

# PARCIALIDAD (PROPORCIONAL) Y PREDIALIDAD EN LA UTILITAS FUNDI DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

Comentario a la Sentencia del TS de 5 abril 2016  
(RJ 2016, 1546)

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Derecho Civil. (Acreditado como CU). Universidad de Sevilla

Revista de Derecho Patrimonial 41  
Septiembre – Diciembre 2016  
Págs. 291-305

**SUMARIO:** I. «QUAESTIO IURIS»: ¿PUEDE LA SERVIDUMBRE ABSORBER, CON EXCLUSIVIDAD, LA TOTALIDAD DEL GOCE DE UNA PARTE DE LA FINCA SIRVIENTE? Y, A SU PROPÓSITO, EL PROBLEMA DE LAS SERVIDUMBRES GENERALES. II. NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE SERVIDUMBRES, Y LA SEMPITERNA CUESTIÓN DE SUS LÍMITES. III. LA «UTILITAS FUNDI» COMO CAUSA SERVITUTIS DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES: SU PARCIALIDAD (PROPORCIONAL), Y SU PREDIALIDAD EN LA OBTENCIÓN DE UN MAYOR GOCE DE LA FINCA DOMINANTE. 1. *La «utilitas fundi», en general, como contenido esencial en toda servidumbre.* 2. *Límites en la concreción de la «utilitas fundi» en cada servidumbre predial en particular: su parcialidad y su proporcionalidad.*

**RESUMEN:** SERVIDUMBRES PREDIALES: CARACTERÍSTICAS: adecuación del gravamen a la utilidad proporcionada y ejercicio concreto y adecuado al interés del titular: carácter parcial del poder sobre el predio sirviente: ADQUISICIÓN POR TÍTULO: sujeción del contenido y alcance de la servidumbre al régimen jurídico determinado en él: SERVIDUMBRE DE PASO: otorgamiento para uso exclusivo del predio dominante: interpretación del título y de las facultades y obligaciones que atribuye: compatibilidad con la parcialidad de la utilidad que proporciona al predio sirviente.

**PALABRAS CLAVE:** SERVIDUMBRES

**ABSTRACT:** Property taxes SERVANTS: FEATURES: adequacy assessment of the utility provided and concrete and appropriate to the interests of the holder exercise: partial nature of power over the servient: ACQUISITION BY TITLE: securing the content and scope of the easement to particular legal regime in him: easement: provision for exclusive use of the dominant estate: interpretation of the title and the powers and duties conferred: compatibility with the partiality of the utility that provides the servient estate.

**KEYWORDS:** SERVITUDE

Sentencia del TS de 5 abril 2016 (RJ 2016, 1546)

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Resumen: *Parcialidad, proporcionalidad y predialidad en el contenido de las servidumbres prediales.*

Disposiciones estudiadas: CCiv, arts. 530, 594 y 598.

Jurisprudencia citada: Sentencias del TS de 7 abril 2006 (RJ 2006, 5326), y 19 mayo 2008 (RJ 2008, 3087)

### ANTECEDENTES DE HECHO

Constituida una servidumbre de paso sobre la finca por la vendedora a favor –para el «uso exclusivo», se decía– de los compradores de la finca dominante para su acceso a ella, con la obligación para ésta de su mantenimiento, los nuevos dueños adquirentes de la finca sirviente interponen demanda contra los dueños de la finca dominante reclamando el uso compartido del paso. El JPI desestima parcialmente la demanda, pero admitiendo tal uso compartido del camino a favor de los dueños de la finca sirviente, aunque obligándolos también a la conservación del paso, fundándose en que el contenido de toda servidumbre ha de ser parcial, sin que pueda absorber el total de la utilidad de la finca sirviente. Los demandados interponen recurso de apelación, que la AP estima, revocando así la sentencia de primera instancia, y declarando el uso exclusivo del paso por los dueños de la finca dominante, al amparo de lo pactado en el título constitutivo de servidumbre, sin merma de la plena propiedad del resto de la finca sirviente, dado que la servidumbre solo afecta a la franja destinada al paso. Los demandantes-apelados interponen recurso de casación, que el TS desestima.

### COMENTARIO

#### I. «QUAESTIO IURIS»: ¿PUEDE LA SERVIDUMBRE ABSORBER, CON EXCLUSIVIDAD, LA TOTALIDAD DEL GOCE DE UNA PARTE DE LA FINCA SIRVIENTE? Y, A SU PROPÓSITO, EL PROBLEMA DE LAS SERVIDUMBRES GENERALES

Partamos del supuesto que se resuelve en la STS que aquí vamos a comentar: habiéndose constituido una servidumbre de paso sobre la finca por la vendedora a favor –para el «uso exclusivo», se decía en la escritura de compraventa– de los compradores de la finca dominante para su acceso a ella, con la obligación para ésta de su mantenimiento, los nuevos dueños adquirentes de la finca sirviente interpondrán una demanda contra los dueños de la finca dominante reclamando el uso compartido de aquel paso.

El JPI desestimó parcialmente la demanda, pero admitiendo tal uso compartido del camino a favor de los dueños de la finca sirviente, aunque obligándolos también a la conservación del paso, fundándose en que el contenido de toda servidumbre ha de ser parcial, sin que pueda absorber

el total de la utilidad de la finca sirviente. Como se explica en el punto 5 del Fundamento 1º de la STS que aquí comentamos: «El Juzgado funda su decisión en la interpretación del título constitutivo de la servidumbre a la luz de la naturaleza jurídica de ésta, y acude a la siguiente argumentación: (i) La servidumbre no puede absorber el total de las utilidades de la finca gravada, y si se vedase el uso de la zona afectada a los propietarios del predio sirviente supondría para los propietarios del predio dominante un derecho casi tan amplio como el de la propiedad, contrario al concepto de servidumbre. (ii) Si no se accedió a que los demandados adquirieran la propiedad de la franja fue para que se constituyese el uso como servidumbre y, por tanto, sin excluir a los propietarios de tal uso. Tal interpretación es la adecuada, por tener que ser restrictiva según la jurisprudencia cuando se trata de servidumbres y por adecuarse a la naturaleza parcelable del predio sirviente, facilitando así que las parcelas tuviesen acceso a camino público... (iv) El dueño del predio dominante ha de comportarse «civiliter», esto es, procurando que resulte el ejercicio de la servidumbre lo menos gravoso posible para el sirviente».

Contra dicha sentencia, los demandados interpusieron un recurso de apelación, que la AP estimó, revocando así la sentencia de primera instancia, y declarando el uso exclusivo del paso por los dueños de la finca dominante, al amparo de lo pactado en el título constitutivo de servidumbre, sin merma de la plena propiedad del resto de la finca sirviente, dado que la servidumbre solo afecta a la franja destinada al paso. Como se explica en el punto 7 del Fundamento 1º de la STS que aquí comentamos: «La sentencia de la Audiencia motiva su decisión con los siguientes argumentos: (i) La servidumbre es voluntaria. (ii) Éstas pertenecen al campo de la autonomía privada, por lo que se rigen prioritariamente por el título de constitución, determinante de los derechos de los predios dominante y sirviente, y sólo en defecto del título se rigen por las disposiciones del título VII del libro II del Código Civil que le sean aplicables. (iii) Procede, pues, interpretar el título constitutivo para saber su alcance. (iv) De la literalidad del mismo cabe concluir que el paso estaba previsto únicamente para el dueño del predio dominante. Así se desprende de la expresión «uso exclusivo del predio dominante». También se colige de que se le permita al titular de éste todas las obras necesarias, incluyendo «delimitación, amojonamiento y cerramiento del mismo, asfaltado, iluminación, colocación de portón de acceso en el camino servidero», lo que denota la clara intención de paso exclusivo para el dueño del predio dominante, sobre todo si se tiene en cuenta que el predio sirviente tenía y tiene acceso a camino público sin necesidad de usar ese paso... (vi) No contraviene tal interpretación el artículo 594 CC, pues la limitación del paso por esa franja de terreno no absorbe todas las utilidades de la finca, que siguen siendo plenas en el resto de ella».

Contra dicha SAP la parte demandante y apelada interpondría recurso de casación ante el TS. *Quid iuris?*

## II. NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE SERVIDUMBRES, Y LA SEMPITERNA CUESTIÓN DE SUS LÍMITES

Sin desmarcarse del sistema aperturista que, sin duda ya para nadie, rige desde tiempos de nuestra codificación, civil e hipotecaria, para los derechos patrimoniales, personales y reales, en él han de incluirse también las servidumbres. Así se deduce de la simple lectura de los arts. 551.II, 594, 598 CCiv todos ellos sobre servidumbres, y de su confrontación con otras normas de similar tenor referidas a otros derechos reales (vgr., arts. 392.II, 467, ó 523 CCiv), que muestran el sistema numero-aperturista reinante en materia de derechos reales (arts. 2.2 ° LH, 7 y 51.6 ° RH), o con la norma que, en general para todo negocio jurídico, y para todo tipo de derecho, consagra el principio de autonomía de la voluntad: el art. 1255 CCiv. Indudable es la semejanza que dicho art. 1255 CCiv guarda con el más particular art. 594 CC (donde, según las RRDGyN 14 mayo 1984 –RJ 1984, 2588– y 5 diciembre 2002 –RJ 2003, 1181–, el sistema numerus-aperturista se muestra «más palpable»): «*Todo propietario de una finca –dice el 594 CC – puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público*». Así nos lo recuerda la STS de 5 abril 2016 (RJ 2016, 1546), que aquí comentamos, en el punto 1 de su Fundamento Jurídico 3°, bajo la rúbrica *Consideraciones preliminares*: «La servidumbre de paso objeto del litigio es una servidumbre voluntaria, constituida al amparo del artículo 594 CCiv que dispone que «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga las leyes ni el orden público». Con este precepto, trasunto del artículo 348 CC, se consagra el principio de la autonomía de la voluntad como fuente normativa de las servidumbres voluntarias, y el principio de libertad, por el que cualquier utilidad puede servir de fundamento para la constitución de las servidumbres (STS de 19 de julio de 2002 –RJ 2002, 8547–)».

Con dicha legitimación normativa, no cabe duda, pues, de que en España hay libertad para crear, modificar y extinguir servidumbres:

No obstante, el terreno abonado para la autonomía privada sigue siendo el de la constitución de nuevos moldes no previstos en la ley (como puede suceder con las servidumbres industriales, publicitarias o las de no competencia). Pero no siempre la autonomía privada ha de tener por resultado una servidumbre totalmente novedosa, la creación de un tipo absolutamente *ex novo*. Al contrario, esa será la hipótesis más extraña; pues, prácticamente, nada nuevo hay bajo el sol. La más común de las hipótesis en que encuentre aplicación el sistema aperturista en general, será la que consista en la creación de nuevos tipos a partir de la modificación o combinación de los tipos legales, dando así por resultado figuras híbridas, quiméricas que, al modo en que sucede con los seres de la mitología griega, no serán más que la corrección, alteración o mixtura de los patrones más comunes y usuales modelados por la ley. En ello, precisamente, reside la quintaesencia del sistema de *numerus apertus*. A la común

opinión de hace algún tiempo, opuesta por entonces a reconocer tal sistema aperturista en el mundo de los derechos reales, por creer que aquellas normas (los arts. 467, 523, 594 CCiv,...), no admiten la creación de nuevos derechos reales, sino tan solo la modificación del contenido legalmente previsto de los derechos reales que son típicos, replicaba el maestro GORDILLO CAÑAS (en ADC, 1998, p. 454): «Mas, ¿no se advierte que la sola disponibilidad del tipo, rompiendo la acuñación de las distintas figuras de los derechos reales, nos introduce de lleno y sin más en el puro y duro sistema del *numerus apertus*?».

Y lo importante, por ello, admitida la vigencia de tal sistema, es concretar qué tipo legal, de servidumbre en nuestro caso, es disponible, moldeable o modificable por la voluntad privada, de los particulares. O lo que es igual, saber cuáles son los límites a que se encuentra sujeta tal libertad contractual en la creación de nuevas servidumbres o en la alteración de sus moldes y reglas legales. Cuestión, si cabe, de mayor importancia (o trascendencia, nunca mejor dicho), tratándose de servidumbres, que por configurarse como cargas reales sus nuevos tipos, voluntariamente establecidos, afectarán a terceros (adquirentes de las fincas implicadas como dominante y sirviente).

Será, al respecto, el propio art. 594 CCiv, en su innegable paralelismo con el art. 1255 CCiv, el que nos recuerde cuáles son los límites que la voluntad privada tiene en materia de servidumbres: son la Ley y el Orden Público, según expresa aquella norma sobre servidumbres, a los que, por exigencia lógica y aplicación común del art. 1255 CCiv, habría que añadir la Moral, o las buenas costumbres si se prefiere (cfr., arts. 1.3, 1255 y 1328 CCiv).

Identificada la Ley con cualquier norma imperativa, cualquiera que sea su rango jerárquico (legal, reglamentario,...), tal vez convenga advertir, en materia de servidumbres, que *a priori* hay ciertas fronteras marcadas como infranqueables según se trate de una servidumbre voluntaria o legal: con naturalidad y máxima aplicación rige la autonomía de la voluntad en las primeras, en las servidumbres pactadas que no responden a ningún molde, ni exigencias legales (cfr., arts. 594 y 598 CCiv), a las que se aplicarán las reglas del Código Civil solo supletoriamente y en tanto sean compatibles con lo pactado (cfr., el art. 585 ó el 587 CCiv). En cambio, en las servidumbres legales impera la distinción según el alcance –público o privado– de la utilidad que con ellas pretenda la ley: al margen de que, *in concreto*, haya normas particulares que sean disponibles, *in abstracto* solo si se trata de una servidumbre legal de interés privado o particular (que solo interesa y afecta a las fincas implicadas como dominantes y sirvientes), habrá espacio para la autonomía privada; expresamente lo afirma el art. 551.II CCiv, dirigido, de nuevo, más que a consagrar tal libertad contractual, del todo lógica (al ser una cuestión privada, entre propietarios vecinos), a recalcar sus límites: «*Estas servidumbres –«que impone la ley en interés de los particulares, o por causa de utilidad privada», según dice en su primer párrafo– podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio a tercero*». Lo que va a permitir no solo meras alteraciones accidentales, o puntuales previstas por la propia ley en alguna ocasión (lo que al fin y al cabo es jugar dentro del mismo tipo legal, sin

salirse de él), sino la creación de tipos nuevos o híbridos, mediante la propia alteración del tipo (ora excluyendo efectos que le son propios, o sometiéndose al mismo aunque no se den sus presupuestos legales), o incluso mediante la contravención de límites legales –de interés privado–, a lo que incluso podría llegarse mediante el mecanismo de la usucapión. Como dicen ALBÁCAR LÓPEZ y TORRES LANA (en sus *Comentarios al CC*, ed. Trivium, p. 890), «el artículo 594 es, no sólo fuente y cauce de las servidumbres atípicas, sino fuente –título– de servidumbres legales constituidas de forma voluntaria con concurrencia o no de los requisitos –en cuyo caso, de no darse tales, sería atípica–, y eventualmente también cauce, en la medida en que el régimen convencional puede apartarse del previsto legalmente».

Junto a la Ley –imperativa, claro es–, en aquel art. 551.II CC aparece como límite a la autonomía de la voluntad la protección de terceros, lo que se empareja con el Orden público de que habla el art. 594 CCiv refiriéndose a las servidumbres voluntarias. No podía ser de otra forma al ser toda servidumbre, legal o voluntaria, un gravamen de naturaleza real, con trascendencia real, frente a terceros adquirentes. Siguiendo en este punto las pautas indicadas por LUNA SERRANO (en su trabajo: «Los límites del orden público en la constitución voluntaria de servidumbres», en *AAMN*, Tomo XXXV, 1996, pp. 271-304), el Orden Público, en tanto que expresión de seguridad jurídica, de necesaria certeza y tranquilidad para los terceros y protección para la propiedad en el tráfico inmobiliario cuando el inmueble está afectado por servidumbres (en consonancia con su esencial eficacia *erga omnes*), exige que la servidumbre, para que sea tal, se amolde a su propia fisonomía, a los rasgos que le son propios: en general, a los estructurales como carga real, y, en particular, a los funcionales o institucionales en cuanto servidumbre –aunque atípica–, de tal modo que si la carga convenida perjudica a terceros (art. 6.2 CCiv), lo pactado, si no nulo, como poco carece de naturaleza jurídico-real, de eficacia frente a terceros:

Sobre la exigencia de un contenido específico, al tratarse de una servidumbre atípica, para su admisión como tal habrá de responder a una verdadera y novedosa utilidad predial, no contemplada, ni por tanto reglada, de algún modo en la ley. ¿Para qué reinventar voluntariamente lo ya inventado por la ley? Lo decía hace tiempo Díez-Picazo («Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, p. 303), refiriéndose en general al sistema abierto en materia de derechos reales: «No basta para constituir un derecho real atípico la pura y simple voluntad del propietario o la voluntad del propietario de acuerdo con otra persona. Es menester que la función económico-social, que con la constitución del derecho se trate de conseguir, exija la especial forma de afectación del bien que el derecho real lleva consigo, y que lo impongan así la legítima utilidad que se trate de obtener y la naturaleza de esta utilidad, en relación con los bienes a que se refiera». Y específicamente sobre el art. 594 CC, nos dice ROCA JUAN (en sus *Comentarios al CC*, editados por Edersa, tomado de *vlex*, p. 4/16), que «el precepto en examen permite una adaptación a las nuevas exigencias determinadas por la evolución técnica, económica y social,

que forzosamente amplía el área de las servidumbres por obras de convenciones libremente realizadas, para el aprovechamiento de utilidades impensables en la época en que tuvo lugar la redacción del Código y que crean motivos de composición de intereses en las complejas relaciones de vecindad».

En particular, junto a los rasgos de legítima constitución, y de contenido y objeto determinados, que son los propios de cualquier derecho real –atípico–, para tratarse específicamente de una verdadera servidumbre –aunque atípica– habrá de reunir los elementos característicos de dicha institución: la servidumbre predial. De ahí la importancia, una vez más eminentemente práctica, de conocer los rasgos que tradicionalmente han caracterizado a las servidumbres prediales, a fin de constatar, en su caso, su oportuna vigencia en la actualidad, ya sea como rasgo esencial, natural o solo accidental de las servidumbres de hoy. Pues solo de ser elemento esencial habrá de ser respetado en la servidumbre atípica; no será así, en cambio, cuando sea un rasgo natural (esto es, normal, pero excluible convencionalmente o según las circunstancias de cada caso), ni tampoco, por semejante razón, cuando sea un elemento accidental, que solo rige en caso de que así sea acordado.

Precisamente, rasgo esencial por antonomasia en todas las servidumbres prediales es –ha de ser– la *utilitas fundi*, de modo que la utilidad que suponga la servidumbre sea objetivamente obtenida de la limitación impuesta a la finca sirviente en beneficio de la dominante, por razones también objetivas a ella, mejorando así su propio goce o aprovechamiento en tanto que haya proporcionalidad entre los correlativos gravamen y provecho, y se procure no amortizar ninguna de las propiedades. Así lo advierte, en el punto 5 de su Fundamento Jurídico 4º, la STS de 5 abril 2016, que aquí comentamos, recordando a la STS de 7 abril 2006 (RJ 2006, 5326): «que el derecho real de servidumbre tiene dos notas esenciales (entre otras), como declara la sentencia de 7 de junio – *rectius* –, abril– de 2006 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 ( *en beneficio de otro*, dice el artículo 530) por lo que el gravamen que implica no puede ser más amplio que la utilidad que proporciona...».

Veamos, pues, más detenidamente en qué consiste tal rasgo esencial de las servidumbres prediales.

### III. LA «UTILITAS FUNDI» COMO CAUSA SERVITUTIS DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES: SU PARCIALIDAD (PROPORCIONAL), Y SU PREDIALIDAD EN LA OBTENCIÓN DE UN MAYOR GOCE DE LA FINCA DOMINANTE

#### 1. LA «UTILITAS FUNDI», EN GENERAL, COMO CONTENIDO ESENCIAL EN TODA SERVIDUMBRE

«*Servitus fundo utilitatis esse debet*», es, desde los propios conceptos romanos, lo que justifica, desde una perspectiva económica, y permite, en lo jurídico, que la servidumbre suponga la restricción de la propiedad inmobiliaria: la

utilidad que ésta puede proporcionar a persona diversa de quien sea su dueño o la ocupe y use. Y como tal es, hoy también, un elemento esencial en toda servidumbre: por una parte, una servidumbre sin beneficio, ni provecho, es decir, totalmente inútil, sería impensable, nula (prácticamente inexistente), por contrariar la ley y el Orden público (art. 594 CC); ni siquiera valdría como obligación (*ad impossibilia nemo tenetur*); y, por otra, en el extremo opuesto, que una servidumbre, válidamente constituida (esto es, en utilidad de otra finca o de otra persona), sobrevenga inútil con el tiempo es causa comúnmente admitida para su extinción, aunque importa tanto la cuestión de su utilidad, que si ésta de nuevo sobreviniese una vez fenecida la servidumbre por su sobrevenida inutilidad, dicha servidumbre podría llegar en su caso a resurgir (cfr., sobre todo, el art. 546.3. ° CC –y el art. 568 CC, sobre servidumbre de paso–).

En la jurisprudencia, se refiere con cierto detenimiento a esta idea sobre la *utilitas fundi*, la reciente STSJ Galicia 16 mayo 2011 (RJ 2011, 3967), que de los art. 94.2 LDCG y 530 CCiv «se deduce, como principio, ... que la idea de utilidad, beneficio o ventaja es consustancial a toda servidumbre pues no en vano se trata de un gravamen o limitación de una finca a favor de otra perteneciente a distinto dueño. En consecuencia, para el ejercicio de este derecho real hemos de estar en presencia de un interés legítimo –el derecho a veces se define como interés–, por lo que su carencia constituye el límite intrínseco del derecho para no incurrir en abuso (arts. 29.2 anterior LDCG y 7 del Código Civil)». En consecuencia, añade, «la falta de ventaja o beneficio del derecho de servidumbre en un momento dado o en un lapso constituye un límite a su ejercicio traducida por ley en causa de suspensión... Si toda servidumbre, por definición, entraña un beneficio, la suspensión de su ejercicio, en principio, no podría producirse nunca por lo que conviene matizar y adjetivar esta idea en el sentido de que la ventaja apta para la suspensión ha de ser mínima, irrelevante e insignificante, para cuya concreción casuística habrán de tomarse en consideración las circunstancias concurrentes en los términos del artículo 7 del Código Civil».

Mas, ¿en qué debe, o puede, consistir esa utilidad? Definir la utilidad, el contenido que puede proporcionar un derecho real ha sido tradicionalmente labor de la doctrina, e incluso a veces de las leyes (cfr., recogiendo máximas romanas o posteriormente glosadas, como las contenidas en el art. 348 CCiv, sobre la propiedad, en el 467 CCiv, sobre el usufructo, ...). Con las servidumbres, en cambio, nuestras leyes sin ánimo exhaustivo tan solo hacen una referencia genérica a la exigencia de tal utilidad; los arts. 530 CC, 566-1.1 CC-Cat. y 551.1 CDFA, y la Ley 393 FNN hablan de la servidumbre predial como gravamen de un inmueble «en beneficio» –dicen– de otro diverso; y el art. 531 CC, sobre servidumbres personales, habla de «provecho». De ahí que suela preferirse, y emplearse, la noción de servidumbre y la referencia que a su contenido (al parecer, más completa) diera la famosa RDGRyN 11 abril 1930 (RJ 1825), en su Considerando 1.º: «Que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño y en cuya virtud –se añade a la noción del art. 530 CCiv en un intento de conexión con

el art. 533 CC – el titular del predio dominante puede utilizar el predio sirviente para ciertas finalidades o poner al aprovechamiento del mismo limitaciones que redundan en beneficio de su particular dominio o privar al dueño del predio gravado de alguna especial facultad implícitamente contenida en el derecho de propiedad normalmente constituido». O que, más recientemente, suelen elogiarse las definiciones contenidas en algunos derechos autonómicos, que en buena parte reproducen tal definición (vgr., Ley 393 FNN, o los arts. 566-1.1 CCCat. y 551.1 y 552.3 CDFA), donde se expresa la condición de la servidumbre como «derecho real limitado de goce» (art. 551.1 CDFA), o como «derecho real que grava parcialmente una finca» (art. 566-1.1 CCCat.).

Y, ¿de qué modo puede a través de la servidumbre obtenerse esa utilidad del fundo ajeno en provecho o beneficio del propio? De una infinidad de maneras. Es tal la heterogeneidad y variedad de posibles utilidades que una finca puede proporcionar a otra para el mejor goce de ésta que, prudentemente, el Código Civil rechaza el intento de englobarlas en una descripción general, y prefiere tipificarlas en cada caso al regular los distintos supuestos de servidumbres, sean forzosas (de paso, de luces y vistas, de aguas, ...), e incluso a veces cuando se trata de servidumbres voluntarias (vgr., en los arts. 585 y 587 CC), dejando en lo demás, conforme a nuestro sistema aperturista, que sea la voluntad privada la que concrete los tipos, y las diversas posibles utilidades que se puedan satisfacer a través de una servidumbre predial (ex art. 594 CCiv).

En cualquiera de los casos, a los efectos prácticos lo que importa es que responda a la utilidad propia de las servidumbres, sin contravenir la ley, ni el Orden Público (ex art. 594 CCiv). En tal hipótesis, es evidente que se trata de no vulnerar la ley imperativa, y de solo contravenirla convencionalmente cuando sea dispositiva (como sucede, por ejemplo, con las servidumbres legales de utilidad privada, según proclama el art. 551.II CCiv). Más interesa, en este punto al menos, delimitar cuándo la utilidad es la propia y específica de las servidumbres (la *utilitas servitutis*), sin que se vulnere el Orden Público. Veámoslo.

## 2. LÍMITES EN LA CONCRECIÓN DE LA «UTILITAS FUNDI» EN CADA SERVIDUMBRE PREDIAL EN PARTICULAR: SU PARCIALIDAD Y SU PROPORCIONALIDAD

Ante todo, como primer límite de Orden Público en la convención de la utilidad a satisfacer con cualquier servidumbre, sobresale el de su parcialidad, o especificidad y proporcionalidad en la limitación de la propiedad gravada. Es el tema abordado *in recto* por la STS de 5 abril 2016 (RJ 2016, 1546), que aquí comentamos. Normas hay en nuestro derecho donde se expresa la condición de la servidumbre como «derecho real limitado de goce» (art. 551.1 CDFA), o como «derecho real que grava parcialmente una finca» (art. 566-1.1 CCCat.). Lejísimos, allá por el derecho romano arcaico, quedan las originarias «servidumbres», las existentes en el ámbito rural en materia de paso (*iter, actus, via*), y de aguas (*aquae ductus*), que no se configuraban aún como servidumbres,

sino como propiedades, o potestades, recayentes sobre una franja de terreno material del dominio ajeno (camino en las de paso, y río o canal, e incluso el agua, en la de acueducto), que pasaba a ser propio del favorecido por aquéllas. Hoy, y desde hace ya mucho, las servidumbres, como sucede con cualquier otro derecho real diverso del dominio, en principio no pueden absorber toda la utilidad posible, en su goce y disposición, de la propiedad gravada. Sería como ceder la misma propiedad enteramente a través de la servidumbre; la «anularía», decía DE BUEN (en EJE, p. 626). Cualquier intento parecido, como advirtiera hace tiempo LACRUZ (p. 135), amortizaría la propiedad inmobiliaria, lo que no casa con el Orden Público actual en que la propiedad debe cumplir una función social y debe ser respetada en su contenido esencial al margen de expropiaciones forzosas encubiertas (cfr., arts. 33 y 53 CE).

Entre otros pronunciamientos jurisprudenciales (que se irán viendo), decía, por ejemplo, la RDGRyN 27 octubre 1947, en su Considerando 1.º, que la servidumbre «ha de tener un contenido limitado que disminuya el disfrute y el valor del predio sirviente sin agotar ni poner en peligro la subsistencia misma del derecho gravado». Por lo que respecta a nuestro Alto Tribunal, tal vez la más destacable, por su formulación *in abstracto*, sea la STS 4 Jun. 1964, cuando dice en la primera parte de su Considerando 1.º: «Que para el establecimiento de una servidumbre personal, a virtud de título constituido por negocio jurídico contractual, precisa en cuanto se refiere al elemento real u objetivo de la misma: 1.º Que se fije, concretamente, en qué consiste el gravamen que ha de soportar el predio sirviente, conforme a la naturaleza jurídica de la servidumbre y a su perfecta compatibilidad con el derecho de dominio, que facultad al propietario para usar, disfrutar, disponer y reivindicar la cosa, habida cuenta de que, el contenido económico y jurídico de esa clase de servidumbre, radica en la mera utilización de alguno de los aprovechamientos parciales que sea susceptible de ofrecer la finca gravada, pero si suprimir, en cuanto al todo o parte de la misma, de manera absoluta o perpetua, el ejercicio de las facultades referidas y las que, por ser inherentes al dominio, su pérdida o privación, total y definitiva, supone e implica desaparición o, al menos, desmembración del derecho de propiedad». Más escuetamente, dirá la STS 25 octubre 1974, que sobre la propiedad solo «sin llegar a una plenitud del despojo de la cosa o su principal característica, pueden producirse gravámenes o limitaciones sobre el inmueble en beneficio de otro».

Esta idea, admisible sin más como abstracta formulación, debe sin embargo amoldarse a cada caso particular, sin que rígidamente entendida conduzca a consecuencias que no tienen sustento normativo, ni interés en la práctica.

Radicalizando, no obstante, aquella idea de parcialidad, se ha llegado a decir –por tantísimos–, por ejemplo, que la servidumbre solo puede referirse a un determinado uso de la finca sirviente, no a un uso genérico, ni a sus frutos, o que no caben servidumbres generales o universales, en el entendido de absorber o limitar por entero el goce de la finca sirviente –¿según insinúa, al menos, la STS que aquí comentamos?–, pues en todos aquellos casos habría un claro fraude de ley: bajo la apariencia de una servidumbre (que sería el derecho simulado), se estaría ocultando (como derecho disimulado), un

derecho de usufructo, cuyo régimen legal, defraudado, debería ser finalmente aplicado (*ex art.* 6.4 CCiv, con todo lo que ello implica: vgr., en materia de duración y de disponibilidad). Es una postura doctrinal apoyada en fragmentos jurisprudenciales (dichos de pasada), como el contenido en la STS 18 diciembre 1958, al definir la servidumbre como «participación parcial en los usos que proporcionan las cosas ajenas en beneficio de las nuestras», o, más todavía, en la afirmación de la STS 23 marzo 1963 de que «mal puede compaginarse en el contenido de una servidumbre un aprovechamiento de la cosa que absorbe la casi totalidad de su fruto o provecho», o aquella otra, tan genérica, de la STS 25 octubre 1974, cuando dice que sobre la propiedad solo «sin llegar a una plenitud del despojo de la cosa o su principal característica, pueden producirse gravámenes o limitaciones sobre el inmueble en beneficio de otro». De ahí que hasta llegue a defenderse por algunos que la utilidad a extraer de la finca sirviente a favor de la dominante sea accesoria o instrumental a lo que constituye el destino, el aprovechamiento principal de aquélla.

Precisamente, este era el argumento, en el caso que comentamos, que empleaba el JPI para rechazar una servidumbre de paso pactada que concedía el uso exclusivo del camino a favor del predio dominante, impidiéndoselo al dueño de la finca sirviente. Recuérdese, cuando decía en su sentencia: «El Juzgado funda su decisión en la interpretación del título constitutivo de la servidumbre a la luz de la naturaleza jurídica de ésta, y acude a la siguiente argumentación: (i) La servidumbre no puede absorber el total de las utilidades de la finca gravada, y si se vedase el uso de la zona afectada a los propietarios del predio sirviente supondría para los propietarios del predio dominante un derecho casi tan amplio como el de la propiedad, contrario al concepto de servidumbre. (ii) Si no se accedió a que los demandados adquirieran la propiedad de la franja fue para que se constituyese el uso como servidumbre y, por tanto, sin excluir a los propietarios de tal uso. Tal interpretación es la adecuada, por tener que ser restrictiva según la jurisprudencia cuando se trata de servidumbres y por adecuarse a la naturaleza parcelable del predio sirviente, facilitando así que las parcelas tuviesen acceso a camino público».

Tales supuestas deducciones lógicas extraídas de la exigencia general de parcialidad en las servidumbres prediales, parecen olvidar, sin embargo: por un lado, que en la propiedad aún queda la facultad de disposición (de vender, donar, hipotecar,...), y, por otro, lo característico de las servidumbres prediales frente a los demás derechos reales de goce de cosa ajena, pues solo las servidumbres suponen un mejor goce o un mayor aprovechamiento de la propia propiedad, de la finca dominante, a partir de un gravamen impuesto en la finca ajena sirviente, sin necesidad de gozar, de usar o disfrutar, ni siquiera de contactar posesoriamente con dicha propiedad ajena gravada (como sucede, entre otros ejemplos, en muchas servidumbres de luces y vistas, en la *altius non tollendi*,...). Lo que, desde luego, no impide que a veces la servidumbre sí implique tal uso o posesión del predio sirviente (como ocurre en las servidumbres de paso, de acueducto,...), alcanzado incluso, en su caso, a sus frutos (como acontece con las servidumbres de pastos, leñas, de extracción de

materiales, como piedras, arenas, de agua,...); así lo prevé expresamente el Código Civil, aunque refiriéndose a servidumbres personales (la de los arts. 600 CCiv), lo cual no impide que puedan pactarse como prediales, en tanto tales aprovechamientos forestales se hagan, no en beneficio de una persona o de una comunidad, sino en el de una determinada finca, que se erige así en la dominante. Y no por ello habrá que pensar necesariamente en un usufructo encubierto, como tampoco el genuino usufructo dejaría de serlo, para convertirse en servidumbre, por reducirse convencionalmente el alcance del goce a ciertos frutos (lo que, también, expresamente permite la ley; cfr., arts. 467, 469 y 470 CCiv).

La parcialidad en materia de servidumbres prediales, a diferencia de la que es común en los demás derechos reales, debe traducirse, como regla absoluta y sin excepción, en una proporcionalidad: debe haber una proporcionalidad entre el gravamen impuesto a la propiedad sirviente y el beneficio, provecho o utilidad que correlativamente a esa carga corresponde a la propiedad dominante. De modo que resultará del todo inadmisibles una servidumbre cuyo gravamen sea mayor, más perjudicial para la finca sirviente que el beneficio obtenido por el predio dominante. Así lo dice la STS de 5 abril 2016, que aquí comentamos: «la utilidad justifica el contenido y la propia existencia de servidumbre; ésta debe prestar una utilidad sirviendo un interés del predio dominante (*en beneficio de otro*, dice el artículo 530) por lo que el gravamen que implica no puede ser más amplio que la utilidad que proporciona»; añadiendo al final del punto 2 de su decisión contenida en el Fundamento Jurídico 4º: «El predio sirviente es la finca en su totalidad y no la parte de ella afectada; por lo que no se ha visto privada del total de sus utilidades sino sólo del paso por la zona en que voluntariamente ha constituido la servidumbre en los términos pactados y negociados a que se ha hecho mención». Y el modo de medir y observar tal proporcionalidad se hará en cuanto la utilidad sea predial: que la utilidad se obtenga del inmueble sirviente objetivamente, de su propia naturaleza o destino, para el que lo sea del dominante. Nos lo decía sentenciosamente García Goyena: «el gravamen de la una –heredad– ha de tener por objeto la utilidad o servicio de la otra –heredad–; esto último es lo que se llama la causa de la servidumbre, y sin ella *non valet servitus*».

Únicamente es en este sentido que pueden rechazarse las servidumbres generales, cuando solo se precisaba limitar la finca sirviente en alguna determinada utilidad, en su uso o disfrute. Así, por ejemplo, la STS 7 abril 2006 (RJ 2006, 5326): «El derecho real de servidumbre tiene dos notas esenciales: 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 –en beneficio de otro, dice el art. 530 Cciv– 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, es decir, el ejercicio del derecho debe ser concreto, lo que responde al concepto de poder parcial sobre

el predio sirviente. Cuando se trata de una servidumbre voluntaria de luces y vistas, atendiendo a las dos notas indicadas, su contenido debe ser entendido solo en el sentido de que no puede hacerse ninguna construcción que perjudique las luces o las vistas que pueda tener sobre el sirviente el predio dominante. Por tanto, podrá construir, pero sólo en cuanto queden incólumes las luces y vistas del predio dominante». Así lo demuestra, además, el art. 585 CCiv, que sobre la servidumbre voluntaria de luces y vistas se encarga de precisar, de determinar su contenido si otra cosa no se establece voluntariamente (o por usucapión, ex art. 598 CCiv). Le sigue, en este sentido, la STSJ Galicia 10 octubre 2011 (RJ 2011, 7064), que considera obligado «destacar que un aspecto importante de la utilidad, o relacionado con la misma, es el de la proporcionalidad. Significa que el gravamen no puede ser más amplio de la utilidad que proporciona. Un gravamen desproporcionado en relación a la utilidad que reporta es, además de injusto, contrario al principio de libertad de los predios, y contradice la función social de la propiedad y la económico-social de las servidumbres. Un perjuicio superior al beneficio que reporta al predio dominante constituiría un uso antisocial del predio sirviente». Por su parte, la STS 15 diciembre 2010 (RJ 2011, 2), hablará de ponderación de los intereses en juego en un caso muy interesante de servidumbres dirigidas a la instalación de un ascensor que invadía el elemento privativo de un vecino en un régimen de propiedad horizontal. Por su parte, la STS de 19 mayo 2008 (RJ 2008, 3087), niega que se infringiese el art. 594 CCiv en que se fundamenta la servidumbre predial de la que es titular la dueña del predio dominante, pues «la servidumbre se constituyó por negocio jurídico establecido por la de dueña de dos fincas al vender una de ellas y así lo tuvo por conveniente, como dispone el art. 594 CCiv: el predio dominante no absorbe toda la utilidad de “la cosa” (como dice el recurrente) sino una parte del predio sirviente y esta parte, este gravamen, es el uso de toda el agua que emana del pozo, no es el uso de todo el predio sirviente. La servidumbre de aguas está regulada en el Código civil y en la Ley de Aguas, como servidumbre legal y nada impide que se constituya como servidumbre voluntaria, a favor del dueño del predio dominante que será el titular del derecho subjetivamente real y ejercerá las facultades que forman el contenido del derecho de servidumbre; el dueño del predio sirviente deberá soportar el gravamen que le representa la servidumbre. Este es el caso presente, en que el demandante deberá soportar que el agua del pozo sito en su predio sirviente lo utilice exclusivamente la dueña del predio dominante...».

A todas ellas cabe sumar la STS de 5 abril 2016, que aquí comentamos.

En cierto modo, esa idea de proporcionalidad latía ya en la famosa RD-GRyN 11 abril 1930 (RJ 1825), cuando afirmaba en su Considerando 2.º: «que la servidumbre predial así concebida responde de un lado a la necesidad social de obtener el mayor rendimiento de los bienes naturales y de otro a la indiscutible conveniencia de no amortizar el suelo nacional, de evitar la desintegración perpetua del derecho de dominio y de mantener los elementos activos del patrimonio en una situación de independencia que permita la libre contratación y el seguro comercio de los bienes inmuebles».

Ahora bien, conforme a tales exigencias, ¿por qué no admitir una servidumbre –que suele llamarse– general, que recaiga sobre todo el goce de la finca sirviente, sin llegar a anularla o amortizarla? A fin de evitar el fraude legal, deberían respetarse todos los rasgos esenciales de lo que son derechos reales recayentes sobre el goce (como, por ejemplo, el usufructo, o las servidumbres personales de pastos), vgr., sometiéndolo a condición o a término, haciendo que sea libremente redimible,... En ningún caso se estaría encubriendo un usufructo, siempre que aquel completo goce se extrajera de una finca en beneficio del mejor aprovechamiento de otra finca, la dominante. Solo si fuese en beneficio de otra persona, se entraría en el eterno dilema de si se trata de una servidumbre personal o de un usufructo, o más ampliamente si de una carga real o de una simple obligación, o incluso de mera tolerancia, que no es el caso que aquí nos ocupa.

O póngase el caso en que la propiedad sirviente es de suyo y para sí misma objetivamente inútil o improductiva (por su topografía, superficie, carácter no urbano,...), ¿por qué no admitir también en dicho caso como válida una servidumbre general, o incluso una servidumbre que siendo en principio parcial termine limitando todo el goce, que para sí no tiene aquella propiedad; máxime si la servidumbre se constituye onerosamente? Siempre que tal goce se establezca en provecho de otra finca, habrá en tal caso una utilidad predial y proporcional. Y de ser, además, onerosa, remunerada, no parece ya que pueda haber ninguna objeción, ni considerar la existencia de amortización alguna. Así, por ejemplo, aunque lo hace sorprendido, DÍAZ FUENTES nos cita (*Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad*, Barcelona, 2004, p. 136) el caso de la STS 4 mayo 1954, que en su opinión no tuvo el reparo en declarar «que el paso pueda verificarse cómodamente para todos los usos a que viene destinándose, aunque para ello sea necesario afectar al gravamen la casi totalidad de dicho fundo». En Alemania, recientemente WESTERMANN (*Derechos reales, volumen II*, trad., Madrid, 2008, p. 1417), plantea como supuesto problemático, a calificar como servidumbre predial o como usufructo, y que empieza a darse ya en España, el de «la facultad de utilizar la superficie entera de una finca como plaza de garaje o para producir asfalto». Piénsese, por ejemplo, en los casos en que una superficie inmobiliaria enclavada entre otras destinadas a centros comerciales se dispone para su servicio de aparcamiento de vehículos de los clientes de aquellos comercios,... Todo dependerá de que haya proporcionalidad *super casum*.

En todos los casos hasta aquí vistos, ciertamente, la utilidad que proporciona la servidumbre es también económica, pecuniaria, por cuanto supone también una mejora de la finca dominante en su valor en cambio. Pero así lo es indirectamente, pues antes, o más directamente, la servidumbre ha supuesto una mejora en el uso y aprovechamiento de la propiedad misma. No dejará, pues, de ser la servidumbre un derecho real de goce (de mejora en el goce de la propia finca dominante).

En definitiva, prácticamente cualquiera de todas las hipótesis hasta aquí vistas puede ser, en principio, válida, siempre que la utilidad sea predial

(prestada objetivamente de finca a finca), y proporcional (entre el gravamen impuesto a la finca sirviente y el interés de la finca dominante). Todo lo demás se reduce –que no es poco– a un problema de interpretación de la voluntad de las partes, con las pautas, advertidas en la STS que aquí comentamos, que, en defensa de la libertad presunta de la libertad, obligan a una interpretación restrictiva de la servidumbre y amplia en favor de aquella libertad dominical inmobiliaria, hasta poder llegar a resolver en último extremo la duda interpretativa negando la existencia de la servidumbre, y admitiendo, a lo más, la existencia de una mera obligación, sino más bien presumiendo, cuando ni siquiera tal carga personal es probada, la mera tolerancia entre buenos vecinos.

Sirva, por último, como síntesis y cierre de todo lo dicho sobre la *utilitas servitutis*, las reflexiones *in extenso* contenidas en el Fundamento de Derecho 2.º de la STSJ Galicia 16 mayo 2011 (RJ 2011, 3967): «...como principio, al igual que se desprende del artículo 530 del Código Civil, que la idea de utilidad, beneficio o ventaja es consustancial a toda servidumbre pues no en vano se trata de un gravamen o limitación sobre una finca a favor de otra perteneciente a distinto dueño. En consecuencia, para el ejercicio de este derecho real hemos de estar en presencia de un interés legítimo –el derecho se define en ocasiones como interés–, por lo que su carencia constituye el límite intrínseco del derecho para no incurrir en abuso (... 7 del Código Civil). Esta ventaja o interés, en el caso de las servidumbres prediales, sólo de una forma mediata se atribuye al titular del predio dominante, por venir determinado «ob rem», en tanto en cuanto el beneficio y también la carga se proyectan inmediatamente sobre los predios cualquiera que sea su respectivo titular dominical. Las consecuencias de estas consideraciones son claras:... la utilidad no ha de venir referida subjetivamente al concreto titular del predio dominante, sino, objetiva y exclusivamente, a la finca en cuyo favor se ha establecido y a la que es, por tanto, inherente... (...) En cualquier caso, si la idea de beneficio ha de venir referida exclusivamente al predio y no a su circunstancial titular, hemos de concluir que en nada se asemeja a la comodidad, provecho o utilidad de éste, por lo que tampoco pueden tener incidencia alguna los actos dependientes de la voluntad de los dueños que supongan un transitorio y cambiante modo de explotación, configuración o uso del predio dominante o sirviente porque tales actos no influyen objetivamente en la utilidad de la servidumbre para la finca y sus consecuencias jurídicas son distintas».