

DR 29 943

En cuanto al tema objeto de exposición, constituye, sin ningún género de dudas, uno de los más polémicos o importantes de la parte general del derecho procesal. La crisis de la Administración de Justicia, las enormes demoras existentes, la paralización práctica de los recursos en la casación civil y, con mucho mayor incidencia, en la casación administrativa, obligan a la adopción de medidas inmediatas y drásticas. Se evidencia la necesidad de una reforma procesal íntegra y global y abandonar el sistema de reformas parciales que tratan de poner parches a un ordenamiento procesal inadecuado para nuestro tiempo.

Una de las fórmulas propuestas es la adopción desde el primer momento de medidas cautelares dirigidas a garantizar el cumplimiento de la sentencia, que haya de recaer en su día o evitar los gravísimos riesgos derivados de procesos que se demoran por más de diez años. Sin embargo, las medidas cautelares no pueden constituir el remedio unilateral y único para combatir la preocupante paralización de los asuntos. En los últimos tiempos, la potenciación de las medidas cautelares ha sido propuesta no sólo en el proceso civil, sino también en el proceso contencioso-administrativo, sobre todo a partir de las famosas resoluciones, en el caso Factor Tein, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

No obstante, cuando se trata de suspensión de actos administrativos o de normas jurídicas vinculantes, es preciso tener en cuenta el principio de autotutela que lleva consigo la ejecutividad inmediata de los actos administrativos, que diferencia radicalmente el proceso civil del administrativo y que dota al acto o a la norma de presunción de validez de la misma. La peculiaridad de este tipo de procesos se traduce también en la peculiaridad de las suspensiones cautelares de actos administrativos y normas jurídicas. La existencia de una radical igualdad de partes en el proceso civil no concurre siempre en los procesos administrativos, aún reconociendo que la jurisprudencia reciente tiende, con buen criterio y de forma elogiabile, a restringir los privilegios procesales de la administración pública.

La terminología sobre las medidas cautelares ha sido complicada por el propio legislador, ya que no utiliza denominaciones uniformes y en ocasiones utiliza conceptos ambiguos y confusos. Para el profesor Almagro Nosete, a quien seguimos en esta exposición, son medidas cautelares las que se adoptan judicialmente antes o en el curso del proceso declarativo para evitar que el estado de cosas, coetáneo al inicio de la pendencia, se altere o modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que haya de recaer o para subvenir a la regulación concreta de la situación provisional originada por aquella. Consecuentemente, las medidas cautelares se adoptan por medio de una resolución judicial que exige la previa petición de la parte interesada en la que se tome la decisión correspondiente, petición que en ocasiones, acreditadas las circunstancias de hecho, basta sin necesidad de oír a la contraparte medidas cautelares sin audito aparte y en otras se exige, sin embargo, audiencia de la contraria.

No obstante, siempre que resulte factible, el juez debe procurar la defensa de conformidad con el artículo 24 de la Constitución española y respetar el principio de contradicción procesal,

dando audiencia a la contraparte. Estas medidas son previas o simultáneas al comienzo del proceso o cabe que se adopten en el curso del mismo cuando surgen o se conocen los riesgos o peligros que justifican su adopción. En todo caso, las medidas cautelares previas al inicio del proceso, en cuanto dependientes y subordinadas al resultado de éste, como todas las medidas cautelares, se hayan sometidas cuando se adoptan a plazo de caducidad en cuanto a su validez.

Si la demanda del proceso principal no se deduce o plantea dentro del plazo expresado. En el proceso civil prohibida la autotutela y, por tanto, sujetan las partes contendientes a respetar el estatus que exista al comienzo del proceso, de manera que las situaciones posesorias, tanto en relación con las cosas como respecto al ejercicio de los derechos, goce y uso de los mismos en sentido amplio, continúan sin alteración o cambio motivado por el proceso. Las normas previenen con mayor o menor arbitrio del órgano jurisdiccional que, a fin de evitar que una parte menoscabe en perjuicio de la otra el expresado Estado antes que, por sentencia firme, se disponga la situación definitiva o con el fin de eliminar o paliar los riesgos e inconvenientes de una situación provisional prolongada que, por medio de medidas cautelares o precautoria, el Estado litigioso no degenera o perturbe los fines de la justicia que el proceso persigue.

Según se infiere de lo expuesto, la razón objetiva que explica que se regulen y adopten las medidas cautelares es el llamado por los clásicos *periculum in mora*, o riesgos derivados de la inevitable duración del proceso. Las medidas cautelares están destinadas a transformarse en actos de ejecución o en medidas definitivas dimanantes de la sentencia que recaiga, o bien a levantarse o alzarse o modificarse en el caso de que la sentencia sea absolutoria o desaparezcan también las circunstancias fácticas que la justifican. Las medidas cautelares, por tanto, son propias del proceso de declaración, puesto que en el proceso de ejecución la incertidumbre y los riesgos del Estado litigioso desaparecen, y las medidas a adoptar por el cumplimiento de la sentencia tienen ya carácter ejecutivo.

Acontece que el fundamento de las medidas cautelares no es suficiente en abstracto si no se considera razonable la pretensión principal. A veces su razonabilidad y, por lo tanto, prosperabilidad, se presume concurrente por las normas que autorizan la medida, pero en otras muchas se exige una justificación concreta y complementaria de acuerdo con el supuesto derecho normativo acreditativo de la existencia de un *Fumus Boni Juris* o apariencia de buen derecho que legitime en particular a la parte al efecto de que pueda adoptar las medidas en cuestión. Las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Factor Thame* han utilizado precisamente la técnica del *Fumus Boni Juris* o apariencia de buen derecho.

Las medidas cautelares cuyo contenido integra la justicia preventiva cautelar manifiestan el derecho que tiene el actor o promovente de un proceso a asegurar la eficacia de la sentencia que pueda dictarse mediante la adopción de medidas que sean necesarias o convenientes para salvaguardar aquella, evitando los riesgos de la duración de su obtención. En este sentido, el derecho a la justicia cautelar forma parte del más amplio derecho a la jurisdicción o derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución Española. La regulación

normativa de las medidas cautelares en el derecho español es insuficiente.

Al carecer nuestra ley de enjuiciamiento civil de una ordenación completa y sistemática de las medidas cautelares, el examen principal de las mismas resulta complicado. Se alude fundamentalmente al título 14 del libro segundo de la ley de enjuiciamiento civil, sin perjuicio de referirse a otras medidas cautelares que vienen reguladas por leyes especiales. De todas formas debe tenerse en cuenta la importancia de la ley de enjuiciamiento civil, ya que rige como supletoria de las leyes especiales.

En los minutos que nos quedan para terminar la revista vamos a ocuparnos del carácter esencial del concepto de servidumbre. Para ello contamos con la presencia del profesor de Derecho Civil, don Jesús María Álvarez Carballo, con quien vamos a charlar. ¿Es posible un concepto global de servidumbre? ¿O es necesario añadir un elemento diferenciador esencial? Oigamos cuál es la respuesta y opinión de nuestro especialista.

Buenas noches y bienvenido un día más profesor Carballo. Buenas noches Charo, y buenas noches también a todos mis oyentes. Como ya saben los muy contados usuarios de la guía de medios audiovisuales, el tema para hoy es el carácter esencial del concepto de servidumbre.

Y aquí es muy importante, a varios usos posteriores, repetir y remachar expresiones romanas en vigor aún en múltiples códigos, aunque no todos pertenezcan a nacionalidades insertas en la órbita de la cultura grecorromana, que ahora, desfigurándola, se suele llamar occidental. Así, se incluye en ella, mediante un eufemismo que suele pasar inadvertido, el nuevo orden imperial americano, de forma muy parecida a cómo rigió el mundo, cada uno en su época, o bien Roma, o bien la cultura francesa, hasta el punto de hablar algunos de la Pax Americana, para contraponerla a la Pax Romana contemporánea del nacimiento de Cristo. Si le parece bien, profesor Álvarez Carballo, vamos a centrarnos un poquito en el tema, ¿no? No, ya, seré formalito y seré concreto.

El concepto técnico de servidumbre predial de origen romano tiene unos fundamentos esenciales. Primero, requiere una situación de hecho entre dos fincas distintas, normalmente expresada en una contigüidad o una mera proximidad, o para decirlo con palabras más claras, adecuadas a la inmensa mayoría de los supuestos, aunque no a todos, son dos fincas distintas, pegadas. En donde acaba una finca, empieza precisamente la otra.

Segundo, las dos fincas han de pertenecer a dos dueños distintos, de forma absolutamente inexcusable, y si no son propiedad de dos dueños distintos, es imposible la existencia de la servidumbre, aunque se dé realmente la situación de hecho antes aludida. Tercero, la conjunción de los dos anteriores requisitos se puede transformar en un vínculo jurídico entre las dos fincas de distinto dueño, que subordina una de las fincas a la otra, por acuerdo contractual creador entre los dos propietarios de las dos fincas distintas. La finca subordinada se llama finca sirviente, y la otra finca se llama finca dominante.

Cuarto, así las cosas, es importante resaltar, constituye la subordinación y la dominación una

cualidad absolutamente inseparable de cada una de las fincas, y esta cualidad, favorable para la dominante, adversa para la sirviente, está llamada a sobrevivir, indisolublemente unida a cada una de las dos fincas, sin posibilidad de transmisión independiente de la finca a la que pertenece, en todas y cada una de las transferencias de dominio posteriores, mientras no se acumule en un mismo dueño la propiedad de las dos fincas distintas. Esta enumeración que acaba de hacer el profesor Álvarez Carballo de principios esenciales del concepto técnico de servidumbre, creo que quedaría notablemente aclarada si nos diera una definición. Efectivamente eso era lo que intentaba realizar, pero quise anticipar unas ideas para evitar la dispersión y para mantener una doble y compleja exigencia.

Por una parte la claridad y esa actitud conceptual, y por otra parte la necesidad de afrontar sistemáticamente un tema que nuestro código civil afronta con una sistemática muy inadecuada por no decir una frase más fuerte, aunque todas estas necesidades espero, no sé si acaso con exceso de optimismo, se encuentren en buena parte facilitadas por la frecuencia con que los alumnos solicitan el envío del texto escrito, susceptible de lectura reiterada y cuidadosa. Antes de dar un concepto global es preciso acotar los términos y señalar la absoluta imposibilidad de construir un concepto unitario de servidumbre válido para nuestro código civil. Por cuanto es absolutamente imprescindible, previamente, separar las servidumbres prediales de las servidumbres personales y además depurar el concepto de servidumbre de las excrecencias añadidas por nuestro código entre las que deben mencionarse.

Primero, la inclusión de la medianería entre las servidumbres, cuando en verdad es una forma de cotitularidad dominical de los artículos 571 y siguientes del código civil. Segundo, la inclusión de las limitaciones legales del dominio entre las servidumbres, artículos 589 y siguientes. Por eso, el intento de construir un concepto global de servidumbre en nuestro derecho civil actual es absolutamente imposible por dos razones muy distintas.

La primera, por cuanto pierde concreción y mordiente para pasar a ser una divagación típica del llamado derecho de profesores, absolutamente desechable e inútil. La segunda, porque las construcciones dogmáticas deben responder a algo sustancial con un fundamento real y no a la mera vanagloria del pretencioso inventor. Los conceptos tienen su propia identidad y si se quiere ser coherente, no se puede permitir nadie el lujo de llamar sombrero al zapato a no ser, asumiendo el riesgo de no ser absolutamente entendido por el oyente o el lector.

En pretensión de coherencia con cuanto hasta aquí llevo dicho, quiero afrontar las necesidades por mí creadas y, en consecuencia, estableceré un elemento diferenciador esencial y radical entre la servidumbre predial y la servidumbre personal. Dejando claramente establecido, no es suficiente hablar simplemente de servidumbre sin añadirle siempre el rasgo diferencial, servidumbre predial y servidumbre personal. A no ser incurriendo en una lamentable falta de rigor lógico o lo que un lingüista llamaría una simplificación terminológica absolutamente inadmisibles en el lenguaje científico, aunque tolerable habitualmente en el lenguaje coloquial sobre lo cual se podrían aducir infinitos ejemplos.

Pues en vista de que no nos da una definición global de servidumbre, ¿podría decirnos cuál es ese elemento diferenciador esencial entre la llamada servidumbre predial y la servidumbre personal que acaba de mencionar? El elemento diferenciador es muy fácil detectarlo. La servidumbre predial es una relación entre dos fincas, la finca dominante y la finca sirviente, originando determinadas consecuencias jurídicas por voluntad de los dos propietarios de esas dos fincas a través de un contrato constituyente del derecho real de servidumbre predial llamado a perdurar cualesquiera que sean los cambios de titularidad dominical de esas dos fincas. La servidumbre personal, aceptada por nuestro código civil y no por otros códigos civiles, carece de finca dominante, y en ella únicamente existe la finca sirviente que la padece, por virtud de un contrato constituyente de la misma, en provecho de una o más personas o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca grabada.

Profesor Álvarez Carballo, no sé si es mi cabeza que ya echa humo, pero tengo curiosidad por saber si los cuatro apartados que antes hizo son absolutamente válidos tanto para la servidumbre predial como para la servidumbre personal. Está muy bien hecha la pregunta, y no te alarmes, Charo. Yo no veo todavía el humo, y por el contrario, estás demostrando retienes mis palabras anteriores muy bien.

En las servidumbres prediales se cumplen perfectamente los cuatro requisitos antes mencionados. En las servidumbres personales solamente es posible cumplir el requisito número dos de no ser el beneficiario de la servidumbre personal propietario de la finca grabada, y el requisito número cuatro de ser una cualidad absolutamente inseparable de la finca grabada. El simple mantenimiento de esas dos notas características me hace a mí pensar en esto de acuerdo con la llamada doctrina mayoritaria o dominante, constituye motivo suficiente para mantener la existencia de la categoría dogmática de las servidumbres personales, y muy especialmente al comprobar cómo se está reactualizando modernamente la doctrina tradicional que en mi querida Compostela data del siglo XV, y así, con ocasión de ciertos acontecimientos de relevancia mundial, existe gente que no se conforma con verlos a través de la televisión, sino que quiere pasar los apuros y los agobios de estar apretujada en un balcón para verlos personalmente con sus propios ojos, y no a través de un artillugio técnico cómodamente sentada en el salón de su domicilio con un bote de Coca-Cola en la mano.

Los ejemplos podrían multiplicarse en el balcón de las casas de la Plaza Mayor de Chinchón para ver la corrida de toros, los balcones de la calle de la Estafeta Pamplonica para ver el encierro, los balcones de las casas de los canónigos en la Quintana de Vivos para ver la comitiva y adivinar la apertura o el cierre de la Puerta Santa Compostelana en el Año Santo, y las más recientes de los operadores turísticos mundiales para determinados casos reales, recientes, en Nueva York, Londres o Sevilla. Vamos a ver, profesor Álvarez Carbaño, antes ha hecho usted una referencia a su opinión discrepante del Código Civil referente a la medianería y a otros casos más. ¿Podría explicar un poco su postura? En verdad, ha sido más un inoportuno exceso verbal, fruto de la arrepentización, que una expresión deliberada y consciente, aunque deba insistir en constituir una de mis más firmes convicciones.

El tema tiene un muy profundo fundamento de carácter dogmático científico, aunque sea realmente contradictorio agredir a la dogmática desde la misma dogmática, por cuanto, si se acepta la decisión positivista de apelar a las decisiones de un texto legal, no parece demasiado congruente rechazar otras apreciaciones positivistas del mismo texto legal en cuestión. Es, precisamente por las dificultades del medio audio, por lo que, casi lamento, se me haya escapado esa frase, que, sin embargo, no deseo ahora ya retirar. De la misma forma que está limitada la autonomía de la voluntad en determinados ámbitos, así, por ejemplo, un ciudadano no puede construir un contrato de compra-venta sin precio, ya que, si tal intentara, se encontraría, o bien, realizando un contrato de donación, si el acuerdo contractual revestía los requisitos de forma necesarios para ese tipo contractual, según el objeto sobre el que recayere, o, de lo contrario, sería un contrato de compra-venta radicalmente nulo.

Aunque, en otros ámbitos, si sea verdad, puede el contratante establecer los pactos y condiciones que tenga por conveniente, aunque las agresiones a los contratos típicos, las uniones de contratos y las creaciones originales de contratos atípicos por la fusión en una unidad contractual de dos tipos contractuales distintos, sea preciso mirarlas con lupa y planteen graves problemas de interpretación de la unitaria y única voluntad contractual que ha querido ese anómalo conjunto. Esta idea se suele manifestar con mucha claridad, tanto en la doctrina civil como en la unánime jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cuando dice que los contratos son lo que son, con absoluta independencia del nombre que las partes contratantes hayan querido darles. Y, si bien yo puedo llamar compra-venta a una donación disimulada y encubierta bajo esa forma, soy muy dueño de hacerlo, pero el ordenamiento jurídico solamente me lo va a tolerar y a hacer efectivo mi deseo si se han respetado las normas formales que rigen la donación.

Y en caso de que tal supuesto no se vea cumplido, se encontrará sin haber realizado compra-venta, sin haber otorgado donación y habiendo hecho solamente el ridículo, faltando por resolver los posibles problemas originados por el inicio del cumplimiento de la torpe y torcida interpretación de la cual solamente los dos protagonistas serán responsables. Hecha esta larga advertencia preliminar, ya es posible afrontar el tema del concepto de medianería y su auténtica estructura real para después poder afrontar la construcción dogmática de la figura. Y para tratar de conseguir claridad voy a especular con un ejemplo simplificado, pero siempre apoyado en las propias disposiciones del Código Civil, exceptuando las que se refieren a la simple denominación.

Una pared medianera es una unidad constructiva indivisible de determinada altura, de determinado grosor o anchura y de cualesquiera materiales también determinados que se apoya en una mitad en finca propia y en la otra mitad en finca ajena, con lo cual está claro, no puede decirse, sea totalmente ajena la finca sobre la cual está construida la pared medianera y se incumple, por lo tanto, el requisito esencial clave para la existencia de servidumbre, la ajenidad de la finca a que alude el artículo 530 del Código Civil. Y también resulta absolutamente imposible determinar cuál de las dos fincas soportadoras de la pared medianera constituye el predio dominante y cuál el predio sirviente, no siendo válido el

argumento tautológico de manifestar es cada una de ellas a la vez dominante y sirviente. Temo, se me ha acabado el tiempo, pero pese a ello quiero aducir como argumento complementario el artículo 541 del Código Civil, respecto al cual os llamo especialmente la atención, en donde se ve claramente como es imposible la existencia de servidumbre en cosa propia y como esa misma situación, de hecho, da origen al nacimiento de la servidumbre en el momento en que se enajena la porción de la cosa propia que prestaba el servicio a la otra porción de propiedad del mismo sujeto, mediante la existencia de un signo aparente no destruido antes de la enajenación de una de las dos partes de la finca dividida en dos, cuando antes era una sola finca perteneciente a un único propietario y ahora ya son dos fincas distintas de dos propietarios distintos entre las cuales resulta evidente cuál es la finca dominante y cuál es la sirviente.

Pues con estos minutos que hemos dedicado a Civil 3 y más concretamente a ver el carácter esencial del concepto de servidumbre vamos a terminar la Revista de Derecho de este viernes. Muchísimas gracias profesor Álvarez Carballo y contamos con su presencia para el próximo y último programa. De acuerdo, muchas gracias Charo.

Buenas noches. Esto ha sido todo por este viernes en Revista de Derecho. Nos despedimos aquí de todos ustedes hasta el viernes 12 de abril.

No obstante, les recuerdo que el próximo lunes iniciaremos una programación especial que estará en la antena durante toda la Semana Santa y que esperamos sea de su interés. Ahora, si lo desean, pueden continuar en nuestra sintonía en la página web y escuchar el informativo semanal que presenta Edith Checa. Muchas gracias, como siempre, por la atención prestada.

Disfruten los días desde descanso. No olviden que el 12 de abril tienen una cita de nuevo con la Revista de Derecho. Muy buenas noches.