



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por Guillermo Castellón Prió con objeto de determinar la existencia o no de servidumbres sobre finca de carácter rústico en régimen de copropiedad en la Comunidad Autónoma de Aragón

Directores del trabajo:

Dra. Dña. Carmen Bayod López

Dra. Dña. M<sup>a</sup> Cristina Chárlez Arán

Facultad de Derecho

2016



# ÍNDICE

<b>I. ANTECEDENTES DE HECHO. LA CONSULTA.....</b>	<b>5</b>
1. DOCUMENTACIÓN DE PARTIDA.....	5
2. SUPUESTO DE HECHO.....	6
3. CUESTIONES SUSCITADAS .....	10
<b>II. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN DE COMPRAVENTA Y DEL DERECHO DE USO EXCLUSIVO .....</b>	<b>11</b>
1. AJUSTE A LA LEGALIDAD DE LA OPERACIÓN ELEVADA A ESCRITURA PÚBLICA .....	11
1.1 Existencia de parcelación ilegal.....	11
1.2 La validez civil del acto .....	16
2. LA COMUNIDAD DE BIENES.....	22
<b>III. LA EXISTENCIA O NO DE SERVIDUMBRES EN EL SUPUESTO DE HECHO .....</b>	<b>25</b>
1. PREVIO: LEY APLICABLE, CONCEPTO Y CARACTERES DE LAS SERVIDUMBRES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN .....	25
2. EXISTENCIA O NO DE SERVIDUMBRE DE PASO ENTRE LAS DOS PORCIONES DE TERRENO ASIGNADAS CON DERECHO DE USO EXCLUSIVO .....	26
3. EXISTENCIA O NO DE SERVIDUMBRE DE OCUPACIÓN EN FAVOR DE «PROPANO Y PEEFE SA».....	32
4. EXISTENCIA O NO DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS.....	36
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>39</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>43</b>

## ABREVIATURAS

<b>Art. (s)</b>	Artículo (s)
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDFA</b>	Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y el Notariado
<b>LHip</b>	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
<b>LMEA</b>	Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias
<b>LUA</b>	Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón
<b>M2</b>	Metros cuadrados
<b>Nº</b>	Número
<b>SA</b>	Sociedad Anónima
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>SC</b>	Sociedad Colectiva
<b>Secc.</b>	Sección
<b>Sr./a.</b>	Señor/a
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO. LA CONSULTA**

### **1. DOCUMENTACIÓN DE PARTIDA**

En el presente supuesto se presenta ante mí, Don Anacleto Abad Allué, el cual me encarga la elaboración de un dictamen fundamentado en Derecho sobre la existencia o no de diversas servidumbres sobre una finca en régimen de copropiedad sita en Anciles (Huesca) y, en su caso, cuáles serían las acciones legales tendentes bien, a la constitución de las mismas o bien, a su liberación.

En el acto de la visita me proporciona diversa documentación con la que fundamenta su relato fáctico y, entre la que se destaca:

- Escritura de compraventa de chalé adosado número 3 sito en Anciles (Huesca).
- Documentación aneja a la escritura de compraventa del chalé entre la que se incluyen: nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Boltaña, certificación catastral,...
- Acuerdo de constitución de propiedad horizontal sobre los cuatro chalés adosados que integran la urbanización en la que se encuentra la vivienda del Sr. Abad.
- Escritura de compraventa del 9% de la propiedad de finca rústica contigua a la vivienda del Sr. Abad y asignación del derecho exclusivo de uso sobre porción de terreno determinado.
- Documentación aneja a la escritura de compraventa de la cuota de finca rústica: nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Boltaña, certificación catastral, fotografías aéreas, planos topográficos de la finca que determinan la porción asignada,...
- Informe de ingeniero agrónomo en el que se determina con precisión y exactitud la porción de terreno atribuida.
- Burofax de la Sra. Costa en el que se compele al Sr. Abad a cesar en la construcción de una valla y utilización de un camino de acceso a la porción de terreno asignada con carácter exclusivo.

- Contrato entre el promotor de la urbanización y «Propano y Peeffe, SA» por el que se acuerda el régimen de instalación y suministro de gas butano a la urbanización.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

Del estudio de la documentación proporcionada y de las anotaciones tomadas de las manifestaciones efectuadas por el cliente, se configura el siguiente supuesto de hecho:

El Sr. Abad estaba interesado en la compra de una segunda vivienda en el Pirineo oscense en la que disfrutar de sus vacaciones, fuera de la concurrida capital Zaragoza.

De entre todas las edificaciones que visita, se decide a comprar un chalé adosado en la localidad de Anciles (Huesca) a la promotora de viviendas «Basilio Barón SC». Dicha vivienda se enclava en una nueva urbanización llamada «La tranquilidad» en el límite del núcleo urbano de Anciles, compartiendo zonas comunes y accesos con otras tres viviendas propiedad de la promotora.

Así, el 5 de octubre de 2007, previo acuerdo con el vendedor, se formaliza escritura pública de compraventa en la que el Sr. Abad adquiere el chalé nº 3 de la citada urbanización.

En la escritura de compraventa, se hace referencia de la pertenencia de la vivienda a un conjunto de edificaciones con terreno anejo:

«Está compuesto de cuatro viviendas, todas ellas dúplex con terreno anejo cada una de ellas, distribuidas en dos cuerpos de edificación, con acceso a través del terreno común del conjunto. La cuota de participación de la vivienda en relación al valor total del conjunto es del 25%».

En la misma, no se hace referencia a la existencia de servidumbres ni cargas de ningún tipo. La nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Boltaña,

tampoco hace referencia a la existencia de ninguna limitación o carga de la propiedad adquirida.

En abril de 2009, «Basilio Barón SC» y el Sr. Abad deciden constituir una comunidad de propietarios entre las cuatro viviendas que componen la urbanización. En el acuerdo se estipula que los propietarios pueden realizar todas aquellas operaciones de segregación, división, agregación o agrupación, incluso con otras fincas colindantes, dividiendo o agrupando, las cuotas de participación en relación a la superficie.

Tras ocho años de disfrute de su chalet, el Sr. Abad jubilado y concienciado con la agricultura ecológica, propone a la Sra. Costa, propietaria de las tierras colindantes, la compra de una parte de las mismas, con el objetivo de ampliar la zona aneja que usa como jardín y establecer un amplio huerto con el que abastecerse de hortalizas los meses de verano. Aceptando la misma la venta, y no solicitándose licencia administrativa alguna, se articula ante notario, el 21 de octubre de 2015, escritura pública de compraventa de una participación indivisa del 9 % de la finca rústica colindante a la vivienda del Sr. Abad con una extensión total de 2,8 hectáreas.

Dicha escritura de compraventa presenta las siguientes cláusulas:

«Servidumbres: constan inscritas en el Registro de la Propiedad al que las partes se remiten».

«Cargas: la finca descrita se halla libre de cargas, gravámenes y arrendamientos, según manifiesta la parte transmitente».

Para la articulación de la compraventa, el Sr. Abad, contrata el servicio de un gabinete de ingenieros agrónomos que, mediante topografía, «divide» la finca con planos y fotografías aéreas, delimitando con precisión la parcela sobre la cual el Sr. Abad tendrá uso exclusivo, estableciéndose en escritura pública lo siguiente:

«Acuerdan los otorgantes que la participación de finca transmitida en este acto dará derecho al uso exclusivo de la parte total del suelo de la finca descrita que consta en los planos aportados en este acto, constatando que dicha parte se atribuye al adquirente con un total de 2.520 m<sup>2</sup> y en su interior existe un depósito de gas».

En el Registro de la Propiedad de Boltaña, en lo que se refiere a la finca adquirida, consta en el apartado CARGAS PROPIAS:

«Gravada con servidumbre de vuelo, luces y vistas de tal manera que: el predio dominante (parcelas de la urbanización colindantes) podrá abrir en las fachadas de las edificaciones que construya sobre la finca, recayentes a la finca de este número: huecos y balcones del ancho que determine y sin limitación de número teniendo derecho de luces y vistas sobre esta finca a través de los indicados huecos y balcones, de manera que no se podrá construir en esta finca a menos de tres metros desde la línea de voladizos».

El registrador de la propiedad suspende la inscripción de la operación descrita por considerar que reviste los caracteres de una división o segregación y la misma carece de licencia urbanística.

Un año después de la compra, en octubre de 2016 y, sin comunicación a la copropietaria de la finca, el Sr. Abad comienza a vallar el terreno delimitado en la escritura de compraventa, construyendo una puerta en la zona más cercana a una de las calles del pueblo, sin embargo, para el acceso a la misma, ha de usar un camino que radica en la porción de la finca asignada a la Sra. Costa.

Los motivos que alega respecto del paso por la finca de la Sra. Costa son los siguientes:

1.- Existe un desnivel de 6 metros entre la parcela asignada al Sr. Abad y la vía pública, por lo que no puede construir una puerta que dé acceso directo a la calle de la Iglesia.

2.- Ya existía con anterioridad a la compra del 9% de la finca, una rampa que salva el desnivel aludido entre la calle y la finca, que permitía el acceso desde el año 2007 a los técnicos de «Propano y Peefe, SA» a un depósito de 4.000 litros de gas butano que se halla enterrado en los terrenos asignados al Sr. Abad y que proporciona el servicio de gas a las viviendas de la urbanización.

La Sra. Costa en disconformidad con las construcciones llevadas a cabo, procede al envío de un burofax al Sr. Abad en el que le insta a la paralización de las obras, el restablecimiento del estado inicial de la finca y el cese del paso por su porción de terreno.

Por su parte, el Sr. Abad quiere retirar el depósito de butano que se halla enterrado en su porción asignada.

Dicho depósito fue construido, según expone el Sr. Abad, en virtud de acuerdo de fecha 11 de junio de 2007 entre «Propano y Peeffe, SA» y la promotora de la urbanización «Basilio Barón SC» en el que se destacan las siguientes cláusulas:

«QUINTA.- EL PROMOTOR reconoce que la propiedad de las instalaciones, la boca de carga, el centro de almacenamiento y la instalación de la red en media presión hasta el pie del edificio, en el recorrido de su trazado que discorra por suelo público o comunitario es de “Propano y Peeffe, SA” y le otorga las servidumbres de ocupación y paso por los terrenos donde se encuentran ubicados los depósitos de almacenamiento, así como a los terrenos por los que discurren los trazados de tuberías que constituyen la red de distribución. El PROMOTOR aporta los terrenos descritos en el ANEXO I al objeto de que, sobre ellos se construya el centro de almacenamiento que ha de dar a la referida promoción.

Sobre los terrenos aportados y, en garantía del suministro de gas licuado del petróleo objeto del presente contrato se constituye servidumbre de ocupación de terrenos y de paso a los mismos, al objeto de ubicación y permanencia de los depósitos, en el primero de los casos, y acceso a los mismos por todas las necesidades derivadas de su uso, atención y mantenimiento en el segundo».

«SEXTA.- El PROMOTOR se compromete a hacer constar en la escritura de declaración de obra nueva la citada servidumbre, además, el PROMOTOR se obliga a hacer figurar esta estipulación en todos los contratos de compraventa que formalice con futuros compradores de las viviendas».

«SÉPTIMA.- El PROMOTOR se compromete a inscribir la servidumbre constituida en el Registro de la Propiedad que corresponda, con carácter inmediato a la firma del documento, considerándose la presentación de la documentación condición previa e indispensable para la plena eficacia del contrato».

Del examen del citado acuerdo, se denota que, en el anexo I no se indica el lugar de construcción del depósito de butano ni los terrenos por los que discurren las tuberías de gas.

Finalmente, el Sr. Abad nos consulta si, en la porción de terreno asignada, puede construir una pequeña caseta de dos alturas en la que guardar el material de labor que use en su huerto ecológico, en la planta baja y almacenar sus frutos en la planta superior.

### 3. CUESTIONES SUSCITADAS

Del análisis del supuesto de hecho presentado se denota la necesidad del estudio de cuatro aspectos que se indican en este apartado y sobre los cuáles versará el dictamen.

- a) Naturaleza jurídica de la operación de compraventa del 9% de la finca aneja y posterior atribución del uso exclusivo de porción de terreno determinada.
- b) Existencia o no de servidumbre de paso y posibilidad de vallado de porción de terreno asignada.
- c) Existencia o no de servidumbre de ocupación y de paso en favor de la instalación de «Propano y Peefe, SA».
- d) Existencia o no de servidumbre de vistas y luces en favor de la comunidad de propietarios respecto de la copropiedad de la finca adquirida.

## **II. NATURALEZA DE LA OPERACIÓN DE COMPRAVENTA Y DEL DERECHO DE USO EXCLUSIVO**

### **1. AJUSTE A LA LEGALIDAD DE LA OPERACIÓN ELEVADA A ESCRITURA PÚBLICA**

#### **1.1 Existencia de parcelación ilegal**

En primer lugar, conviene realizar un análisis de la operación de compraventa de un 9% de una finca rústica con la posterior atribución de un derecho exclusivo de uso sobre una porción de la misma concreta y determinada.

Para ello, hay que preguntarse ¿la atribución de una porción de terreno con derecho de uso exclusivo en una finca en copropiedad implica una división o segregación de terreno?

La respuesta es afirmativa, siempre que se cumplan los requisitos, como ya se ha pronunciado en este sentido la Dirección General del Registro y el Notariado en Resoluciones de fechas 26 de junio de 1999, 6 de septiembre de 2000, 1,2,10 de febrero de 2001 y 5 de junio de 2001, entre otras, por las que se establece: «la compatibilidad entre la persistencia de una comunidad sobre el todo y la atribución a cada propietario de un derecho permanente de uso exclusivo sobre una parte suficientemente determinada de aquél, exige que estas partes carezcan de la autonomía física y económica que les impida ser reputados como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, pues en otro caso [...] aquella atribución implicará una verdadera división, cualquiera que sea la denominación elegida o el mecanismo jurídico bajo el que pretende encubrirse».

La normativa urbanística coincide en el criterio de equiparar la atribución de una porción de terreno de uso exclusivo a una verdadera división o segregación, en este sentido, el art. 26.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana:

«2. La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también

aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.

En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción.

Los notarios y registradores de la propiedad harán constar en la descripción de las fincas, en su caso, su cualidad de indivisibles».

La norma pretende evitar que, a través de la enajenación de porciones de terreno con derecho de uso exclusivo, se eluda la aplicación de la normativa urbanística en régimen de división y segregación, asimilando dicho tipo de operaciones de transmisión de la propiedad a la división y segregación. Por ello, este tipo de transmisiones requerirá, en su caso, el otorgamiento de la correspondiente licencia urbanística o declaración de innecesariedad, según se establezca, por la normativa autonómica o por los planes urbanísticos municipales.

En su segundo inciso, se requiere el control de legalidad administrativa de estas operaciones por los fedatarios públicos, los notarios y los registradores de la propiedad que no pueden autorizar, en el caso de los primeros, o inscribir, en el caso de los segundos, aquellas operaciones que puedan ser calificadas de división o segregación y que no cuenten con una licencia administrativa en vigor en el momento del otorgamiento del acto correspondiente. El mismo control, se requiere por la normativa autonómica, en el art. 241.3 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón:

«3. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento».

A pesar de lo expuesto, sin embargo, resulta habitual que este tipo de operaciones de atribución de terrenos con uso exclusivo, sean autorizadas por los notarios mediante escritura pública sin exigir la correspondiente autorización administrativa. De ello, se deduce el problema que presenta este supuesto y, por el cual, el registrador de la propiedad suspende o deniega la inscripción de la operación de compraventa<sup>1</sup>.

Pero el análisis no debe reducirse a la determinación de la necesidad o no de contar con autorización administrativa, sino que, una vez determinado que la operación llevada a cabo es calificada como una división según el derecho urbanístico, y así lo ha determinado también el registrador dado que se ha negado a inscribir la operación de compraventa, se ha de tomar en consideración, también, que la finca reviste el carácter de rústico<sup>2</sup>. En razón de ello y, tras la consideración de hallarnos frente a una parcelación rústica puesto que el objetivo del Sr. Abad es la explotación de un huerto ecológico, se ha de remitir el análisis de legalidad, a la normativa agraria, estableciendo el art. 28.3 de la LUA que:

«3. En el suelo no urbanizable [...], en ningún caso, puedan efectuarse divisiones, segregaciones o fraccionamientos de cualquier tipo en contra del régimen de las unidades mínimas de cultivo o de lo dispuesto en la legislación forestal, agraria o de similar naturaleza, salvo cuando se trate de concentrar propiedades colindantes o resulte indispensable para lograr la adecuada protección del patrimonio cultural aragonés».

La normativa agraria que es de aplicación, en este caso, es la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, en concreto, su art. 24 el cual establece que las fincas rústicas son indivisibles siempre que las porciones resultantes de la matriz tengan una extensión inferior a la unidad mínima de cultivo:

---

<sup>1</sup> Así, según el art. 78 y concordantes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística: «Los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesidad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento».

<sup>2</sup> El carácter rústico de la finca no implica que la parcelación llevada a cabo revista los caracteres de una parcelación rústica y deba someterse a la normativa agraria. Así, se considera una parcelación rústica, según el art. 241.1 de la LUA a «toda división o segregación simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, siempre que tenga una finalidad exclusivamente vinculada a la explotación agraria de la tierra».

«1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

2. Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior [...].».

Dicha prohibición puede ser salvada, siempre y cuando concorra alguno de los requisitos previstos en el art. 25 de la misma ley, supuestos que, en el presente caso no concurren y no es preciso concretar.

Por ello, ante la previsión de la nulidad de la compraventa llevada a cabo en caso de que la porción de terreno atribuida con carácter exclusivo no respete la unidad mínima de cultivo, se ha de determinar cuál es la extensión de la misma en el término municipal de Benasque, donde se halla Anciles.

Según el art. 23.2 de la LMEA, corresponde a las Comunidades Autónomas determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y regadío. Por ello, y en virtud de la Disposición Adicional Segunda de la LUA, las unidades mínimas de cultivo se fijarán por la Comunidad Autónoma de Aragón, o en su defecto, por las determinadas en la Orden del Ministerio de Agricultura de 27 de mayo de 1958, por la que se fija la superficie de las unidades mínimas de cultivo para cada uno de los términos municipales de las distintas provincias españolas.

El ejecutivo aragonés no ha regulado esta materia por lo que a efectos de determinar la unidad mínima de cultivo en la Comunidad Autónoma, resulta de aplicación la Orden citada y, en concreto:

«HUESCA.- Grupo 6.º Unidad mínima de cultivo que se fija: Secano, 0,25 hectáreas. Regadío, 0,25 hectáreas Términos municipales: Aisa, Ansó, Aragüés del Puerto, Benasque, [...].».

En virtud de dicha Orden, la unidad mínima de cultivo que se fija para las fincas rústicas de secano, en el término municipal de Benasque, son 2.500 metros cuadrados.

En el presente supuesto y del estudio de la documentación aportada parece que nos encontramos ante un caso de parcelación ilegal<sup>3</sup>, en virtud del art. 242.1 de la LUA, no resultando ser un acto jurídico nulo al respetar la normativa agraria en materia de unidad mínima de cultivo. La parcelación ilegal no implica la nulidad de la compraventa del 9 % del terreno, como examinaré a continuación, sin embargo, impide el acceso de la operación al Registro de la Propiedad en tanto no se subsanen las deficiencias de la misma<sup>4</sup>.

Así, dicha operación no ha podido ser inscrita en el Registro de la Propiedad por carecer de declaración de innecesariedad, exigida por la Ordenanza reguladora nº 9, sobre Títulos Habilitantes de Naturaleza Urbanística de Benasque y el art. 245.2 de la LUA para proceder a su parcelación, lo que podría dar lugar a las correspondientes sanciones en materia urbanística que no son objeto del presente.

---

<sup>3</sup> Es necesario distinguir entre el acto nulo que serían aquéllos supuestos en los que, en una parcelación rústica, por ejemplo, no se respeta la unidad mínima de cultivo y la parcelación ilegal, que englobaría también aquellos supuestos en los que, pese a respetar la normativa agraria, los mismos no cumplen la disciplina urbanística y, tras la incoación del expediente administrativo correspondiente no se determina en la concesión de la licencia de división o segregación o, en su caso, la consecuente declaración de innecesariedad.

<sup>4</sup> Estas situaciones jurídicas se han dado en numerosas ocasiones, dando lugar a la negativa de inscripción de la operación, mediante suspensión por parte del registrador de la propiedad, al existir ciertas dudas sobre la posible existencia de una parcelación ilegal, a modo de ejemplo, Resolución de 4 de marzo de 2016, de la DGRN, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Teruel, por la que se suspende la inscripción de un testimonio de sentencia en la que se divide una finca registral: «La intervención notarial y registral en actos de parcelación ha sido plasmada en las sucesivas normas urbanísticas estatales y autonómicas, como ocurre hoy en la norma básica estatal, el Real Decreto Legislativo 7/2015, anterior texto de 2008, y en la norma autonómica competente, el Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, en cuyo artículo 241.3 dispone que los notarios y registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento. Sin que la referencia a la escritura pública exima de la exigencia de la intervención administrativa competente cuando los citados actos se formalicen en otro tipo de documentos públicos, como resulta más claramente del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, cuyo artículo 78 establece que los registradores de la propiedad exigirán para inscribir la división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad, que deberá testimoniarse literalmente en el documento. Pues de otro modo no podría entenderse la competencia atribuida al ente local en sede de disciplina urbanística, a quien corresponde por tanto su control, y las propias garantías del procedimiento administrativo acorde con la naturaleza del acto –*vid.* artículo 61 del Real Decreto Legislativo 7/2015–» también, en este sentido, Resolución de la DGRN de 10 de septiembre de 2015, entre otras.

## 1.2 La validez civil del acto

De los datos aportados, hemos concluido que nos hallamos ante una posible parcelación ilegal, instrumentada a través de una compraventa de porción indivisa, elevada a escritura pública, en la que el registrador de la propiedad ha impedido su inscripción dado que consideraba necesario el correspondiente otorgamiento de licencia administrativa.

La ley urbanística determina los actos sujetos a licencia administrativa, sin embargo, no se toma en consideración en sí realmente existe una verdadera división o no desde el punto de vista civil.

La DGRN en las resoluciones mencionadas en el apartado anterior, interpreta que las compraventas de cuotas indivisas con asignaciones de uso exclusivo presentan una causa ilícita –la evasión de la obtención de licencia administrativa para las divisiones de terrenos-, lo cual determina su nulidad según los arts. 1261 y 1275 del Código Civil.

La asignación de uso exclusivo, en estos supuestos que considero radicales, al atribuirse el pleno dominio sobre una porción de terreno determinada, implica la división material de la finca y, en consecuencia, se ha de determinar que el acto ha sido realizado en fraude de ley y, según el art. 6.4 del CC, dicha operación de compraventa de cuota indivisa deberá contar con la correspondiente licencia administrativa para poder acceder al Registro de la Propiedad. Sin embargo, si tomamos en consideración que el propio acto en sí, reviste de una causa ilícita, resulta que el acto realizado es imposible desde la perspectiva civil y, en consecuencia, aunque se contara con la licencia administrativa correspondiente, dicho acto no debería resultar inscribible al ser nulo.

Ahora bien, ¿en el presente caso nos encontramos con un contrato con causa ilícita?

Entiendo que no, puesto que en el supuesto que nos ocupa, no se da una división material de la finca, en tanto en cuanto, subsiste un elemento común, al cual los comuneros han querido darle dicho carácter, el vuelo de la finca.

En la escritura de compraventa se hace referencia al «derecho al uso exclusivo de la parte total del suelo de la finca descrita», es decir, lo que se atribuye entre los comuneros es un derecho de uso exclusivo, únicamente del suelo (entendido como rasante y subsuelo), revistiendo el vuelo de la finca en copropiedad, carácter de elemento común<sup>5</sup>. La DGRN considera que el contrato goza de causa ilícita en aquéllos supuestos en los que la atribución del uso exclusivo dote a las porciones asignadas de «plena autonomía tanto física como económica». Así se ha de entender que media tal autonomía, en aquéllos casos en los que se atribuye un uso exclusivo sobre toda la verticalidad de la finca, situación que en el presente caso no se da al designar los contratantes al vuelo como elemento común<sup>6</sup>.

Es por todo ello, que nos hallamos ante un supuesto de ilicitud a efectos urbanísticos de la operación de compraventa, la cual no ha tenido acceso al Registro de la Propiedad. Así, el pacto de uso exclusivo surte efectos únicamente entre los copropietarios de la finca, pero no frente a terceros, al igual que la propia operación de compraventa, puesto que, a raíz de la denegación de inscripción del uso exclusivo, se impide la inscripción a su vez de la transmisión de propiedad.

Hay que tomar en consideración y, es relevante, a los efectos que se analizan a continuación que, desde un punto de vista administrativo, el acto se califica como segregación o división, sin embargo desde la óptica del ordenamiento civil, nos encontramos frente a una operación de compraventa de porción indivisa, una vez determinado que el presente supuesto no reviste los caracteres de división.

---

<sup>5</sup> En razón de ello, se puede interpretar, siguiendo la opinión de RAMÓN CHORNET, J. C. «Cotitularidad y parcelación encubierta: problemas urbanísticos y registrales», en *Comunidad de bienes*, Reyes López (coord.), Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014, «si solo se atribuye un uso exclusivo limitado, la unidad física de la finca se mantiene. Así, desde el punto de vista civil, la clave para determinar si existe elemento común, comunidad y en definitiva unidad de la finca, no está en el carácter del suelo sino del vuelo»

<sup>6</sup> La resolución DGRN de 15 de abril de 2013, la cual se refiere, a su vez, a resoluciones anteriores, establece que «Este Centro Directivo, en Resolución de 10 de octubre de 2005, ha establecido que sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que pueda emplear el registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de una finca, no puede traer como consecuencia, por sí sola, la afirmación de que exista una parcelación ilegal, pues para ello sería necesario, bien que, junto con la venta de las participaciones indivisas se atribuyera el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente (cfr. Resolución de 12 de febrero de 2001), bien que exista algún otro elemento de juicio, que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación». Así, en sentido contrario, si la porción asignada con derecho de uso exclusivo no puede constituir finca independiente, la operación no debe calificarse de división, al menos desde el punto de vista civil.

Ahora bien, la pregunta a dirimir es la siguiente: ¿la invalidez del acto administrativo considerado de división implica la invalidez civil de la operación de compraventa y atribución de uso exclusivo?

En mi opinión la respuesta es negativa, un acto ilegal a efectos urbanísticos no impide, siempre, el despliegue de los efectos civiles, perfectamente válidos, de la operación en este momento en cuestión<sup>7</sup>.

La normativa administrativa asimila el acto de la segregación con el acuerdo de atribución exclusiva de una porción de una finca en copropiedad, pero ¿por qué se ha de ver afectada la compraventa de la porción indivisa del terreno en cuestión?

Es evidente que, el no respeto de la normativa administrativa implica que los efectos civiles que surgen del acto no surtan efectos *erga omnes* (imposibilidad de acceso al Registro de la Propiedad y protocolización en documento público), pero ello no impide que el presente contrato tenga plena vinculación entre el comprador y el vendedor, más si cabe, dado que en el presente supuesto no nos hallamos frente a un acto de división desde el punto de vista civil, sino ante una compraventa de una porción indivisa.

Es necesario diferenciar entre un acto nulo, y un acto ilegal a efectos urbanísticos. En el presente supuesto, nos hallamos frente a un acto ilegal, pero no nulo, puesto que la supuesta parcelación respetaba la unidad mínima de cultivo, contraviniéndose, únicamente, la necesidad de declaración de innecesariedad para proceder a la parcelación rústica, segregación que, es preciso recordar, no se ha producido debido al control del registrador de la propiedad y que, además, no fue configurada como tal, sino como una compraventa de porción indivisa<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Es necesario apuntar que hay corrientes doctrinales que defienden el traslado de la nulidad a los actos civiles en caso de mediar un acto administrativo ilícito, en todos los supuestos. Todo ello, basándose en las SSTS 878/2008 de 10 de octubre, RJ 2008\5687, ARANZADI y 1057/2008 de 19 de noviembre, RJ 2009\392, ARANZADI, que cambian el criterio jurisprudencial de la irrelevancia civil de las infracciones administrativas, las cuáles establecen que, en los supuestos que «concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público», los actos serán declarados civilmente nulos.

<sup>8</sup> Por ejemplo, la SAP Islas Baleares (Secc. 5ª) 78/2016 de 21 de marzo, JUR 2016\88271, ARANZADI, califica de acto civilmente nulo, la segregación de una parcela rústica sin respetar la unidad mínima de cultivo, deviniendo la nulidad de pleno derecho por ilicitud o imposibilidad jurídica del objeto, como consecuencia de la transmisión de cosa no susceptible de tráfico jurídico o la STS 173/2009 de 18 de marzo, RJ 2009\1652, ARANZADI, que establece que, «la norma del art. 24 de la Ley 19/1995 es una

Así, la STS 878/2008 de 10 de octubre, RJ 2008\5687, ARANZADI, la cual determina el cambio de criterio jurisprudencial de irrelevancia civil de la infracción de la normativa administrativa establece que «esta Sala resumía su jurisprudencia más reciente al respecto del siguiente modo: "Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (recurso núm. 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004 , declara en relación con el art. 6.3 CC, de un lado, que "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público"; de otro, con cita de la STS 24-4-96 , que "cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez"; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso núm. 5670/00), citando las de 31-5-05, 2-4-02 y 26-7-00, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Y la muy reciente sentencia de 27 de septiembre último (recurso núm. 3712/00 ratifica la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006 aunque en el caso no declara nula la cesión de aprovechamiento de una emisora de radio privada sin autorización por tener ésta un carácter reglado y no constar que la adquirente no reuniera los requisitos legales a que se vinculaba tal autorización"».

La falta del requisito de contar con autorización administrativa de un acto que, si se hubiera sometido al correspondiente expediente administrativo, habría resultado en la declaración de innecesariedad de licencia urbanística por parte del Ayuntamiento de Benasque, sin ningún tipo de problemas al respetar la normativa agraria, a mi juicio, no puede considerarse un acto especialmente grave y contrario a la Ley como para revestir de nulidad de pleno derecho en el ámbito civil. Ello es así, puesto que siguiendo los criterios jurisprudenciales de analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada,

---

norma civil porque afecta al derecho de dominio (art. 348 CC) y singularmente a una de las facultades que lo integran, la de disposición, la que se limita por razones de función social, por lo que constituye uno de los límites que conforman el régimen normal y ordinario de la propiedad».

llegamos a la conclusión de que la Administración exige la expedición de una declaración de innecesariedad con el objeto de controlar que las parcelas rústicas respeten las unidades mínimas de cultivo y, como consecuencia, sean económicamente productivas, es por ello que, en el presente caso, es evidente que la finalidad de la norma ha sido respetada, sin embargo, no se solicitó la preceptiva autorización administrativa, que habría sido otorgada con carácter reglado<sup>910</sup>.

Aun con ello, se ha de entender como establece la SAP de Sevilla (Secc. 5ª) de 26 de enero de 2006, JUR\2006\175942 ARANZADI anterior al criterio jurisprudencial de relevancia en el ámbito civil de las infracciones administrativas, pero que entiendo

---

<sup>9</sup> En este sentido, la STS 981/2007 de 27 de septiembre, RJ 2007\5448, ARANZADI, « La circunstancia de que el bien objeto de un contrato no pueda ser transmitido sino en determinadas condiciones -en el caso, con la autorización administrativa- no convierte a aquel en ilícito objeto de contratación. Esa sanción se reserva para los casos de extracomercialidad absoluta o intrínseca. Ello, claro está, no impide que el contrato sea nulo por una razón distinta; así, por infringir una norma prohibitiva -artículos 6.3 y 1.255 del Código Civil -o por ser ilícita su causa -artículo 1.275 del Código Civil-. Ni tampoco que el comportamiento merezca otro tipo de sanción, sea penal o administrativa. [...] La posibilidad de considerar que el contrato fuente de la relación jurídica que unía a las dos sociedades litigantes estaba prohibido -por la disposición adicional sexta 2.b de la Ley 31/1987 - de celebrarse sin la exigida autorización administrativa -lo que con criterios muy espiritualistas podría entenderse apuntado en la demanda y declarado por la Audiencia Provincial- se encuentra con el obstáculo que representa el criterio flexible que sostiene la jurisprudencia, al reservar la sanción de nulidad, estructural, originaria y automática, a aquellos supuestos en que la infracción de la norma imperativa o prohibitiva realmente la justifique, para lo cual deben tenerse en cuenta el sentido y finalidad de ésta y la naturaleza del contrato, las circunstancias concurrentes en su perfección y los efectos que va a producir, pues no toda violación normativa justifica tan grave consecuencia - sentencias de 28 de julio de 1986 , 17 de octubre de 1987 , 29 de octubre de 1990 , 18 de junio de 2002 , 27 de febrero de 2004 y 25 de septiembre de 2006. Y es que, por virtud de todo ello se considera que la sanción de nulidad aplicada, por la Audiencia Provincial, al contrato que vinculaba a las dos sociedades litigantes no encuentra justificación en los argumentos de extracomercialidad de su objeto en que, expresamente, se basa, ni puede encontrarla en la combinación de las normas contenidas en los artículos 6.3 y 1.255 del Código Civil. Esto último, porque no cabe calificar como contrato prohibido al que es objeto del proceso, por el hecho de carecer la demandante de una autorización administrativa que viene establecida con carácter de reglada -"siempre que el adquirente reúna los requisitos legales la concesión será transferible, previa autorización administrativa": disposición adicional sexta, apartado 2.b de la Ley 31/1987-, cuando no consta que la adquirente no reuniera los requisitos legales a los que se vinculaba dicha autorización -mencionados en la misma disposición adicional, apartado 1-».

<sup>10</sup> A lo sumo, según la STS 861/2006 de 25 septiembre, RJ\2006\6577, ARANZADI, procedería la declaración de una nulidad parcial respecto a la atribución del derecho de uso con carácter exclusivo del terreno transmitido: «con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur* [la parte útil no resulta viciada por la inútil], la jurisprudencia declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la Ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes: artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios [ RCL 1984, 1906] ), procede únicamente declarar su nulidad parcial ( SSTS de 17 de octubre de 1987 [ RJ 1987, 7293] , 22 de abril de 1988 [ RJ 1988, 3275] , 15 de febrero de 1991 [ RJ 1991, 1442] , 23 de junio de 1992 [RJ 1992, 5468] y 18 de marzo de 1998 [ RJ 1998, 1704] ), doctrina aplicada al incumplimiento de disposiciones de naturaleza administrativa, [...] El CC ( LEG 1889, 27) no contiene una regla general sobre la nulidad parcial, pero son muy numerosos los artículos en los que se establece que la nulidad de una determinada cláusula o parte del negocio no afectará a la validez del negocio jurídico, teniéndola por no escrita, o bien que declaradas nulas no hacen nulo el negocio (artículos 641, 737, 767, 793, 794, 814, 865, 1155, 1260, 1316, 1317, 1476 y 1608 CC, entre otros)».

totalmente acertada y que refleja el supuesto de hecho: «Es indudable que la entidad actora ha transgredido las disposiciones administrativas sobre divisiones, fraccionamientos o parcelaciones de suelo rústico, siéndole denegadas las licencias que solicitó por realizar una parcelación urbanística ilegal en suelo no urbanizable. Pero ello no significa que el contrato de compraventa que nos ocupa sea nulo por ilicitud de su objeto. [...] ello es perfectamente válido y lícito pues lo que se está haciendo es constituir una copropiedad sobre la finca mediante la venta de participaciones indivisas ideales. Es decir, en el contrato de compraventa no se segrega una parte de la finca sino que lo vendido es una participación ideal. El comprador se convierte en copropietario de una finca rústica que pasa a ser propiedad común de varias personas, constituyéndose una comunidad, en la que él tiene aquel porcentaje de participación. Que a continuación en el contrato se concrete un derecho de uso y disfrute del comprador no es un elemento esencial del contrato de compraventa, sino un acuerdo entre comuneros sobre la forma de utilización, uso y disfrute entre ellos de la cosa que tienen en copropiedad, perfectamente compatible con las disposiciones administrativas que impiden segregar, parcelar o dividir, siempre obviamente que ese uso y disfrute así otorgado no se materialice posteriormente en un derecho de dominio privativo sobre parcelas materialmente delimitadas, segregadas y divididas, de extensión inferior a la mínima legalmente permitida. Por consiguiente, el contrato de compraventa de una participación indivisa de una parte ideal de la finca es perfectamente válido y contiene todos los requisitos necesarios para su eficacia. [...] Pero ello no destruye la eficacia del contrato ni determina su nulidad. Los términos del contrato son claros en cuanto al objeto vendido. Lo que se vende no es una parcela que se segregue de forma que contravenga la normativa vigente, sino participaciones de partes indivisas en que idealmente se divide la finca. No se transmite una cosa que esté fuera del tráfico jurídico. Si la intención subyacente fue otra, resulta obvio que esa intención no puede prevalecer sobre la claridad de los términos del contrato sobre el objeto vendido cuando lo que se pretende es consumir una ilegalidad, por lo que debe estarse a los términos diáfanos del contrato, debiendo siempre interpretarse las cláusulas contractuales en el sentido más adecuado para que produzcan efectos».

En el presente contrato de compraventa así, se puede concluir que concurren los requisitos que requiere el art. 1261 del CC, consentimiento, objeto cierto y causa lícita, por lo que, pese a vulnerar la norma administrativa de necesidad de contar con

declaración de innecesariad para la realización de lo que la misma pudiera calificar de un acto de parcelación rústica, no puede determinar por sí sola la consecuente nulidad del acto de compraventa de porción indivisa en el ámbito civil, por no resultar incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico de la compraventa de porción indivisa de la finca en copropiedad.

## 2. LA COMUNIDAD DE BIENES

Una vez determinada la validez civil del negocio jurídico de la compraventa y del pacto de uso exclusivo entre los copropietarios, debido al cierre registral, se debe analizar el régimen por el cual se regirán en sus relaciones los copropietarios, al constituirse una comunidad de bienes en el momento de la compraventa de una cuota ideal del bien inmueble.

La comunidad de bienes se regula en los artículos 392 y siguientes del CC, siendo definida como la propiedad de una cosa o de un derecho que pertenece en pro indiviso a varias personas. Los principios rectores de toda comunidad de bienes, según DÍEZ-PICAZO son la autonomía privada, la proporcionalidad, el principio democrático y la libertad individual<sup>11</sup>.

La comunidad se regulará, según el art. 392 *in fine* del CC por el contrato o disposición especial aplicable, de manera que, sólo será aplicable el régimen regulado en el CC en tanto en cuanto no se establezca por los comuneros, expresamente, su régimen jurídico. Así, y en virtud de la autonomía privada que rige las comunidades de bienes, en el contrato de compraventa se estableció un derecho de uso exclusivo entre los nuevos copropietarios, que implicaba, a su vez, una prohibición de uso del terreno asignado con derecho exclusivo a la contraparte.

La cuestión que se ha de dirimir, en este momento, es la naturaleza del derecho de uso exclusivo de una porción de un bien en copropiedad. Dicha calificación no resulta sencilla. Se ha de descartar que sea un derecho real de garantía o de adquisición,

---

<sup>11</sup> DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil: Volumen III*, t. I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 68.

e incluso de goce, dado que, en lo que concierne al grupo de los denominados derechos reales limitados de goce se exige que el bien sobre el que pesa la limitación pueda considerarse ajeno. En una comunidad de bienes se debe entender que no media dicha ajenidad, puesto que las cuotas de participación son ideales sobre el conjunto del bien en común, por lo que se ha de excluir las figuras de los derechos de uso o usufructo que podrían asimilarse al derecho que en este caso se adjudica.

En el presente supuesto, parece ser que la propiedad de la comunidad de bienes se distribuye en una proporción del 91-9 % y, tanto el uso como el disfrute sobre la finca son distribuidos de la misma manera mediante el correspondiente pacto. Es por ello que, se debe entender que no media en la citada operación ningún derecho real limitativo de goce, dado que no pesa ninguna limitación sobre el derecho de propiedad del otro comunero, sino una distribución del uso sobre un bien en común, lo que se asimilaría al régimen de la propiedad horizontal, en su vertiente «tumbada»<sup>12</sup>. Así, lo que aquí media es una distribución del uso sobre un bien en común, todo ello en virtud del principio de la autonomía privada que rige las comunidades de bienes<sup>13</sup>.

Dicha atribución de uso no impide la aplicación del art. 395 del CC, de manera que, al no preverse nada en el contrato de compraventa, todo copropietario está obligado a contribuir en los gastos de conservación de la cosa común, respecto a su cuota ideal de participación en la propiedad y no solo respecto de su porción de uso exclusivo.

---

<sup>12</sup> No contando con dicha calificación dado que la existencia de propiedad horizontal se determina por la presencia de elementos de titularidad privada y común y, dicha titularidad privada, es incompatible con la propia comunidad de bienes.

<sup>13</sup> A estos efectos se puede considerar que nos hallamos frente a una comunidad indivisible romana sobre la propiedad de la finca, pero con una distribución germánica del uso de la misma, puesto que cada comunero pese a ostentar un derecho global sobre el bien, el mismo se halla limitado por la presencia de los mismos derechos del resto de comuneros. En este sentido, la Resolución de la DGRN 26 de junio de 1999.

Tampoco se puede entender que en el presente supuesto medie lo que se califica por la doctrina de «propiedad dividida» o «propiedad *pro diviso*», dado que no todo el contenido de la propiedad se halla distribuido entre los comuneros asignándose, únicamente, el derecho de uso exclusivo sobre el suelo del bien inmueble y manteniendo los titulares conjunta y simultáneamente las facultades sobre el vuelo de la finca.



### **III. LA EXISTENCIA O NO DE SERVIDUMBRES EN EL SUPUESTO DE HECHO**

#### **1. PREVIO: LEY APLICABLE, CONCEPTO Y CARACTERES DE LAS SERVIDUMBRES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN**

El Gobierno de Aragón, aprobó a través del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas y, con ellas, el régimen de servidumbres aplicable en el territorio sobre el que ejerce su competencia, por lo que sólo sería necesario acudir al CC de forma subsidiaria. Sin embargo, el legislador aragonés trató de evitar recurrir a la normativa común para suplir las lagunas del régimen de servidumbres que hasta entonces se regulaba en Aragón, por ello, mediante la aprobación del CDFFA, se desarrolló notablemente el régimen de servidumbres del Derecho civil aragonés, mediando hasta 32 artículos nuevos, refundiendo los ya existentes en la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial. De esta manera y en razón de lo anterior, se determina que la ley aplicable al presente supuesto, en lo que respecta al régimen de servidumbres, es el CDFFA.

Ahora bien, lo primero que hay que determinar es qué entendemos por un derecho de servidumbre y cuál es su finalidad. En razón de ello, se puede definir a la servidumbre como una perturbación del dominio sobre un bien inmueble próximo que genera derechos y obligaciones entre los titulares de dos fincas, la beneficiada del derecho y la que lo ha de soportar.

En el Título II del Libro IV del CDFFA, se articula el régimen general de las servidumbres en Aragón, así, según el art. 551.1 se define a la servidumbre como «el derecho real limitado de goce establecido sobre una finca en beneficio de otra».

Del análisis de dicho artículo puede destacarse que, para la existencia de un derecho real de servidumbre se requiere de una relación entre fincas. De ésta, nacen los conceptos de finca dominante y sirviente (art. 551.2 del CDFFA). Así, el derecho real de servidumbre depende de la finca dominante, de manera que la transmisión de la misma implica la del derecho, no pudiendo separarse ni, en consecuencia, atribuirse a una persona el derecho de uso de la servidumbre: «Art. 553 CDFFA La servidumbre se

constituye para utilidad exclusiva de la finca dominante, de la que es inseparable». En caso contrario, nos encontraríamos frente a un derecho real de aprovechamiento parcial, regulado en el art. 555 del CDFA. Por su parte, el concepto de servidumbre, además, lleva aparejados los caracteres de utilidad exclusiva e inseparabilidad (art. 553.1 del CDFA), permanencia (art. 553.2 del CDFA) e indivisibilidad, aunque es posible su extinción parcial (arts. 554 y 572 del CDFA).

## 2. EXISTENCIA O NO DE SERVIDUMBRE DE PASO ENTRE LAS DOS PORCIONES DE TERRENO ASIGNADAS CON DERECHO DE USO EXCLUSIVO

Como he analizado en el apartado anterior, la propia definición del derecho de servidumbre en el CDFA exige la existencia de dos fincas, una dominante y otra sirviente.

Así, lo primero que hay que preguntarse es, ¿se puede entender que dos porciones de terreno con derecho de uso exclusivo dentro de una comunidad de bienes pueden ser consideradas a estos efectos dos fincas independientes, actuando una como dominante y otra como predio sirviente?

Ya he determinado que en el presente supuesto no hay una división civil del inmueble sino que, sobre el mismo, rige una comunidad de bienes con una distribución del uso de la misma según pacto privado. Por lo tanto, a estos efectos, no puede entenderse que dichas porciones constituyan dos fincas independientes y, con ello, no puede hablarse de la existencia de un derecho de servidumbre. Así lo entiende además, la SAP Murcia (Secc. 1ª) 157/2005 de 10 de mayo, JUR 2005\266165, ARANZADI, en la cual se establece que «no puede plantearse el tema como una cuestión de servidumbre real de paso, pues no hay predio dominante ni sirviente, sino una sola finca propiedad de dos comuneros, que han llegado a un pacto en cuanto al uso exclusivo de parte de la misma, por lo que las discrepancias sobre el alcance de dicho pacto y la prueba del mismo han de plantearse dentro del ámbito del ejercicio del derecho de propiedad compartido (arts. 392 y siguientes del Código civil), no en el de las servidumbres, como acertadamente señala la sentencia apelada». Sin embargo, debemos tomar en consideración que, la normativa en materia de servidumbres aplicable en la Comunidad

Autónoma de Murcia es el CC, mientras que en Aragón, debemos de aplicar con preferencia el CDFA.

La sentencia citada, basa su argumentación en la definición que consagra el CC de las servidumbres en su art. 530: «La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño». De lo cual hay que destacar que la definición que consagra el Derecho común del derecho real de servidumbre exige que el gravamen recaiga sobre una finca perteneciente a distinto dueño. Dicha ajenidad no puede entenderse dentro del ámbito de una comunidad de bienes, puesto que la misma no cuenta con titularidades privadas. Ahora bien, el carácter de ajenidad fue omitido por el legislador aragonés en la definición del derecho real que se efectúa por el art. 551 del CDFA, de manera que, en dicho cuerpo legal, se posibilita la llamada servidumbre de propietario o sobre finca propia (art. 564 del CDFA). Sin embargo, nos volvemos a encontrar con el problema de salvar el escollo de la necesidad de considerar a las porciones de terreno con derecho de uso exclusivo como fincas independientes, calificación que se ha de rechazar una vez más, al entender que lo que aquí media es una comunidad de bienes sobre una única finca.

De lo estudiado parece concluirse que no se puede determinar la existencia de un derecho real de servidumbre entre ambas porciones de terreno asignadas con derecho de uso exclusivo, ni su futura constitución, puesto que, del concepto analizado se desprende que la posible configuración de la misma no respetaría los caracteres inherentes al referido derecho real y, en concreto a la necesaria relación entre finca dominante y sirviente.

De todos modos, en este momento, es necesario analizar una posible aplicación del art. 579 del CDFA que establece que, «Si, adquirida una finca por partición o cualquier otro título, quedare sin salida a una vía pública, el copartícipe o transmitente está obligado a dar paso, sin que, salvo pacto en contrario, proceda indemnización». La toma en consideración de dicho artículo parece que también ha de rechazarse en el presente supuesto dado que, lo que aquí se adquiere, es una cuota ideal sobre una finca y, posteriormente, se adjudica el uso exclusivo de parte de la misma entre los comuneros. En razón de lo anterior se ha de formular la siguiente pregunta: ¿Se puede entender que la operación del supuesto de hecho podría encajarse en el término «cualquier otro título» siendo además que, inmediatamente después, se hace referencia a

la figura del copartícipe? Del examen del artículo en su conjunto se deduce que no, porque, simplemente, no se puede tomar en consideración que la atribución del derecho de uso exclusivo implique una «adquisición», sino una distribución del uso en virtud del principio de la autonomía privada que rige las comunidades de bienes, la cual no implica transmisión de la propiedad, a diferencia de la compraventa de cuota ideal previa. Si en el momento de la compra de la finca, la misma hubiese quedado enclavada entre otras fincas del vendedor y, el nuevo propietario no contara con acceso a vía pública, sería procedente la instancia de declaración judicial de existencia de una servidumbre forzosa de paso. En el momento en que se adquiere una cuota sobre la propiedad de la finca, el comprador es propietario de un derecho de propiedad abstracto sobre la totalidad del bien, no entrando en juego el pacto de distribución de uso exclusivo y, por tanto no hallándose la finca, en dicho momento, sin acceso a vía pública. Así, en base a ello, y recordando lo ya expuesto anteriormente, se ha de rechazar la posibilidad de aplicación del art. 579 del CDFR, llegando a la conclusión de que el régimen de acceso a la porción de finca asignada con derecho de uso exclusivo se ha de regir, en primer lugar, según lo que se hubiera pactado entre los comuneros o, en su defecto, según el régimen legal previsto en el CC para las comunidades de bienes.

Una vez descartada la posibilidad de pedir la constitución forzosa de una servidumbre de paso, se ha de tomar en consideración las manifestaciones del Sr. Abad en relación a que dicho camino venía siendo usado por los técnicos de «Propano y Peefe, SA». Por ello, se ha de analizar, en primer lugar, si media una servidumbre de paso constituida en favor de la empresa propietaria del depósito de gas sobre la finca de la Sra. Costa y el Sr. Abad.

En el Registro de la Propiedad solo consta inscrita una servidumbre de luces y vistas, por lo que, sin perjuicio del análisis más detallado que realizaré a continuación acerca de la constitución de servidumbres, parece deducirse que no existe tal servidumbre de paso.

La constitución de las servidumbres en Aragón, se regula en el art. 561 del CDFR, según el cual, se pueden constituir, voluntariamente, con carácter forzoso, por signo aparente o por usucapión.

Es necesario destacar que, para que la servidumbre surta efectos *erga omnes*, debe constar inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 32 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria), ahora bien, como establecen las SSTS 223/1993 de 15 de marzo, RJ 1993\2277, ARANZADI, 1025/2006 de 17 de octubre, RJ 2006\8993, ARANZADI y 390/2014 de 11 de julio, RJ 2014\4267, ARANZADI, entre otras, «las servidumbres no inscritas en el Registro no pueden producir efectos contra terceros, ha sido interpretado por esta Sala en el recto sentido de desposeerlo de imperatividad absoluta y terminante, ya que aunque tal gravamen real carezca de constancia registral, cuando el tercero conoce su existencia, bien por su carácter permanente, como sucede en el caso de autos o bien por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse dicho tercero en tal falta de inscripción expresa (SS. 8-5-1947 y 20-5- 1992), pues cuando los signos de la servidumbre son ostensibles, permanentes y perfectamente exteriorizados, tal apariencia indubitada produce una publicidad en semejanza a la inscripción en el Registro (SS. 17-5-1927, 5-4-1986 y 21-12-1990)».

Una vez determinado lo anterior, si aquí estamos debatiendo la existencia o no de una servidumbre de paso, debemos dilucidar, previamente, cuáles son las fincas dominantes y sirvientes exigidas por la propia definición, para llegar a la conclusión de la existencia de la misma. Así, se ha de desestimar una vez más la existencia de un derecho real de servidumbre, al no mediar ninguna finca dominante. La única posibilidad de existencia de algún tipo de derecho en favor de la empresa suministradora que se regule por el régimen legal de las servidumbres, es la existencia de un derecho real de aprovechamiento parcial en favor de la empresa, siendo la finca sirviente la ostentada en copropiedad, todo ello, según el art. 555 del CDFR: «los derechos reales de aprovechamiento parcial establecidos a favor de una o varias personas o de una comunidad sobre una finca ajena, con independencia de toda relación entre fincas, se rigen, en todo aquello que no determine su título constitutivo, por el régimen general de las servidumbres, en lo que sea compatible».

No teniendo conocimiento del título de tal hipotético derecho se ha de realizar un análisis de la posibilidad de su constitución, según el régimen igualmente establecido para las servidumbres. De los datos aportados, se ha de descartar la posibilidad de constitución por usucapión, al no transcurrir el plazo de diez años exigido por el art. 568

del CDFA para lo que podría considerarse un derecho real de aprovechamiento parcial aparente (art. 552.2 del CDFA). A su vez, por resultar tasados los supuestos de constitución forzosa, y entendiendo que no media compatibilidad alguna en este sentido entre el derecho de aprovechamiento parcial y dichos artículos, no puede entenderse tampoco de aplicación una posible constitución forzosa del derecho real de aprovechamiento parcial en favor de la empresa suministradora para el acceso a sus instalaciones, todo ello sin perjuicio de que pudiera considerarse que el depósito se halla enclavado en la finca en común mediante un derecho real de aprovechamiento parcial de ocupación y el camino de acceso a la misma tuviera la consideración de un derecho real de aprovechamiento parcial de paso accesorio respecto del derecho real principal, cuestión que será analizada en el siguiente apartado.

Así, la posibilidad de su constitución mediante signo aparente, también se ha de descartar puesto que este método de constitución surte efectos desde el momento de su transmisión, no mediando aquí, tampoco, tales requisitos. Por tanto, la única posibilidad de constitución se reduce a la alternativa voluntaria, la cual será igualmente analizada en el siguiente apartado, al tener íntima relación con el asentamiento del depósito de butano.

Ahora bien, lo que resulta claro de lo analizado es que dicho posible derecho real de aprovechamiento parcial no consta inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que se ha de presumir, en principio, su inexistencia. De ello, se deduce que la Sra. Costa, desde el año 2007, ha dejado transitar por dicho camino de acceso a su finca a los técnicos de la empresa de butano no mediando ningún derecho real en su favor. Dicho camino de acceso, lo que está claro es que viene usándose, como mínimo desde el año 2007, momento en el que comenzaron las obras de instalación del depósito de butano, por lo que, en defecto de la consideración del mismo como una servidumbre o un derecho real de aprovechamiento parcial, se ha de determinar que el mismo es un acceso más a la finca, ahora en propiedad de la Sra. Costa y el Sr. Abad. Con todo, tal camino se halla en la porción de uso exclusivo de la Sra. Costa, por lo que la pregunta es ¿cómo puede acceder el Sr. Abad a su porción de la finca sin invadir los terrenos de la Sra. Costa?

La respuesta está en la necesidad de consideración del camino de acceso a la porción de uso exclusivo del Sr. Abad, como un elemento común. Así, y con

fundamento en el art. 394 del CC, el Sr. Abad debería poder acceder a su porción de terreno, a través del acceso más cercano a su asignación, a pesar de discurrir el mismo por el terreno atribuido a la Sra. Costa. En el pacto de uso exclusivo se estipuló, «la participación de finca transmitida en este acto dará derecho al uso exclusivo de la parte total del suelo de la finca descrita que consta en los planos aportados en este acto [...]», en razón a ello, según las reglas de los artículos 1281 y siguientes del CC destinadas a la interpretación de los contratos y, en especial, el art. 1284 que establece que «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto», se ha de entender que cuando en el pacto se asignaba el derecho de uso exclusivo del «suelo» se hacía únicamente referencia al terreno rasante cultivable de la finca y al subsuelo del mismo, puesto que se dejaba constancia de la existencia de un depósito de gas en su interior, no incluyéndose en dicho uso exclusivo los caminos de acceso a la finca en copropiedad. Es por ello que, se ha de concluir que el Sr. Abad tiene derecho al acceso a su porción de finca a través del camino más cercano a sus terrenos, puesto que, además, dicho ejercicio se realiza de la manera menos gravosa para el otro comunero, mediando buena fe en el uso de los elementos comunes.

Otra cuestión es la posibilidad de construcción o no de una valla que delimite la porción de terreno exclusivo, facultad de todo propietario según el art. 388 del CC. Se ha de poner sobre aviso al Sr. Abad que tales conductas pudieran conllevar la incoación de un expediente sancionador por parte del Ayuntamiento de Benasque, al entender que se está produciendo una división o segregación de terrenos sin cumplir con la consecuente normativa administrativa en materia de solicitud de licencias. En aras de la consecuente defensa de la naturaleza del negocio jurídico y su validez en el ámbito civil que se ha mantenido a lo largo de este dictamen, se ha de recomendar en la cesación de la construcción del vallado de dicha porción de uso exclusivo, por posibilidad de transformación del negocio jurídico en una verdadera división que desde el punto de vista tanto administrativo como civil sería nula, como ha establecido la DGRN en numerosas resoluciones enunciadas en los apartados precedentes del presente dictamen.

### 3. EXISTENCIA O NO DE SERVIDUMBRE DE OCUPACIÓN EN FAVOR DE «PROPANO Y PEEFE, SA»

Como ya se ha avanzado en el apartado anterior, no puede hablarse de la existencia de una servidumbre, sino, en su caso, de la existencia de un derecho real de aprovechamiento parcial, al no mediar una relación de finca dominante y sirviente.

De los documentos aportados se deduce que hay un título de constitución de «servidumbre» voluntaria entre el promotor de la urbanización y la empresa suministradora. En dicho contrato se reconoce por parte del promotor la propiedad de las instalaciones necesarias para el suministro del gas a la urbanización, otorgándose las «servidumbres de ocupación y paso» por los terrenos donde se ubican los depósitos de almacenamiento.

En primer lugar, se ha de precisar a qué se refiere el contrato con el término «servidumbre» así, sea como quiera que denominen al referido derecho real, lo que se pretende es la posibilidad de construcción de un depósito sobre finca ajena y tener el derecho de acceso a dichas instalaciones. Así, en virtud de las disposiciones del CC referidas a la interpretación de los contratos (arts. 1281 y siguientes), se debe entender que lo que realmente pretenden los contratantes es la constitución de un derecho real de aprovechamiento parcial.

Con todo, aquí hay que tomar en consideración que, en el año 2007, fecha de formalización del contrato, no se había promulgado el CDFa, hallándose en vigor en Aragón en lo que se refiere al régimen de servidumbres, el Libro Tercero, Título II de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en la cual el régimen de servidumbres era tan escueto que se había de acudir necesariamente al CC para resolver las lagunas jurídicas que presentaba en este aspecto. Por ello, el término servidumbre en dicho contrato era correcto, refiriéndose a las llamadas servidumbres personales reguladas en el art. 531 del CC «También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada», por lo que, en dicho momento el referido derecho real era denominado servidumbre, pero en la actualidad se han de considerar, con la promulgación del CDFa, que nos hallamos frente a un derecho real de aprovechamiento parcial regulado en el art. 555 del CDFa.

Con este cambio de régimen normativo aplicable, se ha de determinar cuál es la norma que rige esta situación. La disposición transitoria vigesimotercera contempla la aplicación inmediata de los artículos contemplados en el Libro Cuarto para todas las situaciones comprendidas en él. Es por ello que, para determinar la existencia o no de un posible derecho real de aprovechamiento parcial se ha de resolver mediante la aplicación del CDFa.

Ahora bien, tras dicha precisión conceptual y de legislación aplicable, que determinará la interpretación de los artículos del CDFa relativos al régimen de servidumbres, se ha de precisar que no se puede constituir ningún derecho real limitativo de goce, bien servidumbre, bien de aprovechamiento parcial, sobre finca ajena, salvo los supuestos de constitución forzosa, que han de ser declarados, en su caso, por un Juez. Así, para la constitución de un derecho real de aprovechamiento parcial, debe mediar, en todo caso, el consentimiento del titular de finca que actuará como sirviente, salvando los supuestos de posible constitución forzosa o usucapión.

El contrato pensaba en la creación de una servidumbre personal del CC, sin embargo, misteriosamente, el depósito, en lugar de ser instalado en los terrenos del promotor, terminó siendo construido en los terrenos de la Sra. Costa, sin contar con datos adicionales, por lo que el contrato aportado se ha de determinar necesariamente ineficaz al no poder disponer el promotor del derecho de propiedad de la Sra. Costa y, como consecuencia, no poder otorgar voluntariamente la constitución de un derecho real de aprovechamiento parcial sobre finca ajena (arts. 594 del CC y 562.1 del CDFa). Pero es que además, la ineficacia del contrato se ve reforzada al no cumplirse siquiera las disposiciones pactadas en el mismo puesto que el promotor no hace constar en la escritura de declaración de obra nueva la servidumbre de ocupación de las tuberías de gas subterráneas que discurren por la urbanización ni tampoco se ve reflejado en el contrato de compraventa que formalizó con el Sr. Abad para la compra de su vivienda, además de no cumplir con el compromiso de inscripción en el Registro de la Propiedad. De todo lo anterior se evidencia que la construcción del depósito de butano se efectuó en suelo ajeno, por lo que el contrato suscrito entre el promotor y la empresa suministradora no surtió efecto obligacional alguno<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> La empresa suministradora no puede hacer valer la figura del tercero de buena fe regulada en el art. 34 de la LHip, puesto que, en primer lugar, se ha de presumir, en el caso de hacer valer dicho contrato que,

Como se ha determinado en el ordinal inmediatamente anterior, la única forma de constitución de un posible derecho real limitativo es a través de la voluntad de ambas partes, la empresa suministradora y la Sra. Costa, ahora bien, si así hubiere sido, al igual que con el contrato que se firmó con el promotor, la empresa habría exigido la inscripción de la servidumbre en el Registro de la Propiedad. El problema que se presenta aquí es que la existencia del depósito era conocida por el Sr. Abad a la hora de formalizar la compraventa de la cuota ideal de la finca y que, además, en la escritura de compraventa se hace indicación a su existencia si bien no se hace referencia a la naturaleza de tal derecho.

Ante la inexistencia de inscripción en el Registro de la Propiedad de algún tipo de derecho limitativo de goce, ni indicarse en la escritura de compraventa de la cuota ideal la titularidad del depósito de butano, se ha de entender, desconociéndose por esta parte, que no media título alguno de ocupación por parte de «Propano y Peeffe, SA» en dichos terrenos.

La modalidad de constitución de servidumbre mediante signo aparente regulada en el art. 566 del CDFR no es compatible con el régimen de los derechos reales de aprovechamiento parcial, porque la misma está inevitablemente unida a la servidumbre de propietario. Las servidumbres sobre fincas propias no devienen eficaces hasta la transmisión de una de ellas o hasta su división, por el hecho de que se requiere la necesaria titularidad diferenciada de las mismas para que comiencen a surtir efectos obligacionales entre los predios dominantes y sirvientes. Ahora bien, la constitución de los derechos reales de aprovechamiento parcial, al no exigir una interdependencia de dos fincas, se ha de entender que surten efectos desde su constitución. Por ello, en este supuesto, no puede interpretarse que, en el momento de la asignación del derecho de uso exclusivo ni en la propia compra de cuota indivisa se constituyera un derecho real de aprovechamiento parcial por signo aparente.

Como ya se hizo referencia en el apartado anterior, tampoco puede entenderse que se hubiera podido constituir el derecho real de aprovechamiento parcial por usucapión o por constitución forzosa. Así y, ante la presunción de inexistencia de título

---

actuaba con mala fe por negligencia ignorante al no comprobar siquiera en el Registro de la Propiedad que el promotor no constaba como titular de los terrenos donde finalmente se ubicó la instalación y, en segundo lugar, la supuesta constitución de dicho derecho real no fue inscrita a su favor.

del derecho real de aprovechamiento parcial, se ha de determinar bajo qué derecho se ampara la empresa suministradora del gas para ocupar la finca en copropiedad. De todo lo analizado parece ser que la misma se halla en la misma bien, mediante un contrato de comodato verbal, con su consecuente dificultad probatoria por parte de la entidad suministradora o, por simple precario.

En este sentido se pronuncia la STS 702/2014 de 3 de diciembre, RJ\2014\6078, ARANZADI: «La jurisprudencia ha calificado de comodato la cesión gratuita de una casa para uso de vivienda conyugal (sentencias de 2 octubre 2008, 30 octubre 2008, 13 noviembre 2008, 13 abril 2009, 30 julio 2009, 14 julio de 2010, 30 abril 2011) y la cesión a una cooperativa o a un grupo de trabajadores para el desarrollo de una actividad empresarial (sentencias de 16 marzo 2004, 25 febrero 2010). Esta última, de 25 febrero 2010 declara, como doctrina jurisprudencial: "la presencia inicial de un título habilitante de la ocupación gratuita, como es el comodato, e, incluso, con la existencia del uso autorizado para un fin concreto, esta Sala, con base en el carácter temporal y la duración limitada del mentado contrato, como sus características esenciales, declara que cuando dicha situación se alarga temporalmente o queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, la posición se convierte en precario".

En dicho supuesto: “no aparece plazo ni uso que corresponde a la cesión del terreno, por lo que, conforme al artículo 1750, los causahabientes del comodante pueden reclamarla a su voluntad, [...] Así, tanto si se considera que la situación ha devenido de comodato a precario, al ser reclamada la restitución, como si se aplica directamente el último inciso del artículo mencionado del Código civil, debe ser estimada la demanda.

Por tanto, la sociedad demandada deberá entregar las fincas propiedad de los demandantes, propiedad que no se ha discutido, libre y sin cualquier tipo de objeto. En cuanto a las servidumbres de paso se han extinguido por la causa que deriva del propio concepto; se trata de un derecho real limitativo de la propiedad (del predio sirviente) que permite a su titular (REPSOL) servirse de él parcialmente. Si desaparece el uso objeto de aquella cesión, calificada de comodato, desaparece el carácter de derecho real de servidumbre que es la utilidad *-utiliter-* que justifica el contenido y la propia existencia de la servidumbre».

En razón a la argumentación de la sentencia en un supuesto similar, se ha de entender que, mediante la aplicación del art. 1750 del CC, si media la existencia de un comodato verbal, ésta debe ser probada por el comodatario. Así, al no poderse probar en el presente supuesto la duración del supuesto comodato, se ha de entender que la situación ha devenido a precario, por lo que el comodante puede solicitar la restitución de la posesión de la finca de inmediato.

Ahora bien, ¿el Sr. Abad necesita del consentimiento de la Sra. Costa para poder proceder a la solicitud de retirada del depósito instalado en su porción de derecho de uso exclusivo? La constitución de tal derecho necesariamente debe llevar aparejada el ejercicio de todas aquellas acciones tendentes a recuperar la posesión del uso exclusivo del suelo (rasante y subsuelo). Es por ello que, pese a lo que determina el art. 398 del CC en lo relativo al régimen de mayorías para el mejor uso de la cosa común, debe entenderse que, mediante la constitución del derecho de uso exclusivo, se transmiten al mismo todas aquéllas acciones íntimamente relacionadas con el ejercicio del derecho y, por ello, es el Sr. Abad el único legitimado para exigir la retirada del depósito como causahabiente del comodante.

#### 4. EXISTENCIA O NO DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

En Aragón, el régimen legal aplicable a las luces y vistas se comprende en dos apartados del CDFR, el referente a las relaciones de vecindad (arts. 545 a 550) y el referente a las servidumbres (arts. 574 a 576). La aplicación de dicho articulado depende de la existencia o no de una servidumbre, de manera que, si en el supuesto media una servidumbre válidamente constituida, serán de aplicación tanto los artículos que regulan las relaciones de vecindad como los que tratan sobre las servidumbres, mientras que, si se determina la inexistencia de un derecho real limitativo en las relaciones entre fincas, serán las disposiciones relativas a luces y vistas de las relaciones de vecindad las únicas que entren en consideración.

En el presente supuesto, se puede observar que, en la escritura de compraventa de la cuota indivisa por parte del Sr. Abad, se hizo expresa indicación a la existencia de una servidumbre de «vuelo, luces y vistas» en favor de las parcelas colindantes que componen la urbanización de la que forma parte el Sr. Abad con su vivienda

unifamiliar. Dicha servidumbre posibilita la construcción sobre la finca en copropiedad, de huecos y balcones sin limitación, imponiendo una prohibición de construcción al titular de la finca sirviente a menos de tres metros de la línea de voladizos. La misma, se halla inscrita en el Registro de la Propiedad y el Sr. Abad era concededor de ésta en el momento de la formalización de la escritura de compraventa de la cuota indivisa, por lo que dicha servidumbre surte plenos efectos obligacionales para el Sr. Abad como nuevo copropietario de la finca sirviente (art. 13 de la LHip).

Por ello, según el art. 576 del CDFFA, en relación con el propio contenido de la servidumbre inscrito en el Registro de la Propiedad, el Sr. Abad no puede construir a menos de tres metros de distancia respecto de las construcciones de la finca dominante, en las vistas rectas, desde la línea exterior de la pared en caso de huecos o desde la línea de los voladizos si los hubiera, para las vistas oblicuas desde la línea de separación de las dos propiedades (art. 546 del CDFFA). Dicha prohibición, materializada a través del derecho real de servidumbre limita su derecho a edificar o construir configurado a través del art. 550 del CDFFA

Así, para determinar la ubicación en la que el Sr. Abad puede construir su almacén se ha de realizar, previamente, un análisis de si los huecos de las viviendas sitas en la urbanización presentan o no voladizos. Del mapa aportado como ANEXO ÚNICO, y de las fotografías presenciadas de la urbanización, se puede constatar que todas las construcciones presentan balcones orientados hacia la finca del Sr. Abad, sin embargo, las mismas llevan aparejados cuatro terrenos anejos de carácter privativo, y de los cuáles lindan con la comunidad de bienes del Sr. Abad, el terreno anejo a la vivienda nº 3, propiedad del Sr. Abad y el terreno anejo a la vivienda nº 1 propiedad de la promotora. Es por ello que, la limitación con la que cuenta el Sr. Abad, de la configuración que presenta la urbanización, aunque construyera su almacén en el límite de la propiedad contigua a la urbanización, al mediar terrenos anejos usados como jardín y tomarse en consideración las líneas de voladizos para la medición de la distancia de tres metros, parece que se respetaría el derecho de servidumbre, quedando sin efectos la limitación a su derecho a construir.

Ahora bien, ¿aun en este caso los propietarios afectados de la comunidad pueden instar una acción tendente a demandar una posible efectividad futura de la servidumbre, en caso de que el Sr. Abad construya en los límites de su finca en copropiedad? Se ha de

entender que si el Sr. Abad construye en los límites de su finca, está limitando el derecho a la apertura futura de huecos y voladizos sin límite que gocen de una distancia de tres metros respecto a las construcciones del Sr. Abad, por lo que entiendo que, los propietarios de la urbanización vecina afectados pueden instar las acciones tendentes a preservar su derecho de servidumbre, el cual, va aparejado a los solares de la urbanización y no a las construcciones, compeliendo al Sr. Abad a construir a una distancia de, como mínimo, tres metros respecto de los límites de su parcela.

En este punto es necesario tomar en consideración que, el Sr. Abad es uno de los dos propietarios que integran la comunidad con terrenos privativos que lindan con la comunidad de bienes del Sr. Abad, por lo que se ha de entender que sólo los propietarios de la finca nº 1 y la nº 3 son los titulares de la servidumbre de luces y vistas y, en virtud de ello, cabe la posibilidad de la construcción del almacén en los límites de la finca del Sr. Abad que lindan con el terreno privativo anejo a su propia vivienda, sin respetar los límites señalados, puesto que, al reunirse en una misma persona la titularidad del fundo dominante y del fundo sirviente, la servidumbre no desplegará nuevamente su eficacia hasta que una de las dos fincas cambie de titularidad (art. 564 del CDFIA). Por el contrario, si el Sr. Abad pretendiera construir el almacén en los límites de su finca que lindan con los del propietario de la parcela nº 1 de la urbanización, debería construir como mínimo a 3 metros de los límites de la misma.

Hay que recordar que la finca en la que se pretende construir el almacén ha sido definida como una comunidad de bienes, en la cual el vuelo resulta ser un elemento configurado de carácter común. Es por ello que, según el art. 397 del CC, para que el Sr. Abad pueda construir en su porción de terreno con derecho de uso exclusivo, necesitará el consentimiento de la Sra. Costa, al ocupar la construcción el vuelo de la comunidad.

La posibilidad o no de la construcción se verá, igualmente, subordinada a la obtención de la licencia administrativa correspondiente, sobre la cual no versa el presente dictamen.

#### **IV. CONCLUSIONES**

En razón de todo lo expuesto, considero como conclusiones del presente dictamen jurídico las siguientes:

**PRIMERA.** La operación de compraventa de una cuota indivisa con posterior atribución de uso exclusivo precisa de declaración de innecesariedad expedida por el Ayuntamiento de Benasque para poder ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Sin embargo y, a pesar de ello, la misma surte plenos efectos obligacionales entre las partes puesto que la operación es válida desde la vertiente del Derecho civil.

La consecuencia inmediata de la citada operación es la creación de una comunidad de bienes en la que el uso exclusivo del suelo y subsuelo se haya distribuido entre los comuneros.

**SEGUNDA.** El Sr. Abad puede acceder a su porción de finca asignada con carácter exclusivo por el acceso más cercano a la misma aunque el camino discurra por los terrenos de la Sra. Costa. La posibilidad de acceso se configura a través de la necesaria consideración del camino como elemento común no asignado con derecho de uso exclusivo. No puede constituirse una servidumbre forzosa de paso puesto que no median los requisitos de interrelación entre finca dominante y sirviente.

En lo que respecta a la posibilidad de vallado de su porción asignada, se recomienda su cesación y devolución de la finca a su estado original a fin de que los actos de delimitación del Sr. Abad no constituyan una verdadera división de la propiedad en común, todo ello, sin perjuicio de las posibles sanciones administrativas que pudieran imponérsele por no solicitar la preceptiva licencia para la delimitación de su terreno.

**TERCERA.** La empresa suministradora de gas butano, de los datos aportados y sin perjuicio de que pudiera existir algún contrato privado entre la misma y la Sra. Costa, no goza de título alguno inscrito en el Registro de la Propiedad por el que ostente la ocupación de los terrenos asignados al Sr. Abad. Es por ello que, al no hallarse inscrito derecho real de aprovechamiento parcial en favor de la empresa, se ha de entender que la misma ha estado ocupando la finca durante los últimos nueve años en situación de precario.

**CUARTA.** En el Registro de la Propiedad de Boltaña se halla inscrita una servidumbre de vuelo, luces y vistas en favor de las parcelas integrantes de la urbanización respecto de la finca rústica ahora en copropiedad. Dicha servidumbre está aparejada a las parcelas nº 1 (propiedad del promotor) y a la parcela nº 3 (propiedad del Sr. Abad), es por ello que, el Sr. Abad puede construir sin necesidad de respetar la distancia de tres metros desde la distancia de voladizos, siempre que construya el almacén al lado de su parcela de la urbanización, sin embargo, deberá respetar dicha distancia en caso de que lo construya en la zona contigua a la propiedad del promotor, a una distancia de tres metros desde el límite de ambas fincas.

Para su construcción deberá recabar la autorización de la Sra. Costa.

En consecuencia con ello, y dado que el Sr. Abad acude a mi despacho de abogados solicitándome le indique las gestiones o posibilidades a realizar, considero a tenor de lo anterior que:

- A) El Sr. Abad debería instar el correspondiente procedimiento administrativo en aras de la obtención de la necesaria declaración de innecesariedad que permita la inscripción de la operación en el Registro de la Propiedad.
- B) Se ha de mandar burofax a la Sra. Costa expresando la naturaleza de elemento común del acceso a la porción asignada al Sr. Abad y devolver la finca a la situación anterior en lo que respecta al vallado.

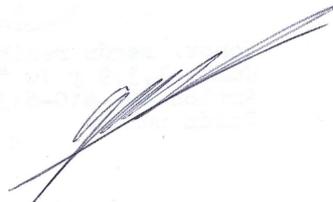
C) El Sr. Abad, como nuevo copropietario de la finca donde se enclava el depósito de butano, en calidad de causahabiente de la Sra. Costa, debe requerir a la empresa suministradora a dejar libre y vacua de toda ocupación su porción de terreno asignada y reinstaurarle la plena posesión de la finca. Se ha de remitir en primer lugar un burofax a la empresa suministradora instándole a ello y, si no media respuesta o la misma es negativa, será preciso interponer demanda por los cauces del procedimiento verbal.

D) Antes de la construcción del almacén deberá recabar las consecuentes licencias de construcción y contar con la autorización de la Sra. Costa.

E) Por su parte, es necesario indicar al Sr. Abad que, la situación de comunidad creada, dificulta la toma de decisiones en relación a los aspectos en controversia indicados por el mismo. Es por ello que se le recomienda proponer a la Sra. Costa la realización de una escritura de división de la finca en virtud de los artículos 400 y 402 del CC y, en caso, de no aceptarla instar una acción de división de la cosa común ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, con objeto de tratar de dar una solución definitiva y evitar posibles problemas futuros.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a cualquier otra mejor fundamentada en Derecho.

Firmado en Zaragoza, a 20 de diciembre de 2016

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, fluid strokes that form a cursive, somewhat abstract shape. The signature is positioned in the lower right quadrant of the page.



## **V. BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO PÉREZ M. T., «Constitución y extinción de las servidumbres» en *Derecho Civil Patrimonial Aragonés*, Bayod López (coord.), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2013

ARBUÉS AISA D., «Relaciones de vecindad: Luces y vistas» en *Derecho Civil Patrimonial Aragonés*, Bayod López (coord.), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2013

ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Las servidumbres en el Derecho aragonés» en *Tratado de Servidumbres*, Rebolledo Varela (coord.), Aranzadi, Navarra, 2002

ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho civil patrimonial» en *Revista Derecho Civil Aragonés*, nº XVI, Delgado Echevarría *et al.* (dir.), Institución Fernando el Católico, 2010

ARGUDO PÉRIZ, J. L. y LÓPEZ AZCONA, A., «Libro Cuarto arts. 537-587» en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, Delgado Echevarría *et al.* (dir.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA E., «Servidumbres: concepto, clases, caracteres, contenido de las servidumbres» en *Derecho Civil Patrimonial Aragonés*, Bayod López (coord.), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2013

DE PABLO CONTRERAS, P., «El derecho real y sus caracteres», «El objeto de los derechos reales» y «La publicidad de los derechos reales. El Registro de la Propiedad» en *Curso de Derecho Civil III: Derechos Reales*, De Pablo Contreras (coord.), 3ª edición, Colex, Madrid, 2011

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Volumen III*, t. I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2012

LACRUZ MANTECÓN M. L., «Servidumbres de luces y vistas, de paso y de acceso a red general» en *Derecho Civil Patrimonial Aragonés*, Bayod López (coord.), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2013

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La comunidad de bienes» y «Las servidumbres» en *Curso de Derecho Civil III: Derechos Reales*, De Pablo Contreras (coord.), 3ª edición, Colex, Madrid, 2011

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «Inmisión de raíces y ramas, distancias entre plantaciones, paso andamiaje por razón de obras, uso de pared medianera y paso natural de aguas pluviales según los artículos 537 a 544 del Código del Derecho Foral de Aragón (capítulos I a IV del Título Primero del Libro Cuarto)» en *Derecho Civil Patrimonial Aragonés*, Bayod López (coord.), Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2013

RAMÓN CHORNET, J. C., «Cotitularidad y parcelación encubierta: problemas urbanísticos y registrales», en *Comunidad de bienes*, Reyes López (coord.), Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014

SANCHEZ JORDAN, M<sup>a</sup>. E., «Los actos de parcelación contrarios a la normativa: ¿validez civil versus ilicitud administrativa?» en *Anuario de Derecho Civil*, nº. LX-3, 2007, p.p. 1163-1204