



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Centro de Estudios de Postgrado

Trabajo Fin de Máster

SERVIDUMBRE DE PASO

Alumno/a: Mejías Amo, Alba María

Tutor/a: Prof. D. Víctor Luís Gutiérrez Castillo
Prof. D. José Luís Marín Hortelano

Dpto: Derecho Civil

ENERO, 2018

INDICE

Abreviaturas	3
Resumen	4
Introducción	6
Antecedentes de Hecho.....	7
Cuestiones que se plantean.....	8

Consideraciones jurídicas

1.	Las servidumbres.....	9
1.1.	Concepto, naturaleza y caracteres.....	9
1.2.	Clasificación de las servidumbres.....	11
1.3.	Servidumbre de paso.....	12
1.4.	Constitución de las servidumbres.....	14
1.4.1.	Constitución por ley.....	15
1.4.2.	Constitución por voluntad de los propietarios.....	16
1.4.2.1.	El contrato como título constitutivo.....	17
1.4.2.1.1.	Principio de autonomía de la voluntad.....	19
1.4.2.1.2.	Principio de buena fe contractual.....	19
1.4.2.1.3.	Doctrina de los actos propios.....	21
1.4.2.1.4.	Clasificación contractual y regla de interpretación de los contratos.....	22
1.5.	Extinción de las servidumbres.....	23
1.6.	Derechos y obligaciones de los dueños del predio dominante y sirviente...24	
2.	Acción confesoria.....	25
2.1.	Finalidad de la acción confesoria.....	27
2.2.	Legitimación.....	28
2.2.1.	Legitimación activa.....	28
2.2.2.	Legitimación pasiva.....	29

2.3. La perturbación o perjuicio.....	30
2.4. La carga de la prueba.....	32
2.5. Plazo para ejercitar la acción.....	32
2.6. Requisitos para la prosperabilidad de la acción.....	33
 3. Fundamentos jurídicos aplicados al asunto en concreto.....	 33
 Conclusiones.....	 35
 Doctrina jurisprudencial.....	 37
 Bibliografía y webgrafía.....	 39
 ANEXO I.....	 41
 ANEXO II.....	 47

ABREVIATURAS

Art: artículo

Arts: artículos

Cc: Código Civil

CE: Constitución Española

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

PGOU: Plan General de Ordenación Urbana

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SL: Sociedad Limitada

SSTS: Sentencias Tribunal Supremo

STS: Sentencia Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

RESUMEN

El presente trabajo de fin de máster, versa sobre la interrupción o perturbación de una servidumbre de paso, que fue establecida hace dieciséis años de forma voluntaria a través de un documento privado entre las partes.

Mi mandante, el dueño del predio dominante, compró en su día una nave a la cual no podía acceder, sin embargo, la parte vendedora era usufructuaria a su vez de otra nave, a través de la cual, y como contraprestación a la compra, le dio acceso, pues era ilógico comprar una nave a la que no se podía acceder.

Concretamente, nos encontramos ante una servidumbre de paso forzosa, que se estableció de manera voluntaria, con el fin de evitar un proceso judicial, pues la finca se encuentra enclavada entre otras y sin salida a camino público, fue por ello, que, en su día, se firmó dicho contrato como anexo a la escritura de compraventa de la finca.

Sorpresivamente, tras dieciséis años, se nos niega el paso a la finca, implicando ello un gran perjuicio para mi mandante; por ello y con el fin de poner solución al conflicto, a lo largo de este trabajo, plantearemos la viabilidad del asunto, estudiando las características de las servidumbres para poder identificar exactamente ante qué figura nos encontramos, así como los efectos jurídicos que produce la formalización del contrato a través del cual se establece, y las causas que provoca su extinción, sin olvidarnos de la acción que se puede interponer ante los tribunales para la defensa de dicho derecho.

ABSTRACT

The present Master's Thesis, deals with the interruption or disturbance of a right of way that was established sixteen years ago voluntarily through a private document between the parties.

My client, the owner of the dominant property, bought in its day a shed which he could not access, nevertheless, the selling part was usufructuary at the same time of other shed, through which, and as counter consideration for the purchase, gave him access, then was not logical to purchase a shed which could not be access.

Specifically, we meet before a forced right of way, that was established voluntarily, in order to avoid a judicial process, because the property is located between others and without exit to public road, for that, in that day, the contract was signed as an annex to the deed of sale of the property.

Surprisingly, after sixteen years, denied us access to the property, implies that a great loss for my client, for that and in order to solve the conflict, throughout this dissertation, we pose the case viability, study the right of way characteristics to be able to identify exactly before which figure we are, as well as the legal effects that produces the formalization of the contract through which it is established and the reason that causes its extinction, without forgetting the action that can be interposed before the tribunal for the defense of that right.

PALABRAS CLAVE: Servidumbres, servidumbre de paso, constitución por título: contrato, acción confesoria.

KEY WORDS: easement, right of way, constitution by title, contract, confessing action.

INTRODUCCION

El Código Civil, regula de forma detallada los diversos supuestos de servidumbre y lo hace a través de sus artículos 530 a 604, siendo el primero de ellos el que ofrece una noción inicial afirmando que “es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre predio sirviente”

Posiblemente, el supuesto más claro y antiguo de servidumbre, venga representado por la necesidad de acceso a fincas rústicas que se encuentra lejanas de una vía o camino público, por lo que, a lo largo del siguiente trabajo, centraremos la atención de forma exclusiva, en las servidumbres prediales, en las cargas o gravámenes que pueden recaer sobre un bien inmueble en favor de otro, haciendo una distinción entre las voluntarias y las legales, y de igual modo ofreciendo una serie de observaciones de interés instrumental para poder desarrollar y dar conclusión al supuesto de hecho que se nos plantea.

En cuanto a las acciones judiciales, he de decir, que el Código Civil no regula ni menciona las acciones que en orden a la existencia o contenido de las servidumbres corresponden a los titulares de los predios, no obstante, la doctrina junto con la jurisprudencia, vienen recogiendo la distinción entre la acción confesoria y la acción negatoria de servidumbre.

Así, para resolver el problema en cuestión, será de aplicación la acción confesoria, pues esta tiene por objeto la declaración de la existencia de un derecho de servidumbre y la consecuente condena al demandado para que la respete, eliminando cualquier obstáculo que haya puesto a la misma, mientras que la acción negatoria, sin embargo, tiene por objeto, que se declare que el inmueble no está sometido a un derecho real de servidumbre al presumirse la propiedad libre de gravámenes mientras no se pruebe lo contrario.

Así, el presente trabajo, se centra, por tanto, en el estudio de un caso de hecho concreto, elaborando un dictamen jurídico, desde una visión práctica de los aspectos tanto sustantivos como procesales que se encuentran en el supuesto, ofreciendo el material necesario para el correcto ejercicio de la acción y para su defensa mediante comentarios, legislación, tipo de demanda y doctrina jurisprudencial que lo apoyan, con el fin de poder solventar el problema que se nos cuestiona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La mercantil URBANIZACIONES Y PROMOCIONES LLANETILLO, S.L, el día 12 de diciembre de 2001, adquirió mediante escritura de compraventa a Doña Francisca Cruz Cruz ante el Notario de Jaén D. Manuel Gimeno Gimeno la siguiente finca por la cantidad de 24.000.000 de las antiguas pesetas:

Haza de tierra en el sitio Maturra término de Jaén, con cabida de siete mil novecientos ochenta y ocho metros y treinta y seis decímetros cuadrados, la cual linda: Norte, camino que conduce a la Plaza de España, hoy camino viejo de la Guardia y casa de Antonio Portellano Moyares; Sur, con la Alberca y camino que constituye otra finca de esta testamentaria y casa de Manuel Jiménez Serrano; Este, Haza de Francisco Javier Muñoz Cano; Oeste Manuel Barrios y Emilio Martín y casas de José Velasco, María Dolores Cantero y José Roldán León.

SEGUNDO. - Sobre la misma finca se encuentra construida una NAVE con una superficie de ciento cuarenta y ocho metros cuadrados y setenta y ocho decímetros cuadrados, que linda por todos sus vientos con la finca donde está enclavada.

Dicha finca es el resto que queda después de efectuada una segregación de la misma de 2.346m², para formar parte integrante del Plan de Compensación de la UE-18 del PGOU de Jaén.

Inscripción: Tomo 1.881, libro 117, folio 170, finca número 12.369, inscripción 3ª, del Registro de la propiedad de Jaén.

TERCERO.- La citada finca se halla enclavada entre otras fincas sin acceso de paso, por tal motivo, el mismo día de la compraventa, Doña Francisca Cruz Cruz quien fue la parte vendedora, como contraprestación al cierre del acceso de la nave que acababa de adquirir nuestra representada, la mercantil Urbanizaciones y Promociones Llanetillo S.L, autorizó a Don Alejandro Alcázar Alcázar, así como a dicha mercantil, al acceso a dicha nave a través de otra, de la cual la Sra. Cruz era y es usufructuaria situada en la calle Polonio de Jaén, inscrita en el Registro de la Propiedad de Jaén finca 12.368, tomo 1881, libro 117, folio 168.

CUARTO. - Se ha venido accediendo a la nave sin ningún problema durante todos estos años, concretamente dieciséis, sin embargo y sorpresivamente y sin motivo alguno, los titulares, hoy demandados, recientemente le han negado el paso y además han cambiado la cerradura por la que se accedía al interior de su nave, por lo que resulta imposible el acceso en la actualidad a la misma.

QUINTO. - Han sido múltiples los intentos por recuperar el paso hacia la nave, llegándose incluso a requerir notarialmente a fecha 13 de septiembre del presente año, siendo éstos en vano, todo ello porque en la misma se encuentra toda la maquinaria precisa para realizar el trabajo de la mercantil y por lo tanto urge el paso a la misma, aunque la cerrazón de los demandados no tiene límites, pues ni tan siquiera contestaron al requerimiento.

CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

El tema controvertido se centra en una servidumbre de paso, alcanzada a través de un acuerdo entre las partes mediante un documento privado.

La finca de mi mandante se encuentra enclavada entre otras fincas, es por ello que no se tiene acceso por ningún otro camino, y se viene accediendo a través del mismo durante dieciséis años.

Las desavenencias surgen cuando la parte del predio sirviente niega el paso y, además, cambia la cerradura por la que se tenía acceso al inmueble resultando de esta forma imposible acceder al mismo y provocando con ello un grave perjuicio al propietario del predio dominante, al encontrarse en el interior del inmueble toda la maquinaria necesaria para poder llevar a cabo su trabajo.

Las cuestiones a resolver son las controversias citadas en los párrafos anteriores, con el objetivo de acudir a la jurisdicción ordinaria y con el fin de que se declare la existencia y restitución de una servidumbre de paso que se ha visto perturbada.

Por lo que mediante este trabajo vamos a dar respuesta a las siguientes cuestiones que se plantean:

- ¿Ante qué tipo de servidumbre nos encontramos?
- ¿Se puede establecer una servidumbre de paso legal de forma voluntaria a través de un documento privado entre las partes?
- ¿Puede constituir dicha servidumbre voluntaria aquella persona que no es propietaria de la finca sino usufructuaria de ella?
- ¿Se puede llegar a adquirir la servidumbre de paso por prescripción al llevar dieciséis años haciendo uso de este derecho?
- ¿Qué derechos y deberes ostenta mi mandante?

- ¿Qué acción cabe interponer ante los Tribunales para la defensa de la existencia de este derecho real limitativo de la propiedad?
- ¿Cuál es el Tribunal competente, el procedimiento y las personas legitimadas para ejercer la oportuna acción?

COSIDERACIONES JURÍDICAS

1. LAS SERVIDUMBRES

1.1. Concepto, naturaleza y caracteres.

La servidumbre, *SERVITUS*, es una de las instituciones jurídicas más controvertidas y apasionantes de nuestro derecho civil. Etimológicamente, “servidumbre” resulta del verbo latino *SERVIRE*, es decir, servir o prestar algún servicio consistente en un gravamen que recae en bienes inmuebles, a la vez que limita la libertad y el derecho de propiedad del predio que padece dicho gravamen y que da origen a la misma.

Las primeras servidumbres tienen su origen en el Derecho Romano, aunque no se conocía a priori la figura como una idea abstracta, sino más bien, como situaciones concretas que respondían a necesidades determinadas entre los diversos fundos rústicos, siendo con los antiguos compiladores justinianeos con los que se fue formulando un concepto más genérico de esta figura.

Actualmente, la institución de la servidumbre la encontramos regulada en el TÍTULO VII, del Código Civil denominado “De las servidumbres” concretamente en los artículos 530 a 604, siendo en el artículo 530 en el que se recoge la definición legal de esta figura “la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor esté constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente”.

No siendo fácil plantear un concepto íntegro del derecho real de servidumbre, debido a la amplitud de tipos existentes y al desconcierto del legislador de alguna servidumbre con un verdadero límite del domino, diremos, que su propia consideración como derecho real limitado, limitativo en cosa ajena y referente al subgrupo de derechos de goce, aprovechamiento o disfrute, nos consagra la esencia del derecho de servidumbre, siendo un poder parcial que el titular ostenta sobre un inmueble ajeno.

La base y condición de toda servidumbre, es la idea de una utilidad¹, un aprovechamiento o un interés, pues como se ha mencionado anteriormente, al tratarse ésta de una limitación al derecho de propiedad, solamente estaría justificada tal limitación, en la medida en que proporcione al titular de la servidumbre un beneficio o ganancia, por lo que, en consecuencia, dicho provecho o interés, es presupuesto para la constitución de la servidumbre y para su continuación, pues desaparecida dicha utilidad, la servidumbre carece de justificación y por lo tanto debe ceder temporal o definitivamente.

De igual modo, al tratarse de una limitación del derecho de propiedad, éstas no se pueden presumir, es decir, es necesario probar la existencia de la servidumbre y en aquellos casos en los que sea dudosa la existencia de un signo aparente, según los principios generales del Derecho y la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se favorecerá dentro de lo posible el interés del predio sirviente por la concordancia con la presunción de libertad de los fundos.

Por otra parte, y en cuanto a las características de las servidumbres, pueden estructurarse en los siguientes: A) Es un derecho real, que al tratarse de un derecho subjetivo implica, no ya una relación existente entre inmuebles sino también entre personas, siendo innato a dicho carácter las notas de inmediatividad, absolutividad y de eficacia erga omnes; B) Es un derecho real que recae sobre cosa ajena, pues no puede existir un derecho de servidumbre que recaiga sobre cosa propia; C) Es una abolición al régimen normal de la propiedad, al tratarse de un derecho real limitativo del dominio implica que la misma no se pueda presumir, sino todo lo contrario, ha de hacerse de manera restrictiva y favoreciendo al predio sirviente, pues la propiedad se presume siempre libre salvo prueba en contrario; D) Una vez constituida una servidumbre en beneficio de un inmueble o de una persona, se hace inherente a dicho fundo o persona siendo imposible su transmisión o enajenación de forma separada al inmueble al que pertenece; y E) Las servidumbres son indivisibles, no pueden adquirirse ni perderse parcialmente y del mismo modo señalaremos que una servidumbre no puede gravarse con otra, es decir, una servidumbre sobre servidumbre es imposible.

¹ STS 205/2016 de 5 de abril: “El derecho real de servidumbre tiene dos notas esenciales (entre otras), el ser utiliter y el ejercerse civiliter. En cuanto a la primera: la utilidad justifica el contenido y la propia existencia de servidumbre; ésta debe prestar una utilidad sirviendo un interés del predio dominante por lo que el gravamen que implica no puede ser más amplio que la utilidad que proporciona. En cuanto a la segunda: el ejercicio del derecho de servidumbre debe ser adecuado al interés, en el sentido de que no caben servidumbres generales o universales, sino que el contenido debe quedar especificado”

Para todas estas características comentadas, existe una serie de locuciones latinas interesantes a las que hacer mención, así entre otras²:

- *Nemine res sua servit iure servitutis*: no puede existir un derecho de servidumbre que se instituya sobre cosa propia. (art. 530 Cc).
- *Servitus est civiliter exercenda*: la servidumbre debe ejercitarse de forma respetuosa y con consideración. (art. 543 Cc).
- *Servitus in faciendo consistere nequit*: las servidumbres no consisten en un hacer, sino en que el dueño del predio sirviente tolere una actividad o se abstenga de realizar otra que sería lícita de no existir la servidumbre.
- *Servitus pars fundi videtur*: la servidumbre es inherente del fundo “inseparabilidad de fundo”. (art. 534 Cc).
- *Servitus per partes adquiri non potest*: la servidumbre no puede adquirirse por partes.
- *Servitus praedio utilis esse debet*: la servidumbre debe ser útil al predio.
- *Servitutes dividi non possunt*: las servidumbres son indivisibles.
- *Servitus esse non potest*: servidumbre sobre servidumbre es imposible.
- *Servitutum numerus non est clausus*: las servidumbres no son un catálogo cerrado.

1.2. Clasificación de las servidumbres.

Las servidumbres responden a la siguiente clasificación: **A) Reales o prediales y personales**³, el artículo 530 Cc define las servidumbres reales como aquellas que se constituyen en beneficio de un inmueble, diferenciándolas de las personales en el art. 531 del mismo código, al establecer, que se constituyen no en beneficio de un fundo, sino en beneficio de una o varias personas, e incluso de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada. **B) Continuas y Discontinuas**, en las servidumbres discontinuas, el goce o utilidad requiere indiscutiblemente un despliegue de la actividad del hombre, y, sin embargo, en las continuas el goce se recibe del predio sirviente sin que se produzca ningún acto humano. (art. 532 Cc). **C) Legales y voluntarias**, las

² Domínguez Moya, O. (2010) “*Las acciones confesoria y negatoria de servidumbre*”. Pág. 36-38.

³SAP Cádiz de 19 diciembre 2016 “La servidumbre personal supone la atribución a una persona de cualquier utilidad que un predio sea susceptible de proporcionar. El beneficio que del gravamen se obtiene se establece directamente en favor de una o varias personas, de modo que este beneficio sustituye a la idea de entablar una relación entre predios y sin propósito de generar un derecho o titularidad del derecho ob rem a favor de cualquier eventual titular ulterior de los predios y por ende con carácter permanente.”

servidumbres legales son aquellas susceptibles de constituirse por disposición legal y, por lo tanto, aunque se oponga a ello el dueño del fundo destinado a sufrirlas; por contrario, las servidumbres voluntarias son aquellas que se establecen por la voluntad de las partes, sin que exista por ley la obligación de constituir las. (art. 536 Cc). **D) Aparentes y no aparentes**, establecidas en el artículo 532 Cc, refiriéndose a las servidumbres aparentes, como aquellas que se anuncian y están a la vista por signos exteriores que revelan su uso, y a las no aparentes, como aquellas que no presentan indicio alguno exterior de su existencia. Un ejemplo de servidumbre aparente sería la servidumbre de acueducto y uno claro de no aparente, la servidumbre de paso, aunque en algunos casos podría aparentar su existencia por determinados signos exteriores. **E) Positivas y negativas**, el art 533 Cc establece, que se llama positiva, aquella que impone al dueño del fundo sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa, la que prohíbe al dueño del fundo sirviente hacer algo que sería lícito sin la servidumbre; por lo que las servidumbres positivas se denominan *servitutes in patiando* y las negativas *servitutes in non faciendo*.

Ante los hechos que nos ocupan y basándonos en la normativa, puedo decir, que nos encontramos ante una servidumbre real que se constituye en beneficio de un inmueble, discontinua al requerir el goce o utilidad de la misma, indiscutiblemente un despliegue de la actividad del hombre, legal al establecerse en el art. 564 del Código Civil que “El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.”, no aparente al no presentar indicio alguno exterior de su existencia y positiva ya que impone al dueño del fundo sirviente la obligación de dejar pasar a mi mandante a través de su nave.

1.3. Servidumbre de Paso

En cuanto al carácter histórico⁴ de las servidumbres de paso, diremos, que ya en el Derecho Romano, representado por el Digesto, las Instituciones de Gayo y las Instituciones de Justiniano, se admitía en sus diferentes modalidades, la servidumbre de paso constituida de forma voluntaria pero no la servidumbre de paso de carácter forzoso, salvo el paso *AD SEPULCRUM*.⁵ que se recogía en el Digesto.

⁴FERNÁNDEZ DOMINGO. J.I, (2013) *Orígenes medievales del derecho civil. El universo de las formas. Lo jurídico y lo metajurídico*. Pág.189

⁵ *AD SEPULCRUM*: Son los caminos destinados para la conducción de los cadáveres a la última morada.

Conforme al artículo 532 Cc, sólo puede adquirirse en virtud de título, y a falta de éste se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por sentencia firme, admitiéndose excepcionalmente la adquisición por prescripción inmemorial, si los hechos que dieron origen a la servidumbre discontinua ocurrieron antes de la promulgación del Código Civil.

La servidumbre de paso, se considera generalmente, una servidumbre real, discontinua, aparente, positiva y de carácter legal y a tal efecto encontramos regulado en el artículo 564 Cc que el propietario de una finca enclavada entre otras ajenas, sin que la misma tenga salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización; por lo que entendemos que la servidumbre de paso de carácter forzoso estriba en la facultad de invadir un fundo ajeno para salir a camino público.

Así, dicho artículo citado anteriormente, exige para la constitución de la servidumbre forzosa de paso los siguientes requisitos:

1. Una finca enclavada entre otras fincas, para ello se requiere que exista interclusión tanto material como jurídica y que las fincas colindantes sean ajenas, es decir, debe estar rodeada por otras fincas y sin posibilidad de paso a través de finca propia.
2. Que no tenga salida a camino público.
3. Que se abone la indemnización correspondiente

Por otra parte, en cuanto a la clasificación de las servidumbres de paso existentes en nuestro ordenamiento podemos apreciar tres tipos:

- La servidumbre de paso con carácter permanente (arts. 564 a 568 Cc).
- La servidumbre de paso con carácter transitorio (art. 569 Cc).
- La servidumbre de paso para ganados (art. 570 Cc).

Centrándonos en las servidumbres de paso con carácter permanente y en el art 564 al que he aludido anteriormente, exactamente en cuanto a la indemnización que ha de abonar el propietario del predio dominante, he de señalar, que ha de prevalecer la indemnización que convengan en todo caso las partes, pero, si atendemos al artículo 567 del mismo texto normativo, encontramos, que habiéndose adquirido un predio por venta, permuta o cualquier otro título, si el mismo quedara enclavado entre alguno del

transmitente, éste está obligado a constituir una servidumbre de paso sobre sus predios sin indemnización, salvo que se pactara lo contrario.

1.4. La Constitución de las Servidumbres

En lo referente a la constitución de las servidumbres, encontramos que estas se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios denominándose aquellas legales y éstas voluntarias, así se deduce del artículo 536 Cc; Sin embargo, en el art 541 Cc vemos otras formas de constitución intermedias, como son la usucapión, la prescripción, la existencia de signo aparente y la constitución por destino del padre de familia.

Cuando se constituye una servidumbre, no se dispone de la finca gravada, pues no se enajena su propiedad, sino que lo que se transmite es una facultad de uso limitado o parcial de la cosa. Por lo tanto, habremos de ampliar la legitimación, no tanto con respecto a titulares de derechos reales que otorguen la facultad de enajenar la finca, cuanto en relación a aquellos que tengan atribuida la facultad de uso de la finca y puedan disponer de ella; es decir, tendrán que tenerla atribuida en medida tal que incluya el contenido de la servidumbre que, normalmente, consistirá en una facultad de uso limitado y parcial de la finca. Así, por ejemplo, el usufructuario puede disponer en principio, de su derecho de usufructo y, en consecuencia, de la facultad de uso que tiene sobre la finca. Se suele considerar mayoritariamente que los que se encuentren en esas condiciones pueden gravar la que será finca sirviente con una servidumbre.⁶

Así, el Código Civil recoge, un gran campo de acción a la autonomía privada en la constitución de servidumbres y por lo tanto un ilimitado número de servidumbres posibles. Pero no todas las formas o modos de constitución son aplicables a todas las clases de servidumbres, y ello porque las servidumbres continuas y aparentes solamente se pueden adquirir en virtud de título o por la prescripción de veinte años, mientras que las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud del título y a falta de éste, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, por una existencia de un signo aparente o por destino del padre de familia (art. 540 Cc).

⁶ REBOLLEDO VARELA, A.L (2002) *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 146. También LACRUZ BERDEJO Y LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil III, Derechos reales*, vol. 2º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, edit. Barcelona, P. 76, admite abiertamente esta posibilidad diciendo que: cada titular real del fundo (usufructuario, propietario, enfiteuta) podrá comunicar a título de servidumbre las facultades que tiene sobre la finca.

Por ello, al versar este caso sobre una servidumbre discontinua sólo podrá adquirirse en virtud de título o por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente pero nunca por prescripción, por lo que, aunque sean dieciséis los años que nuestro mandante ha hecho uso de este derecho, ello no será suficiente para adquirirlo, sino que tendrá que acreditar la existencia del título acreditativo en el que se establece la servidumbre en cuestión y probar con ello su existencia.

Por lo que, en el presente trabajo, estudiaremos básicamente las dos formas de constitución que nos encontramos en el artículo 536 del tantas veces mencionado a lo largo de este trabajo Código Civil, es decir, la constitución por ley y la constitución por voluntad de los propietarios.

1.4.1. Constitución por la Ley

La Ley no crea de manera inminente la servidumbre, sino que ésta se limita a otorgar a una persona el derecho subjetivo que le autoriza para reclamar la constitución de la servidumbre, realizándose esta constitución a través de un acto jurídico, que bien puede ser un acto de la autoridad administrativa o judicial que resulte competente, o bien un acuerdo de los propios interesados.

➤ Clasificación de las servidumbres legales:

A. Las servidumbres en materias de aguas

1. Servidumbre natural de aguas.
2. Uso público de riveras.
3. Servidumbre de estribo de presa
4. Servidumbre de parada o partidor.
5. Servidumbre de acueducto.
6. Servidumbre de saca de agua y de abrevadero

B. La servidumbre de medianería.

C. La servidumbre de luces y vistas.

D. Del desagüe de los edificios.

E. Las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

F. Las servidumbres de paso.

1.4.2. Constitución por voluntad de los propietarios << el título >>.

El Código Civil, denomina a esta forma de constitución de la servidumbre por voluntad de los propietarios como “título”⁷.

Se entiende como título, el complejo negocio jurídico real determinante⁸ del nacimiento de la servidumbre y que requiere una voluntad expresa, no siendo admitido, por tanto, la adquisición por actos de mera tolerancia⁹, pues puede darse el caso, de que el propietario del predio sirviente permita de forma equívoca un acto de mera dejación o complacencia sin que exista realmente el ánimo constitutivo de la propia servidumbre.

La expresión “título” por tanto, debe ser interpretada como comprensiva de cualquier acto jurídico bien << intervivos>> (oneroso o gratuito) o << mortis causa>>, no siendo necesaria la formalización en escritura pública, pues el artículo 1280.1 Cc debe interpretarse en conexión con el artículo 1279 del mismo texto legal, en el sentido, de que se trata, de una forma a la que podrán obligarse a cumplimentar mutuamente los contratantes pero que no afecta a su validez.

Atendiendo a todo lo anterior, lo que si se requiere, es la existencia indudable de un concierto de voluntades con tal objeto, ya que de otra forma se impondrá el principio de libertad de fundo, por lo que, en el contrato donde se establezca, ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes.

No obstante, hay que tener en cuenta que la constitución de la servidumbre por título, para que produzca plenos efectos frente a terceras personas ajenas a dicho negocio jurídico, ha de constar inscrita en el Registro de la Propiedad¹⁰ pero, sin embargo, desde antaño, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que para que las servidumbres sean eficientes frente a terceros no es necesaria su inscripción, cuando por

⁷ Así, desde antaño, el Tribunal Supremo en sentencias como la de 30 de abril de 1993 expone que “Sabido es que la servidumbre de paso, al gozar de carácter de discontinua, solo puede adquirirse a virtud de título y a falta del mismo, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó por una sentencia firme. Respecto a la primera vía, la doctrina científica viene definiendo a este “título constitutivo”, como un complejo negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre. Se requerirá por tanto una voluntad negocial suficientemente documentada que puede manifestar tanto el carácter oneroso como gratuito, y efectuarse mediante actos “inter vivos” o “mortis causa”. Al tratarse de un derecho real sobre bienes inmuebles, puede ser inscrito en el Registro”

⁸Auto del TS 31 de mayo de 2017 “El título constitutivo de las servidumbres es un negocio jurídico-real complejo que no se presume, sino que requiere la acreditación explícita de una voluntad negocial expresa, rigiendo, en caso contrario, la presunción de la libertad del derecho de propiedad, y también que el signo externo no es título constitutivo de la servidumbre”.

⁹ SAP Granada 292/2017 de 31 de marzo: “En cualquier caso, el paso tolerado no constituye derecho de servidumbre, aunque sea dilatado en el tiempo, dado que la servidumbre de paso no se adquiere por usucapión, dado su carácter de discontinua”

¹⁰SAP Cádiz 212/2017 de 12 de Julio “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 a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, siempre que conste bien clara la voluntad de los otorgantes.”

ser notorias e indubitadas su apariencia exterior les atribuya una publicidad superior a la de la inscripción, así la STS 21 de diciembre de 1990, 11 de enero de 1895, 5 de abril de 1898, 12 de octubre de 1904 y 11 de mayo de 1927.

En este caso en cuestión, nos encontramos ante una servidumbre de paso que según el Código Civil, se establece como una servidumbre legal, y por lo tanto forzosa; no obstante, con el fin de evitar los Tribunales y como contraprestación al cierre del paso, en el contrato de compraventa, mi mandante firmó un documento privado, en el cual, se le autorizaba el acceso a dicha nave a través de otra, por lo que, nos encontramos ante un negocio jurídico << intervivos>> que se constituyó de forma gratuita como contraprestación al cierre de la nave¹¹, pues dicha nave, carecería de valor alguno al no poder acceder a la misma y por lo tanto, su uso sería ineficaz y carecería de sentido, recordando con todo ello que abonó la cantidad de 24.000.000 de las antiguas pesetas.

1.4.2.1. El Contrato como título constitutivo

Tanto las servidumbres voluntarias, las establecidas por voluntad de las partes, como las servidumbres legales, con la finalidad de sustituir al acto coactivo judicial o en su caso administrativo, suelen constituirse a menudo mediante un contrato entre las partes.

Así, en el supuesto de hecho que nos ocupa, nos encontramos ante una servidumbre forzosa que se estableció de manera voluntaria¹², como bien he expresado anteriormente, con el fin de sustituir al acto judicial que en su caso nos centraría y por tanto, dicho contrato, existe desde el momento en que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra, a dar alguna cosa o a prestar un determinado servicio¹³, en virtud de alguna causa específica.¹⁴ Por tanto, diremos que hay contrato cuando concurren los elementos esenciales del mismo: consentimiento, objeto y causa.

Como podemos comprobar en este caso, concurren todos los elementos, así encontramos, el consentimiento de ambas partes en la firma del documento que se estableció como anexo a la escritura del contrato de compraventa, teniendo por objeto el establecimiento de una servidumbre de paso a favor de mi mandante, ello porque la nave que era objeto de compra no tenía salida a camino público, lo que hacía que su

¹¹ STS 1299/2016 de 5 de abril: "no se asigna precio a la servidumbre por estar comprendida dentro del precio de venta y como una de las condiciones de la misma."

¹² SAP de Pontevedra 49/2016 de 28 de enero: "las servidumbres forzosas pueden constar en título voluntario, sin que pierdan aquella naturaleza cuando el negocio constitutivo tuvo como finalidad sustituir al acto coactivo judicial"

¹³ Arts. 1.254, 1.261, 1.273 y 1.449 Cc.

¹⁴ Arts. 1.261 y 1.274 Cc.

compra fuera inútil, pues no tiene sentido comprar un bien al que no se tiene acceso y por lo tanto, no se va a poder disfrutar del el, siendo está la causa de dicho contrato.

Las obligaciones que emanan de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y por ello deben cumplirse a tenor de los mismos (art. 1.091 Cc). Así, encontramos la regla de vinculación de las partes al contrato “*pacta sunt servanda*”, cuyo significado implica:

1. Que los contratos son fuentes de obligaciones para las partes contratantes, al igual que lo sería la ley o cualquier otra fuente de obligaciones.
2. El cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio del deudor; sí, sin embargo, del acreedor, que, sin modificarlo unilateralmente, puede renunciar o condonar.
3. Por último, es la regla de vinculación contractual del deudor la que explica que se tengan por no puestas las condiciones que hagan depender el cumplimiento del contrato de la exclusiva voluntad del obligado

El contrato puede dar origen a una relación obligatoria, y también originar la transmisión del dominio, o la constitución y transmisión de derechos reales siendo la servidumbre de paso como derecho real la que se estableció a través del mismo, pues bien, el contrato, puede tener como fin exclusivo la creación de una servidumbre, o bien ésta puede comprenderse en un negocio jurídico más amplio, dado que lo habitual es que la servidumbre se constituya para mejorar el goce de la propiedad de un fundo dominante, y como ejemplos más abundantes: compraventa, permuta, transacción, división de cosa común, o donación.¹⁵

En estos contratos, se aplicarán las reglas generales de los contratos, las particulares propias del negocio de que se trate, dentro del amplio margen que en esta materia tiene la autonomía de la voluntad, y además, todos los requerimientos institucionales que implica la derogación del régimen normal de la propiedad (la determinación volitiva indubitada de la constitución de la servidumbre, o la evidencia de su realidad objetiva, aunque las partes no le hayan dado específicamente tal nombre), y estarán siempre sometidos a interpretación estricta.

¹⁵ LÓPEZ GARCIA, A. *La constitución de las servidumbres por título*. Disponible online: <http://www.alfredogarcialopez.es>.

1.4.2.1.1. Principio de autonomía de la voluntad

Dicho principio, regulado en el artículo 1.255Cc, establece que, como regla general, las partes son libres para establecer la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, así como los términos y condiciones en que lo hacen; por ello, en un principio, el contrato no tiene por qué ajustarse al régimen legamente previsto, pues los contratantes pueden crear un régimen contractual no dispuesto en el ordenamiento, o incluso, que el régimen sea contrario al legalmente establecido en las disposiciones que tengan carácter dispositivo.

Así, el consecutivo necesario de la libertad de contratación, es la vinculación de las partes a dicho contrato, precisamente porque éste es el fruto de un consentimiento que ha sido libremente prestado, los contratantes asumen el deber de cumplir las responsabilidades que surjan del contrato, que tienen fuerza de ley entre ellas, y salvo muy pocas excepciones, tampoco pueden los contratantes librarse de las obligaciones contractuales desistiendo de forma unilateral. (arts. 1.091, 1.256 y 1.258 Cc).

La autonomía de la voluntad es, por tanto, un mandato constitucional,¹⁶ a través del cual, las partes pueden constituir sus intereses en la forma que más les convenga, sin tener la obligación de orientarlos a la satisfacción de intereses ajenos.

Gracias a tal libertad de contratación, se consigue una asignación de recursos que, al no venir impuesta por terceros, es muy eficaz y se realiza sin coste de recursos públicos.

Es más, la autonomía de la voluntad y la consiguiente vinculación al contrato, permite que las partes realicen una distribución de riesgos a través del contrato, lo que posibilita que los mismos puedan prever los costes de las decisiones posteriores.

1.4.2.1.2. El principio de buena fe contractual

De acuerdo al art. 1258 del Cc, desde el momento en que queda perfeccionado un contrato, las partes se encuentran obligadas no sólo a lo expresamente pactado en el mismo, sino a todas las consecuencias que, según la naturaleza de cada contrato, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

La aplicación práctica de esta manifestación de la buena fe, a pesar de no estar conceptualizada legalmente, ha sido inmensa, pues, la necesidad, de que las declaraciones de voluntad se interpreten con arreglo a la buena fe, se justifica, porque dicho principio, impone una regla de conducta que informa todo el trabajo de los sujetos

¹⁶ Arts. 10, 33 y 38 CE.

de derecho, incluyendo, naturalmente, sus declaraciones de voluntad. Por eso, dicho principio debe estar siempre presente en la interpretación de la voluntad.¹⁷

En materia negocial, la buena fe, alcanza una de sus expresiones más fuertes, pues se exhibe como un modelo de conducta que las partes deben seguir a lo largo de toda la vida del negocio, propagando su aplicación incluso a las etapas preparatorias o preliminares del contrato, y también, una vez concluido éste, influyendo a su vez de manera determinante en la interpretación del negocio.¹⁸

Así, se ha dicho que “la buena fe es la esencia de todo contrato. Guía su existencia en el caso en que las partes refieran expresamente a ella, y aún por sí sola, reina como principio general más allá de lo convenido por las partes. A través de este principio se orienta la preparación, interpretación, integración, ejecución y extinción del contrato.”¹⁹

Una vez celebrado el mismo, de no mediar una condición suspensiva o un plazo suspensivo, las partes deben proceder a cumplir lo pactado, deber que se les impone con el mismo rigor de una ley (esta es la *lex privata* de la que nos hablan los arts. 1091 y 1254 del Cc.).

Así, SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ han explicado, que el hecho de que el contrato obligue no sólo a lo pactado, sino también, a las consecuencias derivadas de la buena fe, supone una referencia a la “fidelidad a la palabra dada a la otra parte, el convencimiento de que cada parte actúa frente a la otra de forma leal y sin engaño, de modo que cada sujeto del contrato confía en lo que expresa o manifiesta el otro y esta mutua confianza es la que determina y explica el alcance de lo que se ha convenido”²⁰

Por todo lo anterior, diremos como conclusión que, el principio de buena fe es un principio general del derecho, que se caracteriza por regular la conducta de los sujetos de derecho, imponiéndoles la obligación de comportarse con corrección, honradez y rectitud dentro del tráfico jurídico, obligación que se extiende, no sólo a evitar el perjuicio de intereses de los sujetos con que se relacionen, sino a colaborar vivamente en la maximización de los intereses de éstos, de modo que, entre los sujetos de derecho reine una confianza basada en la recíproca lealtad.

¹⁷ FERREIRA RUBIO, D.M.: La buena fe: El principio general en el Derecho Civil, Ed. Montecorvo, 1ª edición, Madrid, 1984., pág. 298.

¹⁸ BOETSCH GILLET, C.: La buena fe contractual, Ed. Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago de Chile, 2011pág. 109

¹⁹ ORDOQUI CASTILLA, G.: Buena fe en los contratos, Ed. Reus, S.A., 1ª edición, Madrid, 2011, pág. 31.

²⁰ SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos, tomo II, vol. 1, Ed. Edisofer, Madrid, 2008, pág. 25

1.4.2.1.3. Doctrina de los actos propios.

La doctrina de los actos propios, conocida en latín como “venire contra factum proprium non valet”, establece la inadmisibilidad de actuar en contra de los actos propios hechos con anterioridad, es decir, prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento para limitar los derechos de otra persona, la cual, había actuado de esa manera partiendo de la buena fe de la primera.

Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo (STSS 10/07/1997, 16/02/2005, 09/03/2012, 25/02/2013, entre otras) la que afirma, que la inadmisibilidad de ir contra los actos propios, establece un límite del ejercicio del derecho subjetivo, como consecuencia del principio de buena fe, y, por ende, de la exigencia de observar un comportamiento lógico, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- Que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, modificar o extinguir, sin ninguna duda una determinada situación jurídica.
- Que entre la conducta anterior y la pretensión que se quiere conseguir exista una incompatibilidad o una contradicción.

Y es que, dicha doctrina, significa la vinculación de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar un comportamiento contradictorio.

De todo lo anterior, obtenemos, que la misma, se fundamenta en la protección de la confianza y en el principio anteriormente comentado de buena fe (art. 7.1 Cc), en definitiva, significa, que quien crea en una persona tal confianza, en una situación determinada y la induce por ello, a obrar en un determinado sentido, sobre la base de la confianza, no puede pretender que aquella situación fuera ficticia, pues los actos jurídicos lícitos realizados determinan unas consecuencias jurídicas.²¹

Este concepto, es tan extenso, que, sin duda, comprende en él las expresiones, que se encuentran contenidas en un escrito, aunque, verdaderamente, los actos propios, son actitudes del comportamiento que exteriorizan una manifestación de voluntad, que resulta vinculante por la deducción que generalmente se les otorga obrando de buena fe. No sólo las palabras dichas o escritas, sino la constante actitud de la parte puede generar confianza que deriva de su actuación, y no podemos obviar, que son dieciséis años los que mi mandante lleva haciendo uso de esa servidumbre, sin que se hubiera tenido ningún problema con los propietarios del predio sirviente, así, y basándose en la buena

²¹BUENO JIMÉNEZ, M. (2015). *La doctrina de los actos propios: aplicación y exclusión*. Disponible online: <http://noticias.juridicas.com>.

fe que aparentemente mostraba la propietaria del fundo sirviente, mi representada no mostró ningún tipo de duda a la hora de comprar la nave a la que se le niega hoy en día el acceso, viéndose actualmente, en una situación de incertidumbre y sufriendo una serie de daños en su negocio, al encontrarse dentro de la nave todo su material e instrumentaría de trabajo y no poder acceder al mismo.

1.4.2.1.4. Calificación contractual y Regla de interpretación de los contratos.

La doctrina jurisprudencial ha fijado que la cuestión de la calificación contractual es una facultad que corresponde fijar a los juzgadores, lo que constituye una labor de interpretación, en la que se atenderá al contenido real, es decir, que habrá de efectuarse de conformidad con el contenido obligacional y el protagonismo que las partes adquieren en el contrato, con prevalencia de la intención de las misma en cuanto al sentido gramatical de las palabras, al tener un carácter relevante el exacto fin jurídico que los contratantes pretendían alcanzar a través de dicho contrato.

Así, el Tribunal Supremo, de forma más ilustrativa, en la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2002, manifiesta, que la calificación de un contrato es la inclusión del mismo en tu tipo determinado, la búsqueda de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, la cual estará siempre por encima de las declaraciones y de la voluntad de las partes.

En lo referido a las reglas de interpretación contractual, que son aplicables a los supuestos de calificación contractual, el Tribunal Supremo se pronuncia estableciendo como primer criterio interpretativo a tener en cuenta, el párrafo 1º del artículo 1.281 Cc, aplicable cuando son evidentes los términos o pactos de las cláusulas sin ofrecer duda alguna y teniendo carácter supletorio la regla contenida en el párrafo 2º complementada con el art. 1.282 del mismo cuerpo normativo, de modo que la averiguación del sentido y alcance de lo pactado prevista en éste se aplicará cuando, acorde al art. 1.281 del Código Civil, las palabras usadas pareciesen contrarias a la intención de las partes.

De ello, que el Código Civil, de manera prudente, establezca en su art. 1258 que los contratos obligan, desde su perfección, no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino también a todas sus consecuencias que según su naturaleza sean conformes al uso, a la buena fe y a la Ley. Esta regla habrá de aplicarse cuando la armonía entre las palabras y

su significado, así como con el contexto relacional de las partes resulte lógica y exima y haga innecesaria otra indagación.²²

Como anexo II, se adjunta a dicho trabajo, el contrato entre ambas partes, a través del cual, se establece la servidumbre y en el que podemos comprobar, que las dos partes vinculantes acuerdan el paso a través de la nave de la Sra. Cruz , de forma inequívoca y precisa, manifestando ambos su voluntad y haciendo las declaraciones oportunas para su formalización, siendo la constitución de una servidumbre de paso a favor de mi mandante, exactamente, el fin jurídico que ambas partes querían alcanzar, es por ello, que no se entiende, la temeridad y mala fe, con la que, a día de hoy, actúa la contraparte, cuando no han contestado al requerimiento notarial que por parte de mi mandante se realizó, y no ponen fin a esta desagradable situación, que va a tener como fin, la contienda legal pertinente.

1.5. Extinción de las servidumbres.

Las causas o los modos de extinción de las servidumbres, vienen reguladas expresamente en el artículo 546 del Código Civil.

Así encontramos que las servidumbres se extinguen:

- Por consolidación de la propiedad en una misma persona, del predio dominante y del predio sirviente, esto es, si una misma persona es propietaria de dos parcelas que tienen una servidumbre la una con respecto de la otra, se considerará que esta servidumbre se extingue.
- Por la falta de uso perenne durante un plazo de veinte años, a contar desde aquel día que dejó de usarse la servidumbre discontinua o desde el día aquel en que tuvo lugar un acto contrario al uso cuando es continua. El uso de uno sólo de los comuneros bastaría para evitar la prescripción.
- Por el cambio de estado de los predios, de forma que sea absolutamente imposible el goce de la servidumbre por imposibilidad física, eso sí, la servidumbre en este caso podrá revivir si después su estado permitiera usar de ella. La excepción la encontramos aquí en el punto anterior, si han pasado ya veinte años, la misma no podrá revivir.
- Por vencimiento, es decir, por haber cumplido el plazo o la condición resolutoria legal o negocialmente impuesta.

²² FERNÁNDEZ LEÓN, O. (2010). *Acción declarativa y calificación contractual*. Disponible online: www.legaltoday.com

- Por renuncia del dueño del predio dominante, expresa o de forma tácita, siempre que la renuncia no perjudique a terceros.
- Por negocio jurídico extintivo, es decir, por convenio de redención concluido entre el dueño del predio dominante y el dueño del predio sirviente.
- Por nulidad o anulación del negocio constitutivo; por la desaparición de la necesidad que motivó a la creación de dicha servidumbre forzosa.

1.6. Derechos y obligaciones de los dueños del predio dominante y sirviente.

El dueño del predio dominante podrá:

- Exigir la constitución de la servidumbre pagando su precio o constitución.
- Exigir su inscripción en el registro²³: mediante inscripción en el predio sirviente y mediante nota marginal en el predio dominante. Para escribir una servidumbre se requiere el consentimiento de los dueños de los predios dominante y sirviente, y su cancelación requerirá igualmente de ambos consentimientos.
- Podrá realizar las obras necesarias a su costa para uso y conservación, pero de forma que no incomode ni perjudique al predio sirviente (art. 543 Cc).
- Usar todos los derechos accesorios a la servidumbre que sean necesarios para el apropiado uso de ésta. (art. 542 Cc)
- Defender el dueño del provisional predio dominante su derecho de servidumbre por medio de la acción confesoria²⁴, la cual será centro de estudio en este trabajo.

El dueño del predio sirviente podrá:

- Defender la inexistencia de la servidumbre por medio de la acción negatoria²⁵. Ésta presenta la característica procesal de que una vez que el demandante acredita la titularidad del predio, presuntamente sirviente,

²³ Resolución de la dirección general de los registros y del notariado 13/07/2007.

²⁴ STS 1024/2006 de 13 de octubre “Esta acción tiene por objeto la declaración de la existencia de un derecho de servidumbre y la condena al demandado a que la reconozca y respete, eliminando todo obstáculo que haya puesto a la misma; se parte, pues, de la declaración del derecho, el cual tiene que probar la parte demandante.”

²⁵ Acción real que corresponde al dueño de la finca libre, sobre la cual se pretende el disfrute de una servidumbre por otra persona; a través de la misma, se declara la libertad del predio, se condena al perturbador o en su caso, se condena a la indemnización por los daños y perjuicios causados, apercibiéndole para que en lo sucesivo se abstenga de perturbar el derecho del dueño con el uso de una servidumbre que no existe (art. 33 CE y 348 Cc).

Así la acción negatoria de servidumbre responde al fin jurídico de hacer efectivo el principio de libertad de dominio. SAP de Cádiz, Sección 8ª de 26.09.2006.

corresponde al contrario demostrar la existencia de dicha servidumbre en virtud de la presunción *iuris tantum*, derivada del artículo 348 Cc, que como ya comenté anteriormente, todo fundo se presume libre de cargas mientras no se demuestre lo contrario; por lo tanto, en el ejercicio de una acción negatoria de servidumbre, el dueño del predio sirviente debe probar como requisito imprescindible para la consecución de la pretensión, el título de dominio sobre el terreno o la finca por el que se niega la existencia de dicha servidumbre así lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo 390/2014 de 11 de julio.

- Modificar a su costa el uso en determinadas circunstancias, así el art. 545 del Código Civil establece que el dueño del predio sirviente no podrá menoscabar el uso de la servidumbre, aunque si por razón del lugar asignado o de la forma establecida para el uso, llegara ésta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente o le privase de hacer en él obras, podrá modificarse a su costa, ofreciendo en todo caso otro lugar o forma igualmente cómodos, de modo que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a aquellas personas que tengan derecho al uso de dicha servidumbre, así la SAP de Orense, Sección 1º, de 16 de mayo de 2007.

2. ACCIÓN CONFESORIA

El Código Civil, no regula ni hace mención, a las acciones que en orden a la existencia y contenido de las servidumbres corresponden a los titulares de los predios, sin embargo, la doctrina junto con la jurisprudencia, recogen la distinción tradicional entre la acción confesoria y la acción negatoria de servidumbre.

Como una breve pincelada, la acción confesoria de servidumbre, es aquella dirigida a conseguir del órgano jurisdiccional la declaración de la existencia de una servidumbre, estando legitimado de forma activa para su ejercicio, el propietario que desea obtener a su favor su derecho de servidumbre, al cual le corresponderá acreditar la existencia de dicho gravamen conforme a los principios en orden a la carga de la prueba que rigen nuestro sistema procesal unido al principio de la propiedad libre de gravámenes salvo prueba en contra, en este sentido la STS 603/2014, Sala de lo Civil, de 24 de Octubre.

La *ACTIO CONFESSORIA*, acción confesoria, en general, es principalmente una acción declarativa de un derecho real que limita la propiedad, es decir, es una acción

declarativa de un gravamen impuesto sobre la propiedad de la cosa ajena, que actualmente se encuentra amparada procesalmente en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 5 concretamente, al establecer que se podrá pretender de los tribunales la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, por ello, el que afirma tener este derecho limitativo de la propiedad, se encuentra en disposición de defenderlo ante los órganos jurisdiccionales a través de esta acción.

El demandante que quiera promover la acción confesoria ante los Tribunales, tendrá que acreditar que ostenta un título de adquisición del derecho real limitativo, y de igual modo, será necesario que identifique el derecho real que pretende que sea declarado existente, así como la propiedad sobre la que se encuentra constituido dicho gravamen.

Tan sólo se concede la citada acción, según reiterada jurisprudencia, (SAP de Almería de 10 de mayo de 2004, SAP de Pontevedra de 17 de marzo de 2008) cuando existe incertidumbre o discusión acerca de la realidad del derecho real, y no cuando nadie lo niega o lo discute, pues se necesita un interés por parte del demandante, en el sentido de clarificar su derecho, frente al demandado que lo niega o desconoce.

Así, tras lo anteriormente dicho, para ejercitar una acción meramente declarativa, como es en este caso la acción confesoria, se establecen los siguientes requisitos:

- a) Que exista incertidumbre o discusión en orden a la situación jurídica que defiende el actor, tan fundada que pueda temerse por su seguridad.
- b) Que el peligro sea de tal naturaleza que la declaración judicial sea la única medida para impedirlo.
- c) Que la acción sea dirigida frente a la persona que no reconoce o discute el derecho al titular.
- d) Que el titular del derecho real limitativo de la propiedad no tenga el deber de soportar tal perturbación, es decir, que dicho por parte del demandado resulte ilegítimo.
- e) Que los actos de perturbación se realicen con carácter de permanencia, ya que, de otro modo, tan sólo sería aceptable una indemnización que resarciera el perjuicio producido.

Dicha acción judicial, es a la vez una acción “declarativa” y de “restitución”, pues se da entre quienes niegan y afirman la existencia de una servidumbre, y, por tanto, declara la existencia y la situación jurídica contraria a la misma.

Sin embargo, el hecho de que se trate de una acción a la vez declarativa y de restitución, no conlleva que, en todo caso, cuando se ejercite la acción confesoria se deban de pedir las dos acciones a la vez, sino que es admisible judicialmente una acción de declaración sin exigir ninguna restitución (SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 31 octubre de 1998).

Diferente, de la acción confesoria de servidumbre, es la <<acción constitutiva de servidumbre legal de paso>> en el caso de que la finca se encuentre enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, regulada en los arts. 564 y ss. del Código civil, ya que con la acción confesoria, lo que se solicita del órgano jurisdiccional, es que se pronuncie acerca de la existencia o inexistencia del derecho y, que se imponga al demandado la obligación de respetarla, mientras que con la acción del artículo 564 Cc, lo que se solicita es que el órgano jurisdiccional cree <<ex novo>> una servidumbre; en este sentido resulta de interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2 de febrero de 2006²⁶.

2.1. Finalidad de la acción confesoria

Debo apuntar, que en general, el éxito de la acción confesoria de cualquier derecho real limitativo del dominio (como puede ser el derecho de servidumbre), implica el cese de la situación previa de inseguridad en torno a la titularidad y existencia del derecho, y este efecto, es conforme con la doctrina que entiende, que el único fin de la acción confesoria, es obtener o conseguir un pronunciamiento por parte de los tribunales propicio a la existencia del derecho en cuestión, y que guarda su naturaleza declarativa, y ello aunque la declaración vaya junto con la constitución o restitución efectiva de dicho gravamen, a la evitación de futuras violaciones o al resarcimiento de los daños y perjuicios por la perturbación ocasionada.

Como establece la doctrina jurisprudencial, en este sentido, la acción confesoria de servidumbre, es llamada así por su objetivo de hacer confesar la existencia de servidumbre, que pertenece al dueño del predio dominante contra quien perturba el ejercicio de la misma o la desconoce, particularmente el propietario del predio sirviente con la finalidad de que se reconozca o respete su existencia, perteneciendo la prueba de

²⁶ SAP Pontevedra 2 de febrero de 2006 “si la acción confesoria se dirige a obtener la declaración de existencia y la subsiguiente virtualidad práctica de una servidumbre ya constituida, razón por la cual la legitimación activa corresponde al propietario que pretende ostentar a su favor un derecho de servidumbre y la pasiva al dueño del predio pretendidamente sirviente, correspondiéndole al actor la carga de la prueba., por el contrario la acción constitutiva de una servidumbre legal, corresponde al propietario del predio enclavado y tiende a la obtención de un acto constitutivo, negocial, o en su defecto, judicial, estando pasivamente legitimados todos los propietarios de los predios colindantes al encavado y teniendo la carga de la prueba el actor”.

su existencia al demandante de la citada acción puesto que el dominio, como hemos señalado a lo largo de este trabajo, se presume libre de gravámenes mientras no se pruebe lo contrario, y por ello, en el ejercicio de la acción confesoria de servidumbre establece su finalidad tanto su declaración como su restitución, es decir, que se ponga fin a una situación de hecho contraria a la misma.

Así, y en cuanto a la finalidad de dicha acción, resulta de interés, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 603/2014 de 24 de octubre según la cual “la acción confesoria tiene por objeto el reconocimiento del derecho real y la condena al demandado a que cese la perturbación, corresponde al dueño del predio dominante, titular del derecho real de servidumbre contra quien le haya perturbado su ejercicio”

2.2. La Legitimación

2.2.1. La legitimación activa

La legitimación, en general, se configura como un conjunto de condiciones que son necesarias para poder intervenir en un proceso judicial, teniendo siempre en cuenta el derecho material que se ejercita, es decir, viene configurada por la atribución a la persona del derecho material que se discute, por su titularidad bien sea directa o indirecta, legal o convencional, mediante la cual se incorpora en el ámbito de su patrimonio la cosa o el derecho que se discute, y es por todo ello, que la legitimación es un concepto que determina la facultad de acceder a los Tribunales y las circunstancias y condiciones que permiten hacerlo, en función de la relación que se tenga con el objeto del procedimiento, por lo que en definitiva, consiste en un derecho a la jurisdicción y en la facultad de intervenir en un proceso determinado como parte activa o pasiva.

Teniendo en cuenta la capacidad del sujeto para actuar en el procedimiento como parte, en el ejercicio de la acción confesoria, en general, debe ser interpuesta por el titular del derecho real de servidumbre, siendo en condición de dueño de predio dominante.

Así, en cuanto a la legitimación activa en el ejercicio de la acción confesoria de servidumbre, y según la doctrina jurisprudencial, como por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 24 de noviembre de 2005 “corresponde la legitimación activa para su ejercicio al titular actual del inmueble, al usufructuario conforme al art 446 del Código Civil e incluso al arrendatario”,

Para finalizar, he de tener en cuenta, que en supuestos de cotitularidad, es decir, si el predio dominante está en una situación de condominio existen algunos autores como

LÓPEZ MARTINEZ²⁷ O MONTES PENADÉS, entre otros muchos, que consideran que cualquiera de los comuneros puede solicitar ante el Tribunal la tutela del mencionado derecho, siendo totalmente innecesario que todos ellos litiguen conjuntamente, por lo que la acción confesoria de servidumbre puede interponerse por uno o varios de los condueños en beneficio de toda la comunidad, siendo de esta forma innecesario un litisconsorcio activo, así, si el resultado es favorable, beneficiará a todos y si por el contrario no lo fuese, solamente perjudicará al comunero que ejercita la acción pero no a los demás. (SSTS de 27 de octubre de 1900 y 23 abril de 1970).

En este supuesto de hecho, la legitimación activa para interponer la citada acción ante los Tribunales corresponde a mi mandante, al ser el titular del derecho real de servidumbre que se discute y el titular del predio dominante.

2.2.2. Legitimación pasiva

Estaría legitimado pasivamente toda aquella persona que ocasiona un perjuicio o una perturbación en el ejercicio del derecho de servidumbre que ostenta el actor, discutiendo o no reconociendo el citado derecho, por lo que nos encontramos con un gran abanico en cuanto a las personas que pueden ser consideradas legitimadas pasivamente en el ejercicio de dicha acción confesoria de servidumbre, existiendo un elemento común entre estos, y es que, todos ellos perjudican o perturban el derecho de servidumbre del actor.

Por lo que, en un principio, están legitimados de forma pasiva quienes se opongan a dicho ejercicio (SAP de Alicante, Sección 7ª, de 4 de febrero de 2003), pudiendo ser tanto el propietario de la finca como el titular de algún derecho real como bien puede ser el usufructuario o el poseedor de la cosa.

Por otro lado, cuando por razón del objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos, todos ellos han de ser demandados como litisconsortes (artículo 12.2 LEC), así cierto sector doctrinal, ha considerado necesario demandar a todos conjuntamente, pues nadie puede ser condenado si haber sido previamente oído puesto que perjudicaría sus derechos, pero se considera, en discordancia con dicha doctrina, que solamente deberían demandarse a aquellos que verdaderamente y con su actuación niegan u obstaculizan el derecho de servidumbre del actor, de otro modo, el actor podría ser condenado en costas con respecto al resto de copropietarios que no han discutido ni perjudicado en ningún momento el derecho

²⁷ LÓPEZ MARTINEZ, J.C, (2008-2009) *Acción confesoria. Enciclopedia Jurídica la Ley*. Ed. La Ley.

citado, siendo el Tribunal quien dictaría seguramente una sentencia absolviendo a los mismos y condenando con ello en costas al actor (art. 394 LEC) con el perjuicio que ello supone.

Siguiendo con la figura del litisconsorcio pasivo necesario, la doctrina elaborada jurisprudencialmente lo ha considerado como la necesidad de llamar al proceso a todas las personas que están vinculadas con la relación jurídica de dicho derecho y por ello se verían afectadas por la sentencia que se dicte; esta necesidad constituye la exigencia del derecho de defensa, audiencia y contradicción con el fin de evitar que se pueda ser condenado sin ser oído, y como no, impedir las sentencias contradictorias.

En este caso, tras las oportunas gestiones en el Registro de la Propiedad, confirmamos que a día de hoy, la Sra Cruz era y es la usufructuaria de la finca y sus hijos son los titulares de la misma, es por ello que demandaremos a todos los cotitulares del predio sirviente y con ello se constituirá un litisconsorcio pasivo necesario, con el fin de que se ponga fin a la perturbación y de que todos ellos puedan defenderse y ser oídos, pues, entendemos, que como se ha cambiado la cerradura de la nave, todos están en posesión de la nueva llave y todos son conocedores de la situación que tras dieciséis años se ha generado, es por ello que queremos que todos se vean afectados con la sentencia que se dicte por parte del Tribunal.

2.3. La perturbación o perjuicio

En referencia a este requisito, toda persona que promueva la acción confesoria de servidumbre ante los Tribunales, ha de acreditar el título de adquisición o constitución del citado derecho real y ha de identificarlo de forma adecuada, así como el dominio o propiedad ajena sobre el que se encuentra constituido el mismo, considerando además, que sólo se concede la acción confesoria cuando exista incertidumbre, discusión o perturbación y no cuando nadie lo discute, y ello por cuanto, las acciones que son meramente declarativas, como es el caso de la acción confesoria, requieren que el ejercicio de su acción se justifique por una necesidad de protección jurídica, existiendo un interés por parte del demandante para que se clarifique su derecho frente al demandando que lo niega, siendo un elemento y por tanto un requisito esencial.

Si partimos de la base, que la perturbación es la trastornación del orden y del estado de las cosas, quien ejerza la acción confesoria de servidumbre, ha de acreditar, como requisito necesario, la existencia de dicha perturbación, puesto que el titular del derecho real limitativo de la propiedad ajena no tiene el deber de soportarla, al ser dicho acto

perturbador ilegítimo, este requisito lo encontramos en sentencias del Tribunal supremo de años atrás como la de 22 de Septiembre de 1944 y 10 de marzo de 1961.

Es más, autores como VILALTA MÉNDEZ establecen que “las acciones meramente declarativas por las que se pretende la constatación con fuerza de cosa juzgada y por medio de un fallo judicial de la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica (como ocurre con la acción confesoria de servidumbre) se admiten por la doctrina y la jurisprudencia a condición de que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, por una especial motivación determinada por el interés del actor en que se establezca con claridad su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado, concediéndose en consecuencia únicamente cuando el demandante tenga un interés legítimo en que esa relación jurídica puesta en duda o controvertida sea inmediatamente declarada y no se pueda utilizar otra acción”.²⁸

De igual modo, LÓPEZ MARTÍNEZ²⁹ establece los requisitos que la jurisprudencia impone para ejercitar una acción confesoria: a) Que exista incertidumbre en torno a la situación jurídica que propugna el actor la cual pueda llegar a temerse por su integridad; b) Que el peligro temido sea de tal naturaleza que la declaración judicial de existencia sea la única medida adecuada y posible para poder evitarlo; c) Que la acción se dirija contra la persona que, de un modo serio y solemne, discute el derecho al titular; d) Que el actor titular del derecho real limitativo de la propiedad ajena no tenga el deber de soportar la perturbación; e) Que tales actos de perturbación se lleven a cabo con cierto carácter de permanencia.

Por todo lo anterior, es un requisito esencial en el ejercicio de acción que el actor acredite la producción de una perturbación o perjuicio en el ejercicio del derecho de servidumbre y que estos actos tengan el carácter de permanente, pues si fueren esporádicos, el perjudicado podría ejercitar una reclamación por los daños ocasionados por la vía de la responsabilidad extracontractual de los arts. 1.902³⁰ y siguientes del Código Civil, así en el caso que nos ocupa, la perturbación o perjuicio que se ocasiona es de carácter permanente, puesto que, el cambio de cerradura de la nave del predio sirviente obstaculiza de forma radical el paso hacia la nave de mi mandante originando un grave perjuicio.

²⁸ VILALTA, M. MÉNDEZ: << tutela sumaria de la posesión (interdictos de retener y recobrar)>> Editorial Bosch, 2001 (pág. 15 y ss.)

²⁹ LÓPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2008-2009) *Acción confesoria*. Enciclopedia Jurídica la Ley. Editorial la Ley, Pág. 199

³⁰ Artículo 1.902 Cc “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

2.4. La carga de la prueba

El artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece que es al demandante a quien corresponde probar la certeza de los hechos que ordinariamente se desprenda, en la acción confesoria de servidumbre al dirigirse a obtener la declaración de la existencia de dicho derecho y la subsiguiente virtualidad práctica de una servidumbre ya constituida que ampara a su titular frente a las perturbaciones del dueño de la finca gravada (STS de 31 de Octubre de 1952), corresponde al actor la carga de la prueba, es decir, a mi mandante, como medio de vencer la presunción de libertad de fundo (SAP de Jaén de 13 de marzo de 2007).

Debemos recordar, previamente, que la servidumbre como derecho real es un gravamen sobre bien inmueble ajeno, por lo que su interpretación ha de ser de carácter restrictivo al ser limitativa del dominio, es por ello, por lo que en caso de duda, el Tribunal ha de pronunciarse en beneficio del predio que presuntamente es el sirviente, y al tratarse de una acción confesoria de servidumbre es la parte actora la que ha de probar el título de constitución o adquisición de la servidumbre, al ser reiterada la jurisprudencia que desde antaño indica que los simples indicios no pueden ser aptos para imponer un gravamen sobre un inmueble y así las SSTS de 2 de noviembre de 1989, de 9 de mayo de 1989, de 20 de diciembre de 1987 entre otras. En este sentido, es principio básico que el derecho de servidumbre conforma un gravamen restrictivo de los derechos de propiedad, ostentando un contenido limitativo que aminora el disfrute y valor del predio sirviente, principal motivo por el cual se aconseja que en los casos dudosos se favorezca la condición del predio sirviente por la concordancia con la presunción de libertad de los fundos al presumirse la finca libre de gravámenes.

2.5. Plazo para ejercitar la acción.

La base es, que en general, las acciones prescriben por el mero transcurso del tiempo fijado por la ley y, y en concreto, la acción confesoria de servidumbre, al tratarse de un bien inmueble se rige por el artículo 1963 del Código Civil estableciendo éste un plazo de prescripción de 30 años.

Además, teniendo en cuenta que el tiempo de prescripción, cuando no haya otra disposición especial, se empezará a contar desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969 Cc) y la misma se interrumpe, en general, por su ejercicio ante los Tribunales, por la reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el vendedor.

2.6.Requisitos para la prosperabilidad de la acción

Los requisitos fundamentales para la prosperabilidad de la acción confesoria ante los Tribunales son los siguientes³¹: a) La existencia de un derecho real de servidumbre (la persona que ejercita esta acción debe primero probar que ostenta la titularidad del citado derecho); b) La identificación de los predios dominante y sirviente , pues la falta de identificación de los citados predios, puede acarrear la desestimación por parte de los Tribunales de la demanda interpuesta, pues ya ha ocurrido en multitud de supuestos; c) La permanencia del derecho de servidumbre; d) La utilidad del predio sirviente, debiendo ser actual o potencial; e) La existencia de actos de lesión, perturbación o inquietación en el ejercicio del derecho de servidumbre (SSTS 10 de marzo de 1961 y 22 de septiembre de 1944).

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS APLICADOS AL ASUNTO EN CONCRETO

- Esta parte ostenta la capacidad procesal necesaria conforme a lo establecido en el artículo 6 de la LEC y estará representada por procurador y letrada cumpliendo lo previsto en los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- En cuanto a la legitimación, mi mandante está legitimado activamente como propietario de la finca que se encuentra enclavada entre otras, sin salida a camino público, y pasivamente se encontrarán legitimados, los titulares dominicales de la finca sirviente, los cuales impiden el paso hacia la finca dominante.
- En lo referido a la jurisdicción y competencia, será competente la jurisdicción civil, con arreglo a lo establecido en los arts. 9.2 y 21.1 de la LOPJ y es competente el Juzgado del lugar donde se encuentra la finca y el domicilio de los demandados, de conformidad con el artículo 50 de la LEC, por lo que sería el Juzgado de Primera Instancia de Jaén.
- La cuantía se fija en atención al artículo 251.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, calculada en atención a la vigésima parte del valor de los predios dominante y sirviente, siendo respectivamente los valores catastrales 15.533.63€ y 45.451.59€, y fijando una cuantía de 3.140.16€.
- El procedimiento, se sustanciará por los trámites del juicio verbal, al no superar la cuantía fijada de 6.000€ por el artículo 249.2 de la LEC.

³¹ DOMINGUEZ MOYA, O. (2010). *Las acciones confesoria y negatoria de servidumbre*.

- En cuanto al fondo del asunto, se alegará el artículo 540 del Código Civil que determina que “la falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se pueden suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por sentencia firme”.
- Finalmente, y en cuanto a las costas, es claro que el demandado no ha dado solución a la situación, a pesar de ser requerido previamente, por lo que entendemos existe temeridad y mala fe, conforme a lo dispuesto en los artículos 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONCLUSIÓN

PRIMERO.- La servidumbre, surge en el Derecho Romano, como una situación concreta que respondía a una necesidad determinada entre los distintos fundos rústicos, no obstante, con los antiguos compiladores justinianeos, se fue formulando un concepto más genérico de esta figura, encontrándose actualmente, regulada en el Código Civil de los artículos 530 a 604, siendo el primero de estos artículos el que recoge la definición legal de esta figura “ la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor esté constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente”.

SEGUNDO. - La base y condición de toda servidumbre, es la idea de una utilidad, un aprovechamiento o un interés, pues solamente estaría justificada tal limitación al derecho de propiedad, en la medida en que proporcione al titular de la servidumbre un beneficio o una ganancia.

TERCERO. - La servidumbre de paso en este caso es una servidumbre real, discontinua, legal regulada en el artículo 564 del Código Civil, no aparente y positiva; por ello, al tratarse de una servidumbre discontinua, sólo podrá adquirirse en virtud de título o por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente pero no por prescripción, así queda regulado en el artículo 540 del mismo cuerpo legal.

CUARTO. - Básicamente, se ha hecho hincapié, en dos de las formas de constitución de las servidumbres, la constitución por ley y la constitución por voluntad de los propietarios a través de un título constitutivo.

Así en este caso, la servidumbre de paso es una servidumbre legal que, con la finalidad de sustituir el acto coactivo judicial, se estableció de manera voluntaria a través de un contrato entre las partes como anexo a la escritura de compraventa de la finca.

QUINTO. - Para la constitución de una servidumbre forzosa de paso se exigen los siguientes requisitos: una finca enclavada entre otras fincas, para ello se requiere que exista interclusión tanto material como jurídica y que las fincas colindantes sean ajenas, es decir, debe estar rodeada por otras fincas y sin posibilidad de paso a través de fincas

propias; que no tenga salida a camino público y que se abone la indemnización correspondiente.

SEXTO. - Tras dieciséis años, dicho derecho de servidumbre se ha visto perturbado y se acudirá a la jurisdicción ordinaria para interponer la acción correspondiente para la defensa del mismo.

La acción que corresponde interponer ante los tribunales, es la acción confesoria, a través de la cual, se consigue la declaración de la existencia de una servidumbre y la restitución de la misma, estableciéndose los siguientes requisitos para su interposición, requisitos que se ha comprobado, que en este supuesto de hecho concreto se establecen: que exista incertidumbre o discusión en orden a la situación jurídica que defiende el actor, tan fundada que pueda temerse por su seguridad; que el peligro sea de tal naturaleza que la declaración judicial sea la única medida para impedirlo; que la acción sea dirigida frente a la persona que no reconozca el derecho al titular; que el titular del derecho real limitativo de la propiedad no tenga el deber de soportar tal perturbación, es decir, que dicho por parte del demandado resulte ilegítimo y que los actos de perturbación se realicen con carácter de permanencia.

Así, para concluir, y según todo lo anteriormente desarrollado a lo largo del dictamen, esta parte ve clara la viabilidad del caso y como anexo I adjunta la oportuna demanda a interponer.

En Baena a tres de enero de dos mil dieciocho.

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CLASIFICADA POR ORDEN
CRONOLOGICO.**

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 02/02/2006; St. nº 50/2006. Rec. 5080/2005.
Ponente: Francisco Javier Menéndez Esteban.

- SAP de Cádiz, Sección 8ª, de 26/09/2006; St. nº 356/2006. Rec 101/2006. Ponente:
Ignacio Rodríguez Bermúdez de Castro.

-SAP de Jaén, Sección 1ª, de 13/03/2007; St. nº 53/2007. Rec 41/2007. Ponente: Rafael
Morales Ortega.

- SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 17/03/2008; St. nº 158/2008. Rec 3028/2007.
Ponente: Jaime Carrera Ibarzabal.

-SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 28/01/2016; St. nº 49/2016. Rec. 780/2015.
Ponente: Manuel Almenar Belenguer.

- SAP de Málaga, Sección 4ª, de 17-11-2016; St. nº. 633/2016. Rec. 698/2014.
Ponente: Jaime Nogues García.

- SAP de Cádiz, Sección 8ª, de 19/12/2016; St. nº. 227/2016 Rec 350/2016. Ponente:
María Esther Martínez Saiz.

- SAP de Granada, Sección 4ª, de 31-03-2017; St. nº292/2017. Rec. Ponente: Juan
Francisco Ruiz-Rico Ruiz.

- SAP de Cádiz, Sección 2ª de 12-07-2017; St. nº 212/2017. Rec. 50/2017. Ponente:
Concepción Carranza Herrera.

- SAP de Málaga, Sección 4ª de 31-07-2017; St nº 1355/2017. Rec. 920/2015. Ponente:
María Isabel Gómez Bermúdez.

TRIBUNAL SUPREMO

- TS, Sala de lo Civil, de 30-04-1993; St.nº 399/1993. Rec. 2943/1990. Ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.
- TS, Sala de lo Civil, de 24-02-1997; St. nº 152/1996. Rec. 1122/1993. Ponente: Alfonso Barcala Trillo- Figueroa.
- TS, Sala de lo Civil, de 27-03-1999; St. nº 272/1999. Rec. 357/1994. Ponente: Alfonso Barcala Trillo- Figueroa.
- TS, Sala de lo Civil, de 12-07-2006; St nº 753/2006. Rec.3729/1999. Ponente: Pedro González Poveda.
- TS, Sala de lo Civil, de 19-07-2002; St nº 780/2002. Rec. 434/1997. Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández.
- TS, Sala de lo Civil, de 13-10-2006; St nº 1024/2006. Rec.92/2000. Ponente: Xavier O'callaghan Muñoz.
- TS, Sala de lo Civil, de 22-11-2007; St nº 1233/2007. Rec. 4434/2000. Ponente: Antonio Salas Carceller.
- TS, Sala de lo Civil, de 11-07-2014; St nº 390/2014. Rec 1589/2012. Ponente: Xavier O'callaghan Muñoz.
- TS, Sala de lo Civil, de 19-09-2014; St nº 357/2014. Rec. 1189/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.
- TS, Sala de lo Civil, de 24-10-2014; St nº 603/2014. Rec. 3341/2012. Ponente: Xavier O'callaghan Muñoz.
- TS, Sala de lo Civil, de 5-04-2016; St. nº 205/2016. Rec. 670/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz.

- TS, Sala de lo Civil, de 5-04-2016; St. nº 1299/2016. Rec. 670/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz.

- TS, Sala de lo Civil, de 31-05-2017; Auto. Rec. 1280/2015. Ponente: Antonio Salas Carceller.

BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

BOETSCH GILLET, C. (2011). *La buena fe contractual*, Ed. Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago de Chile.

BUENO JIMÉNEZ, M. (2015), *La doctrina de los actos propios: aplicación y exclusión*. Disponible online: <http://noticias.juridicas.com>

CORDERO LOBATO, E. (2016). *Derecho de obligaciones y contratos en general*. Ed. Tecnos.

DOMÍNGUEZ MOYA, O. (2010). *Las acciones confesoria y negatoria de servidumbre*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I, (2013) *Orígenes medievales del derecho civil. El universo de las formas. Lo jurídico y lo metajurídico*. Ed. Reus.

FERNÁNDEZ LEON, O. (2010). *Acción declarativa y calificación contractual*. Disponible online: www.legaltoday.com.

FERREIRA RUBIO, D.M. (1984) *La buena fe: El principio general en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, 1ª edición, Madrid.

GARCIA LOPEZ, A. (2016) *La constitución de las servidumbres por título*. Disponible online: <http://www.alfredogarcialopez.es>.

GUILARTE GUTIERREZ, V. (1984) *Constitución voluntaria de servidumbre en el derecho español*. Ed: Montecorvo, Madrid.

LACRUZ BERDEJO Y LUNA SERRANO, (2009) *Elementos de Derecho civil III, Derechos reales, vol. 2º, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Ed. Barcelona.

LÓPEZ MARTINEZ, J.C. (2008-2009) *Acción confesoria*. Enciclopedia Jurídica la Ley. Editorial la Ley.

ORDOQUI CASTILLA, G. (2001). *Buena fe en los contratos*, Ed. Reus, S.A., 1ª edición, Madrid.

REBOLLEDO VARELA, A.L (2002), *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor.

SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E. (2008) *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, tomo II, vol. 1, Ed. Edisofer, Madrid.

VILALTA, M. MÉNDEZ. (2001) *Tutela sumaria de la posesión (interdictos de retener y recobrar)*. Ed. Bosch.

ANEXO I
AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LOS DE JAÉN QUE POR
TURNO CORRESPONDA.

DÑA. MARIA VICTORIA ORTIZ ORTIZ, procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de **URBANIZACIONES Y PROMOCIONES LLANETILLO S.L.**, según apoderamiento “Apud Acta”, actuando bajo la dirección técnica de la Letrada Dña. Alba María Mejías Amo, del Ilustre Colegio de Abogados de Jaén, con número de colegiado 0000, ante este Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, Digo:

Que por medio del presente escrito formulo **DEMANDA de JUICIO VERBAL** contra **Dña. Francisca Cruz Cruz** con DNI 31605574- N; **Gregorio Delfa Cruz** con DNI 75019128- F; **Francisco Jesús Delfa Cruz** con DNI 75019127-N; **Carmen María Delfa Cruz** con DNI 50191256-V; **Luis María Delfa Cruz** con DNI 20224908-F todos ellos con domicilio a efectos de citaciones y notificaciones C/ Polonio nº6 de Jaén, ejercitando la ACCIÓN CONFESORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO, con base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho que seguidamente pasamos a exponer,

HECHOS

PRIMERO. - Mi mandante **URBANIZACIONES Y PROMOCIONES LLANETILLO, S.L.** el día 12 de diciembre de 2001, adquirió mediante escritura de compraventa a Dña. Francisca Cruz Cruz ante el Notario de Jaén D. Manuel Gimeno Gimeno la siguiente finca:

“Haza de tierra en el sitio Maturra término de Jaén, con cabida de siete mil novecientos ochenta y ocho metros y treinta y seis decímetros cuadrados, la cual linda: Norte, camino que conduce a la Plaza de España, hoy camino viejo de la Guardia y casa de Antonio Portellano Moyares; Sur, con la Alberca y camino que constituye otra finca de esta testamentaria y casa de Manuel Jiménez Serrano; Este, Haza de Francisco Javier Muñoz Cano; Oeste Manuel Barrios y Emilio Martín y casas de José Velasco, María Dolores Cantero y José Roldan León.

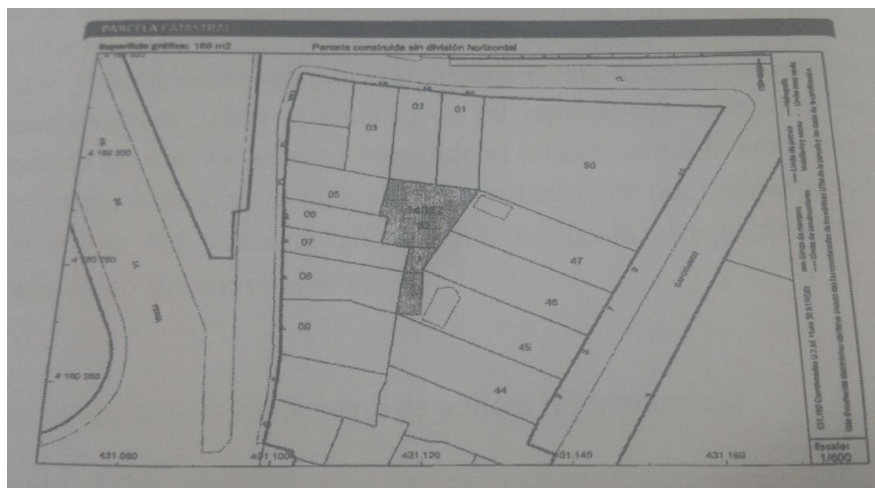
Sobre la misma finca se encuentra construida una NAVE con una superficie de ciento cuarenta y ocho metros cuadrados y setenta y ocho decímetros cuadrados, que linda por todos sus vientos con la finca donde está enclavada.

Inscripción: Tomo 1.881, libro 117, folio 170, finca número 12.369, inscripción 3ª, del Registro de la propiedad de Jaén.”

SEGUNDO. - La citada finca (nave arriba descrita) se halla enclavada entre otras fincas sin acceso de paso.

Prueba de ello es el documento firmado el mismo día 12 de diciembre de 2001, esto es hace dieciséis años, el cual se acompaña como **documento nº3**.

Para mayor claridad de los hechos, nos remitimos a la descripción de la parcela.



Tenemos que indicar que la nave de la que es titular mi representado es la que figura con el nº 52, sita en el interior de la parcela (finca 12.369), y el paso concedido en su día y por donde se ha estado accediendo ha sido a través de la finca número 7 (12.368).

Adjunto se acompaña como **documento nº5** nota simple del Registro de la Propiedad sobre la finca 12.368, sita en C/ Polonio nº8 de los de Jaén.

CUARTO. - Mi mandante ha venido accediendo a su nave sin ningún problema durante todos estos años, sin embargo y sorpresivamente y sin motivo aparente alguno, los titulares, hoy demandados, recientemente le han negado el paso y además han cambiado la cerradura por la que se accedía al interior de su nave, por lo que resulta imposible el acceso en la actualidad a la misma.

Por consiguiente, la servidumbre de paso que solicita mi mandante es la confesoria de paso por la finca 12.368, sita en C/ Polonio nº 8 de los de Jaén para acceder a la finca 12.369, tal y como se ha estado realizando, y la Sra. Cruz otorgó el día 12 de diciembre de 2001 en escritura como anexo a la venta de dicha nave, sin contraprestación económica, siendo la voluntad de las partes en el acuerdo alcanzado, pues es lógico pensar, como de hecho ocurrió, que si a mí representado no se le autorizaba de forma expresa el acceso a la nave, dicha nave carecería de cualquier valor al no poder acceder a la misma, y por tanto su uso ineficaz y carente de sentido, a cuyo efecto debemos recordar que mi representado abonó la nada despreciable cantidad de 24.000.000 de las antiguas pesetas.

QUINTO.- Han sido múltiples los intentos de mi mandante de recuperar el paso hacia la nave de su propiedad, en la cual se encuentra toda la maquinaria precisa para realizar su trabajo y almacenamiento, por lo que el perjuicio que se le está ocasionando es difícil calcular, y desde este momento procesal, expresamente hacemos reserva de cuantas acciones pudieran asistir al derecho de mi representada para su reclamación, pero la cerrazón de los demandados ha impedido el mismo, como lo demuestra el hecho de que ni tan siquiera hayan contestado al requerimiento que por conducto notarial de fecha 13 de septiembre del presente año le fue realizado. Requerimiento que adjunto se acompaña como **documento nº6**.

A los anteriores hechos, le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN. - Las partes ostentan la capacidad procesal necesaria conforme a lo establecido en el artículo 6 y ss. de la LEC, y el actor está representado por procuradora habilitada y asistida de letrada en ejercicio dando cumplimiento a lo previsto en los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. LEGITIMACIÓN. - Está legitimado activamente mi mandante como propietario de la finca enclavada entre otras que no tiene salida a camino público. Y los demandados, lo están pasivamente como titulares dominicales de la finca que impide dicho paso y que habían reconocido el derecho de paso, con anterioridad. La Sra. Cruz Cruz como usufructuaria y los hijos demandados como propietarios a partes iguales tal y como figura en las notas simples del Registro de la Propiedad ya acompañadas.

III. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. - Es competente la jurisdicción civil, con arreglo a lo establecido en los arts. 9.2 y 21.1 de la LOPJ y es competente el Juzgado al que nos dirigimos por ser el del lugar donde se encuentra la finca y el domicilio de los demandados, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV. CUANTÍA. - La cuantía de la presente *Litis* se fija en atención a lo estipulado en el art. 251.5 de la LEC en TRES MIL CIENTO CUARENTA EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS (3.140,16€), calculada en atención a la vigésima parte del valor de los predios dominante (valoración catastral 15.533,63 euros) y sirviente (valoración catastral 45.451,59euros).

V. PROCEDIMIENTO. - Se sustanciará por los trámites del juicio verbal por no superar la cuantía fijada de 6.000 EUROS por el artículo 249.2 de la LEC

VI. FONDO DEL ASUNTO. - El artículo 540 del Código Civil que determina que “la falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se pueden suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por sentencia firme.

Como se acredita más arriba en el Hecho Segundo, la Sra. Cruz otorgó el derecho de paso por la finca 12.368 para poder acceder a la finca 12.369 mediante escritura de reconocimiento el día 12 de diciembre de 2001, por lo que es claro y notorio que el titular del predio sirviente la está reconociendo.

VII. COSTAS. - Es preceptiva la condena en costas, incluso aunque se produzca allanamiento, toda vez que, en otro caso, sería un sistema fácil y abusivo esperar al proceso judicial para cumplir lo que antes le correspondía. Es claro que el demandado no ha dado solución a la situación, a pesar de ser requerido previamente, por lo que entendemos existen temeridad y mala fe, conforme a lo dispuesto en los artículos 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, se sirva admitirlo, junto con los documentos que se acompañan y copias de todo ello; a la Procuradora que suscribe en la representación que ostentan, entendiéndose con el mismo las sucesivas diligencias; tener por formulada DEMANDA DE JUICIO VERBAL CIVIL a nombre de URBANIZACIONES Y PROMOCIONES LLANETILLO. S.L. contra DÑA FRANCISCA CRUZ CRUZ, GREGORIO DELFA CRUZ, FRANCISCO JESUS DELFA CRUZ, CARMEN MARIA DELFA CRUZ, LUIS MARIA DELFA CRUZ, dicte auto admitiendo la presente demanda, dando traslado al demandado para que se persone en autos y la conteste, si así le conviniera a su derecho y, previos los demás tramites de ley, incluso el recibimiento del pleito a prueba que, desde este momento procesal, dejamos expresamente interesado, se dicte Sentencia por la que se declare el derecho de paso que ostenta nuestra representada a través de la finca de los demandados hacia la de su propiedad y se deje de perturbar dicho derecho, en concreto la servidumbre de paso a través de la finca 12.368, sita en C/ Polonio nº8 de los de Jaén para acceder a la finca 12.369 de su propiedad, y declarado lo anterior, se condene a los demandados a estar y pasar por las consecuencias legales que de tal declaración se desprenda, sirviendo la sentencia que se dicte como título necesario para su inscripción en el Registro, y todo ello con expresa imposición de costas.

PRIMER OTROSÍ DIGO que a los oportunos efectos de prueba quedan designados los siguientes archivos:

- Archivos de la Notaria Manuel Gimeno Gimeno
- Registro de la Propiedad nº1 de los de Jaén.
- Dirección General de Catastro.
- EXCMO. Ayuntamiento de Jaén.
- Y, en general cuantos afecten a la resolución de la presente Litis

SUPlico AL JUZGADO, tenga por designados los anteriores archivos a los oportunos efectos de prueba.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO que esta parte manifiesta su voluntad de subsanar los defectos en que se pudiera incurrir a los efectos de los previsto en el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SUPlico AL JUZGADO tenga por realizada la anterior manifestación a los oportunos efectos legales.

Así es de hacer en justicia que en cuanto a principal y otrosí digo solicito en Jaén a tres de enero de dos mil dieciocho.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "ALBA H. Mijangómez", with a horizontal line drawn underneath it.

ANEXO II.
CONTRATO ENTRE AMBAS PARTES POR EL QUE SE ESTABLECE LA
SERVIDUMBRE DE PASO

EN JAÉN A DOCE DE DICIEMBRE DE DOS MIL UNO

REUNIDOS

DE UNA PARTE: DÑA FRANCISCA CRUZ CRUZ, con D.N.I. 31605574- N y domicilio en calle Horno 36, Urbanización Azabar, de Jaén.

Y, DE OTRA PARTE: D. ALEJANDRO ALCÁZAR ALCÁZAR, con D.N.I. 20224987-M y domicilio en Calle Holanda, 11 bajo de Jaén.

INTERVIENEN

DOÑA FRANCISCA CRUZ CRUZ, en su propio nombre y derecho, y D. ALEJANDRO ALCÁZAR ALCÁZAR en su propio nombre y en representación de la mercantil URBANIZACIONES Y PROMOCIONES LLANETILLO S.L. con C.I.F. B23446358 y domicilio social en calle Holanda, 11 bajo de Jaén. En calidad de administrador único.

EXPONEN

I.- Que Dña. Francisca Cruz Cruz, ha vendido en el día de hoy a la mercantil Llanetillo S.L. Haza de Tierra en el sitio la Maturra, término de Jaén, sobre la que se encuentra construida una nave de una superficie de 148.78 m2, conforme a la inscripción Tomo 1881, libro 177, folio 170, finca 12369, del registro de la propiedad número uno de Jaén.

II.- Que Dña. Francisca Cruz, está construyendo una promoción de viviendas, las cuales, una vez terminadas, imposibilitará el acceso a la nave que se describe en el exponiendo primero.

Como contra-prestación al cierre del acceso de la citada nave, Dña. Francisca Cruz, autoriza a D. Alejandro Alcázar Alcázar, así como a la mercantil Urbanizaciones y Promociones Llanetillo S.l. como propietaria de la nave, al acceso por su propiedad, a través de una nave de la que la Sra. Cruz es usufructuaria, situada en la calle Polonio número 8 de Jaén, conforme a la inscripción: Tomo 1881, libro 117, folio 168, finca número 12368.

Así mismo, AUTORIZA al mantenimiento de los pasos de instalaciones existentes de electricidad, agua y saneamiento por la finca descrita.

Tanto la nave propiedad de la mercantil Llanetillo, como la nave de la que es usufructuaria Dña. Francisca Cruz, se encuentran comunicadas sin que exista obstáculo alguno para transitar por ambas naves.

En prueba de conformidad, firman el presente documento a todos los efectos en la fecha arriba indicada.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Alejandro Alcázar Alcázar', with a stylized, cursive script.

Fdo. Alejandro Alcázar Alcázar

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Francisca Cruz Cruz', with a stylized, cursive script.

Fdo. Francisca Cruz Cruz