

PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN MATERIA DE SERVENTIAS: DIVERSAS CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A SU REGULACIÓN ACTUAL Y FUTURA*

Ramón P. Rodríguez Montero

A mi muy querido amigo José Luis Valiente Mateos, in memoriam.

Sumario: I. Sobre la definición de serventías. II. Analogías y diferencias entre las servidumbres y las serventías. III. Referencia a los dos tipos concretos de serventía. Diferencias sustanciales. IV. Presunciones de prueba de serventía. V. Breve referencia final a determinados aspectos de la regulación jurídica sustantiva y procesal de la institución, no contemplados en la LDCG. VI. Conclusiones que en esta materia son sometidas a la consideración de la Sección de Derechos reales, con la finalidad de que, si así se estimase oportuno, sean elevadas al Pleno del Congreso para su consiguiente aprobación.

I. SOBRE LA DEFINICIÓN DE SERVENTÍAS

Tanto en atención al desarrollo que desde la entrada en vigor de la norma básica que rige el ordenamiento jurídico-civil gallego hasta nuestros días ha venido experimentando la institución de la serventía en su aplicación práctica y jurisprudencial en la Comunidad gallega, así como también en orden a la hipotética proyección que la institución pudiese sufrir en el futuro -en cierto sentido predecible a tenor de la utilización intensiva y extensiva que de la misma se ha venido realizando-, a nuestro juicio se hace necesario tomar en consideración la posibilidad de introducir ciertas precisiones en su actual regulación legislativa, que, como es sabido, aparece contenida en la Secc.2ª. del Cap. II, Tit. III, de la Ley de Dereito Civil de Galicia (en adelante LDCG), que comprende tres artículos en los que, respectivamente, se define y caracteriza a la serventía (art.30), se establece una presunción en relación a la misma (art.31), y, en cuanto al contenido concreto de la serventía propia del agrga se refiere, también se regula el modo y forma de realización del paso (art.32).

Por lo que se refiere a la definición que de la institución se recoge en la Ley -con independencia de las posibles incorrecciones o errores se pudiesen contener-, se puede observar que la serventía no se concreta con exclusividad al agrga o vilar, lo que, sin embargo, sí se toma en consideración como uno de los elementos referenciales que, junto al uso continuo, conforman la presunción establecida para la misma.

* Ponencia que, redactada con fecha de 8 de Octubre de 2002, fue presentada por quien suscribe, en calidad de miembro de la Comisión de Estudios, dentro de la Sección IIIª (Derechos reales), al III Congreso de Derecho Gallego, celebrado en A Coruña durante los días 27, 28 y 29 de Noviembre de 2002.

Tal circunstancia, en nuestra opinión, ha provisto a la institución que nos ocupa de una enorme amplitud, que ha venido y viene siendo confirmada jurisprudencialmente por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), a través de diversas resoluciones casacionales en las que se alude a este dato.

Todo ello parece contrastar (y ello lo manifestamos con las oportunas reservas, puesto que consideramos que quienes realmente lo pueden confirmar adecuadamente a través de la realización de distintos trabajos de campo son los antropólogos sociales) con la figura menos amplia y de contornos más precisos que inicialmente apareció en Galicia y que hasta su recepción legislativa presentaba y presenta un carácter netamente consuetudinario.

Nos referimos, en concreto, a la doctrinalmente denominada *serventía alternativa de agra*, o *serventía de año y vez*, institución ésta que aparece referida, como su nombre indica, al *agra* (o *vilar*), y que presenta, según se acaba de señalar, unas características definitorias que la dotan de una clara especificidad, frente a la que denominaremos como *serventía general*, con la que comparte algunas de esas características, pero de la que se separa y diferencia en otros aspectos.

Lo hasta aquí indicado conduce, por tanto, a la necesidad de establecer -quizá plasmándola legislativamente- una clara distinción entre las dos posibles figuras o tipos de *serventía*: *serventía común o general*, y *serventía alternativa de agra*, o de *año y vez*, que se presenta como el primitivo tipo específico y autóctono de la Comunidad Autónoma Gallega.

Con la finalidad de proceder a establecer esa diferenciación, parece oportuno -aun desde la más plena consciencia de las dificultades y riesgos que ello pueda entrañar- intentar establecer una definición lo más rigurosa y clara posible, en la que se contengan los caracteres fundamentales de las dos figuras o tipos indicados.

Para ello resulta conveniente partir de las diversas aportaciones que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se han venido realizando hasta el momento presente en torno a la *serventía* y sus caracteres.

Tomando en consideración las mencionadas aportaciones, se proponen las siguientes definiciones para cada una de las dos figuras.

SERVENTIA (común o general).- Se considera *serventía* el camino privado, de titularidad dominical compartida y destino común permanente, que se encuentra integrado y discurre como una unidad por diferentes partes o fracciones de diversos predios contiguos, inicialmente privativas, pero que al ser cedidas por sus propietarios, dan lugar a una situación de comunidad duradera sobre el mismo, sin establecimiento o asignación de cuotas, y que se constituye con la recíproca finalidad de poder disponer, de conformidad con los pactos establecidos, de un espacio material común de servicio compartido, destinado a cubrir el acceso a todas y cada una de las diversas fincas de los propietarios que lo han establecido.

SERVENTIA ALTERNATIVA DE AGRA (o de año y vez).- Se considera *serventía alternativa de agra*, o de *año y vez*, el servicio de paso, de utilización recíproca y privativa por los titulares de las diversas fincas integradas en el *agra*, establecido por estos, en determinadas épocas, y, generalmente, a través de las cabeceras de sus fincas, en atención a las necesidades derivadas del desarrollo de los mismos cultivos agrícolas, cuyo carácter cíclico, junto con la situación física de los predios en el *agra*, determina y concreta, temporal y espacialmente, la posibilidad de paso alternativo que, durante determinadas temporadas, corresponde individualmente a todos y cada uno de los distintos propietarios de las mencionadas fincas, de acuerdo con los pactos o usos estable-

cidos, por las fincas de los demás, con la finalidad de poder disponer de una salida a camino público.

Definir las dos figuras en que se manifiesta la institución -en nuestra opinión, todavía confusas en la práctica-, puede resultar trascendental para aclarar determinadas dudas que en torno a ambas se plantean en la actualidad, no sólo entre particulares legos en derecho, sino, también y además, entre los propios operadores jurídicos, lo cual aun resulta más grave.

Por otra parte, si es que, al igual que se hace en la vigente LDCG, se estima necesario introducir en relación a los correspondientes tipos una serie de presunciones - como parece lo más adecuado-, las definiciones aportadas, según veremos más adelante, evidentemente, condicionarán esas presunciones de prueba que se establezcan respecto de cada figura, lo que vuelve a poner de manifiesto su particular importancia y el especial cuidado que se debe procurar seguir al ser formuladas, resaltando las características peculiares de dichos tipos, con la finalidad de evitar, como frecuentemente ocurre, posibles equívocos o manifiestas contradicciones.

Una vez definidos los dos tipos de serventía que se pueden dar en esta Comunidad, surge otra cuestión de carácter sistemático, también importante, a cuya resolución se debe proceder.

Nos referimos al posible encuadre, conjunto o separado, de ambos tipos en una única sección, o, en su caso, en secciones diferentes.

¿Resulta más conveniente agrupar ambas figuras en una única sección titulada, como se hace en la vigente LDCG, “De las serventías”, o es mejor recoger cada tipo en dos secciones diferentes: la que hemos denominado como serventía común o general, en la sección “De las serventías”, y la específica serventía alternativa de agra o de año y vez, en la sección dedicada a las agras y los vilares, para las que, como es sabido, la vigente Ley también establece una sección bajo el título “De las agras y los vilares”?.

La respuesta que se proporcione, como es lógico, variará dependiendo del punto de referencia que se quiera adoptar o tomar en consideración.

En todo caso, entendemos que cualquiera de las dos opciones sistemáticas señaladas que se adopte, puede ser perfectamente correcta y aceptable.

No obstante, si lo que se pretende es resaltar la separación existente entre la categoría de las servidumbres y la de las serventías, parece más oportuno optar por la primera de las dos posibilidades expuestas, sin olvidarse como ya se ha indicado anteriormente, de realzar dentro de la categoría de las serventías la clara diferencia entre los dos tipos existentes en Galicia, así como también de procurar, siempre en la medida de lo posible, intentar coordinar, evitando posibles disfunciones, las normas impuestas en la sección relativa a las agras o vilares para regular las relaciones jurídicas que se establezcan entre los propietarios de los terrenos situados en esas agras o vilares (uso y aprovechamiento de los predios, mejoras, nuevos servicios, instalaciones, reparaciones necesarias para la conservación y mantenimiento de elementos comunes, etc.), con las que específicamente regulen la propia serventía alternativa de agra.

II. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS SERVIDUMBRES Y LAS SERVENTÍAS

Llegados a este punto, entendemos que puede resultar bastante útil intentar un primer ejercicio de clarificación, contraponiendo la conocida y clara categoría de las

servidumbres con la algo más confusa de las serventías, recordando algunas de las posibles analogías y diferencias existentes entre ambas figuras.

Como es sabido, ambas categorías persiguen cumplir la misma finalidad de tipo económico-social, que se concreta en proporcionar el paso para determinadas fincas particulares.

No obstante, en el caso de las servidumbres se establece una situación entre fundos en la que se puede apreciar cómo se plantea una clara contraposición de intereses entre un(os) denominado(s) fundo(s) dominante(s) y otro(s) sirviente(s).

Conocido es que, con carácter general, el propietario del fundo sirviente debe tolerar la realización de una determinada actividad por parte del titular del fundo dominante, o, en su caso, abstenerse de realizar una determinada actividad sobre su propio fundo, que, en caso de que no existiese tal derecho real, no tendría porqué tolerar o bien abstenerse de realizar.

Tal contraposición de intereses no se aprecia, sin embargo, en la serventía, donde no se puede hablar con la rotundidad con que se hace en el caso de las servidumbres de fundo(s) dominante(s) y sirviente(s); en el caso de las serventías, gráficamente y utilizando un lenguaje impropio pero ilustrativo, se podría decir que todos los fundos lo son indistintamente y a la vez, dominantes y sirvientes (ello en el caso de la que hemos denominado como serventía común o general) o que en unas ocasiones y por temporadas lo son dominantes, y en otras sirvientes -no exclusivamente dominantes ni exclusivamente sirvientes- según los usos (en el supuesto de la que hemos denominado como serventía alternativa de agra o de año y vez).

En la serventía, por tanto, las relaciones de dependencia no son exclusivas de un fundo para con otro, sino que son mutuas, compartidas entre todos los predios para los que se establece; hay una relación de paridad. Como acertadamente se ha dicho, existe un *do ut des* o un *facio ut facias* -más que un *do ut facias*-. Doy para que des, cedo parte de mi terreno para que tú, y todos los demás, también cedáis parte del vuestro; Hago para que hagáis, deo pasar por mi terreno para que me dejéis y me dejéis pasar por el vuestro. En el primer caso, nos encontraríamos ante la serventía común o general; en el segundo ante la alternativa de agra, añadimos nosotros.

Tampoco está de más recordar que, al igual que las servidumbres, las serventías encuentran su encuadre sistemático en la categoría de los derechos reales, con todo lo que ello supone.

Nos atreveríamos a calificarlas como derechos reales atípicos “innominados”, no precisamente por carecer de una denominación o término que permita designarlos, sino, a consecuencia de la imposibilidad -por su señalada atipicidad- para poder identificarlos con alguno de los Derechos reales tradicionales establecidos.

Es obvio que se trata de derechos reales porque recaen sobre bienes (predios o fundos), son gravámenes que se establecen sobre los fundos y no en provecho de o en atención a las personas (a sus propietarios), lo que supone, al igual que en el caso de las servidumbres (prediales), su inherencia a las fincas en favor y sobre las que se establecen. Ello, como es de suponer, al igual que ocurre en el caso de las servidumbres, en determinada medida va a condicionar su posible régimen jurídico.

De la predialidad e inherencia deriva, como en el caso de las servidumbres (prediales), su perpetuidad o permanencia, requisito éste que debe ser matizado y cuya determinación y concreción ha ofrecido ciertas dificultades. Sobre el mismo se han manifestado los Tribunales de Justicia en diversas resoluciones jurisprudenciales, quizá sin excesivo acierto.

Por último, cabe referirse a la indivisibilidad, característica esta que, al igual que ocurre en el caso de las servidumbres, da lugar a la imposibilidad de constitución y extinción del derecho *pro parte*.

III. REFERENCIA A LOS DOS TIPOS CONCRETOS DE SERVENTÍA. DIFERENCIAS SUSTANCIALES

Además de las características indicadas, uno de los rasgos definitorios más acusados de las serventías se concreta en la situación de comunidad que se crea tras su constitución entre los diversos propietarios de las fincas particulares por las que se establece.

Dicha situación de comunidad -como con especial acierto y recientemente se ha puesto de manifiesto por un cualificado sector de la doctrina gallega- no es la misma en los dos diversos tipos que presenta la institución. Esta diferenciación es uno de los elementos que permite separar y clarificar con bastante nitidez la que hemos denominado como serventía común o general, de la específica figura de la serventía alternativa de agra o de año y vez.

Efectivamente, en el primero de los dos supuestos señalados -el de la serventía común- se establece una comunidad de dominio, una situación de copropiedad especial y permanente -comunidad de disfrute de un derecho propio, en el que parece romperse el principio clásico *nemini res sua servit*-, sin asignación de cuotas, sobre la franja de terreno por la que se ejercita el derecho, a través de la que discurre el paso.

Cada uno de los distintos cotitulares, con la finalidad de establecer la serventía, ceden una parte de sus respectivos predios, constituyendo una franja de terreno que se concreta materialmente, como suma de las diversas porciones cedidas -inicialmente, antes de la cesión, privativas de cada propietario- en un camino serventío, que se destina o afecta por sus cotitulares, de común acuerdo, a un fin compartido, estable y permanente: el paso para sus respectivas fincas.

El camino serventío en este caso aparece materializado físicamente y el *locus* sobre el que se asienta se encuentra, frente a lo que ocurre en el caso de la serventía alternativa de agra o año y vez, abierto permanentemente al tránsito de sus cotitulares.

Por otra parte, tampoco parece que su constitución indispensablemente responda a la satisfacción de una necesidad -paso necesario, para cuya solución vaya a surgir-, ni que se encuentre vinculada a terrenos situados en el agra o vilar, lo que inexorablemente da la impresión de que sí ocurre en el supuesto de la serventía de año y vez.

En este último tipo de serventía también se da una situación de comunidad, pero la misma no se identifica -como sucede con la figura anterior- con una copropiedad o condominio sobre la franja de terreno en que físicamente se materialice -cuando ello ocurra, por supuesto- el camino serventío, y ello precisamente porque tal camino serventío, por decirlo nuevamente de forma gráfica y más comprensible, es mutable físicamente, se transforma, apareciendo y desapareciendo; sólo se abre alternativamente al tránsito; cuando la vía se siembra -en determinadas temporadas, y de acuerdo con los usos establecidos-, el cultivo interrumpe el tránsito (desaparece el camino) hasta que se recoge la cosecha (aparece el camino).

Lo que cada uno de los propietarios de las diversas leiras o parcelas situadas en el agra o vilar cede en determinadas temporadas sobre un determinado lugar de su parcela privativa -generalmente por la cabecera de su finca- es una potestad de utilización

(esto es algo que puede acercar el tipo a la categoría de las servidumbres, provocando una cierta confusión), un uso para el tránsito.

Se establece de esta forma una situación de comunidad de uso (exclusiva de paso), que también persigue un mismo destino o finalidad común y permanente al que se adosan esas cesiones alternativas para resolver las necesidades de paso derivadas del cultivo agrícola, intentando compatibilizar un tránsito de temporada con el cultivo particular y también de temporada de las diversas partes de terreno.

IV. PRESUNCIONES DE PRUEBA DE SERVENTÍA

Uno de los problemas fundamentales que en nuestra opinión y a la vista de la experiencia práctica se plantean en torno a la serventía se concreta en la delimitación, clarificación y separación de la naturaleza jurídica de las dos posibles variantes de la institución. Al mismo nos hemos referido en las líneas que preceden.

El otro problema, no menos importante, que también ha sido cumplidamente puesto de manifiesto por la doctrina, es el relativo a la propia prueba de su existencia, cuya dificultad procede salvar mediante el socorrido y en ocasiones peligroso recurso a las presunciones, y, establecidas estas, la cuestión de determinar sobre quién recae la carga de su prueba.

Una vez definidos los dos tipos posibles de serventía y clarificadas, en la medida de lo posible, sus características más resaltables, procede, pues, ocuparse de la cuestión relativa a las presunciones de prueba de serventía.

Si hasta aquí se ha venido insistiendo en la necesidad de establecer una nítida separación entre los dos diversos tipos de serventía, que quizá fuese útil recoger legislativamente, parece coherente arbitrar no ya una única presunción -como se hace en el art.31 de la vigente LDCG-, sino dos diferentes presunciones, una para cada figura, en atención a las señaladas variantes que presenta la institución.

Así, a la vista de las características señaladas para cada uno de los tipos, el alcance de cada una de las presunciones podría venir determinado fundamentalmente por la toma en consideración de la circunstancia de que en el caso de la específica figura de la serventía alternativa de agra o de año y vez, dicha figura parece encontrarse limitada a todos aquellos supuestos en los que las fincas se encuentran integradas en un agra o terreno con similares características, y se conecta con la resolución de unas concretas necesidades agrícolas referidas anteriormente, que surgen a consecuencia de la realización de los mismos cultivos por parte de los propietarios de esos predios.

Ello no ocurriría en el caso del tipo calificado como común. En esta figura de serventía general, ni tiene porqué existir una vinculación de las fincas a un agra, ni tampoco porqué aparecer restringida al cumplimiento de determinadas necesidades derivadas de unas muy concretas situaciones o condiciones agrícolas como las a grandes rasgos descritas *supra* (entiéndase mismos cultivos para todos esos terrenos integrados en el agra).

Desde estos presupuestos -notablemente menos restringidos que los exigidos para la existencia del tipo de serventía alternativa de agra-, si es que se acoge o sanciona legislativamente este planteamiento, se dotaría a la figura general o común de serventía -en tanto en cuanto, por supuesto, como es lógico, se siga exigiendo el cumplimiento de todos los demás requisitos que caracterizan a la figura- de una amplia funcionalidad, confirmando legalmente lo que ya parece haberse hecho -según señalamos

en otros escritos- de forma jurisprudencial, como lo demuestra, entre otras, la sent. del TSJG de 24 de junio de 1997.

A partir de lo señalado, se sugiere introducir dos presunciones de serventía del siguiente o parecido tenor:

-Salvo prueba en contrario, se presume serventía alternativa de agra o vilar, el servicio de paso realizado para llevar a cabo ciertas tareas agrícolas por temporadas determinadas, según los usos tradicionales del lugar, que se haya venido ejercitando con regularidad a través de diversas fincas, que encontrándose o habiéndose encontrado sometidas a cultivos a la misma mano u hoja, hubiesen formado parte de un agro, o que en la actualidad formen parte de un agra o vilar.

-Se presumirá que existe camino serventío, salvo prueba en contrario, cuando, sin concurrir las características indicadas anteriormente y sin constar su condición de público o vecinal, dicho camino aparezca como una entidad individualizada, constatable a través de signos externos, y venga siendo utilizado con finalidades de tránsito de manera regular, privativa e indistintamente por los diversos propietarios de las fincas colindantes por las que discurre, sin que respecto de ninguno de los titulares de esos predios se pueda apreciar claramente la condición de titular exclusivo del camino en su totalidad, ni tampoco la de titular exclusivo de fundo dominante o sirviente.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba del tipo de serventía de que se trate, suscribimos la opinión de los autores que sostienen que la misma corresponde no ya al que niega su existencia, sino al que la afirma, y ello, entre otras posibles razones apuntadas por el sector doctrinal indicado, por el conocido argumento procesal de la dificultad para poder demostrar los denominados hechos negativos.

Parece, por tanto, adecuado incluir en la Ley una norma en la que, al igual que se hace en el art.7 de la Propuesta de reforma de la LDCG, elaborada por la Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, se contenga tal prescripción, admitiendo la posibilidad, como también allí así se expresa, de que la serventía pueda ser declarada contra quien se opone al servicio solicitado, en beneficio de la comunidad, sin necesidad de intervención de los demás cotitulares de la misma, aprovechándoles las resoluciones favorables y no perjudicándoles las adversas.

V. BREVE REFERENCIA FINAL A DETERMINADOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA SUSTANTIVA Y PROCESAL DE LA INSTITUCIÓN, NO CONTEMPLADOS EN LA LDCG

Los presupuestos indicados entendemos que podrían servir para sentar las bases de la posible regulación jurídica de la institución que nos ocupa, sin perjuicio de introducir en el texto legislativo otra serie de normas que permitiesen clarificar determinados aspectos de tipo sustantivo y procesal que, con bastante seguridad, se pueden plantear en un futuro más bien inmediato.

Entre ellos, a título ejemplificativo, se pueden señalar los que a continuación se indican.

a). Regulación general de las relaciones jurídicas de uso y aprovechamiento de las serventías por sus cotitulares.

De nuevo resulta conveniente volver a referirse a la necesidad de recurrir a la diferenciación aludida entre la serventía común o general y la serventía alternativa de agra.

Por lo que al último de los tipos mencionados se refiere, parece claro que, por sus características, serán los usos tradicionales, y, en su defecto, los posibles pactos o acuerdos entre los cotitulares, los que regirán sus relaciones de uso y aprovechamiento de la serventía.

Para el supuesto de la serventía común o general, pensando en la que se presentaría como forma más habitual de establecimiento -el negocio jurídico-, cabe entender que dichas relaciones en cuanto a su forma y medida se regirán por los pactos o prescripciones que los cotitulares hubiesen establecido de común acuerdo en el momento de su constitución.

En cualquier caso, interesa destacar, que por tratarse de situaciones de comunidad -comunidad de uso y comunidad de dominio-, en caso de no existir pactos o acuerdos entre los cotitulares de la serventía, la concurrencia solidaria en el uso y aprovechamiento implica el recurso a la buena fe y al abuso del derecho en la valoración del mismo en caso de conflicto.

b). Formas de constitución de ambas figuras o tipos de serventía.

Muy recientemente se ha manifestado al respecto por un sector cualificado de la doctrina gallega la posibilidad de reconocer constituida la serventía, en cada una de sus dos modalidades, “por cualquiera de los medios establecidos para la adquisición del dominio y de los demás derechos reales en general”, incluyendo entre los mismos la usucapión.

Tal afirmación entendemos que requiere ser matizada en el sentido de considerar la diversa naturaleza jurídica que presentan ambos tipos, siguiendo el planteamiento que hasta aquí hemos venido sosteniendo.

En atención a la misma y a los específicos caracteres que concurren en cada una de las figuras, quizá se pudiesen perfilar los posibles diversos modos o formas de constitución de ambas.

Recordando lo indicado, en los dos casos hablábamos de situación de cotitularidad indivisa y sin establecimiento de cuotas, pero también, a la vez, diferenciábamos una situación de cotitularidad de simple uso -en el supuesto de la serventía alternativa de agra-, de otra situación propiamente de comunidad -serventía común o general-; en definitiva, con las especificidades correspondientes, nos encontraríamos ante la constitución de una comunidad de uso, y frente a la constitución de una comunidad de dominio, respectivamente.

Tratamiento aparte merece la compleja cuestión relativa a la posibilidad o no de adquirir la serventía por usucapión, sobre la que la doctrina también se ha pronunciado recientemente, quizá sin excesivo detenimiento, y da la impresión de que no en un sentido unívoco.

Así, mientras que, por ejemplo, Díaz Fuentes se inclina por dar una respuesta afirmativa a tal pregunta, insistiendo en la inexistencia de problemática alguna en cuanto a la aplicación de tal modo de adquisición a aquellas situaciones de serventía nacidas con anterioridad a la LDCG -quizá por estar pensando en situaciones pasadas-, de las que, en su opinión, tampoco cabría hablar de retroactividad, otros autores -probablemente pensando en situaciones de presente-, como Rebolledo Varela, por el contrario, en atención según señala textualmente- a las notas diferenciales de su constitución, consideran muy dudosa la posibilidad de adquisición por usucapión de las serventías, matizando que, en todo caso, habría de ser usucapión de condominio, lo que -añade- no es fácil de admitir, pues habrían de realizarse actos de posesión compartida en concepto de dueño (art. 1491 CC), que no serían compatibles con el art. 445 CC.

c). Variación o cambio del trazado originario de la serventía (*ius variandi*) y posibilidad o no de su ampliación.

Por lo que se refiere a la presunta alteración del trazado originario por el que discurre la serventía, en principio, parece lógico suponer que, por sus propias características y configuración, tanto en el caso de la serventía alternativa de agra, como en el de la que hemos denominado común o general, cualquier modificación o alteración de su recorrido originario, requerirá -como a nuestro juicio se recoge acertadamente en el apartado 1º del art. 81 de la Propuesta de reforma de la LDCG- el consentimiento unánime de todos sus cotitulares (nótese que suprimimos conscientemente el término “copropietarios” utilizado en el referido precepto, con la finalidad de poder dar cabida a las dos modalidades o tipos de serventía), por el que, en principio, se regiría, la toma de decisiones en relación a los actos que afecten a la cosa común.

No obstante lo indicado, también parece razonable introducir una excepción a la regla general anteriormente transcrita -como asimismo se hace en el segundo apartado del citado art. 81 de la Propuesta de reforma de la LDCG-, en el sentido de entender que cuando el trazado del paso o camino serventío le impidiese al cotitular realizar en el resto de su terreno obras, reparaciones o mejoras importantes, dicho trazado podrá variarse (¿manteniendo, en cualquier caso su anchura original?) por su cuenta, siempre y cuando aquél ofrezca dentro de su terreno, propio y no afectado al servicio, otro lugar igualmente idóneo, y en tanto en cuanto no cause un perjuicio considerable (grave, importante, apreciable) a los demás cotitulares de la serventía.

En cuanto a la posibilidad o no de llevar a cabo la ampliación de la serventía, nuevamente habrá que remitirse, en primer lugar y con carácter general -como es lógico, por lo señalado anteriormente-, al consentimiento unánime de todos sus cotitulares.

A tal regla general quizá cupiese establecer una excepción, con las correspondientes garantías, que sería aplicable a la específica figura de la serventía alternativa de agra -establecida como se dijo en su momento para cubrir determinadas necesidades agrícolas- y relativa al caso concreto de la ampliación -en sentido parecido a como se recoge respecto de la servidumbre de paso en el actual art. 27 de la LDCG- por adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos, solicitable por cualquiera de los cotitulares de la serventía, con la salvedad de que no se cause perjuicio apreciable en la condición de los terrenos por los que discurre el paso, correspondientes a los demás cotitulares.

Quizá, por sus distintas características -comunidad de dominio materializada en un camino que permanece abierto permanentemente al tráfico de sus titulares, que para constituir el mismo ceden no ya el uso, sino una franja de terreno inicialmente propio- y, en especial, por su no vinculación con carácter general a la agricultura, parece más difícil de admitir que se pueda alegar como posible excepción al requisito de la necesidad de la prestación del consentimiento unánime por parte de todos los cotitulares para proceder a la ampliación de la serventía, la adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos, en el caso de la que hemos denominado como serventía común o general.

d). Transmisión de la serventía.

Es evidente que, a consecuencia de la predialidad e inherencia a los fundos sobre los que recaen, las serventías, en sus dos diversas modalidades o tipos -al igual que ocurre en el caso de las servidumbres- no se pueden transmitir independientemente de los respectivos fundos a los que se incorporan. Con otros términos, en caso de transmisión por cualquier título del dominio de alguna de las fincas sobre las que se establece la serventía, también se entenderá automáticamente transmitido su derecho sobre el paso o camino serventío de que se trate.

Una cuestión práctica concreta, que conecta con el siguiente apartado al que heremos referencia a continuación, se podría plantear en el supuesto de que la transmisión lo sea no ya de una o varias fincas a distintos propietarios, sino de todas las fincas a las que pertenece ese paso o camino serventío a un único adquirente: ¿se debería entender extinguida entonces la serventía, o continuaría subsistiendo por voluntad de ese único adquirente?.

e). Extinción de la serventía.

Cabría preguntarse -por su relativa proximidad en algunos aspectos con las servidumbres, y al igual que se podría hacer en cuanto a las posibles formas o modos de adquisición- si los diversos modos de extinción reconocidos en el art. 28 de la LDCG para las servidumbres, también son adecuados, es decir válidos, para conseguir la extinción de las serventías.

Para contestar a esta cuestión habrá que atender a las características de cada tipo concreto, que, a nuestro entender, son las que en este caso van a condicionar las respuestas que se proporcionen a la misma.

Entre las señaladas características hacíamos referencia a la indivisibilidad de la institución. Precisamente a consecuencia de la misma, ninguno de los cotitulares de la serventía podrá solicitar su extinción *pro parte*.

Esta prescripción aparece recogida en el art. 79 de la ya aludida Propuesta de reforma de la LDCG desde un planteamiento procesal, señalándose al respecto en dicha norma la imposibilidad de que cualquiera de los cotitulares de la serventía pueda ejercitar la acción de división, por supuesto -añadimos por nuestra parte, con intención clarificadora- con la finalidad de solicitar su extinción.

f). Gastos comunes: criterios de toma de decisión en relación a su realización y medida de reparto de los mismos.

Otro de los posibles temas que, en nuestra opinión, debe ser objeto de particular regulación legislativa y que, en principio, puede ofrecer especiales dificultades en cuanto a su determinación, es el relativo al régimen de los gastos comunes.

Si es que, como venimos sosteniendo en esencia hasta aquí, resulta necesario distinguir dos posibles tipos o figuras de serventía, en atención a las características definitorias de los mismos, da la impresión de que el problema de los gastos comunes sólo se va a plantear en la práctica en aquellos casos en los que nos encontremos ante la que hemos calificado como serventía común o general.

Y ello, sencillamente, porque en el supuesto de la denominada serventía alternativa de agra o de año y vez el gasto que se realice -por tratarse de una comunidad de uso y no de propiedad sobre un camino materializado físicamente y permanentemente abierto al tránsito, como ocurre con la serventía común o general-, supuestamente tendrá siempre el carácter de privativo, de particular -al efectuarse siempre, en caso de que dicho gasto se realice, sobre una franja de terreno privativa y propia- de cada uno de los distintos propietarios de las fincas integradas en el agra; sobre el lugar que, integrado en cada parcela, se destina por temporadas, según los usos del lugar, para que los demás cotitulares de la serventía ejerciten el paso con la finalidad de obtener una salida a la vía pública.

La tantas veces citada condición de indivisible de la situación de cotitularidad, y no ya de uso como en el otro tipo, sino de dominio o propiedad, en que se concreta la que hemos denominado como serventía común o general, deberá condicionar -con la finalidad de que el sistema establecido se muestre coherente- los criterios que se esta-

blezcan en torno al posible régimen jurídico relativo a los gastos efectuados por los cotitulares del camino serventío.

Indudablemente, en el caso de que esos cotitulares hayan establecido -lo cual parece lo más recomendable- a través de los acuerdos o pactos correspondientes los criterios a seguir en cuanto a la determinación de los gastos que se efectúen sobre el camino serventío, al proceder a su constitución, o de forma unánime en un momento posterior, una vez constituido aquél, habrá que estar a los mismos.

En el supuesto de que no existiesen tales acuerdos o pactos relativos a los gastos, la situación de indivisibilidad de la comunidad de dominio que se establece entre los cotitulares del camino serventío, en nuestra opinión, conllevaría la posibilidad de que cualquiera de esos cotitulares -a consecuencia de la inexistencia de cuotas en las que se pudiese concretar idealmente la parte que individualmente pudiese corresponder a cada uno de ellos- pueda, por lo que a los gastos se refiere -pensamos en gastos necesarios, incluyendo entre los mismos los de reparación, mantenimiento y conservación en buen estado del bien común, para que pueda servir al destino establecido-, tomar la iniciativa, realizando el gasto correspondiente por sí mismo -en su condición de titular del dominio compartido, pero al mismo tiempo, también, unitario e indiviso- sobre la totalidad de la cosa (camino serventío) común.

Tal amplia capacidad de administración, que correspondería como se acaba de indicar en situación de concurrencia solidaria sobre la plenitud del bien común a cada uno de los cotitulares, sin embargo aparecería a su vez limitada por el derecho igual y concurrente de cualquiera de todos los demás cotitulares de la serventía, que, en caso de no encontrarse de acuerdo con la necesidad o utilidad de la obra, y, por consiguiente, del gasto que se fuese a efectuar, podría, en virtud del derecho concurrente que les asiste, vetar su realización, sugiriéndose, no obstante, introducir la prevención de que en tal caso de conflicto, se pudiese solicitar la intervención judicial con la finalidad de apreciar esa supuesta necesidad o utilidad de la obra y del consiguiente gasto, incluso contra la negativa de los demás copropietarios.

La circunstancia señalada por la que nos inclinamos en cuanto a la determinación del régimen de gastos, relativa, como se ha dicho, a la posibilidad de que cualquiera de los cotitulares de la serventía pudiese tomar la iniciativa en la mencionada materia, no debe suponer que ese cotitular, en caso de que no existiese discrepancia por parte de los demás, o cuando existiendo se determinase judicialmente la pertinencia de su realización, tenga que correr en exclusiva con ese gasto.

Ciertamente, la inexistencia de cuotas ideales sobre la propiedad compartida e indivisa que se establece por los cotitulares de la serventía común o general cuando se constituye el camino, al presentarse como un elemento caracterizador esencial en la estructura de la institución que nos ocupa, de entrada, puede plantear dificultades si se pretende seguir un razonamiento coherente con la exposición realizada, en el intento de establecer un posible régimen de reparto de gastos entre los cotitulares.

Establecer una situación de comunidad en la que la propiedad compartida se encuentra indivisa y no existen cuotas ideales sobre la misma, y hablar al mismo tiempo de régimen de reparto proporcional o en fracciones o partes de gastos necesarios entre los cotitulares, implica desde un punto de vista rigurosamente dogmático, una evidente contradicción.

No obstante, a nuestro juicio, razones de justicia material permiten, si no salvar dicha evidente contradicción, sí por lo menos, justificar la misma, defendiendo una regulación en la, que salvando el interés general comunitario, también se respete el innegable interés particular de los que concurren en esa comunidad.

¿Qué criterio de reparto de gastos, entre los diversos posibles, se podría adoptar?.

En nuestra opinión, la parte del gasto que correspondería realizar a cada uno de los cotitulares de la serventía se debería establecer -siempre que, por supuesto, no se hubiese fijado de común acuerdo por los mismos- por porcentajes o partes iguales para todas y cada una de las distintas parcelas privativas por las que discurre el camino serventío, en su consideración como unidades independientes concretas y singulares, al margen de su titularidad: el reparto del gasto se realizaría por fracciones iguales y repartidas en atención al número de fincas independientes que componen el camino, y no en atención al número de titulares efectivos de esas fincas.

Si no el más justo, dada la infinita variedad de casos que se pueden plantear en la realidad práctica, por lo menos, a nosotros nos parece el criterio menos complicado.

Lo hasta aquí señalado en el presente apartado se encontraría referido, como ya se ha indicado, a los denominados gastos necesarios.

En caso de obras de mejora o de carácter suntuario, salvo acuerdo entre los cotitulares, entendemos que se debería exigir, en principio y con carácter general, la unanimidad en cuanto a la realización del gasto, utilizando -si es que no se ha dispuesto nada por dichos cotitulares-, cuando el gasto ya se hubiese realizado, el criterio de reparto anteriormente señalado.

Al igual que en el supuesto de los gastos necesarios, también podría cuestionarse la oportunidad de ofrecer al cotitular que estimase útil la realización de la obra de mejora propuesta, la posibilidad de solicitar la intervención judicial, con la finalidad de que el órgano competente aprecie la utilidad de la mejora y, por consiguiente, que autorice el gasto correspondiente, incluso contra la negativa de los demás copropietarios.

g). Defensa procesal de la serventía.

Como se ha dicho acertadamente, nada impide ejercitar la pretensión de que se declare la existencia de la serventía, bien a través de una demanda principal o bien mediante el instrumento procesal de la reconvencción, como causa de oposición del demandado ante el ejercicio de una acción negatoria, debiéndose tener en cuenta que, en ambos casos, la pretensión deducida no es de titularidad exclusiva, puesto que la acción ejercitada por el comunero -de acuerdo con la doctrina jurisprudencial más reciente en materia de ejercicio de acciones por los comuneros-, aunque formalmente se ejercite en nombre propio, habrá de entenderse que, aunque no se manifieste, implícitamente, siempre lo será en beneficio de la comunidad.

Por lo demás, atendiendo a la situación de indivisión que se establece en la comunidad de uso y en la comunidad de dominio en que se concretan los tipos de la serventía alternativa de agra y de la serventía común o general, respectivamente, cobra pleno sentido la afirmación anterior.

Nada obsta, por tanto, para entender que cualquier cotitular de la serventía, dentro de los posibles actos de administración realizables, pueda intervenir válidamente ejercitando cuantas acciones procedan en defensa de la cosa común y en interés de la comunidad, afectando en tales casos a todos los demás el resultado del proceso.

Al igual que por sus características definitorias no se puede declarar la extinción *pro parte* de la serventía, tampoco cabría entender posible un reconocimiento parcial de la misma; tanto el reconocimiento como la extinción de la serventía lo debe ser por entero, es decir, en su totalidad, y no por partes.

Resulta recomendable introducir en la LDCG un precepto en el que se recojan las prescripciones procesales anteriormente señaladas, de manera similar a como se

hace en el art. 77 del Proyecto de reforma de la citada Ley, cuya redacción sugerimos corregir en el siguiente sentido:

“Si alguno de los propietarios de los predios colindantes acreditara la propiedad o titularidad exclusiva de la franja de terreno por la que se ejercita el paso y que discurre sobre su terreno, negando el paso o la existencia del camino de servicio por la misma, el que alegue la existencia de la serventía deberá probar su constitución, que podrá ser declarada contra el que se opone al paso, en beneficio de la comunidad, sin necesidad de intervención de los demás cotitulares”.

Los diversos aspectos susceptibles de regulación que han sido expuestos ejemplificativamente y que deben ser objeto de discusión, comprenden sólo una parte de la realidad sobre la que en estas líneas se ha pretendido teorizar. Los esquemas y soluciones que se han sugerido y que se puedan sugerir, difícilmente pueden llegar a abarcar la totalidad y complejidad de casos que se puedan llegar a producir en la práctica.

VI. CONCLUSIONES QUE EN ESTA MATERIA SON SOMETIDAS A LA CONSIDERACIÓN DE LA SECCIÓN DE DERECHOS REALES, CON LA FINALIDAD DE QUE, SI ASÍ SE ESTIMASE OPORTUNO, SEAN ELEVADAS AL PLENO DEL CONGRESO PARA SU CONSIGUIENTE APROBACIÓN

Consideración general:

Dichas conclusiones han sido elaboradas en atención al desarrollo que, desde la entrada en vigor de la LDCG hasta nuestros días, ha venido experimentando la serventía, así como también, tomando en consideración una hipotética proyección futura de la figura.

Las mismas se presentan como una parte de una realidad compleja sobre la que se sugiere seguir investigando por su ya señalada potencialidad y complejidad.

Conclusiones:

PRIMERA.- Necesidad de establecer -quizá recogiéndola legislativamente- una clara distinción entre las dos posibles figuras o tipos de serventía: serventía común o general, y serventía alternativa de agra, o de año y vez, en denominación doctrinal, que se presenta como primitivo tipo específico y autóctono de esta Comunidad.

Con tal finalidad, parece oportuno intentar establecer una definición lo más rigurosa y clara posible, en la que se contengan los caracteres fundamentales de las dos figuras o tipos indicados.

Para ello, y tomando en consideración las aportaciones que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se han venido formulando hasta el momento presente, se proponen las definiciones contenidas en la presente ponencia.

SEGUNDA.- Necesidad de establecer, en conexión con lo indicado anteriormente, dos distintos tipos de presunciones: una para la serventía común o general; y otra para la serventía alternativa de agra.

Tal propuesta encuentra su justificación en las diversas características que, como ya se ha indicado, concurren en ambos tipos separándolos.

Su redacción se sugiere en los términos transcritos en el apartado correspondiente de la ponencia presentada, atendiendo a las definiciones que para ambas figuras se han formulado.

TERCERA.- Sugerir al legislador gallego, en el supuesto de que el mismo procediese a efectuar una revisión y reforma de la vigente LDCG, la toma en consideración de determinados aspectos que incidirían sobre la regulación jurídica sustantiva y procesal de la institución de la serventía en sus dos variantes (serventía común o general, y serventía alternativa de agra), por carecerse de una normativa al efecto.

Entre dichos aspectos, a título ejemplificativo, se pueden señalar los siguientes posibles:

- Relaciones jurídicas de uso y aprovechamiento de las serventías por sus cotitulares.
- Formas de constitución y extinción de ambas figuras o tipos de serventías.
- Posibilidad de variación o cambio del trazado originario de la serventía (*ius variandi*).
- Régimen de gastos: criterios de toma de decisiones en torno a los mismos y medida de reparto.
- Acciones ejercitables en materia de serventía.