

Constitución voluntaria de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante o sirviente

M.ª TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho civil
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Cuando la servidumbre la constituye un titular de un derecho real limitado sobre la finca sirviente, no puede desbordar en contenido y duración el derecho del que es titular el constituyente. Estos mismos límites rigen cuando la servidumbre es obligacional y no derecho real, al haberla constituido titulares de derechos reales limitados intransmisibles o titulares de derechos de crédito sobre la finca sirviente.

Ahora bien, cuando la servidumbre la constituyen titulares de derechos reales limitados sobre la finca dominante, frente a unos Ordenamientos jurídicos que entienden que deben regir los mismos límites de contenido y duración que en el caso anterior, otros nos ofrecen normas que expresamente disponen lo contrario (art. 1078 del CC italiano, art. 1575 del CC portugués y, sobre todo, el art. 5:84 del holandés). En este trabajo se argumenta para demostrar cómo esta segunda solución es más acorde y respetuosa con las características propias –inherencia, relaciones entre fincas– de la servidumbre y proponemos esta segunda solución para aquellos casos en que sea aplicable el Código civil español, el cual no dispone específicamente nada al respecto. Entendemos –consecuentemente– que, al extinguirse el derecho real limitado del que era titular el constituyente y producirse la consolidación del dominio, éste pasa a estar integrado por la servidumbre, sin necesidad de que el dueño consienta su adquisición, pudiendo, eso sí, renunciar a la misma.

PALABRAS CLAVE

Servidumbre. Constitución de servidumbre. Constitución voluntaria de servidumbre. Constitución de servidumbre por titular de derecho real.

ABSTRACT

A limited proprietor can agree with the owner of other immovable thing that an easement is established on the immovable thing that is encumbered with his limited property right. In this case, the easement ceases to exist at the end of that limited property right.

Some legal systems apply the same solution when the proprietor of a limited property right has stipulated an easement on someone else's immovable thing on behalf of the immovable thing that is encumbered with his limited property right. However the article 1078 of the Italian CC, the article 1575 Portuguese CC and the article 5:84 Dutch Civil Code, provide that in this case the easement shall not cease to exist at the end of his limited property right. This solution is more respectful to the character of the easement and can be understood to apply in respect of the Spanish Civil Code, which does not have anything specific. Consequently, the ownership does not have to consent to acquire it; of course he can surrender to the easement.

KEYWORDS

Easement. Formation of easement.

SUMARIO: *Planteamiento y estado de la cuestión.*—I. El fundamento de la legitimación de los propietarios del predio dominante y del sirviente en orden a la constitución de servidumbres prediales.—II. La constitución de servidumbres por sujetos que no son propietarios de la finca sirviente. 1. Ampliación de la legitimación a otros sujetos no propietarios. 2. Titulares de derechos reales limitados. A) Análisis de los derechos reales que legitiman para la constitución de servidumbres. B) Naturaleza de la relación constituida. a) Relaciones jurídico-reales. b) ¿Qué resulta gravado con la servidumbre: la finca o el derecho real limitado? C) ¿Es incompatible la legitimación de estos sujetos con la del propietario? D) Límites de contenido y temporales de las servidumbres constituidas por estos sujetos. 3. Servidumbres de naturaleza obligacional.—III. La constitución de servidumbres por sujetos que no son propietarios de la finca dominante. 1. Ampliación de la legitimación a otros sujetos distintos del propietario de la finca dominante. 2. Titulares de derechos reales limitados. A) Naturaleza jurídica de las relaciones constituidas. a) ¿Servidumbre personal? b) Servidumbre predial. De cómo la estructura jurídico-real de la finca resulta afectada. Titularidad de la servidumbre. B) Límites de las servidumbres constituidas por titulares de derechos reales sobre la finca dominante. a) Límites de contenido. Posibilidad de que la servidumbre rebose materialmente el contenido del derecho del constituyente. b) Límites temporales. Posibilidad de que la servidumbre exceda la duración temporal del derecho del constituyente. C) ¿Es incompatible la legitimación de estos sujetos con la del propietario? 3. Titulares de derechos de crédito sobre finca dominante y terceros ajenos a la misma. 4. Reflexión final.

PLANTEAMIENTO Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

La constitución voluntaria de servidumbres requiere que concurra el consentimiento de dos sujetos: uno, desde el lado pasivo de la relación, es decir, por parte de la finca que resultará gravada con la servidumbre y será sirviente y, otro, desde el lado activo, por parte del predio que será dominante. En una situación normal consentirán los propietarios de ambas fincas. Lo que aquí nos proponemos estudiar es si pueden proceder a la constitución de las servidumbres otros sujetos que no sean los propietarios de las fincas dominante o sirviente, centrando nuestra atención, fundamentalmente, en si disponen de tal legitimación los titulares de derechos reales limitados sobre dichos predios, pero sin dejar de analizar si también pueden constituirlos los que tienen atribuido el uso de alguna de estas fincas en virtud de un derecho de crédito, o incluso terceros que no tienen relación con los predios entre los que se establece la servidumbre.

Nos encontramos, más que ante un tema clásico, ante un asunto básico, y, como tal, ha sido tratado por la doctrina relativa al Código civil común español al hilo del estudio de las servidumbres, aunque son más bien escasas las referencias a esta cuestión.

Conviene precisar que cuando se tratan los problemas que, desde el punto de vista subjetivo plantea la constitución voluntaria de las servidumbres, se suele focalizar la atención en el aspecto pasivo, es decir, se suele contemplar la cuestión desde la perspectiva de la finca sirviente. Así, por ejemplo, en nuestro Código civil se puede percibir cómo en los artículos 595 y siguientes se regula qué ocurre cuando la finca sirviente se encuentra en comunidad (*cfr.* art. 597), o cuando la misma está gravada con un usufructo (art. 595) o si está dividido el dominio directo y el útil (art. 596)¹. Que ésta sea la perspectiva que principalmente se adopta en el tratamiento de esta materia trasluce que los problemas que se pueden suscitar son de mayor entidad o gravedad en relación al consentimiento que debe prestarse por parte de la finca sirviente que de la dominante. Lo cual es normal hasta cierto punto, pues –como ya dijera Biondi– no es lo mismo hacer recaer sobre una finca un gravamen que obtener un beneficio para la misma²: hay que ser más *cauteloso* en el primer caso que en el

¹ Por su parte, en el Código de Derecho foral de Aragón, también se aprecia la adopción de esta perspectiva centrada en el fundo sirviente de modo que el artículo 562.2 regula el consentimiento que debe prestarse para constituir una servidumbre sobre una finca gravada a su vez con un usufructo; el artículo 563 regula también cómo se presta el consentimiento para gravar una finca en comunidad con una servidumbre. Acaso esta polarización no se aprecie de manera tan evidente en la legislación navarra (leyes 393 y ss. del Fuero Nuevo) o en la regulación catalana (art. 566-1 del Código Civil de la CA catalana).

² BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Comares, Granada, 2002. Traducción de *Le servitù*, por Juan Manuel GÓNZALEZ PORRAS, p. 495.

segundo. No obstante, intentaremos desprendernos de la inercia que puede provocar el tratamiento que suele hacerse de estas cuestiones, para procurar un análisis lo más equilibrado posible entre el lado activo y pasivo de la servidumbre.

Dicho esto, debemos tener en cuenta que la regulación de esta materia en el Código civil español es prácticamente inexistente, siendo el estado de la cuestión bastante pacífico en lo atinente al lado pasivo de la relación, con respecto al cual, puede decirse que, en líneas generales, se viene aceptando que los titulares de derechos reales sobre un fundo pueden gravarlo con servidumbres dentro de los límites de contenido y de duración temporal de su propio derecho³.

Mientras que no es el panorama, ni tan pacífico, ni tan claro, con respecto al lado activo, es decir, cuando se analiza el supuesto de constitución de una servidumbre en beneficio del fundo por el titular de un derecho real limitado sobre el mismo. En este caso no parece estar claro ningún aspecto. Así, existen –en la doctrina referida al Código civil– serias vacilaciones doctrinales acerca de si cabe reconocer legitimación a sujetos distintos del propietario, las cuales sorprenden, habida cuenta de que, como hemos dicho, parece que, en tal caso, se trata de beneficiar al fundo, lo que, debería llevarnos –entiendo– a ser menos restrictivos que cuando nos referimos a la legitimación desde el lado pasivo. Los que entienden que es dable ampliar la legitimación a otros sujetos como los titulares de derechos reales limitados, dudan acerca de la naturaleza jurídica de la relación que se constituye y, mientras unos requieren el consentimiento del dueño del predio dominante para que la misma tenga trascendencia jurídico-real, otros consideran que, en tanto en cuanto no consienta el propietario, nos encontramos ante una servidumbre personal, que será predial cuando concurra dicho consentimiento.

Todas estas vacilaciones doctrinales se deben –creo yo– a los recelos que, precisamente, provoca el hecho de que, en caso de constitución por el titular de derecho real limitado sobre el fundo dominante, no parece que la servidumbre deba verse sometida a los límites de contenido y duración del derecho real limitado cuya titularidad ostenta el constituyente. Como dice Guilarte: *no habrá problema con que la servidumbre activamente establecida por un sujeto continúe una vez que pierda tal titularidad, es decir, cuando cese el derecho del constituyente, porque la misma beneficia al fundo*⁴. Como no parece que, en este caso, las servidumbres deban

³ Vid., por todos, DÍEZ GARCÍA, Helena, «Comentario al artículo 595 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Cizur Menor, 2.^a edic. de 2006, p. 762.

⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 94.

extinguirse cuando lo hace el derecho del constituyente, se produce una situación un tanto compleja por la posición en la que queda el propietario de la finca en relación con la servidumbre, siendo el punto cronológico más problemático el del momento en que se consolida el dominio al extinguirse el derecho real limitado del que es titular el constituyente.

Con respecto a esta última cuestión, hay que tomar en consideración los artículos 566-2.2 Código civil de la CA catalana⁵ (en adelante CCCA catalana) y 562.1 del Código de Derecho foral de Aragón⁶ (en adelante CDFA) que sí regulan este problema. Y, además, lo hacen de manera muy clara y terminante: estableciendo paralelamente la misma norma con independencia de que el titular del derecho real limitado que constituye la servidumbre lo sea sobre el fundo sirviente o sobre el dominante, disponiendo que, en sendos casos, la servidumbre tendrá como límites el contenido y la duración del derecho real limitado del constituyente.

En cuanto al Derecho comparado, la regulación de esta cuestión es dispar. Así, hay Códigos, como el francés, el suizo o el alemán, cuya situación normativa es equiparable a la del Código civil español puesto que no se abordan directamente los problemas que puede suscitar la constitución de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante. Por otro lado, un segundo grupo estaría formado por el Código civil italiano y el portugués que, si bien coinciden con el primer grupo en que la regulación sobre esta cuestión es fragmentaria, sin embargo, regulan expresamente la cuestión que juzgamos más problemática cuál es la de la duración de la servidumbre constituida por quien no es propietario de la finca dominante. Es dable reseñar cómo coinciden en la misma solución que el Código civil holandés, el cual merece un capítulo aparte debido a que el artículo 84 del Título 6 del Libro 5 del Código civil holandés contiene una regulación pormenorizada de los problemas que puede suscitar la constitución de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante o sirviente. Como digo, estos tres Códigos, coinciden en disponer que las servidumbres constituidas por los titulares de derechos reales limitados

⁵ Artículo 566-2.2 del Código civil de la CA catalana:

2. *Pueden constituir una servidumbre los propietarios de la finca dominante o la finca sirviente y los titulares de derechos reales posesorios sobre estas. En este último caso, la servidumbre, si es voluntaria, tiene el alcance y la duración de sus derechos. Las referencias que la presente sección hace a los propietarios de una finca deben entenderse hechas también a los titulares de derechos reales posesorios sobre la finca.*

⁶ Artículo 562.1 del Código de Derecho Foral de Aragón:

1. *Pueden constituir una servidumbre los propietarios de la finca dominante o sirviente y los titulares de derechos reales posesorios sobre estas. En este último, la servidumbre tiene el alcance y la duración de estos derechos.*

sobre la finca dominante no se extinguen cuando lo hacen los derechos reales en cosa ajena de los que son titulares estos sujetos (*cf.* art. 1078 del Código italiano⁷, el art. 1575 del Código civil portugués⁸ y el art. 84.2 del Libro 5, Título 6.º del Código holandés⁹).

Así las cosas, creo que el estudio está suficientemente justificado. Deberemos partir de las razones que fundamentan la legitimación del propietario para gravar y beneficiar sus fincas con servidumbres para después analizar si deben entenderse legitimados otros sujetos, como los titulares de derechos reales limitados. Admitida esta posibilidad, ha de profundizarse en el estudio de la naturaleza jurídica de las relaciones que se establecen, lo que viene a ser lo mismo que clarificar cómo esos negocios jurídicos inciden en la estructura jurídico-real de la finca. Esta indagación nos permitirá clarificar el papel que estos sujetos –el propietario y los titulares de derechos reales limitados sobre las fincas dominante y sirviente– desempeñan en relación a la servidumbre y a poder concluir acerca de si es adecuado limitar el alcance material y temporal de la servidumbre en función del contenido y duración del derecho real limitado del que es titular el constituyente tanto cuando lo es desde el lado pasivo –en cuyo caso las limitaciones son inevitables– como desde el lado activo. Con respecto a esta última cuestión, frente al Código civil español que nada dice específicamente al respecto, nos encontramos con que, en Derecho comparado, hay normas que consideran que, en tal caso, la servidumbre no debe entenderse constreñida por el contenido y duración del derecho real limitado cuya titularidad ostenta el constituyente, mientras otras normas españolas consideran que sí. Nos proponemos estudiar qué solución es la más adecuada para proponerla como solución a este mismo problema cuando resulte aplicable el Código civil español.

⁷ Artículo 1078 del Código civil italiano:

Servitù costituite a favore del fondo enfiteutico, dotele o in usufrutto. Le servitù costituite dall'enfiteuta a favore del fondo enfiteutico non cessano con l'estinguersi dell'enfiteusi. Lo stesso vale per le servitù costituite dall'usufruttuario a favore del fondo di cui ha l'usufrutto o dal marito a favore del fondo dotale.

⁸ Artículo 1575 del Código civil portugués:

Servidões constituídas pelo usufrutuário ou enfiteuta. As servidões activas adquiridas pelo usufrutuário não se extinguem pela cessação do usufrutto, como também se não extinguem pela devolução do prazo ao senhorio as servidões, activas ou passivas, constituídas pelo enfiteuta.

⁹ Libro 5, Título 6, Artículo 84.2 del Código civil holandés:

When the proprietor of a limited property right (leaseholder, superficiesary, usufructuary) has stipulated an easement on someone else's immovable thing on behalf of the immovable thing that is encumbered with his limited property right, then this easement shall not cease to exist at the end of his limited property right, unless this has been agreed upon in the notarial deed by which the easement was established.

I. EL FUNDAMENTO DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS PROPIETARIOS DEL PREDIO DOMINANTE Y DEL SIRVIENTE EN ORDEN A LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES PREDIALES

El artículo 594 del Código civil común español 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 a las leyes ni al orden público.»

En lo que importa a este estudio, interesa destacar cómo este precepto alude al propietario como sujeto legitimado para constituir voluntariamente las servidumbres. Aunque esta norma –al igual que ocurría en su precedente más inmediato, el artículo 536 del Código de García Goyena¹⁰– no especifica si se refiere al dueño del predio dominante, al del sirviente o a ambos, suele considerarse que alude al del sirviente. Y es que, en efecto, si nos fijamos en la redacción del precepto, cuando dice que «puede establecer en ella», parece estar refiriéndose a que la finca resultará gravada con una servidumbre; no dice «a favor de ella». Por otro lado, los artículos 595, 596 y 597 que siguen al 594, regulan aspectos relacionados con el consentimiento de la servidumbre desde su vertiente pasiva, de modo que cabe esperar que este precepto –el art. 594– esté regulando también la vertiente pasiva de los consentimientos necesarios para constituir una servidumbre. No obstante lo dicho, suele reseñar la doctrina la necesidad de que consienta su constitución el dueño del predio favorecido con la servidumbre¹¹.

Más claro en este sentido es el artículo 686 del Código civil francés que menciona expresamente al dueño del predio dominante y al del sirviente como sujetos que pueden consentir la servidumbre¹².

¹⁰ Artículo 536 del Proyecto de Código de García Goyena (*cfr. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, por D. GARCÍA GOYENA, reimpresión de la edic. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 273):

Todo propietario de una finca ó heredad puede establecer en ella cuantas servidumbres tenga por conveniente, y en el modo que bien le pareciere.

¹¹ En este sentido, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, *Derecho de cosas*, Volumen segundo, *Los derechos reales restringidos*, decimoquinta edición revisada y puesta al día por GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, Reus, Madrid, 1994, pp. 177 y 178; LACRUZ BERDEJO, José Luis, y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, J. M.^a Bosch editor, Barcelona, 1991, pp. 156 y 157; también MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, en *Curso de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, Colex, Madrid, 2.^a edic. 2008, pp. 476 y ss.

¹² Artículo 686 del Código civil francés:

Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services éta-

Por su parte, la ley 396 del Fuero Nuevo navarro contempla la posibilidad de que las servidumbres se constituyan por actos *inter vivos* o *mortis causa*, pero no se especifica —ni en ésta ni en otras normas— quiénes están legitimados para prestar el consentimiento en caso de constitución voluntaria por negocio jurídico. Del tratamiento de esta cuestión en el conjunto de la regulación de la servidumbre se desprende que, al margen de otras consecuencias que extraeremos más adelante, el dueño del predio sirviente y el del dominante se contemplan como sujetos habilitados o legitimados para la constitución voluntaria de las servidumbres, pero con mucha mayor decisión cuando se regula el aspecto pasivo de la servidumbre¹³.

La Ley de Derecho civil de Galicia, haciendo referencia a las servidumbres de paso que son las que regula, alude únicamente al consentimiento del dueño del predio sirviente¹⁴.

blis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après.

¹³ Del tratamiento de esta cuestión en el Fuero Nuevo Navarro se desprende que:

– siempre que se alude al aspecto pasivo de la servidumbre, se hace referencia al dueño del predio sirviente (por ejemplo en la ley 401: el propietario del fundo sirviente no puede menoscabar el uso de la servidumbre; en la ley 402: el propietario de una finca gravada con servidumbre de pastos puede cercarla dejando paso al ganado de la finca dominante; en la ley 405: el propietario del fundo sirviente debe reparar el muro en que, en virtud de la servidumbre, puede apoyar su titular un muro o construcción). Es más, se dice que una servidumbre es la limitación de cualquiera de las facultades del propietario (ley 393).

– mientras que, cuando se alude al lado activo de la misma, aunque en ocasiones se hace referencia al dueño del predio dominante (en la ley 399.2 reguladora de la constitución forzosa de las servidumbres de paso a favor de finca enclavada; en la ley 400 que legitima al dueño del predio dominante a pedir la ampliación cuando la servidumbre es insuficiente para cubrir la necesidad a que atiende), se suele aludir también al titular, bien de la finca favorecida con la servidumbre (ley 399.1 reguladora de la servidumbre de paso a favor de finca enclavada), bien de la servidumbre de que se trate (ley 403: que menciona al titular de la servidumbre de luces y vistas; o la ley 405 en que se refiere al abandono de la finca a favor del titular de la servidumbre para que el dueño del predio sirviente se exonere de los gastos que pueda acarrearle la servidumbre); aunque también es cierto que en el caso de la ley 399 es normal que no se aluda al propietario de la finca enclavada porque la legitimación, en este caso, viene determinada por la necesidad y no tanto por el derecho real de que se sea titular. Es decir, cuando se regula la cuestión desde el lado activo parece haber una indefinición acerca del sujeto que debe consentir, usándose términos como titular del predio dominante.

¹⁴ Ley de Derecho Civil de Galicia:

Artículo 87.

1. Todo propietario de un predio puede establecer sobre el mismo, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, las servidumbres de paso que considere convenientes, siempre que no contravenga las leyes y el orden público.

2. La constitución *inter vivos* de la servidumbre de paso por negocio jurídico será válida cualquiera que sea la forma en que se realice, siempre que el propietario del predio sirviente prestara su consentimiento expresa o tácitamente y que su existencia pueda apreciarse derivada de actos o hechos concluyentes.

Siguiendo con cuerpos normativos españoles, hay que afirmar que los preceptos más claros a la hora de exigir el consentimiento de los propietarios de los dos fundos entre los que se establece el servicio que articula la servidumbre son los artículos 562 del CDFA y 566-2.2 del CCCA Catalana, los cuales atienden la doble perspectiva referida más arriba y disponen que, tanto el dueño de la finca dominante como el de la sirviente, pueden constituir servidumbres.

En cuanto al Derecho comparado, hay que precisar que, a excepción del Código civil francés (*cf.* art. 686) que, como hemos dicho, se refiere expresamente a los propietarios como sujetos que deben constituir activa y pasivamente la servidumbre. En el resto de Códigos no encontramos una norma tan terminante y clara en este sentido, pero es evidente que están contemplando la constitución por los dueños del predio dominante y del sirviente: el Código suizo¹⁵, el alemán¹⁶. También ocurre esto en aquellos Códigos que contemplan expresamente la ampliación de la legitimación para constituir servidumbres a sujetos distintos del propietario; concretamente en el Código civil portugués¹⁷ y en el italiano¹⁸. En cuanto

¹⁵ Artículo 731.1 del Código civil suizo:

A parcel of land may be encumbered in favour of another property such that the servient owner must permit the owner of the dominant property to exercise certain rights over it to or may not exercise certain of the rights attaching to his or her property for the benefit of the owner of the dominant property.

¹⁶ Parágrafo 1018 del BGB alemán (Contenido legal de la servidumbre predial):

Una finca puede ser gravada a favor de quien en cada momento sea propietario de otra finca, de modo que éste pueda aprovechar la finca gravada en determinados aspectos o de forma que no puedan realizarse determinados actos sobre aquella o se excluya el ejercicio de un derecho que derive de la propiedad de la finca gravada frente a la otra finca (servidumbre predial).

Traducción del *Código civil alemán*, dir. por LAMARCA MARQUÈS, Albert, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, p. 273.

¹⁷ Código civil portugués:

Artigo 1543º (Noção)

Servidão predial é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente; diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela beneficia.

CAPÍTULO II. Constituição das servidões

Artigo 1547º (Princípios gerais)

1. *As servidões prediais podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família.*
2. *As servidões legais, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos.*

¹⁸ Artículo 1058 del Código civil italiano, al regular la constitución voluntaria de las servidumbres no concreta quién debe consentir y dispone que:

Modi di costituzione: Le servitù prediale possono essere costituite per contratto o per testamento.

al Código holandés, aunque no contemple expresamente una norma que legitime al propietario de los fundos en orden a la constitución de las servidumbres, (y ello aunque –recordemos– sí la establezca para los titulares de derechos reales en cosa ajena sobre dichas fincas en el art. 5:84), es evidente que toda la regulación está pensada desde la perspectiva de su constitución por los propietarios, pudiendo citarse como ejemplos los artículos 5:70.2¹⁹ o el 5:74²⁰.

Entiendo que, pese a la falta de rotundidad de algunas normas para afirmar que el dueño del predio dominante está legitimado para consentir la constitución de la servidumbre, no debe haber ningún problema en afirmar que tanto éste como el dueño del predio sirviente pueden constituir las servidumbres que consideren convenientes, dentro de los límites que señala cada uno de los Ordenamiento jurídicos referidos. Es tan evidente que debe ser así que no se entiende necesario normar o al menos insistir en la regulación de ese aspecto.

Ahora bien, vayamos un poco más lejos e interroguémonos acerca del fundamento de la legitimación de los propietarios en orden a la constitución de las servidumbres. Convendremos en que es muy claro en el caso del propietario de la finca sirviente; sin embargo, cuando nos referimos al dueño del predio dominante el fundamento de su legitimación no es tan terminante, o, al menos, el que pueda darse, permite plantear la posibilidad de ampliar la legitimación a otros sujetos que no sean dueños de la finca dominante. Quizás por ello las normas no son tan terminantes ni claras cuando aluden a quien debe consentir desde el lado activo la servidumbre.

En efecto, *el dueño de la finca sirviente* puede constituir una servidumbre sobre la misma en virtud de la facultad de disposición que integra el contenido del derecho de propiedad cuya titularidad ostenta, pudiendo –en virtud del mismo– transmitir la facultad de un uso parcial y limitado de su finca –que representa el contenido de la servidumbre– a favor del titular de otra finca distinta. No obstante, al hilo del análisis de los derechos reales limitados que legitiman para la constitución de la servidumbre matizaré este fundamento, porque veremos que más que apoyarse esta legitimación en la facultad de disposición de la cosa misma, de su derechos de pro-

¹⁹ Artículo 5.70.2 del Libro 6 del Código civil holandés:

2. *The notarial deed by which an easement is established, may impose an obligation upon the owner of the dominant land to pay a sum of money –the «ground fee»– at regular or irregular intervals to the owner of the servient land.*

²⁰ Artículo 5.74 del Libro 6 del Código civil holandés:

The rights derived from an easement must be exercised in a way that is least aggravating for the owner of the servient land.

propiedad, veremos cómo el fundamento de la legitimación debe apoyarse más en la facultad de uso y disfrute del propietario y, más exactamente, en la facultad de enajenación de esa concreta facultad de uso.

Ahora bien, ¿cuál es la razón que justifica el reconocimiento de la posibilidad de constituir una servidumbre a favor *del propietario de la finca dominante*? No debemos dudar de su legitimación, pero ¿cuál es la razón última? Evidentemente no es la facultad de disposición como en el caso del dueño del predio sirviente, puesto que aquí no se dispone de nada, no se transmite nada, sino que, para el propietario de la finca dominante, nos encontramos ante un negocio de adquisición, ante un incremento de las facultades del derecho de propiedad sobre la finca que le pertenece —que resultará ser dominante—. Entendemos que el propietario de la finca dominante, al constituir la servidumbre, incorpora un beneficio para la misma; es decir, incrementa el contenido de su derecho de propiedad incorporándole una facultad consistente en el uso parcial de otra finca. Pero ¿por qué lo puede hacer? Es importante determinar la razón porque es lo que nos permitirá ampliar o no la legitimación para consentir por parte de la finca dominante a otros sujetos distintos del propietario.

Podemos encontrar un intento de fundamentación en Rebolledo Varela cuando dice, citando a De Page, que *ha de partirse de que dado que la servidumbre predial es un derecho real limitado tendencialmente perpetuo, una relación de servicio que reporta un beneficio al fundo más que a una persona determinada, debe exigirse en general que el que la establece en beneficio y utilidad de un inmueble ostente sobre el mismo un derecho también tendencialmente perpetuo*²¹.

No obstante, aunque reconozco que se trata de una idea muy sugerente, no me acaba de convencer. Y ello, habida cuenta de que, si la damos por buena, habría que reconocer al titular de cualquier derecho real de duración tendencialmente perpetua legitimación para constituir la servidumbre en beneficio de la finca y no sólo al propietario. Por otro lado, el fundamento fracasará cuando contemplemos la constitución de una servidumbre sometida a término. Claro que este argumento sería muy sólido para afirmar la necesidad de que, si se reconociera legitimación a los titulares de derechos reales limitados, debiera limitarse su alcance a la duración de su derecho, como prevén las normas autonómicas catalana y aragonesa. Dejemos esto para más adelante y centrémonos ahora en la

²¹ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 150, 154 y 155.

razón que justifica que el propietario del fondo dominante pueda consentir la constitución de la servidumbre.

Entiendo que el fundamento de la legitimación del propietario de un fondo para constituir una servidumbre que le beneficie debe tener otra razón de ser, debe buscarse en otro lugar y no en el carácter perpetuo o temporal de las titularidades en juego, que, en definitiva, es una cuestión coyuntural o circunstancial: es cierto que la servidumbre tiende a la perpetuidad, pero no son esencialmente indefinidas, pudiendo ser temporales. No me parece acertado ligar la legitimación del propietario a una circunstancia coyuntural.

Creo que la perspectiva correcta pasa por tener en cuenta que la servidumbre se constituye para algo, es decir, a su través se articula jurídicamente el que un fondo –el sirviente– preste un servicio a otro para algo, la servidumbre necesariamente debe cubrir una necesidad y ahí es donde debe hallarse el fundamento de la legitimación del dueño del predio que será dominante para consentir su constitución: en la característica de la *utilitas* es donde debe residir la legitimación del propietario del fondo dominante para constituir las servidumbres. Las cuales están llamadas a cubrir una necesidad económica: no sería amparable jurídicamente el establecimiento de un gravamen sobre un fondo sin que del mismo se derivara una utilidad para otra finca.

Creo que será útil, siguiendo la línea argumental trazada en orden a encontrar el fundamento que buscamos, analizar las servidumbres cuya constitución puede imponerse forzosamente. Debemos percatarnos de que, en estos casos, nos encontramos con que:

1.º Algunos textos normativos amplían dicha legitimación a sujetos que no son dueños: unos, de manera clara y directa, como, por ejemplo, el artículo 83.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia²²; otros lo hacen indirectamente, como el artículo 566-7.1 del CCCA catalana que, al regular la servidumbre forzosa de paso sólo se refiere al *propietario* del fondo sirviente como sujeto legitimado para pedir su constitución (art. 566-7.1), pero por aplicación del artículo 566-2.2 se amplía la legitimación a titulares de derechos reales posesorios sobre la finca²³; más sutil

²² El artículo 83.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, dispone que:

El propietario, el poseedor en concepto de dueño y el titular de un derecho real de uso y disfrute de un predio ubicado entre otros ajenos, sea rústico o urbano, tienen derecho a exigir la constitución forzosa de servidumbre de paso por las propiedades vecinas, previa la indemnización correspondiente.

²³ Artículo 566-2.2 del CCCA catalana:

2. Pueden constituir una servidumbre los propietarios de la finca dominante o la finca sirviente y los titulares de derechos reales posesorios sobre estas. En este último caso, la servidumbre, si es voluntaria, tiene el alcance y la duración de sus derechos. *Las referencias que la presente sección hace a los propietarios de una finca deben entenderse hechas también a los titulares de derechos reales posesorios sobre la finca.*

todavía es la regulación aragonesa, que se refiere al *titular de una finca enclavada* (*cf.* art. 577.1) o al *titular de una finca que carezca de conexión a una red general de saneamiento o suministradora de agua, energía, tecnologías de la información* (art. 581.1), siendo que el artículo 562.1 reconoce –en lo que ahora nos interesa– a los titulares de derechos reales posesorios sobre la finca dominante la legitimación para constituir servidumbres. Por su parte, la ley 399 del Fuero Nuevo de Navarra, que regula la constitución de servidumbres forzosas reconoce, en su párrafo primero, legitimación al titular de la finca favorecida, sin especificar qué titularidad debe tener, si la del derecho de propiedad o cualquier otra. En el segundo párrafo, menciona que el mismo derecho tendrá el propietario de una finca enclavada. Bárber Cárcamo entiende que debe reconocerse legitimación a otros sujetos que tengan atribuido un derecho real que les otorgue la facultad de uso de la finca enclavada²⁴. De modo que se reconoce legitimación a sujetos distintos al propietario, concretamente a aquellos que ostenta la titularidad de derechos que otorgan la facultad de uso de la finca.

2.º Y, con respecto al Código civil común español que sólo hace referencia al propietario de la finca dominante cuando se contempla la posibilidad de solicitar la constitución forzosa de la servidumbre de que se trate (*cf.* art. 564 del Código civil común español), la doctrina viene a admitir, sin ambages, que también los titulares de derechos reales que atribuyen la facultad de uso a otros sujetos distintos de los dueños debe entenderse que disfrutan de dicha legitimación²⁵, llegándose incluso a suscitar la posibilidad de que se habilite a estos efectos a los sujetos que tienen la facultad de uso de la finca en virtud de una relación personal, como, por ejemplo, un arrendatario.

Por lo tanto, en el caso de servidumbres cuya constitución puede imponerse forzosamente, se produce un ensanchamiento de la legitimación para su constitución a los titulares de derechos reales limitados posesorios; algunas normas concretan más y otorgan esta legitimación a quienes son titulares de derechos reales que atribuyen a su titular la facultad de uso y disfrute de la finca que resultará ser dominante. La razón última por la que en estos casos se reconoce legitimación a sujetos distintos del propietario de la finca dominante para constituir la servidumbre es el presupuesto de la necesidad del servicio que se exige para poder imponer forzosamente una servidumbre: de modo que hay que necesitar entrar y salir de una finca a través de otra para que se constituya la servidumbre de paso a favor de finca enclavada. Es decir, se reconoce legitimación activa

²⁴ BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Comentario a las leyes 393 a 407», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, Gobierno de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 1290.

²⁵ *Vid.*, por todos, BUSTO LAGO, José Manuel, «Comentario a los artículos 564 a 570 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 714.

para exigir la constitución forzosa a los sujetos titulares de derechos reales a quienes pueda ser útil la constitución de la servidumbre. Se ensancha la legitimación activa a aquellos sujetos que *necesitan* esa servidumbre. Normalmente suele necesitarla *quien usa* la finca dominante, es decir, quien tiene atribuida la facultad de uso y usa o puede usar, en consecuencia, el servicio cuya prestación se articula jurídicamente a través de la servidumbre.

Por lo tanto, en el ámbito de las servidumbres de constitución forzosa se reconoce legitimación a cualquier sujeto a quien pueda ser de utilidad y, por tanto, beneficiar el servicio cuya prestación se articula a través de la constitución de la servidumbre.

Estas consideraciones creo que, en cierta medida y salvando las distancias, pueden hacerse extensibles al ámbito de las servidumbres prediales cuya constitución no puede exigirse forzosamente, pudiendo afirmarse que el propietario tiene legitimación para consentir la servidumbre desde el lado activo porque el servicio cuya prestación se articula a su través le reporta alguna utilidad y entiendo que, desde luego, se la proporciona en cuanto que detente la facultad de uso de la finca que le pertenece. El fundamento último de que el propietario de la que será finca dominante pueda consentir la constitución voluntaria de la servidumbre es que en su titularidad se integra la facultad de usar y disfrutar la finca.

Ahora bien, la facultad de uso puede estar atribuida a personas distintas del propietario en virtud, bien de derechos reales limitados, bien de derechos de crédito derivados de relaciones personales. Cuando esto ocurre cabe preguntar: ¿ha de reconocérseles a estos sujetos no propietarios legitimación para constituir la servidumbre? Por lo dicho hasta ahora, convendremos sin dificultad en que la respuesta será afirmativa cuando la servidumbre sea de las que admiten constitución forzosa –al menos cuando se trate de titulares de derechos reales limitados– pero la cuestión debe suscitarse para las servidumbres prediales que no son forzosas. Y si, en ese caso, les reconocemos legitimación: ¿hay que negarla al propietario?

Yendo más lejos y habida cuenta de que se suscita este interrogante con respecto a la finca dominante, deberemos plantearlo también con respecto a la finca sirviente, en aras al respeto a la doble perspectiva que nos hemos impuesto en el tratamiento de esta cuestión. De modo que debemos interrogarnos también sobre sí, a aquellos sujetos que tienen atribuida la facultad de disposición –mejor y más precisamente dicho, la facultad de enajenación de la facultad de uso– de la finca que sería sirviente de constituirse la servidumbre, debe reconocérseles paralelamente la posibilidad de gravar dicha finca con una servidumbre.

II. LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES POR SUJETOS QUE NO SON PROPIETARIOS DE LA FINCA SIRVIENTE

1. Ampliación de la legitimación a otros sujetos distintos del propietario

Es una obviedad que el propietario de la finca sirviente tiene legitimación para gravarla con una servidumbre predial, en base –como hemos dicho– a la facultad de disposición que conforma el contenido del derecho de propiedad cuya titularidad ostenta –aunque el fundamento de la legitimación del propietario la matizaremos más adelante y la centraremos más en la facultad de uso y la libre disponibilidad de dicha facultad–. Lo que se trata ahora es de analizar si la legitimación por parte de la finca sirviente para consentir la constitución de la servidumbre puede estar en manos de otro sujeto que no sea el propietario. Desde el punto de vista normativo, no creo que las referencias que hacen algunas de las normas examinadas al propietario del fundo sirviente (*cfr.* art. 686 del Código civil francés o el artículo 595 del Código civil español) en este orden de cosas, pueda extraerse la conclusión de que éste sea el único sujeto legitimado. Lo mismo creo que cabe decir con respecto a aquellas normas en que no se alude directamente a ningún sujeto desde esta perspectiva, pero con respecto a las cuales es evidente que se está regulando tomando como referencia subjetiva la del propietario del fundo sirviente (Código suizo, italiano, portugués) como sujeto que constituye la servidumbre.

La doctrina suele –salvo alguna excepción²⁶– ampliar la legitimación a otros sujetos distintos del propietario²⁷. Podríamos entender que cabe ampliar la posibilidad de constituir la servidumbre en cuanto que otro sujeto distinto del propietario ostente –mediante

²⁶ En la actualidad es contrario a esta posibilidad: CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Comentario al artículo 594 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, por Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1503.

Conviene tener en cuenta al respecto que, en el Proyecto de GARCÍA GOYENA, éste también se muestra contrario al reconocimiento de dicha posibilidad y en el Comentario al artículo 536 de su Proyecto que se refiere expresamente a la legitimación del propietario dice que, basándose en que nos encontramos ante un acto de enajenación: *No podrán pues imponerlo el usufructuario y los que están bajo la autoridad paterna o marital o bajo tutor o curador* (*cfr. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, por D. GARCÍA GOYENA, reimpresión de la edic. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 273).

²⁷ JUAN ROCA, Juan, «Comentario a los artículos 594 a 599 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, tomo VII, vol. 2.º, p. 258, que considera que si el usufructuario puede enajenar su derecho también puede constituir la servidumbre. *Vid.* también LACRUZ BERDEJO, José Luis, y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho civil*, III, volumen segundo, 1991, p. 156; también MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Curso de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, 2.ª edic. de 2008, p. 477.

un derecho real— la facultad de disposición. Claro que la cuestión entonces es sobre qué hay que tener facultad de disposición. ¿Sobre la cosa misma, sobre su propiedad? Es decir, ¿para poder constituir una servidumbre es necesario tener la libre disponibilidad de la cosa no siendo propietario? Estas circunstancias concurren, por ejemplo, cuando hay una hipoteca: la facultad de enajenación corresponde al titular de la misma siempre y cuando concurren las circunstancias para ello, ¿cabe plantear por ello que el acreedor titular de un derecho real de hipoteca sobre la finca que sería sirviente puede constituir una servidumbre? Como veremos esa posibilidad no cabe.

Y ello porque no es menester tener la libre disponibilidad del derecho de propiedad sobre la cosa. Cuando se constituye una servidumbre no se dispone de la finca gravada, no se enajena su propiedad, sino que lo que se transmite es una facultad de uso limitado o parcial de la cosa. Por lo tanto, habremos de ampliar la legitimación, no tanto con respecto a titulares de derechos reales que otorguen la facultad de enajenar la finca, cuanto en relación a aquellos que tengan atribuida la facultad de uso de la finca y puedan disponer de ella; es decir, tendrán que tenerla atribuida en medida tal que incluya el contenido de la servidumbre que, normalmente, consistirá en una facultad de uso limitado y parcial de la finca. Así, por ejemplo, el usufructuario puede disponer, en principio, de su derecho de usufructo y, en consecuencia, de la facultad de uso que tiene sobre la finca. Se suele considerar mayoritariamente que los que se encuentren en esas condiciones pueden gravar la que será finca sirviente con una servidumbre²⁸.

Parece, por tanto, comprensible que normas que se han aprobado más recientemente, siguiendo los dictados de la doctrina vertida en torno al Código civil común español, hayan otorgado abiertamente legitimación a otros sujetos distintos del propietario en orden a la constitución de servidumbres prediales; concretamente, el artículo 562.1 del CDF de Aragón y el artículo 566-2.2 del CCCA catalana otorgan legitimación a los titulares de derechos reales posesorios sobre la finca sirviente.

En Derecho comparado, el único Código que expresamente contempla la legitimación de otros sujetos distintos al propietario en orden a la constitución de las servidumbres por parte del predio

²⁸ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 146. También LACRUZ BERDEJO y LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol 2.º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, edit. Barcelona, p. 76, admite abiertamente esta posibilidad diciendo que: *Cada titular real del fundo (usufructuario, propietario, enfiteuta) podrá comunicar a título de servidumbre las facultades que tiene sobre la finca.*

serviente es el holandés (*cf.* art. 84. 1, inciso 2 del Libro 5, Título 6²⁹) que lo reconoce a favor del usufructuario, el superficiario y el *leaseholder* (titular de un derecho real limitado de facultades casi similares a las del propietario).

Ahora bien, habrá que precisar, en relación al Derecho español, qué tipo de titularidades sobre la finca serviente distintas al derecho de propiedad otorgan legitimación a estos efectos, sólo los derechos reales limitados (mencionados por el art. 84.2 del Código holandés y por los arts. 562.1 del CDF de Aragón y el art. 566-2.2 del CCCA catalana), o también los derechos de crédito que permiten usar una finca ajena.

2. Titulares de derechos reales limitados

Veamos qué titularidades de derechos reales limitados sobre la finca serviente legitiman para gravarla con una servidumbre.

A) *Análisis de los derechos reales que legitiman para la constitución de servidumbres*

Hemos relacionado la legitimación para gravar una finca con una servidumbre con la circunstancia de que el derecho real limitado del constituyente le atribuyera una facultad de disposición. Ahora bien, hay que precisar un poco más, en el sentido de que no basta cualquier facultad de disposición sobre la finca que va a ser serviente o sobre el derecho del que se es titular: si sólo esa circunstancia fuera determinante deberíamos considerar que el derecho real de hipoteca sobre la propiedad o sobre el usufructo de la finca o sobre cualquier otro derecho real limitado susceptible de ser hipotecado, debería habilitar para gravar el fundo con una servidumbre. Sin embargo, el titular de una hipoteca –ya sea sobre la propiedad o el usufructo– no está habilitado para ello, primero, porque así lo dispone el artículo 1859 del Código civil común español conforme al cual el acreedor no puede disponer de las cosas hipotecadas. Sin embargo, aun podríamos argüir que sí puede disponer de su derecho real de hipoteca; pero tampoco esto permite reconocerle la posibilidad de constituir una servidumbre sobre la finca hipotecada y ello porque, además y en segundo lugar, será

²⁹ Artículo 84.1 (inciso 2) del Libro 5, Título 6 del Código civil holandés:

Such a limited proprietor (leaseholder, superficiary, usufructuary) may also agree with the owner of that other immovable thing that an easement is established on the immovable thing that is encumbered with the long leasehold, right of superficies or usufruct on behalf of that other immovable thing.

necesario que el contenido del derecho cuya titularidad ostenta el constituyente incluya la facultad de usar y disfrutar la finca del mismo modo y en la misma medida en que lo va a poder hacer el titular activo de la servidumbre. El acreedor hipotecario no tiene atribuida la facultad de usar o disfrutar de la finca, de modo que no puede constituir la servidumbre porque no puede enajenar una facultad que no integra el contenido del derecho de hipoteca del que es titular; y esto es así pese a que ostente –en determinadas circunstancias– la facultad de disposición sobre la cosa misma, de la propiedad de la finca³⁰. Por otro lado, las normas aragonesa y catalana precisan que sólo pueden constituir servidumbres los titulares de derechos reales *posesorios*, y la hipoteca no lo es porque no conlleva la posesión de la finca hipotecada.

De lo dicho, se deduce que, como ya hemos dicho, el fundamento de la legitimación del propietario no radica tanto en la facultad de enajenación de la cosa misma, cuanto en la facultad de uso y disfrute de la finca que integra su derecho de propiedad y en la facultad de disponer de la misma. De modo que el fundamento de su legitimación coincidiría con el del propietario del fundo dominante y sería la atribución de la facultad de uso de la finca.

Lo cual nos conduce inevitablemente al ámbito de los derechos reales limitados de goce que otorgan a su titular la facultad de usar o disfrutar en alguna medida la finca. Se suele pensar en el usufructo de modo que casi todas las disquisiciones doctrinales sobre esta cuestión suelen formularse y girar en torno a la legitimación del usufructuario de la finca sirviente en orden a la constitución de la servidumbre. Es más, Rebolledo considera que la posibilidad de ampliar la legitimación que analizamos a sujetos distintos del propietario se limita al usufructuario, puesto que no cabe admitir una servidumbre sobre servidumbre³¹.

En cuanto al usufructuario la legitimación en orden a la constitución de servidumbres prediales puede derivarse de lo dispuesto en el artículo 480 del Código civil común español, conforme al cual el usufructuario puede enajenar su derecho de usufructo; lo mismo cabe decir del Derecho catalán, en cuanto que el artículo 561-9 del CCCA catalana dispone que *el usufructo es disponible por cualquier título*. Sin embargo, la ley 408.2 del Fuero Nuevo de Navarra dispone que: *El usufructuario no podrá ceder su derecho*,

³⁰ En el mismo sentido: GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 120: *el acreedor hipotecario no puede constituir servidumbre alguna con base en su derecho al no disponer de facultad alguna sobre el fundo hipotecado mientras pende la garantía*.

³¹ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 146.

pero sí el ejercicio del mismo por el tiempo que dure el usufructo, recogiendo la intransmisibilidad propia del usufructo en Derecho romano; esto determina que el usufructuario no pueda enajenar su derecho real –a diferencia de lo que ocurre en el Código civil común español–³². Consecuentemente, al usufructuario cuya relación se rige por el Derecho navarro, hay que negarle legitimación para constituir servidumbres, al menos, las mismas no podrán tener la naturaleza de derechos reales como veremos en el apartado relativo a las servidumbres obligacionales³³.

En cuanto al titular de una servidumbre, como hemos dicho, Rebolledo le niega –entiendo que acertadamente por lo que digo a continuación– legitimación para constituir una servidumbre. Analicemos detenidamente el supuesto: estamos intentado determinar quién está legitimado para gravar la finca sirviente con una servidumbre, es decir, quién puede permitir que otro sujeto use parcialmente la finca sirviente. ¿Puede el titular de una servidumbre ya constituida sobre una finca cederla parcialmente a favor del titular de otra finca? El titular de esa servidumbre es necesariamente el titular activo de la misma, es decir, el propietario de la finca dominante. En principio y en la medida en que la servidumbre otorga un derecho de uso sobre una finca, no parece que debiera haber inconveniente teórico en reconocer esta posibilidad, salvo que nos encontremos ante un supuesto en el que forzosamente se ha impuesto la servidumbre contra la voluntad del dueño del predio sirviente: en tal caso, habría de comprobarse que, con respecto a la nueva finca, concurriría también la situación de necesidad que autorizara su constitución forzosa. Sin embargo, esta apreciación inicial favorable a la posibilidad de que el titular de una servidumbre pueda cederla parcialmente a favor del propietario de otra finca debe descartarse en cuanto que, como reza el artículo 534 del Código civil español común, las servidumbres son *inseparables* de la finca a la que activa o pasivamente pertenecen, de modo que no pueden enajenarse separadamente de la finca a cuyo favor se constituyen. Esto no parece suponer ningún inconveniente cuando la servidumbre la constituyen los propietarios de las fincas: no pueden enajenarla total ni parcialmente a favor de otra finca, sólo pueden transmitirla cuando enajenan el predio de su pertenencia, que es el dominante. De modo que si el titular de la servidumbre es el

³² Vid. ARREGUI GIL, José, «Comentario a las leyes 408 y ss. del Fuero Nuevo», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo XXXVIII, *Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDESA, p. 279.

³³ Sobre esta cuestión vid. BÁRBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Comentario a la ley 408», en *Comentarios el Fuero Nuevo*, dir. por Rubio Torrano, Enrique, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1332 y ss.

propietario de la finca dominante, éste no podrá enajenar la servidumbre si no dispone de la finca. Y lo mismo cabe decir respecto a los titulares de derechos reales limitados que han constituido la servidumbre para favorecer la finca sobre la que recae su derecho, es decir, que son titulares activos de la servidumbre³⁴.

Por otro lado, no tiene sentido suscitar si quien soporta pasivamente la servidumbre puede constituir una servidumbre sobre la misma, pues no puede disponer de una facultad que ha sido atribuida a otro sujeto en virtud, precisamente, de un derecho de servidumbre.

Siguiendo nuestro análisis, cabe mencionar la precisión de Roca Juan en el sentido de que debe negarse al usuario y al habitacionista la posibilidad de que constituyan la servidumbre, *por el carácter personal de estos derechos, con la prohibición de transmitirlos que expresamente recoge el artículo 525 del Código civil*³⁵. Parte este autor de la consideración de estos derechos reales como intransmisibles otorgando al precepto referido naturaleza de norma imperativa. En esta misma línea encontramos la opinión de Lacruz para el cual, la intransmisibilidad forma parte del *tipo* del derecho real de uso y habitación³⁶. Sin embargo, no es cuestión pacífica la catalogación del artículo 595 como norma imperativa, entendiéndose otros autores que se trata de un precepto dispositivo. Así, según Albaladejo³⁷, puede pactarse la posibilidad de enajenar el propio derecho de uso o habitación, o la de ceder su disfrute sin disponer del derecho; opinión, ésta, que permitiría –de ser mantenida– aceptar que el usuario y el habitacionista pudieran constituir una servidumbre sobre la finca que gravara el derecho del que son titulares sin necesidad de consentimiento del propietario siempre y cuando se reconociera la facultad de disposición en el título consti-

³⁴ Cuando los titulares de la servidumbre son titulares de derechos reales sobre la finca dominante, entiendo que tampoco el usufructuario puede enajenar la servidumbre al usufructuario o al propietario de otra finca distinta a la que inicialmente era dominante. En cuanto a un sucesivo usufructuario de la misma finca, entiendo que el segundo usufructuario adquiere la titularidad de la servidumbre no porque se la haya transmitido el usufructuario que le haya podido transmitir el usufructo, sino porque la facultad de uso y disfrute de la finca que integra el contenido del derecho de propiedad está conformada por la servidumbre desde que la misma se constituye y forma parte de la facultad de uso y disfrute del bien cuando ésta se desvincula de la propiedad plena. Por tanto, puede concluirse que cuando el titular activo de una servidumbre es titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante tampoco puede constituir una servidumbre sobre la servidumbre de la finca sirviente.

³⁵ ROCA JUAN, Juan, «Comentario a los artículos 594 a 599 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, tomo VII, vol. 2.º, p. 259.

³⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, III, volumen segundo, 1980, pp. 61 y 62.

³⁷ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, tomo III, *Derecho de bienes*, vol. 2.º, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, p. 98.

tutivo del derecho de uso o habitación³⁸. También es partidario de reconocer legitimación a los titulares de estos derechos Guilarte, porque entiende que la prohibición de transmitirlos que establece el artículo 525 se fundamenta en que *no se desnaturalicen tales derechos con la cesión que frustraría sus finalidades de tipo personal. Ahora bien, la constitución de la servidumbre no quebrantaría las finalidades del instituto o, de hacerlo, en mucha menor medida que el traspaso del propio derecho*³⁹. De donde se deriva que, para este autor, el reconocimiento de legitimación al usuario o habitacionista, no estaría tanto en su carácter transmisible o intransmisible –aunque hace constar la necesidad de pacto que permita la constitución de las mismas–, sino que dependería de si su constitución afecta o no al cumplimiento del fin personal que les es propio.

En Derecho navarro, los derechos de uso y de habitación, no son disponibles, como el usufructo; no obstante, el habitacionista puede arrendar total o parcialmente la vivienda –ley 424 del Fuero Nuevo–. Por su parte, el usuario no puede ceder su derecho, pero sí compartir su ejercicio con otras personas –ley 425–; entiendo que, al igual que en el caso del derecho de habitación, se trata de que puede ceder parcialmente el ejercicio de su derecho mediante relaciones de carácter personal y no real.

En Derecho catalán el derecho de uso y habitación es indisponible de manera unilateral por el titular –art. 562-4.1 del CCCA catalana–, debiendo recabarse el consentimiento de los propietarios de la finca para enajenar o gravar su derecho; de modo que no podrán el usuario y el habitacionista ellos solos constituir una servidumbre que grave la finca que disfrutan, aunque sí podrán hacerlo si consiente el propietario. Más adelante volveremos sobre esta norma cuya interpretación puede suscitar alguna duda.

Decidir si el enfiteuta puede constituir pasivamente la servidumbre implica también ciertos problemas, ya que son varios los preceptos que deben tomarse en consideración. Para empezar el artículo 596 del Código civil viene a decir que, el establecimiento de servidumbres voluntarias y perpetuas requiere el consentimiento del dueño directo y del titular del dominio útil; sin embargo, el artículo 1634 del Código civil, al señalar un límite a la constitución de servidumbres prediales por el enfiteuta –que la servidumbre no puede mermar la producción de la finca cuando la pensión del censo consista en una parte alícuota de los frutos–, está recono-

³⁸ En este mismo sentido, *vid.* CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Comentario al artículo 594 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, edit. por Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1508.

³⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, edit. Montecorvo, Madrid, 1984, p. 111.

ciéndole la posibilidad de constituir las por sí solo. En opinión de Roca Juan deben introducirse matizaciones en función de la naturaleza jurídica que se reconozca al derecho del que es titular el enfiteuta: para este autor, si se considera que el enfiteuta es el propietario de la cosa, debe reconocérsele disponibilidad sobre la finca, de modo que habría que admitir la posibilidad de que la grave con servidumbres; mientras que, en la concepción no dominante en la actualidad, el enfiteuta sería titular de un derecho real en cosa ajena⁴⁰. Lacruz, por su parte, admite la posibilidad de que pueda constituir servidumbres el enfiteuta⁴¹. Y es que, en efecto, con independencia de cuál sea la naturaleza de tal derecho –propiedad o derecho real en cosa ajena– podría considerarse que está legitimado, entre otras razones, porque, aunque no tenga la libre disponibilidad de la finca, sí tiene su uso pudiendo enajenarlo parcialmente con la constitución de una servidumbre. Sin embargo, es muy difícil prescindir del artículo 596 del Código civil común español que exige el consentimiento de los dos dueños; por ello acaso deba valorarse la opinión de Rebolledo Varela que, para compatibilizar este precepto con el artículo 1634 del Código civil común español, introduce matizaciones aceptando la posibilidad de que el enfiteuta constituya servidumbres temporales, o entendiendo que: *si la pensión no consiste en parte alícuota de los frutos, sería admisible la constitución de servidumbre perpetua con el consentimiento tácito del titular del dominio directo dado que el carácter expreso de tal consentimiento sólo se exige en el supuesto regulado en el artículo 1634 CC, pero no en la regla general del artículo 596 del CC*⁴².

Por su parte, los titulares de una propiedad superficiaria pueden constituir una servidumbre sobre la misma. En este sentido, el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo dispone que: *El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo*. Más clara es, en este orden de cosas, la ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra conforme a la cual: *El titular puede, por sí solo, constituir servidumbres a favor del inmueble a que tales derechos se refieren* –alude al derecho de superficie y a los derechos de sobre y subedificación–. Por su parte, el artículo 564-4.2.a) del CCCA catalana reconoce la

⁴⁰ ROCA JUAN, Juan, «Comentario a los artículos 594 a 599 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, tomo VII, vol. 2.º, p. 259.

⁴¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho civil*, III, volumen segundo, 1991, p. 156.

⁴² REBOLLEDO VARELA, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 137.

posibilidad de pactar en el título constitutivo: *La limitación de la disponibilidad de los superficiarios sobre su derecho, en concreto, sometiéndola al consentimiento de los propietarios de la finca*; de modo que, si no se prohíbe expresamente, tienen posibilidad de enajenar su derecho y, por tanto, la facultad de uso de la finca que el mismo implica.

No obstante, en relación al derecho de superficie, hay que tener en cuenta que deben distinguirse dos etapas de su vida separadas por la construcción del edificio sobre el que recae la propiedad superficiaria:

– Existiendo dicha construcción –ya sea desde el principio de la constitución del derecho o cuando se edifica después de constituirse el mismo–, el superficiario puede constituir servidumbres prediales sobre dicha finca sin ningún tipo de problema, en cuanto que es propietario⁴³.

– Antes de la existencia de la edificación, sin embargo, las servidumbres que constituya no se transmitirán y no serán eficaces como derechos reales hasta que no exista el edificio, pues no habrá podido operarse la *traditio*.

Lo mismo cabe decir con respecto a los derechos de sobre y de subedificación configurados como derechos reales sobre cosa ajena: hasta que el titular no sea propietario pleno de lo sobre o subedificado –para lo cual ha debido construirse–, no podrán adquirirse como derechos reales las servidumbres que, con antelación, haya podido constituir el titular de estos derechos.

B) *Naturaleza de la relación constituida*

a) Relaciones jurídico-reales

Cuando quien constituye la servidumbre es el propietario de la finca sirviente o el titular de alguno de los derechos reales que habilitan para ello, la doctrina conviene en que la servidumbre constituida tiene naturaleza jurídico-real. O, al menos, puede llegar

⁴³ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 117, parece aceptar la posibilidad de que el superficiario constituya servidumbres incluso perpetuas sobre el edificio que permanecen cuando se extingue su derecho, basándose en la inherencia de la servidumbre. Sin embargo, el vigente artículo 41.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo dispone que, cuando se extingue el derecho de superficie por el transcurso del tiempo fijado, deben entenderse extinguidos los derechos reales y personales impuestos por el superficiario.

a tener esa naturaleza –siempre y cuando se produzca la *traditio*⁴⁴–. En este sentido se pronuncia Albaladejo afirmando que:

Tal cosa sí es posible que la hagan los titulares de un derecho, aun sin ser propietarios de la finca gravada, pues obsérvese que verdaderamente no se trata de gravar ésta en el sentido de establecer un derecho sobre ella que reduzca el contenido de la propiedad, sino de reducir el derecho que desde antes la gravaba, cediendo facultades del mismo. Y como las facultades de éste recaían directamente sobre la cosa, las que se cedan, también recaen directamente sobre ella. Entonces es innegable que la servidumbre existe como derecho real formado, no a costa de la propiedad, sino a costa del derecho real que limitaba a ésta.

En cuanto al titular de un derecho real indisponible como es el caso del usufructuario regido por el Derecho navarro, o el usuario o habitacionista si se entienden –en relación al Código civil común español– o son –como en Derecho navarro– derechos esencialmente intransmisibles, puede considerarse que si constituyen una servidumbre, la relación no podrá ser de naturaleza real sino meramente personal, es decir, de esa relación sólo surgirán derechos de crédito o personales al uso parcial o limitado de la finca que presta el servicio⁴⁵.

b) ¿Qué resulta gravado con la servidumbre: la finca o el derecho real limitado?

Entiendo que, cuando quien consiente es el titular de un derecho real limitado, la servidumbre grava la propiedad de la finca, pero lo hace, *indirectamente*; lo cual no creo que sea incompatible con la consideración de que también se está gravando el derecho real limitado. Las cosas entiendo que, en la arquitectura o estructura de las relaciones jurídico-reales o del contenido jurídico de las titularidades reales que recaen sobre la finca sirviente, ocurren como se expone:

⁴⁴ El artículo 566-2.1 del Código civil de la CA catalana dispone que las servidumbre sólo requieren título y no modo para su transmisión. De modo que en las relaciones sometidas a este conjunto normativo no será necesaria *traditio* para la constitución de la servidumbre con alcance jurídico-real.

⁴⁵ Quienes niegan legitimación a los titulares de derechos reales limitados para constituir servidumbres, suelen valorar la posibilidad de que constituyan relaciones de naturaleza personal. En este sentido. *Vid.* MANRESA y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios al Código civil español*, tomo IV, séptima edición, Reus, Madrid, 1972, p. 1016: *el usufructuario no puede imponer servidumbres sobre el fundo usufructuario, porque no es propietario de él. Lo que sí puede hacer es ceder el disfrute de parte de su usufructo bajo la forma de ejercicio de una servidumbre: por ejemplo, permitir el paso por su finca a un colindante; pero téngase en cuenta que no impone servidumbre, sino que cede un derecho personal dentro de los límites del suyo, sin que pueda en modo alguno afectar al del dueño de la finca usufructuada.*

El titular de un derecho real limitado tiene adjudicada una facultad de uso de la finca, la cual integra el contenido del derecho pleno de propiedad sobre dicho fundo; derecho de propiedad del que está desmembrada o desgajada dicha facultad en virtud del derecho real limitado en cuestión. Cuando el titular de ese derecho real limitado constituye una servidumbre, está enajenando parte de la facultad de uso sobre la cosa que su derecho le otorga e, *indirectamente*, está atribuyendo parte del contenido del derecho de propiedad pleno sobre la finca a otro sujeto. De modo que cabe decir que, gravando su derecho, grava la finca o, mejor dicho, grava el derecho de propiedad sobre la finca, incorporando una relación jurídica más a la estructura jurídico real de la misma.

En realidad, la consideración de si lo que se está gravando con la servidumbre es la propia finca o el derecho real limitado del que es titular el constituyente, no tiene consecuencias prácticas importantes, en cuanto que la servidumbre así constituida tiene, como veremos, unos límites muy claros. Tampoco tiene consecuencias desde el punto de vista dogmático en cuanto que, tanto en un caso como en otro, puede afirmarse que se respeta la característica de inherencia de la servidumbre a la finca a la que pasivamente pertenece.

C) *¿Es incompatible la legitimación de estos sujetos con la del propietario?*

Una de las cuestiones que suscita el hecho de que los titulares de derechos reales limitados puedan constituir servidumbres es si dicho reconocimiento impide que las pueda constituir el propietario.

La exclusión, entiendo, estará en función del contenido de la servidumbre que se proyecta constituir. Cuando ésta no afecte el ejercicio del derecho real limitado constituido sobre la finca a favor de otro sujeto, el propietario conservará legitimación plena para constituir servidumbres. Así, por ejemplo, puede constituir una servidumbre de acueducto si no perjudica el usufructo atribuido a otro sujeto o una servidumbre de paso para que adquiera eficacia una vez que se extinga el derecho de usufructo que resultaría perjudicado por la misma.

Otra cosa es si se trata de una servidumbre cuyo contenido afecta el ejercicio de algún derecho real limitado que grava la finca. En este sentido, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 595 del Código civil común español que exige que concurra el consentimiento del usufructuario cuando la servidumbre que proyecta constituir el nudo-propietario perjudica el derecho del usu-

fructo (norma que reproduce literalmente el artículo 562.2 del CDF de Aragón). Esta disposición debe interpretarse en el sentido de que, si la iniciativa para la constitución procede del nudo-propietario y la servidumbre proyectada perjudica al usufructuario, éste debe consentir la constitución de la servidumbre. Pero esto no significa que, si la iniciativa procede del usufructuario, siendo que sólo a él le afecta el servicio que se articula a través de la servidumbre, éste deba recabar el consentimiento del nudo-propietario. Es más, creo que, en caso de que la servidumbre afecte al usufructo, puede afirmarse que, mientras el usufructuario puede por sí sólo consentir la servidumbre, el nudo-propietario no podrá hacerlo sin contar con aquél.

Por otro lado, aunque el usufructuario pueda por sí sólo –es decir, sin contar con el consentimiento del nudo-propietario–, constituir una servidumbre que sólo afecte a su derecho, podrá constar el consentimiento del nudo-propietario, lo cual no es irrelevante, en cuanto que da a la servidumbre otra dimensión, sustrayéndola de los límites de contenido y de duración que tendría de constituirse sólo –por parte de la finca sirviente– por el usufructuario y a los que aludiré más adelante.

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos en que el titular del derecho real limitado no está habilitado para constituir la servidumbre? Recordemos que no lo están en el caso de tratarse de un usufructo sometido al Derecho navarro, tampoco los usuarios y habitationistas del Código civil común si estos derechos los entendemos intransmisibles. Además, hay que tener en cuenta que para el usuario o habitationista sometidos al Derecho catalán se establece legalmente que no pueden disponer de su derecho si no es con el consentimiento del propietario –art. 562-4.1 del CCCA catalana–. Distingamos dos supuestos distintos:

– Por un lado, el caso que afecta a los derechos de usufructo, uso y habitación navarros y el derecho de uso y habitación regidos por el Derecho común español para quienes creen que son intransmisibles. El Fuero Nuevo y el Código civil se limitan a prever su indisponibilidad por sus titulares. Entiendo que el propietario sólo podrá constituir servidumbres que afecten a estos sujetos contando con el consentimiento de éstos; pero, en este caso, la servidumbre la constituye el nudo-propietario y grava la finca, de modo que, no va a tener los límites de duración y contenido propios de los derechos a los que afecte.

– Distinto es el caso de los derechos de uso y habitación del Derecho catalán, para los que el artículo 562-4.1 dispone que: *Los usuarios y los que tienen derecho de habitación solo pueden*

gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios⁴⁶. A mi modo de ver, el artículo 562-4.1 recoge la disponibilidad de estos derechos por sus titulares pero necesitan el complemento que representa el consentimiento del propietario. Aunque, en un principio, pueda parecer que nos encontramos en la misma situación que en el caso anterior, ya que deberán consentir el propietario y los titulares de derechos reales limitados, lo cierto es que no es lo mismo. Ya que, en este caso, se puede plantear el problema de desentrañar la dimensión del consentimiento dado por el propietario: puede interpretarse que, al consentir, sustrae a la servidumbre de los límites de contenido y duración del derecho de uso o habitación a que afecta la servidumbre, o puede entenderse que únicamente esta consintiendo la enajenación por el usuario o habitacionista de su derecho y que, por tanto, la servidumbre constituida sigue estando delimitada en su alcance –en cuanto a contenido y duración– por los derechos de uso y habitación. A mi modo de ver, que el consentimiento del propietario se interprete de un modo u otro dependerá de quién haya tenido la iniciativa para la constitución de la servidumbre, pero tal circunstancia puede no ser fácil de precisar, con lo cual, ante la duda, me inclino por el menor gravamen sobre la finca sirviente y entender que el propietario sólo está autorizando al usuario y habitacionista la enajenación de parte de su derecho –del de uso o habitación–, salvo que otras circunstancias como el sujeto que, en su caso, recibe la indemnización o el precio fijado para la constitución de la servidumbre indiquen otra cosa.

D) *Límites de contenido y temporales de las servidumbres constituidas por estos sujetos*

Ahora bien, y como no podía ser de otra manera en virtud del principio *nemo dat quod non habet*, la posibilidad de que los titulares de derechos reales limitados y posesorios sobre una finca puedan gravarla con una servidumbre sólo cabe dentro de los márgenes que marcan el contenido y la duración de los derechos cuya

⁴⁶ Hay que tener en cuenta que el artículo 36 de la Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre de Regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, establecía la indisponibilidad del derecho de uso y habitación por su titular. Decía este precepto que «El usuario y el habitacionista no pueden alienar su derecho» Lo cual ha cambiado al introducirse en el CCCA catalana un precepto en el que se permite su enajenación con el consentimiento del propietario (*cf.* art. 562-4.1). De ese modo, la doctrina catalana en relación al precepto anteriormente vigente venía a negar legitimación para constituir servidumbres a los usuarios y habitacionistas, amparándose en que se trataba de *derechos que no permiten una utilización exclusiva de la finca*. *Vid.* GINER GARGALLO, Antonio y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en *VVAA, Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 557.

titularidad ostentan: la servidumbre no podrá rebosar el contenido de esos derechos, y, además, necesariamente se extinguirá –si no lo hace antes– cuando lo haga ese derecho⁴⁷.

Las limitaciones a que aludimos existirían aun sin norma que expresamente las formulara. Y es que, en efecto, cuando es el titular de un derecho real limitado sobre la finca sirviente quien constituye la servidumbre, no puede obligar al propietario a soportar el gravamen que ésta implica cuando la misma excede el conjunto de facultades reconocidas al constituyente sobre la finca –salvo que concurra el consentimiento del dueño–. Por otro lado, la servidumbre no puede durar más que su derecho sobre la finca sirviente, ya que supondría obligar al dueño a recibir –en el momento de la consolidación– una propiedad con un gravamen que no ha consentido, lo cual va en contra del principio de prioridad que rige en materia de derechos reales.

No obstante no ser necesarias, como digo, encontramos numerosas normas que fijan estos márgenes para el contenido y duración de las servidumbres constituidas por titulares de derechos reales limitados sobre la finca sirviente.

Así, algunos preceptos aluden expresamente a límites de contenido, como es el caso del artículo 1634 del Código civil común español en relación al censo enfitéutico que impide que la servidumbre reduzca los frutos de la finca que deben entregarse como pensión al dueño directo.

Otros preceptos, establecen expresamente *límites cronológicos* a la duración de la servidumbre, como hace, para el derecho de superficie, el artículo 41.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, conforme al cual: *La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario*. Ahora bien, esta norma tiene en cuenta la circunstancia de que el derecho de superficie se extinga por renuncia voluntaria del superficiario, en cuyo caso *las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie*. Lo cual entiendo que acaso podría hacerse extensible a otros derechos reales.

El artículo 480 del Código civil español común dispone que, cuando se extinga el usufructo, se resolverán los contratos que celebre el usufructuario.

Establecen también estos límites el artículo 562 del CDF de Aragón conforme al cual la servidumbre constituida por titulares

⁴⁷ Vid., por todos CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Comentario al artículo 594 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, edit. por Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1507.

de derechos reales posesorios tiene el alcance y la duración de estos derechos. Por su parte, el artículo 566-2.2 del CCCA catalana dispone lo mismo añadiendo la precisión de que sólo en el caso de que su constitución sea voluntaria, es decir, que, si la constitución es forzosa, la servidumbre puede extenderse más allá del contenido y duración; pero es que, en tal caso, entiendo que no cabe hablar de constitución por el titular de un derecho real limitado sobre la finca sirviente.

También se refiere a los límites temporales, el artículo 84.3 del Libro 5 del Título 6 del Código holandés, aunque este precepto matiza que no se producirá la extinción cuando la propiedad del fundo dominante y sirviente se fusionen en una o cuando el propietario de la finca sirviente hubiera manifestado en escritura pública e inscrita en el registro su voluntad favorable a que su propiedad esté gravada con dicha servidumbre⁴⁸.

3. Servidumbres de naturaleza obligacional

Normalmente hablamos de servidumbres únicamente para referirnos a relaciones jurídicas de naturaleza real. Pero lo cierto es que todos los derechos reales cuando se transmiten por la concurrencia del título y el modo pasan por dos fases: la anterior y la posterior a la *traditio*. En la fase previa nos encontramos ante relaciones meramente personales, que, en la mayoría de las ocasiones, no encajan en ninguno de los contratos tipificados, de modo que antes de que concurra la *traditio* podemos hablar de un contrato de servidumbre, cuya naturaleza es personal y que otorga un derecho de crédito al uso parcial de la finca sirviente⁴⁹.

Por ello, cuando los constituyentes son el propietario o titulares de derechos reales limitados disponibles, el ejercicio de la servidumbre supondrá el traspaso posesorio –si es que no se ha operado antes por escritura pública o por consenso–, llegando la servidum-

⁴⁸ Cfr. artículo 84.3 del Libro 5, Título 6 del Código holandés:

An easement established by the proprietor of a limited property right (leaseholder, superficies, usufructuary) on the immovable thing that is encumbered with his limited property right, ceases to exist at the end of that limited property right, unless it ceases to exist because of a merger of the ownership of the dominant and servient land or unless the owner of the immovable thing that was encumbered with the meanwhile ended limited property right had already declared in a notarial deed, registered at the public registers for registered property, that he agrees with the establishment of this easement on his immovable thing. The same applies to an easement established by the proprietor of a right of superficies (superficiary) on this limited property right.

⁴⁹ Sin embargo, eso no es así en Derecho catalán, el artículo 566-2.1 dispone que: *Las servidumbres solo se constituyen por título*. De modo que desde que se acuerda su constitución tienen alcance jurídico-real.

bre a alcanzar la naturaleza de derecho real. Por otro lado, estos sujetos también pueden establecer una relación meramente personal cuyo contenido coincida con el de una servidumbre. Pero que la naturaleza de la relación sea ésta y no de la derecho real entiendo que debe desprenderse de manera meridianamente clara del título constitutivo, de lo contrario, la interpretación de la voluntad de las partes en este orden de cosas debe ser favorable a la naturaleza jurídico-real de la relación, puesto que, normalmente, como decimos, el término servidumbre se asocia a relaciones de esta naturaleza.

En cuanto a los titulares de derechos reales limitados que son indisponibles, como el derecho de usufructo, uso y habitación del Derecho navarro, los derechos de uso y de habitación en Derecho común español para los que opinan que son intransmisibles, hay que entender que pueden constituir relaciones de carácter personal que otorguen a otro sujeto un derecho de crédito al uso parcial de la finca sobre la que recae su derecho real. Lo mismo cabe decir con respecto al usuario y habitacionista del Derecho catalán cuando no concurra el consentimiento del propietario. En estos casos, no nos encontramos ante servidumbres de naturaleza real, sino meramente obligacional.

Conviene señalar, además, que el propietario de una finca no podrá, sin embargo, establecer servidumbres que perjudiquen el ejercicio de cualquier derecho real limitado sobre la misma sin contar con el consentimiento del titular, entiendo que ni siquiera de naturaleza personal.

La posibilidad de constitución de relaciones de naturaleza personal con el contenido de una servidumbre también hay que entenderla abierta a los titulares de un derecho de crédito al uso de la finca sirviente, por ejemplo, un arrendatario, siempre y cuando la ley o el contrato le permitan disponer de su derecho⁵⁰.

Este tipo de relaciones de naturaleza personal deberán considerarse enmarcadas dentro de los márgenes de contenido y duración del derecho del que es titular el constituyente, no pudiendo ir más allá de los mismos.

⁵⁰ En el mismo sentido, *vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 130. También ALBALADEJO, Manuel, p. 132. No obstante, hay quien parece manifestarse en contra amparándose en la escasa duración y vinculación con la finca: GINER GARGALLO, Antonio y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en VVAA, *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 556: *De acuerdo con la literalidad del precepto, que se refiere explícitamente al derecho de propiedad y a los derechos reales posesorios, no es posible en el caso de los derechos personales. Ello se justifica, fundamentalmente, por su poca duración y vinculación con la finca.*

III. LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES POR SUJETOS QUE NO SON PROPIETARIOS DE LA FINCA DOMINANTE

Como ha quedado expuesto en el primer apartado, el Derecho positivo español atinente a esta materia suele aludir claramente a la legitimación del dueño del predio sirviente para constituir voluntariamente servidumbres prediales, pero, en lo que respecta a la del dueño del predio dominante, las normas no son tan rotundas, a excepción –claro está– de las más recientes –art 562.1 del CDF de Aragón y art. 566-2.2 de la norma catalana–. Así, nada se dice específicamente en el Código civil común español, tampoco en el Derecho civil gallego se menciona al sujeto que debe consentir por parte del predio dominante y ya hemos visto cómo en Derecho navarro cuando se alude al lado activo de la servidumbre, se menciona al titular de la servidumbre o al titular del predio dominante y en el único caso en el que se alude expresamente al *propietario de la finca enclavada* es para extenderle la legitimación en orden a solicitar la constitución forzosa de la servidumbre de paso –ley 399.1–; en el párrafo primero de esa misma ley 399 se menciona al *titular de la finca favorecida*.

Ahora bien, no creo que la mencionada falta de rotundidad permita concluir que se esté contemplando indirecta o implícitamente un ensanchamiento de la legitimación desde el lado activo de la servidumbre (salvo en el caso de la ley 399 del Fuero Nuevo navarro en la que efectivamente se menciona al propietario y al titular de la finca favorecida como sujetos que pueden exigir la constitución forzosa a favor de finca enclavada, si es que el término titular no hay que entenderlo exclusivamente al propietario), sino que, simplemente, se alude al titular de la finca, sin prejuzgar quién pueda ser este sujeto. Y considero que es así del mismo modo que no cabe entender que se legitime exclusivamente al propietario de la finca sirviente cuando las normas se refieren preferente o casi exclusivamente a él como sujeto que debe consentir desde el lado pasivo. Lo que creo que hay que extraer de esa indefinición y falta de precisión es simplemente que no se considera tan relevante concretar quién debe consentir desde el lado activo la constitución de la servidumbre.

En Derecho comparado –al margen del artículo 686 del Código civil francés que se refiere también al propietario del fundo dominante, además de al del sirviente–, se puede decir que existe también una indefinición normativa a la hora de precisar los sujetos que pueden consentir la constitución voluntaria de las servidum-

bres desde el lado activo; pero, en este caso y a diferencia de lo que se ha dicho con respecto al Código civil común español, sí que puede afirmarse que la falta de concreción responde a un ensanchamiento de la legitimación en orden a la constitución voluntaria de servidumbres por parte del predio dominante. Así, a excepción del Código civil suizo, que no se pronuncia sobre la posibilidad de que otros sujetos distintos al propietario de la finca dominante puedan constituir servidumbres, la indefinición del Código portugués⁵¹ o la del italiano⁵² en este orden de cosas viene determinada porque se reconoce expresamente legitimación a otros sujetos distintos como al usufructuario o al enfiteuta.

Lo que nos da pie a preguntarnos si realmente es tan intrascendente como parece derivarse de la regulación del Código civil español la precisión de quién puede consentir desde el lado activo. Y, si efectivamente es así, ¿significa esto que cualquiera puede consentir la servidumbre? ¿Incluso el titular de un derecho de crédito sobre la finca dominante (un arrendatario, por ejemplo)? ¿También podría un tercero ajeno a la finca que resultaría favorecida por la servidumbre constituirla? A responder estas cuestiones y otras dedicamos esta tercera parte del trabajo.

1. Ampliación de la legitimación a otros sujetos distintos del propietario de la finca dominante

Cuando nos encontramos ante servidumbres cuya constitución puede imponerse forzosamente, se reconoce legitimación activa a los titulares de derechos reales limitados que tienen atribuida la facultad de uso, porque precisamente en ellos concurre el presupuesto de la necesidad del servicio. Pero la cuestión es, si en aque-

⁵¹ Código civil portugués:

Artigo 1543^o (Noção)

Servidão predial é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente; diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela beneficia.

CAPÍTULO II. Constituição das servidões

Artigo 1547^o (Princípios gerais)

1. As servidões prediais podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família.

2. As servidões legais, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos.

⁵² Artículo 1058 del Código civil italiano, al regular la constitución voluntaria de las servidumbres no concreta quién debe consentir y dispone que:

Modi di costituzione: Le servitù prediale possono essere costituite per contratto o per testamento.

Las servidumbres prediales no forzosas, otros sujetos distintos al propietario están legitimados para consentir su constitución. Se dispone expresamente que cuentan con dicha legitimación los titulares de derechos reales limitados posesorios en los artículos 562-2 del CDF Aragón y del artículo 562-2.2 del CCCA Catalana.

En Derecho italiano y portugués, como venimos diciendo, se entienden legitimados el enfiteuta y el usufructuario (*cf.* art. 1078 del Código italiano y art. 1575 del portugués); en Holanda, el *leaseholder*, el usufructuario y el superficiario (*cf.* art. 5.84.1 del Título 5, Libro 6 del Código holandés).

Los autores que se pronuncian a propósito del Código civil común español, suelen reconocer a los titulares de derechos reales limitados sobre la finca dominante legitimación para beneficiar al fundo con servidumbres, pero no tienen clara la naturaleza jurídica de la relación así constituida. Y, mucho menos, el protagonismo del propietario de la finca en la relación, sobretodo cuando el constituyente desaparece de la escena al extinguirse su derecho⁵³. Pero sobre estas cuestiones trataremos más adelante. Ahora, es suficiente con considerar que mayoritariamente en relación al Código civil español común se viene reconociendo legitimación a los titulares de derechos reales limitados sobre el fundo que resultará ser dominante en orden a la constitución de servidumbres; normalmente, cuando los autores abordan esta cuestión suelen discurrir en rela-

⁵³ Así, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*, Volumen segundo, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M.^a Bosch editor S.A, Barcelona, 1994, p. 133, viene a decir que:

En cuanto a quienes, sin ser propietarios, tengan algún derecho real ... sobre el predio dominante, podrán obtener sobre otro predio ... servidumbre que beneficie a aquél pero siendo ellos los titulares del gravamen, si no lo admite el dueño del predio beneficiario, pues sin consentimiento del mismo no pueden hacerle adquirir un derecho que nada le obliga a aceptar.

En sentido similar, LACRUZ BERDEJO, José Luis y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, J. M.^a Bosch editor, Barcelona, 1991, p. 157:

De todas formas, parece que nada impide la adquisición, por cualquier titular temporal del goce total o parcial de una finca..., de una influencia a favor de ésta y sobre otra distinta en forma de derecho real: acaso en principio se tratará técnicamente de servidumbre de carácter personal, que se convertiría en predial mediante la aceptación expresa o tácita del propietario.

Por su parte, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *La constitución voluntaria de servidumbres en Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 132 y 133, plantea la duda acerca del protagonismo del propietario como una cuestión de titularidad de la servidumbre, en los siguientes términos:

... será preciso constatar a quién pertenece la titularidad de tales servidumbres, pues si bien la regla general va a ser que tales servidumbres tienen por titular al dueño del predio dominante, puede ocurrir que los titulares de otros derechos sobre el fundo dominante sean capaces de aprovechar por sí todas las utilidades que la servidumbre proporciona y, en consecuencia, deba afirmarse en ellos la titularidad, o al menos la cotitularidad del gravamen.

ción al supuesto del usufructuario de la finca dominante. En este sentido, puede traerse a colación la opinión de García Goyena en relación al artículo 536 de su Proyecto de Código civil, precedente del ahora vigente, que reconocía al usufructuario facultad para adquirir la servidumbre basándose en que puede mejorar su condición⁵⁴.

Por mi parte, creo que debe reconocerse legitimación a sujetos distintos del propietario en la medida en que la servidumbre pueda reportarles cierta utilidad, y, precisamente, puede ser útil a quienes tengan atribuida la facultad de usar y disfrutar la finca que resultará ser dominante. Es decir, los que deben poder constituir la servidumbre son aquellos que pueden extraer una utilidad directa, la cual sólo cabe cuando se usa o explota la finca dominante o se tiene la posibilidad actual o futura de hacerlo; por ello, creo que es la atribución de la facultad de uso de la finca la que permite concretar quién está legitimado para constituir la servidumbre desde el lado activo.

Dicha facultad de uso sobre la finca que resultaría ser dominante puede estar atribuida a un sujeto no propietario en virtud de un derecho real (usufructo, uso, habitación) o de crédito (arrendamiento), debiéndose plantear si en los dos casos debe reconocerse legitimación en orden a la constitución de servidumbres favorables a la finca ajena que se usa o disfruta.

2. Titularidades de derechos reales limitados

Conforme a lo dicho, debe reconocerse legitimación a todos aquellos titulares de derechos reales limitados sobre la finca dominante que incluyan en su contenido la facultad de usar o disfrutar la finca en alguna medida.

Teniendo esto en cuenta, y analizando los derechos a los que nos hemos referido desde el punto de vista pasivo, habrá que reconocer al enfiteuta la posibilidad de constituir una servidumbre en beneficio de la finca que grava su derecho, también al usufructuario, pero también al usuario y al habitacionista, a los que habíamos excluido desde la posición pasiva cuando se entendían o se normaban como indisponibles. También el usufructuario de un inmueble sometido al Derecho navarro puede constituir una servidumbre en beneficio de la finca que disfruta.

⁵⁴ Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edic. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 273. En referencia, entre otros, al usufructuario dice literalmente que: *podrán adquirirla –la servidumbre– porque pueden por sí solos hacer mejor su condición.*

Sin embargo, en lo que respecta a los titulares de derechos de superficie, hay que delimitar claramente el supuesto en el que consienten la servidumbre desde el lado activo, de cuando lo hacen desde el pasivo. El superficiario consiente pasivamente cuando el servicio cuya prestación se articula a través de la servidumbre lo presta la parte de finca que le pertenece, favoreciendo a la parte de finca que corresponde al propietario que le concedió el derecho o a otra finca distinta. Mientras que consiente activamente cuando es otra finca distinta la que presta el servicio a favor, bien de la parte de finca que le pertenece, bien a favor de su parte y del resto de la finca que no es de su propiedad. También lo hace activamente cuando consiente para favorecer exclusivamente a la parte de finca que no le pertenece, pero tal supuesto entiendo que es asimilable al del tercero ajeno a la finca favorecida y lo veremos más adelante.

En cuanto al titular de un derecho de sobre y de subedificación, hay que tener en cuenta que, una vez que se ha efectuado la construcción, su propiedad es ordinaria –aunque sometida al régimen de Propiedad Horizontal– y estaría consintiendo el propietario de la finca dominante.

Con respecto al acreedor hipotecario sobre una finca que resultaría ser dominante. Entiendo que si estos sujetos consintieran la constitución de una servidumbre sobre la finca que grava el derecho del que son titulares, el supuesto se asimilaría al del tercero que consiente a favor de finca que analizaremos más adelante. Y ello porque la utilidad que la constitución de una servidumbre puede reportar al acreedor hipotecario de una finca no es inmediata, no es directa porque no tiene la posesión de la finca, ni la facultad de uso. El acreedor hipotecario no tiene la posesión de la finca en ningún momento.

En cuanto al titular de una servidumbre sobre la finca dominante, entiendo que acaso y a diferencia de lo que ocurría desde el lado activo, se le podría considerar legitimado en cuanto que la servidumbre fuera útil a su propia servidumbre, por ejemplo, podría constituir una servidumbre de apoyo del acueducto que pasa por la finca dominante sobre una tercera finca. No obstante, entiendo que, en realidad, no está beneficiando al fundo sirviente de la servidumbre de la que es titular, sino que la servidumbre constituida sobre ese tercer fundo beneficia a la finca de su pertenencia que será dominante respecto de las otras dos⁵⁵.

⁵⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *La constitución voluntaria de servidumbres en Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 146, considera que el titular de una servidumbre no puede beneficiar al fundo sirviente con una servidumbre sobre un tercer fundo porque, en su opinión, una servidumbre no puede recaer sobre otra.

A) *Naturaleza jurídica de las relaciones constituidas*

Cuando se analiza la posibilidad de que el titular de un derecho real limitado sobre una finca la beneficie con una servidumbre, hay quien sugiere que la relación puede encajar en la figura de la servidumbre personal⁵⁶, convirtiéndose en predial cuando el dueño de la finca dominante acepte –si es que lo hace– la constitución de la servidumbre; posibilidad ésta que suele plantearse en el momento en que el usufructuario desaparece de la escena por extinguirse su derecho. Es decir, mientras la servidumbre la disfruta y ejercita el titular del derecho real limitado que la ha constituido, se suele entender que es una servidumbre personal⁵⁷.

a) ¿Servidumbre personal?

La cuestión que ahora enfrentamos es la de a qué categoría pertenece una servidumbre constituida por el titular de un derecho real sobre la finca dominante, por ejemplo un usufructuario, debiendo precisar si nos encontramos ante una servidumbre personal o ante una servidumbre predial. Conviene tener en cuenta que se analiza la naturaleza jurídica de la relación en tanto en cuanto el titular del derecho real que ha constituido la servidumbre sigue ostentando tal titularidad.

La respuesta a esta pregunta nunca vendrá dada, entiendo, por la naturaleza de la relación jurídico-real que el constituyente tenga sobre la finca, como parece deducirse que piensan los autores que se refieren a este supuesto como un caso de servidumbre personal,

⁵⁶ Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil, III, Derecho de bienes*, Volumen segundo, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M.^a Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994, p. 134:

El derecho de servidumbre no asumido, de una u otra manera por el dueño del predio beneficiado, puede concebirse como derecho real personal (servidumbre personal)...

También LACRUZ BERDEJO, José Luis, y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho civil, III*, volumen segundo, 1991, p. 157, se pronuncian a favor de su caracterización como servidumbre personal si no consiente el dueño del predio dominante. Vid. también CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Comentario al artículo 594 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, edit. por Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1504.

⁵⁷ Ahora bien, cabe plantear que, acaso, las opiniones doctrinales aludidas no se están refiriendo a la servidumbre personal, en el sentido de derecho real que permite a un sujeto obtener un beneficio de la finca sirviente (*cf.* art. 531 del Código civil y art. 555 del CDFR de Aragón que se refiere a esta relación jurídica como derechos reales de aprovechamiento parcial), sino en el sentido de servidumbre de trascendencia meramente obligacional o personal entre los sujetos que la convienen (una relación equiparable a un arrendamiento o alquiler) por oposición a una servidumbre de dimensión jurídico-real. Sin embargo, por la forma en que los autores suelen oponer la idea de servidumbre personal a la predial, cuando aluden a esta cuestión, creo que no es ésta la interpretación que hay que dar a sus opiniones, sino que se están refiriendo a servidumbres personales de alcance jurídico-real.

sino por otras circunstancias del negocio jurídico de constitución de la servidumbre. Entiendo que, a la hora de catalogar la servidumbre como predial o personal, es prioritario analizar su contenido, el cual puede ser claro y terminante al respecto; pero, si no lo es, la decisión nunca vendrá de la mano de si el constituyente es dueño o es titular de un derecho real limitado sobre la cosa. Lo que debe ser concluyente es si el gravamen se constituye para el sujeto exclusivamente sin atender a su relación con la finca o para el sujeto en función de su relación –la que sea– con la finca, es decir, para la finca. En definitiva, si la servidumbre beneficia al fundo, se tratará de una servidumbre predial, si favorece al titular del derecho, será una servidumbre personal. No obstante, hay que tener en cuenta que el servicio que presta el fundo sirviente siempre va a ser usado y explotado por un sujeto, pero lo relevante, al distinguir entre servidumbre personal o predial, es si ese servicio lo puede usar porque mantiene una cierta relación con la finca –que sería dominante–, en cuyo caso sería una servidumbre predial, o lo podría usar del mismo modo sin detentar ningún derecho sobre la misma, en cuyo caso sería personal.

Para dilucidar la naturaleza de la relación, es decir, si la servidumbre se ha constituido a favor del sujeto o de la finca, puede considerarse, en un principio, relevante su duración. Si la servidumbre se debe entender extinguida cuando se extingue el derecho real limitado sobre la finca dominante del que es titular el constituyente, podríamos pensar que se estaría constituyendo para beneficiar a este sujeto y no a la finca, y que, en consecuencia, este supuesto sería un caso de servidumbre personal. Y ello, porque la única razón para entender que debería considerarse extinguida la servidumbre, sería el cambio subjetivo operado, al ser la única alteración relevante del presupuesto fáctico que se produciría.

A mi modo de ver, el que la duración de la servidumbre esté en función de la del derecho real limitado del que es titular el constituyente tampoco permite, sin más, hablar de servidumbre personal⁵⁸. Pensemos en el siguiente supuesto de hecho: se pacta que la servidumbre se debe extinguir cuando lo haga el derecho de usufructo del que es titular el constituyente, siendo que éste tiene la libre disponibilidad del mismo; supongamos que este sujeto enajena su derecho produciéndose un cambio de usufructuario. En este caso, parece que no deba entenderse extinguida la servidumbre, de modo que nos pondríamos de acuerdo en afirmar que la servidum-

⁵⁸ En relación a una servidumbre constituida por el usufructuario cuya duración coincida con la del usufructo, GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 139 considera que se trata de una servidumbre cuya titularidad corresponde en exclusiva al usufructuario.

bre no ha sido concertada en atención a la persona del usufructuario, sino en atención a la finca, a la facultad de uso sobre la misma. Por tanto, no cabría hablar de servidumbre personal, debiéndose concluir que la duración de la servidumbre en función de la del derecho real limitado del que es titular el constituyente tampoco determina necesariamente que la servidumbre deba catalogarse como personal.

Lo que quiero decir es que, aunque entendiéramos que la servidumbre se debiera extinguir necesariamente al hacerlo el derecho real limitado del constituyente, no podríamos considerar que la servidumbre es personal por estar sólo en beneficio de dicho sujeto, sino que la decisión de nuevo tendría que venir dada por si se constituye en beneficio de la finca o del sujeto que la constituyó, como hemos dicho más arriba. De modo que sólo cuando se decreta expresamente la extinción de la servidumbre cuando el sujeto deje de ser titular del derecho real limitado del que es titular, ya sea por extinción o transmisión de su derecho, deberemos convenir en que la servidumbre es personal, porque parece evidente que, en tal caso, se constituye en atención al sujeto y no en referencia a la finca. También deberemos concluir en ese sentido cuando, extinguido el derecho real que el constituyente disfruta sobre la finca dominante, éste puede seguir beneficiándose del servicio que proporciona la finca sirviente.

Esta reflexión adquiere cierta relevancia habida cuenta de que el tenor literal de los artículos 562.2 del CDF de Aragón y 566-2.2 del CCCA catalana disponen que las servidumbres constituidas por los titulares de derechos reales limitados tienen la duración de estos derechos. ¿Quiere esto decir que dichos preceptos están contemplando servidumbres personales? No parece que los legisladores autonómicos respectivos estén pensando en este tipo de servidumbres teniendo en cuenta que se trata de preceptos que se ubican en sedes donde claramente se están normando las servidumbres prediales. Más concretamente, es el artículo 555 del CDF aragonés el que alude a las servidumbres personales aunque denominando la relación como derechos reales de aprovechamiento parcial; por su parte, el CCCA catalana también regula como derechos de aprovechamiento parciales y al margen de las servidumbres (*cf.* art. 563) lo que siempre se había designado como servidumbres personales.

Conforme a lo dicho, creo que, en relación a estos regímenes autonómicos, no cabrá entender que estemos ante servidumbres personales por el hecho de que se extingan cuando lo hace el derecho del constituyente, porque esa consecuencia la establece la ley y no presupone la voluntad de los sujetos en orden a si se constituye

para beneficiar al sujeto o a la finca, debiendo presumirse –entendiendo– lo segundo, salvo que sea evidente que el sujeto constituyente pueda seguir usando la finca sirviente en la medida permitida por la servidumbre una vez que ya no tenga el uso que su derecho real limitado le atribuía sobre la que aparecía como dominante.

Concluyendo, no creo que el hecho de que la servidumbre la constituya el titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante permita, sin más, hablar de servidumbre personal.

b) Servidumbre predial. De cómo la estructura jurídico-real de la finca dominante resulta afectada. Titularidad de la servidumbre

Salvo en aquellos casos en que es muy evidente el carácter personal de la servidumbre así constituida, en el resto de supuestos, es mejor, entiendo, recurrir a la idea de servidumbre predial. Esta posibilidad es sugerida por Albaladejo como alternativa a la idea de servidumbre personal⁵⁹:

El derecho de servidumbre no asumido, de una u otra manera por el dueño del predio beneficiado, puede concebirse como derecho real personal (servidumbre personal) o si se quiere derecho real predial en beneficio del fundo dominante, pero cuya titularidad no va ligada a la del dominio de éste sino a su posesión.

A mi juicio es preferible hablar de servidumbre predial que de personal. Ahora bien, esto requiere explicar cómo entiendo que la estructura jurídico-real de la finca dominante se ve afectada por la constitución de la servidumbre por el titular de un derecho real limitado sobre la misma:

El beneficio que suministra el fundo sirviente se incorpora a la facultad que, desmembrada del dominio pleno, constituye el contenido del derecho real limitado del constituyente de la servidumbre. Por ejemplo, la facultad de pasar por el predio sirviente se integra en la facultad de disfrutar el fundo dominante que detenta el usufructuario. De modo que, indirectamente, el beneficio que proporciona la servidumbre –facultad de paso– se incorpora a la finca dominante, más exactamente, al contenido del derecho de propiedad pleno sobre la misma; aunque la facultad concreta del dominio que aprovecha ese beneficio –facultad de uso y disfrute– se siga manteniendo desmembrada del mismo en virtud del derecho real limitado del que es titular el constituyente de la misma –el usufructuario–.

Entender que las cosas ocurren de este modo permite otorgar a la relación alcance jurídico-real y, además, considerarla como ser-

⁵⁹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, edic de 1994, p. 134.

vidumbre predial y no personal. Además, tal configuración es respetuosa con la característica de la inherencia o inseparabilidad de la servidumbre predial respecto a la finca dominante.

Los autores suelen pronunciarse acerca de la titularidad de la servidumbre así constituida, entendiendo algunos que sólo lo son los constituyentes titulares de derechos reales limitados sobre la finca dominante. Sin embargo, tal y como he expuesto que creo que se ve afectada la estructura jurídico-real de la finca, considero que, en la polémica entre la opción por la titularidad exclusiva del constituyente⁶⁰ y la cotitularidad de varios sujetos⁶¹, es obvio que, en mi caso, me decantaría por la segunda, salvo en aquellos casos en los que del título constitutivo se desprenda claramente que nos encontramos ante una servidumbre personal.

B) *Límites de las servidumbres constituidas por titulares de derechos reales sobre la finca dominante*

Al referirnos a la constitución de servidumbres por titulares de derechos reales sobre la finca sirviente, hemos abordado la cuestión de sus límites temporales y de contenido, aunque no se planteaban enormes disquisiciones en cuanto que, evidentemente, dichas servidumbres no pueden ir más allá que los derechos reales limitados de los que son titulares los constituyentes, salvo que las consienta también el propietario de la finca gravada. Sin embargo, esta misma cuestión suscitada desde el lado activo, es decir, en relación a la finca dominante, es más compleja, habida cuenta de que, a priori, no parece necesario imponer la limitación de la duración y del contenido de la servidumbre en función de la del derecho real del que es titular el constituyente, puesto que se trata de un beneficio para la finca.

Este problema adquiere mayor relevancia en aquellos Derechos, como el aragonés y el catalán, que lo han normado paralelamente para el lado activo y pasivo, estableciendo el mismo precepto con independencia de si el no propietario, titular de un derecho real limitado, que constituía la servidumbre lo hacía con respecto a la finca dominante o en relación a la finca sirviente, disponiendo que, en ambos casos, la servidumbre tiene el alcance y duración de su derecho (*cf.* art. 562.1 del CDF Aragón y 566-2.2 del CCA catalán). Pero acaso este paralelismo no haya sido demasiado acertado como intento argumentar a continuación. Veamos.

⁶⁰ Optaría por esta solución: ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, edic. de 1994, p. 133.

⁶¹ *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 137 y 138.

- a) Límites de contenido. Posibilidad de que el contenido de la servidumbre rebose materialmente el del derecho del constituyente

En cuanto al alcance de la servidumbre, desde el punto de vista de su contenido, hay que precisar que la exigencia de que no desborde el contenido del derecho real limitado del que es titular el constituyente no parece tener sentido cuando nos estamos refiriendo a la finca dominante, al lado activo de la relación jurídica. Entiendo que la servidumbre podrá constituirse de manera que pueda servir al derecho del constituyente y, además, al derecho de propiedad sobre la finca, e incluso puede favorecer al titular de otro derecho real posesorio que haya sobre la misma.

Podría plantearse la duda de si la relación jurídica así constituida alcanzaría naturaleza real con respecto a los otros sujetos que, no consintiendo la servidumbre, pueden beneficiarse de la misma. Me explico: si el usufructuario constituye una servidumbre de paso a favor de la finca que disfrutan él y, además otro u otros sujetos –como un nudo-propietario u otro usufructuario–, podría considerarse que, con respecto a esos otros sujetos, la relación no alcanzaría naturaleza real hasta que no la aceptaran y no la poseyeran, es decir, que esos otros sujetos deberían aceptar la servidumbre y, en su caso, tomar posesión de ella.

En cuanto a la *aceptación*, diremos que esta reflexión que acabamos de hacer tendría sentido si nos encontráramos ante un derecho real cuya titularidad fuera personal, es decir, estuviera ligada directamente al sujeto que ostenta la titularidad, ante un derecho real que se integrara directamente en el patrimonio del titular, por ejemplo, un derecho de usufructo, de superficie o cualquier otro. Sin embargo, no debemos olvidar que las servidumbres prediales articulan relaciones entre fincas, de manera que su titularidad subjetiva viene determinada indirectamente por la de la finca a la que es inherente. Por consiguiente, es titular de la servidumbre quien lo es de la propiedad o de cualquier otro derecho real limitado sobre la finca a la que beneficia. Por ello, creo que, como he dicho al hablar de la naturaleza jurídica, cuando el titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante consiente la constitución de la servidumbre, la está integrando en el contenido jurídico-real del derecho de propiedad pleno sobre la finca y no sólo él es el titular de la servidumbre, sino que lo será cualquier sujeto que ostente una titularidad jurídico-real sobre la finca que, a su vez, le hace titular de la servidumbre. Es decir, su consentimiento a la constitución de la servidumbre no la incorpora directamente a su patrimonio, en el que sólo ingresa indirectamente en función de la relación que tiene

con la finca. De manera que no es necesario que el resto de posibles beneficiarios acepte⁶². No estamos ante un contrato a favor de tercero; idea esta que es sugerida por algunos autores⁶³.

En cuanto a la *toma de posesión* necesaria para que la relación adquiera dimensión de derecho real –la *traditio*–, por las mismas razones que acabo de exponer, entiendo que la operada por el constituyente de la servidumbre –titular de un derecho real limitado sobre la finca– dota de naturaleza jurídico-real a la relación con respecto al resto de sujetos⁶⁴. Pongamos un ejemplo:

Imaginemos una servidumbre de acueducto o de paso en cuyo título constitutivo –consentido desde el lado activo por el titular de un usufructo parcial sobre la finca dominante– se ha pactado que puedan pasar por la finca gravada una determinada cantidad de agua o un número de personas o vehículos muy superior a las necesidades reales del usufructuario que consiente y que podría ser aprovechado por el nudo-propietario u otro usufructuario que disfruta y explota la finca dominante de modo distinto y compatible a como lo hace el constituyente. Además, se ha fijado en el título constitutivo como finca dominante la que disfruta el usufructuario, resultando claro que no se trata de una servidumbre personal. Entiendo que en tal caso, el uso de la servidumbre que efectúa el usufructuario que ha constituido la servidumbre implica que se ha operado la *traditio* con respecto a todos aquellos sujetos que detentan alguna titularidad jurídico-real sobre la finca y que pueden aprovechar la servidumbre de algún modo. Y ello, entre otras razones, porque la servidumbre se constituye para la finca, no para el sujeto y, una vez que un sujeto la incorpora a la finca, todos los sujetos relacionados con ésta pueden tener cierto protagonismo con respecto a la servidumbre.

Por todo lo expuesto creo que, de entrada, no parece tener sentido que el alcance de la servidumbre, desde el punto de vista de su contenido, deba venir determinado por el del derecho real limitado del que es titular el constituyente. Puede ser más amplia y la adquisición por dicho sujeto –operada por la conjunción de título y modo protagonizada por él– es una adquisición para la finca. Por ello, la relación tendrá trascendencia jurídico-real con respecto a cualquier sujeto y no sólo a quien la ha constituido consintiendo su constitución y tomando posesión de la misma.

⁶² En este sentido BIONDI para el Derecho italiano no deriva el hecho de que la servidumbre aventaje al propietario de su consentimiento, sino de la inherencia al fundo de la servidumbre. Cfr. BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Comares, Granada, 2002. Traducción de *Le servitù*, por Juan Manuel GÓZALEZ PORRAS, p. 490.

⁶³ Sugiere la idea de contrato a favor de tercero o de donación, ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁴ Hay que tener en cuenta que en Cataluña, la constitución de la servidumbre como derecho real sólo requiere título. El artículo 566-2.1 del CCCA catalana dice que: *Las servidumbres solo se constituyen por título, otorgado de forma voluntaria o forzosa.*

b) Límites temporales. Posibilidad de que la servidumbre exceda la duración temporal del derecho del constituyente

En cuanto a los límites temporales de la servidumbre, las opciones son dos: entender que la servidumbre constituida está limitada temporalmente por la del derecho real limitado del que es titular el constituyente o considerar que puede mantener su eficacia más allá de la extinción de aquél.

La indefinición del Código civil común español en este punto choca con la dicción de los artículos 562 del CDF de Aragón y el 566-2.2 del CCCA catalana conforme a los cuales la servidumbre se extingue cuando lo hace el derecho del constituyente sobre la finca dominante. Contrariamente a estos preceptos el artículo 1078 del Código civil italiano de 1941 decreta que la servidumbre constituida por el usufructuario o enfiteuta en beneficio del predio que disfruta no se extingue al hacerlo el usufructo o la enfiteusis⁶⁵; solución que coincide con la adoptada por el artículo 1575 del Código civil portugués⁶⁶, al igual que el Código civil holandés en el artículo 84.2 del Libro 5, Título 6⁶⁷.

Doctrinalmente con respecto al Código civil español, que no dispone expresamente nada sobre el particular, las posturas no están muy claras⁶⁸. La razón de la indefinición es la falta de claridad a la hora de concluir sobre la posición del propietario del fundo dominante que ha consolidado su derecho al extinguirse el usufructo. Parecen estar de acuerdo los autores que analizan esta cuestión en que la servidumbre puede seguir siendo eficaz pero, siempre y cuando medie aceptación por parte del propietario pleno de la finca; para algunos autores que entendían que hasta ese momento

⁶⁵ Artículo 1078 del Código civil italiano:

Servitù costituite a favore del fondo enfiteutico, dotele o in usufrutto. Le servitù costituite dall'enfiteuta a favore del fondo enfiteutico non cessano con l'estinguersi dell'enfiteusi. Lo stesso vale per le servitù costituite dall'usufruttuario a favore del fondo di cui ha l'usufrutto o dal marito a favore del fondo dotale.

⁶⁶ Artículo 1575 del Código civil portugués:

Servidões constituídas pelo usufrutuário ou enfiteuta. As servidões activas adquiridas pelo usufrutuário não se extinguem pela cessação do usufruto, como também se não extinguem pela devolução do prazo ao senhorio as servidões, activas ou passivas, constituídas pelo enfiteuta.

⁶⁷ Libro 5, Título 6, Artículo 84.2 del Código civil holandés:

When the proprietor of a limited property right (leaseholder, superficies, usufructuary) has stipulated an easement on someone else's immovable thing on behalf of the immovable thing that is encumbered with his limited property right, then this easement shall not cease to exist at the end of his limited property right, unless this has been agreed upon in the notarial deed by which the easement was established.

⁶⁸ Así puede contrastarse lo que dice GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *op. cit.*, pp. 94 y 135.

se trataba de una servidumbre personal, la aceptación del propietario supondría la configuración de la relación como servidumbre predial⁶⁹. Se afirma que al dueño de la finca dominante no se le puede imponer la adquisición de la servidumbre⁷⁰, siendo menester, entienden, su aceptación o ratificación, pues, por ejemplo, puede implicar gastos que no le interese asumir, dice Albaladejo. Alude, además, este último, a la presencia de una donación o de un contrato a favor de tercero que requeriría en cualquier caso ser aceptado por el dueño⁷¹.

A mi modo de ver, aplicándose el Código civil común español, la servidumbre, que –como hemos argumentado– puede ser predial antes de que se extinga el derecho real limitado sobre la finca dominante que ostenta el constituyente, puede seguir siendo eficaz tras la extinción de ese derecho sin necesidad de que consienta el propietario⁷². Esta visión que proponemos es coherente con el concepto de servidumbre predial como derecho que articula una relación entre fincas, además de ser respetuosa no sólo con el carácter naturalmente permanente de la misma, sino también con la inherencia de la misma al fundo dominante.

La opinión que requiere la aceptación por parte del dueño del predio dominante para la pervivencia de la servidumbre más allá de la duración del derecho del constituyente viene determinada por el hecho de prestar una excesiva atención a los sujetos en relaciones que, para ser entendidas, deben verse como relaciones entre fincas. La servidumbre constituida, por ejemplo, por un usufructuario a favor de la finca que disfruta pasa a formar parte de la misma, es decir, del contenido del derecho de propiedad pleno sobre la misma, de modo que la visión adecuada considero que es la de entender que nos encontraríamos ante un beneficio introducido en la finca dominante por el titular de un derecho real limitado.

⁶⁹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, edic. de 1994, pp. 134 y 135.

⁷⁰ LACRUZ BERDEJO y LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 157. Por su parte, REBOLLEDO VARELA, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 155, dice claramente que: *Desde esta perspectiva, sobre la base de que nadie puede ser obligado a adquirir un derecho si no quiere, la constitución del derecho real limitado de servidumbre requerirá siempre y en definitiva el consentimiento del dueño del predio dominante o su aceptación o ratificación posterior si ha sido establecida por el usufructuario o poseedor, aceptación que podrá ser expresa o tácita, fácilmente apreciable esta última ante el uso que de la servidumbre pueda realizar el titular del predio dominante, o aun sin él, por el conocimiento de lo realizado por el poseedor de algo que le beneficia ante su falta de oposición o silencio al respecto.*

⁷¹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, edic. de 1994, pp. 133 y 134.

⁷² En este sentido BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Comares, Granada, 2002. Traducción de *Le servitù*, por Juan Manuel GONZÁLEZ PORRAS, p. 490, dice que la servidumbre aprovecha al propietario y no lo hace depender de que él consienta sino de la inherencia de la servidumbre al predio. No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 1078 del Código civil italiano dispone la no extinción de manera expresa.

Branca⁷³ para el Derecho italiano lo considera una mejora, calificación que rechaza Biondi⁷⁴. Pero creo que, con independencia de cómo lo consideremos, del mismo modo que no tiene sentido plantear si el nudo-propietario puede aceptar o no las mejoras, sino que las mismas están o no y deben ser tenidas en cuenta al liquidarse el usufructo, la servidumbre está o no y, en consecuencia el propietario cuya propiedad se consolida no tiene sentido que la acepte o no para su efectividad.

Esta tesis me parece más conforme que la de la existencia de una donación o la del contrato a favor de tercero que requiere la aceptación del nudo-propietario para la eficacia de la servidumbre tras la extinción del derecho real limitado cuya titularidad corresponde al constituyente. Hay que tener en cuenta que el titular de un derecho real sobre la finca dominante puede incorporar activos al dominio de la misma, mientras que, en el supuesto paralelo de constitución por el titular de un derecho real sobre la finca sirviente, éste no puede incorporar pasivos a dicho fundo si no los consiente el dueño.

Conforme a esta visión no es que se le pueda, o no, imponer al dueño del predio dominante la adquisición de la servidumbre, sino que su derecho de propiedad pasa a estar integrado por dicho beneficio, le guste o no. Ahora bien, si no le interesa seguir ejerciendo la servidumbre, siempre podrá renunciar a la misma (*cf.* art. 546.5 del Código civil). En este sentido, es interesante lo que dispone el Código civil holandés cuando dice, en el artículo 5:84.2 que cuando la servidumbre alarga su vida más allá que la del derecho de usufructo, superficie o *long leasehold*, no puede limitarse la posibilidad de renunciar por parte del propietario que consolida su propiedad por el pacto que en este sentido permite el artículo 5:82.2 conforme al cual se puede pactar en el acto constitutivo de la servidumbre que el titular de la servidumbre no puede abandonarla o renunciar a ella durante un período máximo de veinte años⁷⁵.

Pero hay más argumentos que abonan la opinión de que la servidumbre constituida por el titular de un derecho real limitado no

⁷³ BRANCA, Giuseppe, *Commentario del Codice Civile*, a cura de SCIALOJA, Antonio y BRANCA, Giuseppe, Libro Terzo, *Della proprietà*, art. 957-1099, Bolina-Roma, 1947 p. 637, considera que puede tratarse de una mejora incorporada al fundo por el usufructuario.

⁷⁴ BIONDI rechaza la clasificación como mejora: BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Comares, Granada, 2002. Traducción de *Le servitù*, por Juan Manuel GONZÁLEZ PORRAS, p. 490, porque considera que las mejoras son obras materiales.

⁷⁵ Artículo 5:84.2 *in fine* del Código civil holandés (Libro 6):

When the easement continues to exist after the limited property right of the proprietor (leaseholder, superficiary, usufructuary) has ended, a provision as meant in Article 5:82, paragraph 2, can no longer prevent that the easement is abandoned.

debe necesariamente entenderse extinguida cuando lo hace su derecho (salvo que se haya pactado expresamente o la ley disponga su extinción). Como hemos dicho precedentemente al hablar de la naturaleza jurídica de la relación, la constitución de la servidumbre por el titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante implica –desde el punto de vista de su estructura jurídico-real– que el beneficio que la misma reporta se introduce en el contenido del derecho de propiedad sobre la finca; las facultades que conforman el contenido del derecho real limitado no desaparecen cuando se extingue dicho derecho, sino que se consolidan con el dominio y, en principio, lo hacen con el beneficio que les reporta la servidumbre. Ésta debe seguir sirviendo a ese conjunto de facultades que conformaban el derecho limitado del constituyente y que no desaparecen con su extinción, sino que se integran en la propiedad plena como consecuencia de la consolidación del dominio.

Reflexionemos más sobre el particular: siendo que el propietario de la finca sirviente concede la servidumbre a favor del titular, por ejemplo, de un derecho de usufructo sobre la finca dominante, y, habida cuenta de que esas facultades que integran el usufructo, no desaparecen, sino que se consolidan después con el dominio: ¿No sería lógico entender que la servidumbre puede seguir en los mismos términos en que fue constituida? ¿No sería lógico entender que el beneficio que proporciona la servidumbre debe seguir poder prestándose a la misma facultad de uso y disfrute que jurídicamente sigue subsistiendo en el derecho de propiedad pleno? Evidentemente, no cabría una ampliación del uso que se hace de la servidumbre, porque ello supondría su modificación y ésta debe seguir sus propios cauces. Pero, si, tras extinguirse el derecho real sobre la finca dominante del que era titular el constituyente, el propietario pleno de la misma pretende seguir ejerciendo la servidumbre con el mismo contenido y alcance, entiendo que no puede impedirsele. Además, podría considerarse que lo contrario, supondría permitir al dueño del predio sirviente que consintió la servidumbre ir contra sus propios actos⁷⁶.

Pongamos un ejemplo: quien constituye la servidumbre es titular de un usufructo sobre la finca dominante que comprende la

Artículo 5:82 del Código civil holandés (libro 6): Abandoning the easement:

– 1. *If the owner of the dominant land wants to abandon the easement at his expense in order to get relieved from the duties and obligations attached to it, then the owner of the servient land is compelled to cooperate in this.*

– 2. *The notarial deed by which the easement has been established, may provide for a different arrangement than the one stipulated in the previous paragraph, yet only for the first twenty years.*

⁷⁶ En este sentido REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 155.

totalidad de las facultades de uso y disfrute sobre la misma; extinguido su derecho, el propietario pretende seguir disfrutando de la finca del mismo modo y en la misma medida que el usufructuario con antelación. ¿Tiene sentido que se decrete, en tal caso, la extinción de la servidumbre si, en el momento de su constitución, no se pactó dicha extinción?

A este respecto, además, debe tenerse en cuenta el carácter de permanencia de las servidumbres, aunque es cierto que pueden pactarse con una duración limitada, hay que considerar que, en este caso, se estaría derogando la regla general de permanencia o perpetuidad para un caso respecto al cual no se aprecia causa que justifique la excepción. Evidentemente, cuando el que constituye la servidumbre es titular de un derecho real limitado sobre la finca *sirviente*, no puede imponer el gravamen sobre la propiedad sin que consienta el propietario, de modo que, necesariamente, la posibilidad que se le otorga de constituir la servidumbre debe ser a costa del carácter permanente de la servidumbre y a costa de que se extinga la misma cuando lo haga su derecho. Pero esa necesidad no concurre cuando quien constituye la servidumbre es titular de un derecho real posesorio sobre la finca dominante; no veo por qué en este caso debe exceptuarse el carácter permanente de la servidumbre, ni veo la necesidad de que se extinga la servidumbre si no quiere el dueño del predio dominante. Todo ello suponiendo que pasivamente haya consentido la servidumbre el dueño de la finca *sirviente* y nada se haya pactado específica y expresamente sobre su duración.

El presupuesto de la «utilidad» de la servidumbre para la finca dominante también puede servir de apoyo a nuestra tesis, en el sentido de que, si la servidumbre sigue siendo útil a la finca dominante, no parece adecuado que deba reconocérsele al dueño del predio *sirviente* la facultad de extinguirla con el único argumento de que la constituyó a favor de un derecho real posesorio sobre la finca dominante y no de la propiedad, siendo que ésta incluye necesariamente el contenido de aquél cuando se produce la consolidación. Hay que tener en cuenta, de nuevo, que, como hemos dicho, la servidumbre predial no se incorpora activa o pasivamente al patrimonio de quien la consiente sino indirectamente a través de la titularidad que el mismo detenta sobre la finca.

Sin embargo, contrariamente a estas consideraciones los artículos 566-2.2 del CCCA catalana y el artículo 562.1 del CDF Aragón, disponen que la servidumbre tendrá la duración del derecho del que era titular el constituyente, representando, por lo tanto, una regulación singular si atendemos a los cuerpos normativos que

hemos analizado. Coherentemente, el artículo 571.1.e) del CDC Aragón y el art. 566-11.d) del CCCA catalana, decretan la extinción de la servidumbre cuando se extingue el derecho real posesorio del que es titular el constituyente.

Por otro lado, podría representar un escollo a la tesis que sostenemos, su aplicación a constituciones onerosas de servidumbre, ya que esta tesis encaja muy bien para cuando la servidumbre es gratuita, pero, ¿puede sostenerse lo mismo si consideramos que se trata de una servidumbre onerosa? Esta cuestión es reflejada por Albaladejo cuando dice que puede ocurrir que la servidumbre conlleve gastos que no interese asumir al propietario y sí convenían al usufructuario⁷⁷. Más problemas plantearía la cuestión de la onerosidad de la servidumbre si el precio consistiera en el pago de una renta periódica: ya que, en tal caso, cabría plantear hasta qué punto esa renta corresponde abonarla al propietario y no al constituyente de la servidumbre⁷⁸. Con independencia de quién la deba pagar lo que está claro es que el propietario que consolida el dominio con una nueva servidumbre puede renunciar a ella y, en consecuencia, no tendría obligación de pagar el precio, ni de contribuir a los gastos que le supusiera la misma. Ahora bien, si decide seguir ejerciéndola responderá de las obligaciones *propter rem* que conlleve, siendo dudoso que el pago de la renta periódica que, en su caso, pueda constituir el precio por la constitución de la servidumbre deba merecer tal calificación.

C) *¿Es incompatible la legitimación de estos sujetos con la del propietario?*

A mi modo de ver el reconocimiento de legitimación a estos sujetos no impide reconocerla simultáneamente a favor del propietario de la finca. Es cierto que el fundamento de la legitimación del propietario era que detentaba la facultad de uso y disfrute de la finca con posibilidad de enajenarla de modo que, parece que, si en un momento determinado, dicha facultad está atribuida a otro suje-

⁷⁷ *Op. et loc cit.*

⁷⁸ En este sentido, el Código civil holandés cuando regula la constitución de la servidumbre en el artículo 5:70 del Libro 5 del Título 6, en su párrafo segundo, dispone que:

2. *The notarial deed by which an easement is established, may impose an obligation upon the owner of the dominant land to pay a sum of money –the «ground fee»– at regular or irregular intervals to the owner of the servient land.*

De modo que parece que la obligación de pagar la renta podría intentarse que fuera obligación *propter rem* puesto que se liga a la propiedad. Sobre la posibilidad de que la obligación de pago del precio en el derecho de superficie sea obligación *propter rem* puede resultar de interés mi artículo: «La contraprestación o precio del derecho de superficie», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, n.º 712, pp. 619 a 668.

to en virtud de un derecho real limitado, será a éste y no al propietario a quien deba reconocérsele esta legitimación. Sin embargo, entiendo que, aun en ese caso y en ese período temporal, hay que admitir que el propietario de la finca dominante pueda constituir la servidumbre, porque está llamado a tener atribuido el uso de la finca en el futuro cuando se extingan las relaciones que temporalmente lo atribuyen a otras personas. Además, que, temporalmente, el uso del inmueble esté atribuido a otro sujeto, no le priva de la posibilidad de su enajenación del uso en cuanto que no perturbe a quien lo detenta en cada momento. Entiendo, por tanto, que el propietario de la finca gravada con un derecho real limitado tiene legitimación para constituir servidumbres que beneficien al fundo. Y ello, con independencia de que el usufructuario o arrendatario que eventualmente puedan estar disfrutando de la finca hagan uso de la servidumbre —lo cual puede suscitar otro problema cual es el de su extinción por no uso—. En realidad y en el caso de que se tratara de un usufructo nos encontraríamos quizás ante otra mejora, aunque en este caso, incorporada por el propietario.

3. Titulares de derechos de crédito sobre finca dominante y terceros ajenos a la misma

Otra cuestión que suscita Lacruz⁷⁹ es si el titular de un derecho de crédito que le permite usar una cosa ajena, verbigracia un arrendatario, podría constituir una servidumbre en beneficio de la finca que tiene en alquiler; pero abierto el planteamiento a los titulares de derechos de crédito, todavía podemos ir más lejos e interrogarnos acerca de si un tercero que no mantiene ninguna relación con la finca que se va a beneficiar puede constituir válidamente una servidumbre.

La posibilidad de que un tercero constituya una servidumbre en beneficio de una finca sobre la que no ostenta ninguna facultad —ni derivada de un derecho real limitado, ni de un derecho de crédito— se articularía jurídicamente, creo, como un contrato a favor de tercero, siendo tercero beneficiado el dueño de la finca que resultaría ser la dominante. Ahora bien, el contrato a favor de tercero celebrado entre el sujeto ajeno a la finca dominante y el dueño del predio sirviente no origina un derecho real, sino que, del mismo sólo surge una relación obligacional o personal, que se transformará en jurídico real cuando el beneficiado (dueño de la que resultaría finca

⁷⁹ Contempla la posibilidad de que el arrendatario pueda constituir a favor de la finca arrendada una servidumbre LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, III, volumen segundo, 1991, p. 157.

dominante) acepte el beneficio –mediando sólo aceptación por el dueño del fundo dominante estaremos ante una relación obligacional entre el dueño del predio dominante y el del sirviente– y, además, se produzca el traspaso posesorio o *traditio*, momento en el cual la relación adquirirá una dimensión jurídico-real (debe tenerse en cuenta la excepción del Derecho catalán conforme a la cual la servidumbre se constituye sólo con título). De tal manera que, en realidad, un tercero ajeno no puede constituir una servidumbre de alcance jurídico-real a favor de una finca –que resultaría ser la dominante– con la que no mantiene ninguna relación. No obstante, este sujeto sí puede celebrar un contrato que permita o viabilice su formación, siendo necesaria para que la misma alcance el grado de naturaleza real, previa aceptación y *traditio* por el propietario del fundo (o, en su caso, el titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante).

En cuanto a la posibilidad de que fuera el arrendatario el que constituyera una servidumbre a favor de la finca que disfruta en arriendo, cabe dudar de que pueda hacerlo otorgando a la relación trascendencia jurídico-real, aceptando –por supuesto– que pueda constituir una relación obligatoria de contenido similar a la servidumbre real. Podría plantearse, no obstante, como hace Guilarte –sin pronunciarse de manera terminante sobre el tema– que pudiera hacerlo y considerar la servidumbre como una mejora incorporada por el arrendatario⁸⁰, para lo cual argumenta con la remisión que el artículo 1573 del Código civil común español, en sede de arrendamiento, realiza a los preceptos que rigen las mejoras en el usufructo.

A mi modo de ver, creo que debe descartarse que el arrendatario pueda constituir por sí sólo una servidumbre predial de naturaleza jurídico-real⁸¹. Y ello debido a que no tiene una relación directa e inmediata sobre la finca que disfruta en alquiler porque el derecho que ostenta no forma parte de la estructura jurídico-real de la finca. La facultad de uso del arrendatario no es una facultad desmembrada del contenido del derecho de propiedad que lo reduzca. Creo que, de la misma manera que no puede ejercer su derecho de crédito directa e inmediatamente sobre la cosa, sino a través de la intervención del arrendador, no puede, si no es por intermediación

⁸⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *op. cit.*, p. 147.

⁸¹ Reconoce la posibilidad de que el arrendatario pueda constituir una servidumbre a favor de la finca que disfruta en alquiler: GINER GARGALLO, Antonio y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en VVAA, *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 556: *Desde un punto de vista estrictamente conceptual, no habría sin duda inconveniente en admitir que un arrendatario pudiese crear en su favor una servidumbre sobre la finca vecina, que se convertiría así en finca sirviente mientras durase el arrendamiento.*

de este sujeto, incorporar beneficios a la misma que supongan una alteración de la estructura jurídico-real de la finca.

Tampoco considero admisible que el arrendatario pueda constituir una servidumbre personal con el contenido de una predial. Por ejemplo, si el arrendatario de la finca A pacta con el dueño de la finca B poder pasar por ésta, parece bastante claro que el derecho de paso se le otorga para beneficiar al usuario de la finca y en atención a la finca, de lo contrario no se hubiera constituido; es decir, no se atribuye al sujeto, sino al sujeto en cuanto que usa la finca. Por lo tanto, tampoco puede hablarse de servidumbre personal. Lo que se ve claro si nos fijamos en el momento de extinción del arrendamiento: chocaría el carácter indefinido de la servidumbre personal con el eminentemente temporal del arrendamiento y, si no se ha pactado la extinción de aquélla al extinguirse éste, podría pensarse que el que había sido arrendatario de la finca A, todavía tendría derecho de paso por la finca B, lo cual no tiene ningún sentido.

Ahora bien, el arrendatario sí puede celebrar un contrato con el dueño de la finca que sería sirviente que viabilice indirectamente la constitución de una servidumbre predial con alcance jurídico-real. Imaginemos que el arrendatario de la que sería finca dominante y el dueño de la finca sirviente celebran un contrato de servidumbre de paso. ¿Qué eficacia tiene ese contrato?

De entrada, al arrendatario le proporciona ese contrato un derecho personal, de crédito, al uso de la finca gravada con la servidumbre. Entiendo que el arrendatario no puede detentar la servidumbre con alcance real. Pero ¿qué eficacia tiene ese pacto con respecto al propietario? ¿Se configura para él la servidumbre con alcance real? Para intentar descifrarlo hay que realizar un análisis diversificado de la concurrencia de título y del modo.

En cuanto al título, parece evidente que el contrato celebrado entre el arrendatario y el dueño de la finca sirviente no puede implicar al propietario de la finca beneficiada con la servidumbre: se trataría, a mi entender, de un contrato a favor de tercero. De modo que debe mediar aceptación del propietario —que puede ser tácita— para que sus efectos le sean referibles. Distinto es lo atinente a la toma de posesión, ya que acaso no sea menester que acabe el arriendo y el propietario haga uso de la servidumbre para entender que se ha operado la *traditio* con respecto a él: podría entenderse que el ejercicio por el arrendatario —poseedor inmediato— consumaría la *traditio* para el propietario de la finca alquilada —poseedor mediato—. No obstante, esta última posibilidad parece un tanto artificiosa.

De modo que, el arrendatario puede viabilizar la adquisición de una servidumbre de naturaleza real para el arrendador titular de un derecho real sobre la finca favorecida por la servidumbre, sea éste propietario o, por ejemplo, usufructuario. Sólo es menester la aceptación de este segundo, incluso tácita, para que la misma se produzca, y, acaso, la toma de posesión por su parte.

3. Reflexión final

De lo dicho resulta que los mayores problemas que plantea la constitución de una servidumbre por quien no es propietario se suscitan cuando el constituyente desde el lado activo es titular de un derecho real limitado sobre la finca que resultará ser la dominante y, fundamentalmente, se plantean a la hora de calibrar en qué medida la servidumbre afecta o vincula al propietario de la finca. En este punto concurren discrepancias normativas, en el sentido de que, frente a lo dispuesto por las normas catalanas o aragonesas decretando la extinción de la servidumbre cuando lo haga el derecho del constituyente, el Derecho comparado nos ofrece varios Códigos (el italiano, el portugués o el holandés) que establecen precisamente la norma contraria en el sentido de que dicha servidumbre no se extingue y, en consecuencia, vinculará al propietario de la finca dominante. Por otro lado están, los Códigos civiles que, como el nuestro o el Fuero Nuevo Navarra, no precisan nada específicamente sobre la cuestión; entre estos últimos también se encuentran el BGB alemán, el Código suizo o el francés.

No obstante, hay que decir que, con respecto a nuestro Código civil lo cierto es que todos los autores que han tratado la cuestión exigen para que la servidumbre siga siendo eficaz –y, por tanto, pueda beneficiar al propietario del fundo dominante– cuando se extingue el derecho del constituyente, el consentimiento del propietario del fundo que ve consolidado su dominio (ya sea para que la servidumbre pase a tener trascendencia jurídico-real, ya sea para que pase a ser servidumbre predial y deje de ser servidumbre personal, aludiendo en algunos casos a la noción de contrato a favor de tercero o de donación a su favor).

Creo que he argumentado suficientemente que es la solución que proporciona el *Codice civile* italiano, en su artículo 1078, el artículo 1575 del portugués y el artículo 5:84 del holandés la que respeta la esencia y estructura del derecho real limitado que es la servidumbre predial, la cual debe verse como relación entre fincas y no entre sujetos, los cuales sólo indirectamente ocupan su titularidad activa o pasiva. Y creo que esa solución es defendible para el

Código civil español común, habiendo –creo– conseguido demostrar a lo largo del estudio que no es necesario que consienta el propietario para que los efectos de la servidumbre que beneficia a la finca que le pertenece y que ha sido constituida por otro sujeto –siempre y cuando sea titular de un derecho real en cosa ajena que le habilite a tal efecto– le sean referibles. Si no le interesa la servidumbre siempre podrá extinguirla mediante renuncia. La solución de decretar la extinción de la servidumbre cuando se produce la del derecho real del constituyente –o la de exigir el consentimiento del dueño del predio dominante para que perviva– se adopta a costa de no respetar la naturaleza, esencia y estructura de la servidumbre predial como relación jurídico-real que articula una relación entre fincas, en la que los sujetos sólo son instrumentos subjetivos necesarios y supone también olvidar, aunque también lo hacen los intérpretes del Código civil común español que exigen su consentimiento para la pervivencia de la servidumbre, que el propietario que ve su dominio consolidado puede renunciar a la misma.

