

DR 29 756

En quinto lugar, el recurso se fundamenta en una infracción del ordenamiento jurídico que el recurrente estima haberse cometido en la resolución. El momento en el cual dicha invocación ha de realizarse dependerá del procedimiento correspondiente al recurso de que se trate, y será en todo caso al final de dicha actividad cuando el órgano jurisdiccional encargado de decidirlo debe pronunciarse acerca de si la infracción fue, en efecto, cometida. Tal infracción puede afectar a la sentencia en su consideración formal, tanto aisladamente como por derivación de irregularidades cometidas en los actos que le preceden, si existe conexión, artículo 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, o en lo que hace a su contenido de enjuiciamiento del conflicto en cuanto determinante de la decisión sobre éste.

Si ocurre lo primero, estaremos ante los llamados vicios procesales. Si lo segundo, ante los llamados vicios de enjuiciamiento sustantivo que se derivan de una u otra hipótesis, y las consecuencias, como digo, que se derivan de una y otra hipótesis son diversas. El vicio procesal, también llamado error improcedendo, determina la nulidad de la sentencia, y en su caso, el retroceso del procedimiento al momento en el cual se cometió la falta.

En tanto que el vicio o defecto de enjuiciamiento, denominado frecuentemente error in iudicando, origina una rectificación que consiste en la sustitución de la decisión impugnada, por otra a cargo del órgano jurisdiccional al que se atribuye el conocimiento de la impugnación, y que según expresión frecuentemente utilizada en la práctica del foro, resulta más ajustada a derecho. Vamos a ver a continuación el fundamento del recurso. El recurso, frente a las resoluciones judiciales, tiene por finalidad la de proporcionar a la parte perjudicada la oportunidad de una revisión de la decisión desde el punto de vista de su adecuación al ordenamiento jurídico y la rectificación, en su caso, del posible error cometido.

Y es que, frente a lo que era característico del proceso romano clásico fundamentado en la *litis contestatia*, idea contractual que obstaculizaba la impugnabilidad de la decisión pronunciada por el *iudex*, y por contraposición a lo que ocurría en el primitivo derecho germánico, intensamente sacralizado, en el cual el conflicto o litigio era decidido de acuerdo a un determinado signo que se aceptaba como expresión del deseo de la divinidad, el proceso moderno, fundamentado no en el acuerdo sino en la autoridad del juzgador, y, por supuesto, decididamente laico, asume sin dificultad que la equivocación judicial pueda acometerse y por ello se arbitra un régimen de recursos y medios de impugnación, no sólo en defensa de la legalidad, sino sobre todo como garantía de los derechos del justiciable. Desde esta faceta de garantía, el Tribunal Constitucional se refiere al recurso como uno de los derechos que integra la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, si bien ciñe su doctrina a los recursos que para cada género de proceso resulten establecidos en el ordenamiento. En cuanto a los recursos en nuestro ordenamiento procesal, es preciso señalar que los existentes en nuestro sistema procesal son de dos tipos, devolutivos y no devolutivos, como hemos dicho anteriormente.

Son recursos no devolutivos los llamados de reposición y súplica. El primero procede contra las providencias y autos que dictan los jueces de primera instancia que no sean resolutorios de recursos de reposición ni decisorios de excepciones dilatorias e incidentes. Artículos 376 y 380 de la Ley en Juicimiento Civil.

La tramitación muy simplificada viene señalada en los artículos 378 y 379 de la Ley en Juicimiento Civil. El segundo se da contra la sentencia y autos resolutorios de incidentes que se promuevan durante la segunda instancia. La tramitación es la misma que la correspondiente al recurso de reposición.

Artículos 401 y 402 de la Ley en Juicimiento Civil. La terminología legal de estos recursos, sin duda alguna, es inapropiada. La de súplica es implorante y la de reposición por inexacta gramaticalmente.

En efecto, reponer es volver a poner o colocar a una cosa o persona en el lugar que antes tenía y reposición es la acción y el efecto de reponer. Luego, por tanto, para pedir reposición de una decisión judicial haría falta, primero, que el juzgador proveyera en un determinado sentido, segundo, que después lo hiciera en dirección contraria y tercero, que la parte interesada pidiera que el propio juzgador constituyera, colocara o volviera a poner su decisión en el lugar que tenía la primitiva resolución. Pero esto no es lo que la reposición se propone, puesto que lo que se interesa es la reforma de lo decidido.

Por tanto, ésta debe ser la denominación o debería ser la denominación genérica de cualquier recurso no devolutivo. En cuanto a los recursos devolutivos, son los de apelación y de casación. El recurso de queja, por su parte, tiene carácter devolutivo.

Si bien carece de autonomía, pues constituye una alzada ante la audiencia por no admisión del recurso de apelación o ante el asado civil del Tribunal Supremo por denegación de la remisión de los autos a dicha sala en caso de rechazo de la preparación del recurso de casación. Todos los recursos se dirigen, por ello precisamente son recursos, a la rectificación de una decisión jurisdiccional. La actividad adecuada a tal finalidad varía según el medio de impugnación de que se trate y debe ser coherente con la naturaleza de cada uno de ellos.

Por ejemplo, el trámite del recurso de reposición es jurídicamente imposible que coincida con el señalado para la apelación o para la casación. Por otra parte, un mismo tipo de recurso puede tener señalada más de una tramitación como se comprueba con la normativa de la segunda instancia del recurso de apelación que difiere según el tipo de proceso en el que la resolución apelada haya recaído. Ahora bien, dejando a un lado las variantes de índole procedimental y la problemática que las mismas puedan suscitar, importa destacar que existe una función que por imprescindible para su sostenimiento es esencial al recurso.

Me refiero a la función de crítica y discrepancia frente a la motivación de la decisión jurisdiccional recurrida, en definitiva al control del razonamiento judicial que el recurrente suscita y al tribunal que conoce el recurso lleva a cabo y cuya amplitud será mayor o menor

según el medio de impugnación de que se trate. Como se advierte al compararlo, sobre todo si se confronta la técnica de la apelación con la correspondiente a la casación, que son los dos recursos básicos del ordenamiento procesal civil. Veamos a continuación qué se entiende por recurso de apelación.

El recurso de apelación es aquel mediante el cual la parte perjudicada por una decisión jurisdiccional acude a un tribunal superior en nuestro ordenamiento jurídico, la audiencia provincial o el juzgado de primera instancia si se trata de sentencia dictada por un juez de paz para que rectifique dicha resolución en base a un nuevo examen de la cuestión controvertida. Puesto que el recurso de apelación permite un ulterior examen, este nuevo examen y a partir de él el control del razonamiento jurídico de primera instancia carece al menos en principio de limitaciones. Por tanto, caracteriza al recurso de apelación que el juez de segunda instancia se encuentra frente a la demanda en la misma situación que el juez de primera en el momento de ir a fallar.

Esto es cierto y por ello precisamente la segunda instancia se extiende tanto al *acuestio facti* como al *acuestio juris*. En rigor, el tribunal de apelación, más que comparar la sentencia recurrida con la normativa concerniente al caso, lo que ha de hacer es comparar el caso con dicha normativa y obtener la conclusión que corresponda. Si resulta que esta conclusión coincide con la decisión impugnada mediante el recurso, éste se desestima por cuanto aquella se confirma.

Si tal coincidencia no se da, prevalece el fallo de segunda instancia y se revoca la sentencia de primer grado. Naturalmente, resulta posible la estimación no total sino parcial del recurso y, consiguientemente, confirmación también parcial de la resolución recurrida. Por su parte, el recurso de casación en materia civil es aquel mediante el cual la parte perjudicada por una decisión jurisdiccional acude a la Sala Primera del Tribunal Supremo para que revise dicha decisión bien en lo que concierne a la aplicación del derecho, bien en lo relativo a la regularidad del procedimiento que le precede.

El Tribunal de Casación surge en la Francia Revolucionaria mediante decreto de 27 de noviembre y de 1 de diciembre de 1790 como órgano no jurisdiccional sino político al que se encomienda la misión de defender la legalidad frente a la injerencia de los tribunales de justicia tan frecuentes en el antiguo régimen y, concretamente, la de casar o anular, es decir, romper las sentencias que incidieran en infracción expresa del texto de la ley. Cuando ello tenía lugar, como el Tribunal de Casación ejercía una función puramente negativa, se hacía necesaria la remisión o reenvío del asunto al tribunal jurisdiccional para que éste se pronunciara con la regla derecho. Podía suceder que, de nuevo, el tribunal jurisdiccional decidiera en el mismo sentido que la resolución anulada.

Si el tercer juez de reenvío insistía en el mismo criterio, el Poder Legislativo, mediante referéndum obligatorio, interpretaba la ley en términos que habían de ser necesariamente acatados. Desde un plano sustantivo, el recurso de casación es un recurso de carácter ordinario, no

extraordinario. Para que fuera extraordinario, haría falta que se tratase de un medio de impugnación fuera del orden o regla general que tal es el significado gramatical de la expresión, lo cual no ocurre.

Es cierto que la motivación ha de ceñirse a las causas determinadas en el artículo 1.692, pero la número 4 es de tal amplitud que impide el calificativo de extraordinario. Ciertamente también que el recurso no se da contra todo tipo de resoluciones, sino solo frente a las enumeradas en el artículo 1.687. Pero las comprendidas, en el apartado 1, abren un campo tan amplio a la impugnación que tampoco, desde este punto de vista, parece aceptable el calificativo de extraordinario para el recurso de casación. Entramos en los últimos minutos de la revista.

En el tiempo que nos resta vamos a hablar con la profesora de Derecho Civil, doña Maripaz Pous, del Derecho Real de Servidumbres, refiriéndose muy especialmente a las diferentes clases de servidumbres, atendiendo a su naturaleza, contenido, por la razón de su ejercicio, por las señales de su existencia y por su origen. Buenas noches, profesora Pous. Buenas noches.

¿Es difícil dar un concepto específico de la servidumbre que diferencie ese derecho de los demás limitativos del dominio? La verdad es que sí. De hecho, el derecho romano, al menos en la época justiniana, consideró a los derechos de usufructo, uso y habitación como una de las especies del derecho real de servidumbre, dándoles la denominación de servidumbres personales. Este criterio fue aceptado por nuestras leyes de partida y en general por las escuelas jurídicas hasta que el Código Francés, repudiando dicha denominación, consideró el usufructo como un derecho real independiente.

Teóricamente, el problema de si el usufructo, uso y habitación deben o no ser considerados como servidumbres es todavía objeto de discusión, siendo de notar que los códigos alemanes de 1896 y suizo de 1907 han vuelto a acoger la tradición del derecho justiniano. Personalmente, me inclino por la nueva teoría y entiendo que hay que atribuir distinta configuración jurídica a las servidumbres y a los otros derechos. Entre otras razones, porque tienen caracteres técnicos diversos, ya que las servidumbres reales constituyen relaciones jurídicas permanentes, mientras que los otros derechos tienen carácter temporal.

El usufructo puede recaer sobre bienes inmuebles, la servidumbre siempre sobre inmuebles. El usufructo sustrae a la propiedad la totalidad del derecho de disfrute, mientras que la servidumbre solo lo limita en un sentido determinado y parcial. También porque responden a finalidades económicas diversas.

Las servidumbres están destinadas a promover la explotación de las fincas que no pueden utilizarse en su aislamiento. Por el contrario, los otros derechos tienen por fin conceder a una persona durante toda su vida un sustento, especialmente bajo la forma de renta periódica, quedando el capital por completo en poder del propietario. Y la razón más importante es que nuestro Código Civil abandona la construcción justiniana, aunque sí conserva la distinción de servidumbres reales y personales, pero dándole un nuevo sentido, el que expresa en su artículo 530 al conceptualizar la servidumbre como un gravamen impuesto sobre un inmueble en

beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

¿Cuáles son los caracteres de la servidumbre, profesora Poos? En primer lugar, diremos que la servidumbre es un derecho real. Como derecho subjetivo, supone una relación entre personas y no una relación entre fondos. En segundo lugar, el Código Civil conceptúa la servidumbre como un derecho real que recae sobre cosa ajena.

En tercer lugar, la servidumbre es un derecho real sobre cosa ajena que modifica el régimen normal de la propiedad. Es lo que algunos autores denominan utilidad de la servidumbre. En cuarto y último lugar, mencionamos el carácter de derecho real subjetivamente real de la servidumbre, que determina sus caracteres de inseparabilidad e indisibilidad.

Vamos a pasar, si le parece bien, a la clasificación de la servidumbre. Es un tema que puede ser, a lo mejor, algo complejo. Pues bien, el Código Civil Español, siguiendo el dictadiliano, prescinde en absoluto de una clasificación de las servidumbres, si bien, por razones puramente académicas, podemos utilizar la siguiente.

Por su naturaleza, distinguimos entre servidumbres prediales y servidumbres personales. Con base en los artículos 530 y 531 del Código Civil, podemos decir que son servidumbres prediales o reales las que se constituyen en beneficio de un inmueble. Son servidumbres personales aquellas que se establecen en provecho de una o más personas o de una comunidad a quienes no pertenezcan la finca grabada.

La distinción se centra en la forma de terminar el titular de la servidumbre. En las prediales será titular el que en cada momento sea propietario del fundo dominante. En las personales no hay fundo dominante y el titular es una persona o personas determinadas.

Como ejemplos de servidumbre personal destacamos el llamado derecho de balcón o de palco o el de pastos. De servidumbre predial sería un bien inmueble de cualquier clase, por ejemplo, una mina. Por su contenido, servidumbres positivas y servidumbres negativas.

Se encuentra esta distinción en el artículo 533 del Código Civil. Son positivas las servidumbres que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo. Son negativas las que prohíba al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

La distinción parte fundamentalmente de que exista o no un hecho o acto que deba de soportar el titular del predio sirviente. Es decir, se suelen dividir según que obliguen al propietario a dejar hacer algo a un tercero o a abstenerse de hacer algo. Por ejemplo, positiva sería la obligación de dejar paso al vecino.

Negativa, pues no se podría abrir ninguna ventana con vista sobre el fundo vecino en zona que de no existir la servidumbre la ley sí que las permitiría abrir. No obstante, destacamos otro ejemplo de servidumbre positiva como dejar la de instalar una ventana hueco y de servidumbre negativa la que no consiste en modificar en plazamiento y altura los elementos de una presa.

En cambio, con referencia a las servidumbres de luces y vistas, la jurisprudencia sigue distinto criterio para su calificación como positiva o negativa según que los huecos o ventanas estén abiertos o contruidos en pared propia del dominante, caso en que sería negativa, o estén abiertos en pared medianera, que sería positiva.

En este sentido, quisiera destacar la sentencia más reciente del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1988. Por razón de su ejercicio, distinguimos en continuas y discontinuas. Son continuas las servidumbres cuyo uso es o puede ser incesante sin intervención de ningún hecho del hombre.

Artículo 532.2 Son discontinuas las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre. Artículo 532.3 Por tanto, la continuidad o discontinuidad depende de si existe o no hecho del hombre. Si para obtener el aprovechamiento en que la servidumbre consiste es necesario un hecho del hombre, será discontinua.

Si no es necesario, es decir, se obtiene a través de la obra de la naturaleza, será continua. Como ejemplo, podemos destacar de servidumbre continua la servidumbre de acueducto en la que es determinante fundamental de la utilidad que provoca su uso la ley de gravedad, aun cuando el hombre haya de intervenir accidentalmente para levantarlas con puertas o elevar el agua. Quisiera igualmente destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1988.

De servidumbres discontinuas diríamos que está la servidumbre de paso o la de sacar agua. Por último, diré que poniendo en relación esta distinción entre servidumbre continua y discontinuas y la anteriormente vista entre positivas y negativas, observamos que toda servidumbre discontinua es a su vez positiva, si bien no toda servidumbre positiva es continua, pues puede suceder que lo que el dueño del predio sirviente ha de soportar sea obra de la naturaleza que redunde en beneficio del predio dominante. Por ejemplo, la servidumbre de caída de aguas del artículo 552 del Código Civil.

Por las señales de su existencia distinguimos entre aparentes y no aparentes. Son aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. Artículo 532.4 Son no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Artículo 532.5 En definitiva, se trata de que la servidumbre se manifieste por un signo que ha de tener carácter permanente y que de manera individuada revele su existencia, el uso y aprovechamiento de la misma. Este signo exterior puede encontrarse tanto en el fundo sirviente como en el dominante, dependiendo de la naturaleza de la servidumbre, pero ha de poder ser observado desde aquel, aunque sólo sea parcialmente. De servidumbre aparente podemos destacar como ejemplo, y en este sentir, al derecho aragonés, que con más razón y coincidencia con la realidad, declara en signos aparentes de servidumbres de luces y vistas los voladizos en pared propia o medianera que caigan sobre fundo ajeno.

Así está el artículo 145 de la Compilación Aragonesa. De servidumbres no aparentes, las de

pastos. Por último, por su origen distinguimos entre legales y voluntarias.

Se encuentra esta distinción en el artículo 536 del Código Civil, y son legales las servidumbres que se establecen por la ley. Son voluntarias las que se establecen por voluntad de los propietarios. El tenor literal de este artículo resulta claro, pero es incompleto.

Evidentemente, esta distinción entre servidumbres legales y voluntaria atiende más al origen de las servidumbres que a su régimen y contenido. Pero incluso respecto al origen, la afirmación legal es susceptible de matizaciones. En primer lugar, porque no todas las figuras calificadas por el Código Civil como servidumbres legales lo son en un sentido técnico.

De este modo, los artículos 549 a 593 del Código Civil regulan junto a las servidumbres legales propiamente dichas otras figuras que no son tales. Así se incluyen limitaciones de la propiedad, materia de aguas y por razón de vecindad, y la mal llamada servidumbre de medianería, que no es sino una forma especial de comunidad derivada de la contiguidad de dos fincas. Por otro lado, el Código Civil no distingue entre aquellas servidumbres legales cuya constitución no se determina directamente por la ley, sino que requiere de un acto administrativo o de una ascendencia judicial dictados a instancia por el que quiere obtenerlas.

De forma que no cae la cuenta de que, con carácter general, la ley no establece la servidumbre sino los presupuestos que legitiman para exigir su constitución. De ahí deriva que, más que servidumbres legales, habría que hablar de servidumbres forzosas, es decir, susceptibles de establecerse por imposición legal aunque se oponga a ello el dueño del predio sirviente, y servidumbres voluntarias, en el sentido de que, aunque a veces su constitución no se deba directamente a la conducta humana, su establecimiento contempla siempre la iniciativa de la conducta humana y los intereses que la misma persigue. Las servidumbres forzosas siempre son típicas y de contenido preestablecido, en cuanto que para imponerlas el legislador aprecia en cada caso una necesidad socioeconómica concreta que considera digna de tutela por ser superior al interés individual, mientras que las voluntarias son atípicas en el sentido de que su contenido se concreta diversamente según la contingencia de cada situación.

Por ejemplo, servidumbre voluntaria son las adquiridas por su capión y por destino del padre de familia, así lo regula el artículo 541 del Código Civil. Y ya por último, profesora Pous, una última cuestión. ¿Existe algún rasgo diferencial en las legislaciones forales con respecto a la regulación que el derecho civil común hace sobre el derecho real de servidumbre? Pues sí, si bien no tanto con respecto al derecho foral navarro, sí lo hace con respecto a la Compilación de Cataluña.

Así, el artículo 4.1 de la Ley de Parlamento de Cataluña, de 9 de julio, de Acción Negatoria y Misiones Servidumbres y Relaciones de Vecindad, conceptúa la servidumbre como un derecho real que grava parcialmente a un inmueble en beneficio de otro, y añade que el inmueble a favor del que está constituida la servidumbre se denomina predio dominante y el que la sufre, predioserviente. Por tanto, se define como un derecho real limitativo de goce que recae sobre bienes inmuebles. Sin embargo, no se hace referencia a su carácter de derecho en cosa ajena,

sino que, por el contrario del artículo 17 de la mencionada ley, se desprende con claridad que los predios dominantes y sirvientes pueden ser la misma persona.

Por consiguiente, cabe que subsista sobre la cosa propia a voluntad de dueño, esto es, cabe la servidumbre de propietario. En lo concerniente a la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, promulgada por ley 1-1973, de 1 de marzo, que trata las servidumbres en el título tercero del libro tercero, lo hace de una forma mucho más técnica y progresiva que el vigente Código Civil. Así, en su ley 393 dice «Son servidumbres los derechos reales establecidos sobre una finca en beneficio de otra colindante o vecina y que consisten en el ejercicio de un determinado uso de ella o en la limitación de cualquiera de las facultades del propietario.

No obstante, la Compilación Foral Navarra se configura como un derecho real indivisible e inseparable del fundo dominante y con carácter permanente». Pues muchísimas gracias, profesora Poos, por su colaboración con la Revista de Derecho y haber dedicado estos minutos a un derecho real tan importante como el de la servidumbre. Gracias y buenas noches.

Hemos llegado al final de la Revista de Derecho, que esperamos haya sido de su interés. Si fue así, les esperamos dentro de una semana que volveremos una vez más con todos ustedes para ofrecerles una nueva entrega de la revista dedicada al último curso de la licenciatura. Muchas gracias, como siempre, por su atención.

Feliz fin de semana y hasta el próximo viernes. Les dejamos con el informativo semanal. Muy buenas noches.