

La Laguna, a 06 de marzo de 2002.

Antonio es usufructuario de un solar sito en el centro de Barcelona y destinado a su explotación económica como aparcamiento privado de coches. Un día aparece por el aparcamiento Santiago y alega que es titular de una servidumbre de paso que grava precisamente el dicho solar. Obviamente, Antonio niega tal servidumbre y, ante la obstinada persistencia de Santiago, interpone la correspondiente acción negatoria. Santiago se opone alegando falta de legitimidad en el actor, pues no es el titular del dominio, sino de un derecho real sobre cosa ajena.

Nos encontramos ante un choque frontal entre dos derechos reales: el usufructo y la servidumbre. Primero marcaremos las líneas generales de cada uno de ellos y luego veremos en el caso que nos ocupa cuál es la solución del conflicto entre ambos.

USUFRUCTO.

Según el art.467 del Código Civil, *el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.*

El usufructo es un derecho real porque da a su titular una situación de señorío o potestad respecto de unos bienes, engendrando por ello una situación especialmente protegida frente a terceros. Pero esta inicial visión no debe ocultar que la constitución del usufructo crea, sobre todo, una relación jurídica compleja entre usufructuario y propietario, ambos con facultades y deberes.

El usufructo pertenece a los derechos reales limitados; puede decirse que es el paradigma de esta categoría. Al recaer sobre cosas ajenas, entraña el reconocimiento de que la propiedad la ostenta otra persona, y su titular no tiene las mismas facultades que el propietario, que se ve limitado en su dominio. El usufructuario gozará de la cosa con dos límites principales: primero, el tiempo que dure el negocio; segundo, la obligación de no dañar o destruir la cosa.

En cuanto a los sujetos, no hay regla especial que se refiera a la capacidad para ser usufructuario. La titularidad del derecho puede ser ostentada por cualquiera con capacidad de celebrar negocio jurídico inter vivos, o para adquirir mortis causa o por usucapión. Para el nudo propietario, la constitución del usufructo es un acto de gravamen, por lo que debe tener facultad de disponer.

El usufructo tiene como objeto una o varias cosas materiales, muebles o inmuebles, siempre que sean apropiables, estén dentro del comercio y sean susceptibles de utilización y disfrute.

En cuanto al contenido, según el art. 470 del Código Civil, *los derechos y obligaciones del usufructuario serán los que determinen el título constitutivo del usufructo; en su defecto o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes.* Es decir, inicialmente, la fuente de regulación del usufructo es la autonomía de la voluntad y, subsidiariamente, las reglas dadas por el Código(derechos, arts. 471 al 490; y obligaciones, arts. 491 al 512).

Según el art. 513 del Código Civil, el usufructo se extingue por muerte del usufructuario, expiración del plazo por el que se constituyó, cumplimiento de la condición resolutoria (si la hubiere), reunión del usufructo y nuda propiedad en una sola persona, renuncia del usufructuario, pérdida de la cosa, resolución del derecho del constituyente, prescripción, o expropiación forzosa.

SERVIDUMBRE.

Según el *art. 530* del Código Civil, la servidumbre es *un gravamen impuesto sobre un impuesto perteneciente a distinto dueño*. Nuestro Código Civil contempla la servidumbre en más de setenta artículos (*530 a 604*), con una regulación minuciosa, la mayor parte dedicada a regular servidumbres concretas, aunque reconociendo amplio poder de acción a la autonomía de la voluntad, encontrándose en el *art. 594* de nuestro Código 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*.

La definición, no muy afortunada, del *art. 530*, ha sido precisada por varios autores:

- Se centra en la relación entre inmuebles. Según DE DIEGO, el inmueble es sólo la base sobre la que se construye la servidumbre, que implica siempre la intervención de personas. Es un derecho subjetivamente real; quien en cada momento sea propietario del fundo, será titular de la servidumbre. Además, el *art. 531* admite que pueden establecerse servidumbres en favor de personas.
- Aunque el Código contempla el aspecto pasivo de la servidumbre (gravamen), es ésta, al tiempo, un derecho real, que recae sobre la cosa y se ejerce erga omnes. Puede exigirse del dueño del previo sirviente que no haga o deje hacer algo. Por regla general, se impone a éste una mera conducta pasiva y omisiva.
- La servidumbre recae sobre cosas ajenas. A pesar de que parece que el *art. 541* fija una excepción, al decir que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas del mismo propietario, se considerará en caso de enajenación de una de ellas como título para que la servidumbre continúe, realmente se trata de una impresión lingüística, pues realmente se crea una nueva servidumbre.
- La servidumbre limita el derecho de propiedad. No puede ser presumida sino probada su constitución.
- La servidumbre es inseparable de la finca a que pertenece e indivisible.

En cuanto a los tipos de servidumbre, podemos atender para su clasificación a su objeto (prediales y personales), a la fuente de su regulación (voluntarias o legales), a su contenido (positivas o negativas), al elemento temporal (continuas o discontinuas) y, a su manifestación externa o no (aparentes y no aparentes).

En cuanto a los sujetos, como la servidumbre predial implica un gravamen para el fondo sirviente y un derecho subjetivo para el dominante, resulta obvio que determina una relación cuyos sujetos son los propietarios de ambos predios, y como este negocio tiene carácter dispositivo y eficacia real, hay que considerar el acto de constitución como dispositivo; así pues, podrán constituir servidumbre aquellas personas con capacidad para disponer.

El objeto del derecho es el predio sirviente, que debe quedar perfectamente determinado. La servidumbre se extingue, según el *art. 546* del Código Civil, por consolidación, por no uso durante veinte años, como por pérdida de la cosa, por vencimiento, por renuncia, o por convenio instintivo.

Dentro de las servidumbres típicas, la que ocupa nuestro caso es la servidumbre de paso, que implica al propietario de una finca el derecho de exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización, siempre que concurren estos dos requisitos del *art. 564*: primero, que se halle enclavada entre otras ajenas; segundo, que carezca de salida a camino público.

En nuestro caso concreto, y dada la redacción del mismo, vamos a presumir que tanto el usufructo de Antonio como la servidumbre de Santiago, han sido válidamente constituidos, es decir, ambos tienen la capacidad para haber celebrado esos negocios.

Respecto a la cuestión de cuál de los dos derechos es anterior en el tiempo, vamos a suponer que lo es el de usufructo, puesto que de no ser así, estaríamos ante un vicio en el consentimiento por parte de Antonio al celebrar el contrato de usufructo con el propietario del solar, y podría interponer contra éste las acciones correspondientes.

Art.595 Cciv.

Tomando pues la opción de que el derecho de servidumbre de Santiago fue adquirido con posterioridad a que Antonio constituyera el usufructo del solar, parece bastante claro que la referencia a tomar en este caso es el art.595 del Código Civil: *El que tenga la propiedad de una finca, cuyo usufructo pertenezca a otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento de usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho de usufructo.*

Este artículo, como los dos siguientes, matiza y limita el derecho concedido a todo el propietario por el art. 594 *(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 normas ni al orden público)*, tratando de armonizar intereses derivados de dos situaciones interpersonales distintas: usufructuario y nudo propietario, por un lado, y este último y el dueño del predio dominante, por otro.

El artículo parte del respeto a los límites que el art. 489 *(el propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, podrá enajenarlos, pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario)* señala para la actuación del nudo propietario. Si como regla general no puede hacer nada que perjudique al usufructuario, tampoco podrá, en tal caso, constituir una servidumbre que le perjudique.

Se limita así, en beneficio del usufructuario, el derecho otorgado por el art. 594. El consentimiento de éste, una especie de renuncia al derecho derivado del art. 489, actúa como motor para traspasar el límite y restituye el supuesto al ámbito del art. 594.

La naturaleza y calidad del perjuicio usufructuario sufra, incide también en la legitimidad de su negativa a consentir, teniendo en cuenta el límite del art. 7 de nuestro Código Civil *(1, los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, y 2, la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización, y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso)*.

Por supuesto, la exigibilidad de constitución de servidumbres forzosas se antepone tanto a los intereses del propietario como del usufructuario. En nuestro caso, suponemos que se trata de una servidumbre voluntaria. De tratarse de una servidumbre forzosa, la acción negatoria de Antonio no tendría razón de ser.

Así pues, a tenor de lo dicho, y visto el art. 595 del Código Civil, podemos decir que el consentimiento del usufructuario no es requisito exigible para el propietario del predio a la hora de constituir servidumbres, siempre que no se perjudique al derecho de usufructo.

El que perjudique o no la servidumbre al usufructuario resulta de la aplicación de un principio: de un derecho (la nuda propiedad, en nuestro caso) no puede derivarse otro que contenga facultades no comprendidas en el derecho básico. Como el art. 595 permite al nudo propietario constituir servidumbres por su sola voluntad, mientras no perjudique al usufructo, dada la amplitud del contenido de éste, hay que individualizar qué servidumbres pueden ser constituidas y cuáles no por la voluntad del propietario.

La fórmula generalmente admitida consiste en que el nudo propietario no puede, por sí solo, constituir ninguna servidumbre cuyo contenido prive al usufructuario de alguna de las facultades que le corresponden, o permita al titular de la servidumbre una invasión o injerencia en el fundo usufructuado, que el usufructuario podría, por sí mismo, impedir a cualquiera de no existir la servidumbre.

Sobre tal fórmula parece que, por ejemplo, una servidumbre de altius non tollendi puede ser constituida por el nudo propietario, porque el contenido del usufructo no atribuye al usufructuario la facultad de aumentar la altura del edificio usufructuado. No, en cambio, una servidumbre de pastos, ni cuantas impliquen una injerencia en el fundo. En suma, cuantas excluyan una facultad que sea facultad del usufructuario, no pueden

ser constituidas solamente por el nudo propietario (por ejemplo, la servidumbre que permita al dominante construir perjudicando las luces del sirviente usufructuario; sí, en cambio, la de no construir para dar vistas al dominante, porque el alterar la construcción no entra en las facultades del usufructuario).

De lo dicho deducimos una postura restrictiva respecto de la capacidad para constituir servidumbres en predios usufructuados. Debe contar el parecer del usufructuario, porque es importante a la hora de determinar la validez o no de la servidumbre el perjuicio posible que se le pueda causar al usufructuario.

Como jurisprudencia, tenemos una sentencia de 20 de abril de 1982 (AT Albacete), según la cual el problema de la capacidad para adquirir servidumbre tiene solución diferente según se trate de servidumbres voluntarias o de servidumbres legales o forzosas, y así, en cuanto a las primeras, si bien se han defendido en algunos casos posiciones restrictivas, sin embargo, la parte de la doctrina científica ha llegado a mantener criterios amplios, hasta el punto de entender que pueden constituir servidumbres en beneficio de un predio, no solamente el propietario de éste, sino persona distinta de él, tanto sea ésta titular de un derecho real que recaiga sobre el predio, como si sólo tiene un derecho personal sobre el mismo, inclinándose algún autor a pensar que, en los casos de adquisición de servidumbre por quien no es propietario del predio dominante, será titular del gravamen el adquirente no propietario si éste no lo acepta, o éste último sí consiente y admite la adquisición realizada, pero cuando se trata de la adquisición de servidumbres forzosas, parece razonable defender un criterio más restrictivo respecto de la capacidad necesaria para imponer su constitución a los titulares de los predios sirvientes, pues esta facultad excepcional solamente se reconoce para proteger situaciones determinadas.

De esta confusa sentencia, podemos extraer la postura contraria a la vista anteriormente, es decir, de mayor libertad para constituir la servidumbre. Se abre entonces el abanico de posibilidades de constitución de servidumbres sin el consentimiento del usufructuario.

Ciñéndonos ahora al tenor literal del *art. 595*, tomaremos como referente para la solución de nuestro caso el posible perjuicio que le pueda causar a Antonio la servidumbre de la que es titular Santiago en el ejercicio de su derecho de usufructo. Se nos abren dos posibilidades entonces, pues de la redacción del texto del caso no podemos deducir con claridad en qué medida puede o no perjudicar la servidumbre de paso de la que es titular Santiago al usufructo de Antonio.

Tomando la postura restrictiva antes vista, por la que cualquier injerencia en el fundo usufructuado hace que la servidumbre no valga, la negativa de Antonio está perfectamente justificada, y Santiago vería que su servidumbre no está válidamente constituida.

Si tomamos la postura amplia, que admite estas injerencias, queda como único punto de referencia el posible perjuicio que se le cause a Antonio. Se vuelve entonces aquí a abrir una doble posibilidad, dependiendo de si consideramos que el hecho de que Santiago pase por el solar implica realmente un perjuicio para el uso y disfrute del mismo por parte de Antonio, o no repercute en el mismo.

Si consideramos el paso de Santiago como un verdadero obstáculo para el ejercicio del derecho de usufructo por parte de Antonio, habría que dar a éste la razón, y Santiago no tendría derecho a ejercer su derecho.

Si, por el contrario, consideramos que no se causa objetivamente perjuicio a Antonio, su negativa a la servidumbre e que es titular Santiago no tiene razón de ser.

POSIBLE SOLUCIÓN.

Como solución más apropiada de las tres vistas, apoyándonos pues en el *art. 595* del Código Civil, y adoptando una postura amplia en cuanto a la capacidad para adquirir servidumbres en predio usufructuado, por considerar que no toda injerencia en el mismo sea causa suficiente para impedir al propietario el ejercicio

de sus facultades, en concreto, la de constituir servidumbre, prefiriendo en lugar de esto un análisis de cada situación caso por caso, diremos que el hecho de que pase Santiago por el solar no tiene por qué ocasionar un perjuicio a Antonio en el uso y disfrute del predio como aparcamiento privado, por lo cual, la oposición de aquél al paso de Santiago por el solar no tiene razón de ser.

Respecto a la cuestión de la legitimidad o no de Antonio para interponer la acción negatoria, se llama así a la acción que compete al propietario de una cosa para defender la libertad de su dominio y que se declare la ausencia o inexistencia de gravámenes sobre él. Dada esta finalidad, es claro que se ejercitará frente a quien pretenda ser titular de tal derecho.

El actor deberá probar el dominio que dice ostentar, pero no la falta de derecho del demandado, porque se presume que la propiedad es libre mientras no se demuestre lo contrario, y porque la prueba de los hechos negativos es prácticamente imposible. (Sentencias de 31 de marzo de 1902, 1 de febrero de 1944 y 28 de octubre de 1964. No hay que traer al proceso más que a la persona que niega o no reconoce el derecho de dominio controvertido, Sentencia de 5 de octubre de 1959).

Así pues, para negar la servidumbre de Santiago, lo que debe hacer Antonio, obligado además, si considera que tal servidumbre es inexistente, por el *art.511 del Código Civil* (*El usufructuario estará obligado a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa*), es dirigirse al propietario del solar para que tome las medidas correspondientes.

Con lo cual, y según lo visto anteriormente, damos la razón a Santiago, no sólo por considerar finalmente que su servidumbre de paso por el solar de Antonio no ocasiona realmente una molestia digna de castigo, sino también porque la manera de proceder de Antonio no era la correcta, pues debería haberse dirigido al propietario del solar para que éste fuese el que ejercitara la nombrada acción negatoria si procediera.

No obstante, como nota final, queremos dejar claro que no vemos una solución que sea tajantemente más adecuada que otra (salvo en lo que respecta a la legitimidad de la acción negatoria), dada la amplitud a la que se puede llegar en el análisis de esta cuestión. Sencillamente, hemos elegido la que, teniendo en cuenta las circunstancias (poco descritas, por cierto) del caso, nos ha parecido la correcta.

BIBLIOGRAFÍA.

- Sistemas de Derecho Civil, Vol. III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral, Séptima edición. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón.
- Revista de Derecho Privado. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Tomo VII (Arts. 530 a 608), Vol. II, Código Civil. Manuel Albaladejo.
- Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia. Arts. 333 a 608. José Luis Albácar López y José Ángel Torres Lana.