

LAS SERVIDUMBRES EN EL RÉGIMEN INSTAURADO POR LA LEY 8/1999, DE 6 DE ABRIL, DE REFORMA DE LA LEY 49/1960, DE 21 DE JULIO, SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

Ángeles Pérez Vega

Sumario: 1. LAS SERVIDUMBRES COMO ELEMENTO COMÚN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD DE LAS CASAS DIVIDIDAS POR PISOS. 2. LA INCOMODIDAD DE SOPORTAR EL ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE SOBRE UN PISO O LOCAL PRIVATIVO COMO OBLIGACIÓN DEL PROPIETARIO DE COLABORAR CON LA COMUNIDAD. 3. LAS ESPECIALIDADES QUE PRESENTA EL ESTABLECIMIENTO DE SERVIDUMBRES REQUERIDAS PARA LA CREACIÓN DE SERVICIOS COMUNES DE INTERÉS GENERAL. A) Carácter imprescindible de la servidumbre. B) Servidumbres requeridas para la creación de servicios comunes de interés general. C) Tipos de servidumbres que pueden establecerse. D) Obligación de la comunidad de indemnizar los daños y perjuicios.

1. LAS SERVIDUMBRES COMO ELEMENTO COMÚN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD DE LAS CASAS DIVIDIDAS POR PISOS

En el art. 396 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 8/1999, de 6 de abril de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de Julio sobre Propiedad Horizontal, se enumeran, minuciosamente, los elementos que se consideran comunes de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, entre ellos, destacamos a las servidumbres que, como elemento común, fue introducido en el art. 396 por la Ley de 26 de octubre de 1939.

Sobre los distintos elementos comunes del edificio sometido al régimen de horizontalidad (las cosas inmuebles o muebles, los servicios, las instalaciones y los derechos) existe un derecho de copropiedad cuya titularidad pertenece a todos los propietarios de los diferentes pisos y locales sometido a tal régimen. El propietario de cada piso o local está facultado, como copropietario que es, para el uso y goce de tales elementos comunes, siempre que con su actuación no perjudique los derechos de los demás copropietarios (art. 9.1.a LPH).

Sin embargo, sobre su piso o local privativo goza del más amplio derecho de propiedad (cfr. art. 348 del CC); «el dominio singular del propietario sobre su piso, es ilimitado; aunque no absoluto, por ello el titular del mismo tiene que mantener en buen estado de conservación su parte privativa, tiene que permitir la entrada en el mismo al objeto de efectuar las reparaciones y obras de conservación en los elementos comunes

y en el resto de las privativas, incluso aún cuando se establezca algún tipo de carga sobre la parte privativa y en beneficio del resto del edificio»¹.

En otras palabras, en el régimen de este tipo especial de propiedad, se confiere a cada adquirente de un piso o local independiente el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o local, a la par que el derecho conjunto de copropiedad sobre los elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, esto es, coexiste con armonía el derecho de propiedad privada, entendido como tal, con un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes, (art. 3 LPH en relación con el art. 396 del CC).

Las servidumbres, como decimos, son consideradas por la ley como un elemento común del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, en consecuencia, sobre estos derechos reales limitativos del dominio recaerá, un derecho de copropiedad de todos los titulares privativos del inmueble.

Pero, para que el derecho real de servidumbre tenga la condición de elemento común, será requisito esencial, que se constituya en beneficio de todos los propietarios de los distintos pisos y locales susceptibles de aprovechamiento independiente al objeto de lograr un mejor uso y disfrute de los mismos y del edificio en general².

Para GÓMEZ LAPLAZA el criterio que atribuye carácter común al derecho real de servidumbre lo suministra el propio artículo 396.1 del CC: el derecho real de servidumbre sólo podrá alcanzar la calificación de común, ser incluido entre los elementos comunes (en el sentido de que la titularidad de tal derecho tenga ese carácter), cuando esté establecida “para lograr un adecuado uso y disfrute del edificio en general”³.

En todo edificio sujeto al régimen de la propiedad horizontal, pueden establecerse, por lo menos, las siguientes servidumbres:

a) Sobre un piso, parte de piso o local susceptible de aprovechamiento independiente o, sobre sus anejos y pertenencias en favor de los elementos comunes.

b) Sobre un piso, parte de piso o local privativo, o sus anejos y pertenencias, en beneficio de otro u otros pisos o locales también privativos.

c) Sobre un terreno o edificio perteneciente a un tercero, en favor de un inmueble dividido por pisos.

d) Sobre un edificio sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal en beneficio de otro perteneciente a distinto o distintos dueños.

e) Sobre elementos comunes, en favor de otros predios o de las partes privativas de la misma finca.

1 VENTURA-TRAVESET Y GONZÁLEZ, A.: *Derecho de Propiedad Horizontal*, edto. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 295; PEREZ PASCUAL, E.: *El Derecho de Propiedad Horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, edto. Marcial Pons, Madrid, 1974, pág. 69, «En cuanto a la facultad de goce, el derecho del titular es un derecho pleno, no hay en el ingerencias ni del resto de los propietarios ni de terceros, salvo las propias de la institución que contemplamos».

La modificación que introdujo la Ley de 26 de octubre de 1939 en el texto del art. 396 del CC ya significó un avance en este sentido, toda vez que reconoció la propiedad privada y singular del piso o local, quedando la comunidad, como accesoria, circunscrita a lo que se ha venido llamando elementos comunes, «Mientras que sobre el piso *strictu sensu*, o espacio delimitado y de aprovechamiento independiente, el uso y disfrute son privativos sobre el “inmueble, edificación, pertenencias y servicios, tales uso y disfrute han de ser realmente compartidos”, así se establece en la Exposición de Motivos de la Ley de 1960 de Propiedad Horizontal.

2 FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*, edto. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pág. 363 y ss.

3 GÓMEZ LAPLAZA, M.C.: “Las servidumbres establecidas en interés de los propietarios en la Ley de Propiedad Horizontal”, *RDP*, 1977, pág. 332.

Teniendo en cuenta lo que anteriormente apuntado como requisito para que la servidumbre tenga el carácter de elemento común, podemos eliminar de esta relación de posibles servidumbres, los supuestos comprendidos en los apartados b)⁴ y d)⁵

En relación con las servidumbres indicadas en el apartado e), las constituidas sobre elementos comunes, en favor de otros predios o de las partes privativas de la misma finca, podemos distinguir entre las que gravan elementos comunes en favor de un tercero, que no pueden tener la consideración de elemento común, por lo expuesto, y aquellas otras que se constituyen sobre dichos elementos en favor de una parte privativa, que MARTÍN GRANIZO considera de difícil existencia en cuanto la esencia de los “elementos comunes” es servir para el más adecuado uso y disfrute de las partes privativas, esto es, los distintos titulares privativos se sirven de estos elementos comunes en virtud de su derecho copropiedad y no como derecho de servidumbre. «No obstante, matiza este autor- este tipo de servidumbres así establecidas tendrían la consideración de “servidumbres ordinarias o normales” y no “servidumbres-elemento común” del art. 396 del CC»⁶.

4 La razón es que este tipo de servidumbres se constituyen sobre un piso, parte de piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, o sobre sus anejos y pertenencias en favor o beneficio de otro u otros pisos o locales también de propiedad privada, con lo que resulta que la servidumbre en cuestión no va dirigida al mejor uso y disfrute ni del edificio en general ni de todos los espacios suficientemente delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente, ni responden al establecimiento de ningún servicio común de interés general, etc., sino únicamente del titular del piso o local en cuyo favor se constituye. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 16 febrero 1961 estableciendo: «Creemos que todo propietario puede constituir sobre su propiedad las servidumbres que tenga por conveniente en favor de otro piso o local privativo o de un tercero extraño, en base a la autonomía de su derecho de propiedad y el tenor literal del art. 594 del CC, servidumbres que, desde luego nadie niega tendrán carácter privativo». «Son elemento común las servidumbres sobre los pisos en beneficio común, las servidumbres sobre un piso en beneficio de otro será privativa del piso beneficiado», (Audiencia Territorial de Burgos en sentencia de 18 diciembre de 1963). Dentro de estas servidumbres se encuentran, entre otras, la de luces y vistas constituida sobre un piso o jardín de propiedad singular, en beneficio de los titulares de aquellos pisos o locales que tengan balcones o ventanas sobre los mismos; (STS 31 enero 1985, SAP, Ávila 15 mayo 1996, Sevilla 10 febrero 1992, Baleares 7 abril 1997). El Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 1995 declara no haber lugar al recurso presentado por la comunidad de propietarios que pretendía el reconocimiento de una servidumbre de paso tanto de personas como de bienes y materiales pertenecientes a dicha comunidad sobre el sótano propiedad del recurrido, cuando según el título presentado dicho sótano sólo tiene una servidumbre de paso para “vehículos y personas que se ejercerá sobre la rampa de acceso y zona precisa inmediata a las respectivas plazas de aparcamiento en lo necesario para realizar las maniobras adecuadas para la colocación de los vehículos en los lugares a ellos destinados”, lo que favorece a cinco señores consignados en documento público, pero sin que favorezca a la comunidad, en cuyo favor no está constituida por “destino de padre de familia” (art. 541 CC) tal y como se pretendía.

JERÓNIMO GONZÁLEZ, aludiendo a este tipo de servidumbres constituidas sobre un piso o parte de él en beneficio de otro, afirma que no habría inconveniente en su constitución por tratarse de gravámenes que sólo afectaban a los dos, y que pertenecían privativamente a los dueños de la viviendas afectadas. “La copropiedad pro indiviso, GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, t.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.

Por el contrario, VENTURA-TRAVESET, no considera admisible que un propietario de un piso o local, pueda establecer sobre él servidumbres que no sean en beneficio de la comunidad, sean en beneficio de otro piso, sea en beneficio de otra finca, porque ello perjudica los derechos de los otros propietarios (art. 7 LPH), aunque la prohibición no conste en los estatutos o reglamentos. VENTURA-TRAVESET Y GONZÁLEZ, A.: *Derecho de Propiedad Horizontal*, edto. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 87.

5 Estimamos que tampoco puede tener la consideración de elemento común, dado que las servidumbres en él indicadas tampoco se constituyen en favor del edificio dividido por pisos ni de todos sus propietarios singulares, sino de terceros. En esta caso, las servidumbres que con más frecuencia se suelen dar en la práctica son las de paso, medianería, luces y vistas, e incluso, los supuestos de “constitución por destino del padre de familia” del art. 541 del CC.

6 En parecidos términos, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, edto. Montecorvo, Madrid, 1984, págs. 196 y 197. «Otro problema que pudiera plantearse, fundamentalmente ante servidumbres que gravan un elemento común en favor de un piso privativo, es el de que, necesariamente, los elementos comunes han de destinarse a un uso común por parte de los condóminos. Problema que se acentúa ante la conocida imperatividad de las normas dedicadas al régimen

Por el contrario, en los supuestos contemplados en los apartados a) y c) el derecho real de servidumbre tiene la condición de elemento común, desde el momento que se establecen, las primeras, sobre un piso, parte de piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, o sus anejos o partes integrantes, en favor o beneficio de los elementos comunes y, las segundas, sobre un terreno o edificio perteneciente a un tercero, en favor de otro dividido por pisos, con lo que resulta además, que en ambas manifestaciones el fin de la servidumbre constituida no es otro que el que apuntábamos al principio: el de lograr un mejor uso y disfrute de los diferentes pisos o locales, así como del edificio en general.

En relación con este segundo tipo de servidumbres anunciado, el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 5 marzo de 1964, en aplicación de la Ley de 26 de octubre de 1939, entonces vigente, después de mencionar a la techumbre, al solar sobre el que está asentado el edificio, paredes maestras y medianeras como elementos comunes, añadía: «... ello no quiere decir que la comunidad haya de extenderse, por ministerio de la ley, a lo que real y efectivamente no forma parte de ella, como acontece con el terreno circundante a la edificación levantada, y, por tanto, no sirve de base de sustentación al edificio mismo, cuyo terreno si puede y, en ocasiones debe, ser objeto del establecimiento de las oportunas servidumbres, para el normal aprovechamiento de lo edificado, actuando la comunidad como predio dominante»⁷.

Precisamente, a las servidumbres establecidas sobre un piso o local privativo, requeridas para la creación de servicios comunes, encaminadas a beneficiar al conjun-

de tales elementos comunes. De acuerdo con ello, hay que pensar que el gravamen en que la servidumbre consiste no podrá llegar a desvirtuar de tal manera el uso común de tal elemento que quede prácticamente destinado a un uso privativo por alguno de ellos. Ello porque los elementos comunes no pueden enajenarse con independencia de las titularidades privativas a que van unidos y, de esta manera, teniendo en cuenta que toda servidumbre supone una enajenación parcial, se plantearían problemas para la admisión de la misma a cargo de un elemento común y favoreciendo a otro privativo. Por ello creemos que cuando la servidumbre a cargo del elemento común impida el normal destino de éste como tal, no debe admitirse la servidumbre por ser contraria al espíritu de la Ley de Propiedad Horizontal».

«En la medida en que cada condueño disfruta de las partes accesorias respetando su destino principal y en beneficio de los elementos de propiedad separada, parece difícil hablar de servidumbre sobre cosa común habida cuenta que el poder limitado que la constitución de tal derecho consentiría al titular puede explicarse más fácilmente por el derecho mismo de condominio que a cada partícipe debe ser reconocido sobre los elementos comunes, siendo lo cierto que atendidas las especiales características de la propiedad horizontal ambas situaciones son asimilables y de ahí la posibilidad de la constitución de una servidumbre sobre elementos comunes en beneficio de uno privativo, sobre todo cuando el gravamen que se pretende excede al principal destino de la cosa común», (SAP Madrid 10 julio 1990).

Por su parte, GÓMEZ LAPLAZA considera que se darán estos auténticos gravámenes cuando alguno de los propietarios recabe la utilidad particular sobre la cosa común y en beneficio de su propiedad exclusiva, que el destino de la cosa en sí misma no consentiría. op. cit., pág. 338.

7 En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 febrero 1989, «El terreno sobrante de la edificación, que pertenece como “accesorio” a los bajos comerciales, y tiene carácter privativo sólo es susceptible de limitación por normas derivadas de las relaciones de vecindad o reguladoras de las servidumbres»; y la de la Audiencia Provincial de Valencia 20 enero 1969 (RDP, Enero-Diciembre 1971, pág. 566) «... solamente tendrá la consideración legal de elemento común, la parte del suelo que sirva de base física al edificio, sin perjuicio de quedar además gravada aquella porción del suelo precisa para el adecuado uso y disfrute de las servidumbres establecidas o necesarias para el debido aprovechamiento de la vivienda o local del edificio».

En definitiva, está fuera de duda, que las servidumbres a favor o en contra del edificio en su totalidad sobre o a favor de otra finca (por ejemplo, una finca contigua) son de la copropiedad de todos los propietarios del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal. El art. 396 del CC lo confirma. Así, en esta situación están las servidumbres de luces y vistas sobre los predios vecinos (arts. 582 al 585 del CC), la de desagüe del edificio (arts. 586 al 588 CC), la de medianería (arts. 571 al 573 y 575 al 579 CC), la de paso (arts. 564 al 569 CC). En todos estos supuestos el edificio sometido al régimen de propiedad horizontal podrá ostentar, indistintamente, la condición de predio dominante o sirviente. VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ, A.: op. cit., pág. 128 y ss.

to de los vecinos y al edificio, en general, se refiere el art. 9 en su apartado 1, letra c) de la Ley 8/1999, con el siguiente tenor literal: “*Son obligaciones de cada propietario: c) “Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble, y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios”.*”

Las servidumbre así constituidas tendrán la consideración de elemento común en el régimen de la propiedad horizontal con arreglo a lo previsto en el art. 396 del Código Civil.

La Ley 8/1999 de 6 de abril, ha introducido interesantes novedades en el art. 9º.1.c) en relación con su precedente, el art. 9 nº3 de la Ley de 1960 en el que se disponía: “Serán obligaciones de cada propietario: 3ª. Consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble, y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general acordadas por las cuatro quintas partes de los propietarios, en las condiciones previstas en el artículo siguiente, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios”. Innovaciones que examinaremos a lo largo de esta exposición en la que nos centraremos en las servidumbres establecidas sobre un piso o local privativo “*imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general*”, tal y como dispone este precepto de la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma.

2. LA INCOMODIDAD DE SOPORTAR EL ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE SOBRE UN PISO O LOCAL PRIVATIVO COMO OBLIGACIÓN DEL PROPIETARIO DE COLABORAR CON LA COMUNIDAD.

La propia Ley de Propiedad Horizontal impone a los propietarios de los distintos pisos y locales, y en relación con éstos, una serie de obligaciones legalmente especificadas que van a incidir, directamente y para limitarla, en su propiedad privada. Casi todas ellas han de ser respetadas por los Estatutos y responden a principios elementales de convivencia⁸.

Estas obligaciones que se imponen a los propietarios de los distintos pisos y locales en los edificios sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal, para garantizar el mejor uso y disfrute de sus derechos por los demás, son obligaciones subjetivamente reales, de carácter *propter rem*. El obligado en los supuestos del art. 9, como sabemos, no es

8 DE LA CÁMARA, GARRIDO Y SOTO: “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana”, *RDN*, 1969, pág. 241.

En el Exposición de Motivos de la Ley de 1960 se resaltaba como una de las más importantes novedades que contenía esta ley era la de vigorizar, en todo lo posible, la fuerza vinculante de los deberes impuestos a los titulares: «Mediante la aplicación de las normas generales vigentes en la materia, el incumplimiento de las obligaciones genera la acción dirigida a exigir, judicialmente, su cumplimiento, bien de modo específico, esto es, imponiendo a través de la coacción lo que voluntariamente no se ha observado, o bien en virtud de la pertinente indemnización».

Este mismo criterio lo encontramos en las resoluciones de la Dirección General de los Registros de fecha 12 diciembre 1986 y 29 febrero 1989: «La necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recaentes sobre elementos susceptibles de aprovechamiento independiente (configurados en la ley como propiedad separada-arts. 1 y 3), con la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señorío potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales de prohibición u obligación».

ésta o aquella persona en particular, sino el titular, o si se prefiere, el propietario del piso o local, sea quien fuere en cada momento.

Como obligación específica, según el tenor literal de este precepto, impuesta a todo propietario de un piso o local, se encuentra la de “*permitir que sobre el mismo se establezcan las servidumbres que resulten imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general*”, (art. 9º.1.c LPH)

No obstante, a pesar de la literalidad del precepto que habla de servidumbres, (al igual que lo hacía el art. 9 nº3 de la Ley de 1960 y el art. 396 del Cc en la nueva redacción) y este es un concepto jurídico, que cuando es empleado por quien legisla, ha de entenderse en su exacto y técnico significado; la doctrina no es pacífica a la hora de decidir si realmente el artículo se está refiriendo a verdaderos derechos reales de servidumbre tal y como se conceptúan en el art. 530 del CC, o, más bien, serían una de esas limitaciones del dominio que se conocen con el nombre de relaciones de vecindad.

La duda, que no ha sido despejada después de la reforma operada en 1999, surge porque el art. 9 enumera, entre otros, los deberes de los propietarios singulares de los edificios sometido al régimen de propiedad horizontal. Deberes que, como se afirmaba en la Exposición de Motivos de la Ley de 1960, «son configurados con criterios inspirados en las relaciones de vecindad», al igual que los derechos.

«No está muy claro a qué tipo de servidumbres se refiere la ley, - apunta BARRENECHEA MARAVER- más que a las reguladas por el Código se tratará de tolerar la instalación de servicios, de interés común, lo que mejor que el concepto técnico de servidumbre encaja en el de limitaciones al disfrute derivadas de la relación comunitaria»⁹.

PÉREZ PASCUAL afirma: «... de servidumbre sólo se puede hablar cuando el edificio, el conjunto de propietarios, es titular de un derecho real sobre un predio vecino, paso, luces, vistas..., y no lo que la propia LPH en el art. 9.3 (actualmente apartado 1.c) del art. 9 de la Ley de 1999) llama servidumbres, refiriéndose a las establecidas sobre un departamento por la creación de servicios comunes de interés general, pues en tal caso no cabe hablar de servidumbres, ni tratar de encajar dichas relaciones dentro de algún tipo más o menos clásico de derecho, ya que, realmente, tales relaciones son propias y características de la Propiedad Horizontal, forman parte de su esencia, de su propio ser»¹⁰.

Por nuestra parte, mostramos nuestra adhesión a aquellas opiniones doctrinales y jurisprudenciales dirigidas a defender que lo que se puede establecer en virtud del art. 9.1.c) son derechos reales limitativos del dominio, verdaderas servidumbres. Puesto que, es preciso distinguir entre el derecho en sí mismo considerado y la obligación que pesa sobre el propietario de un piso o local de consentir su establecimiento en el mismo, cuando concurren determinadas circunstancias.

Las relaciones de vecindad no pueden nunca constituir un gravamen, sino tan sólo una serie de obligaciones de tipo personal que un propietario de un fundo ha de cumplir en beneficio de la buena marcha de la comunidad, y como consecuencia de la

9 BARRENECHEA MARAVER, J. J.: *Estatutos y Ordenanzas de la Propiedad Horizontal. Juntas de condueños y actos de disposición sobre elementos comunes y privativos*, en Estudios de Derecho Privado, t. I, Madrid 1972, pág. 376 citado por Manuel Pons González y Miguel Angel del Arco Torres en la obra *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal*, edto. Comares, Granada, 2000, pág. 299.

En el mismo sentido, SAP, Madrid 22 junio 1981, recogida en la obra *La propiedad horizontal y su jurisprudencia* de GARCÍA GIL, F. J., op. cit., pág. 289, «Las normas (2ª, 3ª y 4ª) del art.9 LPH no hacen más que recoger principios generales de convivencia, encuadrados en lo que la doctrina llama relaciones de vecindad; reglas de ética que obligan a todo ciudadano frente a los demás».

10 PÉREZ PASCUAL, E.: *Derecho de Propiedad Horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Madrid, 1974, págs. 84 y 85.

relación y armonía que entre los predios ha de existir para su mejor explotación y utilidad. Mas eso no se opone a que en este ámbito se configuren auténticas servidumbres, en cuanto dichos actos a la vez que implican un gravamen para el piso o local que las sufre, suponen un beneficio para el titular o titulares de los otros pisos¹¹.

No obstante, debemos de mostrar nuestra disconformidad con la opinión vertida por un sector doctrinal¹², que defiende que, carece de trascendencia práctica alguna el determinar si esas limitaciones a que se refiere el art.9.1.c) de la ley constituyen verdaderas servidumbres o son relaciones de vecindad, el interés en la delimitación entre una figura y la otra se encuentra en el terreno puramente doctrinal.

Porque si bien es cierto, no existe una norma o principio general que regule las relaciones de vecindad en nuestro Derecho, al modo como sucede por ejemplo, en el ordenamiento jurídico italiano¹³, en el alemán¹⁴ o en el portugués¹⁵ y, lo es también, que nuestro Código ha estructurado como servidumbres legales casi todas las limitaciones del derecho de propiedad y singularmente las expresivas de relaciones de vecindad. Haciendo un uso extensivo de la categoría “servidumbres legales”, considerando como tales, figuras jurídicas que no tienen posible encaje en tal categoría por muy ampliamente que se la entienda, y que, por el contrario, son expresivas de una relación entre fundos, constitutivas del llamado derecho de vecindad. Creemos que, en ningún caso, pueden confundirse las limitaciones dominicales por razón de vecindad con las servidumbres a las que hace referencia el art. 530 CC, esto es, con el gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, presentado como características esenciales: ser un derecho real, recaer sobre cosa de otro, ser una dero-

11 Entre otros, vid. GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: op. cit., pág. 336. FUENTES LOJO, J. V.: *Suma de la Propiedad por Apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial*. Librería Bosch, Barcelona, 1985. *La Ley de Propiedad Horizontal*, t. II, edto. J.M. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 990. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *Código de Propiedad Horizontal*, t. I, edto, EDERSA, Madrid, 1997, pág. 780 y ss. CUADRADO IGLESIAS, M.: “Comentario al art. 9.1 de la LPH”, *Comentarios a la Ley de reforma de la Propiedad Horizontal*, edto. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 305 y ss. STS 22 diciembre 1992 y 14 julio 1997 en relación con la servidumbre de paso.

Ilustrativa en este sentido resulta la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense de 9 septiembre de 1996, que resolvió el litigio planteado por los propietarios de dos viviendas colindantes cuando uno de ellos con el fin de amotiguar el rigor del calor estival instaló un toldo retráctil sobre su ventana sin causar ningún tipo de molestia a la vivienda colindante. En este supuesto el tribunal de alzada estimó que dicha actuación tiene encaje en aquellas facultades del dominio y recíprocas restricciones o limitaciones a su ejercicio de utilidad privada derivadas de las relaciones de vecindad entre los predios. Excusado es resaltar que en el supuesto de litis se revela desmesurado calificarlo como constitutivo de servidumbre, toda vez que se trata de colocar un toldo retráctil de un metro sobre la propia ventana, y que ni siquiera provoca sombra en la ventana del colindante.

12 MARTÍN GRANIZO, Op. cit., pág. 245«... calificar tales actos de servidumbres verdaderas y propias, no infringe el principio “*nemini res su servit*”, en cuanto se trata de propietarios distintos y de fincas también distintas, conviniendo por tanto todos los requisitos que el derecho exige para esta clase de derechos reales limitativos del dominio».

13 Art. 844 del Código Civil: “El propietario de un fundo no puede impedir las penetraciones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, las sacudidas y las similares propagaciones derivadas del fundo del vecino, si no superan la tolerancia normal teniendo también en consideración la condición de los lugares”.

14 El parágrafo 906 del CC alemán: “El propietario de una finca no puede impedir la penetración de gases, vapores, emanaciones, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones semejantes procedentes de otra finca, en tanto no entorpezca o sólo entorpezca de una manera no esencial el aprovechamiento de su finca o -en tanto- sea producida por un aprovechamiento de la otra finca que, según las circunstancias del lugar, es habitual en fincas de esa situación. Es inadmisibles la penetración por un conducto especial”.

15 En el art. 1346 del CC se dispone: “El propietario de un inmueble puede oponerse a la emisión de humo, vapores, olores, calor o ruidos, también a la producción de perforaciones y a cualesquiera actos semejantes, proveniente del predio vecino, siempre que tales actos supongan un perjuicio sustancial para el uso del inmueble o no resulten de la utilización normal del predio del que emanan”.

gación al derecho común de propiedad y constituir una relación entre predios, al menos las prediales¹⁶.

Mientras que el derecho de vecindad puede ser definido como el «conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos vecinos¹⁷.

En general, como notas básicas que sirven para diferenciar las relaciones de vecindad de las servidumbres legales, podemos enumerar, esquemáticamente, las siguientes:

a) Las relaciones de vecindad forman parte del régimen normal u ordinario de la propiedad inmobiliaria, mientras que las servidumbres suponen una inmisión, una limitación anormal y extrínseca, respecto de la propiedad ajena¹⁸.

16 «En efecto, el Código Civil español, a imitación del francés, en vez de considerar que la contigüidad de los predios impone a sus dueños ciertas limitaciones, regula esta materia entre las servidumbres legales. Sin embargo, esta terminología legislativa no puede dar a dichas restricciones el carácter de servidumbres, porque no implican una atribución unilateral de utilidad a un fundo en perjuicio de otro, sino una recíproca y bilateral limitación de las facultades de los dueños de cada uno de los fundos contiguos, para armonizar sus intereses de modo generalmente beneficioso por igual para ambos», ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. 2º, Derechos Reales, edto. RDP, Madrid, 1985, pág. 107.

17 HERNÁNDEZ GIL, A.: *Dictámenes*, t. I, Personas. Bienes. Derechos Reales. Obligaciones y Contratos. Madrid, 1968, págs. 241 y ss. ALONSO PÉREZ, M.: «Las relaciones de vecindad». *ADC*, t. 36-II, 1983, en este punto siguiendo a HERNÁNDEZ GIL, delimita conceptualmente el derecho de vecindad, afirmando: «Sería el Derecho de vecindad una parte del ordenamiento jurídico que trata de disciplinar la convivencia próxima del hombre con sus semejantes, en cuanto hace posible la fruición de bienes, y en particular el derecho de propiedad, dentro de un marco de contigüidad con los demás. Una de las notas fundamentales que caracterizan el derecho de vecindad es la de que ha supuesto siempre una manifestación del régimen ordinario de la propiedad. Las relaciones de vecindad configuran en nuestros días una propiedad relativa y funcional por razones de utilidad privada. Las normas vecinales forman parte del régimen normal de la propiedad, siempre que no rebasen la esfera de la tolerabilidad humana, y conforman una relación dominical gravada con los inconvenientes originados por la vecindad o proximidad», págs. 364 y 365. GONZÁLEZ ALEGRE define las relaciones de vecindad como «aquellas relaciones a que da lugar, en la actuación ordinaria de la vida práctica de las personas, el ejercicio de sus derechos o facultades subjetivas que por el hecho de su vecindad o la de los fundos de los que son propietarios produzcan mutuas y recíprocas invasiones de las esferas de interés personal o patrimonial jurídicamente protegidos o dignos de protección, que hace preciso limitar, mediante su regulación o reglamentación por parte de la ley en orden al mantenimiento de una necesidad y buena convivencia vecinal, factor esencial, dentro del orden social», *Las relaciones de vecindad*, pág. 14, edto. Nauta, pág. 20.

En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO señala: «La vecindad o contigüidad de los predios impone una serie de limitaciones a sus titulares para hacer posible el mejor ejercicio de sus derechos. Se denominan relaciones de vecindad al conjunto de normas que con esa finalidad las regulan». *Sistemas...*, op. cit., pág. 167.

18 «... surge una servidumbre, es decir, una limitación "anormal" de la propiedad precisamente cuando no es observada la reglamentación "normal" de la propiedad inmobiliaria porque, desequilibradas las ordinarias relaciones de vecindad, se origina la ventaja de un fundo a costa del correlativo sacrificio del otro», SANCHO REBULLIDA, F.: «Derecho de bienes, relaciones de vecindad servidumbres. Derecho de obligaciones, del derecho de abolorio o de la saca (Artículos 143 a 152 inclusive, de la Compilación)», *Sep.Bol. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, 1967, vol. 1º, nº 26, pág. 200.

«De ahí que la relación vecinal incida sobre la propiedad para configurarla como un derecho normal, relativo y funcionalizado, mientras que la servidumbre no configura o delimita el contenido ordinario de la relación dominical sino que lo reduce en beneficio del predio dominante», ALONSO PÉREZ, M.: op. cit. pág. 365. «La vida en vecindad, o la vecindad de los fundos determina por consecuencia obligada, en el actuar cotidiano de sus ocupantes o propietarios interferencias de los unos en las esferas privadas de los otros, y como, además, resulta imposible evitar estas interferencias, cada día más frecuentes por razón de los medios de vida, en este aspecto en los que la humanidad se desenvuelve, preciso es poner límites en ese actuar personal o dominical, para que tales invasiones estén contenidas en la medida que exige el respeto mutuo entre los vecinos o a la propiedad del vecino; se trata de concesiones, de mutuos renunciamientos, para no lesionarse, para no perjudicarse, para no imposibilitar esa vida en comunidad, que al recibir el espaldarazo legal configuran el dominio o el ejercicio de los derechos subjetivos determinando cuál sea en estos supuestos de vecindad su estado normal».

Vid. también, BONFANTE, P.: *Las relaciones de vecindad*, traducción, prólogo, concordancias y apéndice de Alfonso García Valdecasas, edto. Reus, Madrid, 1932, pág. 63.

b) Las relaciones de vecindad se establecen con carácter general, igualitario y recíproco, mientras las servidumbres constituyen un gravamen o derecho real limitado¹⁹.

c) Como consecuencia, las relaciones de vecindad, en abstracto, suponen una carga para un propietario y correlativa ventaja para el otro, mientras en la servidumbre es perfectamente distinguible el fundo dominante y el sirviente, siendo sustituida la recíproca igualdad por la subordinación.

d) Las relaciones de vecindad son inherentes a los fundos y se incorporan a ellos directamente por ley, mientras que las servidumbres, incluso las legales más características, precisan la aplicación del precepto legal mediante acto constitutivo.

e) Las relaciones de vecindad no originan derecho a indemnización, porque en realidad nada se merma o, por el contrario, nada se amplía o nada se beneficia y sí, en cambio, en las servidumbres legales²⁰.

f) Las servidumbres pueden extinguirse por prescripción, de la que, por el contrario, están exentas las relaciones de vecindad.

g) Las relaciones de vecindad encuentra su razón de ser es más la persona que el patrimonio, ya que se justifican por el mantenimiento de una armonía y fecunda convivencia vecinal.

Y, h) Son presumibles a efectos de prueba, al ser dadas con la propiedad sin más y formar parte del dominio como modo natural de su ser, acompañándolo por doquier. Las servidumbres necesitan cumplida prueba de su existencia.

Finalmente, j) las relaciones de vecindad tienen un contenido obligacional y real. Ya que, si bien suponen entre los vecinos manifestaciones de recíproco renunciamiento, de autolimitaciones mutuas en el ejercicio de sus derechos subjetivos privados, de todo lo cual derivan una serie de obligaciones, de cuyo cumplimiento surgen las correspondientes acciones personales; también, al gravar los bienes inmuebles, sometiendo el derecho de propiedad a ciertas configuraciones patrimoniales, tienen también en estas consideraciones carácter real.

Las servidumbres constituyen, como recuerda BIONDI²¹, una categoría jurídica perfectamente definida como *ius in re*, que permite su reagrupación en un concepto general y en una determinada tutela procesal. Sólo en ellas y no en la relación vecinal, se distingue perfectamente un fundo dominante y otro sirviente.

19 «Las relaciones de vecindad imponen ciertas normas en aras de la buena armonía y convivencia vecinal, con el carácter absoluto y permanente de reciprocidad», (STS 17 febrero 1968).

En la doctrina, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J. A.: *Derecho civil español, común y foral*, t. II, Derecho de cosas, vol. I, Los derechos reales en general. El dominio. La posesión. Edto. Reus, Madrid, 1992, págs. 247 y ss, «es, pues, nota característica de las limitaciones que entrañan las relaciones de vecindad la reciprocidad de las mismas» y ALONSO PÉREZ, M.: op., cit., pág. 365, «Las limitaciones vecinales obedecen, en su esencia, a un afán de igualdad, equilibrio y reciprocidad frutiva, a diferencia de las servidumbres que comprimen el contenido de la propiedad, someténdola a un gravamen y haciéndolo depender de otro».

20 «Como criterios para diferenciar las limitaciones de vecindad de las servidumbres legales cabe, ante todo, fijarse en la reciprocidad que ordinariamente acompaña a las limitaciones, a diferencia de lo que ocurre en las servidumbres que atribuyen al titular del fundo dominante un poder sobre el fundo sirviente, cuyo titular ve limitadas las facultades de exclusión que normalmente le corresponderían; como reflejo en esa diversa posición jurídica, las limitaciones no dan derecho a indemnización, que en cambio puede exigirse ordinariamente en las servidumbres», ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Derechos Reales, edto. RDP, Madrid, 1985, pág. 107.

21 BIONDI, B.: *Las servidumbres*, con anotaciones de Derecho español, común foral, por J.M. González Porras, RDP, Madrid, 1978.

Mientras que las limitaciones vecinales protegen los intereses ligados a la buena convivencia y al uso tolerable de las fincas contiguas, pero sin atribuir a éstas un derecho real²².

Si bien, como indica HERNÁNDEZ GIL al que seguimos en este punto, «los conceptos de relación de vecindad y servidumbre legal son distintos y, por consiguiente, pueden coexistir».

Esta coexistencia entre las relaciones de vecindad y el derecho real de servidumbre la encontramos en el art. 9 de la LPH. Esto es, entre los diferentes pisos de un edificio sujeto a la LPH, se instauran auténticas relaciones de vecindad (“consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble”, “permitir la entrada en su piso o local” letras c y d) y también, pueden establecerse servidumbres verdaderas y propias; en cuanto existen actos y situaciones que, a la vez que impliquen un gravamen para el piso o local que las sufre supongan un beneficio para los titulares de los restantes pisos o locales que forman parte de la comunidad de propietarios beneficiados por la constitución del gravamen²³.

Por supuesto, no se trata de descartar el valor explicativo que las relaciones de vecindad pueden tener en el referido art. 9; sino simplemente de señalar que el mismo aparece empequeñecido y empobrecido cuando se le examina sólo desde la perspectiva de tales relaciones. La razón de este empobrecimiento se encuentra en que el citado precepto, inspirado sin duda en las relaciones de vecindad, no se agota en ellas; sino que más allá, necesita ir más allá, en tanto en cuanto que las relaciones que surgen y se desarrollan en la Propiedad Horizontal viven sobre un transfondo de copropiedad²⁴.

Y es que una cosa es la configuración jurídica que pueda alcanzar esta limitación del dominio, y otra distinta, es la obligación que tiene el propietario de consentirla. Obligación que desde luego, sí puede encuadrarse en el ámbito de las relaciones de vecindad.

22 «... baste poner en evidencia que, mientras en las relaciones de vecindad los caracteres son la reciprocidad, la ausencia de compensación, la no-autonomía respecto del derecho de propiedad, del automatismo de su nacimiento y la imposibilidad de pérdida por prescripción», concluye MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. III *Derechos de la Personalidad, Derecho de la Familia, Derechos Reales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pag. 497.

23 STS 9 mayo 1989 «Conviene señalar, como principio básico de esta materia, que el derecho de servidumbre, constituye un gravamen restrictivo de los derechos dominicales de terceros, que al coexistir con el derecho de propiedad, tiene un contenido limitativo aminorador del disfrute y valor del predio sirviente, motivo por el cual, es constante la doctrina jurisprudencial que aconseja al intérprete, en los casos dudosos, favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a la imposición de gravámenes, y por la concordancia con la presunción de la libertad de fundos».

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. III, vol. 1º, *Derecho de Bienes, Parte general y derecho de propiedad*, Bosch, Barcelona, 1989; vol. 2º *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, Bosch, Barcelona, 1991, «La LPH señala algunas especialidades y límites al poder del dueño que no se establecen para la propiedad privada. Mas no se debe de ver en ello sino la aplicación de los principios que presiden ésta a un caso en el que las más estrechas relaciones de vecindad entre distintas propiedades postulan una mayor acentuación de las limitaciones de cada uno en beneficio de los demás», pag. 437.

24 PÉREZ PASCUAL, E.: op. cit., pág. 73.

3.- LAS ESPECIALIDADES QUE PRESENTAN LAS SERVIDUMBRES CUANDO AFECTAN A LAS FINCAS SOMETIDAS AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

A) Carácter imprescindible de la servidumbre

Conforme a lo dispuesto en el art. 9 apartado 1 letra c) todo propietario de un piso o local sujeto al régimen de propiedad horizontal viene obligado, por ley, a permitir el establecimiento sobre su propiedad de un derecho real de servidumbre, siempre y cuando se cumplan las condiciones que en el propio precepto se señalan y que podemos sintetizar en las siguientes:

- Que se trate de verdaderas servidumbres, como hemos señalado.

- Para que el acuerdo adoptado por la junta de propietarios obligue al propietario, los servicios de nueva implantación deben ser comunes de interés general, como son los de ascensor, portería, conserjería, vigilancia, cierre del perímetro de la finca, instalación de la caldera de la calefacción, del grupo hidroneumático, acometida y distribución de gas natural y otros de naturaleza análoga.

- Las servidumbres establecidas con arreglo a este precepto han de ser imprescindibles, requisito necesario del máximo rigor, en su interpretación para evitar los abusos que propicia una disposición tan excepcional. La ley exige clara y terminantemente que las servidumbres que se establezcan sean imprescindibles.

- Que esta imprescindibilidad vaya referida a la creación de servicios comunes de interés general²⁵.

El Tribunal Supremo al tratar del derecho de copropiedad sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio atribuidos a los propietarios singulares de los pisos o locales, ya señalaba en la sentencia de 21 octubre 1976: «que entre estos elementos es preciso incluir las servidumbres que con carácter de comunes puedan existir, pero siempre con la limitación del nº 3 del art. 9 LPH, es decir, las imprescindibles que se requieran por la creación de servicios comunes de interés general, lo que impide la posibilidad de inclusión de una servidumbre no necesaria, ni beneficiosa para la casa que tiene que soportarla, a la que afectaría en sus elementos verdaderamente comunes; normativa ésta que, dado su valor de derecho necesario, no es susceptible de ser modificada por los propietarios, no mediante su unánime consentimiento, ni tampoco por el constructor del edificio que redacta el título constitutivo de la comunidad antes que ésta surja, si no se ratifica por todos y cada uno de los adquirentes».

La imprescindibilidad de la servidumbre a que alude el art. 9 LPH es una consecuencia lógica de los presupuestos físicos que la originan que han de interpretarse restrictivamente (STS 29 marzo de 1977, exige que responda no al capricho o simple conveniencia del titular del dominante, sino a la verdadera necesidad ... ya la sentencia de 26 de febrero de 1927 precisó que el derecho tenía que fundarse en una “necesidad real, no ficticia ni artificiosa que justifique y legitime la coacción de la ley respecto del derecho de propiedad”, o la de 17 de noviembre de 1930 que declaró que se trata de una excepcional limitación o gravamen que por ser tal y además coactiva, ha de entenderse

²⁵ «Lo que resulta natural si se tiene en cuenta que constituyen una carga al derecho de propiedad. El dictamen pericial nos dirá cuándo esa imprescindibilidad haya de producirse», FUENTES LÓJO, J. V.: *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de Abril de 1999*, t.I, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 264.

simple “en sentido restrictivo, pues sabido es que si lo favorable debe ampliarse, lo odioso debe ser restringido”).

Y en este sentido, el Alto Tribunal en la sentencia de fecha 14 febrero 1984 ordena, con arreglo a lo dispuesto en el nº 3 del art. 9, la constitución, a favor de la comunidad de propietarios, de una servidumbre de paso a través del local nº 1 del sótano que actuaría como predio sirviente, y de propiedad singular, para tener acceso al depósito de “fuel-oil” del servicio de calefacción del edificio que tendrá la consideración de elemento común²⁶.

La nota de imprescindibilidad no va referida a la creación de servicios comunes sino que lo que ha de ser imprescindible es que para la instalación de aquéllos, se haya de establecer una servidumbre que grave el piso, parte del piso o local de alguno de los propietarios. Además, la servidumbre calificada de imprescindible ha de ser el efecto, la consecuencia de la creación de servicios comunes de interés general ha de existir un nexo causal entre ese servicio común de nueva creación y la servidumbre²⁷.

Este fue el sentido que le dio la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia de 12 de mayo de 1998, que desestimó la pretensión de la comunidad de propietarios demandante a que se declare que la finca propiedad de uno de los copropietarios (el departamento nº49) se halla gravado, como predio sirviente, con una servidumbre de paso, a favor de la finca propiedad de la comunidad (la terraza o cubierta del edificio) al objeto de la creación de un servicio común de interés general (acometida y distribución del gas natural). Después de recordar la obligación que pesa sobre todo copropietario de permitir en el piso o local las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general (art. 9), entendió que únicamente podría constituirse la servidumbre de paso sí, en su caso, resulta imprescindible por venir así exigido por la creación de un servicio común la acometida y distribución del gas natural, en este supuesto se habría de establecer el paso por donde se da la menor distancia hacia el armario de contadores desde la escalera..., pero la constitución del gravamen que constituye la servidumbre pretendida por la actora exige, de conformidad con el art. 9, que sea imprescindible y esta condición no se ha acreditado. No solamente se han planteado en el informe pericial posibles soluciones que no hacen imprescindible la servidumbre de paso sino que ni siquiera se ha acreditado que para la acometida y distribución del gas natural sea imprescindible la colocación del armario de contadores en la terraza tejado del edificio.

El precepto, como vemos, se refiere sólo a las servidumbres imprescindibles, por lo que no habrá obligación de soportarlas cuando la creación de un servicio común de interés general pueda realizarse sin el establecimiento de la servidumbre sobre el piso o local privativo.

Insistimos, en que lo imprescindible es el establecimiento de la servidumbre no la creación de los servicios comunes de interés general a los que se alude el art. 17 LPH.

26 «Por razones de interés general y sólo para crear servicios comunes se pueden imponer servidumbres, no en beneficio o interés particular de uno de los copropietarios. Las limitaciones a la propiedad deben interpretarse restrictivamente, y ni la Ley ni las normas comunitarias autorizan a invadir la propiedad ajena para satisfacer el interés propio», vid. SAP, Alicante 14 julio 1987, entre otras.

27 GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: op. cit., pág. 340. «Será un técnico (ingeniero industrial, arquitecto, etc.), el que juzgue imprescindible la servidumbre para la instalación, para el establecimiento de tal servidumbre», VENTURA TRAVESET: op. cit. pág. 295.

En contra, ALMERIA TRENCO, D. y ALONSO CLIMENT, I.: *La Ley de propiedad horizontal comentada*, edto. Paraninfo, Madrid, 1996, pág. 159, «No puede obligarse a un propietario para la constitución de una servidumbre que suponga la creación de un nuevo elemento o pertenencia común, sino simplemente para la constitución, mantenimiento y reparación de servicios comunes».

B) Servidumbres requeridas para la creación de servicios comunes de interés general

Con independencia de otras servidumbres que, como hemos señalado, puedan establecerse sobre un edificio o sobre sus elementos comunes, tan sólo nos referiremos a las que tienen su encuadre en el art.9.1.c), es decir, las que gravan el piso o local de propiedad particular por ser requeridas para la creación de servicios comunes de interés general, a las que hace referencia el art. 17 de la ley, entre los que señala: servicios de ascensor, portería, conserjería y vigilancia, que califica de interés general y otros servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o la movilidad de personas con minusvalía.

La regulación que en la actual Ley de Propiedad Horizontal se contiene, presenta diferencias importantes respecto a la normativa precedente, entre las que podemos destacar las siguientes:

Los acuerdos adoptados por la comunidad de propietarios no se refieren al establecimiento de las servidumbres como disponía el derogado art. 9.3 que hablaba de las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general, acordadas por las cuatro quintas partes de los propietarios, sino al tipo de obra o nuevo servicio que se pretende introducir, para lo cual deben atenderse en todo caso, a lo dispuesto en el art. 17 LPH.

La regla 1ª de este art. 17 se refiere a la posibilidad de establecer en el edificio sometido al régimen de propiedad horizontal servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general²⁸, así como el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía; en estos supuestos, el propietario del piso o local vendrá obligado a permitir el establecimiento de las servidumbres imprescindibles para la creación de estos servicios comunes; siempre y cuando el acuerdo se haya adoptado cumpliendo los requisitos legalmente establecidos y se hayan alcanzado las mayorías que en el precepto se imponen para la válida adopción de dicho acuerdo.

Para el establecimiento de servicios comunes de interés general, incluso cuando supongan modificación del título constitutivo o de los estatutos será válido el acuerdo adoptado cuanto esté respaldado por el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

Mientras que, para el establecimiento de nuevos servicios comunes dirigidos a suprimir barreras arquitectónicas que impidan o dificulten el acceso o movilidad de las personas con alguna minusvalía, sólo se requiere el voto favorable de la mayoría de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación.

En el cómputo de las mayorías se debe hacer, siempre, referencia a personas (propietarios) y a cuotas de participación, el régimen es, por tanto, doble: personas y cuotas de participación.

28 No es fácil precisar con nitidez la noción de “servicios comunes de interés general”, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Está en función de múltiples variables, que van desde la situación y categoría del inmueble hasta la aparición de nuevos servicios que los avances de la técnica ponen a disposición de los propietarios. Este párrafo utiliza el vocablo “otros”, siguiendo el criterio de *numerus apertus* de servicios de interés general, siempre que sean análogos a los que enumera. El nuevo servicio habrá de reunir la características exigidas (común y de interés general).

Con este doble régimen lo que se trata de evitar, es la preponderancia excesiva de unas personas sobre otras, que pueden hacer primar sus particulares intereses sobre los de la comunidad, en general, al contar con una cuota de participación importante dentro de la comunidad de propietarios.

El sistema de mayoría que la nueva redacción del art. 17 recoge, representa una gran flexibilidad respecto al régimen anterior, así se expresa en la Exposición de Motivos del nuevo texto legal en la que se puede leer lo siguiente: «Se considera hoy en día que la regla de la unanimidad es en exceso rigurosa, en cuanto obstaculiza la realización de determinadas actuaciones que son convenientes para la comunidad de propietarios e incluso, por razones medioambientales o de otra índole, para el resto de la colectividad. Se ha considerado así conveniente flexibilizar el régimen de mayoría para el establecimiento de determinados servicios (porterías, ascensores, supresión de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalías, servicios de telecomunicación, aprovechamiento de la energía solar, etc.)»²⁹.

El último párrafo de esta regla 1ª del art.17 establece con claridad que: “*Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios*”

En todos estos casos, cuando sea imprescindible el establecimiento de una servidumbre, ésta se impone obligatoriamente sobre el piso o local de propiedad privativa, tanto a los propietarios que les parezca bien como a los que hayan disentido de la decisión comunitaria.

El acuerdo unánimemente alcanzado por los copropietarios, sólo se exige cuando éste “implique la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad”, según reza el art. 17 apartado 1º. Por poner un ejemplo, se requiere el voto unánime de los copropietarios para la válida adopción de los acuerdos que impliquen la modificación o alteración de las cuotas de participación correspondientes a cada condueño fijadas en el título constitutivo de la propiedad horizontal.

Conforme al art. 5 de la LPH para fijar esta cuota de participación se tomará, entre otros factores, como base para su cálculo la superficie útil de cada piso o local. Puede, fácilmente, suceder que, con la constitución de la servidumbre imprescindible para el establecimiento de un nuevo servicio de interés general se reduzca la superficie útil de disfrute del titular del piso o local, porque haya de ocuparse, permanentemente, una parte del mismo, con lo que sería también necesario la modificación, en el sentido de reducir, la cuota de participación en la comunidad, si esto sucede, ¿no supondría modificar las reglas contenidas en el título constitutivo donde previamente se había calculado la cuota de participación en atención a la primitiva superficie útil con la que contaba el piso o local, ahora reducido merced a la creación de la servidumbre?.

Asimismo, parece, cuanto menos, discutible que el establecimiento de una servidumbre sobre un piso o local de propiedad privada “requerida para la creación de ser-

29 GUILARTE GUTIÉRREZ, en el Prólogo del libro por el coordinado titulado: *La reforma de la propiedad horizontal*, apunta como uno de los pilares básicos sobre el que se asienta al reforma de la ley reguladora de este tipo especial de propiedad, es el de arumbar el principio de unanimidad en la toma de acuerdos comunitarios, principio antisocial, obediente a un caduco entendimiento individualista de la propiedad comunal que, había producido evidentes disfunciones en el sistema ayudado por la absoluta complacencia de los Tribunales.

Criterio sobre el que hizo especial hincapié, E. RUBIO TORRANO en la conferencia pronunciada en el seno de las “Jornadas de Formación en Derecho de Consumo” celebradas los días 18 y 19 de noviembre de 1999 en el Rectorado de la Universidad de A Coruña, bajo el sugerente título: *Propiedad horizontal y Derecho de los consumidores*.

vicios comunes de interés general” y que va a tener la consideración de elemento común: se establece en beneficio del inmueble, recayendo sobre ella un derecho de copropiedad, no suponga la modificación del título constitutivo y por ende no requiera el voto de la unanimidad de los copropietarios del inmueble para su válida adopción.

Como habíamos apuntado al comienzo de nuestra exposición, el propietario de un piso o local tiene sobre el mismo el más amplio derecho de propiedad, disfrutando de todas las facultades a él inherentes, no obstante, con la constitución de la nueva servidumbre, que el título constitutivo originariamente no recogía, la facultad de goce se va a ver, notablemente, mermada a la vez que rebajado, cualitativamente, el valor del inmueble al aparecer gravado con un derecho real con el que, en principio, no se contaba, y que seguirá al inmueble independientemente de las transmisiones a las que se vea sometido, característica específica del derecho real es, como sabemos, su oponibilidad *erga omnes*³⁰.

Sin embargo, el art. 17. 1 resulta, en este punto, tajante, se requiere el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios, que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, para el establecimiento del nuevo servicio que resulte ventajoso para la generalidad de los propietarios, incluso cuando suponga la modificación del título constitutivo y el de la mayoría cuando la obra ejecutada o el nuevo servicio instalado tenga por objeto la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o la movilidad de personas con minusvalía.

“Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios”, incluso al disidente que estará obligado a consentir las obras que exija el establecimiento o supresión de los servicios comunes de interés general o las obras que exija la eliminación de la barrera arquitectónica y, lógicamente también, la servidumbre que exigiese dicha instalación o eliminación³¹.

La cuestión no queda aquí zanjada y la duda surge de inmediato porque el art. 9. 1, c) hace referencia al art. 17, en general, y en consecuencia hay que entender también, a su regla 2ª, que se refiere no ya al “establecimiento o supresión de servicios comunes de interés general”, sino a “*la instalación de infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación regulados en el Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero, o la adaptación de los existentes, así como la instalación de sistemas comunes o privativos de aprovechamiento de la energía solar, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos*”.

30 BATLLE VAZQUEZ, M. A.: *La propiedad de casas por pisos*, edto. Marfil, S.A., Alcoy, 1954, págs. 111 y ss.

31 El Tribunal Supremo en la sentencia de 5 noviembre 1996, estudia el supuesto en el que los propietarios de un local sito en la planta baja del inmueble, y que según el título de constitución tiene como anejo “el resío o terreno posterior para ampliación del local existente en esta planta baja”, pretendían la ampliación del local sobre el terreno anejo, para dedicarlo a garaje y aparcamiento y la posterior constitución de una servidumbre de paso sobre el local privativo al objeto de poder comunicarlo con otras propiedades colindantes, independientes y distintas de la comunidad a la que pertenece el local ampliado por una parte y por otra, el establecimiento de una servidumbre de desagüe, mediante la construcción de tuberías de desagüe enterradas a todo lo largo de su planta baja para dar salida a los vertidos de las fincas posteriores y distintas de la comunidad del edificio; se trata pues, del establecimiento de servidumbres sobre un anejo privativo en favor de elementos comunes, pero pertenecientes a otro edificio.

Con buen criterio, el Alto Tribunal, partiendo de que “el destino asignado al anejo posterior no fue otro que el de servir para ampliación del local, existente en la planta baja, de tal manera que una vez verificada la ampliación, la obra resultante, quedaría integrada en el local, con el que formaría una unidad, podemos extraer como consecuencia que cualquier obra realizada en el terreno posterior de la finca primera que tendiera a la ampliación del local existente, al contribuir a la configuración definitiva del inmueble el que está situado el local privativo que pretende ampliar, afectaría al título constitutivo, y, consiguientemente, la comunicabilidad del inmueble con otros distintos a través del local sito en la planta baja del aquél, lleva consigo, sin lugar a dudas, a la conclusión de que habría precisado el consentimiento unánime de los restantes miembros de la comunidad».

Parece que también, es posible la constitución de las servidumbres a que se refiere el art. 9. 1, c), cuando éstas sean imprescindibles para el establecimiento de servicios de telecomunicación o adaptación de los existentes, de energía solar o infraestructuras necesarias para acceder a nuevos servicios energéticos³².

La diferencia, en relación con la regla 1ª, parece que estriba, en que los acuerdos válidamente adoptados, conforme a esta regla 2ª, esto es, por un tercio de los propietarios integrantes de la comunidad que representen, a su vez, un tercio de las cuotas de participación, no son obligatorios para el disidente; en consecuencia, no se puede repercutir el coste de la instalación o adaptación de las infraestructuras a que se refiere sobre aquellos propietarios que no hubiese votado, expresamente, en la junta a favor del acuerdo³³.

Somos conscientes de que la utilización por parte del artículo 9 letra c) de la expresión “servicios comunes de interés general acordada conforme al artículo 17”, en su conjunto, unida a la circunstancia de que el art. 17 emplee la expresión “los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en esta norma obligan a todos los propietarios” vaya referido a los contenidos en el número 1 de este artículo, podrá ser una importante fuente de conflictos.

ZURILLA CARIÑANA, insiste en que si la instalación de los servicios comunes en cuestión ha sido acordada con los “quorum” que exigen cualquiera de los párrafos del artículo 17, todo propietario estará obligado a permitir en su piso el establecimiento de la servidumbre, que, en su caso, aquella instalación exija.

Cuestión distinta es que si no lo desea no pueda ser obligado a conectar su piso a la nueva instalación común creada ni ser obligado a costear los gastos que ocasione su funcionamiento³⁴.

Pero sí, en cambio, estará obligado a consentir que se grave su propiedad con este elemento común imprescindible para la instalación de los servicios a los que se refiere la regla 2ª del art. 17 LPH, aunque no desee participar en las ventajas que la nueva instalación le ofrece.

El art. 9 elimina la alusión al derogado art.10, relativo a las denominadas mejoras o innovaciones, que ahora vienen reguladas de manera similar en el nuevo art. 11. Conforme a lo dispuesto en la regulación anterior, los servicios, instalaciones o mejoras para cuyo establecimiento era imprescindible la constitución de una servidumbre, eran requeridos por “la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su

32 «El Real Decreto-ley sobre instalación de infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, de 24 de febrero de 1998 tiene un marcado tono imperativo. El establecimiento de dichas infraestructuras y la adaptación de los edificios a lo que en él se establece determinará, -en opinión de ZURILLA CARIÑANA- que los propietarios habrán de soportar las obras o las servidumbres precisas, siempre, lógicamente, que hayan sido acordadas conforme al art. 17 LPH. De otra parte, el art. 9.1.3º del mencionado Real Decreto faculta a los propietarios interesados para llevar a efecto lo en él previsto (el acceso a los servicios de telecomunicación, a través de la instalación común) “aprovecharse” no sólo de los elementos privativos sino también de los comunes de los inmuebles. Pese a la indudable incorrección técnica del término “aprovecharse” que utiliza el precepto en él puede sustentarse la tesis que mantenemos: si para acceder a la instalación común el propietario interesado puede “aprovecharse” del elemento privativo de otro propietario, con mayor motivo estará éste obligado a consentir la servidumbre requerida para el establecimiento de la instalación común misma, siempre que ésta sea acordada con el “quorum” legalmente exigido», ZURILLA CARIÑANA, Mª A.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, edto. Aranzadi, Madrid, 1999, págs. 244 y 245.

33 Esta regla 2ª del art. 17 del la LPH reitera, en cuanto a mayorías se refiere para la instalación de la infraestructura en los edificios ya construidos, lo dispuesto en el art. 4 del Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero (derogatorio de la Ley 49/1966, de 23 de julio) que establece el régimen jurídico de las infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicaciones.

34 Op.cit., pág. 245.

rango”, ahora es suficiente con que estos servicios comunes sean de interés general según lo que hemos explicado a propósito del art. 17.

No obstante, defendemos como lo hace buena parte de la doctrina científica y jurisprudencial³⁵, que debe admitirse también el establecimiento de este tipo de servidumbres en el caso de “*instalaciones, servicios o mejoras requeridas para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble*” que prevé el art. 11 párrafo 1º que, aunque redactado en sentido negativo admite la posibilidad de que cualquier propietario pueda exigir este tipo de innovaciones al objeto de mantener “la naturaleza y características del inmueble”, adoptándose, lógicamente, el correspondiente acuerdo en la junta de propietarios.

No se trata de las innovaciones o mejoras de lujo recogidas en el apartado 2 del art. 11, pues éstas no se requieren para la conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, sino sólo para el embellecimiento del mismo o para la mayor comodidad de sus propietarios³⁶.

«Habrá que incluir entre las “obras necesarias para su adecuada conservación y habitabilidad” aquellas que tengan por misión una mejora de las condiciones de habitabilidad del inmueble según su rango y condición, es decir, las que supongan una elevación en las condiciones de habitabilidad, haciendo más beneficioso a la Comunidad el uso y disfrute de las cosas o elementos comunes (pues por “habitabilidad” debe entenderse la “forma de vivir” y ésta puede ser mejorada por una innovación) y que vengan justificadas por el mantenimiento del rango del inmueble, lo que supone atenerse a las particulares circunstancias del edificio», (SAP, Bilbao 3 febrero 1983).

C) Tipos de servidumbres que se pueden establecer

La primera de las cuestiones que planteó el artículo 9 en su redacción anterior a la reforma de 1999 fue la relativa al carácter legal o voluntario de las servidumbres en él establecidas. La duda surgió porque este precepto hablaba de “*servidumbres acordadas por las cuatro quintas partes de los propietarios*”, esto es, el acuerdo no venía

35 LOSCERTALES FUERTES, D.: *Propiedad Horizontal*, edto. Sepin, Madrid, 1999, pág. 254 y ss. GUILARTE ZAPATERO, V., F. TORRES, T., CRESPO ALLUÉ, F., DOMÍNGUEZ LUELMO, A., GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *La reforma de la Propiedad Horizontal*, edto. Lex Nova, Valladolid, 1999. ZAPATER FERRER, J.V.: *La Ley de Propiedad Horizontal*, coordinada por CABAÑAS GARCÍA, J.C., AA VV, BUSTOS PUECHE, J. E., CABAÑAS GARCÍA, J.C., DÍAZ MÉNDEZ, N., ESTRADA ALONSO, E., MONTÓN REDONDO, A., RANS ALBESA, J., RIFÁ SOLER, J. Mª., edto. Trivium, Madrid, 1999. Entre otros.

36 «Y comprenderse en tal concepto de innovación toda obra que lleve aparejado un cambio en la traza o forma del edificio y, por lo tanto, las modificativas de la configuración de la fachada, alterando su aspecto externo, aunque no sea dañada la estructura o solidez de la construcción», (STS 9 enero 1984); «Mientras que las obras de mejora son aquellas con las que se pretende conseguir, no la simple conservación de las condiciones de la finca, sino un aumento en número o calidad de las utilidades y servicios a prestar por la misma en beneficio de la comunidad» (SAP, Palma de Mallorca 29 enero 1980, entre otras).

En cualquier caso manifestar que, cada supuesto concreto que se plantee a la consideración de los Tribunales de justicia va a revestir peculiaridades propias que lo hacen merecedor de un tratamiento específico, encomendándole a aquéllos, en definitiva, la misión de decidir en caso de disidencia de los vecinos si la obra acometida o el nuevo servicio contratado resulta indispensable para el buen uso y conservación del edificio o por el contrario, hay que calificarlo de innecesario o superfluo. En el caso por ejemplo, de la implantación del servicio de guarda jurado o vigilante nocturno no puede considerarse mejora o nuevo servicio innecesario, respecto al cual, por aplicación del art.10 de la LPH, el disidente no está obligado a contribuir, sino que se trata de un servicio efectivamente nuevo, pero requerido necesariamente para la adecuada habitabilidad del inmueble, y consiguientemente para la validez del acuerdo en cuestión y su obligatoriedad frente a todos los copropietarios, disidentes o no, sólo requerirá el voto mayoritario de los propietarios, y, obtenido éste, resultan todos obligados, AP, Valencia en sentencia de 19 de mayo de 1988 recopilada en *Manual práctico sobre Comunidad de Propietarios y Multipropiedad*, MORA ALARCON, J.A. y MORA ALARCÓN L., Edto. Edisofo, S.L., Zaragoza 1995.

requerido, como sucede actualmente, para la instalación del concreto servicio común, sino para el establecimiento mismo de la servidumbre.

Por esta razón, se entendía que se trataba de servidumbres voluntarias, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 563 del Código Civil “*Las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios*”, en la obligación tercera del art. 9 la servidumbre surgía, precisamente, por la voluntad de al menos las cuatro quintas partes de los propietarios³⁷.

37 MARTÍN GRANIZO, F.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V. 2º, cit. pág. 260. En el mismo sentido, GÓMEZ LAPLAZA, Mª C.: *Las servidumbres...*, cit., pág. 342. En contra del carácter voluntario de las servidumbres se pronunciaba VENTURA-TRAVESET: *Derecho de Propiedad Horizontal*, cit. pág. 130. «Se trata pues de servidumbres legales (arts. 536 y 549 CC) reguladas por la LPH (art. 551 CC) y establecidas en interés de la comunidad».

La Audiencia Provincial de Palencia acogió la tesis de la constitución voluntaria de servidumbres, en el supuesto sometido a su consideración como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por los actores cuya demanda fue desestimada en primera instancia. Don Manuel V.H. y otros, dedujeron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Palencia demanda, en juicio de menor cuantía, frente a Dª Angeles A.L. y otros dos más, sobre obligación de hacer, cuya prestación consiste en permitir el paso de la compañía instaladora de gas, por los pisos que fueran necesarios y en concreto por los pisos 8º-A y 8º-B y a permitir la realización de las obras necesarias, tanto en la fase primera como en la segunda, para llevar a cabo la instalación del sistema de calefacción de gas ciudad en la calle donde se encuentra el edificio litigioso, y que afecta a la totalidad de los pisos en que se distribuye el inmueble.

Para la correcta resolución de este pleito debe partirse de la situación física y jurídica de los inmuebles a los que se alude en este asunto, consistente en que la demandada Dª Angeles A.L. es dueña de todo el inmueble sito en la ciudad de Palencia, C/..., nº 12, que consta de planta baja, siete plantas y planta octava o ático, constituyendo tal edificio la primera fase; con posterioridad a la construcción del citado edificio, fue construida una segunda fase, situada en la misma calle con el nº 12, pero al no tener este nuevo edificio fachada a la calle, ya desde la escritura pública otorgada el 9 de abril de 1969, se constituyó una servidumbre de acceso y paso, en los términos literales siguientes: “a) Es predio sirviente, la casa sita en la C/..., sin nº, propiedad del señor A., b) Es predio dominante la casa a la que pertenece el piso descrito (situado en la segunda fase de la construcción), c) El objeto de la servidumbre es dar paso por el portal y escalera de la casa de la C/..., sin nº, a las viviendas que se construyan en segunda fase, a espaldas de dicha casa y con fachada interior, d) Dicho paso, lo será **para todas las necesidades propias de la finca dominante...**”. Estableciéndose a continuación la correspondiente distribución de los gastos que ocasionen los elementos comunes que comparten ambas edificaciones. Para la prosperabilidad de la demanda deducida, dos son los obstáculos que han de ser salvados, uno el relativo al acuerdo que es preciso tomar en la Comunidad de Propietarios (edificio que compone la segunda fase), y otro correspondiente al edificio que constituye la primera fase, y que es propiedad exclusiva de la señora A.L. El primero de los obstáculos ha de considerarse superado en atención a las siguientes razones: En una vivienda construida, la instalación de un servicio de calefacción no puede considerarse como algo de mero ornato, sino que se considera una obra de mejora necesaria y que es requerida para la adecuada habitabilidad del inmueble, de manera que si la mayoría acuerda su instalación en el edificio, es de obligado acatamiento la realización de tales obras respecto al comunero disidente, siendo de aplicación el art. 10 de la LPH, (en la redacción dada por la Ley de 1960) no exigiéndose en principio el régimen de la unanimidad... Al existir acuerdo de la mayoría para la realización de las obras de instalación de la calefacción de gas natural, se estima soslayado este primer obstáculo. El segundo aspecto se refiere al paso del gas (y de sus instalaciones) por el edificio que compone la primera fase, y que como ya hemos indicado, es de la propiedad exclusiva de la señora A. L. Este segundo obstáculo también debe considerarse superado por la servidumbre descrita.

Siguiendo el criterio doctrinal y jurisprudencial que acepta un sistema de *numerus apertus* respecto a la posibilidad de crear nuevos derecho reales (criterio que es robustecido por lo dispuesto en los art. 2 de la LH y 7 de su Reglamento), entendemos que al amparo del **art. 594** del CC fue constituida una **servidumbre voluntaria**, en parte similar a la servidumbre legal contemplada en el art. 564 del CC respecto a las fincas enclavadas, pero que en nuestro caso no se limita a dar paso a la finca dominante, sino a dar “servicio”, en el sentido de dar paso y acceso para todas las necesidades propias de la finca dominante, necesidades entre las que se incluye la de facilitar a los dueños de la finca dominante el acceso para que puedan instalar en ella un sistema adecuado y moderno de calefacción, como es el gas natural, por lo que se estima que existe servidumbre constituida que sirve para amparar la acción de los actores frente a la demandada y dueña del edificio, que es predio sirviente.

Consecuencia de todo lo indicado es que los propietarios, y en su caso, los arrendatarios de los pisos, tienen la obligación de permitir la entrada en sus pisos y locales para la realización de las obras que aquí se contemplan, tal y como se dispone en el art. 9, reglas 3ª y 4ª de la LPH», (SAP, Palencia 22 marzo 1995).

Tras la reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, la cuestión ha quedado resuelta: las servidumbres que se recogen en la regla c) del art. 9.1 LPH tienen carácter legal, se trata de las servidumbres que en el Código Civil se ubican en el epígrafe “De las servidumbres legales”, es decir, aquellas que se pueden imponer con carácter coactivo o forzoso, aunque se oponga a ello el dueño del predio sirviente, bastando con que lo pidan quienes tienen derecho a su establecimiento³⁸.

Puesto que, el actual precepto hace referencia a la adopción de acuerdos para el establecimiento de los servicios comunes de interés general a los que alude el art. 17 LPH, no a las servidumbres, si bien éstas deben ser imprescindibles para su creación, se pueden imponer coactivamente, quedando a salvo el derecho del dueño del piso o local a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le ocasionen³⁹.

En definitiva, no es la Ley la que establece automáticamente el gravamen, sino que lo único que hace es conceder a la comunidad de propietarios el derecho a solicitar su establecimiento forzoso, incluso contra la voluntad del dueño del piso o local afectado, cuando concurren una serie de circunstancias y se cumplan determinados requisitos.

La Ley no limita, en forma alguna, la clase de servidumbres que se pueden establecer, con tal que sea imprescindible y exigida por la creación de servicios comunes de interés general, teniendo, en principio, cabida en el art. 9.1.c) tanto las servidumbres reales (art. 530) como las personales en las que no hay predio dominante y se constituyen en provecho de personas o de una comunidad a quienes no pertenece la finca gravada (art. 531) aunque, considero que se darán con poquísimas frecuencia este tipo de servidumbres, como la tradicional y casi anecdótica servidumbre de palco o balcón que se reserva una persona al vender su piso a un tercero⁴⁰.

La práctica judicial nos revela que las servidumbres más frecuentes en los edificios sometidos al régimen de división horizontal, de las que trata el art. 9.1.c), son las de paso de los arts. 564 y 569 del CC, admitiéndose diversos contenidos (art. 598 CC) ya que puede tratarse de paso de personas o bien de instalaciones de servicios (agua, electricidad, telefonía, etc.).

En el caso de la servidumbre prevista en el art. 564, se establecerá con carácter permanente cuando, para la instalación, cuidado o reparación del servicio común de interés general existente o que se pretenda crear sea imprescindible pasar por un determinado piso o local en el que radiquen o por el que pasen parte de sus instalaciones.

«La servidumbre establecida ha de tener por objeto el dar “servicio”, en el sentido de dar paso y acceso para todas las necesidades propias de la finca dominante, necesidades entre las que se incluye la de facilitar a los dueños de la finca dominante el acceso para que puedan instalar en ella un sistema adecuado y moderno de calefacción, como el gas natural» (SAP, Palencia 22 marzo 1995).

38 PONS GONZÁLEZ, M., DEL ARCO TORRES, M. A.: *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal*, edto. Comares, Granada, 1999, pág. 126. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: op., cit., pág. 98.

39 MARTÍN GRANIZO, M.: op. cit., pág. 545. «En el caso de que el acuerdo para el establecimiento de la servidumbre que gravará un piso o local privativo haya sido válidamente adoptado, al propietario puede obligársele a que permita el establecimiento de la citada servidumbre, pues otorgar al propietario disidente la facultad de permitir o no la creación de un derecho de servidumbre, equivaldría tanto como sancionar la licitud del abuso del derecho y de los actos de emulación... dado además que éstas constituyen un gravamen que puede imponerse incluso contra la voluntad del propietario del fundo sirviente,...».

40 Para ZAPATER FERRER, cuando las exigencias de los servicios comunes de interés general lo requieran se puede constituir toda clase de servidumbres en función de sus necesidades, positivas, y negativas, aparentes y no aparentes, continuas y discontinuas, incluso las personales, en el caso de que fueran imprescindibles para su instalación o mantenimiento, op. cit., t. II, pág. 970. Criterio que también parece mantener ZURILLA CARIÑANA y CUADRADO IGLESIAS, M.: “Comentario al art. 9 de la LPH”, en *Comentarios a la Ley de reforma de la Propiedad Horizontal (Ley 8/1999, de 6 de Abril)*, edto. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 307.

En el supuesto de la servidumbre prevista en el art. 569, está concebida para cubrir una necesidad, esencialmente temporal y transitoria, constituida para construir o reparar un servicio común (caldera de la calefacción) fuese necesario ocupar temporalmente algún piso o local o una parte de los mismos con andamios y materiales de construcción necesarios para llevar a cabo la construcción o la reparación del referido servicio común de interés general. Cuestión que no se puede confundir con la obligación contenida en el art. 9.1.d) según la cual, el propietario está obligado a permitir la entrada en un piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores.

En ambos supuestos enunciados resultaría de aplicación lo ordenado en el art. 565 que el paso tendrá que darse por el “punto menos perjudicial al predio sirviente”; cesando el derecho cuando desaparezca la necesidad.

Llegado aquí, de inmediato surge una cuestión no prevista ni por el legislador reformista ni por el 1960 pero, que puede plantearse en la práctica y no es otra que con la instalación del servicio común se tenga que ocupar, permanentemente, parte de un piso o local de propiedad privada. Sucede que en la práctica diaria de las comunidades de propietarios los servicios de carácter común que se están instalando en los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal tienen, casi todos ellos, vocación de permanencia en el tiempo; se trata de obras de cierta envergadura, como por ejemplo, la instalación de un ascensor no previsto en el proyecto de obra inicial pero, que los copropietarios pasado el tiempo sienten la necesidad de su instalación, es una obra importante, en cuanto a inversión se refiere, generadora de no pocos litigios, con la que, en ocasiones, se ocupa, parcialmente un local privativo.

Para un supuesto análogo, el art. 11 nº3 de la actual LPH en relación con “*las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario*” además, del acuerdo de que se trate válidamente adoptado por la comunidad se dice que “*requerirá, en todo caso, el consentimiento expreso del propietario afectado*”.

No especifica este apartado 3º la parte de edificio que la innovación haga inservible, pudiendo, por tanto, referirse tanto a aquella cuyo uso y disfrute sea común, como a la que sea privativa de un propietario⁴¹.

Entendemos que, dicho consentimiento expreso será preciso para ambas hipótesis. De no admitirlo así el propietario que se ve privado de todo o parte de su piso o local sería de peor condición que aquel para quien se hace inservible una parte del edificio situada fuera de su espacio privativo. Si el propietario se negase a prestar su consentimiento habrá que acudir a la vía judicial, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de impugnar el acuerdo conforme al art. 18 LPH⁴².

41 Para CUADRADO IGLESIAS, “Comentario al art. 9 de la LPH”, en *Comentarios a la Ley de reforma...*, pág. 310, el consentimiento del titular afectado por la servidumbre derivada del acuerdo de innovación será exigible si ésta hace inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute del mismo, pero no se exigirá si la innovación es necesaria para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble (así se desprende de la interpretación del nº 3 del art. 11 en relación con el nº 1 del mismo precepto). En este caso, el establecimiento de la servidumbre no sólo se requiere el consentimiento del propietario del piso o local afectado, sino que puede ser creada contra su voluntad.

42 Pero el otorgamiento del consentimiento no supone la contribución a los gastos de la mejora. Destaca este problema VENTURA-TRAVESET, diciendo que nada tiene que ver que éste acepte la privación de su parte de inmueble para que pueda o no, a su libre voluntad, querer o no contribuir a la mejora. Son actos completamente distintos, sin que el consentimiento de uno obligue al del otro. Así por ejemplo, en una casa de varios pisos, en la que se acuerda instalar un teléfono de la Compañía Telefónica Nacional de España, que con una centralita de portería puede ser utilizado por todos los vecinos; pero siendo insuficiente el local de la planta baja, se recabe del propietario de éste acepte que se construya una cabina dentro de su planta, con puerta a la portería, y que sirve de centralita del teléfono. Este propietario acepta ceder el espacio suficiente de su local, mediante el pago de X pesetas, pero agrega que, como a él el teléfono no le interesa, no quiere contribuir a los gastos de instalación. En este caso, el acuerdo de construir la cabina

Lógicamente, esta circunstancia conllevará la modificación de la cuota de participación del copropietario que ve disminuida la cabida de su piso o local con el establecimiento del servicio común y las servidumbres imprescindibles para su creación, y por tanto, del título constitutivo. Surgiendo un conflicto de normas entre la contenida en el art. 9.1.c) en cuando a mayorías y el recogido en el art 17.1 que nos habla de la unanimidad para la adopción de acuerdos que “impliquen la modificación de la reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad” y por tanto, la unanimidad para decidir sobre dicha servidumbre aunque se trate de un servicio de los que habla dicho precepto⁴³.

D) Obligación de la comunidad de indemnizar los daños y perjuicios

El establecimiento de la servidumbre que grava el piso o local privativo hace surgir un derecho de indemnización, en favor del propietario del piso o local afectado por la servidumbre, mientras que el sujeto pasivo obligado a indemnizar será la comunidad de propietarios. Al contrario de lo que ocurre con las relaciones de vecindad que no confieren derecho a indemnización alguna, puesto que, no suponen disminución del patrimonio de quien las sufre, ni acrecimiento del que se aprovecha de ellas.

«El hecho de una posible indemnización por el establecimiento de la indudable carga no supone que el titular puede rechazar la citada indemnización para evitar la carga, pues esta se le impone independientemente de la voluntad del titular y por consecuencia de la esencia de la institución jurídica. La indemnización es simplemente compensatoria por la privación, en algún sentido, de algo de la parte privativa, pero el titular no se puede oponer porque carece de derecho para ello»⁴⁴.

¿En qué cuantía? Como siempre ocurre con estas cuestiones la valoración deberá hacerse en cada supuesto concreto, dependiendo de una serie de circunstancias concretas como pueden ser, el espacio ocupado, las molestias originadas y, en definitiva, del grado de la propia servidumbre.

Si se constituye de forma transitoria, por aplicación del art. 569 del CC, la indemnización quedará limitada a los daños y perjuicios que se le irroguen y no se hará efectiva hasta la conclusión de las obras, ya que éste es el momento en que podrá determinarse el alcance del perjuicio causado.

Cuando la servidumbre se constituya con carácter permanente, por analogía con lo dispuesto en el art. 564 del CC, la cuantía de la indemnización está en función del valor del terreno que se ocupe y el importe de los perjuicios que se le causen. La indemnización será previa a la realización de la obra.

telefónica y centralita será válido por haber aceptado expresamente el propietario del bajo. Éste, en cambio, no viene obligado a pagar los gastos de instalación, pues su consentimiento a la cesión del terreno no es consentimiento de la instalación del servicio. En cualquier tiempo que lo desee, y pagando gastos de realización y mantenimiento, podrá participar del teléfono», pág. 221.

43 En este sentido, vid., ALMERÍA TRENCO, D. y ALONSO CLIMET I.: *Ley de Propiedad Horizontal comentada*, Madrid 1996, pág. 159.

44 PÉREZ PASCUAL, E.: op. cit. pág. 69.

Son numerosos los ejemplos de sentencias que reconocen el derecho de los propietarios a la indemnización por las reparaciones requeridas para el correcto funcionamiento del inmueble. La SAP de Valladolid de 22 febrero 1997, ordena a la comunidad de propietarios a resarcir no sólo los daños causados en el piso del propietario por las obras sino por el despojo de la vivienda que aquél tuvo que soportar durante la realización de éstas. Otras sentencias recogen este mismo derecho a favor de los propietarios (SAP de Burgos 18 abril 1997, de Tarragona de 18 julio 1997, Álava 19 septiembre 1997, entre otras.

Cuando no haya acuerdo entre las partes, el juicio correspondiente será la única vía para solucionar la cuestión y dar satisfacción a los intereses de ambas partes, la Comunidad para poder usar del piso o local a los fines del nuevo servicio instalado y el propietario para que, en la medida de lo posible, la servidumbre le afecte mínimamente y, a la vez, obtenga la mayor indemnización económica.

¿Quién percibirá la indemnización? Cuando se trate de servidumbre que se establezcan bajo el ámbito de aplicación del art. 564 CC, la ha de percibir el dueño del piso o local que constituirá el predio sirviente. Los supuestos en los que se trate de consentir las servidumbres del art. 569 CC, en que es necesario ocupar temporalmente el piso o local con andamios y materiales de construcción necesarios para el establecimiento de un servicio común de interés general, quien tendrá derecho a la indemnización será el ocupante del piso, que es precisamente quien sufre las incomodidades que el establecimiento de la servidumbre conlleva. Aunque el nuevo texto normativo no mencione, en ningún momento, al ocupante del piso o local, que puede tanto ostentar un derecho de naturaleza personal como el arrendatario, o real como el usufructuario o el habitacionista.

En el supuesto del arrendamiento, como sabemos conforme a lo previsto en el art. 21 de la LAU de 1994 y en el art. 1554 del CC, el arrendador viene obligado, por ley, a hacer en el inmueble alquilado las reparaciones necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, lógicamente será el acreedor del derecho a la indemnización por parte de la comunidad. Si la ejecución de una obra de conservación no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a soportarla, aunque le sea muy molesta o durante ella se vea privado de una parte de la vivienda (art. 21 n°2 LAU).

No obstante, si la obra durase más de veinte días el arrendatario tiene derecho a una reducción de la renta proporcional a la parte de la vivienda de que se le hubiese privado (Cfr. arts. 21.1 LAU y 1558 CC).

Los casos de usufructo, uso y habitación presentan alguna peculiaridad puesto que, los art. 500 y 528 imponen respectivamente a usufructuarios, usuarios y habitacionistas la obligación de costear las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo. Cabría entender, en consecuencia, que ellos sería los acreedores de la indemnización correspondiente.