



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

DESAFÍOS REGULATORIOS Y PROBLEMÁTICAS QUE PLANTEA EL ACTUAL
RÉGIMEN JURÍDICO

Autor: Álvaro Pérez Arqueros

5º E-3 Analytics

Departamento de Derecho Civil

Tutor: Prof. Jesús Sieira Gil

Madrid

Abril 2024

RESUMEN

Este trabajo analiza el derecho real de servidumbre en profundidad, tanto en el Código Civil, como en legislación especial. Habiendo estudiado el régimen jurídico actual, se realizan seis críticas u observaciones, cuya consideración se espera que pueda adaptarse mejor con la coherencia de la figura. En este sentido, la servidumbre, como límite al derecho de propiedad, se basa en la presunción de libertad de cargas de fundo y en la necesaria utilidad de la servidumbre, principios entorno a los cuales debe construirse este derecho y sobre los que giran las críticas u observaciones.

Palabras clave: derecho real de servidumbre, usucapión, límite a la propiedad, derechos reales limitados y autonomía de la voluntad.

ABSTRACT

This work analyzes the real right of servitude in the Spanish legal system, both in the general and special laws. Having analyzed the framework in which the mentioned right functions, six critics or observations are made in order to suggest a greater coherence for the figure. The real right of servitude, as a limit to property is based on the principles of presumption of freedom from property charges and the necessary usefulness of the easement, principles on which critics or observations are built.

Key words: real servitudes, adverse possession, limitation on property, limited real rights & autonomy of the will.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO II: LAS RELACIONES DE VECINDAD	8
CAPÍTULO III: LA SERVIDUMBRE EN EL CÓDIGO CIVIL.....	10
3.1. Contenido.....	10
3.2. Presupuestos	11
3.3. Clases.....	12
3.4. Servidumbre de paso	15
3.5. Otras clases de servidumbres legales.....	18
3.6. Servidumbres personales	22
3.7. Constitución.....	23
3.8. Prescripción adquisitiva o usucapión de la servidumbre.....	25
3.9. Modificación.....	27
3.10. Extinción.....	29
3.11. Servidumbres voluntarias	33
CAPÍTULO IV: LA SERVIDUMBRE EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL	35
4.1. Actividades molestas	35
4.2. Aeropuertos	36
4.3. Aguas	37
4.4. Carreteras y ferrocarriles	39
4.5. Defensa nacional.....	43
4.6. Patrimonio histórico	45
4.7. Servidumbres en costas	46
4.8. Telecomunicaciones.....	48
4.9. Transporte de energía eléctrica.....	50
4.10. Vías pecuarias.....	51

CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE PROBLEMÁTICAS IDENTIFICADAS.....	53
5.1. Servidumbre voluntaria establecida por el poseedor no titular del dominio ..	53
5.2. Reflexión sobre la relación entre los artículos 546.2 y 537 CC	56
5.3. Servidumbre por “destino del padre de familia”	58
5.4. Apariencia de las servidumbres negativas.....	59
5.5. Constitución tácita de la servidumbre	61
5.6. Devolución de la indemnización en la extinción de la servidumbre	63
CAPÍTULO VI: CONCLUSIÓN	65
BIBLIOGRAFÍA	67

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	Siguientes
LH	Ley Hipotecaria
TRLA	Texto Refundido de la Ley de Aguas
RDPH	Reglamento del Dominio Público Hidráulico
LEF	Ley de Expropiación Forzosa
LA	Ley de Aguas
LC	Ley de Carreteras
RGC	Reglamento General de Carreteras
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

El derecho a la propiedad privada en España se regula en el artículo 33 de la Constitución, encuadrado en el Título I, de los Derechos y Deberes Fundamentales, en la sección 2ª, de los Derechos y Deberes de los ciudadanos. Se trata de uno de los pilares de todo estado democrático y de derecho, como es el nuestro (Art. 1.1 CE¹).

El texto constitucional, al encuadrar la propiedad privada en la sección ya mencionada, lo configura como un derecho estatutario, en contraposición al liberalismo (Díez-Picazo y Gullón, 2019a, p. 141). Lo anterior significa que tiene una función social y que está sujeto a regulaciones y limitaciones establecidas por leyes específicas (art. 33.2 CE²).

En este sentido, el art. 348 CC lo define como el “el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

Cuando se habla de las limitaciones, una de ellas es el derecho de servidumbre, cuyo régimen podemos encontrar en el Título VII del Libro II del Código Civil, en los artículos 530 a 604. En particular, el art. 530 CC³ define el derecho de servidumbre como aquel gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a un dueño distinto, distinguiendo entre un predio dominante y un predio sirviente. Además, el art. 531 CC⁴ reconoce la posibilidad de establecer estos gravámenes en beneficio de una pluralidad de personas.

La mayor parte del articulado se refiere a servidumbres concretas o determinadas, lo que las convierte en figuras típicas de nuestro ordenamiento jurídico ya que tienen su propia normativa. Se trata de un derecho que responde a necesidades muy particulares y concretas de ciertos individuos, como es el mero tránsito en la servidumbre de paso (Díez-Picazo y Gullón, 2019b, p. 71).

¹ Art. 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

² Art. 33.2 CE: “La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

³ Art. 530 CC: “La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente”.

⁴ Art. 531 CC: “También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada”.

El derecho de servidumbre se configura como un derecho real por el hecho de que su titularidad esté suscrita a la de la cosa sobre la que recae. Así, el titular de un derecho de servidumbre tiene la facultad de oponerlo ante cualquier persona y de exigir al titular del predio sirviente que no haga o deje de hacer actos que lo vulneren (Rebolledo Varela, 2013a).

Como se ha expuesto, el derecho de servidumbre limita el derecho de propiedad, que es clave en el sistema jurídico. Conviene precisar que la jurisprudencia del TS establece que las servidumbres no han de ser presumidas, sino que su constitución debe ser probada y las interpretaciones en este campo se realizan de manera restrictiva y en orden al fin que la establece.⁵

Al igual que toda limitación del derecho de propiedad el fundamento del derecho de servidumbre es doble: por una parte, la necesidad o mayor utilidad que se imponen, respondiendo a la necesidad social de obtener un mayor rendimiento de los bienes y, por otra parte, para evitar una descomposición del derecho de propiedad, garantizar la integridad de los bienes vinculados a la propiedad, mantener la autonomía y productividad de la propiedad y promover la libre contratación y el comercio seguro de bienes inmuebles (Resolución DGRN de 11 de abril de 1930, *non vidi* en Díez-Picazo y Gullón, 2019b, p.71).

A pesar del detallado régimen jurídico del derecho de servidumbre, en numerosas ocasiones se suscitan cuestiones que demandan análisis exhaustivos. Como en toda colisión de derechos, no están claros los límites, pues en función de cada caso habrá factores que requerirán atender a soluciones de características diversas.

La búsqueda de los confines en la colisión de derechos constituye parte de la investigación jurídica básica. En este contexto, se persigue aportar un enfoque objetivo aplicable a situaciones subjetivas, para dotar de un factor imparcial y veraz al sistema jurídico, en el que la justicia – fundamentada en la verdad – se erige como pilar central.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 9632/1988, de 8 de octubre de 1988

En consonancia con lo expuesto, el objetivo de esta investigación radica en contribuir con el esclarecimiento de posibles conflictos que plantea el actual régimen del derecho de servidumbre, proponiendo soluciones razonadas que puedan ajustarse a la normativa vigente o, incluso, resultar más adecuadas a derecho.

Así pues, en los capítulos siguientes se examinará el régimen jurídico actual (el derecho de servidumbre en el Código Civil y en la legislación especial y administrativa), se proponen desafíos jurídicos de carácter concreto y se analizan tanto las soluciones que se están implementando en la actualidad, como las que propone la doctrina. Finalmente, se proponen soluciones originales y se plantearán desafíos a las medidas actuales.

CAPÍTULO II: LAS RELACIONES DE VECINDAD

Al hablar de servidumbres es preciso establecer una consideración particular a otra figura jurídica muy similar pero distinta, las denominadas relaciones de vecindad.

Las relaciones de vecindad, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, son el “conjunto de normas que regulan las relaciones entre los predios colindantes y que establecen límites al ejercicio de las facultades por parte de los propietarios con carácter recíproco y general”.

Como se puede observar, al igual que las servidumbres, se trata de limitaciones al derecho de la propiedad en el contexto de predios colindantes. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que son figuras diferentes. En este sentido, según Díez-Picazo y Gullón (2019a) se trata de limitaciones a los titulares de predios contiguos “para hacer posible el mejor ejercicio de sus derechos” (p. 143).

En la jurisprudencia, el TS ha señalado en repetidas ocasiones que las relaciones de vecindad están caracterizadas por la reciprocidad y un “carácter obligatorio y con una ‘ratio’ de necesidad, aunque precisadas de acto constitutivo concreto” (STS de 19 de julio de 2002).

En el Código Civil, tanto las relaciones de vecindad como las servidumbres se denominan “servidumbres”, por lo que su diferenciación no es tan sencilla. Sin embargo, estas figuras se diferencian, principalmente (según el Tribunal Supremo), en que mientras las relaciones de vecindad son esencialmente recíprocas, la servidumbre solamente es soportada por la finca gravada. Consecuentemente, mientras las servidumbres son un sistema de derechos y obligaciones, como dice la Real Academia Española, las relaciones de vecindad simplemente regulan las relaciones entre los predios colindantes.

Así pues, la servidumbre se da por un mejor aprovechamiento de las fincas, ligado a un interés público, mientras que las relaciones de vecindad tienen su origen en el interés privado de un mejor disfrute de la propiedad, por lo que su fundamento básico es la contigüidad de los predios (Algarra Prats, 1995).

Además, en línea con la posición de Alonso Pérez (1983), ambas figuras se diferencian en que, mientras los límites de las relaciones de vecindad son parte del contenido normal del derecho de la propiedad, las servidumbres son más bien una limitación anormal de este derecho.

En este sentido, algunos de los artículos del Código Civil que recogen relaciones de vecindad son los artículos 569⁶ (andamios), 586⁷ (aguas pluviales), 552⁸ (en materia de aguas), 581⁹ a 583 (luces y vistas), 589¹⁰ a 592 (obras intermedias para ciertas

⁶ Art. 569 CC: “Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroga”.

⁷ Art. 586 CC: “El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubiertas de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo”.

⁸ Art. 552 CC: “Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la graven”.

⁹ Art. 581 CC: “El dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras, o inmediatos a los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre. Sin embargo, el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieren abiertos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería y no se hubiera pactado lo contrario. También podrá cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana”.

¹⁰ Art. 589 CC: “No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia”.

construcciones y plantaciones), 571¹¹ a 579 (medianería) y 612¹² (persecución de enjambre de abejas) (Díez-Picazo y Gullón, 2019a).

CAPÍTULO III: LA SERVIDUMBRE EN EL CÓDIGO CIVIL

3.1.Contenido

Como se expuso en la introducción, el derecho de servidumbre viene definido en el art. 530 CC, del que se aduce que se trata de un derecho real de disfrute consistente en un gravamen sobre un inmueble y en beneficio de otro, el cual pertenece a un dueño diferente. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se conoce como predio dominante y el que la padece predio sirviente.

El fundamento de la servidumbre se recoge principalmente en el artículo que la define como un gravamen. Rebolledo Varela (2013a) apunta en esta cuestión que el legislador contempla esta figura desde el lado pasivo del gravamen, omitiendo el lado activo, que se podría entender como un derecho susceptible de obtener un rendimiento económico mayor. Así, es bastante particular el hecho de que hablemos de un gravamen como un derecho.

Roca Juan define el derecho real de servidumbre como un “derecho real de goce, de contenido limitado a utilidad concreta, atribuido al propietario de un fundo sobre otro ajeno, eliminando la facultad de exclusión del propietario de éste en lo que comprende el derecho atribuido” (Roca Juan, 1990 *non vidi* en Rebolledo Varela, 2013a, p. 66).

Se trata de una definición innovadora en tanto en cuanto se contempla el lado activo de la figura, tratando más la parte que lo caracteriza como un derecho que la que lo encuadra como un gravamen.

¹¹ Art. 571 CC: “La servidumbre de medianería se regirá por las disposiciones de este título y por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan a él, o no esté prevenido en el mismo”.

¹² Art. 612 CC: “El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él. Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo”.

Así pues, se trata, según Pons y Del Arco (2008), de “cargas impuestas sobre fundos en provecho de otros” (p. 4). Los mismos autores matizan la importancia de que la servidumbre reporte cierta utilidad, pues está mermando el derecho a la propiedad del dueño del predio sirviente. En este sentido, la utilidad se concibe como un matiz económico basado en la utilidad o aptitud para la satisfacción de necesidades.

El art. 594 CC establece 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”. Este artículo, que recuerda ampliamente al 1255 CC¹³, se trata de la consagración de las servidumbres voluntarias.

Díez-Picazo y Gullón (2019b) apuntan que la figura del derecho de servidumbre es una relación entre inmuebles, que se consagran como base del mencionado derecho. Por lo tanto, es un derecho real que se aplica sobre cosa ajena, constituyendo un límite al derecho de propiedad.

Rebolledo Varela (2013a) también afirma que se trata de un derecho subjetivamente real, pues los titulares son determinados en base a la titularidad del inmueble sobre el que recae.

3.2.Presupuestos

Habiendo establecido el contenido de la figura de la servidumbre, de acuerdo con Rebolledo Varela (2013a), se pueden extraer los presupuestos necesarios para la concurrencia de una servidumbre. En este sentido, los presupuestos son: 1) que haya dos predios ajenos, 2) que haya un derecho real inherente activa y pasivamente a las fincas en cuestión y 3) que sea capaz de propiciar una ventaja de un fundo sobre el otro (Rebolledo Varela, 2013a).

¹³ Art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

La inherencia se refiere a la imposibilidad de separar la servidumbre de la propiedad (534 CC¹⁴), lo cual es suficientemente comprensible, ya que quedaría vacía de contenido. Es por esta razón el motivo por el cual no pueden enajenarse las servidumbres, así como tampoco pueden hipotecarse de forma independiente al fundo en cuestión (108.1 LH¹⁵). Sin embargo, es importante matizar que los derechos que se constituyen como servidumbres personales sí que se pueden hipotecar (107.5 LH)¹⁶. Además, otra nota caracterizadora es la indivisibilidad (art. 535 CC¹⁷), por la cual no se puede establecer servidumbre en un predio en condominio sin el consentimiento unánime de los propietarios. Igualmente, por la indivisibilidad, si el predio dominante se divide en dos o más, los propietarios deberían poder usarla por igual, sin alterar su uso.

En cuanto a la ventaja o utilidad, se refiere a al lado activo del gravamen. Así, como se expuso en la introducción, se trata de una limitación del derecho de propiedad. Como tal, su existencia no debería de presumirse. Según Rebolledo Varela (2013a) esto es así hasta tal punto que el CC no admite la servidumbre fuera de la utilidad reportada y que, aun con la autonomía de la voluntad consagrada expresamente para la servidumbre en el art. 594, este debe analizarse “dentro de la idea de que no cabe admitir limitaciones al ejercicio de la propiedad inmueble que a su vez no reporten ventaja o beneficio a nada ni a nadie” (p. 71).

3.3.Clases

En este punto se sigue la clasificación de Díez-Picazo y Gullón (2019b), según los cuales, a lo largo de la redacción del Código Civil, se tratan distintas clases de servidumbre, que han sido clasificadas por la doctrina en las siguientes categorías:

¹⁴ Art. 534 CC: “Las servidumbres son inseparables de la finca a la que activa o pasivamente pertenecen”.

¹⁵ Art. 108.1 LH: “No se podrán hipotecar: Primero. Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada”.

¹⁶ Art. 107.5 LH: “Podrán también hipotecarse: Quinto. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real”.

¹⁷ Art. 535 CC: “Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda. Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera”.

- 1) Servidumbres prediales y servidumbres personales. Se deducen a partir del art. 531 CC, que establece que “pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada”. Según Puig Brutau, las servidumbres personales son una especie de híbrido entre las prediales y el usufructo. En este sentido, el principal problema es determinar el tiempo que deben durar. Una parte de la doctrina aboga por su carácter vitalicio, por su semejanza con el usufructo y otro sector opina que debe ser indefinido, por carecer del carácter personalísimo propio del usufructo (Pons y Del Arco, 2008).

- 2) Servidumbres voluntarias y servidumbres legales. El art. 536 CC apunta que “Las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias”. Rebolledo Varela (2013a) apunta que el art. 549¹⁸ distingue dos clases de servidumbre legal, según se fundamenten en utilidad pública o en intereses de particulares. Respectivamente, se regulan principalmente por leyes o reglamentos especiales o por las disposiciones del Código Civil.

- 3) Servidumbres positivas y servidumbres negativas. Lo establece el art. 533 CC, que reza “Las servidumbres son además positivas o negativas. Se llama positiva a la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre”.

Se trata de una distinción que tiene bastante relevancia en el contexto de la usucapión, pues el art. 538 CC establece momentos diferentes para el cómputo del plazo. Por otra parte, un sector de la doctrina ha venido confundiendo las servidumbres negativas con las servidumbres no aparentes, que se exponen más adelante, y otro sector las ha venido diferenciando (Pons y Del Arco, 2008). Este debate se analiza en detalle en el Capítulo V.

¹⁸ Art. 549 CC: “Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares”.

- 4) Servidumbres continuas y servidumbres discontinuas. Son servidumbres continuas aquellas cuyo uso es o puede ser incesante sin necesidad de intervenir. Por otro lado, son discontinuas las que dependen de los actos del hombre (art. 532 CC¹⁹).

El fundamento de esta distinción radica en que las servidumbres discontinuas “el goce o utilidad obtenido exige un despliegue de la actividad humana”, por lo que su uso es intermitente, y en las servidumbres continuas el goce se recibe directamente del predio gravado ya que “es consecuencia de un estado de hecho permanente entre los fundos” (Rebolledo Varela, 2013a, p. 94).

Manresa indica que la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas se refiere a la forma en que se ejercen, ya que en toda servidumbre desde el momento en el cual se constituye o se adquiere existen el beneficio y el gravamen (Manresa, 1951, *non vidi* en Rebolledo Varela, 2013a).

- 5) Servidumbres aparentes y servidumbres no aparentes. Se entiende como servidumbre aparente la que está a la vista de manera continuada, con signos externalizadores que revelan el uso (señales, caminos, etc.). En cambio, no son aparentes las que no presentan ningún tipo de indicio de tal índole (art. 532 CC).

Según Pons y Del Arco (2008) los signos deben de ser “ostensibles e indubitativos” (p. 60). Por otro lado, Díez-Picazo y Gullón añaden que los signos deben de estar relacionados con el aprovechamiento que fundamenta la servidumbre y que debe ser permanente y susceptible de reconocimiento por todos. Finalmente, Guilarte Gutiérrez entiende la palabra “signos” del art. 532 como “las modificaciones en los fundos realizadas o mantenidas por el hombre, directa e inequívocamente relacionadas con las servidumbres” (Guilarte Gutiérrez, 1984, *non vidi* en Pons y Del Arco, 2008, p. 61).

¹⁹ Art. 532 CC: “Las servidumbres pueden ser continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes. Continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre. Discontinuas son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre. Aparentes, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia”.

Habiendo explicado las distintas clases de servidumbres, conviene ahora adentrarse en el estudio de las distintas servidumbres contempladas. En las dos secciones siguientes se analizan en detalle las servidumbres legales contempladas en el Código Civil. Además, en la última sección de este capítulo se analizan las servidumbres voluntarias y en el capítulo siguiente las servidumbres legales en la legislación especial.

3.4.Servidumbre de paso

El párrafo 1º del art. 564 CC²⁰ permite que el propietario de un fundo exija pasar por los fundos vecinos, siempre y cuando su fundo se encuentre enclavado entre otros, no haya una salida a un camino público y se dé una indemnización.

Lucas Fernández lo entiende como el “derecho a pasar sobre una finca o fincas ajenas, facultando su titular a obtener del predio sirviente la utilidad de transitar por él para acceder al fundo propio, utilidad distinta de la que primordialmente proporciona el predio gravado conforme a su destino económico” (Lucas Fernández, 1963, *non vidi* en Rebolledo Varela, 2013b, p. 405).

El sentido de la servidumbre de paso – forzosa en el contexto de un fundo enclavado y con otro acceso imposible – es satisfacer la necesidad de un propietario de acceder y el aprovechamiento de estos fundos, también atendiendo al interés social, especialmente para los predios con destino agrícola e industrial, de acuerdo con la función social de la propiedad recogida en el artículo 33.2 CE.

En el ámbito de las servidumbres legales de paso existen tres tipos: la servidumbre de paso a favor del fundo enclavado, la servidumbre de paso para la construcción o reparación de un edificio (con ocupación temporal de parte del fundo) y la servidumbre

²⁰ Art. 564 CC: “El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización. Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente. Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen”.

de paso para ganados, para la cual el párrafo 1º del art. 570 CC²¹ establece que esta última se registrará por una regulación específica.

En cuanto a los requisitos, son: 1) que la finca no tenga salida a camino público y esté enclavada entre otras dos y 2) que sea necesaria y no meramente conveniente (Pons y Del Arco, 2008). El lugar por el que debe darse la servidumbre se corresponde con el menos perjudicial y, sin perjuicio de lo anterior, por donde la distancia sea la más corta (Díez-Picazo y Gullón, 2019b).

Físicamente, una finca está enclavada cuando no tiene acceso directo a un camino público y todos los fundos que la rodean tienen entidad jurídica propia (Díez-Picazo y Gullón, 2019b).

Sin embargo, el Código Civil contempla supuestos que van más allá del mero enclavamiento físico, por ejemplo, para el caso de que una finca enclavada tenga acceso directo a otra finca del mismo dueño que sí que tenga acceso a vía pública, o como podría ser el caso de una finca que sí que tenga acceso directo a vía pública, pero que no sea suficiente para satisfacer mínimamente las necesidades de explotación del predio (Rebolledo Varela, 2013b).

En estos supuestos, mediante la interclusión el Código Civil permite recalificar una finca como enclavada o no “a los efectos de cumplir el requisito necesario para solicitar la constitución forzosa de servidumbre de paso” (Rebolledo Varela, 2013b, p. 408).

En cuanto a la necesidad, esta depende de si se trata de una servidumbre voluntaria o de constitución forzosa. Para el caso de las voluntarias habrá de estarse a lo dispuesto en el título constitutivo, ya que en este caso prima el principio de autonomía de la voluntad de las partes (Rebolledo Varela, 2013b). Así, cuando nos referimos a necesidad, cabe conveniencia, comodidad, amenidad, etc. Por otro lado, cuando hablemos de servidumbres de constitución forzosa, la necesidad se refiere a lo estrictamente

²¹ Art. 570 párrafo 1º CC: “Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se registrarán por las ordenanzas y reglamentos del ramo y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar”.

imprescindible para el aprovechamiento del predio dominante conforme a su verdadero destino económico.

Así pues, no debe tratarse de un mero capricho, sino de una verdadera necesidad. En este supuesto la estricta necesidad mencionada también determinará las características propias de la servidumbre concreta. Por ejemplo, el artículo 564 CC distingue entre la servidumbre de paso permanente para todas las necesidades del predio y la servidumbre de paso para determinados usos, como es el cultivo de la finca y la extracción de las cosechas.

En cuanto a la indemnización, el art. 564 la prevé para la constitución de la servidumbre en todos los supuestos y el art. 567 CC²² recoge la única excepción. Debe ser acordada y, para el caso de omisión de este acuerdo, se prevén soluciones como la vía judicial.

Al observar los párrafos 2º y 3º del citado art. 564 CC, se puede observar como la diversidad de formas de la servidumbre influye en la determinación de la indemnización.

De acuerdo con Santos Briz, es importante remarcar que esta indemnización solo implica la posibilidad de uso de la servidumbre y, en ningún caso la cesión del terreno, por lo que no afecta al dominio, sino a una de sus facultades (Santos Briz, 1982, *non vidi* en Pons y Del Arco, 2008).

A pesar de lo anterior, el art. 567 CC recoge el supuesto en el que se adquiere por compraventa una finca que posteriormente queda enclavada entre las del vendedor. En cuyo caso se constituye una servidumbre legal sin indemnización.

Como se ha comentado, la servidumbre debe desaparecer si deja de ser necesaria. El art. 568 CC recoge estos supuestos, ya sea por apertura de nuevas vías o por otros motivos, al rezar que “si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por

²² Art. 567 CC: “Si adquirida una finca por venta, permuta o partición, quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante o copartícipe, éstos están obligados a dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario”.

indemnización. Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada”.

3.5.Otras clases de servidumbres legales

a) Servidumbres de aguas.

- 1) Derecho al curso natural del agua. El art. 552 CC expresa que “los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastren en su curso”. Como se mencionó en el Capítulo II, se trata en realidad de una relación de vecindad.

De acuerdo con García García (2023), es importante matizar el hecho de que no puede haber intervenido el hombre, es decir, que se trate de un proceso natural. Además, según Pons y Del Arco (2008), el interés que se tutela en este artículo es “la conservación de los cursos naturales que no pueden ser modificados por los dueños de los predios a quienes afectan, en perjuicio del otro” (p. 282).

- 2) Servidumbre de estribo de presa. El art. 554 establece que “cuando para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo, o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas, fuere necesario establecer una presa, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas o terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la servidumbre de estribo de presa, previa la indemnización correspondiente”.

García García (2023) entiende que en estos casos la indemnización debe de ser tanto por el valor del terreno ocupado como por la disminución de valor de la finca por la ocupación.

- 3) Servidumbre de parada o partidior. El art. 562 CC dice que el que “para dar riego a su heredad o mejorarla, necesite construir parada o partidior en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios”.

Básicamente, este artículo busca regar el predio dominante. En este sentido, el artículo exige tres cosas distintas: 1) que se demuestre que se necesita el agua, 2) que en los márgenes donde sea necesario construir sean de propiedad ajena y 3) que se abonen los daños y perjuicios. Algunos autores opinan que se trata más de una expropiación que de una servidumbre, ya que en estas no se suele perder el derecho real de la cosa, sino que solamente se tolera un determinado uso, lo cual entienden que no se da aquí (Pons y Del Arco, 2008).

- 4) Servidumbre de saca de agua o abrevadero. Reconocida en el art. 555²³ y 556²⁴ CC. Solo se deben de imponer en favor de viviendas y por utilidad pública.

Estas servidumbres buscan facilitar agua donde es necesaria para poblaciones y ganados. Existe debate doctrinal en torno al destino final concreto de esta agua. Mientras un sector de la doctrina opina que se debe destinar a usos domésticos y abrevaderos de ganado, sin admitir usos agrícolas o industriales, otros opinan que el término “en favor de alguna población” que emplea el artículo 555 no excluye ningún tipo de uso (Pons y Del Arco, 2008).

- 5) Servidumbre de acueducto. La reconoce el art. 557 CC, que dice que “todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya, tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños, como también a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas”.

En este punto, es interesante señalar que la servidumbre de acueducto alcanza también el derecho de paso por sus márgenes (art. 32 RPDH²⁵). No se trata de una servidumbre

²³ Art. 555 CC: “Las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población o caserío, previa la correspondiente indemnización”.

²⁴ Art. 556 CC: “Las servidumbres de saca de agua y de abrevadero llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso a personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva a este servicio la indemnización”.

²⁵ Art. 32 RPDH: “Se entenderá implícito en la servidumbre forzosa de acueducto el derecho de paso por sus márgenes para el exclusivo servicio del mismo”.

distinta e independiente, sino que va unida a la de acueducto y es establecida para el exclusivo servicio del mismo, para su limpieza, regularización, etc.

b) Medianería

Según Díez-Picazo y Gullón (2019b), la medianería se entiende como la situación jurídica que se da cuando dos fincas están separadas por un elemento común perteneciente a ambos propietarios, como puede ser una valla o un seto. De acuerdo con lo que se expuso en el Capítulo II, la medianería es más próxima a la concepción de relación de vecindad que a la concepción de servidumbre, pues tiene presente en su esencia aquella reciprocidad que caracteriza las relaciones de vecindad.

En el CC la medianería no es una servidumbre legal, por lo que no se puede obligar a convertir este elemento en común, aunque ello no significa que no lo pueda ser por reglamentación legal. No obstante, sí que se presume de manera *iuris tantum* la medianería, admitiendo pruebas en contrario (art. 572 CC²⁶).

c) Derechos de luces y vistas

Se regulan en los artículos 580²⁷ a 585 y, según Díez-Picazo y Gullón (2019b), consisten en “limitaciones legales del dominio impuestas por razón de vecindad de los predios” (p. 96). Limitan el derecho de propiedad a la hora de hacer obras que puedan suponer una molestia considerable al vecino, por lo que son relaciones de vecindad dada la reciprocidad que mantienen.

Sin embargo, el art. 581²⁸ permite cierto tipo de ventanas en las paredes medianeras, de acuerdo con las restricciones que el mismo artículo impone, por lo que se consideran

²⁶ Art. 572 CC: “Se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título o signo exterior o prueba en contrario: 1.º En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación. 2.º En las paredes divisorias de los jardines o corrales sitos en poblado o en el campo. 3.º En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos”.

²⁷ Art. 580 CC: “Ningún medianero puede sin consentimiento del otro abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno”.

²⁸ Art. 581 CC: “El dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras, o inmediatos a los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre. Sin embargo, el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieren abiertos los huecos podrá

como “de ordenanza” o de “tolerancia” y pueden ser cerrados por el dueño de la propiedad contigua (Pons y Del Arco, 2008).

Sobre el derecho a tener vistas sobre la propiedad colindante, el artículo 585 CC establece que “cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583”.

Cabe destacar que en este caso sí que hay un predio que goza de un beneficio, por lo que sí que podríamos estar ante una servidumbre. En este sentido, el CC no establece cómo se puede adquirir el derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, por lo que la autonomía de la voluntad adquiere un papel aún más importante en este supuesto.

d) Servidumbre de desagüe y vertiente de tejados

El art. 586 CC establece que:

“El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubiertas de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo”.

Según Díez-Picazo y Gullón (2019b), dada la reciprocidad que implica el precepto, también recoge más bien una relación de vecindad que una servidumbre. Es decir, se trata de una limitación en el haz de facultades del derecho de propiedad, pero en virtud de intereses recíprocos de los vecinos. En definitiva, se trata de una norma reguladora de la forma en que los propietarios deben construir sus tejados o cubiertas (Tamayo López-Machuca, 1956, *non vidi* en Pons y del Arco, 2008).

cerrarlos si adquiere la medianería y no se hubiera pactado lo contrario. También podrá cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana”.

Por su parte, el art. 588²⁹ deja abierta la puerta de una servidumbre de desagüe cuando un predio se encuentre enclavado entre otros. Puede observarse que en este caso no hay una reciprocidad, pues hay un fundo enclavado que necesita aprovecharse del uso de los fundos vecinos. Por lo tanto, se trata de una verdadera servidumbre, análoga a la de paso por situación de enclave. En este sentido, debe darse por el lugar más eficiente y menos perjudicial, con la correspondiente indemnización.

Finalmente, en el art. 587 CC se encuentra la servidumbre de tejados, que reza: “El dueño del predio que sufre la servidumbre de vertiente de los tejados podrá edificar recibiendo las aguas sobre su propio tejado o dándoles otra salida conforme a las ordenanzas o costumbres locales y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante”. Díez-Picazo y Gullón (2019b) interpretan este artículo como una mera aplicación del 545 CC³⁰.

Este supuesto se da cuando el dueño del predio sirviente quiere edificar, en cuyo caso deberá asegurarse de que las aguas se vierten sobre su propio tejado o dándoles salida que no perjudique al predio dominante. Es importante precisar que, de acuerdo con Pons y Del Arco (2008), se trata de una servidumbre voluntaria por la que un predio recibe las aguas de salida de otro predio sobre su propio tejado.

3.6.Servidumbres personales

Como se expuso *supra*, el Código Civil (art. 531) reconoce la posibilidad de las servidumbres personales, en las que el beneficio se reconoce en favor de una persona física o jurídica o una comunidad. Siguiendo a Albaladejo, es importante destacar que, tanto las servidumbres prediales, como las servidumbres personales, son derechos que

²⁹ Art. 588 CC: “Cuando el corral o patio de una casa se halle enclavado entre otras, y no sea posible dar salida por la misma casa a las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso a las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda”.

³⁰ Art. 545 CC: “El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida. Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, o de la forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta a ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes, podrá variarse a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tengan derecho al uso de la servidumbre”.

pertenecen a personas, aunque se refieran a inmuebles, pues las cosas no pueden tener derechos (Albaladejo, 1983, *non vidi* en Rebolledo Varela, 2013a).

Las servidumbres personales son un caso particular, pues no se requiere un predio dominante, ni existe una relación entre predios, ni beneficio en favor de ningún inmueble, ya que se trata de un derecho en beneficio de una o varias personas o de una comunidad (Ossorio Morales, 1936, *non vidi* en Rebolledo Varela, 2013a).

Por último, el límite que separa la servidumbre personal de otros derechos, como el usufructo, el uso o la habitación se distingue atendiendo al contenido del título constitutivo, es decir, a la autonomía de la voluntad de las partes (Díez-Picazo y Gullón, 2019b).

3.7. Constitución

Como se expuso anteriormente, el art. 536 recoge la posibilidad tanto de servidumbres legales como de servidumbre voluntarias. Esto es, básicamente, que algunas son obligatorias por estipulación legal, sin perjuicio de que además se puedan pactar otras servidumbres.

a) Constitución legal:

Según Díez-Picazo y Gullón (2019b), el hecho de que existan servidumbres de imposición legal se debe interpretar de manera que la ley cree, por un lado, servidumbres y, por el otro, la facultad de exigir al dueño del predio dominante la constitución de una servidumbre. Igualmente, se concretará por medio de un acto jurídico, ya sea convenido o acto de la autoridad competente.

Para Rebolledo Varela (2013a), en esta diferenciación entre servidumbres creadas por la ley y supuestos en los que la ley simplemente faculta para reclamar la constitución de una servidumbre, los primeros son más apropiadamente definidos como “limitaciones del dominio” en lugar de derechos de servidumbre. Así, considera que son servidumbres

legales únicamente las que, como consecuencia de una determinada situación, facultan al titular de un predio a reclamar la constitución de un derecho de servidumbre sobre otro.

En este sentido, refiriéndonos a las servidumbres de constitución legal, la ley se limitaría a conceder un derecho potestativo constitutivo, por lo que solo serán forzosas para el titular del predio sirviente y solo a partir del momento en que se ejercite dicha facultad.

Otra diferenciación que hace Rebolledo Varela (2013a), en la misma línea que Díez-Picazo (2019b), es la de las servidumbres legales en virtud del acto que las constituya finalmente. Por un lado, las servidumbres estrictamente legales son las constituidas por el titular del predio sirviente espontáneamente, pero de acuerdo con un mandato legal. Por el otro lado, se distinguen las servidumbres legales coactivas como aquellas que vienen reconocida en un mandato legal y que son finalmente constituidas por un acto de autoridad judicial.

b) Constitución voluntaria:

Por su parte, como es evidente, la servidumbre cuya causa es la voluntad se lleva a cabo mediante un negocio jurídico y no mediante una actuación de la autoridad. La palabra “título” que emplea el CC para referirse a esta modalidad de constitución de servidumbre, de acuerdo con Díez-Picazo y Gullón (2019b), se interpreta como aquel “complejo negocio jurídico idóneo para llevar a cabo la modificación jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre” (p. 75). Desde esta perspectiva, el título en sede de servidumbres se refiere al negocio jurídico (incluido el acuerdo verbal) y no al documento material como tal, como sucede en otros contextos (Díez-Picazo y Gullón, 2019b).

Quienes deben ser partícipes del acuerdo por el que se constituye la servidumbre voluntaria son los titulares de los predios. Cabe mencionar que existen otras situaciones no tan evidentes que han sido objeto de discusión doctrinal, como la del poseedor en concepto de dueño o la del titular del dominio útil, pero cuyo análisis no se va a entrar a discutir (Rebolledo Varela, 2013a).

Por otra parte, es conveniente enfatizar que, como derecho real inmobiliario, la servidumbre voluntaria requiere inscripción en el Registro de la Propiedad, o, de lo contrario, no producirá plenos efectos ante terceros de buena fe. Así, según el art. 13 LH:

“Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan. Las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo”.

Además de la constitución de servidumbres voluntaria y legal, se pueden encontrar figuras “intermedias”, como es el caso de la usucapión, pues ni son consecuencia de un acuerdo voluntario, ni vienen impuestas por ninguna clase de precepto legal.

Por último, es necesario hacer una observación a la constitución de las servidumbres denominadas “por destino del padre de familia”. Dichas servidumbres son aquellas reconocidas en el art. 541 CC, por el cual:

“La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura”.

En este sentido, es importante matizar que la servidumbre nace con la enajenación y que respecto a los requisitos de aplicación del art. 541, la jurisprudencia está haciendo una interpretación permisiva, mostrando flexibilidad en su alcance.

3.8.Prescripción adquisitiva o usucapión de la servidumbre

El Código Civil permite la usucapión de servidumbres, como se puede ver de manera concreta en el art. 537 CC, que establece que “Las servidumbres continuas y aparentes se

adquieren en virtud de título o por prescripción de veinte años” y en el 539 CC, que apunta que “Las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título”. De estos artículos se extrae que la servidumbre solo puede ser objeto de usucapición cuando se trate de una servidumbre continua y aparente y en ningún caso si se trata de una servidumbre continua no aparente o discontinua, independientemente de que sea aparente o no.

De acuerdo con Valverde, Manresa, Borrel y Soler, De Diego y Carbonier (Rebolledo Varela, 2013a), el fundamento de la no usucapibilidad de las mencionadas servidumbres es la imposibilidad de que puedan concurrir los presupuestos que se requieren para la usucapición convencional, pues se requiere una posesión pública y continua (1941 CC³¹).

En las servidumbres no aparentes falla la posesión pública, mientras que, en las discontinuas, su propio nombre indica esa falta de posesión interrumpida. Según Rebolledo Varela (2013a), a falta de título, serían actos meramente tolerados y de buena vecindad. Sin embargo, Rebolledo Varela (2013a) también apunta que, si bien esta posición es la adoptada por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, en algunas Comunidades Autónomas, como en Aragón, sí que se permite la usucapición de las servidumbres aparentes, incluidas las discontinuas, lo cual pone en jaque la argumentación anterior.

Otro aspecto reseñable del art. 537 es el hecho de que se exija el transcurso de veinte años y ningún requisito adicional. Sin embargo, Díez-Picazo y Gullón (2019b) apuntan que la posesión que debe durar veinte años tiene sus propios requisitos, recogidos en el 1941 CC y que se deben aplicar también en la posesión de la servidumbre. Así pues, para que una servidumbre se pueda usucapir debe ser continua y aparente y que además se haya poseído de manera pública, pacífica y sin interrupción durante el plazo de veinte años.

Así, el art. 538 establece las reglas para el computo del mencionado plazo:

“Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior, el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del

³¹ Art. 1941 CC: “La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida”.

predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre”

3.9.Modificación

Díez-Picazo y Gullón (2019b) clasifican los supuestos de modificación de la servidumbre recogidos en el Código Civil en los cuatro escenarios siguientes:

- 1) Convenio de los interesados. Se recoge en los arts. 551³² y 594 CC. Llama la atención el hecho de que se puedan modificar también las servidumbres legales. Autores como Díez-Picazo y Gullón (2019b) y Rebolledo Varela (2013a) apuntan que esto debe entenderse así, siempre y cuando no lo prohíba la ley ni perjudique a terceros de buena fe.

Es preciso apuntar que el artículo se refiere a aquellas servidumbres legales en interés de los particulares, por tanto, excluyendo las que se dan por utilidad pública. Esta exclusión tiene sentido, pues las servidumbres de utilidad pública velan por un interés superior, del cual no se debería poder disponer tan fácilmente, ni siquiera por parte de la administración.

- 2) El *ius variandi* del dueño del predio sirviente. Mientras que los contratos tienen vocación de duración determinada, las servidumbres están planteadas para ser perpetuas, por lo que es normal que las circunstancias cambien.

El art. 545 CC exige para que se de esta modificación que la servidumbre haya llegado a ser “muy incómoda al dueño del predio sirviente, o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes”. En este sentido, la modificación debe seguir

³² Art. 551 CC: “Las servidumbres que impone la ley en interés de los particulares, o por causa de utilidad privada, se registrarán por las disposiciones del presente título, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural. Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio a tercero”.

buscando ese menor sacrificio y daño para el predio sirviente y la mayor comodidad del dueño del predio dominante (Díez-Picazo y Gullón, 2019b).

El precepto pone dos condiciones de carácter alternativo: una mayor incomodidad y una imposibilidad de desarrollo económico en el predio sirviente. En cuanto a la mayor incomodidad, la aplicación es evidente ante supuestos sobrevenidos, pero surge la duda de si las circunstancias son las originales o previsibles. Una gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha interpretado esta cuestión de forma restrictiva, no aceptando su aplicación si la incomodidad no es sobrevenida.

Sin embargo, Roca Juan lo entiende como “innecesariamente incómoda”, de manera que, si el predio sirviente puede verse mucho menos gravado sin afectar a la utilidad de la que se beneficia el predio dominante, no debería haber problema en la modificación, en virtud de la buena fe que gobierna este derecho (Rebolledo Varela, 2013a).

En otro caso, dicen Díez-Picazo y Gullón (2019b) que la regla general sería que, para el caso de servidumbres voluntarias, dependa de lo dispuesto en el título constitutivo (1091 CC³³), mientras que en las constituidas por usucapión o bien por signo aparente se atenderá a la “situación reflejada por la posesión”.

- 3) Los efectos del tiempo y de la posesión. Al igual que la propia servidumbre puede prescribir, también lo puede hacer el uso de una de ellas. Es decir, el modo en que se haga uso de la servidumbre puede acabar determinando su contenido. A mi parecer, se trata más bien de la extinción de una servidumbre concurrente con el nacimiento de otra de contenido distinto ya que la prescripción en sentido propio consiste en una forma de adquisición o extinción en función del lado desde el que se analice.
- 4) La sobrevenida modificación externa de los predios. Aunque no viene expresamente reconocida en el Código Civil, esta forma de modificación ha sido aceptada por la doctrina. Así, según Díez-Picazo y Gullón (2019b), se trata de una analogía del art.

³³ Artículo 1091 CC: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.”

546.3 CC³⁴, por la que se entiende que, si se puede extinguir una servidumbre por su imposibilidad de uso en supuestos de modificación del fondo, por analogía también debería ser posible su aplicación para meras reducciones o dificultades de uso de la servidumbre que no terminen de imposibilitar su uso.

Además, apunta Rebolledo Varela (2013a), que, la inherencia e indivisibilidad características de la servidumbre, no solo se refieren a cambios subjetivos en la titularidad, sino también a las variaciones físicas, posicionándose a favor de la aplicación análoga del art. 546.3 expuesta, sobre la que no hay gran controversia.

3.10. Extinción

El precepto 546 del Código Civil recoge distintas formas en las que se puede extinguir una servidumbre (consolidación, no uso, pérdida de la cosa, vencimiento, renuncia y convenio), aunque no recoge todas las causas posibles. Así, se pueden extinguir también por “abandono liberatorio (art. 599 CC), por desaparición de la necesidad que originaba su constitución cuando se trata de servidumbre forzosa (art. 568 CC), en los supuestos de ineficacia del título constitutivo inoponibilidad frente al tercero hipotecario, por expropiación forzosa del predio sirviente, etc.” (Rebolledo Varela, 2013a, p. 337).

a) Consolidación o confusión:

La consolidación consiste en la reunión en una misma persona de la propiedad del fondo dominante y sirviente. Se extingue la servidumbre por quedar la facultad de uso y disfrute del predio sirviente subsumida en el derecho de propiedad.

En cuanto a los conflictos que surgen en torno a esta figura, rige el principio *neminis res sua servit*, por el que la cosa propia no sirve por servidumbre. Los conflictos en cuestión buscan determinar si existe esta extinción en supuestos tales como cuando el predio

³⁴ Art. 546.3 CC: “Las servidumbres se extinguen: 3.º Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el número anterior”.

sirviente es propiedad de una comunidad de propietarios y el dominante es propiedad de uno de ellos (Rebolledo Varela, 2013a).

Para la mayoría de titulares, la confusión supone la desaparición de la servidumbre, ya que percibirán el disfrute como ejercicio de la propiedad. Por otro lado, si la cotitularidad recae sobre el predio dominante, lo lógico será que sigan aprovechando la servidumbre, y esta solo desaparecería para el cotitular que es titular único del predio sirviente, pues aprovecharía ese disfrute en calidad de propietario del predio sirviente.

Así, según Guilarte Gutiérrez, el principio marcaría la diferencia entre lo que es la servidumbre y no, por lo que, a mi parecer, se deduce también el hecho de que se produzca o no, realmente la extinción de la misma (Guilarte Gutiérrez, 1984, *non vidi* en Rebolledo Varela, 2013a). En este sentido, parece que la confusión requiera identidad total en los propietarios de los fundos en cuestión.

Por otro lado, puede surgir el problema de la reunión de la propiedad de los fundos sirviente y dominante, pero estando el predio dominante bajo usufructo de tercero. En principio, el art. 546.1 CC extingue la servidumbre “por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente”.

La doctrina viene entendiendo que todo ello depende de que se reúnan o no en una misma persona las titularidades activa y pasiva de la servidumbre y no de los predios (Rebolledo Varela, 2013a). Así, habrá que determinar quién ostenta la servidumbre. En caso de que se trate de una servidumbre voluntaria, la habrá establecido el propietario del predio, por lo que el usufructuario simplemente tendrá derecho a aprovecharse de las servidumbres ligadas al predio, en cuyo caso sí que se seguiría dando la servidumbre.

Según Rebolledo Varela (2013a), en este punto el usufructuario tampoco debería verse perjudicado, ya que podría mantener su comportamiento “como contenido propio del usufructo” (p. 343).

b) No uso:

El art. 546.2 establece que la servidumbre también se puede extinguir “Por el no uso durante veinte años. Este término principiará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto a las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas”.

El fundamento de esta causa de extinción es que si la servidumbre es un gravamen sobre una cosa ajena no tendría sentido que exista este gravamen si no se está utilizando durante un largo plazo de tiempo. Rebolledo Varela (2013a) apunta que debemos entender el no uso como una “abstención en el ejercicio de la servidumbre” o como la “no posesión del derecho real limitado” pues es importante tener en cuenta las “particularidades de las servidumbres discontinuas en cuanto al cómputo del plazo” (p. 531).

c) Pérdida de la cosa:

La pérdida de la cosa (art. 546.3 CC³⁵) hace referencia a cuando deviene imposible el uso de la servidumbre, principalmente como consecuencia de obstáculos físicos (por ejemplo, un puente en una servidumbre de paso que es destruido), aunque no perdura si se recupera dicha cosa (en el ejemplo, si se vuelve a construir el puente) y no han transcurrido 20 años.

En ocasiones, la imposibilidad también puede venir de obstáculos no materiales. La imposibilidad de uso puede producirse por un evento natural, por caso fortuito, por fuerza mayor o incluso por hechos humanos, ya sean del propietario del fundo dominante, del sirviente o de terceros. En estos casos el titular del predio dominante debería instar, en la medida de lo posible, que se restaure la situación anterior de la servidumbre, pues, si transcurren los 20 años de la prescripción, el derecho definitivamente se extingue, a pesar de que se hubiese podido remediar aquella imposibilidad de uso (Rebolledo Varela, 2013a).

d) Vencimiento:

³⁵ Citado en el apartado 3.9

El artículo 546.4 CC reconoce como causa de extinción de la servidumbre “llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional”.

Este supuesto solo se puede dar en virtud del principio de autonomía de la voluntad ya que, si bien la vocación de perpetuidad de la servidumbre es un elemento característico de este derecho real, no es un elemento esencial, por lo que no cabe razón alguna por la que no se debieran aplicar los principios de derecho común. En este sentido, se permite configurar una condición o un término para el cumplimiento de la servidumbre y, consecuentemente, su extinción.

Por último, apunta Roca Juan que le corresponde al titular del predio sirviente probar que la servidumbre en cuestión se trata de una servidumbre sujeta a condición o a término ya que siendo la regla general que las servidumbres tengan vocación de perpetuidad cabría esperar que esta se presuma (Rebolledo Varela, 2013a).

e) Renuncia:

Además, el art. 546.5 CC admite la posibilidad de la extinción “por la renuncia del dueño del predio dominante”. La particularidad de este supuesto reside en que se trate de un acto jurídico unilateral, pues, al tratarse de una limitación al dominio del predio sirviente, la renuncia solo le beneficia y no hace falta que se consulte a su titular. En este sentido, por parte de quien renuncia se requiere la calidad de dueño y la capacidad para enajenar (Pons y Del Arco, 2008).

En este supuesto, las controversias suelen surgir en torno a la renuncia tácita en los supuestos en los que la servidumbre se ve menoscabada durante un tiempo considerable pero menor de veinte años o bien por actuaciones consentidas por el titular de la servidumbre, y que luego pretende su restitución. Un sector de la doctrina defiende la posibilidad de la renuncia tácita, si bien esta debe ser mediante “actos concluyentes e incompatibles con otra voluntad”, pues, si no, estaríamos ante un mero “no uso”, que requiere del plazo de veinte años para lograr la extinción (Pons y Del Arco, 2008, p. 251).

f) Convenio extintivo:

Finalmente, el convenio extintivo se recoge en el art. 546.6 CC, que lo define como “la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente”.

Esta figura se diferencia principalmente de la renuncia en que se trata de un negocio jurídico bilateral. Aquí, ambas partes, tanto el dueño del predio dominante como el dueño del predio sirviente, convienen un nuevo acuerdo por el que se extingue la servidumbre de forma total y fundamentada en el principio de autonomía de la voluntad.

También se ha planteado que pueda encuadrarse en este artículo la redención unilateral por parte del dueño del predio sirviente si esta posibilidad sí que se contempló en el momento de constitución de la servidumbre (Puig Brutau, 1979, *non vidi* en Rebolledo Varela, 2013a).

3.11. Servidumbres voluntarias

En este capítulo se ha venido detallando el régimen de las servidumbres legales en el Código Civil, que se trata de un *numerus clausus*, en cuanto que para imponerlas el legislador tiene en cuenta una necesidad determinada que considera digna de tutela por ser superior al interés individual (Mateu Álvaro, 2014). En este último apartado se analizan el otro tipo de servidumbres contempladas en el Código Civil, las servidumbres voluntarias, en contraposición a las servidumbres legales.

Las servidumbres voluntarias son aquellas creadas al amparo del principio de autonomía de la voluntad y en base al principio de *numerus apertus* de los derechos reales. Como se expuso anteriormente, los artículos 536 y 594 del Código Civil reconocen la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en las servidumbres, a modo de concreción del genérico 1255.

Según los arts. 537 y 539 CC esta voluntad se canaliza a través del título, entendido como el negocio jurídico que la causa y no como un documento, tal y como se expuso al explicar la constitución voluntaria de la servidumbre (Mateu Álvaro, 2014 y Díez-Picazo y Gullón, 2019b).

En cuanto al contenido de estas servidumbres el Código Civil únicamente pone como límites las leyes, la moral y el orden público. En este sentido, se deberá atender al contenido convenido por las partes y, a la luz del artículo 598³⁶, se deben aplicar supletoriamente las disposiciones del artículo 530 y ss.

Por otro lado, se ha mencionado el principio de *numerus apertus* de los derechos reales. Este principio consiste en la posibilidad de crear nuevas categorías de derechos reales a través de acuerdos privados. Existe una discusión en la doctrina acerca de si el ordenamiento jurídico español tiene un sistema de *numerus clausus* o *numerus apertus* en lo que a derechos reales se refiere. A este respecto la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) se ha posicionado reiteradamente como defensora del *numerus apertus*, aunque con salvedades (Resoluciones de 10 de enero y 18 de febrero de 2003 y 8 de noviembre de 2018). En la práctica, esta institución suele presentar reticencias a la hora de reconocer nuevas figuras y tiende a buscar reconducirlas a figuras ya existentes (Díez-Picazo y Gullón, 2019a).

En cuanto a la polémica explicada, es importante comprender que tiene su origen en que en el marco general de los derechos reales no hay un reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad, que, por el contrario, sí que se da en el marco concreto de las servidumbres. Por lo tanto, el debate realmente no tiene cabida en cuanto a servidumbres, pues está claro que es *numerus apertus* y, por lo tanto, se pueden crear nuevas categorías de servidumbres al amparo de la autonomía de la voluntad.

En este sentido, es evidente que el principio de *numerus apertus* y la autonomía de la voluntad están fuertemente ligados y que ambos inspiran las servidumbres voluntarias a través del reconocimiento legal en los artículos 536 y 598.

Finalmente, es preciso apuntar que la constitución, modificación y extinción de las servidumbres voluntarias se ha analizado y detallado en los apartados previos ya que en la mayoría de casos se aplican las mismas normas que para las servidumbres legales y,

³⁶ Art. 598 CC: “El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título que le sean aplicables”.

para los casos en los que las servidumbres voluntarias aportan situaciones únicas (por ejemplo, constitución voluntaria o extinción convenida), también se han contemplado.

CAPÍTULO IV: LA SERVIDUMBRE EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

En el capítulo anterior se ha expuesto el régimen jurídico de las servidumbres recogido en el Código Civil. Como también se ha explicado, las servidumbres se pueden establecer o bien por la voluntad de las partes, o bien por imperativo legal. A su vez, las servidumbres con origen legal, pueden tener como fundamento intereses particulares o de utilidad pública.

En este sentido, la regulación de las servidumbres que velan por intereses de particulares se encuentra en el CC y ya se ha estudiado. Por su parte, las servidumbres que cuidan de intereses de utilidad pública se regulan en leyes especiales o en reglamentos y se analizan en este capítulo.

4.1. Actividades molestas

La regulación en cuanto al régimen aplicable a las actividades molestas viene en el Reglamento de Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas. Es importante aclarar que no se trata de relaciones de vecindad, sino de servidumbres ya que el sentido de esta norma va más allá de la protección frente a inmisiones en los predios colindantes para proyectarse sobre toda la comunidad (García Llovet, 2013).

El reglamento, básicamente, impone la necesidad de obtener autorizaciones y requisitos para el ejercicio de determinadas actividades. Complementariamente, establece un sistema de sanciones para los supuestos de incumplimiento de tales prescripciones.

En este contexto, los requisitos y autorizaciones dependerán de los distintos tipos de actividades – insalubres, nocivas o peligrosas – que se clasifican según afecten 1) a la salud, 2) a la agricultura, riqueza forestal, pecuaria o psicológica o 3) supongan riesgos

graves por explosiones, combustiones, etc. La definición de cada categoría se explica por sí misma en el art. 3 del Reglamento:

“Serán calificadas como molestas las actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen.

Se calificarán como **insalubres** las que den lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana.

Se aplicará la calificación de **nocivas** a las que, por las mismas causas, puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.

Se consideran **peligrosas** las que tengan por objeto fabricar, manipular, expender o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explosiones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes”.

En numerosas ocasiones los requisitos que impone el articulado del Reglamento se remiten a las normas locales y a los instrumentos de planeamiento urbanístico (García Llovet, 2013). En palabras de la STS del 5 de diciembre del 2000, el Reglamento establece una modulación general para que “sin mengua de la comodidad, salubridad y seguridad de los vecinos, no se pongan trabas excesivas al ejercicio de las industrias”.

4.2. Aeropuertos

El Capítulo IX de la Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, establece el régimen general de las servidumbres aeronáuticas establecidas tanto para proteger el dominio público aeroportuario como para velar por la seguridad del tráfico aéreo. El desarrollo de las servidumbres concretas se realiza por Real Decreto, que además cuenta con un régimen de declaración provisional para situaciones de urgencia.

Las servidumbres en esta materia se refieren a la restricción a nuevos obstáculos, la eliminación de los existentes o la señalización de estos últimos cuando no sea factible su eliminación. Además, las limitaciones legales pueden alcanzar a las instalaciones que en las proximidades de los aeropuertos pueden producir humos nieblas o cualquier otro fenómeno que suponga un riesgo para la navegación aérea. Por otra parte, se contemplan las servidumbres de salvamento, imponiéndose un libre acceso a los inmuebles para las operaciones de salvamento o auxilio a aeronaves accidentadas (García Llovet, 2013).

Por último, cabe apuntar que el artículo 54 de la Ley de Navegación Aérea establece que “Los daños y perjuicios que se causen en los bienes afectados por las servidumbres a que se refieren los artículos cincuenta y uno y cincuenta y tres serán indemnizables si a ello hubiere lugar, aplicando las disposiciones sobre expropiación forzosa”. En definitiva, el artículo establece una concreción de la indemnización que se debe percibir, al igual que se hace para las servidumbres del Código Civil.

4.3. Aguas

Como ya se ha expuesto, los artículos 552 a 563 CC contienen las servidumbres legales sobre aguas más generales: acueducto, estribo de presa, saca de agua y abrevadero, etc. El art. 563 establece que “El establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas de que se trata en esta sección, se regirán por la ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código”. Así, estas servidumbres se complementan mediante leyes especiales.

El demanio público hidráulico es parte esencial del dominio público dada la trascendencia social y económica que conlleva (García Llovet, 2013). En este aspecto, la regulación básica es el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA).

Existen supuestos en los que se reconoce la posible titularidad privada de algunos bienes que encajan en la definición del demanio público hidráulico (García Llovet, 2013). Se trata de supuestos puntuales, como es el caso que se da cuando los cauces por los que

discurren las aguas pluviales atraviesan fincas de dominio particular (art. 5 TRLA³⁷). Sin embargo, las titularidades dominicales de estos bienes presentan importantes limitaciones. Por ejemplo, en los cauces privados se prohíbe hacer obras que puedan variar el curso natural de las aguas o su calidad.

Por otro lado, se reconocen derechos de aprovechamiento privativo que no pueden identificarse con la titularidad dominical de los bienes vocacionalmente integrados en el demanio público. Es decir, se trata de derechos de uso privativo, y no de una titularidad privada como tal sobre las aguas, como por ejemplo en el art. 54.1 TRLA³⁸.

Las servidumbres administrativas son delimitadas físicamente en los artículos 6.1³⁹ y 96⁴⁰ TRLA. El primero de ellos establece una zona de servidumbre de 5 metros de anchura en los márgenes de los cauces en toda la extensión de los mismos.

Las limitaciones concretas de estas servidumbres se describen en el art. 7 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RPDH), que reza:

“1. La zona de servidumbre para uso público definida en el artículo anterior tendrá los fines siguientes:

- a) Protección del ecosistema fluvial y del dominio público hidráulico.
- b) Paso público peatonal y para el desarrollo de los servicios de vigilancia, conservación y salvamento, salvo que por razones ambientales o de seguridad el organismo de cuenca considere conveniente su limitación.

³⁷ Art. 5 TRLA: “1. Son de dominio privado los cauces por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular. 2. El dominio privado de estos cauces no autoriza para hacer en ellos labores ni construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las aguas o alterar su calidad en perjuicio del interés público o de tercero, o cuya destrucción por la fuerza de las avenidas pueda ocasionar daños a personas o cosas”.

³⁸ Art. 54.1 TRLA: “1. El propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho”.

³⁹ Art. 6.1 TRLA: “1. Se entiende por riberas las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas, y por márgenes los terrenos que lindan con los cauces. Las márgenes están sujetas, en toda su extensión longitudinal: a) A una zona de servidumbre de cinco metros de anchura para uso público que se regulará reglamentariamente. b) A una zona de policía de 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen”.

⁴⁰ Art. 96 TRLA: “1. Alrededor de los embalses superficiales, el Organismo de cuenca podrá prever en sus proyectos las zonas de servicio, necesarias para su explotación. 2. En todo caso, las márgenes de lagos, lagunas y embalses quedarán sujetas a las zonas de servidumbre y policía fijadas para las corrientes de agua”.

c) Varado y amarre de embarcaciones de forma ocasional y en caso de necesidad.

2. Los propietarios de estas zonas de servidumbre podrán libremente sembrar y plantar especies no arbóreas, siempre que no deterioren el ecosistema fluvial o impidan el paso señalado en el apartado anterior.

Las talas o plantaciones de especies arbóreas requerirán autorización del organismo de cuenca.

3. Con carácter general no se podrá realizar ningún tipo de construcción en esta zona salvo que resulte conveniente o necesaria para el uso del dominio público hidráulico o para su conservación y restauración. Solo podrán autorizarse edificaciones en zona de servidumbre en casos muy justificados.

Las edificaciones que se autoricen se ejecutarán en las condiciones menos desfavorables para la propia servidumbre y con la mínima ocupación de la misma, tanto en su suelo como en su vuelo. Deberá garantizarse la efectividad de la servidumbre, procurando su continuidad o su ubicación alternativa y la comunicación entre las áreas de su trazado que queden limitadas o cercenadas por aquélla”.

Así, se condiciona la plantación de especies no arbóreas a que no impiden el paso o varada objeto de la servidumbre, pero sin exigir una autorización previa. Sin embargo, sí que se prohíbe la plantación de especies arbóreas o la edificación sin la correspondiente autorización.

De acuerdo con García Llovet (2013), la necesidad de una autorización en estos casos no puede obviarse con otras acciones que puntualmente pudieran suponer la superación de dicho obstáculo para la obra. En este sentido, aunque el artículo 7 RPDH únicamente otorga competencia para las autorizaciones al organismo de cuenca en el supuesto de las plantaciones, por coherencia podría hacerlo también para las autorizaciones de edificación. Por lo tanto, ni la licencia urbanística suple la necesidad de esta autorización ni a la inversa (García Llovet, 2013).

4.4. Carreteras y ferrocarriles

La Ley de Carreteras de 2015, el Reglamento General de Carreteras y la Ley de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión forman el marco jurídico en esta materia. La Ley de Carreteras clasifica las vías en cuatro categorías según sus características: 1) autopistas, 2) autovías, 3) carreteras multicarril y 4) carreteras convencionales.

En cuanto a las limitaciones a la propiedad y a las servidumbres, se determinan según el tipo de vía. El art. 28.1 Ley de Carreteras establece que “a los efectos de la presente ley se establecen las siguientes zonas de protección de la carretera: de **dominio público**, de **servidumbre**, de **afección** y de **limitación a la edificabilidad**”.

La zona de dominio público comprende el terreno ocupado por la carretera y sus elementos funcionales y una franja, a cada lado de la vía, de 8 metros en autopistas y autovías y de 3 metros en carreteras convencionales, carreteras multicarril y vías de servicio (Art. 29.1 Ley de Carreteras⁴¹).

La zona de servidumbre está constituida por dos franjas de terreno a ambos lados de la vía delimitadas interiormente por la zona de dominio público y exteriormente por dos líneas paralelas de 25 metros en autopistas, autovías y vías rápidas y 8 metros carreteras convencionales y carreteras multicarril (art. 31.1. Ley de Carreteras⁴²).

Sobre las propiedades se impone de un lado la prohibición de obras y usos incompatibles con la seguridad vial y por otro la facultad del Ministerio de Fomento de “utilizar o autorizar a terceros la utilización de la zona de servidumbre por razones de interés general o cuando lo requiera el mejor servicio de la carretera” (31.3 Ley de Carreteras).

⁴¹ Art. 29.1 Ley de Carreteras: “Constituyen la zona de dominio público los terrenos ocupados por las propias carreteras del Estado, sus elementos funcionales y una franja de terreno a cada lado de la vía de 8 metros de anchura en autopistas y autovías y de 3 metros en carreteras convencionales, carreteras multicarril y vías de servicio, medidos horizontalmente desde la arista exterior de la explanación y perpendicularmente a dicha arista”.

⁴² Art. 31.1 Ley de Carreteras: “La zona de servidumbre de las carreteras del Estado está constituida por dos franjas de terreno a ambos lados de las mismas, delimitadas interiormente por la zona de dominio público y exteriormente por dos líneas paralelas a las aristas exteriores de la explanación, a una distancia de 25 metros en autopistas y autovías y de 8 metros en carreteras convencionales y carreteras multicarril, medidos horizontalmente desde las citadas aristas”.

Además, es preciso recordar el art. 80.2 Reglamento General de Carreteras, que establece que en estas servidumbres los titulares “podrán realizar cultivos sin necesidad de autorización, pero no obras o instalaciones que impidan la efectividad de la servidumbre o que afecten a la seguridad de la circulación vial. Tampoco se podrán realizar plantaciones, obras o instalaciones que impidan la efectividad de esas servidumbres o incidan en la seguridad de la circulación vial”.

A mi modo de ver, las limitaciones que conlleva esta servidumbre en el derecho de propiedad limitan gravemente el contenido, asemejándose a una expropiación. El hecho de no poder realizar las obras que se deseen, o que, para cualquier modificación, se deba tener en cuenta el interés superior del buen ejercicio de la vía y se requiera de autorización dejan prácticamente vacío de contenido el dominio. En esta línea, el art. 31.4⁴³ reconoce la indemnización de estas servidumbres, que a mi parecer debería concretar que su régimen debería ser el de la Ley de Expropiación Forzosa.

En cuanto a la zona de afección estas se integran por dos franjas de terreno a ambos lados de la carretera delimitados interiormente por la zona de servidumbre y exteriormente por dos líneas paralelas una distancia de 100 metros en autopistas, autovías y vías rápidas y 50 metros carreteras convencionales y carreteras multicarril (32.1 Ley de Carreteras⁴⁴).

La limitación a la que está sometida la zona de afección es la exigencia de autorización previa para realizar obras de cualquier tipo o instalaciones fijas o provisionales, cambio de uso o destino de las instalaciones existentes y para la plantación y tala de árboles (32.2 Ley de Carreteras⁴⁵). No obstante, sí que se permite la realización de obras de

⁴³ Art. 31.4 Ley de Carreteras: “Serán indemnizables la ocupación de la zona de servidumbre y los daños y perjuicios que se causen por su utilización”.

⁴⁴ Art. 32.1 Ley de Carreteras: “La zona de afección de las carreteras del Estado está constituida por dos franjas de terreno a ambos lados de las mismas, delimitadas interiormente por la zona de servidumbre y exteriormente por dos líneas paralelas a las aristas exteriores de la explanación, a una distancia de 100 metros en autopistas y autovías y de 50 metros en carreteras multicarril y convencionales, medidos horizontalmente desde las citadas aristas. En el caso especial de túneles y sus elementos auxiliares, constituirán zona de afección los terrenos situados entre las proyecciones verticales de los hastiales exteriores de los mismos y además dos franjas de terreno adicionales de 50 metros de anchura, una a cada lado de dichas proyecciones, medidas horizontal y perpendicularmente al eje de los túneles o elementos auxiliares, salvo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31.3 se derivara un grado de protección diferente”.

⁴⁵ Art. 32.2 Ley de Carreteras: “Para ejecutar en la zona de afección cualquier tipo de obras o instalaciones fijas o provisionales, cambiar el uso o destino de las existentes y plantar o talar árboles, se requerirá la previa autorización del Ministerio de Fomento, sin perjuicio de otras competencias concurrentes. La

conservación y mejora en instalaciones ya existentes, previa autorización, y siempre que no suponga aumento de volumen y sin que el aumento de valor pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios (art. 32.3 Ley de Carreteras⁴⁶).

La zona de limitación a la edificabilidad está situada a 50 metros en autopistas y autovías y a 25 metros en carreteras convencionales y carreteras multicarril, entendida esta como “el borde exterior de la parte de la carretera destinada a la circulación de vehículos en general” (art. 33.1 párrafo 1º Ley de Carreteras). En esta zona se prohíbe cualquier tipo de construcción, reconstrucción o ampliación, exceptuando “las que resultaren imprescindibles para la conservación y mantenimiento de las construcciones o instalaciones ya existentes” (art. 33.1 párrafo 2º Ley de Carreteras).

Por último, la Ley de Carreteras de 1988 establecía una limitación sobre las propiedades colindantes con las vías públicas, que se ha conservado en el actual art. 37.1 Ley de Carreteras⁴⁷. Se trata de una prohibición de publicidad visible desde la zona de dominio público de la carretera y situada fuera de los tramos urbanos.

Esta prohibición dio lugar a la STS de 30 de diciembre de 1997 que permitió los conocidos carteles de la marca Osborne que se encuentran en las carreteras. El TS determinó que el cartel no constituía publicidad como tal, pues la referencia expresa a la marca original ya se había eliminado e independientemente del origen del cartel para la generalidad de los ciudadanos consiste en un elemento más del paisaje (García Llovet, 2013).

En cuanto a las servidumbres relacionadas con el sistema ferroviario, el derogado artículo 281 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres establecía una zona de servidumbre de 20 metros y otra de afección de 50 metros. Tras la derogación parcial del

solicitud de autorizaciones podrá efectuarse, en todo caso, por los medios telemáticos previstos en la legislación sobre procedimiento administrativo y sus normas de desarrollo”.

⁴⁶ Art. 32.3 Ley de Carreteras: “En las construcciones e instalaciones ya existentes en la zona de afección podrán realizarse obras de reparación o mejora, previa la autorización correspondiente, una vez constatados su finalidad y contenido, siempre que no supongan aumento de volumen de la construcción y sin que el incremento de valor que aquellas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios, todo ello, asimismo, sin perjuicio de las demás competencias concurrentes”.

⁴⁷ Art. 37.1 Ley de Carreteras: “Fuera de los tramos urbanos de las carreteras queda prohibido realizar publicidad en cualquier lugar que sea visible desde las calzadas de la carretera, y en general cualquier anuncio que pueda captar la atención de los conductores que circulan por la misma. Esta prohibición no dará en ningún caso derecho a indemnización”.

Reglamento, la Ley del Sistema Ferroviario de 2015 ha acabado recogiendo esta figura bajo el nombre de zona de protección, abarcando los 70 metros, de manera similar a la de las carreteras (art. 14 Ley del Sistema Ferroviario).

4.5. Defensa nacional

La Ley 8/1975, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, en su artículo primero establece limitaciones para los derechos sobre ciertas zonas del territorio nacional, en aras de la “Defensa Nacional y de la seguridad y eficacia de sus organizaciones e instalaciones”. En este sentido, los territorios en cuestión se clasifican en tres categorías distintas:

- 1) Zonas de interés para la defensa nacional. Las que “así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente a un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin” (art. 2 Ley 8/1975). La declaración se realiza por Decreto que debe ser aprobado por el Consejo de Ministros, donde se determina la zona afectada y se fijan las condiciones que se establecen, así como las prohibiciones y limitaciones, todas ellas referentes a la utilización de la propiedad inmueble de que se trate (art. 5 Ley 8/1975⁴⁸). Es decir, la ley no establece las limitaciones a las que se somete a estas propiedades, sino que deja que se determine en el Decreto por el que se constituyen, con el requisito de que sea compatible con el interés público de la Defensa Nacional.

- 2) Zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar. Aquellas situadas alrededor de las instalaciones en cuestión “sometidas a las limitaciones que por esta Ley se establecen, en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que disponga” (art. 3 Ley 8/1975). La declaración debe de ser realizada por el Consejo de Ministros a propuesta del

⁴⁸ Art. 5 Ley 8/1975: “La declaración de zonas de interés para la Defensa Nacional, a que se refiere el artículo segundo, se realizará por Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta de la Junta de Defensa Nacional e iniciativa del Departamento ministerial interesado. Dicho Decreto determinará la zona afectada y fijará las prohibiciones, limitaciones y condiciones que en ella se establezcan, referentes a la utilización de la propiedad inmueble y del espacio marítimo y aéreo que comprenda, respetando los intereses públicos y privados, siempre que sean compatibles con los de la Defensa Nacional, ajustándose, en caso contrario, a lo dispuesto en el artículo veintiocho de la presente Ley”.

Ministerio militar correspondiente (art. 7 Ley 8/1975⁴⁹). Las limitaciones de estas zonas se distinguen según la clasificación entre “Zona próxima” y “Zona lejana”:

- Zona próxima (art. 9 Ley 8/1975⁵⁰): la limitación de la propiedad consiste en que se requiere autorización del ministro “para la realización de obras, trabajos, instalaciones y actividades similares”. Sin embargo, es competencia de las autoridades regionales autorizar los “aprovechamientos agrícolas o forestales”. Por su parte, las obras de mera conservación no requieren autorización.
- Zona lejana (art. 11 Ley 8/1975⁵¹): la limitación de la propiedad consiste en que se requiere autorización únicamente para realizar “plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie”. Solo puede denegarse la autorización cuando la acción en cuestión pueda suponer un “perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate”.

Así pues, las limitaciones dependen de la clasificación entre zonas que se haga al momento de establecerse la zona de seguridad por parte del Consejo de Ministros. Puede observarse que, en comparación con las zonas de interés, las posibilidades de limitación de las facultades del domino son menores, ya que se limitan a necesitar

⁴⁹ Art. 7 Ley 8/1975: “Las instalaciones militares y civiles declaradas de interés militar estarán dotadas de las zonas de seguridad a que se refiere el artículo tercero de esta Ley, en las cuales se podrá establecer la distinción entre «Zona próxima» y «Zona lejana», en atención a los fines que en dicho artículo se fijan, a las limitaciones que en esta Ley se establecen y a las características de las propias instalaciones. A tales efectos, a todas las instalaciones militares, y a las civiles cuando se las declare de interés militar, se les atribuirá, por el Ministerio de que dependan, una clase o categoría de conformidad con las normas y clasificaciones que reglamentariamente se fijen. La declaración de que una instalación civil afectada a obras o servicios públicos estatales es de interés militar, o de que, en su caso, ha dejado de serlo, deberá realizarse por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio militar correspondiente o del Ministerio civil que tenga competencia sobre la obra o servicio público”.

⁵⁰ Art. 9 Ley 8/1975: “En las zonas próximas de seguridad no podrán realizarse, sin autorización del Ministro correspondiente, obras, trabajos, instalaciones y actividades de clase alguna. No obstante, será facultad de las autoridades regionales autorizar los aprovechamientos agrícolas o forestales, así como las excavaciones o movimientos de tierras y construcción de cercas o setos, casetas o barracones de carácter temporal e instalaciones de líneas telegráficas, telefónicas y de transporte de energía eléctrica, siempre que inequívocamente no obstaculicen las finalidades militares de la propia zona. Las obras de mera conservación de las edificaciones o instalaciones ya existentes o previamente autorizadas no requerirán autorización. Cuando las autorizaciones que prevén este artículo y el doce sean solicitadas para obras o servicios públicos, se aplicará lo dispuesto en el último párrafo del artículo sexto de esta Ley”.

⁵¹ Art. 11 Ley 8/1975: “En la zona lejana de seguridad la previa autorización del Ministro correspondiente, cuyo otorgamiento podrá delegar en sus autoridades regionales, sólo será necesaria para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie. La autorización sólo podrá denegarse cuando dichas edificaciones, instalaciones o plantaciones impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate, o queden expuestas a sufrir por dicho empleo daños susceptibles de indemnización. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se observará, en su caso, lo previsto en el último párrafo del artículo sexto”.

autorizaciones, pero no se prohíben actividades de forma directa. Por su parte, en la zona de interés, la única limitación de cara al constreñimiento de las facultades del dominio era el interés para la Defensa Nacional, concepto indeterminado, en el que se podrían llegar a incluir motivos exagerados.

- 3) Zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. Cuando “resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley” (art. 4 Ley 8/1975).

Por último, el párrafo 1º del artículo 28 de la Ley 8/1975⁵² recoge el régimen de indemnización propio de las servidumbres, utilizando, en este caso, el de la LEF. Esta elección del legislador tiene sentido, dada la gran limitación que se sufre en el dominio de las propiedades calificadas como alguna de estas zonas, que, por su gran impacto, se asemeja considerablemente a la figura de la Expropiación Forzosa.

4.6. Patrimonio histórico

La ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español introduce en su preámbulo la categoría de Bien de Interés Cultural, como medida de protección de ciertos bienes muebles e inmuebles del Patrimonio Histórico Español. Además, añade que “semejante categoría implica medidas asimismo singulares que la Ley establece según la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae”. Entre las medidas a las que se refiere el preámbulo, se encuentran algunas limitadoras del derecho a la propiedad, como es la servidumbre de investigación en zona arqueológica.

En este sentido, el artículo 42.1 reza que:

“Toda excavación o prospección arqueológica deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente, que, mediante los procedimientos

⁵² Art. 28 párr. 1º Ley 8/1975: “Los perjuicios que se originen a los particulares como consecuencia de las servidumbres o limitaciones derivadas de la presente Ley serán indemnizables conforme a lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa y de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado”.

de inspección y control idóneos, comprobará que los trabajos estén planteados y desarrollados conforme a un programa detallado y coherente que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, profesionalidad e interés científico”.

El artículo 43 faculta a la administración a “**ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado** del territorio español, en el que se presume la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados”. Por último, el artículo 43 apunta que estas limitaciones **se indemnizan según lo previsto para la expropiación forzosa**.

Está claro que los artículos 42 y 43 establecen limitaciones a la propiedad y, en tanto que estas obligaciones consisten en un “dejar hacer”. Parece acertado sugerir que se trata de una servidumbre de categoría especial, en consonancia con lo apuntado por García Llovet (2013).

Al igual que con las servidumbres para a Defensa Nacional, las servidumbres en materia arqueológica limitan considerablemente la propiedad. Por un lado, la administración puede decidir unilateralmente iniciar investigaciones, por otro lado, se limitan otras facultades, como la excavación en la finca. Así, se produce un decrecimiento injusto que puede llegar a vaciar el contenido del derecho.

En el caso del art. 43 este decrecimiento es más grave por las limitaciones que conlleva y por los largos períodos de tiempo que pueden llevar estas investigaciones, por lo que es lógico que se le reconozca un proceso indemnizatorio como el de la LEF, pues, al fin y al cabo, termina pareciéndose también a la expropiación forzosa.

4.7.Servidumbres en costas

El Título II de la Ley de Costas de 1988 se titula “Limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre” y en su Capítulo II se regulan las servidumbres de protección, de tránsito y de acceso al mar.

El art. 23.1 establece que “la servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar”. El precepto siguiente, en línea con la misma figura, establece la obligación de permitir el depósito temporal de objetos y materiales arrojados por el mar en los 20 primeros metros, así como la realización de salvamento marítimo. En cuanto a los daños derivados de la ocupación, se resarcen según la LEF.

Además, el art. 25.1 establece las prohibiciones que componen la servidumbre de protección:

- “a) Las edificaciones destinadas a residencia o habitación.
- b) La construcción o modificación de vías de transporte interurbanas y las de intensidad de tráfico superior a la que se determine reglamentariamente, así como de sus áreas de servicio.
- c) Las actividades que impliquen la destrucción de yacimientos de áridos naturales o no consolidados, entendiéndose por tales los lugares donde existen acumulaciones de materiales detríticos tipo arenas o gravas.
- d) El tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión.
- e) El vertido de residuos sólidos, escombros y aguas residuales sin depuración.
- f) La publicidad a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales”.

Por lo general, solo se permiten en esta zona aquellas obras, instalaciones y actividades que no puedan tener otra ubicación dada su naturaleza (García Llovet, 2013).

Por otro lado, el art. 27.1 establece la **servidumbre de tránsito**. Esta consiste en una franja de 6 metros tierra adentro, la cual “deberá dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento, salvo en espacios especialmente protegidos”, si bien se contempla que pueda ser ocupada excepcionalmente cuando se deban realizar obras en el dominio público marítimo-terrestre.

Finalmente, el art. 28 añade que “la **servidumbre de acceso público y gratuito al mar** recaerá, en la forma que se determina en los números siguientes, sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre, en la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso”

En este sentido, los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral tienen el deber de prever accesos suficientes al mar y aparcamientos fuera del dominio público marítimo-terrestre (García Llovet, 2013). Además, se impone la obligación de que todos los accesos estén debidamente señalizados y abiertos al uso público. En esta línea, se prohíben las obras o instalaciones que interrumpan el acceso al mar sin que se proponga una solución alternativa (García Llovet, 2013).

Atendiendo al sentido de los artículos expuestos, puede notarse como el legislador busca garantizar un disfrute público del mar, permitiendo el tránsito libre, para lo que limita a los propietarios de ciertos terrenos en su dominio. En este sentido, las prohibiciones van en esta misma línea, pues, por un lado, se posibilita facilitar el paso – actividad positiva de facilitar un camino – y por otro, se prohíben ciertas actividades, de forma negativa (las prohibiciones expuestas del art. 25).

De nuevo, las limitaciones en el goce llegan a niveles extremos, por lo que la servidumbre, en la práctica, se parece a una expropiación, de ahí que el legislador reconozca el mismo mecanismo en la indemnización. A fin de cuentas, recordemos que se trata de una servidumbre legal en virtud de utilidad pública, por lo que el fundamento también es similar al de la expropiación.

4.8. Telecomunicaciones

La Ley 11/2022 General de Telecomunicaciones define estas en su definición 79, en su Anexo II como “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”. Además, el art. 2.1 de esta misma ley las configura como servicios de interés general.

En este sentido, el Título III recoge las obligaciones de servicio público y los derechos y obligaciones de carácter público en el suministro de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Dado que la materia que nos ocupa en este estudio es la relativa a las servidumbres, interesa en este momento la parte relativa a los derechos de los operadores y no tanto sus obligaciones. En este sentido, la sección 1ª del Capítulo II recoge el derecho de ocupación del dominio público por parte de los operadores, así como servidumbres y limitaciones de la propiedad en su favor. Podría sorprender que en este punto no se hable de limitaciones al derecho de la propiedad y se trate más bien como un derecho de los operadores. Sin embargo, parece más acertado señalar que nos encontremos ante el lado positivo de la servidumbre, que es el que se configura como un derecho.

En línea con lo anterior, el art. 44 reconoce el derecho de los operadores a ocupar la propiedad privada cuando sea “necesario para la instalación, despliegue y explotación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico presentado y siempre que no existan otras alternativas técnica o económicamente viables”. Además, establece que los operadores deben asumir los costes generados por esta ocupación.

Finalmente, el artículo 47 señala que, dada la finalidad de “aprovechamiento óptimo y mantenimiento de un adecuado nivel de calidad en el funcionamiento de los distintos servicios que hacen uso del dominio público radioeléctrico”, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital tiene la facultad de establecer limitaciones a la propiedad, así como las servidumbres necesarias para la protección y adecuado funcionamiento de las instalaciones y estaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios públicos.

Si bien en este caso también se trata de servidumbres en virtud de la utilidad pública, no tienen el carácter de continuidad de las otras. Las servidumbres de telecomunicaciones están pensadas para mantenimiento y soluciones de incidencias, ya que, si fuese necesario un uso permanente, el art. 44.1 también prevé la expropiación forzosa.

Así, al estar prevista la servidumbre para supuestos que generalmente se dan con amplios espacios temporales, no se trata de una figura tan próxima a la Expropiación, como lo

eran las anteriores. No obstante lo anterior, la ley prevé el mismo proceso indemnizatorio para ambos supuestos.

4.9. Transporte de energía eléctrica

La servidumbre de paso de energía eléctrica viene reconocida en el artículo 57 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico. En este sentido, el mencionado artículo configura la servidumbre de paso de energía eléctrica como una servidumbre legal y distingue:

- 1) Servidumbre de paso aéreo. Además del vuelo sobre el predio sirviente comprende la instalación de “postes, torres o apoyos fijos para la sustentación de cables conductores de energía”.
- 2) Servidumbre de paso subterráneo. Comprende la ocupación del subsuelo por cables conductores en las condiciones que se señalen la legislación urbanística aplicable.

Además, añade que las servidumbres mencionadas comprenden también, cuando sea necesario, “el derecho de paso o acceso y la ocupación temporal de terrenos u otros bienes necesarios para construcción, vigilancia, conservación, reparación de las correspondientes instalaciones, así como la tala de arbolado, si fuera necesario”.

Por su parte, el artículo 58⁵³ de este mismo cuerpo legal añade algunas limitaciones a la propia servidumbre, que deben entenderse como una búsqueda del menor perjuicio al titular del predio sirviente (García Llovet, 2013). Así pues, se prohíbe la servidumbre de paso para líneas de alta tensión “sobre edificios, sus patios, corrales, centros escolares, campos deportivos y jardines y huertos” que ya existen con carácter previo a la servidumbre. Además, se prohíbe esta servidumbre “si la línea puede técnicamente instalarse sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales” de entes públicos, o bien siguiendo los límites de fincas privadas.

⁵³ Art. 58 Ley 24/2013: “No podrá imponerse servidumbre de paso para las líneas de alta tensión: a) Sobre edificios, sus patios, corrales, centros escolares, campos deportivos y jardines y huertos, también cerrados, anejos a viviendas que ya existan al tiempo de decretarse la servidumbre, siempre que la extensión de los huertos y jardines sea inferior a media hectárea. b) Sobre cualquier género de propiedades particulares, si la línea puede técnicamente instalarse, sin variación de trazado superior a la que reglamentariamente se determine, sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, Comunidades Autónomas, de las provincias o los municipios, o siguiendo linderos de fincas de propiedad privada”.

En definitiva, se trata de una servidumbre que busca implementar el transporte de energía eléctrica para el bienestar de la sociedad. Se puede observar que el criterio de buscar el mínimo perjuicio posible para el fundo sirviente se da expresamente en el art. 58. En ocasiones no es posible evitar el gravamen, y, para buscar el mínimo perjuicio, el transporte se lleva a cabo o bien por cables conductores sobre el terreno (paso aéreo) o bien con carácter subterráneo. Sin embargo, como en las servidumbres de telecomunicaciones, es normal que se requiera mantenimiento y reparaciones, en cuyo caso se podría necesitar el tránsito por el fundo sirviente.

Mientras los cables se instalen con carácter aéreo o subterráneo, parece que el gravamen no tiene un impacto tan alto como para vaciar de contenido el dominio del predio sirviente y, dado que el mantenimiento será ocasional, tampoco parece que se limite en gran cantidad el dominio, si bien tampoco se puede negar que sí que tenga este carácter, como toda servidumbre.

4.10. Vías pecuarias

En este punto es conveniente recordar el artículo 570 del Código Civil, que reza:

“Las **servidumbres** existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de **cañada**, **cordel**, **vereda** o cualquier otro, y las de **abrevadero**, **descansadero** y **majada**, se registrarán por las ordenanzas y reglamentos del ramo y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar.

Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros, y la vereda de 20 metros.

Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso o la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en esta sección y en los artículos 555 y 556. En este caso la anchura no podrá exceder de 10 metros”.

Así, se distinguen dos figuras distintas. Por un lado, los dos primeros párrafos hablan de las vías pecuarias. Por otro lado, el tercer párrafo se refiere a las servidumbres de paso o abrevadero para ganados. La principal diferencia entre una y otra figura es que una es realmente una servidumbre y la otra no. La clave para distinguir las está en determinar si existe o no un predio dominante, o en su caso, si se trata de un derecho titularidad de una persona o comunidad concretas (García Llovet, 2013).

En este sentido, las vías pecuarias a que se refieren los dos primeros párrafos del artículo se desarrollan en la Ley de Vías Pecuarias de 1995. En su artículo 1 establecen que las vías pecuarias son las “rutas o itinerarios por donde discurre o ha venido discurriendo tradicionalmente el tránsito ganadero” y el artículo 2 las consagra como bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas.

El artículo 4.1 establece que “las vías pecuarias se denominan, con carácter general: cañadas, cordeles y veredas. a) Las cañadas son aquellas vías cuya anchura no exceda de los 75 metros. b) Son cordeles, cuando su anchura no sobrepase los 37,5 metros. c) Veredas son las vías que tienen una anchura no superior a los 20 metros”.

En el acto de clasificación “se determina la existencia, anchura, trazado y demás características físicas generales de cada vía pecuaria” (art. 7 Ley de Vías Pecuarias).

El párrafo 1º del artículo 14 permite que:

“Por razones de **interés público** y, excepcionalmente y de forma motivada, por razones de interés particular, se podrán **autorizar ocupaciones de carácter temporal**, siempre que tales ocupaciones **no alteren** el tránsito ganadero, ni impidan los demás usos compatibles o complementarios con aquél”.

El régimen de las vías pecuarias, ciertamente, recuerda al de la servidumbre de paso para ganados, pero es importante tener en cuenta que no se trata de una servidumbre ya que, por un lado, se debe dar sobre el dominio público (recuérdese que la servidumbre limita la propiedad privada) y, por otro lado, para que fuera una servidumbre debería haber un beneficiario concreto.

CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE PROBLEMÁTICAS IDENTIFICADAS

En los capítulos anteriores se ha expuesto el régimen de la servidumbre en nuestro ordenamiento jurídico. En Capítulo II se ha distinguido la figura de la servidumbre de la figura de las relaciones de vecindad, en el Capítulo III se ha expuesto el régimen de las servidumbres en el Código Civil, explicando el régimen de servidumbres legales y voluntarias. Por último, en el Capítulo IV se han analizado las servidumbres legales en legislación especial o administrativa. En el capítulo presente se analiza, desde una perspectiva crítica, el régimen que se ha venido detallando para identificar aquellas problemáticas y conflictos más presentes y se analizan tanto las soluciones que se están dando, como aquellas que podrían darse en aras de un mejor Derecho.

En este sentido, habiendo entendido el entorno en el que se desenvuelve la servidumbre en nuestro ordenamiento jurídico, surgen ciertos interrogantes. Algunos son respondidos por las propias normas que se han analizado. En cambio, hay otros que no tienen una solución tan clara, ya sea porque el ordenamiento no es preciso o bien porque no haya tenido en cuenta dicha situación.

A continuación, se exponen las problemáticas identificadas cuya respuesta puede no ser tan evidente a la luz del análisis anterior:

5.1.Servidumbre voluntaria establecida por el poseedor no titular del dominio

Conviene recordar que los derechos reales limitados, o derechos reales sobre cosa ajena, son aquellos que, si bien van ligados a la propiedad, carecen de las mismas facultades de goce dominical que esta (Díez-Picazo y Gullón, 2019b, p. 19). Estos derechos implican una propiedad, que será de otra persona, por lo que cabe pluralidad de derechos sobre la misma cosa. Por ejemplo, el usufructo de una finca se da simultáneamente con el derecho de propiedad de otra persona (la conocida nuda propiedad).

En relación con las servidumbres, es muy claro que el titular dominical puede establecer servidumbres. Sin embargo, el término “todo propietario” del 594 CC⁵⁴ excluye a los titulares de otros derechos reales sobre la finca. Entonces, ¿el usufructuario no puede establecer servidumbres sobre la finca de la cual goza y disfruta?

Ciertamente, mediante una interpretación literal del art. 594 CC, puesto en consonancia con el silencio establecido por el 595⁵⁵ deja ver que el Código Civil solo contempla expresamente la facultad de constituir servidumbres para quien ostenta el dominio de la finca. Sin embargo, la doctrina viene discrepando en este aspecto, admitiendo una parte la posibilidad de constitución de servidumbres temporales por parte de un usufructuario, y negándolo otro sector.

Quienes se posicionan en contra, además de la interpretación literal, añaden varios argumentos. Alonso Pérez argumenta que “la servidumbre es cualidad inherente al que sea propietario del fundo y, quien la posea, como el usufructuario, es simple gozador no constituyente” (Pons y Del Arco, 2008, p. 703). Por otro lado, autores como De Diego, Díez-Picazo, Gullón y otros afirman que la servidumbre es un acto de disposición parcial de la finca y no es una facultad incluida en el usufructo, o que, al tratarse de un gravamen, se trata de una relación entre los propietarios (Rebolledo Varela, 2013a, p. 147).

Por otro lado, quienes abogan por la viabilidad de estas servidumbres, como De Buen y Albaladejo, defienden que la servidumbre es un disfrute de una propiedad, facultad propia del usufructo, que debería incluirse en este, limitado por características propias del usufructo, como la duración (Rebolledo Varela, 2013a, p. 146).

Por su parte, en la Resolución DGRN de 29 de marzo de 2003 – sobre un caso en el que se pretende determinar si se pueden hacer constar en el Registro por una Cooperativa de viviendas determinadas servidumbres sobre fincas que pertenecen a terceras personas, por haber sido enajenadas por la Cooperativa – se afirma que “es preciso que cuente con el consentimiento del titular registral”. Al no especificarse qué tipo de titular registral, se

⁵⁴ Citado en el apartado 3.1

⁵⁵ Art. 595 CC: “El que tenga la propiedad de una finca cuyo usufructo pertenezca a otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho del usufructo”.

entiende que puede ser en virtud de cualquier derecho registrado, como podría ser el usufructo.

Finalmente, en cuanto a jurisprudencia se refiere, el Tribunal Supremo, en su STS 4145/2018 aborda la resolución de un litigio cuya resolución depende de determinar la legitimación del usufructuario para constituir una servidumbre voluntaria. El TS afirma que el artículo 594 y ss. CC hablan solamente del propietario, pero también recuerda que el Código Civil enfoca la servidumbre únicamente desde la perspectiva del predio sirviente, ya que “el legislador decimonónico solo consideró relevante el problema de quien está legitimado para imponer un gravamen sobre una finca”. Así, finalmente el Tribunal Supremo acaba determinando que “el usufructuario puede constituir en beneficio de la finca una servidumbre voluntaria predial, de modo que las facultades correspondientes a tal servidumbre se incorporen como una utilidad que integra las facultades de disfrute de la finca”. Además, añade que “la titularidad de la servidumbre y su duración dependerá del título por que se constituye”.

Desde mi punto de vista, la postura del Tribunal Supremo no termina de resolver la cuestión, pues tan solo defiende la postura fácil de la controversia, en la que no se grava ni dispone el predio. Así, el verdadero problema se encuentra en determinar si el usufructuario puede establecer una servidumbre desde la posición del predio sirviente.

La forma en la que el Tribunal Supremo admite la posibilidad de que un usufructuario pueda establecer una servidumbre en favor del predio invita a pensar que no se puede establecer en contra del predio. Ciertamente, si la servidumbre es un gravamen y gravar un predio es un acto de disposición, es una facultad que no va en el usufructo.

Por otra parte, se ha defendido que la servidumbre se comporte como una especie de porción de usufructo, en cuanto ambas comportan el goce de la propiedad, ya sea total o parcial. En esta línea, se defiende que, si se puede enajenar el usufructo (480 CC⁵⁶), se debería de poder enajenar una porción del mismo como servidumbre. Sin embargo, es

⁵⁶ Art. 480 CC: “Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola”.

necesario recordar que no se estaría gravando el predio con una servidumbre, sino que simplemente se estaría enajenando una parte de dicho usufructo, para lo cual habría que atender al título constitutivo.

Por otro lado, podría entenderse que el hecho de que un usufructuario establezca una servidumbre en contra del predio no es un acto de disposición de la finca, sino del derecho de su usufructo y que por eso estaría limitado de la misma manera que el usufructo. Sin embargo, estaríamos de nuevo ante el mismo caso que en el párrafo anterior, pues, dado que una servidumbre sobre un usufructo no tiene sentido (porque se trata de una relación entre predios, no entre derechos), acabaría siendo más bien una enajenación parcial del usufructo y no una servidumbre.

Entonces, pudiera parecer que mi argumentación conduce a pensar que un usufructuario de una finca no podría, por ejemplo, dejar pasar a su vecino para llegar más rápido a su destino. En esta línea, mi postura defiende que estas situaciones se pueden reconducir por las relaciones de vecindad ya explicadas, o por medio del conocido derecho de uso inocuo, que es el que se da cuando se tiene la posesión de un bien ajeno para el mero disfrute, sin causar perjuicios.

5.2. Reflexión sobre la relación entre los artículos 546.2 y 537 CC

Como se expuso en el apartado 3.8, el art. 537 CC⁵⁷ recoge la regla para la usucapión de las servidumbres. Por otro lado, el art. 546.2⁵⁸ contiene la vía de extinción de la servidumbre por el no uso.

Ambos supuestos se dan por un modo de actuar del titular del predio dominante. Ambos se refieren al uso y, por definición, el titular del predio sirviente no puede usar la servidumbre en cuestión, pues no cabe servidumbre sobre fundo propio.

Cuando se analizan ambos artículos bajo la misma lupa, llama la atención la similitud entre ambas figuras, pues las dos tratan de distintas fases del “ciclo de la vida” de la

⁵⁷ Citado en el apartado 3.8

⁵⁸ Citado en el apartado 3.10

servidumbre y ambas tienen el mismo requisito temporal de veinte años. El tiempo requerido y las normas de cómputo del plazo son prácticamente idénticas.

Sin embargo, se trata de figuras claramente diferenciadas, pues, mientras la usucapión consiste en un modo de constitución de la servidumbre por uso continuado, la otra fórmula recoge la regla opuesta: la extinción por el no uso continuado. Es normal entonces que ambos preceptos exijan los mismos requisitos, pues se trata de la misma fórmula aplicada a dos supuestos opuestos.

Lo más llamativo de estas figuras es su mismo plazo de 20 años, diferente de los plazos de 30 y 10 años establecidos para la usucapión de bienes inmuebles en general (respectivamente, arts. 1957⁵⁹ y 1959⁶⁰), según si hay buena fe y justo título o no.

En este contexto, surge la duda doctrinal de si este plazo especial supone que la usucapión de servidumbres debe ser por el uso durante 20 años en todo caso, incluso cuando haya buena fe y justo título, o si, por el contrario, solo sustituye al plazo de 30 años y la regla de la buena fe y justo título con su plazo de 10 también es aplicable a la servidumbre. Así, resulta paradójico que la servidumbre con buena fe y justo título se pueda usucapir por el uso durante 20 años mientras que el pleno dominio por tan solo 10 años.

Al respecto, parece que, en la actualidad, la jurisprudencia y la doctrina han acabado aceptando que la regla de la usucapión para la servidumbre el legislador ha decidido tener en cuenta solo el factor posesorio y el factor temporal, “sin dar relevancia ni incidencia alguna en la usucapión a la buena fe ni al justo título” (Gómez Corraliza 2017, p.524).

En la misma línea, es preciso apuntar que, de acuerdo con la interpretación sistemática, también parece que la regla de los 20 años se imponga sobre la de 10 años con buena fe, pues el art. 1938 CC establece en sede de prescripción que “las disposiciones del presente título se entienden **sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se**

⁵⁹ Art. 1957 CC: “El dominio y demás derechos reales **sobre bienes inmuebles** se prescriben por la posesión **durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes**, con buena fe y justo título”.

⁶⁰ Art. 1959 CC: “**Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años**, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539”.

establezca respecto a determinados casos de prescripción". Y la interpretación literal del 537 CC, al que remite el 1938, también indica en esta dirección.

5.3.Servidumbre por “destino del padre de familia”

El art. 541 CC⁶¹ recoge la denominada servidumbre por “destino del padre de familia”. Se trata del caso en el que el propietario de dos fundos establece un signo aparente entre ambas y, cuando se trasmite una de ellas, se presume como servidumbre.

Cuando este artículo se pone en consonancia con el 546.1 CC⁶² – que, como se expuso anteriormente, recoge la extinción de la servidumbre por confusión – se pueden notar que ambos tratan supuestos en los que los fundos de la servidumbre pasan por la titularidad de un mismo propietario.

Mientras que el 546.1 estipula que la servidumbre se extingue por reunión de los fundos en una misma titularidad dominical, el 541 presume la existencia de una servidumbre en el supuesto inverso, en el que el propietario de dos fincas enajena una de ellas, manteniendo un signo aparente de servidumbre.

Atendiendo al sentido del art. 546.1, en el supuesto de hecho del art. 541 lo lógico sería pensar que una vez que las fincas se reúnen bajo un mismo propietario, la servidumbre se extingue. Por ello, la doctrina ha tomado posturas diversas a la hora de determinar, por un lado, si la servidumbre llega a extinguirse y, por el otro lado, las circunstancias para aplicar con eficacia el artículo 541.

En este sentido, Rebolledo Varela (2013a) afirma que según el 546.1 CC se trata de una extinción y que, en principio, no debería renacer la servidumbre. Así, debería tratarse más bien de una nueva, siempre y cuando no se haya retirado el signo aparente o se expresase lo contrario. Otra parte de la doctrina afirma que se trata de una servidumbre que permanece en estado de *quiescencia* y por lo tanto no llega a desaparecer.

⁶¹ Citado en el apartado 3.7

⁶² Citado en el apartado 3.10

En un supuesto similar, el TS, con su STS 424/2016, reconoció que se trataba de una cuestión compleja. Por un lado, la falta de negación expresa o retirada del signo aparente es realmente una aceptación tácita, además, acudiendo a la interpretación literal del artículo y al sentido del mismo, está claro que se busca proteger la voluntad de quien constituye la servidumbre. Así, si bien en estos casos se presume la aceptación tácita de la servidumbre, es preciso estar a los hechos concretos, pues la adquisición puede darse por actos que no sean necesariamente negocios jurídicos (como una ejecución hipotecaria), en cuyo caso el Tribunal Supremo no presume dicha voluntad, que no solo debe estudiarse en el momento de instalación del signo aparente, sino también en el de enajenación del predio.

Además, señaló en la STS 85/2016 que “en el caso de servidumbre por destino, prevista en el artículo 541 CC, únicamente cabe estimarla subsistente en el supuesto de que represente una verdadera utilidad actual para el predio dominante, aun cuando no se haya hecho desaparecer el signo aparente ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación”.

En conclusión, el art. 541 supone una excepción a la aplicación literal del 546.1, aunque se debe aplicar con cautela. Los requisitos que ha venido estableciendo el Tribunal Supremo son que haya una utilidad o comodidad razonable y que los hechos concretos en la constitución del signo aparente y en la transmisión de la servidumbre sean reflejo de una voluntad de gravar el predio, que se presume tácitamente.

A modo de crítica, la aplicación del art. 541 debería de ser más clara, ya que la voluntad del legislador es, evidentemente, proteger la voluntad de quien establece una potencial servidumbre sobre dos predios de su propiedad, en virtud de dicho derecho. Ciertamente, esta postura rompe con los presupuestos de la servidumbre de necesaria utilidad y de libertad de cargas del fundo, pero, por otro lado, se trata de un acto de disposición intrínseco al derecho de propiedad, pues tanto en la instalación del signo, como de la transmisión del predio, se atiende a la voluntad de este.

5.4. Apariencia de las servidumbres negativas

Cuando se analiza la servidumbre desde una perspectiva global de cómo se relacionan los distintos preceptos relativos a esta figura, es natural que puedan surgir posibles contradicciones con ciertos artículos que no dan los mismos problemas contemplados de manera individualizada. Es el caso del artículo 537 CC⁶³ cuando se pone en consonancia con el 533 CC⁶⁴.

El art. 537 CC, contiene la regla sobre la usucapión de las servidumbres. Conviene recordar que las servidumbres no aparentes no son usucapibles. Por otra parte, el 533 estipula que es servidumbre negativa “la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre”.

Es normal, entonces, pensar que un no hacer, como omisión que supone, no es un signo exterior y que, como no es un signo exterior, no es aparente (art. 532 CC⁶⁵) y, por tanto, tampoco usucapible (Rebolledo Varela, 2013a, pp. 110-111). Pero, sin embargo, el art. 538 CC⁶⁶ prevé expresamente la usucapión de las servidumbres negativas.

En este sentido, un sector de la doctrina aboga por la postura de la inaplicabilidad del inciso final del art. 538 (Rebolledo Varela, 2013a, pp. 110-111), mientras que la jurisprudencia ha venido admitiendo la existencia de la servidumbre negativa aparente por medio de la servidumbre de luces y vistas, que “tiene carácter de negativa cuando los huecos están abiertos en pared propia del dueño del predio dominante y de positiva cuando tales huecos se hallan en pared medianera o propia del dueño del sirviente” (STS 1124/2023).

Por otro lado, es necesario apuntar que, en algunas de las legislaciones forales, como en Navarra, precisamente se distingue entre servidumbres negativas aparentes y no aparentes (Ley 397 de la Compilación Navarra⁶⁷).

⁶³ Citado en el apartado 3.8

⁶⁴ Citado en el apartado 3.3

⁶⁵ Citado en el apartado 3.3

⁶⁶ Citado en el apartado 3.8

⁶⁷ Art. 397 Compilación Navarra: “Las servidumbres se adquieren por la prescripción ordinaria de bienes inmuebles o por la extraordinaria. El tiempo empezará a contar en las servidumbres positivas desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de los signos de servidumbre, y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar”.

Expuesto lo anterior, me parece evidente que el legislador tiene la intención de diferenciar. Por un lado, la previsión del art. 538 contempla la posibilidad de la usucapión de servidumbres negativas a la vez que el 537 prohíbe la de las no aparentes. Además, comparando nuestro ordenamiento con otros de territorios vecinos, con los cuales se comparte una común influencia (como el de Navarra), se puede observar esta diferenciación. En el caso de Navarra, es más explícita aún y no cabe lugar a dudas en cuanto a la diferencia entre figuras. Finalmente, nuestros tribunales vienen reconociendo la posibilidad de que existan las servidumbres negativas aparentes y las no aparentes.

Por lo tanto, parece que los argumentos a favor de distinguir las figuras son más fuertes y consolidados. Sin embargo, la postura del sector de la doctrina que se mencionó tiene su razón de ser, pues ciertamente, hasta ahora la jurisprudencia solo ha venido admitiendo un supuesto concreto de servidumbre negativa aparente, lo cual deja entrever la difícil aplicabilidad de este supuesto. Lo anterior, unido a la confusa redacción de los artículos explicados, innegablemente conduce a confusión.

Se sugiere en este punto una redacción más completa de las distintas figuras que permita diferenciarlas, no solo al ponerlas en manos del juez, sino también sobre el papel, de forma que se pueda garantizar un mejor conocimiento del derecho y, por ende, una mayor seguridad jurídica.

5.5. Constitución tácita de la servidumbre

Según Rebolledo Varela (2013a, p. 161), la interpretación en relación con las servidumbres debe ser restrictiva, pues debe primar el principio del fondo libre de cargas. En este sentido, surge cierta controversia en relación a la admisibilidad del consentimiento tácito en este contexto.

De acuerdo con Pons y Del Arco (2008, p. 365), el problema surge cuando se da un uso de la posible servidumbre con conocimiento del propietario del posible fondo sirviente, que no se opone o incluso lo permite. Cuando este supuesto se da en el marco de las

servidumbres del art. 540⁶⁸ CC, servidumbres no usucapibles, como la de paso (De Verda y Beamonte, 2023, p. 378), es difícil determinar su admisibilidad, pues se requiere escritura pública o sentencia firme.

Algunos autores, como Pons y Del Arco (2008, p.365) o como en la Resolución de la DGRN del 8 de julio de 2015 o en el ATS 8538/2023, se ha afirmado que consentimiento tácito es diferente del conocimiento, y que el primero es posible por implicar ciertos hechos de mayor notoriedad del consentimiento.

La jurisprudencia ha venido tomando posturas diferentes, pues en ocasiones – STS de 24 de marzo de 2003 – ha determinado que no era posible la constitución tácita de servidumbres y en otras – STS 21 de mayo de 1966 – sí que la ha contemplado (Rebolledo Varela, 2013a, p. 161).

El debate sobre el consentimiento tácito en las servidumbres refleja tensión entre la seguridad jurídica y la flexibilidad en el derecho de propiedad. Mientras la seguridad jurídica busca garantizar que los derechos estén bien definidos, la flexibilidad permite adaptarse a las particularidades de cada caso.

La jurisprudencia no ha sido unánime en su postura respecto al consentimiento tácito. Las diferentes posturas adoptadas destacan la importancia de las circunstancias concretas al determinar la forma en que el consentimiento tácito puede darse.

En conclusión, parece que el consentimiento tácito en las servidumbres viene siendo aceptado, lo cual es lógico, en consonancia con el principio de autonomía de la voluntad en su vertiente de libertad de forma. Por otro lado, las limitaciones del derecho de servidumbre que presumen la libertad del fondo, pueden crear casos conflictivos. En este marco, parece que las últimas posturas del Tribunal Supremo han consistido en admitir el consentimiento tácito, si bien debe ser revelado por los hechos de manera clara y no se debe presumir.

⁶⁸ Art. 540 CC: “La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme”.

Desde mi punto de vista, la postura del Tribunal Supremo es acertada, ya que la atención a cada caso, junto con la confianza en el criterio de equidad de los tribunales, se presenta como la única solución para la convivencia entre los principios libertad de forma en relación al consentimiento tácito y el principio de libertad de cargas del fundo.

Sin embargo, aunque se haya venido aceptando, su apreciación es difícil, de ahí que el Tribunal Supremo ponga especial énfasis en la necesidad de atender con cuidado a los hechos y que no se presuma. Así, es preciso tener en cuenta que el consentimiento tácito muchas veces se puede confundir con el derecho de uso inocuo. Estos son actos que limitan el dominio por la mera tolerancia del dueño, que “en teoría puede lícitamente excluir a los demás del uso, utilización o aprovechamiento, por insignificante que sea, de su propiedad” (Diez-Picazo y Gullón, 2019a, p.147).

La teoría que distingue los derechos reales de los actos de mera tolerancia es reconocida ampliamente por la jurisprudencia, así, en la STS del 15 de junio de 2007, el Tribunal Supremo afirma que “con reiteración ha señalado esta Sala que los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables, declarando así mismo que **sólo pueden merecer esta consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia**”.

5.6.Devolución de la indemnización en la extinción de la servidumbre

El art. 568 CC⁶⁹ establece que, si la servidumbre de paso pierde su carácter de necesidad, el propietario del predio sirviente tiene la facultad de extinguir la servidumbre, devolviendo la indemnización percibida previamente.

⁶⁹ Citado en el apartado 3.4

El precepto tiene sentido, pues si el carácter forzoso de esta servidumbre se fundamenta en la necesidad requerida por parte del predio dominante, la ausencia de dicha necesidad hace que ese carácter forzoso carezca de fundamento.

En este contexto, el problema reside en la indemnización. La doctrina no termina de entender la cuantía de esta. Si bien a partir de la literalidad del artículo puede entenderse que se debe devolver la cuantía íntegra percibida, en ocasiones no parece justo, por ejemplo, si la servidumbre ha durado una gran cantidad de tiempo (Pons y Del Arco, 2008, p. 426).

Así pues, la doctrina ha adoptado diferentes posturas. Por un lado, un sector defiende que ante una servidumbre de paso con carácter permanente se debería devolver la indemnización percibida íntegra. Ello se argumenta en que la indemnización percibida se goza mientras dura la servidumbre, pero para evitar un lucro no justificado debe devolverse íntegramente (Pons y Del Arco, 2008, p.428).

Por otra parte, otra sección de la doctrina defiende que se deba devolver la indemnización percibida parcialmente. Por un lado, se defiende que ante cánones anuales no tenga sentido devolver las cantidades percibidas y que baste con el cese de abonos ulteriores (Rebolledo Varela, 2013b, p. 491). Además, la diferencia establecida por el art. 564 CC⁷⁰ entre indemnización por daños y perjuicios e indemnización por el valor del terreno ocupado, también llevan a afirmar que se deba devolver tan solo la segunda (Rebolledo Varela, 2013b, p. 491).

Finalmente, existe una postura más ecléctica que no indaga mucho en el sentido de la indemnización, pues establece que los tribunales deben de determinar la cuantía atendiendo a las circunstancias de cada caso (Pons y Del Arco, 2008, p.426).

Personalmente, a pesar de la literalidad del art. 568, no creo que se pueda entender como justa la devolución íntegra de la indemnización percibida, ya que la limitación al dominio sufrida quedaría entonces descompensada.

⁷⁰ Citado en el apartado 3.4

Si se devuelve toda la indemnización, la servidumbre habrá sido un enriquecimiento injusto por parte del dueño del predio dominante, pues ha tenido la servidumbre disponible y no ha tenido ninguna merma económica. Además, el titular del predio sirviente ha visto limitado su dominio y este queda descompensado.

A mi modo de ver, como la postura ecléctica, será conveniente que cada caso se resuelva de acuerdo con la voluntad de las partes o que determinen los tribunales, considerando las circunstancias concretas. Sin embargo, añado que puede ser un criterio diferencial determinar si se ha producido un luco cesante. En este caso, devolver la totalidad de la indemnización no sería justo si el hecho de tener que constituir una servidumbre de paso ha supuesto una menor rentabilidad económica, por ejemplo, en la explotación agrícola del predio sirviente, pues no solo se ha producido un enriquecimiento injusto en el propietario del predio dominante, sino que también se ha producido merma económica en el predio sirviente.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIÓN

En los capítulos anteriores, se ha analizado el derecho real de servidumbre. En el Capítulo II, se ha diferenciado la figura respecto de las relaciones de vecindad. En los Capítulos III y IV, se ha analizado descriptivamente, tanto su regulación en el Código Civil, como en legislación especial o administrativa. Por último, en el Capítulo V, se han realizado seis críticas a la actual regulación, analizando opiniones doctrinales, jurisprudenciales y de la doctrina administrativa. Además, se sugieren algunas soluciones o interpretaciones, medidas que podrían mejorar el marco analizado y, en definitiva, dar una mayor seguridad jurídica.

Es necesario que el derecho de servidumbre tenga una regulación clara, pues, al tratarse de un límite a la propiedad, elemento esencial de la configuración de nuestro estado, es preciso ser cauto. En este sentido, mediante las críticas realizadas se ha demostrado que, en ocasiones, si bien la literalidad de los artículos es clara, no es acorde con la sistematicidad del resto de la regulación de esta figura.

Sin embargo, los tribunales acaban conociendo cada caso y lo tratarán de resolver de manera equitativa. Así pues, no conviene olvidar que los principios que rigen el derecho de servidumbre son el de presunción de libertad de cargas del fundo, el de la necesaria utilidad o, en su caso, comodidad y el de la autonomía de la voluntad.

Es necesario tener en cuenta estos principios en el momento de la resolución de los conflictos que puedan surgir en este contexto. En primer lugar, la autonomía de la voluntad es amplia y, permite que los particulares, no solo puedan establecer las servidumbres que consideren, sino también se articula como una medida resolutoria de conflictos. En segundo lugar, los principios de presunción de libertad de cargas del fundo y de necesaria utilidad, casan con el hecho de que se trate de una limitación al derecho de propiedad. Puede notarse que se busca limitarlo lo mínimo necesario, en la medida de lo posible y que, ante la duda, se presume que el derecho de propiedad no está limitado.

Se ha podido ver que este criterio (que en ocasiones se opone a la literalidad de algunos preceptos) es el utilizado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, con la intención de mantener una coherencia con las figuras que se tratan.

Consecuentemente, la literalidad de estos preceptos induce a la confusión y, potencialmente al error, por lo que la seguridad jurídica se ve dañada. En esta línea, si el derecho de propiedad es uno de los pilares de la configuración de nuestro estado, la seguridad jurídica debe ser objeto de especial cuidado.

BIBLIOGRAFÍA

a) Legislación

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa.

Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea.

Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

Constitución Española. 1978. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias.

Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras.

Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea.

Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario.

Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

a) Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4063/1966, de 21 de mayo de 1966.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 9632/1988, de 8 de octubre de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 8042/1997, de 30 de diciembre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 8945/2000, de 5 de diciembre de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5491/2002, de 19 de julio de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 281/2003, de 24 de marzo de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 719/2007, de 15 de junio de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 85/2016, de 19 de febrero de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3976/2016, de 22 de julio de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4145/2018, de 13 de diciembre de 2018.

Auto del Tribunal Supremo núm. 8538/2023, de 21 de junio de 2023.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1124/2023, de 10 de julio de 2023.

b) Obras doctrinales

Albaladejo García, M. (1983). *Derecho Civil III*, vol. 2º, 5ª ed., Bosch.

Algarra Prats, E. (1995). Capítulo Primero. Relaciones de vecindad e inmisiones. *La disciplina de las inmisiones en el derecho privado*. (pp. 21-109). Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2019a). *Sistema de Derecho civil. Vol. III. Derechos Reales en general. Tomo 1*. Tecnos.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2019b). *Sistema de Derecho civil. Vol. III. Derechos Reales en general. Tomo 2*. Tecnos.

García García, J. A. (2023). Título VII: De Las Servidumbres. En A. Cañizares Laso (ed.), *Comentarios al Código Civil TOMO II (Arts. 268 a 743)*. (pp. 2827-3083). Tirant.

García Llovet, E. (2013). Parte Octava: Servidumbres administrativas. En L. A. Rebolledo Varela (ed.), *Tratado de Servidumbres*. (pp. 1449-1552). Aranzadi.

Gómez Corraliza, B. (2017). Constitución de las Servidumbres. En M. Linacero (ed.), *Tratado de Servidumbres*. (pp. 393-528). Tirant.

Guilarte Gutiérrez, V. (1984). *La constitución voluntaria de servidumbres en derecho español*. Montecorvo.

Lucas Fernández, F. (1963). *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*. Publicaciones del Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Murcia.

Manresa y Navarro, J. M. (1951). *Comentarios al Código Civil español*, t. IV, 6ª ed. Reus.

Mateu Álvaro, C. (2014). Régimen general de las servidumbres. *Servidumbres voluntarias, limitación del derecho de edificación y proceso codificador*. (pp. 372-443). Departament de Dret Privat de la Universitat de les Illes Balears.

Pons González, M., Del Arco Torres, M. A. (2008). *Régimen jurídico de las servidumbres*. Comares.

Puig Brutau, J. (1979). *Fundamentos de Derecho civil*, t. 3, vol. II, 3ª ed. Bosch.

Roca Juan, J. (1990). Comentarios de los artículos 530 a 604 del Código Civil. En *comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol 2º, 2º ed. Edersa.

Rebolledo Varela, A. L. (2013a). Parte Primera: Régimen General de las Servidumbres. En L. A. Rebolledo Varela (ed.), *Tratado de Servidumbres*. (pp. 65-399). Aranzadi.

Rebolledo Varela, A. L. (2013b). Parte Segunda: Las servidumbres legales. En L. A. Rebolledo Varela (ed.), *Tratado de Servidumbres*. (pp. 405-734). Aranzadi.

Serra Rodríguez, A. y de Verda y Beamonte, J. A. de (2023). Servidumbres. En A. Serra y J. Verda (ed.), *Derecho Civil III. Derechos Reales*. (pp. 363-388). Tirant.

Tamayo López-Machuca, A. (1956). *El derecho de servidumbre. Estudio de una revisión del Código Civil en materia de servidumbres.* (p. 122). Bosch.

c) Doctrina administrativa

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 1930.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 2003.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2003.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de marzo de 2003.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de julio de 2015.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 2018.

d) Revistas

Alonso Pérez, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *Anuario de derecho civil*, Vol. 36, N.º 2., 357-395.

Ossorio Morales, J. (1936). *Servidumbres personales.* Revista de Derecho Privado.

Santos Briz, J. (1982). *Servidumbres y cargas de la propiedad inmobiliaria. Análisis general.* RDU, núm. 7. marzo-abril.