

DERECHO DE CIERRE DE HEREDADES Y SERVIDUMBRE DE PASO EN LA LEY DE DERECHO CIVIL VASCO.

Jesús Fdez. de Bilbao.
-Abogado-

1. Concepto: Dispone el art. 15 LDCV bajo el título “*Derecho de cierre de heredades y servidumbre de paso*” que “*El propietario tiene el derecho de cerrar la heredad que posee, pero no puede impedir el paso de los particulares para su uso no lucrativo, siempre que no utilicen vehículo alguno. Quien utilice este derecho deberá respetar los cultivos e indemnizar los daños, si los causare*”.

2. Fundamento: Cita CELAYA¹: “*Fijándose precisamente en las servidumbres de paso decía VICARIO DE LA PENA que la Comisión redactora del Proyecto de Apéndice debió estudiar las leyes del Fuero y especialmente las costumbres para evitar algunas omisiones, entre las que citaba: (...) 2. No haber sancionado el derecho de pasar libremente las personas por fincas o heredades ajenas, aunque se hallen cercadas o amojonadas, siempre que no se haga daño al propietario, derecho que se recoge en la Ley 8 del Título XXXIV*”. En consecuencia, ni la Ley 32/1959 sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, hija directa del Proyecto de Apéndice, ni la Ley 3/1992 incorporaron esta regulación. Dada dicha omisión, resultaba de aplicación el Derecho común, conforme al cual el propietario, en cuanto tenga el más mínimo interés (material o inmaterial), puede “cerrar” sus heredades ex art. 388 CC, y por lo tanto hacer cesar el paso por el mismo, un uso inocuo², que se basa en la mera tolerancia del dueño³.

Igualmente, CELAYA⁴ aclara qué quiere decir el art. 6 LDCV: “*Las limitaciones del dominio no se reducen, por lo expuesto, a los casos en que el derecho*

¹ D. Adrián Celaya Ibarra (q.e.p.d.) es el padre intelectual de la Propuesta de Ley de Derecho Civil Vasca, que no es sino refinamiento de los anteriores documentos básicamente ideados por él, a saber, el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 20-06-07, la Propuesta de Ley Civil Vasca de 31-05-2012, efectuada por la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, el Ilustre Colegio Notarial del País Vasco y la Delegación Territorial en el País Vasco del ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, la cuál, fue refundida en una Propuesta final de 26-05-2014 con la Propuesta de Ley Vasca de Sucesiones por causa de Muerte-Código Vasco de Sucesiones efectuada por el Departamento de Derecho Civil De la Universidad del País Vasco en San Sebastián, de la cuál se incorporó su propuesta de regulación del testamento y del testamento *hil buruko*.

² Un beneficio para el propietario que en nada perjudica al propietario, STS, Sala 1ª, de 20-03-1989.

³ SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 08-03-1999: “*la utilización por parte de los demandados apelados del camino litigioso se ha venido produciendo por la mera tolerancia de la parte demandante apelante que, habiendo cercado las fincas de su propiedad y dado lugar por tanto al cierre del camino en cuestión, que atravesaba las mismas, se limitó a poner a disposición de los demandados apelados una llave que, permitiéndoles abrir el vallado, les facilitaba el acceso a sus fincas, por el interior de la suya*”. STSJ, Sala 1ª, de Navarra de 18-05-2015 “*el mero paso no sirve por sí mismo para constituir la servidumbre, pues ha de considerarse tolerado, y dejar pasar es el comportamiento correcto de un buen vecino, un uso inocuo, si no causa daño...*”. Invocada por la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 08-11-2017 Cfr. SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 1ª, de 27-05-2011.

⁴ CELAYA IBARRA, Adrián. *Selección de estudios jurídicos, en especial sobre el País Vasco*. “El Derecho de propiedad. Reflexiones sobre el pensamiento católico actual”, Deusto 1999, pág. 52. “*La propiedad es un derecho esencialmente limitado. Lejos de que el propietario pueda obrar a su arbitrio, se encuentra obligado a moverse dentro de los límites precisos que se derivan de su propia finalidad*

del propietario entra en colisión con los de otros propietarios (limitaciones de signo individualista) sino que se extienden a evitar cualquier actuación del propietario contraria al destino común de los bienes o al respecto debido a la persona humana”.

La prevención del “*abuso del derecho*” o un “*uso anormal o excesivo*” de la propiedad impuestos en art. 7.2 CC⁵ o la “*tolerancia normal*” del art. 20 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco⁶ no parecen suficientemente contundentes para enervar tal status predial, como tampoco el genérico art. 5.1 LDCV incluido en el Título Preliminar de la LDCV, Capítulo Segundo “*de los principios inspiradores de la ley civil vasca*”, cuando afirma: “*La concepción vasca de la propiedad es modulada por la función social de la propiedad y por el principio de solidaridad*”⁷.

En suma, el art. 15 LDCV ha consagrado el derecho al público *uso inocuo* de paso por las heredades cerradas.

3. Naturaleza jurídica:

*3.1. Configura el contenido ordinario de la propiedad de los fundos rústicos: Se ha instaurado por tanto una delimitación intrínseca del dominio*⁸.

social. La propiedad no es sino un medio para que el hombre mantenga su dignidad y libertad y también para que los bienes lleguen a todos en forma justa. La actividad del propietario que, necesariamente, ha de subordinarse a este fin, debe desenvolverse en la forma adecuada para lograrlo. El propietario puede hacer lo que sea adecuado a la consecución de los fines individuales y sociales de la propiedad; y le está absolutamente prohibido cuanto se oponga a tales fines. Las limitaciones del dominio no se reducen, por lo expuesto, a los casos ñeque el derecho del propietario entra en colisión con los de otros propietarios (limitaciones de signo individualista) sino que se extienden a evitar cualquier actuación del propietario contraria al destino común de los bienes o al respecto debido a la persona humana”.

⁵ “*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”.

⁶ “*Forman parte del contenido del derecho de propiedad del suelo, sin perjuicio del régimen que le sea de aplicación por razón de su clasificación, el uso y disfrute y la explotación normales del bien a tenor de su situación, características objetivas y destino, conformes o, en todo caso, no incompatibles con la legislación administrativa que le sea aplicable, y en particular la ordenación urbanística...*”

⁷ En el mismo sentido se pronuncia la Ley 366-1 del Fuero Nuevo de Navarra, que indica que “*Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, del uso del lugar y de la equidad*”.

⁸ Dice el art. 348 CC que la propiedad es el derecho a gozar y disponer de las cosas “*sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”, punto de vista *ius romanista*, de un derecho de propiedad absoluto, que sin embargo la Constitución española no reconoce (art. 33.2 CE) al establecer que la “*función social*” delimitará el contenido del dominio, de acuerdo con la Ley. Así la Doctrina, a partir de una reflexión de GIERKE, distingue entre “*limitación*” y “*límite*” del dominio, es decir el “*límite*”, “*limitaciones legales*” o “*delimitación*” determinan el contenido ordinario y generalizado de la propiedad, mientras que las “*limitaciones*” reducen aún más el contenido de la propiedad con carácter excepcional y concreto. Por su parte, PEÑA clasifica los límites y limitaciones del dominio de la siguiente forma: 1. Límites intrínsecos: son límites que afectan, en general, a todo derecho subjetivo: a. ejercicio conforme a la buena fe; proscripción del abuso del derecho, y del “*ejercicio antisocial*” del mismo (art. 7 CC). Estos conceptos funcionan como criterios interpretativos que permiten a los tribunales “*quitar la razón*” al propietario en ciertos casos aunque pareciera tenerla. b. Conexo con estos criterios, y también con la temática de las relaciones de vecindad, está el viejo “*ius usus inocui*”. En el mismo sentido parece pronunciarse KARRERA EGUIALDE, MIKEL en el Capítulo IX, *El derecho de propiedad privada y sus aledaños*, dentro del Manual de Derecho Civil Vasco, Atelier, 2016, pág. 188.

3.2. *No estamos en presencia de una verdadera servidumbre de paso*⁹. Es una delimitación del contenido ordinario del Derecho de propiedad sobre los fundos rústicos y no técnicamente una “*servidumbre de paso*”¹⁰. El art. 15 LDCV adolece, pues, de la misma imprecisión terminológica del CC¹¹.

3.3. *Se establece en consecuencia obligación “ob rem” o “propter rem”* del propietario de toda heredad, obligación de no hacer (art. 1088 y 1098 CC) establecida por ministerio de la ley (art. 1089 y 1090 CC), que se caracterizan por la “*ambulatoriedad de la obligación*”, o sea que recae sobre quien es titular en cada momento del inmueble afectado por lo que si se deja de ser titular bien se dejará

⁹ El art. 15 LDCV por alguna razón desconocida se ha titulado “*Derecho de cierre de heredades y servidumbre de paso*”⁹. La Propuesta de Ley Civil Vasca de 31-05-2012 efectuada por la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Academia y el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia no contenía referencia alguna a la expresión “*servidumbre de paso*” en su art. 15. Sólo el art. 14 regulaba una servidumbre predial, la de paso (Cfr. art. 530 y 531 CC). Es más, su memoria explicativa separaba nítidamente ambas expresiones “5.3. *Una regulación del Derecho de la servidumbre de paso en términos similares a los actuales existentes, todo ello según resulta del artículo 14 del texto de la propuesta, así como con carácter novedoso el derecho de cerrar la heredad por su dueño, lo que no impide el paso de los particulares para su uso no lucrativo, con respecto de los cultivos e indemnización de los daños causados, de conformidad con el artículo 15 de la propuesta*”. En el mismo sentido se pronunció el “*Informe que presentan la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, el Ilustre Colegio de Notarios del País Vasco y el Decanato Territorial del País Vasco del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España adecuación y refundición de las diferentes propuestas efectuadas en torno al Derecho Civil Vasco en los trabajos efectuados por el Parlamento Vasco-Eusko Legebiltzarra, y que han dado como resultado lo dispuesto en la Resolución del Pleno del Parlamento Vasco para la actualización del Derecho civil vasco, de 28 de noviembre de 2013*”. Es decir siempre se pensó en el “*uso inocuo*”, no en una servidumbre de paso hasta que en la Proposición de Ley de Derecho Civil Vasco de 10-03-2015 de los Grupos Nacionalista, Popular y Socialista del Parlamento Vasco introdujo dicha expresión, en el encabezamiento, que no en el cuerpo del art. 15, que finalmente sería el art. 15 LDCV y que sólo puede interpretarse, como uso de una terminología decimonónica. También está de acuerdo KARRERA, *El derecho de propiedad privada y sus aledaños*, obra citada, pág. 188.

¹⁰ La diferencia entre las servidumbres propiamente dichas y los límites del dominio son según HERNÁNDEZ GIL: a) Los límites afectan a los fundos considerados en plano de igualdad y reciprocidad, de manera que engendran derechos y deberes correlativos para los propietarios, mientras que las servidumbres colocan a uno de los fundos en la posición de dominante y a otro en la de sirviente, quedando sustituida la igualdad recíproca por la subordinación. b) Los límites suponen restricciones internas, inherentes a los fundos e impuestas directamente por la Ley, en tanto que las servidumbres, aunque por ser legales puedan imponerse coactivamente, necesitan que su constitución sea exigida. c) Los límites no confieren derecho de indemnización alguna, salvo cuando se incumplen, mientras que las servidumbres conceden derecho de indemnización al propietario del predio sirviente. d) Las servidumbres no están exentas del régimen de la prescripción, y sí lo están las relaciones de vecindad, que persisten tal y como las atribuye directamente la Ley. e) Los límites afectan siempre a terceros adquirentes sin necesidad de constancia registral –art. 26.1 y 37.3 LH– (porque tienen la publicidad y obligatoriedad general que deriva de la propia Ley).

¹¹ El CC, sin embargo, no tiene este armazón doctrinal y así incluye dentro de la regulación de las servidumbres, el Código civil regula “*las servidumbres legales*” (art. 549 y ss. CC)¹¹, el deber de prevenir los daños que de “*edificios que amenacen ruína*” o “*árboles corpulentos que amenacen caer*” (arts. 389, 390, 1906 y 1907 CC), el art 553 CC sobre servidumbre de uso público en las riberas de los ríos, el art. 589 CC sobre distancias a “*plazas fuertes o fortalezas*” sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia”, el art. 612 CC sobre el derecho del propietario de un enjambre de abejas a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Esta última institución y el deber de permitirse el paso por la finca cuando sea necesario para introducir materiales en el fundo vecino, o colocar en él andamios u otros objetos para construir o reparar algún edificio (art. 569 CC) son análogas al art. 15 LDCV.

también de estar obligado y el consiguiente adquirente pasará a estar igualmente obligado¹².

4. Requisitos y efectos:

4.1. *“El propietario tiene el derecho de cerrar la heredad que posee”*. La primera afirmación del art. 15 LDCV es el reconocimiento de un derecho subjetivo en la línea del art. 388 CC: *“Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas”*.

Al contrario que en el supuesto del art. 14 LDCV, estamos en presencia de una norma exclusivamente dirigida al agro, tanto por la interpretación gramatical, pues *“heredad”* según el Diccionario de la RAEL es *“1. f. Porción de terreno cultivado perteneciente a un mismo dueño, en especial la que es legada tradicionalmente a una familia”* y *“2. f. Hacienda de campo, bienes raíces o posesiones”*, como por la sistemática, que resulta del supletorio y análogo Capítulo IV, del Título II del Libro II del CC que trata *“Del derecho de cerrar las fincas rústicas”* con un único precepto, el art. 388 CC antes transcrito¹³.

No procedería por tanto aplicar el art. 15 LDCV en los supuestos de una finca industrial, comercial o de servicios ni en casas con jardín, casa con su terreno en la que se enclava la misma, tanto por el abuso de derecho que suponen como por el allanamiento de morada¹⁴.

4.2. *“pero no puede impedir el paso de los particulares para su uso no lucrativo, siempre que no utilicen vehículo alguno”*.

4.2.1. El cierre de la heredad ha de impedir el paso a su través, o sea, no es posible acceder a las fincas al otro lado de la heredad. Se puede reflexionar acerca de qué grado impeditivo del paso, total o parcial, dificultad anormal o normal, es tolerable. También cabe pensar sobre el modo de prestarse el paso, con vía permanente o sin ella, con arreglo a las reglas de realidad social (art. 3.1 CC).

4.2.2. La remoción de los obstáculos al paso que se pide debe tener una finalidad seria y legítima, no haber abuso de derecho ni haber hay anormalidad en el ejercicio ni voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo (art. 7.2 CC), lo que entiendo que supone la inexistencia en los alrededores de la finca litigiosa de un camino público que permita acceder al otro lado de la misma, pues se da el mismo fundamento o motivo que

¹² En análogo sentido la Jurisprudencia afirma que todo propietario en propiedad horizontal viene obligado a permitir el paso por su finca para acceder a un elemento común y que dicha obligación de consentir el paso para posibilitar el adecuado mantenimiento de la instalación común no implica constituir para ello una verdadera servidumbre de paso, *“sino cumplir con una obligación “ob rem”, como es la derivada del art. 9.1. d) LPH. Así, STS, Sala 1ª, de 13-12-2001 y SAP de Bizkaia, sec. 5ª, de 08-06-2004, dentro del ámbito ordinario de la propiedad especial que determina el art. 396 CC y los art. 1 y 3 LPH.*

¹³ En contra KARRERA, *El derecho de propiedad privada y sus aledaños*, obra citada, pág. 189, para quien el art. 15 LDCV es aplicable a las fincas urbanas.

¹⁴ STS, Sala 2ª, de 04-11-2002 consideraba específicamente, el jardín circundante de un chalet como parte del domicilio: *“el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta”*.

para la servidumbre legal de paso común (art. 564 y ss. CC), finca o heredad enclavada y sin fácil ni cercana salida a camino público.

4.2.3. El uso es para los particulares, personas físicas, lo que excluye a las personas jurídicas, públicas o privadas¹⁵ y a las personas físicas en el desempeño de una profesión, empresa, arte u oficio o cuando sean órganos de dichas personas jurídicas¹⁶.

4.2.4. Paso para su uso no lucrativo, o sea, dada la ambivalencia del Derecho común, sin ánimo de obtener ganancias en el ejercicio de la actividad o con ocasión de la actividad en que se desarrolla el paso (Cfr. art. 242, 1390, 1665 CC), es equivalente a oneroso, no gratuito (Cfr. art. 878, 968, 1035, 1617 CC).

4.2.5. Paso sin vehículo alguno, por tanto meramente peatonal, requisito este último que podría chocar con las normas sobre accesibilidad¹⁷.

4.3. *“Quien utilice este derecho deberá respetar los cultivos e indemnizar los daños, si los causare”*¹⁸.

Saliendo al paso de la causa de oposición al uso inocuo y su tratamiento jurisprudencial, sus efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios) están conjurados por la indemnización que el art. 15 LDCV, de modo que utilice este derecho deberá respetar los cultivos e indemnizar los daños, si los causare. Pero el responsable obligado a dicha indemnización no será quien se limite a pedir la remoción de los obstáculos al tránsito peatonal por la heredad, sino el que cause dichos daños, tanto por el sentido literal del art. 15 LDCV, como por el principio general del derecho (art. 1101 y 1902 CC) de que la indemnización de un daño corre a cargo del responsable del causante de dicho daño.

Con lo que damos respuesta a la duda que se plantea KARRERA¹⁹ acerca de que la LDCV *“guarda silencio sobre respeto a lo que no constituye cultivo y a los animales*

¹⁵ No obstante una asociación puede tener legitimación para el ejercicio de la acción del art. 15 LDCV en nombre propio cuando esté comprendida en el objeto definido dentro de sus Estatutos conforme los art. 10 LEC y del art. 7.3 LOPJ (*“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”*).

¹⁶ KARRERA, *El derecho de propiedad privada y sus aledaños*, obra citada, pág. 188, contrapone *particulares* a entes públicos pero no entiendo acertada tal distinción, tanto gramaticalmente como porque en el estricto ámbito civil de la LDCV (aparte actuaciones amparadas por la Ley de Seguridad Ciudadana o la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias de Euskadi), el paso de entes públicos sólo podrá hacerse como ocupación temporal de terrenos (art. 1 y 108 Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa).

¹⁷ La Ley 20/1997, de 4 de diciembre, para la promoción de la accesibilidad parece limitarse a los espacios urbanos, espacios públicos, edificaciones y sistemas de información y comunicación. El art. 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia sí que habla de *“Accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos”*.

¹⁸ Nótese la analogía con el art. 612 CC sobre el derecho del propietario de un enjambre de abejas a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado y con el art. 569 CC, el deber de permitirse el paso por la finca cuando sea necesario para introducir materiales en el fundo vecino, o colocar en él andamios u otros objetos para construir o reparar algún edificio, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue.

que puedan encontrarse con la finca (y su eventual reacción ante la inmisión humana)". El art. 15 LDCV entronca con los art. 348 y 1902 y ss. CC. Hay un deber de respeto general por la propiedad ajena y el que cause daños dolosa o culposamente debe responder por los mismos.

4.4. La acción a ejercitar: Podrá ser tanto la meramente declarativa de la "*obligación propter rem*" impuesta por el art 15 LDCV al propietario, que "*no puede impedir el paso de los particulares para su uso no lucrativo*", o bien que se acumule a la misma, asimismo, la acción de condena de modo que (art 1098 y 1099 CC y 710 LEC) si el obligado a no hacer alguna cosa lo hiciera, se mandará deshacerlo y, de no deshacerlo voluntariamente, a su costa, puesto que la actora (art. 441 y 446 CC) en ningún caso puede adquirir violentamente la posesión por lo que debe solicitar el auxilio de la Autoridad judicial competente.

Jesús Fdez. de Bilbao.
-Abogado-

Enero de 2019.

¹⁹ *El derecho de propiedad privada y sus aledaños*, obra citada, pág. 189.