produciendo a partir de su vigencia-, sino principalmente a la infinidad de situaciones de paso preexistentes, cuya continuidad dependía del ejercicio o no de la acción negatoria.*

*Pero como faltó en el texto legal una norma expresa sobre la retroactividad, se ha desatado la polémica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Los más, con sólidos argumentos, entienden que no puede aplicarse la prescripción a las situaciones anteriores. Los menos, llevados por el afán voluntarista de solucionar el problema antes que por los meros argumentos jurídicos, pugnan por sostener el carácter retroactivo del novedoso precepto. Pero el tribunal Superior de Justicia de Galicia se ha pronunciado ya reiteradamente por la no retroactividad, y el asunto puede considerarse “cosa juzgada”.*

*Y ahora se recrudecen los esfuerzos por buscarle solución, por dar con la fórmula jurídica que impida el éxito de la temible acción negatoria -con la consiguiente acción de imposición forzosa, tan incómoda y farragosa a veces-, y consolide así tantas y tantas situaciones de paso que, en la realidad social y al margen de los preceptos jurídicos, en*

*modo alguno merecen el calificativo de abusivas o de simplemente toleradas. Antes al contrario, existen porque son necesarias para los predios y en esa necesidad han tenido su origen.*

*Tras haberme enfrentado numerosas veces, en el ejercicio de mi profesión de Abogado, con la servidumbre de paso -algunas anécdotas interesantes podría contar-, tuve la convicción de que existe un camino no difícil para defender que la gran mayoría de los servicios son verdaderas servidumbres, con "título" por tanto. Y ello, en síntesis, porque toda finca enclavada es producto de la división o parcelación de una finca matriz (las excepciones son muy raras, como el supuesto de la "insula in flumine nata"), y por ese mismo hecho de la división y aislamiento, nació a su favor, automáticamente, el derecho de servidumbre de paso para sus necesidades.*

*Tuve ocasión de exponer este punto de vista en una Comunicación inédita que presenté al II Congreso de Derecho Gallego, en 1985. (Creo que los trabajos de ese Congreso no fueron editados). Ahora me limito a reproducirla aquí tal como entonces la redacté, pues entiendo que sigue siendo válida sin modificaciones. Y solo me queda expresar el deseo de que sirva para abrir un camino, que con las aportaciones de otros juristas más cualificados, sin tener que acudir al para mí innecesario remedio de la prescripción, conduzca a la solución del tema; es decir, deje establecido que los servicios de paso de fincas enclavadas son, normalmente, servidumbres de paso, frente a las cuales no debe, en consecuencia, prosperar la acción negatoria de servidumbre.*

## LA ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO

### Introducción.

En Galicia, a causa de la peculiar atomización de las fincas, es problema primordial, desde el punto de vista del Derecho, el de la servidumbre de paso.

No parece exagerado decir que los pleitos sobre acción negatoria de servidumbre de paso y, por consecuencia, sobre acción de constitución forzosa de tal servidumbre, son una de las plagas que más castiga al sufrido campo gallego.

En virtud de la aplicación rutinaria de los artículos 539 y 540 del Código Civil -a cuyo tenor servidumbres como la de paso no pueden adquirirse más que por título y la falta de título constitutivo únicamente puede suplirse por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por sentencia firme de constitución- las acciones negatorias prosperan con suma facilidad. Y por ello siguen siendo frecuentes los litigios de esta clase y las fincas que quedan inutilizadas, salvo que el dueño tenga luego el ánimo de acudir a la constitución forzosa. Para lo cual, en la mayoría de los casos, al ser discutible el punto menos perjudicial y, en lo conciliable, menos distante a camino público (art. 565 C. civil), habrá que demandar a un sinnúmero de vecinos, cuya enemistad se asegura; al tiempo que entre éstos surge también duro enfrentamiento para ver cuales de ellos logran sacudirse de encima el paso y cargarlo sobre otro.

La piscarésca, la infinidad de maniobras y argucias que surgen alrededor de estos litigios, es admirable y lamentable.

Por ello, no resulta quizás ocioso que un Congreso de Derecho Gallego preste cierta atención al problema, cuya solución no parece imposible a la luz de nuestros textos legales. Tal vez solo se necesite por parte de nuestros juristas y, principalmente, de nuestros Tribunales, una interpretación más realista y menos rutinaria de tales textos, una nueva lectura de los mismos, libre de prejuicios, para terminar con la aludida plaga.

### **El artículo 567 del Código Civil y la finca enclavada**

El artículo 567 del Código Civil, que es fundamental para el problema que nos ocupa, sienta un principio difícilmente discutible: toda finca enclavada tiene a su favor una servidumbre de paso con título.

Dice este artículo que si una finca se adquiere por venta, permuta o participación y queda enclavada entre otras del vendedor, permutante o copartícipe, estos están obligados a dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario.

Ello es tanto como decir que en todo supuesto de segregación de finca que dé lugar a una enclavada, nace para servicio de ésta un derecho de servidumbre. Esta servidumbre nace “*ex lege*”, pero no es ajena a la voluntad de las partes, que puede manifestarse expresamente y en todo caso va implícita, pues no es concebible que alguien se avenga a consentir en la adquisición de una finca que no podrá ser utilizada por no poder accederse a ella.

Servidumbre dimanante, pues, en principio, de la voluntad de los contratantes y, por tanto, de la del dueño del predio sirviente (el resto de la finca matriz), bien, repito, se exteriorice tal pacto, bien se sobrentienda. En todo caso, háyase o no explicitado, el art. 567 del Código Civil aleja cualquier duda al respecto. El pacto en contrario a que alude, no se refiere a la obligación de dar paso, que es ineludible, sino a la indemnización, que sí es negociable.

La Jurisprudencia es bien elocuente sobre este punto. De las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1873, 10 de junio de 1904, 26 de febrero de 1927, 17 de noviembre de 1930, 15 de febrero de 1958 y 7 de junio de 1958, resulta que si por un contrato que produzca una segregación queda una parcela enclavada, su adquirente tendrá derecho a servirse por encima de la finca matriz, sin que tenga que acudir al remedio del artículo 564 del Código Civil (constitución forzosa). Es de destacar la de 5 de mayo de 1873, precisamente por ser anterior al Código civil y aplicar al Derecho histórico: “la servidumbre de paso por la finca del vendedor o permutante debe sobrentenderse como una condición tácita del contrato de permuta o de venta”.

Es obvio que lo mismo cabe decir de cualquier otro supuesto de segregación que dé lugar a un enclave. Piénsese en el supuesto no ya de división de cosa común, o de adjudicación por disolución de comunidad de bienes, puesto que el artículo 567 del Código Civil contempla expresamente, además de venta y la permuta, la participación, sino en los supuestos de transmisión por título gratuito, “*inter vivos*” o de última voluntad (donación, legado) que den lugar a un enclave: que la finca donada o legada sea útil, utilizable, para el

beneficiado por la liberalidad, es algo implícito en la voluntad del que la hace y del que la acepta. Otra interpretación conduce al absurdo y, en todo caso, habría de probarse. Puede verse en tal sentido ALBALADEJO, “Derecho civil”, Tomo III, vol. 2º, pag.152, que invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 26 febrero 1927 y 15 febrero 1958.

De otra parte, difícilmente se concibe una finca enclavada que no sea producto de una división o de una serie de divisiones sucesivas. Salvo los casos excepcionales de fincas que por accidentes naturales están aisladas, toda finca enclavada lo está por consecuencia de negocios jurídicos que acarrearón segregaciones.

Por lo que respecta a Galicia, el actual fraccionamiento de la propiedad, tan característico, tuvo lugar por causas económicas y sociológicas que no son de tratar aquí, pero siempre partiendo de fincas matrices suficientemente comunicadas. Cada vez que las fincas se dividieron y subdividieron hasta el mosaico actual, antes y después de la vigencia del Código Civil, fueron naciendo, expresa o tácitamente, o “*ex lege*”, las servidumbres necesarias para las parcelas enclavadas, con arreglo a Derecho, conforme quedó expuesto.

De ahí que se imponga una primera conclusión, de pura lógica: toda finca enclavada tiene servidumbre de paso. **Donde hay enclave hay servidumbre.**

### **Los artículos 539 y 540 del Código Civil y la servidumbre de paso.**

¿Qué trascendencia tiene la conclusión anterior en un pleito sobre acción negatoria de una concreta servidumbre de paso?.

El hecho axiomático de que toda finca enclavada tiene servidumbre, no autoriza a concluir que la servidumbre concreta que se está discutiendo en un litigio, sea aquella que nació automáticamente cuando se aisló la finca.

De una parte, la prescripción no puede solucionar el problema, ya que el art. 539 el Código Civil es un obstáculo, al parecer insuperable (aunque puede verse al respecto LA CRUZ, “Usucapión de las servidumbres discontinuas y no aparentes”, en Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1958), y más en este tiempo en que ya no es posible, por razones obvias de prueba, refugiarse en la prescripción inmemorial anterior a la vigencia del Código Civil, con base en la Disposición Transitoria Primera del mismo.

De otra, el artículo 540 plantea una limitación procesal grave, un problema probatorio difícil: o se presenta el título constitutivo o solo se puede suplir con una escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o sentencia firme. Pero, todo depende de la interpretación que se de a la palabra “título” que se utiliza en este precepto. Normalmente se interpreta como “documento” en el que se formalizó el negocio jurídico que dió nacimiento a la servidumbre. No obstante, la interpretación podría ser distinta, ya que en otro caso la servidumbre ex artículo 541 -la llamada “por destinación del padre de familia”- tendría serias dificultades de prueba en muchos casos. El signo aparente no suele constar en documento alguno y, sin embargo probada por otros medios su existencia al tiempo de separarse fincas de un dueño común, se estimará la existencia de título.

De la misma manera, el supuesto del artículo 567 del Código Civil es el de una servidumbre con título. Si se prueba por otros medios distintos del documental que la finca quedó enclavada por segregación, es obvio que ha de declararse el derecho de servidumbre de paso sobre la finca matriz, sin necesidad de exigir escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente ni sentencia firme de constitución.

Si hubo segregación, sea cual sea el medio por el que se pruebe, hay título. El artículo 540 no debe ser obstáculo, como, repito, no lo será en los supuestos del artículo 541 aunque en ellos se carezca de documento sobre la separación y sobre el signo aparente.

### **La prueba de presunciones y la servidumbre de paso.**

Lo visto hasta aquí parece que permite dos conclusiones: a) que toda finca enclavada tiene a su favor servidumbre de paso con título; b) que aunque no haya título escrito, éste no es siempre preciso --así en los supuestos de los artículos 541 y 567 del Código Civil--.

Pues bien, en un litigio sobre acción negatoria, en que se discute una concreta servidumbre de paso, ¿podrá echarse mano de la prueba de presunciones (artículo 1253 del Código Civil) para demostrar que la servidumbre discutida es aquella que nació cuando se produjo el enclave?. No parece que haya obstáculo grave. Hay un hecho probado, axiomático: que esa finca tiene “*ab initio*”, desde que quedó enclavada, servidumbre de paso para sus necesidades. Se trata de demostrar otro hecho: que la servidumbre que está en discusión es ésa que nació “*ab initio*”, ésa que fue establecida cuando tuvo lugar el aislamiento, ésa que tiene título en todo caso “*ex artículo 567*”.

Si se acredita que ese paso concreto que se discute es el más lógico dada la situación de los predios, que es el más racional, que a la hora de establecer un paso para el enclave sería por allí por donde habría que establecerlo; y si junto a eso se demuestra su antigüedad, su permanencia durante años y años, la aceptación de ese hecho sin protesta por parte del dueño o dueños de los predios que lo soportan, no se ve obstáculo para la aplicación del artículo 1253 del Código Civil: entre el hecho probado (la certeza de que no hay enclave sin servidumbre) y el que se deduce (que el paso discutido es la servidumbre de ese enclave), hay un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

No se trata de dar a la permanencia del paso durante el tiempo el efecto de la usucapción, lo que prohíbe el artículo 539. Se trata de tener en cuenta y valorar esa realidad, junto con otras, no para la adquisición de una servidumbre sino para demostrar que la servidumbre preexistente es la que se discute en el litigio concreto. No se trata tampoco de sustituir la necesidad del título constitutivo por una presunción del mismo en contra del artículo 540 de Código Civil. El título existe, es un título “*ex lege*” (art. 567), y lo que se pretende es probar, por un medio de prueba tan procesal como otro cualquiera (el de presunciones del art. 1253 del Código Civil), que el objeto de ese título es el paso en discusión. Nada nuevo: muchas veces, ante un título de propiedad, hay que probar su objeto, cuya identificación es dudosa, y se consigue con la prueba de presunciones y entre ellas, los “*facta concludentia*” de las partes. Es, en definitiva, un problema de identificación de la servidumbre.

**Conclusión.**

A nadie, y menos a mí, se ocultan las dificultades de la anterior construcción.

Si el aserto “donde hay enclave, hay derecho de servidumbre de paso” parece axiomático, pues no es posible ni lógica ni jurídicamente la transmisión de un inmueble inútil por inaccesible, el problema surge a la hora de identificar esa servidumbre como la que se discute en un litigio concreto.

Las vicisitudes que a lo largo del tiempo sufren los predios, tanto en su configuración como en su utilización, o sea, en sus necesidades, pueden haber hecho modificar abusivamente no solo el lugar primitivo de aquella servidumbre sino la forma de prestarla. Modificaciones que el título inicial no amparará, puesto que nació en unas circunstancias concretas que no tienen por qué ser las actuales.

Es un problema jurisprudencial. De jurisprudencia de intereses, pues el conceptualismo puro es estéril en este caso más que en otros. Los obstáculos no son insalvables y la finalidad de la justicia del caso concreto e incluso de una solución generalizada, exigen un esfuerzo de interpretación que rompa los esquemas tradicionales, fruto más de la rutina que del verdadero sentido de las normas jurídicas. Es también seguramente un problema de sentido común.

Se dirá que entonces quedará sin aplicación el artículo 564 del Código Civil. La objeción no es fuerte: siempre habrá supuestos para acudir a la aplicación de ese artículo, que naturalmente es supletorio del 567, para los casos en que no se pueda demostrar la existencia del derecho de servidumbre ni siquiera en la forma dicha.

En todo caso, lo que pretende esta comunicación, fruto atrevido de mis limitaciones, es resaltar una inquietud y apuntar un camino. Otros más competentes podrán hacer el resto hasta acabar o mitigar esa plaga del campo gallego que es la acción negatoria de servidumbre de paso.

Cambados, treinta de abril de mil novecientos ochenta y cinco.