

El contenido y el modo de ejercicio de las servidumbres

Comentario de la STSJC, Sala Civil y Penal, 18.9.2008
(MP: José Francisco Valls Gombau)

María Luisa Zahino Ruiz

Facultad de Derecho
Universitat de Barcelona

*Abstract**

La STSJC, Sala Civil y Penal, 18.9.2008 (MP: José Francisco Valls Gombau) atiende a la delimitación del contenido y modo de ejercicio de las servidumbres, con motivo del litigio planteado a propósito de la ampliación de la finca dominante, a favor de la que existía constituida una servidumbre permanente de paso de vehículos y personas.

The Catalan Supreme Court in its Judgment of September 18th 2008 defines the content and the exercise of easements in deciding a case where the owner enlarges a estate benefited from an easement of way for vehicles and persons.

Title: Content and Exercise of Easements. Commentary on Catalan Supreme Court Judgment September 18, 2008

Palabras Clave: Servidumbre; Uso *civiliter*; Constitución de servidumbres forzosas

Keywords: Easement, *Civiliter* use, Mandatory Easement

Sumario

- 1. Presentación del supuesto de hecho y delimitación del objeto del litigio**
- 2. El contenido y el modo de ejercicio de las servidumbres: la incidencia de la modificación de la finca dominante**
- 3. El ejercicio de la servidumbre excesivamente gravoso e incómodo para la finca sirviente**
- 4. El pretendido carácter forzoso de la servidumbre: función y determinación de la indemnización en las servidumbres forzosas**
- 5. Bibliografía**

* El presente comentario se ha realizado en el marco de los siguientes proyectos: "Transmisión contractual de la propiedad y mecanismos de garantía en Europa" SEJ 2005-08987, "Grup d'Estudi del Dret civil Català (UB-UAB)" 2005 SGR 00759 y DER2008-03992/JURI "Mecanismos de adquisición de los derechos patrimoniales y modelos de garantía", cuyo investigador principal es el Dr. Ferran BADOSA COLL.

1. Presentación del supuesto de hecho y delimitación del objeto del litigio

La STSJC, Sala Civil y Penal, de 18.9.2008 (JUR 2009\1727; MP: Francisco Valls Gombau) estima el recurso de casación interpuesto contra la SAP Tarragona, Civil, Sec. 1^a, de 11.06.07 (JUR 2007\293587; MP: María Pilar Aguilar Vallino) y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm.5 de Reus (juicio ordinario número 582/04), de fecha 2 de febrero de 2006.

Los hechos de que trae causa la sentencia se describen en su fundamento primero, en los fundamentos primero y segundo de la SAP Tarragona, Civil, Sección 1^a, 11.06.07 (JUR 2007\293587; MP: María Pilar Aguilar Vallino) y, en los fundamentos primero y segundo de la SAP Tarragona, Civil, Sec.1^a, 14.12.01 (JUR 2002\45632; MP: Enrique Alavedra Farrando).

El 26 de enero de 1983, IO SA era propietaria de dos fincas sitas en Reus en las que se proponía construir varios bloques de viviendas, cuyo subsuelo se iba a dedicar a aparcamientos, de manera que los bloques proyectados tendrían una rampa única de acceso comunicadas entre sí, para que sus copropietarios pudieran circular libremente por él, otorgándose, según se expresa en la sentencia objeto del presente comentario, “de conformidad con el art. 541 CC una servidumbre de paso que afecta a la única planta sótano que se edificará en las fincas”¹.

El 26 de agosto de 1983, IO SA vende a CRISAN BORGES SA una de las fincas que se corresponde con la dominante a quien se le otorgó la servidumbre de paso² . El derecho de CRISAN BORGES, SA a comunicar los dos parkings a nivel de sótano primera y a realizar las obras necesarias para ello, a efectos de permitir la entrada de vehículos por la finca dominante y la salida por la finca sirviente, fue declarado por la SAP, Tarragona, Civil, Sec.1^a, 14.12.01 –en la que no se discutió sobre la existencia de la servidumbre, sino sobre su contenido accesorio, pues sólo se debatió sobre el derecho de comunicar las plantas sótanos primera, sin estudiar la incidencia de las tres plantas sótanos construidas–.

¹ La idea final, según se desprende del relato de los hechos en la SAP Tarragona 14.12.2001, era concretar el derecho en las sucesivas declaraciones de obra nueva pues, según consta en la sentencia citada, en la Escritura Pública de constitución de la servidumbre de 27 de julio de 1983 (el dato no coincide con el consignado en la SAP Tarragona, Civil, Sec. 1^a, 11.06.07 (FD 1^o), según la cual la servidumbre de paso se constituyó en escritura pública de 27 de enero de 1983) se establece: “servidumbre de paso, que afecta únicamente a la única planta sótano que se edificará en las fincas: Constituye servidumbre de paso permanente de paso de vehículos y personas, recíprocamente, de forma que las dos fincas son predio dominante y sirviente, recayente en las calles, zonas de maniobra y circulación y rampa de acceso, ..., concretándose, conforme se desarrollen las obras, en las sucesivas declaraciones de obra nueva”.

² Conviene matizar en este punto la calificación de «finca dominante» que se atribuye a la finca de la parte recurrente en el Fundamento tercero, 2, b) de la STSJC de 18.09.2008, pues, tal como se expresa en la SAP Tarragona 14.12.2001 (FD 2^o), la servidumbre de paso permanente de vehículos y personas, se había constituido con carácter recíproco, de forma que las dos fincas son, a la vez, dominantes y sirvientes respecto de servidumbres distintas que, como advierte BIONDI (1978, p. 215), “no dejan de ser tales aunque sean del mismo tipo”.

El 2 de marzo de 1995, CRISAN BORGES, SA, en la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal construye un edificio con tres plantas sótanos destinadas a aparcamientos y en las normas estatutarias se hace constar que "...la planta sótanos superior primera comunica con la planta sótano del edificio colindante, habiéndose establecido las correspondientes servidumbres de paso entre ambos inmuebles, de forma que los propietarios de los aparcamientos del edificio colindante podrán acceder a su plaza de aparcamiento a través del sótano primero del edificio objeto de este documento ... asimismo los propietarios de los aparcamientos de las tres plantas sótanos del edificio que ahora se declara podrán acceder a las mismas desde el sótano del edificio" (STSJC, de 18.09.2008, FD 3º, 2, c).

A partir de los hechos descritos, el objeto del litigio se centra en determinar si la ampliación de la finca dominante ha determinado la imposición de nuevas servidumbres de paso de carácter forzoso, o si, por el contrario, sólo ha determinado una modificación que afecte al ejercicio de la inicialmente constituida. Al margen de la sentencia —por ser datos no controvertidos—, y también del presente comentario, quedan otras cuestiones de interés vinculadas con la constitución del derecho de servidumbre —cuya existencia no es cuestionada por las partes y es declarada por la SAP Tarragona, Civil, Sec.1ª, 14.12.01 (FD 2º)— como la relativa a la situación de prehorizontalidad en que tiene lugar el establecimiento de la servidumbre por el propietario único, el signo aparente de servidumbre y la posible aplicación supletoria del artículo 541 CC en Cataluña durante el período de vigencia de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña [CDCC]³ pues, como se ha apuntado al principio, el propietario único de las dos fincas iniciales —IO, SA— otorgó, "...de conformidad con el art. 541 CC una servidumbre de paso que afecta a la única planta sótano que se edificará"⁴ (STSJC 18.09.2008, FD 3º, 2, a).

³ Durante el período de vigencia de la CDCC, se suscitó una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la posible aplicación supletoria en Cataluña del art. 541 del Código civil español. Se trataba de determinar si el silencio de la norma catalana en torno al signo aparente de servidumbre habría de recibir la consideración de laguna, en cuyo caso sería procedente la aplicación supletoria del art. 541 CC español ex art. 1 y Disp. Final 4ª CDCC; o si, por el contrario, se trataba de un «conjunto normativo vacío» o institución desconocida al considerarse la norma extraña al derecho civil catalán, en cuyo caso el recurso a la supletoriedad resultaba excluido por la misma Disp. Final 4a. CDCC al establecer que:

«...regeixen supletòriament els preceptes del Codi Civil i de les altres lleis estatals de caràcter civil, en la mesura que no s'oposin a aquelles disposicions o als principis generals que informen l'ordenament jurídic català».

Ambas posiciones y sus argumentos son objeto de una completa síntesis en las STSJC de 18 de septiembre de 2003, de 22 de septiembre de 2003 y de 2 octubre de 2003.

⁴ Conviene señalar en este punto que la servidumbre sólo surge cuando las fincas dejan de pertenecer al mismo propietario de modo que, como señala JORDANO FRAGA (1981, pp. 123-228) "...la enajenación es el acto que promueve los efectos jurídicos de la destinación de hecho, la que confirma o destruye la relación de servicio creada entre las fincas; pero la enajenación sin una destinación anterior, no crearía la servidumbre". Tal circunstancia —el momento en que las fincas dejan de pertenecer a un mismo propietario— tuvo lugar, según los datos fácticos no controvertidos que constan en la STSJC de 18.09.2008, el 26 de agosto de 1983, cuando IO, SA, vendió a CRISAN BORGES, SA una de las fincas (Fundamento Tercero, 2, b). Presupuesto lo anterior, llama la atención que, en la SAP Tarragona de 11.06.2007 (FD 1º) se diga que la servidumbre de paso se constituyó en escritura pública de 27 de enero de 1983, cuando las fincas pertenecían a un mismo propietario. Posiblemente la

Entre los motivos del recurso se aduce la infracción de los arts. 564 CC español (motivo tercero), la del art. 12 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, *de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent* [LSSDA] (motivo séptimo) y la de los arts. 566-7 y 566-10 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo *del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals* [CCCat] (motivo noveno), todos ellos desestimados, pues, en atención al momento en que tiene lugar la modificación de la servidumbre, el Tribunal Superior de Justicia considera, con buen criterio (FD 2º), que la norma en que se ha de contextualizar el supuesto es la Ley 13/1990, de 9 de julio, *de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge* [LANISRV].

2. *El contenido y el modo de ejercicio de las servidumbres: la incidencia de la modificación de la finca dominante*

escritura pública a la que se esté aludiendo sea la que suple el signo aparente, conforme con el planteamiento de la RDGRN de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980\3790). En efecto, el artículo 541 CC español constituye un cauce para la constitución de servidumbres futuras que, como señala JORDANO FRAGA (1981, p.220), permite al propietario único conformar el estatuto jurídico-real de las fincas en la medida que –dice– “...la apariencia creada –que revela un destino– tiene una significación potencial, pues los servicios creados son previstos –en función del destino de los lotes– como servidumbres que surgirán en el futuro, cuando se den los presupuestos de hecho y de derecho que legitimen su ejercicio”. No es obstáculo para la aplicación del artículo 541 CC español que las edificaciones sean inexistentes pues como se dice en la RDGRN de 21 de octubre de 1980 (RJ 1980\3790):

“CDO., 6º: Que el segundo obstáculo nacido del contenido del art. 541 del C. Civ. hace referencia a la falta de signo físico aparente entre las fincas, dada la inexistencia de las edificaciones que además no están ni siquiera proyectadas, y en efecto esto es así y más adelante se examinará, pero aparte de que, al igual que en el supuesto del considerando anterior, se han establecido las indicadas servidumbres bajo la condición suspensiva de que se realice la correspondiente construcción, hay que señalar que este precepto, referido exclusivamente a un supuesto procedente del Derecho romano, no incluye la posibilidad de su ampliación a otros casos, y que, en consecuencia, al igual que sucedió con la tradición real que fue progresivamente espiritualizada, y así el art. 1462 del C. Civ. establece que la escritura pública equivale a la entrega, pueda ahora, dadas las nuevas situaciones planteadas por el urbanismo, entender que también puede ese signo aparente crearse en forma documental en la propia escritura pública, y a través de su inscripción en los libros registrales darlo a conocer a terceros, quienes al adquirir todo o parte del inmueble o inmuebles dan lugar a que se cumpla la condición que originará el nacimiento de la mencionada servidumbre”.

Y, que las fincas pertenezcan a un mismo propietario tampoco es un obstáculo para poder dotar a tal situación de publicidad registral, conforme a los previsto en el art. 9.2º LH, pues, como se dice en el Considerando 5º de la misma RDGRN:

“...este obstáculo resulta salvado al constituirse las servidumbres discutidas bajo la condición suspensiva de que nazcan cuando un tercero adquiera alguna de las fincas registrales que van a ir surgiendo de la principal, por permitir su inscripción los arts. 9, 2.º de la Ley y 51, 6.º de su Reglamento”.

En materia de servidumbres hay que distinguir el contenido del derecho del modo de ejercicio del mismo. A ambas cuestiones atendía la Ley 13/1990, en sede de Disposiciones Generales, en sus arts. 8 –relativo al contenido general de la servidumbre–, 9.1 y 12 –relativos al modo de ejercicio del derecho de servidumbre– y 10 –relativo al contenido accesorio de la servidumbre–.

En atención al supuesto de hecho que es objeto de la sentencia, interesa centrar la atención, en primer lugar, en el art. 12 LANISRV, que atiende a la posibilidad de modificar la servidumbre si, “...per raó del lloc assignat primerament o de la manera establerta per a l'ús de la servitud, l'exercici d'aquesta esdevé excessivament carregós o incòmode per al propietari del predi servent...”. La expresión “manera establerta per a l'ús de la servitud” –que aparece también en el art. 9.1 LANISRV al referirse a la “...manera més adequada...” – entraña con la noción clásica de *modus servitutis*⁵ – en su moderna acepción⁶ – que, vinculada al contenido del derecho, actúa como correctivo en cuanto a la extensión y límites del gravamen referidos al tiempo, lugar, comodidad, medida, utilidad,.... Tales circunstancias son previstas en el título constitutivo del derecho (art. 4.2 LANISRV) que define su contenido identificado, “...con el conjunto de facultades que el propietario (o poseedor) del fundo dominante tiene atribuidas sobre el predio sujeto al gravamen de la servidumbre para extraer las utilidades que le atribuye esta modalidad de derecho real”⁷.

La alteración del *modus servitutis* no determina la creación de una servidumbre distinta si se mantiene la utilidad del derecho constituido y no se atribuyen nuevas facultades al titular de la finca dominante, pues como advierte PUIG FERRIOL “...no s'ha d'excloure la possibilitat d'adequar aquest criteri inicial a les necessitats futures previstes, ni que sigui implícitament, pels titulars del predi dominant i servent que van constituir la servitud...”⁸. Es lo que sucede en el supuesto de hecho que es objeto de la STSJC de 18.09.2008, la modificación de la finca dominante –ya prevista en los Estatutos que regulaban la utilización conjunta de los sótanos (FD 3º, 2, f) STSJC de 18.09.2008) y contemplada por la sentencia firme de la AP Tarragona de 14.12.2001 (FD 2º)– ha determinado una modificación en el modo de ejercicio de la servidumbre, pues, al aumentar de una a tres las plantas construidas, ha aumentado la capacidad del parking en 252 vehículos. Ahora bien, la ampliación de la finca dominante no ha determinado la atribución de nuevas utilidades a su

⁵ Como señala LLÁCER MATACÁS (2002, p. 858), a propósito del artículo 9.4 de la Ley 22/2001, cuyo precedente lo constituye el art. 12 LANISRV, “...la expresión «forma» abarca cualquier manifestación del *modus servitutis*”.

⁶ A partir de la interpretación de las fuentes romanas, BIONDI (1978, p. 776) extrae la conclusión de que *modus servitutis* es –dice– “cualquier determinación accesoria, añadida a la constitución, que conlleva la restricción del tipo legal”. El mismo autor advierte que en el sistema jurídico actual ha desaparecido el antiguo *modus servitutis*, que se conectaba con la tipicidad de las servidumbres, pero sigue subsistiendo el concepto de modalidad.

⁷ ALONSO PÉREZ (2001, 9-10, p. 248).

⁸ PUIG FERRIOL (1998, p. 295).

titular sobre la finca sirviente⁹, ni consta —como se advierte en la STSJC de 18.09.2008 (Fundamento Tercero, 5) — que la superficie ocupada sea mayor que la que hubiera procedido por la ejecución de la servidumbre voluntariamente constituida entre ambas fincas, ni correlativamente, por tanto, ha tenido lugar una disminución de las facultades del propietario de la finca sirviente. En definitiva, la modificación de la finca dominante no ha determinado la imposición de nuevas servidumbres de carácter forzoso —como pretende la comunidad de propietarios al considerar predios dominantes a las nuevas plazas de aparcamiento (FD 2º SAP Tarragona 11.06.2007)–, que den derecho a percibir indemnización alguna que, en cualquier caso, no sería la prevista en el art. 251,5º LEC, pues como se dice en la STSJC de 18.09.2008, en tal supuesto, según el art. 18 LANISRV la indemnización habría de consistir en el “precio del terreno afectado” —salvo que lo utilice también el propietario de la finca sirviente, en cuyo caso, la indemnización se tendría que reducir proporcionalmente a la utilización respectiva prevista—, a cuyo concepto habría que añadir, como se comentará más adelante, el previsto en el art. 18.1 LANISRV relativo a la indemnización derivada de los perjuicios causados.

En otro orden de cosas, cabe advertir que, aunque la modificación del *modus servitutis* tenga el origen en la modificación —ampliación— de la finca dominante, en nada cambia el planteamiento del supuesto ya que, en la Ley 13/1990, sólo se atendía a la modificación de la finca dominante con ocasión de su división, para establecer que la misma no extingue la servidumbre, ni puede hacer más gravoso el ejercicio (art. 16.1 LANISRV). El planteamiento podría ser diferente en el contexto de la regulación vigente contenida en el Código civil de Cataluña, cuyo art. 566-12.1 CCCat —*Modificacions de les finques i extinció de la servitud*— establece que las modificaciones formales¹⁰ de la finca dominante no extinguen la servidumbre, pero tampoco pueden hacer más gravoso su ejercicio, matiz que permite cuestionar si nos situamos

⁹ Con todo, es preciso reconocer que la cuestión relativa a la delimitación del contenido de la servidumbre en el supuesto que es objeto de la sentencia podría resultar una cuestión controvertida, en atención a la forma en que fue establecida, pues como se ha apuntado al principio, se estableció conforme a lo establecido en el art. 541 CC español, cuando las edificaciones estaban simplemente proyectadas. No obstante, hay que tener presente, como se señala en el Fundamento Tercero, 2, f) STSJC 18.09.2008 que en los Estatutos internos que regulan la utilización conjunta de los sótanos ya se previó que: "En el supuesto de que en el futuro se estableciese comunicación con otros sótanos de edificios que se construyan en la finca matriz de donde proceden los solares donde radican los inmuebles de los sótanos que nos ocupan, usando de las previsiones y servidumbres que constan calendadas en el Registro de la Propiedad y en los títulos constitutivos de los dos regímenes de propiedad horizontal, se extendería a dichos sótanos futuros, la aplicabilidad del presente reglamento y, en consecuencia, los gastos imputables a tales sótanos serían gasto común del conjunto y los propietarios de zonas ubicadas en tales sótanos contribuirían a los gastos generales del conjunto en la misma forma consignada en la presente reglamentación".

¹⁰ A propósito del término «formales» del art. 566-12.1 CCCat, DEL POZO CARRASCOSA y GINER GARGALLO (2008, p.1597), observan que, según como se interprete, el artículo podría ver limitado su contenido, pues es un calificativo que acompaña normalmente a las operaciones de división, segregación, agrupación y agregación de fincas, para dejar claro que se trata de modificaciones de fincas registrales, pero que no tienen por qué afectar necesariamente a la estructura física de las fincas. En cambio, como advierten ambos autores, la intención del legislador no parece haber sido la de dejar fuera del precepto cualquier alteración que se produjese en las fincas no registradas, así como aquellas alteraciones que, aún produciéndose sobre fincas inscritas, no se hagan constar en el Registro.

ante una restricción a las facultades del titular de la finca dominante –similar a la que se establece en el art. 1067.1 del Código civil italiano¹¹–, especialmente en los supuestos en que no han sido previstas en el título de constitución, o, lo que parece más probable –ya que la servidumbre no limita la propiedad del fundo dominante–, ante una concreción de la regla del ejercicio *civiliter* de la servidumbre.

3. El ejercicio de la servidumbre excesivamente gravoso e incómodo para la finca sirviente

La servidumbre es un derecho real que grava parcialmente un inmueble en beneficio de otro, cuyo fundamento reside en la *utilidad* que la finca gravada presta a la beneficiada por el derecho, ya que “...es constitueix per a utilitat exclusiva del predi dominant...” (art. 8 LANISRV) y se ha de ejercer “...de la manera més adequada per a obtenir la utilitat del predi dominant,...” (art. 9.1 LANIRSV). Pero el ejercicio de la servidumbre no sólo lo condiciona la utilidad, pues se ha de ejercer *civiliter* –con medida, corrección y buena fe¹²– “...de la manera més adequada per a obtenir la utilitat del predi dominant, i, alhora, de la manera menys incòmoda i lesiva per al predi servent” (art. 9.1 LANISRV). Lograr el equilibrio entre la satisfacción de la utilidad que pretende la finca dominante y la menor incomodidad y lesividad para la finca sirviente puede resultar en ocasiones difícil por ello, de acuerdo con la opinión de ALONSO PÉREZ, parece que supuesto un *uso civiliter*, ha de tener prioridad la utilidad sobre los perjuicios que el ejercicio del derecho irrogue al gravado¹³. De ahí que la norma inicialmente citada a propósito del modo de ejercicio de la servidumbre –el art. 12 LANISRV– establezca:

“Si, per raó de lloc assignat primerament o de la manera establerta per a l’ús de la servitud, l’exercici d’aquesta esdevé excessivament carregós o incòmode per al propietari del predi servent o li impedeix la realització d’obres, reparacions o millores, aquest pot exigir, a càrec seu, les modificacions que cregui convenient, sempre que siguin adequades perquè no disminueixi el valor de la servitud ni en perjudiqui l’ús”

En el supuesto de hecho que es objeto de la STSJC de 18.09.2008, la modificación de la finca matriz dominante pasando de una a tres plantas sótanos y la correlativa ampliación del número de plazas de aparcamiento ha determinado, como se ha dicho anteriormente, una modificación en el *modus servitutis*, que puede determinar que el ejercicio de la servidumbre resulte

¹¹ Según dicho precepto:

“Divietto di aggravare o di diminuire l’esercizio della servitù. – Il proprietario del fondo dominante non può fare innovazioni che rendano più gravosa la condizione del fondo servente”. Un sector de la doctrina italiana (véase BIONDI, 1978), ha interpretado la norma en el sentido de entender que el propietario de la finca dominante no puede actuar sobre su propia finca de forma que haga más gravosa la servidumbre.

¹² BIONDI (1978, p. 786).

¹³ ALONSO PÉREZ (2001, p. 240).

excesivamente gravoso o incómodo para la finca sirviente al disminuir la condiciones de seguridad del parking por el aumento de coches, la dificultad de adopción de acuerdos, la mayor toxicidad ..., en cuyo caso, el propietario de la finca sirviente –la comunidad de propietarios demandante y parte recurrida– no podrá impedir el ejercicio de la servidumbre y, aun menos, instar su extinción, pero, tal como se apunta en el Fundamento Tercero, 4, puede exigir al titular de la finca dominante que realice las obras, reparaciones o mejoras oportunas, si bien hay que tener presente –aunque no se explicita en la sentencia– que los gastos derivados de tales modificaciones los ha de sufragar el titular de la finca sirviente. Sólo existen dos límites a la exigencia del propietario de la finca sirviente: que no disminuya el valor de la servidumbre ni resulte perjudicado su ejercicio (art. 12 final, LANISRV).

Ahora bien, el titular gravado no está obligado a soportar que el titular de la finca dominante obtenga de su finca más utilidades que las que integren el contenido del derecho, pues como establece el art. 4.2 LANISRV:

“El titular del predio dominante puede utilizar el servent en la medida determinada por el título constitutivo o en la ley”.

Y, tampoco está obligado soportar el ejercicio abusivo del derecho, de modo que, si al usar la servidumbre se causaran daños o perjuicios que, no fueran consecuencia necesaria de su ejercicio, sino de su ejercicio abusivo o extralimitado, éstos habrían de ser indemnizados siempre que resulten probados (art. 9.2 LANISRV)¹⁴.

Entre los motivos del recurso, se aduce la vulneración del art.9 LANISRV, pues la parte recurrida no ha acreditado que la modificación del modo de ejercicio de la servidumbre haya producido daño o perjuicio alguno que sea consecuencia del ejercicio abusivo del derecho y, parece evidente que el aumento de valor de la finca dominante, resultante de su modificación, no entra en tal consideración.

4. El pretendido carácter forzoso de la servidumbre: función y determinación de la indemnización en las servidumbres forzosas

En el motivo octavo del recurso se denuncia la vulneración del art. 18 LANISRV que, atendido el carácter voluntario de la servidumbre de paso constituida, no resulta de aplicación al supuesto de hecho que es objeto de la sentencia. Con todo, el análisis del motivo suscita algunas cuestiones de interés en relación con la constitución de las servidumbres forzosas y la indemnización derivada del gravamen.

Atendida su consideración como *limitaciones* del derecho de propiedad, las servidumbres forzosas sólo pueden constituirse mediante *título* a instancias del propietario de la finca dominante que, si concurren las circunstancias fácticas establecidas por la Ley, puede exigirla en

¹⁴ BORRELL Y SOLER (1944, p.207).

base a las necesidades de la finca. El carácter forzoso de la servidumbre no excluye la necesidad de un acto expreso de constitución —negocio jurídico¹⁵, resolución judicial o resolución administrativa— que en el supuesto que es objeto de la sentencia que comentamos, es evidente que no se ha producido pues, aunque la servidumbre forzosa se puede exigir, no se puede imponer, sin más, en contra del planteamiento que parece explicitarse en el fundamento segundo de la SAP de Tarragona de 11.06.2007 según el cual:

“Cuando en la declaración de Obra Nueva del edificio de la demandada, Escritura de 2 de marzo de 1995, se dice “asimismo los propietarios de las tres plantas sótanos del edificio que ahora se declara podrán acceder a las mismas desde el sótano del edificio ya existente circulando libremente por las zonas de circulación y maniobra”, se está ampliando la servidumbre, constituida inicialmente para comunicar la planta primera con la del edificio colindante, a nuevas fincas que así adquieren el mismo derecho de paso; de hecho queda constituida servidumbre de paso a favor de las plazas de las plantas subterráneas que tienen su entrada y salida a través de la planta primera conectada con la de la comunidad demandante, sin que ésta tenga posibilidad de decidir si autoriza o no su constitución, viniéndole impuesta”.

La ampliación de la finca dominante ha determinado una modificación en el modo de ejercicio de la servidumbre inicialmente constituida, pero no la constitución de nuevas servidumbres que den derecho a reclamar la indemnización prevista en el art. 18 LANISRV, cuyo fundamento —en contra de lo que se afirma en los fundamentos segundo y tercero de la SAP Tarragona de 11 de junio de 2007— no se encuentra, en modo alguno, en el art. 564 CC español, ni se ha de cuantificar a partir de la regulación contenida en el art. 251.5^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El pago previo de la indemnización prevista por la ley —a modo de compensación por la pérdida de utilidad que la constitución de la servidumbre pueda comportar para el titular de la finca sirviente— constituye un requisito de eficacia del acto constitutivo, ya que el propietario de la finca dominante, “...la pot exigir als seus veïns amb l'acord previ d'una indemnització pels perjudicis causats” (art. 18.1 LANISRV). Pero, dicha indemnización no se ha de calcular, como se explica en la SAP Tarragona de 11 de junio de 2007 —FD 3º—, aplicando las reglas de determinación de la cuantía prevista en el art. 251.5 LEC, sino a partir de lo establecido en el art. 18.1 y 3 LANISRV, según los cuales:

¹⁵ Las servidumbres forzosas también se pueden constituir negocialmente y ello no elimina el carácter forzoso. Así lo expresa el profesor ALBALADEJO (2002, p. 622), al considerar que «si el dueño del predio que será sirviente se aviene a constituir la voluntariamente (es decir sin esperar a que recaiga el fallo judicial o administrativo imponiéndosela) cumpliendo así espontáneamente con un deber que en otro caso se le impondría coactivamente entonces la servidumbre constituida debe de estimarse no voluntaria sino forzosa a los efectos que proceda (por ejemplo al de poder obtener posteriormente su extinción si se dan los requisitos legales para que sea extingible una servidumbre forzosa)». En similar sentido, se puede consultar la opinión de LLODRÀ GRIMALT (2005, p.32), según quien, partiendo de que la calificación de forzosa o voluntaria de una servidumbre no se puede hacer teniendo en cuenta sólo el acto o la forma de constitución, considera que “una servidumbre constituida voluntariamente para responder a un supuesto de necesidad legalmente tipificado continúa siendo forzosa”.

“El propietari d’una finca que, per a utilitzar-la com cal, necessita una sortida a un camí públic, la pot exigir als seus veïns amb l’acord previ d’una indemnització pels perjudicis causats” (art. 18.1 LANISRV).

“La indemnització ha de consistir en el preu del terreny afectat, llevat que l’ultilitzi també el propietari del predi servent; en aquest cas, la indemnització s’ha de reduir proporcionalment a la utilització respectiva prevista” (art. 18.3 LANISRV).

La indemnización, como se afirma en la STSJC 18.09.2008, ha de consistir en el precio del terreno afectado, salvo que lo utilice el sirviente, (FD 3º, 5). Pero, hay que matizar: a pesar de la literalidad del art. 18.3 LANISRV, la indemnización no se limita al precio del terreno afectado, pues, conforme con lo establecido en el art. 18.1 LANISRV, ha de englobar también la indemnización de los perjuicios causados.

El carácter previo de la indemnización referida en el precepto permite afirmar que se trata de una indemnización distinta de la prevista en el art. 9.2 LANISRV en relación con los daños y perjuicios derivados del ejercicio abusivo de la servidumbre que, lógicamente, se producirán con posterioridad. La indemnización previa prevista en el art. 18.1 LANISRV parecía pretender – como la prevista en el art. 564.2 CC español – compensar el perjuicio inicial previsible que establecimiento de la servidumbre pudiera comportar para la finca sirviente al disminuir su valor como consecuencia del gravamen, y, en consecuencia, para su fijación, no ha de tenerse en cuenta, como advertía LUCAS FERNÁNDEZ (1962, pp. 93-94), “...el mayor beneficio que obtenga el predio dominante como consecuencia del derecho de servidumbre, ni tampoco que pueda haber paso más o menos intenso en cuanto a la repetición de actos de tránsito...”, idea que, en un orden de cosas distinto, con motivo de la delimitación del objeto de la indemnización prevista en el art. 9.2 LANISRV, aparece reflejada en el Fundamento Tercero, 4, de la sentencia al decir que:

“...Con la indemnización de los daños y perjuicios establecido en el art. 9.2, se pretende que el menoscabo surgido en el predio sirviente sea restablecido, lo que no equivale a que el enriquecimiento del dominante sea participado por el sirviente calculando ya no sólo el valor del fundo dominante sino también el propio y aplicando una regla de cálculo proporcional fijado en la LEC, lo que comporta una vulneración del art. 9 de la Ley 13/1990”.

El precio del terreno afectado constituye la otra partida integrante de la indemnización prevista en el art. 18.3 LANISRV, si bien hay que tener presente que el terreno afectado continúa siendo del propietario de la finca sirviente, por ello parece más correcta la redacción que se dio a la norma en la Ley 22/2001, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre y adquisición voluntaria o preferente, cuyo art. 12.3 se refería al valor de la parte afectada de la finca sirviente como concepto indemnizable y la que se le ha dado en el art. 566-10.1 CCCat que se refiere al deber de indemnizar la disminución de valor de finca sirviente afectada por el paso.

5. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO (2002), *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*. 9a ed., Bosch, Barcelona.

Mariano ALONSO PÉREZ (2001), "El derecho real de servidumbre y su contenido (desde la perspectiva de la legislación de Cataluña)", *La Notaria*, pp. 229-260.

Biondo BIONDI (1978), *Las servidumbres*, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén.

Antonio M. BORRELL Y SOLER (1944), *Derecho civil vigente en Cataluña*, II, Bosch, 2^a edición, Barcelona.

Pedro DEL POZO CARRASCOSA (2008), *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

Pedro DEL POZO CARRASCOSA y Antonio GINER GARGALLO (2008), "Comentario de los arts. 566-1 a 566-13 del Código civil de Cataluña", en *Derechos Reales*, III, Bosch, Barcelona

Francisco JORDANO FRAGA (1981), "Prehorizontalidad y servidumbre de propietario", *Revista de Derecho Notarial*, Julio-Diciembre, pp. 123-228.

Elena LAUROBA LACASA (2003), "Anàlisi de la regulació de l'art. 9 LSSDAP: algunes propostes de reforma amb vistes a la integració de la llei en el futur Codi civil de Catalunya", *La Notaria*, 9-10, pp. 225-234.

María Rosa LLÁCER MATACÁS (2007), "Relaciones de vecindad y derecho de servidumbre en libro quinto del Código civil catalán", en REBOLLEDO VARELA (dir.), *Tratado de servidumbres*, 2^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Francisca LLODRÀ GRIMALT (2005), "Constitución voluntaria y modificación de servidumbre forzosa de paso permanente (a propósito de la sentencia de 4 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Baleares)", *El Consultor Inmobiliario*, Año 6, Núm.58, pp. 22-45.

Francisco LUCAS FERNÁNDEZ (1962), *La servidumbre predial de paso en el derecho civil común español*, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado, Universidad de Murcia.

Lluís PUIG FERRIOL (1998), *Institucions del dret civil de Catalunya*, I, 5^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

--- (2007), *Institucions del dret civil de Catalunya*, IV, Tirant lo Blanch, València.

Juan ROCA JUAN (1978), "Comentario de los artículos 530-604 del Código civil español", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, Vol 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Jaén.