

### III. NOTAS CRITICAS

## Un aspecto del artículo 568 del Código civil español: el reintegro de lo recibido por indemnización

I. El precepto citado en el título determina que si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, o por haberse efectuado la apertura de un nuevo camino que dé acceso a ella, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización. Muy pronto comenzó la crítica de este artículo del Código civil por lo que se refiere al aspecto del mismo aquí examinado, y surgió la duda de si la devolución alcanzaba a la indemnización íntegra o cabían deducciones, opinión esta última que en la actualidad aparece extraordinariamente fortalecida con la adición de nuevos argumentos.

Se ha dicho: A) El artículo 568 olvida indicar la cantidad que debe rebajarse de la indemnización, atendido el tiempo anterior durante el cual ha venido disfrutándose la servidumbre (1). B) La devolución íntegra puede resultar injusta cuando la servidumbre se haya prestado durante mucho tiempo (2). C) Se deben distinguir dos supuestos: a) si se estableció vía permanente (art. 564, párr. 2.º) se devuelve íntegra la indemnización, y b), en otro caso, lo único que procede es el cese de todo abono ulterior, pues se suspende el ejercicio del gravamen y con él la ocasión de perjuicio (3). D) La indemnización recibida ha de restituirse, pero, a pesar de lo que dice literalmente el precepto, no ha de suponerse que se trate de restitución total, sino únicamente de la devolución del importe correspondiente, en el caso de vía permanente, al valor del terreno que se ocupe (art. 564, párr. 2.º), porque es eso sólo lo que se le reintegra al propietario del fundo sirviente al extinguirse la servidumbre, no los perjuicios definitivamente causados por actos transitorios u ocasionales de paso, con arreglo a los artículos 564, párr. 3.º y 569. En el caso de vía permanente,

---

(1) Fue la primera duda que surgió en la práctica: v. A. CHARRIN: «Devolución de la indemnización con arreglo al artículo 568 del Código civil». *Bol. de la RGLJ*, t. 87, páginas 263-4, autor que la resuelve acertadamente, aunque su opinión no tuvo el eco que merecía. La planteó de nuevo SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. III, 2.ª ed., Madrid, 1900, pág. 619, quien cree que deben hacerse disminuciones por tal motivo; le sigue DE BUEN: «Servidumbre de paso», voz en la *Enciclopedia jurídica española*, t. XXVIII, Barcelona, s. a., pág. 724. OLIVA (voz «Servidumbre de paso», en el *Diccionario de Derecho Privado*, t. II, Barcelona, 1960, pág. 3605) dice que la devolución parece que ha de ser íntegra, pues el Código se olvida de indicar la cantidad que debería rebajarse. Cfr., asimismo, la opinión citada en el texto, *infra*, D).

(2) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. II, 9.ª ed., Madrid, 1967, pág. 586. Le sigue PUIG PONSÁ: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, vol. I, Madrid, s. a., pág. 155.

(3) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. IV, 6.ª ed. (POU DE AVILÉS), Madrid, 1961, pág. 799.

además del valor del terreno restituído, se debe devolver la parte imputable a perjuicios causados, si dentro de ella se computó el menor valor que por efecto del paso sufriera la finca sirviente; pero aun entonces se podrá deducir de la indemnización el daño sufrido por la tolerancia del paso durante el tiempo que haya tenido lugar (4). E) La solución del artículo 568 no es siempre adecuada, pero tampoco puede aceptarse con carácter general ninguna de las teorías propuestas por la doctrina; los Tribunales deberán decidir caso por caso acerca del alcance del reintegro (5).

Frente a las opiniones expuestas ninguna voz se alza en defensa del sistema del Código civil; proceder extraño, porque no parece suficiente limitarse a reproducir el precepto legal objeto de examen, como se acostumbra, cuando su justicia ha sido puesta en duda, se trata de desvirtuarlo y hasta se preconiza su olvido. Es necesario, por tanto, plantear abiertamente el problema de su justificación intrínseca y el del valor de las teorías citadas. A continuación se expone como tema central el sistema que parece seguir el Código civil y, en cada caso, se analizan las opiniones de la doctrina que se desvían del mismo.

II. La Ley autoriza el establecimiento forzoso de la servidumbre de paso en el supuesto de finca enclavada en razón a que no se debe permitir «que haya heredades puestas fuera del dominio de los hombres, e inertes, o incultas, porque para llegar a ellas sea necesario atravesar la heredad de otro» (6). La necesidad de comunicación es ineludible, y el establecimiento de esta servidumbre viene a servir de complemento a la red de vías públicas, con una fórmula de evidente valor práctico. Así las cosas, no es oportuno establecer un paralelo con la servidumbre de paso voluntaria. Conviene advertirlo, porque tal equiparación parece ser el origen de la primera y más sencilla de las dificultades que aquí se examinan, el motivo por el cual se piensa que el dueño del predio sirviente debe obtener un lucro. Con razón la Ley no lo autoriza; cuida tan sólo, y por cierto con extraordinario celo, de que el propietario en cuestión quede indemne, pero no le otorga ganancia alguna.

La indemnización constituye, como es natural, el equivalente del perjuicio que ocasiona el gravamen, como decía el artículo 506, párr. 1.º, del Proyecto de 1851, que es el precedente del Código civil en esta materia (7), y el efecto indemnizatorio se logra en el sistema español poniendo a disposición del dueño del predio sirviente un capital, cuya cuantía es pareja al menor valor de la finca gravada (8) apreciado según bases objetivas (9).

(4) PÉREZ Y ALGER: «Notas» al Derecho de cosas de WOLFF (en el Tratado de ENNECERUS-KIPP-WOLFF), t. III, vol. 1, 2.ª ed. (PUTG BRUTA), Barcelona, 1961, pág. 328.

(5) GONZÁLEZ-ALFREY BERNARDO: *Manual de servidumbres*, Madrid 1968, pág. 94.

(6) GARCÍA GOTENA: *Concordancias*, t. I, Madrid, 1852, pág. 438.

(7) «El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso para el cultivo de la misma por las heredades vecinas, sin que sus respectivos dueños puedan exigirle otra cosa que una indemnización equivalente al perjuicio que les ocasione este gravamen.»

(8) Que el sistema legal consiste en indemnizar mediante el goce de un capital se observa en la regulación del supuesto del artículo 564, párrafo 2.º, respecto a la zona ocupada por una vía permanente, norma que no supone la regulación especial de un

Durante el tiempo de duración del gravamen, el goce de dicho capital compensa el perjuicio sufrido; al cesar, el capital de indemnización se devuelve en su integridad, pues si algo no se devolviera supondría ya lucro y no mera satisfacción del perjuicio. El Código civil no se olvida, conforme a lo dicho, de fijar qué cantidad debe deducirse, porque nada debe ser deducido.

Ninguna relevancia tiene el tiempo de duración de la servidumbre, pues el goce del capital de indemnización dura el mismo período que el gravamen. Si se piensa lo contrario en relación con la idea de que el dueño del predio sirviente debe obtener una ganancia, es indiferente el tiempo transcurrido, pues de todas maneras la Ley no la autoriza y el transcurso del tiempo solamente incidiría sobre la cuantía del lucro del cual se le priva, lo que constituye una cuestión secundaria. Si se estima que el dinero se desvaloriza y su interés disminuye con el pasar del tiempo, se olvida cuál es la regulación legal, pues ésta tiene buen cuidado de asegurar, en la medida en que puede hacerlo, la inversión rentable de dicho capital, que, ciertamente, no tiene que ser ni será de hecho conservado en dinero por una persona prudente en el campo de lo económico; el artículo 568 determina que es el dueño del predio sirviente el único que puede pedir, en los supuestos previstos en el mismo precepto, la extinción de la servidumbre, la cual subsiste en otro caso (10); la concesión de esta facultad (11) sólo al propietario del fundo sirviente (12), de este poder de decidir el sí y el cuando acerca de la extinción de la servidumbre, se debe (en parte, como luego se dirá) a que es la manera más eficaz de protegerlo para que pueda lograr una inversión provechosa del capital de indemnización; no tiene que buscar bienes fácilmente liquidables, aunque sean menos rentables o seguros, ni puede verse compelido a una liquidación apresurada para devolver la suma. Digamos, finalmente, que tal vez la objeción que se examina tenga otro sentido, pues está expuesta con poca precisión y ca-

---

peculiar supuesto, sino la aplicación a un caso concreto del principio general, lo que era necesario para evitar que se pensara que no procedía la indemnización con el valor total, puesto que no se priva al propietario de su titularidad.

(9) No se tiene en cuenta la molestia que subjetivamente sufra el propietario del predio sirviente; tampoco la utilidad que del ejercicio de la servidumbre obtenga el dueño de dominante. Se trata de datos objetivos: disminución del rendimiento de aquel predio en concreto; aumento de los gastos de cultivo impuesto por la parcelación de la finca en caso de establecimiento de vía permanente, etc. No debe olvidarse el aspecto fiscal.

(10) Con su calidad de servidumbre legal, que debe a su origen (art. 530). No es exacto decir que «desaparecida la necesidad en que se fundaba la servidumbre lo que intrínsecamente varía es que pierde ésta su carácter de legal y forzosa» (CASALS COLLADA-CARRERA: *El derecho real de servidumbre*, Barcelona, 1941, pág. 111).

(11) En sentido técnico no puede hablarse de este caso de «derechos», como hacen FÉREZ y ALGUEZ: *Op. cit.*, loc. cit.

(12) Sin tener en cuenta el sistema seguido por el Código civil español, se dice que puede pedir la extinción de la servidumbre el dueño del predio dominante: v. F. BOLAÑOS VALCARLOS: «Extinción de la servidumbre de paso, innecesaria», *RDProc.*, 1967, número 1, pág. 33.

ben diversas interpretaciones (13); pero no parece necesario detenerse más en ella.

Ya se ha indicado que el sistema del Código civil consiste en indemnizar al dueño del predio sirviente poniendo a su disposición un capital equivalente al menor valor de la finca gravada, disminución de valor que tiene por causa el establecimiento de la servidumbre, y que el goce de ese capital repara el perjuicio sufrido. Es necesario añadir que su aplicación es general y comprende todos los supuestos de servidumbre de paso relativos a finca enclavada, por lo cual el artículo 568 se refiere tanto al caso de que exista vía permanente como si no fué establecida.

Las teorías que estiman la aplicación de dicho precepto en el supuesto del párr. 2.º del artículo 564, mientras la niegan en el del párr. 3.º de este artículo, no son aceptables. Su fundamento radica en el equívoco de mezclar dos materias que el Código civil mantiene nítidamente separadas: la servidumbre legal de paso en el supuesto de hallarse una finca enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público (arts. 564-568) y el paso por predio ajeno, con o sin ocupación de terreno, cuando fuese indispensable para construir o reparar algún edificio (art. 569). Para las opiniones examinadas, el criterio fundamental de diferenciación es que el uso sea o no transitorio u ocasional; para la Ley, este criterio es secundario, y el esencial es que el gravamen sea o no permanente. Como se observará, mientras que en el primer caso citado se trata del establecimiento de una servidumbre potencialmente perpetua, en el segundo el gravamen es temporal y ocasional; por ello se tienen en cuenta los perjuicios concretos que sufra el fundo (la rama desgajada, la planta pisoteada), fijados, naturalmente, *a posteriori*; en cambio, si el gravamen es permanente ocupa el primer plano el perjuicio que sufre el fundo a consecuencia de que la utilización del mismo será ya tal que se puedan evitar precisamente perjuicios concretos, y este perjuicio constante es valorable *a priori*. Además, la depreciación que el predio sufre es diferente en cada caso, y razones de tipo práctico jurídicas (así, evitar la carrera para el logro de mayores abonos; continuos problemas de fijación de éstos) y económicas (por ej., no producir lo que va a ser destruído, sin beneficio para nadie) aconsejan seguir sistemas diversos en cuanto a la indemnización: indemnizar de una vez para siempre lo que puede durar en principio siempre; pagar en cada caso lo que es sólo ocasional y temporal. Si el gravamen es permanente, tanto si su uso es continuo como si no lo es, se paga mediante la previa entrega de un capital que tiene que ser restituído al extinguirse el gravamen; si temporal, con la entrega definitiva de la suma equivalente a los concretos perjuicios causados, determinada, como es lógico, *a posteriori*.

Este es el sistema que acoge el Código civil español. Si el gravamen es permanente (art. 564), aunque su ejercicio no sea continuo (art. cit., párrafo 3.º), se indemniza mediante la previa entrega de un capital (14), pro-

(13) La más curiosa es la que propone el autor citado en la nota anterior: Op. cit., pág. 24. Carece de interés reproducirla aquí.

(14) No acoge el Código civil español en este caso la otra variante que cabe en el sistema: pago por medio de una renta anual, previamente fijada. Los interesados pueden acordarlo así (art. 561, párr. 2.º), y en tal caso el artículo 568 no es aplicable.

ceder que no se sigue si es temporal (art. 569) (15). Lo demuestran: a) el orden del articulado del Código; b) los precedentes históricos (16); c) el hecho de que la fórmula utilizada para determinar la indemnización sea análoga en los dos supuestos del artículo 564, sin otra variante que la de hacerse una aplicación concreta del principio general en el caso de vía permanente (17); d) la norma que exige, sin distinciones, que la indemnización sea previa (art. 564, párr. 1.º), y e) la interpretación sistemática, que conduce al mismo resultado si no se quiere destruir lo claramente establecido por el artículo 568, precepto cuya defensa se intenta en estas notas.

Parece, por lo dicho, que la Ley no incurre en una inadecuada equiparación entre un gravamen permanente de uso no continuo y otro temporal, equiparación que propugnan las teorías ahora examinadas. Para terminar el análisis de éstas es necesario, todavía, hacer una observación acerca de la alusión a «los perjuicios definitivamente causados» que se formula en las mismas; pero dándole mayor amplitud, pues en ellas se pone únicamente en relación con los «actos transitorios u ocasionales de paso». La cuestión es la siguiente: puede pensarse, con cierta apariencia de lógica, que la devolución íntegra del capital de indemnización constituye una disposición poco feliz, porque durante el tiempo de duración de la servidumbre garantiza al dueño del predio sirviente contra todo perjuicio, pero al extinguirse la misma puede sufrirlo. Si para el ejercicio del paso forzoso fué necesario talar algunos árboles, por ejemplo, mientras dura la servidumbre no se plantea problema alguno, pero al extinguirse el gravamen se restituye el capital en toda su integridad y los árboles no son repuestos en su estado. Este planteamiento es engañoso, pues las cosas, en este caso los árboles, no duran siempre y, por ello, llegará necesariamente un momento en el cual la inexistencia de los mismos no supondrá ya perjuicio alguno. Como la servidumbre es potencialmente perpetua y de hecho suele durar largo tiempo, el caso que se acaba de exponer no se planteará apenas en la práctica, y si se plantea, el dueño del predio sirviente está eficazmente defendido por la regulación legal, pues solamente él puede decidir el momento de extinción del gravamen (art. 568) y evitar así todo posible daño (18); en todo caso, su posición es muy ventajosa si desea

---

La solución legal es la que protege de manera más eficaz al dueño del predio sirviente. (Es obvio advertir que tampoco se aplica en su integridad el art. 568 en el caso del 567; pero de ello no vamos a ocuparnos ahora.)

(15) La confusión entre la regulación establecida en los artículos 564-568 y la del 569 ha tenido un doble efecto: por una parte, enturbia el conocimiento del régimen legal de la servidumbre de paso en el caso de finca enclavada; por otra, el del artículo 569, lo que hace decir a la doctrina (así, por ej., DE BUEN Y OLIVA, en las obras y lugares citados) que en este caso el pago tiene que ser previo, y como no se les oculta la dificultad de determinar su cuantía (nótese que los perjuicios aún no se han causado, ni se sabe cuáles son; más aún, ni si los habrá) añaden que basta prestar fianza bastante para responder del pago ulterior.

(16) Artículo 506 del Proyecto de 1851. Cfr. GARCÍA GOMENA: Op. cit., loc. cit.

(17) V. *supra*, nota 8.

(18) La regulación del Código civil español protege de modo muy amplio al dueño del predio sirviente; éste es el criterio normal de las legislaciones, y se debe a que la servidumbre le es impuesta y a que él ninguna utilidad obtiene de su establecimiento, y si sólo molestias y aun peligros. Ante una reforma legislativa sería preciso estudiar

negociar la extinción, pues entre tanto ningún perjuicio sufre, mientras que para el dueño del predio dominante el ejercicio de la servidumbre se convertirá, por regla general, en una carga.

Para concluir, el artículo 568 del Código civil establece, entendido literalmente, una regulación adecuada de la materia tratada en estas notas; las críticas de que ha sido objeto no resultan aceptables, y todavía lo es menos el arbitrario intento de sustituir su claro contenido por el arbitrio de los Tribunales, sugerencia que olvida los principios que informan el Ordenamiento jurídico patrio.

JERÓNIMO LÓPEZ

---

si no es más justo y más conveniente para el interés general conceder también al dueño del predio dominante la facultad de extinguir el gravamen, claro que, previa demostración de que con ello no irroga perjuicio alguno o abono de los que ocasione. En principio parece preferible conservar el sistema actual, que posee peculiares valores.