

Algunos interrogantes sobre el *ius variandi* en las servidumbres

Pablo Rodríguez-Palmero Seuma
Abogado



FICHA TÉCNICA

Resumen: Con base en el principio de que toda servidumbre debe causar la menor molestia o incomodidad posible al predio sirviente, la Ley permite modificarla cuando su ejercicio sea demasiado gravoso y pueda ofrecerse una alternativa de semejante utilidad. Tal facultad, generalmente conocida como *ius variandi*, suscita no obstante importantes dudas, que a juicio del autor no han recibido atención suficiente por parte de la doctrina y los Tribunales.

Palabras clave: Servidumbre, modificación, *ius variandi*, incomodidad, perjuicio.

Abstract: Based on the principle that any easement should cause the least possible disruption or discomfort to the servient property, the law allows to modify it when its exercise is too burdensome and an alternative of similar utility can be offered. Such a power, usually known as *ius variandi*, raises however serious doubts, that in the opinion of the author have not received sufficient attention on the part of the doctrine and the courts.

Keywords: Easement, modification, *ius variandi*, discomfort, prejudice.

SUMARIO

- I. LAS SERVIDUMBRES, EN GENERAL
- II. EL *IUS VARIANDI*, EN GENERAL
- III. ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE EL *IUS VARIANDI*, EN PARTICULAR

I. LAS SERVIDUMBRES, EN GENERAL

Definido en el artículo 530 del Código Civil (CC) («La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño»), el derecho de servidumbre presenta las siguientes características principales:

a) Otorga cierta utilidad en favor de una finca. A su vez, según resulta del artículo 533 CC, aquella puede consistir en la obligación del propietario de la finca sirviente de tolerar cierto comportamiento del titular de la finca dominante -por ejemplo, su paso-, o en la privación de una facultad que correspondería al propietario de la finca sirviente de no existir la servidumbre -por ejemplo, la construcción sobre su terreno, eliminada o limitada en caso de constitución de una servidumbre de luces y vistas-.

Tal diversidad de utilidades dio lugar a la tradicional diferenciación entre servidumbres positivas y negativas. No obstante, debe llamarse la atención acerca de que, en ambos casos, la servidumbre implica una abstención por parte del titular del predio sirviente; en las servidumbres positivas, tolerar cierta actuación del propietario del predio dominante.

En relación con la utilidad analizada, también debe manifestarse:

- (i) Aquella puede ser cualquiera querida por las partes: con la lógica excepción de las servidumbres forzosas, los Ordenamientos jurídicos modernos han superado el principio de tipicidad en las servidumbres, de forma que deben ser los contratantes quienes delimiten el servicio que una finca prestará a otra (artículo 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»).
- (ii) El objeto principal de la servidumbre no puede consistir en un *facere* a cargo del titular del predio sirviente (*servitus in faciendo consistere nequit*): en ese caso, nos encontraríamos ante una figura bien distinta, una obligación *propter rem*, que -como es sabido- es aquella en que la

condición de deudor queda vinculada a determinada titularidad jurídico-real.

De acuerdo con ello, ha sido generalmente criticado el tenor del artículo 533 CC («*Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo (...)*»), pues, como hemos dicho, el contenido principal de la servidumbre nunca puede consistir en una prestación personal del propietario de la finca sirviente.

- (iii) El contenido de la servidumbre no puede ser tan amplio que vacíe de contenido el derecho de propiedad de la finca sirviente, pues en ese caso no podría hablarse de un derecho real limitado en cosa ajena.

Evidentemente, la diferenciación entre el derecho real de servidumbre y la concesión de facultades que dejen sin contenido el derecho de propiedad puede resultar difícil en la práctica. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2006 (recurso de apelación nº 235/2005), en un caso en que la Comunidad de propietarios reclamaba la instalación de un ascensor en la finca de un vecino, considera que lo pretendido implicaría la desaparición del derecho de propiedad del demandado; puede leerse: «*(...) la servidumbre es un derecho real que tan sólo conlleva una limitación a la propiedad, situación jurídica a la que no puede equipararse la pérdida total y absoluta de la referida propiedad, como si de una expropiación, siquiera parcial, se tratase (...)* si bien la Comunidad apelante solicita que se constituya una servidumbre sobre el local de los demandados cuya naturaleza, no obstante, evita reseñar, en realidad, el contenido de su pretensión desborda el ámbito limitado de la servidumbre que como señala el artículo 530 del CC».

Por su parte, la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 7 de abril de 2000, analizando la concesión del uso exclusivo y excluyente de un espacio, para emplearlo como zona de paso, aparcamiento, desahogo, esparcimiento o jardín, y en el que se permite plantar pero no edificar, considera que nos hallamos ante una auténtica servidumbre, pues el derecho constituido era temporal (aunque ciertamente prolongado: hasta 2046) y -como hemos visto- excluía la facultad de edificar.

b) La relación jurídica de servidumbre queda establecida entre las fincas, lo que ha dado pie a que aquélla sea calificada como un «*derecho subjetivamente real*», en la medida en que el titular de la servidumbre es la finca dominante más que su propietario⁽¹⁾.

Evidentemente, la existencia de una relación entre las fincas afecta también a sus propietarios, pues el titular del predio sirviente deberá tolerar ciertos comportamientos del titular de la finca dominante. Sin embargo, los derechos y obligaciones de tales personas no se constituyen en atención a ellas, sino que únicamente les afectan por ser, en cierto momento, titulares de determinados predios.

Lo expuesto conduce a la distinción entre las servidumbres y los pactos meramente obligacionales entre propietarios (en los que los derechos y obligaciones se conceden a ciertas personas al margen de su condición de dueños), que también puede resultar compleja en determinados supuestos. La resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 4 de octubre de 1999, analizando los siguientes compromisos (i) «*siempre y cuando la finca que adquiere el comprador pase a persona que no sea descendiente suyo, podrá el vendedor hacer tapar las aberturas de la casa que se vende que hay en el zaguán que media entre la casa del comprador y la que queda del vendedor, aun cuando hayan pasado cuarenta o más años, pero mientras la finca que adquiere de Pablo H. esté en poder suyo o sus descendientes no se podrá hacer tapar ninguna de dichas aberturas*», y (ii) «*en el caso de que los compradores edifiquen en el patio unido a la casa que se vende, podrán hacerlo pero siempre deberán dejar una buharda abierta de veinticinco palmos de largo a contar desde la casa de D. Juan por nueve palmos de ancho (...)* siempre y cuando la finca que adquiere el comprador pase a persona que no sea descendiente suyo podrá el vendedor hacer tapar las aberturas de la casa que se vende que hay en el zaguán que media entre la casa del comprador y la que queda del vendedor aun cuando hayan pasado cuarenta o más años, pero mientras que la finca que adquiere D. Pablo esté en poder suyo o de sus descendientes no se podrá hacer tapar ninguna de dichas aberturas», concluye que constituyen auténticas servidumbres. Como es obvio, tal calificación es de gran transcendencia, pues mientras las servidumbres tienen acceso al Registro de la Propiedad, carecen de él los pactos meramente obligacionales.

c) Según revela el transcrito artículo 530 CC, la servidumbre debe recaer sobre finca ajena, de acuerdo con el principio *nemine res sua servit iura servitutis*.

Diferente regla se consagra en el Código Civil de Cataluña, en el que se admite la denominada servidumbre de propietario, esto es, la constituida por quien, a ese momento, es propietario tanto de la finca dominante como de la sirviente (artículo 566-3.1: «*El propietario o propietaria de más de una finca puede constituir entre estas las servidumbres que considere convenientes*»). No obstante, debe advertirse que la eficacia de tal servidumbre

(1) LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, «*Sistema de Derecho Civil*», editorial Tecnos, Madrid, 1993, página 438.

quedará condicionada a que la titularidad de alguna de las fincas pase a una tercera persona.

d) Dado que toda servidumbre comporta una limitación del derecho de propiedad, no sólo debe ser objeto de una interpretación restrictiva (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1997), sino que debe implicar la menor restricción posible del derecho de propiedad del predio sirviente (principio que, como veremos, constituye el fundamento del *ius variandi*).

e) La servidumbre es inseparable de la finca dominante, a la que naturalmente seguirá (artículo 534 CC). Ello presenta singular manifestación en el artículo 108.1 de la Ley Hipotecaria (LH), que -con ciertas excepciones- descarta que una servidumbre pueda hipotecarse al margen de la finca dominante.

f) Asimismo, la servidumbre es indivisible, de forma que las alteraciones de los predios dominante o sirviente no afectarán a la subsistencia de aquel derecho (artículo 535 CC: «Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide en 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»).

g) Por último, debe mencionarse la especialidad del régimen registral de las servidumbres: a diferencia de los demás derechos reales limitados, pueden también hacerse constar en el folio abierto a la finca dominante (artículo 13.2 LH: «Las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo»).

II. EL IUS VARIANDI, EN GENERAL

a) Como excepción al principio de invariabilidad de las servidumbres (artículo 543 y párrafo primero del artículo 545 CC), el *ius variandi* aparece regulado en el párrafo segundo de ese último precepto, en los siguientes términos: «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».

Esta norma tiene su modelo en el artículo 701 del Código Civil francés, del siguiente tenor: «Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser» («El propietario del predio sirviente no podrá hacer nada que tienda a disminuir el uso o hacerlo más incómodo. No podrá cambiar el estado del lugar ni trasladar el ejercicio de la servidumbre a un lugar diferente de aquél asignado primitivamente. Pero si esta asignación primitiva llegara a ser muy incómoda para el dueño del predio sirviente o le privase de hacer en él reparaciones ventajosas, podrá ofrecer al propietario del otro predio un lugar igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos y éste no podrá rechazarlo»)⁽²⁾.

También otros preceptos del CC reflejan el principio de que la servidumbre debe ejercitarse de modo que cause la menor molestia o daño posible al predio sirviente: así, los artículos 558.2 (que obliga a justificar que el paso solicitado es el menos oneroso), 560 (que prohíbe al dueño del predio llevar a cabo ciertas actuaciones perjudiciales para la finca dominante) ó 587 (que, en la servidumbre de desagüe, permite al dueño del predio sirviente dar salida a las aguas, siempre que ello no perjudique al predio dominante)⁽³⁾. En relación a la naturaleza de lo contemplado en este último precepto, más complejo, véanse las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia de 4 de marzo de 2005 y 31 de julio de 2006 -recursos de apelación nº 3/2005 y 273/2006, respectivamente-.

Otras regulaciones españolas recogen también el *ius variandi*:

(2) Dice, por su parte, el artículo 1.068 del Código Civil italiano: «Tuttavia, se l'originario esercizio è divenuto più gravoso per il fondo servente o se impedisce di fare lavori, riparazioni o miglioramenti, il proprietario del fondo servente può offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo egualmente comodo per l'esercizio dei suoi diritti, e questi non può ricusarlo. Il cambiamento di luogo per l'esercizio della servitù si può del pari concedere su istanza del proprietario del fondo dominante, se questi prova che il cambiamento riesce per lui di notevole vantaggio e non reca danno al fondo servente. L'autorità giudiziaria può anche disporre che la servitù sia trasferita su altro fondo del proprietario del fondo servente o di un terzo che vi acconsenta, purché l'esercizio di essa riesca egualmente agevole al proprietario del fondo dominante».

(3) MANUEL PONS GONZÁLEZ y MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES, «Régimen jurídico de las servidumbres», editorial Comares, Granada, 2008, páginas 159 y 160.

- (i) Dice el artículo 90.3 de la Ley de Derecho Civil de Galicia: «*Si por razón del lugar asignado primitivamente o de la forma establecida para el uso de la servidumbre esta llegara a ser innecesariamente incómoda para el dueño del predio sirviente o dificultara gravemente la realización en el mismo de obras, reparaciones o mejoras importantes, podrá variarla por su cuenta, siempre que ofrezca en el mismo fundo otro lugar o forma igualmente idóneos, y de modo que no resulte perjuicio alguno para el dueño del predio dominante ni para los que tengan derecho al uso de la servidumbre.*».

Como manifiesta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de septiembre de 2016, tal regulación permite que la aplicación del *ius variandi* resulte más sencilla que en Derecho común: de un lado, porque no exige que la servidumbre provoque tan alto grado de incomodidad (se requiere que sea «*innecesariamente incómoda*», no «*muy incómoda*»); de otro lado, porque basta que la alternativa ofrecida sea idónea, sin que necesariamente deba gozar de la misma comodidad que la servidumbre inicial.

- (ii) La Ley 401 de Navarra es del siguiente tenor: «*El propietario de la finca gravada por la servidumbre no puede perjudicar el uso de la misma, pero podrá solicitar por vía judicial la variación de su forma cuando necesite razonablemente de la plena disposición de la parte de la finca afectada por la servidumbre, siempre que no cause perjuicio al titular de ésta.*».

También en esta norma, de formulación más general, se aprecian diferencias respecto al artículo 545 CC: primero, no se atiende a la incomodidad de la servidumbre, sino -de modo más exigente- a la necesidad de la parte afectada por el propietario del predio sirviente; segundo, basta con que la alteración de la servidumbre no cause perjuicio al dueño de la finca dominante, sin requerir que su ejercicio resulte de igual comodidad -resultando aquí el Derecho navarro menos riguroso que el CC-.

- (iii) Finalmente, dice el artículo 566-4 del Código Civil de Cataluña: «*2. La servidumbre se ejerce de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a la vez, de la menos incómoda y lesiva para la finca sirviente. 3. Los propietarios de la finca sirviente, si el ejercicio de la servidumbre deviene excesivamente gravoso e incómodo, pueden exigir, a su cargo, las modificaciones que estimen convenientes en la forma y el lugar de prestar la servidumbre, siempre que no disminuyan su valor y utilidad.*».

Igualmente, se detectan aquí algunas diferencias respecto del régimen del CC; principalmente, porque obtiene consagración legislativa la regla general que debe regir el uso de toda servidumbre, a saber: el equilibrio entre la obtención de la utilidad que constituye su objeto -por una parte-, y la provocación de la menor incomodidad posible a la finca sirviente -por otra parte-. Asimismo, la norma catalana también emplea una redacción distinta a la del CC al referirse a las características que debe presentar la alternativa ofrecida, que debe ser de igual «*valor y utilidad*», omitiéndose así de nuevo el patrón de comodidad.

b) En relación con el fundamento del *ius variandi*, debe recordarse que ya en el Derecho Romano regía el principio de que los derechos debían ejercitarse de forma «*civilliter*» (Digesto, VIII, 9, 8, 1).

En la actualidad, tal necesidad aparece recogida en el artículo 7 CC, que consagra que todos los derechos deben ejercitarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe, y prohíbe el abuso de derecho.

La aplicación de tal principio a las servidumbres implica que, siempre que satisfagan la finalidad para la que fueron creadas, aquéllas deben ejercitarse causando el menor daño, molestia o incomodidad a la finca sirviente. Se trata, en definitiva, de conciliar la mayor ventaja del predio dominante y la menor incomodidad del sirviente (*hoc aequitas suggerit, etsi iure deficiamus*) (entre muchas, sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 10 de julio de 1995, sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 2 de septiembre de 1998, sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de enero de 2000, sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 17 de febrero de 2000, sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 9 de marzo de 2001, o sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 29 marzo 2004).

Como puede comprenderse, el equilibrio entre los dos parámetros citados (mayor ventaja del predio dominante, y menor incomodidad del sirviente) implica la valoración conjunta de multitud de factores de muy diversa naturaleza y, por tanto, de difícil comparación entre sí: entre muchos otros, las explotaciones de que son susceptibles las fincas dominante y sirviente, el coste y duración de cada una de ellas, la elección de determinada explotación por parte de los propietarios respectivos, las características de la servidumbre (extensión, anchura, duración, ubicación), o la dificultad, técnica o económica, de alterar aquel derecho real. Por tanto, la valoración relativa a la procedencia o improcedencia del *ius variandi* sólo puede llevarse a cabo mediante el estudio detallado de todas las circunstancias concurrentes en cada caso particular.

c) La generalidad de la doctrina ha denunciado la vaguedad de los términos contenidos en el artículo 545

CC («*menoscabar*», «*incómodo*», «*obras importantes*» o «*igualmente cómodos*»⁽⁴⁾).

Aceptando tal ambigüedad -por lo demás inevitable, dada la expuesta amplitud de circunstancias a sopesar- los requisitos para la aplicación del *ius variandi* son los siguientes (entre otras, sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de abril de 2006 -recurso de apelación nº 66/2006-, o sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de julio de 2016 -recurso de apelación nº 735/2013-):

- (i) Debe solicitarse por el propietario del predio sirviente (posteriormente analizaremos si el propietario de la finca dominante goza de facultad semejante).
- (ii) La servidumbre debe resultar muy incómoda -presupuesto genérico del *ius variandi*-, o privar al propietario del predio sirviente de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes -manifestación concreta de aquella incomodidad-.
- (iii) La variación de la servidumbre debe ser costeada por quien la insta.
- (iv) Debe ofrecerse otro lugar o forma igualmente cómodos para el ejercicio de la servidumbre.
- (v) Por tanto, la modificación no puede causar perjuicio alguno al dueño del predio dominante.
- (vi) La alteración debe ser acordada entre los propietarios, o declarada por resolución judicial (sin que sean cauces procesales adecuados para ello los juicios de tutela sumaria de la posesión -artículo 250.1.2º LEC-, o derivados del ejercicio de la acción prevista en el artículo 41 LH).

d) El efecto del *ius variandi* es la modificación de la servidumbre, de modo que debe diferenciarse del caso previsto en el artículo 546.3º CC, que contempla, como causa de extinción de aquélla, que las fincas vengán a tal estado que impidan el uso del derecho. En efecto: en este último caso, lejos de hallarnos ante una servidumbre que resulta demasiado incómoda para el propietario de la finca sirviente, más bien se atiende a la posición del propietario del predio dominante, que se ve privado de la utilidad que proporcionaba la servidumbre.

III. ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE EL *IUS VARIANDI*, EN PARTICULAR

Siendo elemental lo hasta aquí expuesto, entramos en el objeto principal de este trabajo, constituido por el planteamiento de ciertas dudas que suscita la lectura del artículo 545 CC y que, sorprendentemente, en la mayoría de las ocasiones han merecido escasa atención por parte de la doctrina y los Tribunales de Justicia.

1. ¿Cuándo la servidumbre resulta «muy incómoda» para el titular del predio sirviente?

Sobre esta materia sí han recaído numerosas resoluciones judiciales; generalmente, para advertir que la incomodidad no puede confundirse con el simple capricho del propietario del predio sirviente, su conveniencia, o la utilidad que aquél podría obtener como consecuencia de la modificación de la servidumbre.

De modo especialmente contundente, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 -recurso de casación nº 4079/2000- rechaza la modificación de la servidumbre con base en la utilidad que de ello resultaría para el propietario del predio sirviente; puede leerse: «*Efectivamente, como se ha dicho y como dice el motivo, respecto al predio sirviente el lugar o la forma de la servidumbre de paso establecida convencionalmente, no ha llegado a ser muy incómoda y respecto al predio dominante no ofrece una forma o lugar de ella que sea igualmente cómodos, sino que simplemente la Comunidad demandante desea que aquel paso se reduzca porque entiende que a la sociedad dueña del predio dominante le sirve igual un paso más estrecho y a la Comunidad le resultaría muy útil aprovechar el espacio que dejaría libre la reducción del paso. Esto no es lo que dispone el artículo 545 del Código civil, que prevé algo muy distinto: el que una servidumbre devenga incómoda, no que la reducción de la misma resulte útil el predio sirviente (...)*». En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de septiembre de 2008 (recurso de apelación nº 549/2008).

A la vista de tales resoluciones, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de junio de 2010 -recurso de apelación nº 349/2010- añade algo obvio: que la incomodidad mencionada en el artículo 545 CC tampoco puede confundirse con veleidad, capricho o conveniencia del dueño del predio sirviente («*Ahora bien, como ha recordado la jurisprudencia, la incomodidad a que se refiere el art. 545 no es algo sencillamente de hecho, sino que es una apreciación que trae esenciales consecuencias*

(4) Entre muchos, JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ y JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA, «*Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*», tomo II, editorial Trivium, Madrid, 1991, página 921.

jurídicas (...), por lo que no puede confundirse con veleidad, capricho o conveniencia del dueño del predio sirviente»).

Por lo expuesto, la apreciación de la incomodidad de la servidumbre debe ser objeto de interpretación restrictiva, lo que conduce a que en la mayoría de las ocasiones los Tribunales rechacen la concurrencia de tal presupuesto. No obstante, puede citarse, como supuesto en que sí se ha estimado la existencia de gran incomodidad, el hecho de que la servidumbre afecte a la seguridad e intimidad del propietario de la finca sirviente (sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 8 de abril de 2005 -recurso de apelación nº 21/2005-).

La apreciación de la incomodidad de la servidumbre debe ser objeto de interpretación restrictiva, lo que conduce a que en la mayoría de las ocasiones los Tribunales rechacen la concurrencia de tal presupuesto

En cualquier caso, un factor influye sustancialmente en la valoración de aquella incomodidad, a saber: diferenciar si nos hallamos ante una servidumbre forzosa o voluntaria, pues, respondiendo la constitución de una y otra a razones distintas, su modificación dependerá también de circunstancias dispares. En efecto: respondiendo la creación de las servidumbres forzosas a la necesidad, su posterior mantenimiento dependerá de la persistencia de aquélla; derivando las servidumbres voluntarias de la intención de los particulares de conceder cierta utilidad en favor de determinada finca, su modificación dependerá de si tal beneficio se sigue obteniendo o no. Tal distinción aparece en la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de junio de 2010, que dice: *«Es decir, si las servidumbres son legales o forzosas o si son voluntarias. Las primeras responden a la nota de necesidad y proceden, por tanto, de un acto de imposición; mientras que las segundas tienen su fundamento en la utilidad y obedecen al principio de autonomía de la voluntad (...). Por ello, tanto la extinción como la variación de la servidumbre forzosa está en conexión directa con el concepto de "necesidad". No así en las voluntarias, al fundarse en la mera utilidad o conveniencia; bastará que persista el interés o provecho del titular de la servidumbre para que se mantenga».* En la misma línea, aunque tratando de la extinción de las servidumbres (en una argumentación aplicable por analogía a la modificación de aquéllas), la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 11 de enero de 2007 (recurso de apelación nº 627/2006) afirma que las servidumbres forzosas se extinguen -o modifican, debe entenderse- cuando desaparece -o se altera, añadimos nosotros- la necesidad que legitimó su constitución, mientras que las servidumbres voluntarias persistirán mientras subsista el interés considerado por las partes al

establecerla; puede leerse: *«Si las servidumbres legales responden a la nota de "necesidad", o, dicho de otra manera, si la acreditación de una situación de "necesidad" prevista legalmente es lo que autoriza al interesado para exigir la constitución de la servidumbre, parece lógico que, desaparecida esa "necesidad", la servidumbre carece de sentido y se extingue. Sin embargo, las servidumbres voluntarias, al fundarse en la mera utilidad o conveniencia, resultan ajenas al hecho de que exista o deje de existir una situación de "necesidad"; bastará con que persista el interés o provecho del titular que la servidumbre se mantenga».*

2. ¿La causa de la incomodidad debe ser sobrevenida, o puede ser originaria?

Cabe plantearse si la modificación de las servidumbres únicamente procede cuando ciertos hechos determinan que la servidumbre devenga demasiado incómoda, o también cuando la incomodidad concurría ya al momento inicial.

a) En la práctica totalidad de los casos analizados por los Tribunales, son hechos nuevos los que provocan que la servidumbre, considerando el modo en que fue constituida, pase a ser excesivamente gravosa, sin plantearse siquiera la hipótesis inversa.

Únicamente algunas resoluciones se plantean la aplicación del artículo 545 CC por razón hechos concurrentes al momento mismo de la creación de la servidumbre; en la mayoría de las ocasiones, para rechazar tal posibilidad. Dice la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007: *«Pero lo que no dice, porque no sería cierto, es que haya devenido incómoda para el predio sirviente: no ha llegado a ser muy incómoda para éste, como exige el artículo 545, segundo párrafo, del Código Civil, sino que sigue igual que al principio y el dueño del predio sirviente ve que el paso es amplio y que por los motivos que fueren le sería útil o rentable que se redujera aquél, no por razón de comodidad/ incomodidad, sino por la única razón, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial, de que al predio dominante no le es necesario tanto espacio para la función actual. Y esto no es lo que prevé el artículo 545: éste contempla un devenir de incomodidad para el predio sirviente, no prevé el que sea igualmente útil para el dominante el que se le reduzca el paso, tanto más cuanto la servidumbre fue constituida convencionalmente (...) la norma del Código civil es que la servidumbre devenga muy incómoda y se ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos y esto no ha ocurrido en el presente caso, en que no ha habido devenir alguno, sino simplemente un interés en reducir una servidumbre que se estableció convencionalmente en unos términos claros e indiscutidos».*

En el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la denominada jurisprudencia menor: entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de

4 de diciembre de 2009 -recurso de apelación nº 541/2009- («El artículo 545 del Código Civil permite la variación de la servidumbre solo en el supuesto de que, por circunstancias sobrevenidas, la servidumbre llegara a ser muy gravosa para el propietario del predio sirviente (...). El principio de que solo los acontecimientos sobrevenidos justifican el cambio del lugar de ejercicio de la servidumbre se encuentra enunciado en el propio apartado segundo del artículo 545 del Código Civil»), la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de septiembre de 2008 («será necesario que la servidumbre llegue a ser "muy incómoda al dueño del predio sirviente o le privase de hacer en él obras, reparos o mejoras importantes" con lo que se está indicando que aquel uso de la servidumbre originariamente configurado de una forma específica pueda con el devenir del tiempo generar la aludida incomodidad») o la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de abril de 2001 («El transcurso del tiempo puede convertir en una excesiva onerosidad sobrevenida por cambio de las circunstancias la prestación del servicio interfundario»).

De hecho, el tenor del párrafo segundo del artículo 545 CC avala este entendimiento, pues revela que es la conjunción de (i) el modo en que fue inicialmente constituida la servidumbre («por razón del lugar asignado primitivamente, o de la forma establecida») y (ii) el advenimiento de circunstancias posteriores, lo que provoca la ulterior incomodidad de la servidumbre («llegara a ser muy incómoda»). En el mismo sentido abunda el artículo 598 CC, de acuerdo con el que el título determina (al momento inicial, debe entenderse) los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente.

También la mayoría de la doctrina mantiene esta postura, como BORRELL Y SOLER, que destaca que -como hemos visto- la literalidad del precepto presupone que inicialmente la servidumbre no era tan molesta como resulta serlo más adelante ⁽⁵⁾. En el mismo sentido, LUCAS FERNÁNDEZ ⁽⁶⁾.

b) No obstante, algunos autores admiten que la modificación de la servidumbre se base circunstancias ya existentes al momento de su constitución. Para ello, recuerdan que el fundamento del *ius variandi* es el uso *civiliter*, que impone que el ejercicio de las servidumbres jamás debe ser innecesariamente gravoso, exigencia objetiva que -añaden- debe prevalecer sobre una eventual negli-

gencia del dueño del predio sirviente consistente en aceptar una servidumbre más molesta de lo necesario.

De este modo, se alega, lo entiende ROCA JUAN, que manifiesta que el requisito de que la servidumbre llegue a ser «muy incómoda» debe interpretarse en el sentido de que sea «innecesariamente incómoda», sin mencionar que tal incomodidad tenga que ser sobrevenida ⁽⁷⁾. También se cita en favor de esta tesis a PUIG BRUTAU, quien -se aduce- afirma que el ejercicio del *ius variandi* únicamente requiere que no se perjudique al propietario del predio dominante y se beneficie al sirviente, y que sería contrario al principio general de buena fe rechazar la modificación de la servidumbre concurriendo tales circunstancias ⁽⁸⁾. Igualmente, REBOLLEDO, que se expresa en los siguientes términos: «también es posible mantener el *ius variandi* cuando la mayor incomodidad no se haya producido por circunstancias sobrevenidas, pues, en último término, el párrafo 2º del artículo 545 CC, más que fundamentarse en una modificación sobrevenida de las circunstancias para poder solicitar la modificación del modo o lugar de ejercicio, supone más bien una manifestación del uso *civiliter*, pues lo esencial en toda servidumbre es que el dueño del predio dominante obtenga la utilidad para que la servidumbre fue constituida, debiendo ser ejercida con el menor perjuicio para el predio sirviente» ⁽⁹⁾.

En la práctica totalidad de los casos analizados por los Tribunales, son hechos nuevos los que provocan que la servidumbre pase a ser excesivamente gravosa

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de enero de 2002 (recurso de apelación nº 2104/2001) acepta aplicar el artículo 545 por la existencia de circunstancias inicialmente incómodas: analizando una servidumbre de aguas residuales, considera que la utilidad que proporciona puede igualmente obtenerse sustituyendo una de las dos arquetas existentes por tubos subterráneos. Puede leerse en el Fundamento de Derecho Tercero: «Estimando la doctrina que la expresión que emplea el Código "muy incómoda" ha de asimilarse a "innecesaria", si la utilidad que la servidumbre proporciona al predio dominante puede obtenerse igualmente variando la forma de ejercicio, según lo intere-

(5) ANTONIO M. BORRELL Y SOLER, «Derecho Civil español», tomo II, editorial Bosch, Barcelona, 1955, página 459.

(6) FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, «La servidumbre predial de paso en el Código Civil español», Universidad de Murcia, 1963, página 148.

(7) JUAN ROCA JUAN, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», dir. MANUEL ALBADALEJO, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, página 104.

(8) JOSÉ PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», tomo III-2º, editorial Bosch, Barcelona, 1979, página 421.

(9) ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, «Tratado de servidumbres», tomo I, «Régimen de las servidumbres en el Código Civil», editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, página 419.

sado procedería la aplicación del precepto, lo cual resulta coherente con el principio que prima en materia de ejercicio de servidumbres, de interpretación restrictiva y favorable al dominio, debiendo ejercitarse "a menor daño" y de modo "civiliter", ocasionando la menor incomodidad posible al predio sirviente».

c) Por mi parte, considero que el *ius variandi* únicamente procede ante la aparición de hechos sobrevenidos; principalmente, por las siguientes razones:

- (i) El tenor del párrafo segundo del artículo 545 CC, que combina el modo en que se constituyó la servidumbre y la circunstancia de que aquella «llegara» a ser muy incómoda, presenta pocas dudas sobre su interpretación: si aquella «ha llegado» a ser muy incómoda, es porque entre el momento de su constitución y el actual se han producido determinados acontecimientos.
- (ii) Algunas opiniones citadas en defensa de la tesis contraria distan mucho de ser concluyentes. Cuando ROCA JUAN equipara «muy incómoda» e «innecesariamente incómoda» no necesariamente excluye la necesidad de que el transcurso del tiempo produzca la aparición de hechos nuevos. Asimismo, el pasaje citado de PUIG BRUTAU se halla en un contexto ambiguo, en el que el autor ni siquiera se está planteando la duda aquí analizada.
- (iii) Por último: si la incomodidad concurría ya en el momento inicial, el propietario del predio sirviente no quedaría indefenso, sino que podría ejercitar a la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento (aun atisbando dificultad para que concurren los requisitos propios de aquella).

De todos modos, una consideración puede mitigar en gran medida la relevancia práctica de este debate: nótese que, aun considerando que la incomodidad de la servidumbre requiere de circunstancias sobrevenidas, no parece exigirlo así el caso específico de incomodidad consistente en la imposibilidad hacer obras, reparos o mejoras importantes. Pues bien, resulta difícil imaginar un supuesto en el que, pactada la servidumbre de modo muy incómodo, el dueño del predio sirviente no pueda argumentar que tal circunstancia, además, le impide llevar a cabo obras importantes.

3. La propuesta alternativa, ¿no puede comportar el menor sacrificio para el dueño del predio dominante?

Si bien el artículo 545 CC exige que el nuevo modo de ejercer la servidumbre no cause «perjuicio alguno» al dueño del predio dominante, debemos preguntarnos por el rigor con el que se aplica tal exigencia.

a) La mayoría de los pronunciamientos judiciales parece entenderla con la mayor rigurosidad, de modo que la modificación de la servidumbre no puede comportar el menor inconveniente para el dueño del predio dominante. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 4 de diciembre de 2009 destaca que aquel perjuicio no puede tener lugar «nunca» («El ejercicio del "ius variandi" no puede conllevar nunca un menoscabo o perjuicio en el ejercicio de la servidumbre por parte del dueño del predio dominante»). La misma expresión emplea la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de julio de 2016 (recurso de apelación nº 735/2013).

La mayoría de la doctrina se pronuncia en el mismo sentido, rechazando incluso que la alteración pueda llevarse a cabo indemnizando el daño, aun mínimo, causado.

b) Creo que tan radical entendimiento, que parece significar que ninguna característica de la servidumbre puede resultar de peor condición tras la modificación, resulta sencillamente irreal. En la mayoría de las ocasiones, la menor calidad o comodidad de alguna característica ni siquiera permite afirmar que el dueño del predio dominante sufra daño alguno. Es más: en ciertos supuestos, la modificación debe aceptarse aun provocándose cierto perjuicio a aquél.

Pasamos a desarrollarlo:

- (i) Como hemos visto, la aplicación del *ius variandi* implica valorar (i) el equilibrio entre la mayor utilidad de la finca dominante, y el menor perjuicio del predio sirviente, y (ii) a su vez, en la valoración de cada uno de esos parámetros influyen multitud de factores. Por tanto, resultaría una quimera exigir perfecta igualdad entre las condiciones en las que se ejercía inicialmente la servidumbre y las posteriores, por lo que parece más adecuado requerir una razonable equivalencia entre la utilidad inicial y la posterior.

De acuerdo con ello, el hecho de que alguna característica de la servidumbre se vea degradada por la modificación en modo alguno permite hablar de perjuicio, del que únicamente cabrá hablar tras llevar a cabo una global valoración de las características iniciales y posteriores de la servidumbre.

Como ejemplo de esta corriente, puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de octubre 1993 -recurso de apelación nº 238/1993-, que analizó un caso en que, pasando la servidumbre por el medio de una explotación agrícola, se accedió a la modificación a pesar de que el nuevo acceso resultaba ligeramente más largo para el dueño del predio dominante: «(...)

el hecho de que, estableciéndose el paso por la finca denominada Piñeiro, hay que recorrer, para llegar a la era del demandado, seis metros y cincuenta centímetros, no constituya perjuicio de ninguna clase, como tampoco que, ya dentro de ésta, sea algo mayor que el actual recorrido hasta el pajar y la vivienda aumente y pueda tenerse como incomodidad».

- (ii) Más allá: en casos extremos, en los que la modificación de la servidumbre provocaría un beneficio muy relevante para el predio sirviente, y causaría un levisimo perjuicio al predio dominante, la modificación debe también admitirse, evidentemente con la obligación de indemnizar aquel daño.

4. ¿Tiene el dueño del predio dominante una facultad análoga a la prevista en el artículo 545 CC?

No resulta difícil imaginar que circunstancias sobrevenidas exijan modificaciones que hagan posible que la servidumbre mantenga su utilidad. Por ejemplo: un propietario goza de una servidumbre de paso para acceder a otra finca de su propiedad, en la que posee una explotación agrícola. Con el paso del tiempo, la maquinaria empleada para tal explotación va aumentando de tamaño, hasta el punto en que el camino inicialmente establecido resulta demasiado estrecho. ¿Puede el titular del predio dominante solicitar la ampliación del camino a través del que ejercita la servidumbre de paso?

Los preceptos a considerar son los siguientes: de un lado, el párrafo segundo del artículo 545 CC, que -como sabemos- únicamente concede legitimación activa al propietario del predio sirviente; de otro lado, el artículo 543 CC, que permite al propietario del predio dominante adoptar medidas para asegurar el uso de la servidumbre -primero-, pero le veda un agravamiento de aquélla -más adelante-.

En tal marco, las posturas han sido las siguientes:

- a) La práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia han negado esa posibilidad. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2008 (recurso de casación nº 5743/2000): «Esta Sala tiene declarado que es fundamental, en materia de servidumbres voluntarias, que el título constitutivo determine su constitución y modo de ejercicio, no modificables por la sola voluntad del dueño del predio dominante y las obligaciones del sirviente para hacerlos más

gravosos o menoscabarlos y cuya situación, de producirse, generaría no la aplicación de la normativa del artículo 598 del Código Civil, sino las consecuencias complementarias del artículo 543 del mismo ordenamiento, tendente al restablecimiento de la servidumbre a sus precisos términos y alcance (STS de 29 de mayo de 1979); y la STS de 2 de marzo de 2005 ha sentado que el artículo 543 del Código Civil dispone que el dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero no alterarla ni hacerla más gravosa y, además, recoge la posición de la STS de 11 de marzo de 2003, respecto a las obras necesarias a que se refiere el precepto, que tienen su límite en la alteración o el aumento de la onerosidad y están, además, limitadas por vía positiva en las "necesarias" para el uso y conservación».

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de enero de 1996 -recurso de apelación nº 294/1995- (que, con la mayor contundencia, afirma que la facultad prevista en el artículo 545 CC jamás puede convertirse en una obligación para el dueño del predio sirviente, «y mucho menos en un derecho para el dueño del predio dominante») y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 29 de noviembre de 2000 -recurso de apelación nº 274/2000- (que habla de una facultad que «corresponde exclusivamente al dueño del predio sirviente»).

- b) No obstante, no faltan opiniones en favor de la posibilidad contraria, expresamente admitida en el Código Civil italiano (artículo 1.068.3: «L'attività giudiziaria può anche disporre che la servitù sia trasferita su altro fondo del proprietario del fondo servente o di un terzo che vi acconsenta, purché l'esercizio di essa riesca egualmente agevole al proprietario del fondo dominante»).

Por ejemplo, MANRESA admitía que el titular del predio dominante tuviera una facultad semejante a la analizada, cuando la variación de la servidumbre le beneficiase y no causase perjuicio alguno al predio sirviente⁽¹⁰⁾.

Por mi parte, entiendo que para rechazar tal posibilidad no es argumento suficiente el artículo 543 CC, pues sus dos párrafos pueden entrar fácilmente en conflicto: admitiendo el primero la ejecución de obras para garantizar el uso y conservación de la servidumbre, y prohibiendo el segundo agravar aquélla, la garantía de la ser-

(10) JOSÉ MARÍA MANRESA NAVARRO, «Comentarios al Código Civil español», tomo IV, editorial Reus, Madrid, 1972, página 788.

vidumbre puede exigir una mayor onerosidad en su ejercicio.

De acuerdo con ello, considero que el titular de la finca dominante goza de una facultad semejante a la contemplada en el párrafo segundo del artículo 545 CC, siempre que (i) sea el único modo de mantener el goce de la servidumbre, y (ii) no se causen daños (o se causen daños muy moderados) al propietario de la finca sirviente.

De hecho, el artículo 90 de la Ley de Derecho Civil de Galicia ha consagrado una solución semejante: previendo su apartado primero que «*El titular del predio dominante no podrá agravar de forma alguna la servidumbre*», el segundo no considera agravación la adaptación requerida por los avances técnicos: «*No se considerará agravación la adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos, de acuerdo con el destino de los fundos en el momento de constitución de la servidumbre, siempre que no se cause perjuicio apreciable en la condición del fundo gravado*».

5. Como consecuencia del *ius variandi*, ¿cabe que la servidumbre pase a recaer sobre otra finca?

En la práctica totalidad de las ocasiones, la solicitud de modificación de la servidumbre implica que aquélla

siga recayendo en el mismo predio sirviente. Sin embargo, cabe preguntarse si es posible solicitar que la servidumbre pase a gravar otra finca distinta (perteneciente al titular del predio sirviente, o a un tercero).

Admitiendo tal alternativa el art. 1068.3 del Código Civil italiano, el artículo 545 CC guarda silencio al respecto, lo que ha llevado a algunos autores a admitir esa posibilidad, si bien advirtiendo que, caso de que la servidumbre pase a recaer sobre la finca de un tercero, se requerirá el consentimiento de éste.

Por mi parte, no puedo sino compartir la opinión de REBOLLEDO, que rechaza esta opción por cuanto, ante el silencio del artículo 545 CC, debe jugar la inherencia e inseparabilidad de la servidumbre respecto de las fincas a las que activa y pasivamente pertenece. Por tanto, el traslado de la servidumbre a una finca distinta no implicaría su modificación, sino su extinción y la posterior constitución de otra distinta⁽¹¹⁾.

Tal es la postura mantenida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 1 de febrero de 2005, que asimismo advierte que, en ese caso, lo que verdaderamente se pretende es la extinción de la servidumbre.

(11) ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, *Op. cit.*, página 426 y 427.