

ACTUALIDAD CIVIL

Director: Xavier O'Callaghan Muñoz

Número 23

Semana 7 al 13 de junio de 1999

- ✓ La nueva Ley de Propiedad Horizontal.
- ✓ En torno a la prohibición de división de una finca y su calificación como servidumbre.
- ✓ Resolución de compraventa: la iniciación de juicios ejecutivos para hacer efectivas parte de las letras de cambio que integran el precio, no supone opción por el cumplimiento del contrato que impida ejercer la acción resolutoria (*STS 22-II-1999*).
- ✓ Deudas hereditarias: la solidaridad en su pago rige cuando el acreedor es un tercero ajeno a la herencia, no cuando es uno de los mismos herederos (*STS 1-III-1999*).



LA LEY-ACTUALIDAD



XXXV

En torno a la prohibición de división de una finca y su calificación como servidumbre

Alejandro Valiño*

SUMARIO. I. Introducción. II. Algunos elementos esenciales del derecho real de servidumbre. III. Nuestra posición: la prohibición de dividir una finca como prohibición de disponer. A. Prohibiciones de disponer establecidas por la Ley. B. Prohibiciones de disponer establecidas por alguna resolución administrativa o judicial. C. Prohibiciones de disponer impuestas por el testador o donante. D. Prohibiciones impuestas en negocios celebrados a título oneroso. IV. Criterio distintivo entre servidumbres personales y prohibiciones de disponer.

I. INTRODUCCION

No es el propósito de este trabajo cuestionar las virtudes que la práctica jurídica tiene ni sus eventuales ventajas sobre los estrictos planteamientos dogmáticos, pero sí reivindicar la lucha contra el fenómeno del «vulgarismo jurídico», que a menudo se presenta en forma de graves contusiones en torno a la naturaleza de categorías jurídicas tradicionales.

Uno de estos «errores de derecho», presentes en ocasiones en la práctica notarial y de los que no se encuentra exenta la doctrina de nuestros tribunales(1), se centra en la naturaleza atribuida a las acordadas prohibiciones de dividir una finca en ciertos negocios jurídicos celebrados a título oneroso.

* Universitat de València.

(1) Recientemente puede observarse en STS (Sala 1.ª) de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992\4915), que desconoce la verdadera naturaleza del gravamen impuesto estatutariamente.

En efecto, algo que, a mi juicio, constituye una auténtica prohibición de disponer es frecuentemente calificada como servidumbre de no hacer (*servitus in non faciendo*). A continuación, expondremos argumentos pertinentes dirigidos a aclarar la cuestión, valiéndonos de la precisión con la que los juristas romanos se pronuncian sobre ella.

II. ALGUNOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

Sabido es que, en el mundo del derecho, «las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son(2)». Por ello, aun cuando el vendedor califique la prohibición que impone al comprador de dividir la finca como una servidumbre de no hacer, no puede apreciarse la existencia de la misma, puesto que es evidente la ausencia de algunos de los elementos esenciales que caracterizan a la institución y, sin los cuales, no puede hablarse de la existencia de un derecho real de servidumbre.

En efecto, las servidumbres prediales son gravámenes que se constituyen sobre los fundos con el fin de mejorar el rendimiento de uno (predio dominante) a costa de otro (predio sirviente)(3). Una de las características que sirven para definir las servidumbres es la llamada inherencia predial, esto es, que el gravamen descansa en la finca, con independencia de quién sea su titular en cada momento histórico. De este modo, se acentúa su carácter de derecho real, por cuanto el servicio se constituye en beneficio y a cargo de los propios predios y no en consideración a las personas de aquellos que intervienen en el negocio limitativo del dominio, para lo cual, evidentemente, sería aconsejable, en buena técnica jurídica, un negocio obligacional que tuviera por contenido idéntico servicio o, incluso, acudir a la categoría anómala de las servidumbres personales(4). Precisamente por ello, la jurisprudencia exige constancia expresa de la constitución del gravamen. Muestra de ello son las consideraciones de la SAP de Las Palmas de 22 de enero de 1994(5):

... aunque es innegable que, en materia de servidumbres, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a imposición de gravámenes, ese principio de interpretación favorable al derecho de propiedad sólo puede prevalecer en los casos dudosos; no obstante, dado que el dominio se presume libre, en los contratos y demás hechos o actos jurídicos en que se establezcan servidumbres u otros gravámenes que limiten el derecho de propiedad, ha de estar bien expresa la voluntad de las partes o, en su caso, de la ley, favoreciendo, en caso de duda, la interpretación favorable al propietario.

El contrapunto natural de esta inherencia predial es la utilidad permanente que, para el predio dominante, supone el servicio constituido entre ambas y que se traduce en un incremento de su rendimiento económico(6).

2) Vid. entre otras STC (Sala 2.ª) de 16 de septiembre de 1996 (RTC 1996\141); STC de 14 de marzo de 1996 (RTC 996\44); STC de 21 de diciembre de 1995 (RTC 1995\198); STC de 13 de diciembre de 1995 (RTC 1995\164); STS (Sala 2.ª) de 27 de marzo de 1998 (RJ 1998\3159); STS (Sala 1.ª) de 21 de octubre de 1997 (RJ 1997\1715) y STS (Sala 1.ª) de 21 de mayo de 1997 (RJ 1997\3871).

3) STSJ de Cataluña de 9 de noviembre de 1992 (RJ 1994\1979).

4) Vid. BONFANTE, «Servitù e limitazioni del dominio», en *Scritti giuridici varii, proprietà e servitù* (Torino 1918) pág. 926.

5) AC 1994\185, que cita expresamente la STS de 27 de junio de 1955 (RJ 1955\1741).

6) D. 8,2,28: ... *omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent...* lo cual no significa que el caso en que consiste toda servidumbre no pueda interrumpirse. Es el caso de las llamadas servidumbres discontinuas, las cuales no impiden el reconocimiento de causas de extinción de modo que más que perpetuas lo que son las servidumbres son tendentes a la perpetuidad. A propósito del texto de Paulo, podemos destacar las palabras de

En torno al concepto de *utilitas* mucho han dicho los tratadistas del derecho romano. Todos se ponen de acuerdo en reconocer que ésta debe recaer sobre el fundo dominante y no sobre quien se encuentre en él bajo cualquier título. Así, se desprende de las palabras de BIONDI: «numerosissime servitù, se si vuole anche infinite, ma sempre che importino rapporto tra fondo e fondo» y, como contrapunto añade que «non si capisce su quale base i giuristi avrebbero potuto riconoscere una servitù a favore della persona»(7). En igual sentido, las de GUARINO: «il fondo servente doveva essere destinato ad una qualche utilità, più o meno rilevante, più o meno concreta, del fondo dominante... Ma l'*utilitas* doveva essere obbiettiva e non subbiettiva, doveva cioè risolversi in una qualche utilità che fosse in relazione alle caratteristiche dei fondi, e non in relazione soltanto alle tendenze o alle esigenze personali o occasionali del proprietario del fondo dominante»(8).

De este modo, resulta evidente que no puede calificarse como servidumbre predial la prohibición de dividir una finca, pues difícilmente este aparente *ius prohibendi* supone una mejora o aumento de rendimiento para el fundo dominante, sino que, en este caso, la utilidad beneficia a aquél que impone la prohibición, esto es, al que ha actuado como transmitente(9) y no en cambio al propio fundo. Así, puede observarse en el siguiente pasaje:

D. 8,1,15 pr.: *Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas: et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia.*

Por lo demás, no es que cuestionemos la permanencia del servicio, sino la existencia misma del servicio entre predios(10) y, por tanto, la limitación que se impone al comprador en modo alguno puede recibir la denominación de derecho de servidumbre y, consiguientemente, aplicar y extender a esta limitación el régimen jurídico de las servidumbres(11). Es claro que la inherencia predial es algo que no deriva de pacto alguno entre las partes, sino de la propia utilidad permanente del servicio y desde luego que de esta limitación o carga (la prohibición de dividir una finca) no se deriva ninguna utilidad para el predio dominante, sino más bien se presenta como servidumbre una limitación que no responde a los esquemas tradicionales de la institución y que tiene, por finalidad, beneficiar exclusivamente al transmitente a costa de cercenar las facultades dispositivas del adquirente, desnaturalizando así su dominio. Así, se puede traer a colación las palabras de BIONDI: «non passeggiare per il proprio fondo può essere

GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino 1969) pág. 115: «l'affermazione generale che tutte le servitù debbono avere *perpetua causa* esula dal pensiero romano».

(7) Vid. BIONDI, *La categoria romana delle «servitutes»* (Milano 1938) pág. 368.

(8) Vid. GUARINO, *Diritto privato romano* (Napoli 1981) pág. 612.

(9) Vid. CUADRADO IGLESIAS, *Comentarios del Código Civil I* (Madrid 1991) pág. 1505, quien no configura como servidumbre la obligación que asume el dueño de una finca de no establecer en ella un determinado negocio o industria: «el fundo gravado soporta una obligación *propter rem*, no pudiendo constituir genuinas servidumbres porque no responden a utilidades objetivas de un fundo, sino a conveniencias personales; de ahí, que sean meros pactos obligacionales (STS de 9 de noviembre de 1965). Esta idea se encuentra ya presente en BIONDI, *La categoria...* cit. pág. 370: «se c'è utilità obbiettiva del fondo e non della persona la servitù è possibile; ma non nel caso inverso...».

(10) Este es, precisamente, uno de los aspectos que me llevan a calificar la prohibición de división de una finca como prohibición de disponer, pues éstas, «a diferencia de los derechos reales (como el de servidumbre) no tienen contenido económico en provecho del favorecido por la prohibición, ni integra su patrimonio...», como señala GÓMEZ GALLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el derecho español* (Madrid 1992) pág. 30 s.

(11) Vid. las STS de 4 de julio de 1925; la SAT de Cáceres de 29 de septiembre de 1953; y la SAP de Pontevedra de 22 de enero de 1974, citadas por DEL ARCO y PONS, *Régimen jurídico de las servidumbres* (Granada 1989) pág. 11.

utile al vicino, come persona, ma l'utilità non è ricollegata obbiettivamente ad un fondo, e quindi non può formare oggetto di servitù prediali»(12).

Por tanto, me atrevo a afirmar que la inherencia predial y, por tanto, la naturaleza real del derecho de servidumbre es una consecuencia de la utilidad permanente que el servicio representa para el predio dominante: sólo en la medida en que el predio dominante puede mejorar su rendimiento, ya sea por la vía de la *inmissio* (en el caso de las servidumbres positivas), ya sea por la del *ius prohibendi* (en el caso de las negativas), a costa del predio sirviente y de modo permanente en el tiempo, tal servicio puede calificarse como derecho real de servidumbre. Cualquiera otro beneficio que, por su naturaleza, no tenga la nota de la permanencia podrá constituirse entre las partes, no como derecho real, sino desde el terreno de los derechos de obligación, mucho más adecuados para las relaciones dinámicas a las que responden.

Otro aspecto que conviene destacar es el hecho de que la servidumbre predial ha de proporcionar una utilidad al fundo dominante equilibrada con la carga que supone para el predio sirviente(13). Es claro que no se aprecia este equilibrio por cuanto, como hemos apuntado, nada reporta al predio dominante la mencionada carga, cuyo rendimiento económico y valor permanecen incólumes, mientras que las facultades dispositivas del dueño del predio sirviente quedan considerablemente limitadas.

Expresamente se suele configurar la supuesta servidumbre como de no hacer, es decir, como aquellas que permiten al predio dominante prohibir que el predio sirviente haga uso pleno de sus facultades dominicales, las cuales podría naturalmente cumplir de no existir tal limitación(14). El problema es que el recorte de facultades que experimenta el dueño del predio sirviente deben circunscribirse a aquellas que integran el *usus*, pues es precisamente en un uso en lo que consisten las facultades del titular del predio dominante sobre el predio sirviente(15). Quizá constituya éste el principal problema: determinar qué naturaleza tienen aquellos actos que implican la división de una finca por su propietario. Si se entendieran como actos de uso, nada obstaría para la configuración de la prohibición como servidumbre de no hacer. Pero realmente, a través de esta prohibición de dividir la finca que se impone al adquirente, no es el uso que puede hacerse del predio sirviente el que resulta limitado, sino nada más y nada menos que el *ius disponendi*, por lo que difícilmente puede ser calificada tal prohibición como servidumbre(16). Por tanto, la limitación en el uso se corresponde con el contenido tradicional del derecho de servidumbre, pero en modo alguno puede tener por contenido limitar aquellas facultades que forman parte del *habere* como es, precisamente la que nos ocupa, esto es, dividir la finca, que es la manifestación de un acto de disposición(17).

(12) Vid. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, 2 reimp (Milano 1969) pág. 176.

(13) Vid. D. 8,1,9, que exige que el servicio para el fundo dominante se haga causando el menor detrimento posible al predio sirviente: ... *cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento*... Incluso va más allá GONZÁLEZ-ALEGRE, *Manual de servidumbres*3 (Barcelona 1965) pág. 24 s., al señalar que su fundamento «no es otro sino la necesaria relación y armonía que entre los predios ha de existir para su mejor explotación y mayor utilidad, de tal forma que el beneficio que reportan supera al gravamen que representan».

(14) Así sucede en el supuesto de hecho que origina la citada STS (Sala 1.ª) de 20 de mayo de 1992 (RJ 19924915).

(15) En el caso de las servidumbres positivas consiste en un uso activo, mientras que en las negativas consiste en prohibir o limitar el uso del predio sirviente por aquél que se halle asentado sobre el predio sirviente.

(16) Vid. RDGRN de 26 de octubre de 1987, citada por DEL ARCO y PONS, *Régimen*... cit., pág. 535, que señala: «... en la configuración de los derechos reales predominan los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad, y ello en consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tiene trascendencia *erga omnes* y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes».

(17) Ello no impide reconocer la existencia de limitaciones legales y estatutarias que tengan por contenido impedir la existencia de parcelas inferiores a una determinada extensión. Vid. la STS (Sala 1.ª) de 20 de mayo de 1992 (RJ 19924915), donde se insta por el demandante la nulidad de una división de parcela contraria a los Estatutos de la

Por tanto, en mi opinión, la servidumbre no puede recaer sobre aquello que siempre retiene el dueño como es la facultad de disposición, cuya manifestación son los actos de riguroso dominio que siempre se reserva como es gravar, vender, donar o dividir la finca(18). De existir una auténtica servidumbre, como la de paso o la de *aquae haustus*, en nada perjudicaría al dueño del predio dominante, pues podría exigir mediante la acción real el reconocimiento de su derecho de servidumbre, pero en modo alguno ello puede implicar limitar las facultades de disposición de la finca.

III. NUESTRA POSICION: LA PROHIBICION DE DIVIDIR UNA FINCA COMO PROHIBICION DE DISPONER

De acuerdo con el principio apuntado de que «las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son», tal limitación constituye una auténtica prohibición de disponer encubierta, no sólo porque del negocio constituyente emana claramente la imposibilidad de dotarla de efectos reales y de publicidad registral (que aparece expresamente prohibida), sino, lo que es más importante, porque la finalidad que se pretende, al configurarla como servidumbre de no hacer, es que esta prohibición permanezca vinculada a la finca del transmitente con independencia de quién sea su titular en cada momento, como así se recoge en las fuentes romanas(19):

D. 8,4,12: *Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. Aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt.*

En cambio, en las prohibiciones de disponer, aunque en algunos casos tienen eficacia real, ésta sólo se proyecta sobre el adquirente, de modo que su eficacia para el transmitente debe interpretarse dentro de los límites de los artículos 781.2 y 785 CC. De ahí, el interés del transmitente en calificar tales limitaciones como derecho de servidumbre.

En cuanto a su eficacia *erga omnes* el art. 27 de la LH establece «que no tendrán acceso al Registro de la Propiedad las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior», de modo que se permite la publicidad registral de las siguientes prohibiciones de disponer:

A. Prohibiciones de disponer establecidas por la Ley

Dejando a salvo la limitación establecida en cuanto a la segregación o división de terrenos que den lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo y otras prohibiciones señaladas en legislación sectorial como la Ley de Montes, LAU y LAR, no se aprecia exigencia alguna que justifique la expresa constancia en la inscripción registral de aquellas prohibiciones de dividir fincas que hayan sido impuestas por el transmitente y aceptadas por el adquirente en negocios celebrados a título oneroso. Ello

urbanización en la que se encontraba ubicada y en los que también se configuraba tal prohibición de división y edificación como una servidumbre *in non faciendo*, la cual, a mayor abundamiento, figuraba inscrita en la inscripción de la finca matriz.

(18) Respecto de la facultad de dividir, vid. las RDGRN de 9 de mayo de 1903, 19 de diciembre de 1942 y 19 de noviembre de 1964.

(19) Vid. la STS de 28 de mayo de 1986 (RJ 19862831): «... la servidumbre no es el único derecho limitativo del dominio en relaciones de vecindad, sino que las limitaciones nacen por vía contractual, con apoyo legal, en otras situaciones...».

no obsta para que, al menos, produzcan efectos obligacionales dentro de los límites que impone el artículo 1255 CC. Así, se pronuncia la STS de 26 de julio de 1993 (Sala 1.ª)(20):

... la prohibición de disponer, que cercena en su esencia la facultad más característica del dominio, ha sido tratada con especial rechazo por su carácter desnaturalizador por la doctrina científica y objeto de trato diferencial por el legislador según su origen; así, cuando se disponga en negocios jurídicos onerosos, a consecuencia de lo dispuesto en el art. 27 LH, al ser rechazados del campo del derecho de cosas, quedan marginados y encasillados en el derecho de obligaciones, dentro del cual en principio la libertad de contratación del art. 1255 CC les pone al resguardo de una auténtica validez...

Algunos autores, sin embargo, han señalado que tales prohibiciones «carecen de eficacia negocial», existiendo únicamente «obligación de indemnizar los perjuicios causados si se ha producido un enriquecimiento injusto»(21). Más drástico se muestra Díez-PICAZO, quien justifica la ineficacia de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso en la falta de causa para su establecimiento(22). Sin embargo, no hay que olvidar que esta prohibición de disponer tiene por causa la prestación de la otra parte(23), de modo que lógicamente el comprador verá reducido el precio que ha de pagar al vendedor si consiente en la incorporación al negocio traslativo de esta limitación, que claramente revestirá naturaleza obligacional.

B. Prohibiciones de disponer establecidas por alguna resolución administrativa o judicial

No se trata tampoco en el supuesto comentado de una limitación practicada en garantía de intereses públicos (lo que a mi juicio exigiría la intervención de la Administración) o de terceros (lo que podría motivar la intervención judicial a instancia del tercero perjudicado), sino de una limitación libremente pactada entre comprador y vendedor, pero que en modo alguno puede configurarse como un derecho real, pues, incluso, se exige que conste la denegación de inscripción de la prohibición de disponer (artículo 57 RH).

C. Prohibiciones de disponer impuestas por el testador o donante

Debemos destacar cómo quien impone la limitación en el caso objeto de estudio (negocios traslativos del dominio celebrados a título oneroso) no tiene ninguno de estos presupuestos (el de testador o donante), sino el carácter de vendedor, siendo elemento esencial de la relación negocial la causa onerosa del negocio traslativo (hágase notar que la prohibición de disponer ha sido impuesta en un contrato de compraventa y constitución de derechos).

Prohibiciones de disponer pueden, en cambio, establecerse en capitulaciones matrimoniales así como en donaciones y demás actos a título lucrativo, entre los que no se encuentra la compraventa, que es el negocio oneroso por excelencia, con carácter, al menos en este caso, conmutativo, pues las prestaciones que son debidas entre las partes tienen una naturaleza e individualidad concreta, no estando sujeta su determinación a eventos posteriores.

(20) RJ 1993\6318.

(21) GÓMEZ GÁLIGO, *Las prohibiciones...* cit., pág. 168.

(22) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial 2* (Madrid 1978) pág. 713.

(23) Artículo 1274 CC. Vid. también GÓMEZ GÁLIGO, *Las prohibiciones...* cit., pág. 67.

D. Prohibiciones impuestas en negocios celebrados a título oneroso

En mi opinión, no puede sostenerse el carácter real de esta prohibición de disponer por no responder el negocio en el que se constituye a los presupuestos del art. 26 LH. Por ser, fundamentalmente, expresión de un acuerdo de las partes, sólo a ellos obliga y no puede perjudicar a terceros por la prohibición legal de publicidad registral. Pero, todavía más lejos llega la STS de 26 de julio de 1993 antes mencionada(24):

... a pesar de la licitud de la prohibición de disponer constatada en negocio oneroso, esa prohibición en su propia naturaleza y finalidad es contraria a la esencia de la facultad más propia del dominio, por lo que el TS ha considerado que la perpetuidad de la misma es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico...

En efecto, la sentencia considera que tales prohibiciones de disponer, por limitar la facultad más emblemática de todo *dominus*, no pueden perpetuarse en el tiempo y así lo confirma del siguiente modo:

... no podemos hacer abstracción de la causa o interés que provocara la prohibición de disponer, pues la mayor parte de los civilistas, en base al art. 785 del Código Civil se han pronunciado y siguen pronunciando a favor de la exigencia de una causa razonable o interés legítimo que fundamente las cláusulas de inalienabilidad, pues si la prohibición de disponer no estuviese fundada en motivos protegibles, sería contraria al espíritu informador de nuestro Derecho, según el cual el dominio se presume libre, salvo que se acredite la limitación (art. 348 del Código Civil). Por tanto, será válida la prohibición de disponer, en la que concurra justa causa para su constitución, pero sobrevenidamente devendrá en ineficaz cuando desaparezca la causa o interés legítimo que motivó su imposición, liberando al dominio de la traba impuesta, al desaparecer la base o fundamento que justificaba su inalienabilidad futura...

De acuerdo con este principio de vigencia temporal de las prohibiciones de disponer muestra la jurisprudencia las cautelas que deben seguirse para la admisión de las mismas por la desnaturalización que provocan en el derecho de propiedad(25):

... las (imitaciones como las prohibiciones de disponer no se presumen, es necesario acreditar su efectiva concurrencia y, de ser así, han de ser objeto de interpretación restrictiva...

Igualmente reveladoras son las consideraciones señaladas en la STS (Sala 1.ª) de 13 de diciembre de 1991(26):

(24) Cita expresamente la STS de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985\6600).

(25) Vid. STS (Sala 1.ª) de 14 de octubre de 1996 (RJ 1996\7107). Más recientemente, la STS (Sala 1.ª) de 2 de julio de 1997 (RJ 1997\5520) confirma este criterio restrictivo en la constitución de gravámenes de esta naturaleza al decimos que «las limitaciones del dominio, según jurisprudencia reiteradísima de esta Sala, no se presumen, hay que establecerlas de un modo expreso, pues aquél se presume siempre libre». El mismo criterio restrictivo, por cuanto también ello supone la constitución de un gravamen, se refleja en la doctrina jurisprudencial relativa a la constitución de servidumbres. Vid. la SAP de Las Palmas de 22 de enero de 1994 (AC 1994\185) y las STS de 3 de marzo de 1942 (RJ 1942\316), 13 de marzo de 1952 (RJ 1952\498) y de 27 de junio de 1955 (RJ 1955\1741).

(26) RJ 1991\9713. De esta sentencia se hace eco también la SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (AC 1996\275), asumiendo sus postulados.

... siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del «dominus», la del «ius disponendi», su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc.

IV. CRITERIO DISTINTIVO ENTRE SERVIDUMBRES PERSONALES Y PROHIBICIONES DE DISPONER

El artículo 594 del CC permite que todo propietario pueda constituir sobre su finca las servidumbres que tenga por conveniente, siempre que no contravenga las leyes y el orden público, con lo que, en principio, cualquier «capricho» que suponga beneficios para una finca o en favor de una persona y recaigan sobre una cosa ajena son susceptibles de ser calificados como servidumbres(27). En este sentido, GONZÁLEZ-ALEGRE nos dice: «toda utilidad de cualquier índole, incluso la puramente caprichosa, todo servicio, aunque lo sea para mero recreo, puede ser objeto del establecimiento de un derecho de servidumbre»(28). Así puede reflejarse en:

D. 8,1,19: *Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui dedere ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt*(29).

Pero, además, esta libertad permite que el servicio pueda constituirse en favor de una finca o en favor de una persona, criterio que sirve para establecer la distinción entre servidumbres reales y personales. El problema fundamental en las servidumbres personales, según GONZÁLEZ-ALEGRE, es si el derecho que se atribuye al beneficiario es un derecho real o un derecho de crédito, con las lógicas consecuencias de su eficacia o no frente a terceros(30). Y, de acuerdo con esta idea, pueden surgir dudas sobre si la prohibición de dividir una finca impuesta al adquirente por el transmitente puede calificarse como servidumbre personal (*in non faciendo*) o como prohibición de disponer.

En mi opinión, tal prohibición de división es difícilmente encajable dentro del concepto de servidumbre, pues ésta siempre se resuelve en un uso o en una prohibición de uso (según sea positiva o negativa), pero en modo alguno puede recaer sobre el *ius disponendi*, que es inherente a la condición de propietario. Sólo las prohibiciones de disponer pueden mermar esta facultad y con las restricciones y limitaciones que derivan del negocio constitutivo que las origina (a título oneroso o lucrativo) a efectos

(27) La SAP de Cuenca de 8 de febrero de 1988, citada por DEL ARCO y PONS, *Régimen...* cit., pág. 535, exige que la utilidad, de cualquier naturaleza, implique «un aumento o extensión de permanente utilización del predio dominante».

(28) GONZÁLEZ-ALEGRE, *Manual...* cit., pág. 31.

(29) Sin embargo, este pasaje labeoniano debe contemplarse desde la concepción antigua que se tiene de la servidumbre como *res*. esto es, cuando el derecho se confundía con el dominio de la cosa misma, de modo que para la existencia del dominio no es necesario que la cosa sea útil al propietario. Sin embargo, ya configurado como *ius in re aliena*, es más cierta, según Pomponio, la opinión de Próculo recogida en D. 8,3,24: *Ex meo aquae ductu labeo scribit cuiuslibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit proculi sententia verior est*. Sobre esta cuestión, *vid.* FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali* (Napoli 1967) pág. 88 ss. y GROSSO, *Le servitù...* cit., pág. 97 ss.

También, BIONDI, *La categoría...* cit., pág. 370, apoyándose en este pasaje, ve posible que la servidumbre pueda ser útil para el fundo (utilidad objetiva), aunque no lo sea para el actual propietario (utilidad subjetiva).

(30) GONZÁLEZ-ALEGRE, *Manual...* cit., pág. 41. La dificultad de vislumbrar los perfiles la pone de relieve ROCA LUAN, *Comentarios...* cit. pág. 1396 al recoger las exigencias de la jurisprudencia: voluntad expresa y terminante de las partes de constituir el derecho real, pero para que éste nazca efectivamente, exige también determinar en qué consiste el gravamen y su compatibilidad con el dominio, no implicando su desaparición.

de dotarlas de eficacia *inter partes* o *erga omnes*; o con aquellas que se fundamentan en cuestiones de tipo social o familiar (en el caso de las establecidas por la ley, las constituidas por resolución judicial o administrativa y las impuestas por testadores y donantes).

Tampoco debemos olvidar que las servidumbres personales son derechos reales, pues aunque se constituyen en favor de una persona, presuponen un servicio hacia ella a través de un fundo, que le proporciona utilidad(31). En efecto, CUADRADO IGLESIAS señala que «la utilidad es un requisito necesario en toda servidumbre... Ha de entenderse en un sentido muy amplio... y si no puede dejar de existir, tampoco puede absorber todas las facultades dominicales; la propia estructura de la servidumbre exige una referencia a utilidades concretas»(32).

En cambio, las prohibiciones de disponer no son derechos reales, aunque puedan producir efectos reales. La falta de utilidad (que no de causa) en esta prohibición de dividir una finca impide que en modo alguno sea encuadrable bajo alguno de los modelos de clasificación de las servidumbres. En la misma línea, estos perfiles han sido atribuidos por la jurisprudencia(33):

... *La servidumbre ha de representar una utilidad o ventaja obtenida de predio a predio, pues incluso en las llamadas servidumbres personales ha de ser una utilidad que proporcione la finca como tal, en lugar de tratarse de un derecho personal o de crédito contra el propietario del inmueble gravado, concepto que parece ser desmentido por el artículo 531 CC, (...), pero toda la doctrina está conforme en que este artículo no describe unas servidumbres verdaderamente personales, sino un derecho real intermedio entre aquéllas y el usufructo al no existir predio dominante...*

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial comentada, que impide la vigencia perpetua de tales prohibiciones de disponer(34), considero que debe procurarse la interdicción de limitaciones injustificadas del dominio, como son aquellas que no tienen su base en imposiciones legales y estatutarias basadas en esa finalidad de carácter social a las que se refiere el texto de la sentencia anteriormente reproducido. En igual sentido, entiendo que no debería admitirse como válida la práctica frecuente de configurar como servidumbres ciertas limitaciones que inciden negativamente sobre las facultades dispositivas del adquirente, pues sobre ellas no cabe imposición de servidumbre alguna. De este modo, se ve, una vez más, cómo el derecho romano, a través de la *prudencia* que contienen las opiniones de sus juristas, contribuye a depurar técnicamente el contenido de las distintas categorías jurídicas.

(31) *Vid.* GROSSO, *Le servitù...* cit., pág. 124. Sobre esta cuestión, debe destacarse la extensa disertación que hace CIAPESONI, «Servitus personae» e «usus personae», en *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana* (Milano 1938) pág. 892 ss.

(32) CUADRADO IGLESIAS, *Comentarios...* cit., pág. 1503.

(33) SAP de Ciudad Real de 19 de abril de 1980, citada por DEL ARCO y PONS, *Régimen...* cit., pág. 12.

(34) Sin embargo, las servidumbres personales, a pesar de su carácter, pueden constituirse a perpetuidad. *Vid.* STS de 8 de mayo de 1947 (RJ 1947/760).