

Las servidumbres en el Registro de la Propiedad⁽¹⁾

SUMARIO: *Servidumbres inscribibles: sus características.—Tratamiento hipotecario de las servidumbres.—Servidumbre a favor del propietario.—Servidumbres sobre partes indivisas de fincas.—Inscripción de las servidumbres: sus requisitos.—División inmobiliaria de los predios sirviente y dominante.—Cancelación de servidumbres.*

P R E A M B U L O

Queridos amigos y distinguidos compañeros: Primeramente quiero pedirlos disculpas por atreverme a molestaros con la pesada carga de escuchar una conferencia, diré mejor «charla» para no pecar de petulante, de contenido jurídico que *velis nolis* tenéis que aguantar impávidos. Luego también sigo con las disculpas, al no poder evitaros una fatigosa lectura de lo que tengo preparado, puesto que, por un lado, mi memoria ya no es, desgraciadamente, de opositor y, por el otro, las citas legales y doctrinales y la exacta terminología jurídica hacen que no pueda recitarla de memoria y de corrido.

No vais a encontrar en lo que os diga nada nuevo ni nada que vosotros no sepáis, ni tampoco creo resolver problemas que afectan a nuestra profesión, por cierto bien llena de ellos, aunque no sean de índole jurídica. Pero aun con todo, aquí me tenéis por dos razones fundamentales: la primera, por potenciar el Seminario de esta para mí querida región, pues no en vano he servido dos oficinas en ella, a plena satisfacción, y la segunda, por refrescar conocimientos hace tiempo adquiridos y dejar planteado un problema jurídico muy frecuente en nuestros días, con la proliferación de las urbanizaciones y divisiones de inmuebles en régimen de propiedad horizontal. Me estoy refiriendo al tratamiento hi-

(1) Conferencia pronunciada el 30-III-1976 en el local del Seminario de Derecho Hipotecario de Barcelona.

potecario de las servidumbres y a la llamada servidumbre de propietario o servidumbre impuesta en fundo propio.

Y con estas palabras a guisa de prólogo hora es ya de entrar en materia.

SERVIDUMBRES INSCRIBIBLES: SUS CARACTERISTICAS

Al estudiar la servidumbre en el campo hipotecario es preciso acudir en primer término al Derecho civil para extraer del mismo su concepto y sus características más importantes.

El derecho real de servidumbre, como limitativo del dominio, implica una *participación parcial* en el uso o *aprovechamiento* de bienes ajenos. Por su gran variedad específica, es difícil condensar en un concepto unitario todos los supuestos de este derecho real. WINDSCHEID (1), desde un punto de vista cuantitativo, la define como «derecho real que sujeta la cosa no en la totalidad de sus relaciones, sino únicamente en una o más de sus relaciones singulares», y SOHM (2), con criterio cualitativo, como «derecho real limitado de aprovechamiento (goce y disfrute) de cosa ajena por sujeto determinado». En nuestra patria, siguiendo a DE BUEN (3), se la puede considerar como un «derecho real sobre una heredad ajena que autoriza a gozar de un uso determinado de la misma o limita parcialmente el uso que de ella pueda hacer el propietario». Es conveniente advertir que esta definición se acomoda al concepto legal de la servidumbre, pero doctrinalmente cabe admitir la imposición de este derecho real sobre finca propia.

Las *Partidas* (4) definían la servidumbre como «derecho e uso que ome ha en los edificios o en la heredades ajenas, para servirse dellas a pro de las suyas»; y nuestro Código civil, en su artículo 530, como «gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño» (*servidumbres prediales*); añadiendo en el artículo 531 que «también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada (*servidumbres personales*)».

El Código, como se ve, da un concepto *pasivo* de este derecho real, enfocándolo desde el punto de vista del gravamen que implica, y pres-

(1) WINDSCHEID, citado por DE BUEN en *Derecho Civil español común*, Reus, Madrid, año 1930, tomo I, págs. 231 y ss.

(2) SOHM: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Tipografía Artística, Madrid, año 1928, págs. 295 y ss.

(3) DEMÓFILO DE BUEN, *ob. cit.*, págs. 295 y ss.

(4) *Apuntamientos sobre las leyes de Partida*, por JOSÉ BERNI CATALÁ, Valencia, año de 1759. Tercera Partida, Título XXXI, Ley I: «Qué cosa es seruidumbre e cuántas maneras son dellas».

cinde de su aspecto *activo*, de las facultades que concede al titular, debido quizá a la gran variedad de las mismas, según la clase de servidumbre de que se trate. Omite además toda referencia al elemento personal (propietarios de los fundos dominante o sirviente) y no contiene previsión alguna sobre la naturaleza de la carga que ha de sufrir una heredad en provecho de otra. Más técnica es la definición del Código civil suizo, según el cual la servidumbre es «una carga impuesta sobre un inmueble a favor de otro inmueble y que obliga al propietario del predio sirviente a sufrir de parte del dueño dominante ciertos actos de uso o a abstenerse, por su parte, de ejercer ciertos derechos inherentes a la propiedad».

Las servidumbres en nuestro Derecho son de diferentes clases. En primer lugar, atendiendo al sujeto activo del derecho limitativo, pueden ser: *reales o prediales*, cuando se establecen directamente en beneficio de un predio, aun cuando por la proyección personal ineludible en toda relación jurídica, el beneficiario indirecto sea la persona que en cada momento ostente la titularidad dominical de este predio, y *personales*, cuando se establecen directamente en provecho de una persona o comunidad, con independencia de que sea o no propietario de otro predio. En éstas, el titular es una persona determinada, que la podrá disfrutar por un plazo determinado o vitaliciamente o con facultad de transmitirla a sus sucesores, a título universal o a título singular, según lo convenido en el acto de la constitución. Problema no resuelto es el de si las personas jurídicas, como una sociedad anónima, por ejemplo, pueden ser titulares de servidumbres personales, y en caso afirmativo, el de su duración, teniendo en cuenta que el Código civil limita a treinta años la máxima duración de los usufructos constituidos a favor de pueblos, corporaciones o sociedades (5).

Las servidumbres prediales son típicos derechos «subjetivamente reales», porque la titularidad, aunque sea ejercida por un sujeto, recae evidentemente en una cosa, en el predio dominante, cualquiera que sea su titular o propietario. El problema surge cuando el propietario del predio dominante llega a serlo a la vez del predio sirviente, pues en tal supuesto, con arreglo a nuestra legislación, por la imposibilidad de que subsistan servidumbres en cosas propias (*res propria nemine servit*), se produce la extinción de la servidumbre por confusión de derechos, y se supone que las facultades que el titular ejercita sobre el fundo sirviente no las efectúa como titular dominante de la servidumbre, sino como titular de la propiedad de aquél, en ejercicio de sus facultades dominicales. Actualmente ha cobrado gran interés la posibilidad doctrinal de constitución de servidum-

(5) Así lo determina el artículo 515 del Código civil al decir que «no podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de treinta años».

bres sobre finca propia, dado el incremento de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, de urbanizaciones, de parcelaciones y reparcelaciones, que forzosamente dan lugar a variadas servidumbres entre los diferentes pisos o parcelas (6). También es problema de interés el de la subsistencia de la servidumbre cuando, aun constituidas sobre fundo ajeno, éste llegue a ser propio.

Por su origen, pueden ser las servidumbres: *legales*, si se establecen por disposición de la ley, y *voluntarias*, si por voluntad de los propietarios o interesados. Existen, además, las denominadas *naturales*, derivadas de la situación natural de los predios y consecuencia de factores físicos permanentes; especie ésta que fue admitida por el Código de Napoleón y que, aunque no reconocida expresamente por nuestro Código en su artículo 536, se da por supuesta en el artículo 552 (7). Asimismo se reconoce la existencia de estas servidumbres naturales en la Ley de Aguas. La técnica moderna tiende a considerar como verdaderas servidumbres sólo a las voluntarias; y a las legales, y con mayor razón a las naturales, como limitaciones del derecho de propiedad por disposición de la Ley y dentro de la función social que debe cumplir la propiedad privada. Las servidumbres personales son siempre voluntarias.

Por su exteriorización, pueden ser las servidumbres: *aparentes*, que son las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas, y *no aparentes*, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Por razón de su ejercicio, pueden ser: *continuas*, cuyo uso es o puede

(6) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, en su obra póstuma, titulada «La confusión de derechos en el ámbito registral», publicada en los *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán*, tomo I, año 1968, la cual en gran parte ha sido base de este trabajo, en su página 594 dice así: «Hoy, con la regulación legal de la propiedad horizontal y con las exigencias de los planes de urbanismo, es muy frecuente el caso de que una sociedad inmobiliaria, dueña de todos los pisos de un edificio, constituya variadas servidumbres, muchas veces recíprocas, sobre todos o algunos de ellos; y lo mismo ocurre con solares o parcelas de su exclusiva pertenencia, todo ello antes de llegar el momento de su enajenación a otras personas o entidades. Estas servidumbres, que se apartan de los cánones tradicionales, se inscriben, sin embargo, en el Registro, podría decirse de un modo condicional suspensivo, es decir, aplazando su efectividad para cuando los pisos o parcelas se enajenan a otro propietario. La técnica registral ha encontrado este medio para servir el interés público que exige la construcción de viviendas y la urbanización de grandes parcelas, pues con criterio riguroso y más atento a la letra que al espíritu de lo legislado esa constitución de servidumbre sobre predios o pisos propios y a favor de otros también propios podría reputarse como nula.»

(7) El artículo 552 del Código civil dice así: «Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven.» La Ley de Aguas trata de esta clase de servidumbre en su artículo 69.

ser incesante, sin intervención de ningún hecho del hombre, y *discontinuas*, las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre.

Y, finalmente, por razón de su contenido, o sea, por la índole de la limitación que imponen al derecho dominical del titular del predio sirviente, *positivas*, que imponen a este dueño la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y *negativas*, que prohíben al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

TRATAMIENTO HIPOTECARIO DE LAS SERVIDUMBRES

Recordados estos conceptos elementales del Derecho civil, hay que ocuparse seguidamente de la doctrina inmobiliaria registral por que se regulan en nuestra legislación las servidumbres. ¿Cuáles son las servidumbres, entre las admitidas por el Código civil, inscribibles en el Registro de la Propiedad?

A primera vista parece que, puesto que la servidumbre es un *jura in re aliena*, un gravamen que se establece sobre una finca, rústica o urbana (8), debiera ser siempre y sin excepción inscribible en el Registro de la Propiedad, máxime cuando el número segundo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria declara inscribibles los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, *servidumbres* y otros cualesquiera reales; y, por tanto, conforme al artículo 32 (9) de la misma Ley, sería lícito concluir que, no inscribiéndose las servidumbres, no podrían perjudicar a tercero, o sea, a un titular registral posterior que adquiriese el predio sirviente como libre, basado en la fe de los pronunciamientos registrales.

Sin embargo, esto no sucede así y, en rigor, no debe suceder. En primer término, las denominadas servidumbres naturales quedan excluidas, por su propia índole, de la inscripción, ya que, basadas en circunstancias físicas o geológicas notorias, no necesitan de la protección ni de la publicidad del Registro para su subsistencia y efectividad. Y en segundo lugar, tampoco todas las servidumbres legales o forzosas pueden inscribirse en el Registro. Ya anticipé que la técnica moderna niega la conceptualización de verdaderas servidumbres a muchas de éstas, considerán-

(8) Téngase en cuenta que las servidumbres solamente pueden gravar inmuebles «por naturaleza», esto es, fincas físicas, y no los inmuebles por analogía, adhesión, etc., a que se refiere el artículo 334 del Código civil.

(9) El artículo 32 de la Ley Hipotecaria dice así: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero.»

dolas más bien como limitaciones legales de la propiedad. Estas se establecen por imposición de la Ley, aunque se oponga el dueño del predio que ha de sufrirlas, y el Código distingue dos clases de ellas, según tengan por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares. Las de interés público se rigen:

- 1.º Por Leyes o reglamentos especiales que las determinen.
- 2.º Por las disposiciones sobre servidumbres contenidas en el título VII del Libro II del Código civil.

En cambio, las de utilidad privada se regulan:

- 1.º Por los convenios de los interesados, en todo aquello que no prohíba la Ley ni cause perjuicio a tercero.
- 2.º Por las disposiciones del citado título del Código civil, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales y locales sobre policía urbana o rural.

Pues bien, las servidumbres legales de utilidad pública no necesitan, desde luego, inscripción y *no son inscribibles*. Si cualquiera que sea el titular de la finca sirviente, y aun contra su voluntad, la Administración —del Estado, de la provincia o del municipio— o las entidades concesionarias de obras o servicios de utilidad pública pueden imponerlas, han de ser consideradas evidentemente como gravámenes impuestos de derecho y, según nos decía DÍAZ MORENO (10), el precepto legal sustituye al título constitutivo y a la inscripción la apariencia de la misma servidumbre. Aun cuando estas servidumbres se inscribiesen, los principios del sistema inmobiliario no podrían entrar en función respecto a ellas; del mismo modo que, sin inscribirse, no por ello dejan de ser protegidas o impuestas contra todo titular, tercero o no, de la finca sirviente. Este tipo de servidumbres hay que incluirlas en las limitaciones que en virtud de la función social de la propiedad debe sufrir todo predio en un nuevo concepto del dominio. Todo esto, que ya había sido advertido de antiguo por nuestros tratadistas, lo confirmó de modo explícito el Reglamento Hipotecario, que en el número tercero de su artículo 5, exceptúa expresamente de la inscripción (que establece el número segundo del artículo 2 de la Ley) a «las servidumbres impuestas por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal».

Entre las principales de estas servidumbres de utilidad pública o comunal no inscribibles figuran: a) Las *de aguas*, en interés general de la

(10) EUSTAQUIO DÍAZ MORENO: *Legislación Hipotecaria*, Imprenta de Antonio Marzo, Madrid, 1911, tomo I, pág. 571.

navegación, la flotación, la pesca y el salvamento sobre las riberas de los ríos en una extensión de tres metros; de camino de sirga para la flotación y navegación; de saca de aguas y de abrevadero forzoso a favor de alguna población o caserío, con su aneja de paso para personas y ganado; de acueducto para servicio público; de estribo de presa, etc. *b)* Las de *expropiación forzosa*, denominadas ocupaciones temporales. *c)* Las de *minas* o paso por las fincas que sean acceso obligado para las obras de una concesión, prohibición de operaciones mineras a ciertas distancias de edificios, caminos de hierro, carreteras, canales, etc. *d)* Las de *montes* o prohibición de ciertas construcciones a menor distancia de las reglamentarias, y *e)* las de *obras públicas*, bajo cuyo epígrafe pueden incluirse las de carreteras, ferrocarriles, paso de corriente eléctrica, líneas telefónicas, vías pecuarias y zona militar de costas o fronteras, consistentes, por regla general, en determinadas prohibiciones de edificaciones, construcciones y obras y en pasos forzosos impuestos sobre fincas de propiedad privada. Como se observa, estas trabas o restricciones del derecho de propiedad por razón de utilidad pública o social, más que verdaderas servidumbres, son limitaciones legales a dicho derecho. En este sentido se pronuncian todos los hipotecaristas modernos. ROCA SASTRE (11) nos dice respecto de las servidumbres legales que «la fe pública registral no ampara al tercer adquirente protegido respecto de las limitaciones, servidumbres y prohibiciones legales que pesen sobre las fincas, aunque no figuren registradas». Es decir, son casos de excepción al principio de fe pública registral.

En cuanto a las servidumbres legales de interés particular o de utilidad privada, el problema de su inscripción o no inscripción ha de enfocarse y resolverse de modo distinto. Estas servidumbres son legales porque la Ley, potencialmente, establece el derecho a reclamarlas, pero para su existencia efectiva, *in actu*, es preciso que se constituyan por acuerdo entre los interesados o, en su defecto, por resolución judicial o administrativa. Se pueden comparar estas servidumbres con las hipotecas legales recogidas por la Ley Hipotecaria: la Ley reconoce y regula el derecho a exigir su constitución, pero si no se hace efectivo este derecho y si no se inscriben, son ineficaces y no pueden perjudicar a tercero, ni valerse de las protecciones del sistema, como hacía notar DÍAZ MORENO (12). Del mismo modo, las servidumbres legales de utilidad particular—entre las que el Código civil incluye las de paso, medianería, luces y vistas, desagüe de edificios y las de distancia y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones—han de constituirse, para su ejercicio y efectividad, previa reclama-

(11) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE en su obra *Derecho Hipotecario*, 6.^a edición, tomo I, págs. 624 y ss.

(12) EUSTAQUIO DÍAZ MORENO en su obra ya citada.

ción del propietario a quien la Ley conceda tal derecho; y como quiera que los interesados pueden modificar sus efectos y condiciones naturales siempre que la Ley no lo prohíba de modo expreso y no resulte perjuicio para tercero, se deduce la conveniencia de que tengan constancia en el Registro de la Propiedad, en cuanto a su existencia, extensión y modalidades, para que como derecho real goce de los beneficios del sistema inmobiliario.

Cierto que estas servidumbres legales de interés privado cuando son continuas y aparentes no requieren la publicidad registral para su exteriorización, y en un sistema como el nuestro, en que legal y jurisprudencialmente se halla admitido el principio de la buena fe, no podrían los terceros inmunizarse contra la subsistencia de tales gravámenes, basados en los pronunciamientos negativos del Registro, pues siempre se podría acreditar la notoriedad de los signos exteriores de la servidumbre. En tal sentido se perfiló una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual declaró que las servidumbres legales de interés privado no requerían inscribirse (si son continuas y aparentes, como senda y paso público) (13).

Sin embargo, en evitación de litigios y, aun sin ellos, de incertidumbres, ha de juzgarse conveniente que esta especie de servidumbre se inscriba y que, sin inscripción, no perjudiquen a tercero, sin menoscabo naturalmente del derecho del titular dominante a reclamar de este tercero la constitución del gravamen en los términos que la Ley establezca. Es decir, que si, por ejemplo, se ha constituido una servidumbre legal de paso mediante convenio entre los propietarios interesados, con ciertas condiciones y modalidades, pero no se inscribe, el tercero que posteriormente sea titular del predio sirviente no debe ser perjudicado por tal convenio; si bien no podrá oponerse a que el titular dominante le reclame la constitución de la servidumbre de paso en los términos señalados por el Código civil. En cambio, si la servidumbre legal constituida hubiere sido inscrita, el tercero habría de respetarla íntegramente. La Dirección General de los Registros en Resolución de 30 de septiembre de 1922 declaró inscribible una escritura de reconocimiento de servidumbre de luces en favor de una finca urbana sobre un solar contiguo; lo que evidencia que las servidumbres legales de interés privado son inscribibles, aunque su inscripción no sea muy precisa. NÚÑEZ LAGOS (14) dice que «cuando una servidumbre es ostensible y pública por signos externos, objetivos, materiales y evidentes no puede ser desconocida por el tercero, y, por tanto, le

(13) Entre las más antiguas se pueden citar las Sentencias de 12 de octubre de 1904, 22 de diciembre de 1906 y de 24 de abril de 1914.

(14) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* del año 1949.

perjudica como si estuviese inscrita». Por su parte, ROCA SASTRE (15) expresa, refiriéndose a las servidumbres aparentes, legales o no, ya que no diferencia, que «la fe pública no actúa en cuanto a las servidumbres aparentes, que por su ostensibilidad tienen que herir forzosamente los sentidos». Sigue diciendo que esto no obedece a norma legal, sino a criterio jurisprudencial y cita bastantes sentencias que apoyan este criterio, como, por ejemplo, las del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1906, la de 1 de febrero de 1912, la de 12 de octubre de 1904, la de 25 de febrero de 1965, la de 6 de abril de 1946 y la de 11 de mayo de 1962. Pero no todas estas sentencias apoyan su criterio, pues algunas de ellas tratan de servidumbres legales de interés público, que no son inscribibles, sin tener en cuenta la apariencia o no apariencia de las mismas, como la de abrevadero (art. 555 del Código civil), acueducto (art. 557 de dicho cuerpo legal) y alcantarillado, sobre la que no trata el Código.

Las servidumbres voluntarias—que son siempre las denominadas personales y muchas de las prediales—, como nacidas de declaraciones pacionadas o unilaterales de voluntad, son siempre inscribibles y, sin su inscripción, aunque puedan constituirse válidamente, no podrán perjudicar a tercero. Es decir, que el adquirente oneroso y de buena fe de una finca que, según el Registro, no está sujeta a servidumbre, se inmuniza en virtud de los resortes defensivos del sistema contra las servidumbres voluntarias que hubieren impuesto los anteriores propietarios y no hubieren sido inscritas. Claro que esto es doctrina inmobiliaria, pues en el terreno civil si la servidumbre voluntaria es de las continuas y aparentes, puede adquirirse por prescripción, y como el propietario no se reputa tercero para que el que por la posesión gana la prescripción, tratándose de estos derechos reales sobre cosa ajena, podría obligársele a sufrir la servidumbre, aun careciendo de inscripción, si declaraban los Tribunales que se había adquirido por ministerio de la prescripción.

Resumiendo todo lo expuesto se infiere que son inscribibles en el Registro de la Propiedad:

- a) Las servidumbres voluntarias de todas clases.
- b) Las servidumbres legales de interés privado. No siendo muy necesaria la inscripción de las continuas y aparentes de carácter legal y de interés particular.

(15) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE en la obra ya citada.

SERVIDUMBRE A FAVOR DEL PROPIETARIO

Es éste un problema interesante, aun cuando su interés sea puramente doctrinal, puesto que nuestra legislación civil cierra el paso, por ahora, a esta figura jurídica.

Inspirado nuestro Código en el axioma romano *nemini res sua servit*, no autoriza al propietario a establecer servidumbres sobre fincas propias, ya que forzosamente, por definición legal, han de recaer sobre bienes ajenos, y para el caso de que, existiendo válidamente una servidumbre, el predio sirviente y el dominante llegasen a ser del mismo propietario, el Código declara extinguida la servidumbre por confusión de derechos, según lo dispone el número primero del artículo 546.

También, por su parte, la Dirección General, desde tiempos muy pretéritos, Resolución de 9 de octubre de 1928, impide de modo indirecto la posibilidad de que el propietario constituya servidumbres sobre fincas propias a favor de otras también de su patrimonio, al declarar no inscribible la escritura de constitución de servidumbres de paso a favor de diversas parcelas segregadas de una finca y sobre el resto de ésta, por no constar el consentimiento de los dueños de las parcelas o predios dominantes, ya que si «bien con relación al predio sirviente se ha cumplido el requisito legal en cuanto se constituye un gravamen de naturaleza real que limita la propiedad y el valor del predio sirviente, en cambio, por lo que toca al predio dominante no se especifican las circunstancias indispensables para venir en conocimiento de la persona a quien le pertenece y, como titular de la servidumbre, puede realizar actos de disposición o de cancelación».

Únicamente el artículo 541 del Código civil, que establece un supuesto de adquisición de servidumbre por presunción legal o aplicación de la teoría del «signo aparente», parece contener un atisbo de servidumbre a favor del propietario. «La existencia de un signo aparente de servidumbre —dice dicho artículo— entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre *continúe* activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura». Sin embargo, a pesar del verbo *continuar* que emplea el legislador, realmente mientras las fincas pertenecieron al mismo dueño, la servidumbre con signo aparente no existía jurídicamente: su constitución solamente tiene lugar cuando ambas fincas, sirviente y dominante, pertenecen a distintos dueños.

Pero hoy en día las complejidades mayores de la vida jurídica, naci-

das de leyes que tienden a regular nuevos supuestos de hecho dados por la necesidad de viviendas, por la urbanización del suelo rústico y por la ordenación de urbanizaciones de grandes bloques de edificios, y no conocidos por el Código civil, ponen de relieve la falta de una regulación positiva de la servidumbre a favor del propietario. Efectivamente, no es infrecuente que propietarios de edificios divididos en régimen de propiedad horizontal o simplemente dueños de suelo urbanizado y parcelado establezcan servidumbres convenientes al buen aprovechamiento de los mismos, sin que ninguna de las fincas que componen el edificio o la urbanización hayan pasado a la propiedad de un tercero.

Hasta ahora la admisión de estas servidumbres sobre cosa propia o servidumbre de propietario no ha sido sancionada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya que no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma (16). Pero en las legislaciones extranjeras más progresivas este problema se ha resuelto en sentido afirmativo por razones de justicia y de conveniencia social, aparte la construcción técnica de los derechos subjetivamente reales, y que justifican la revisión de nuestra legislación en este punto. HUBER en Suiza y JUNKER en Alemania sostuvieron que sólo reconociendo la Ley a favor de todo propietario la facultad que pudiera denominarse «autonómica adopción de disposiciones» y, como consecuencia, la de establecer servidumbres entre distintos terrenos de su pertenencia, es como podría hacerse factible el cumplimiento de todas las posibilidades de la propiedad.

El Código suizo autoriza, en su artículo 733, a todo dueño a establecer una servidumbre predial sobre un fundo de su propiedad a favor de otro inmueble de su misma pertenencia; y en su artículo 735 dispone que «si el titular del derecho activo de servidumbre llega a ser propietario del predio gravado, puede solicitar la cancelación de aquélla; pero en tanto que la cancelación no tenga lugar, la servidumbre subsiste como derecho real». El Código alemán no establece con tal amplitud y precisión el derecho del propietario a establecer servidumbres sobre fincas propias; dice, sin embargo, que «el derecho sobre el predio de otro no se extingue si el propietario de éste adquiriese aquel derecho o si el titular del derecho adquiriese la propiedad del predio; lo que indica que

(16) Desconozco Resoluciones sobre esta materia. Sin embargo, en el *Anuario* de 1974, pág. 279, se puede leer una Resolución dictada para otras materias, que incidentalmente dice así: «Esta Dirección General no puede resolver ahora el problema de si es admisible en nuestro derecho la figura germánica de la llamada servidumbre de propietario...» Y más adelante añade: «...las actuales necesidades del urbanismo—desconocidas, como es obvio, por nuestro Código civil—imponen la existencia de servidumbres atípicas complejas, compuestas de diferentes servicios y aprovechamientos heterogéneos, aunque algunos de sus elementos puedan coincidir con el de las servidumbres típicas tradicionales».

tanto en su caso como en otro la servidumbre no se extingue por confusión de derechos y que, por consiguiente, puede subsistir, aunque el propietario de ambos predios, sirviente y dominante, sea una misma persona.

Por todo esto, en un terreno puramente doctrinal, deben desecharse temores injustificados y prejuicios tradicionales y reconocer que construyendo las servidumbres prediales con la técnica de los derechos subjetivamente reales, no hay inconveniente en que un propietario pueda gravar una de sus fincas con una servidumbre a favor de otra, también de su propiedad, puesto que, en definitiva, la titularidad activa del derecho real corresponde no a él, sino al predio dominante, cualquiera que sea su dueño. Y esto reviste mayor importancia práctica de lo que a primera vista pudiera pensarse. Porque la servidumbre tiene un contenido económico positivo, a veces extraordinario, que se comunica, incrementando su valor, al predio dominante; y muchas veces al propietario de dos fincas, para realizar actos de disposición sobre una de ellas, puede convenirle que ésta tenga un derecho de servidumbre sobre la otra. Ciertamente, nuestro Código da la solución para el caso de venta, pues en el mismo título de enajenación puede constituirse el gravamen o, aunque no se constituya expresamente, la Ley la presume si en tal momento existe signo aparente de la servidumbre y no se pacta nada en contrario. Pero ¿y si el propietario se propone no vender, sino hipotecar la finca dominante? Sin la existencia legal de la servidumbre, la finca dominante tiene menos valor económico, y el dueño sufrirá una disminución proporcional de su crédito.

Y aún los inconvenientes son mayores si se piensa en el supuesto de que el dueño del predio dominante adquiera el sirviente, o viceversa; la servidumbre, según nuestro Código, se extinguirá. ¿Y esto es justo? ¿Se extinguirá también en cuanto a tercero, mejor dicho, en perjuicio de tercero que tenga un derecho real anterior sobre el fundo dominante? Unos ejemplos demostrarán la realidad del problema: Sobre un predio colindante tiene una fábrica de cerámica una servidumbre de extracción de arcilla. A., dueño de la fábrica, compra aquel predio sobre el que existe una hipoteca a favor de B., posterior a la inscripción de la servidumbre. Si por el solo hecho de ser A. dueño de ambas fincas se considera extinguida la servidumbre, resultará favorecido el acreedor B., sin razón alguna, pudiendo incluso, si llega a adjudicársele la finca en la ejecución de su crédito hipotecario, impedir a A. la explotación racional de su industria. Y en el mismo ejemplo puede comprobarse la hipótesis contraria para el caso de que el dueño C. del predio sirviente adquiera la fábrica hipotecada a D., con posterioridad a la inscripción de la servidumbre: si por confusión de derechos se extingue la servidumbre, es evidente que se perjudica el legítimo derecho del acreedor D., que ve mermada la

valoración y posibilidades económicas del predio dominante hipotecado a su favor.

Desde el punto de vista registral, esta extinción de servidumbres prediales por confusión de derechos creo que sólo dará lugar a una cancelación cuando en la escritura de adquisición de uno de los predios se haga constar: *a)* que el adquirente es también dueño del otro, *b)* que se hallen ambas fincas inscritas, y *c)* que se pida expresamente la extinción registral del gravamen. O sea, creo que no se debe practicar de oficio la cancelación y considero insuficiente la mera solicitud del interesado para practicar la cancelación en el mismo asiento del cual resulte la extinción por confusión de derechos, a que hace referencia el artículo 190 del Reglamento Hipotecario, puesto que esta confusión no resulta, en este caso, del mismo asiento practicado en el folio registral de la finca enajenada, sino que habría que consultar el folio registral de la otra finca, si es que consta inscrita y poner en marcha un procedimiento registral no solicitado, si en la escritura nada se dice de lo expuesto anteriormente. Y siendo así se darán en la práctica casos de subsistencia registral de servidumbres prediales a favor de fincas propias del dueño de la sirviente; y si éste enajena alguna de ellas, el derecho de servidumbre continuará su vida registral, como si no hubiera sido extinguido por disposición legal. Todo esto abona la existencia legal de la servidumbre de propietario.

ROCA SASTRE (17) no ve posibilidad de constituir servidumbre en cosa propia y no considera aplicable para hacerlo posible la doctrina del artículo 541 del Código civil, pues éste exige la existencia de un signo aparente de servidumbre, o sea, que se trata de servidumbres aparentes, y, por ello, el ilustre jurista estima que hay que esperar a que el propietario de los terrenos parcelados o del edificio dividido en pisos enajene la primera parcela o el primer piso para que pueda estimarse constituida la servidumbre. Sin embargo, como la realidad es que se constituyen por escritura pública gran número de servidumbres de propietario, en la práctica se plantea el problema de su admisión registral. Estas servidumbres tienen en los Registros el diverso tratamiento siguiente:

1) *No admitir su inscripción.*—Al no ser posible civilmente su válida constitución, tampoco pueden tener acceso al Registro. Esta posición, jurídicamente correcta, no soluciona la cuestión por su carácter negativo

(17) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: «La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas». Ponencia presentada en el Primer Congreso de Derecho Registral y publicada por el Colegio de Registradores. Citado por RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL en *La confusión de derechos en el ámbito registral*, pág. 595.

y hace que el Derecho Inmobiliario se desentienda de solucionar los problemas que plantea el nuevo derecho urbanístico y se le pueda tachar de no servir al interés público. Estas servidumbres irregulares o atípicas, como las denomina la Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque pugnen con el ya vetusto Código civil, son necesarias para el desarrollo del moderno Derecho de cosas.

2) *Admitir su inscripción.*—La técnica registral, como nos dijo RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (18), ha encontrado el medio de inscribir estas servidumbres de modo condicional suspensivo, es decir, aplazando su efectividad para cuando los pisos o parcelas se enajenan a otro propietario. Esta es la fórmula más corriente en los Registros y es acertada al colaborar en la formación de estas nuevas formas jurídicas. Al discutirse la ponencia de ROCA SASTRE, presentada en el Primer Congreso de Derecho Registral, con motivo del centenario de la primitiva Ley Hipotecaria, los Registradores BATALLA y ROGER defendieron la posibilidad de la constitución de estas servidumbres bajo condición suspensiva.

3) Hay, por último, otro criterio para hacer constar en el Registro esta clase de servidumbre, para que en su momento oportuno pueda desarrollar toda su eficacia. Es el de configurarla notarialmente, dentro de los Estatutos de Comunidad de los inmuebles divididos en régimen de propiedad horizontal o de las urbanizaciones. Estos Estatutos, inscribibles en el Registro, son el vehículo adecuado para que ingresen en el Registro las servidumbres sobre fundo propio, amparadas bajo el acta de inscripción de aquéllos.

Y es que estas servidumbres, en realidad, no son tales; la mayoría de los juristas ven en ellas algo así como limitaciones estatutarias de la propiedad, cuando se conforma en propiedad horizontal o en urbanizaciones modernas. Es decir, una manera de ser o de estar la propiedad, que presupone estas limitaciones en función del bien común de todos los copropietarios y para el buen uso y aprovechamiento de todos los elementos complejos que forman esta clase de propiedad, desconocida por el Código civil.

Por ello, repito, debe darse disco verde en el Registro a esta clase de servidumbres, en la forma que se estime más conveniente. Después, cuando el legislador o la jurisprudencia las regulen o determinen, será el momento de unificar las fórmulas para su ingreso en los libros registrales y evitar los, hasta ahora, diferentes criterios de inscripción.

(18) En la obra citada anteriormente.

SERVIDUMBRES SOBRE PARTES INDIVISAS DE FINCAS

El predio sirviente puede pertenecer, en propiedad indivisa, por partes o cuotas ideales, a varios partícipes o comuneros. Para que se constituya eficazmente la servidumbre sobre un fundo indiviso, preceptúa nuestro Código civil en su artículo 597, se precisa el consentimiento de todos los copropietarios; la concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros; pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Surge de este precepto legal la posibilidad de que un condueño aisladamente grave su cuota o parte ideal de finca con una servidumbre voluntaria real o personal. ¿Es inscribible este gravamen? Esta pregunta ya se la hicieron los hipotecaristas de otra época, con diversas respuestas. El que quede su efectividad en suspenso hasta que medie el consentimiento de todos los partícipes restantes no debe ser obstáculo suficiente, a mi juicio, para que se inscriba, desde luego, con tal limitación el título constitutivo, ya que han de quedar obligados a respetar el gravamen no sólo los causahabientes a título universal del copropietario constituyente, sino también los que lo sean a título singular; y de ahí la necesidad de que el Registro advierta a estos terceros de que dicha parte indivisa de la finca está potencialmente gravada con la servidumbre.

Estos supuestos de propiedad indivisa, tanto del predio sirviente como del dominante, conducen a hipótesis de servidumbres a favor del propietario. Explicaba el clásico civilista BENITO GUTIÉRREZ (19) que el condominio no excluye la existencia simultánea del derecho de servidumbre sobre la finca indivisa en favor de alguno de sus copropietarios. Pedro, propietario de una casa, tiene un derecho de servidumbre sobre otra contigua, y por consecuencia de donación, venta u otro título adquiere una parte indivisa de esta última: tal adquisición no extingue la servidumbre.

(19) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1875; Librería Sánchez de la calle Carretas, 21; página 578 del tomo II. Este autor, en el capítulo que denomina «Cuarto carácter de la servidumbre», nos dice: «Las servidumbres no tienen lugar sino sobre predios de propiedad ajena. Sin embargo, no es tan absoluto este principio que no admita modificaciones. El condominio no excluye la existencia simultánea del derecho de servidumbre sobre la misma cosa en favor de uno de los copropietarios. No obstante, para que la servidumbre siga existiendo se requiere que el derecho de servidumbre de la heredad dominante sea distinto del que el propietario pueda ejercer en virtud de su copropiedad, de manera que si la servidumbre fuere de paso podría ser absorbida en la copropiedad que diese lugar a él, pero quedaría sólo suspensa en su ejercicio, por lo que renacería si la indivisión concluye.»

Lo mismo ocurrirá si se fracciona alícuotamente la propiedad del predio dominante, y una de las fracciones o cuotas es adquirida por el titular del predio sirviente: la servidumbre subsiste en favor del propietario. Y es opinión general en la doctrina que la adquisición de una parte indivisa del dominio del predio sirviente o del dominante por el dueño del dominante o del sirviente, respectivamente, no basta para extinguir la servidumbre por confusión de derechos, ya que el Código civil para tal extinción exige que se reúna en una misma persona la propiedad—íntegra—del predio sirviente y la del dominante.

Claro que estos supuestos se refieren a servidumbres ya constituidas, no a la constitución *ex novo*, pues para esta hipótesis se tropezaría con el inconveniente de la autocontratación, figura discutida doctrinalmente, aun prescindiendo de la imposibilidad legal de que la servidumbre se constituya sobre finca propia.

INSCRIPCION DE LAS SERVIDUMBRES: SUS REQUISITOS

El artículo 13 de la Ley Hipotecaria de 1909 disponía que las inscripciones de servidumbres se hicieren constar: primero, en la inscripción de propiedad del predio sirviente, y segundo, en la inscripción de propiedad del predio dominante. Nos decía RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL (20) que este precepto se prestaba a crítica desfavorable por su expresión impropia, ya que si la servidumbre se constituía con posterioridad a haber sido inscrito el dominio de uno u otro predio, la inscripción de aquel derecho real se practicaría en ambos predios, sí, pero no en la inscripción de propiedad de los mismos. Lo que el citado artículo quería decir, aunque en verdad era innecesario que lo dijera, es que esas inscripciones se hiciesen en su registro apropiado: en el predio sirviente, como gravamen real del mismo, y en el dominante, como cualidad o derecho. También se le achacaba el que se refería sólo a las servidumbres reales o prediales, no a las personales, en las que por estar constituidas a favor de una o más personas no existe predio dominante.

Por todo ello, la Ley vigente en el mismo artículo 13 contiene una regla general aplicable no sólo a las servidumbres, sino a todos los *jura in re aliena*, a saber: Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales para que surtan efecto contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan. Las servidumbres reales

(20) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL en sus *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, M. Aguilar, Madrid, 1945, pág. 70. Y también en *La confusión de derechos en el ámbito registral*, antes citada, pág. 596.

podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante como cualidad del mismo.

Este precepto es totalmente adecuado y responde a los presupuestos del sistema. La inscripción de las servidumbres debe practicarse en el registro del predio sirviente por ser un gravamen de éste al cual afecta y deben ser conocidas por el tercero para que determine la extensión y las limitaciones del dominio de la finca cuya adquisición pretende. Y las servidumbres reales o prediales, por su naturaleza subjetivamente real, ya que la titularidad activa recae en el predio dominante, cualquiera que sea su propietario, pueden hacerse constar también o además en este predio como cualidad del mismo.

Ahora bien, la realidad ofrece, con harta frecuencia, casos de no hallarse inscrita alguna de las dos fincas afectadas por la servidumbre predial. Si la inscripción de la servidumbre se practica tan sólo en el predio dominante, por carecer de inscripción el sirviente, es inoperante registralmente, pues no garantizará al titular la efectividad de aquélla, toda vez que los sucesivos titulares del predio sirviente, si éste llegara a inscribirse algún día como libre de cargas, no sufrirían el perjuicio de la inscripción de la servidumbre, ni el registrador podría de oficio hacer constancia alguna en el asiento del predio sirviente con referencia al asiento existente en el predio dominante. Por el contrario, si se practicara sólo sobre la finca sirviente, aunque no se haga constar en el dominante por no estar inscrita esta finca, el derecho real está bien inscrito y es efectivo, pues los titulares de aquélla han de sufrir las consecuencias de la inscripción y respetar el derecho real limitativo, que podrán hacerlo efectivo los titulares del predio dominante, aun sin tener inscrito su derecho.

En cuanto a los requisitos propios de las inscripciones de servidumbre, por constituir el Registro la guía pública y oficial para conocer el estado jurídico del dominio de los inmuebles registrados y por ser de capital interés alejar en este punto todo motivo de duda y de perjuicio, ha establecido la jurisprudencia, a falta de precepto legal que lo diga, sin desconocer la especial trascendencia que en lo referente a la utilización de las servidumbres tienen los actos posesorios, los usos locales y los tipos legales desenvueltos por el Código civil, que «constituye una exigencia ineludible del régimen hipotecario la determinación de las alteraciones que en la propiedad del predio sirviente introduce el establecimiento de tal gravamen» (Resolución de 15 de octubre de 1917). De aquí que las inscripciones de servidumbre deban expresar claramente su naturaleza, extensión y condiciones; y como circunstancia especial debe hacerse constar en cada una de las inscripciones del predio sirviente y del dominante, si se ha hecho constar el tomo, folio y números donde se halle inscrito el derecho real en el sirviente y dominante, respectivamente. Si la servi-

dumbre es de las legales de interés privado, cuyos efectos fijados por el Código no hayan sido modificados por las partes, no se precisará la concreción de sus condiciones y extensión; pero si han sido alterados tales efectos en virtud de los pactos de los interesados, deberán precisarse detalladamente las condiciones y extensión dadas por las partes.

El título inscribible puede ser escritura pública de constitución o de reconocimiento, en su caso, de la servidumbre, resolución judicial o administrativa, según los supuestos, y para las que se pueden adquirir por prescripción sólo sentencia judicial firme que así lo declare, en defecto del reconocimiento en instrumento público por parte del propietario perjudicado.

Pocos preceptos contiene la Ley y el Reglamento Hipotecario, aparte del mencionado artículo 13, relativos al derecho real de servidumbre. El número segundo del artículo 2 declara inscribibles, como ya se dijo, los títulos en que se constituya, reconozca, modifique o extinga. El 108, número primero, prohíbe la hipoteca de las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, con excepción de las de aguas. El Reglamento, en su artículo 71, párrafo tercero, dice que el derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, aunque pueda hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, no surtirá efecto respecto de terceros mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas o, en el supuesto del párrafo anterior, en la de la finca que las contenga. Como se observa, mantiene el mismo criterio que el del artículo 13 de la Ley. Y no hay más preceptos. La Ley anterior, en su artículo 8, autorizaba la inscripción de las servidumbres cuando gravaban dos o más fincas, en hoja especial y bajo un solo número; norma suprimida porque esta entidad registral ficticia, formada por la inscripción de estos derechos reales cuando gravaban dos o más fincas, constituye un supuesto que se desarticula por completo de nuestro sistema o modo de llevar el Registro.

DIVISION INMOBILIARIA DE LOS PREDIOS SIRVIENTE Y DOMINANTE

Una de las características clásicas del derecho real de servidumbre, mantenida por el Código, es su *indivisibilidad* (*servitutes dividi non posunt*). El artículo 535 de dicho cuerpo legal establece que las servidumbres son indivisibles; si el predio sirviente se divide en dos o más, la servidumbre no se modifica y cada una de las parcelas resultantes tiene que tolerarla en la parte que le corresponda; y si es el predio dominante

el que se divide en dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Es interesante examinar la aplicación de estas normas desde el punto de vista registral:

A) *División del predio sirviente*

Cuando el predio sirviente se divide registralmente o se segrega del mismo alguna parcela que pase a formar finca nueva e independiente, por regla general la servidumbre no se modifica y, al continuar subsistiendo íntegramente, habrá de llevarse constancia de la misma a las nuevas entidades registrales, todas las cuales quedarán gravadas con la servidumbre. Es lo que en el lenguaje usual de oficina se llama «arrastre de cargas». Pero esto, no obstante el precepto del Código civil, no siempre ocurre ni debe ocurrir así. Pues, como ya hizo constar DOMINGO TARRIO (21), si en la inscripción de la servidumbre consta que ésta grava o se extiende a toda la superficie de la finca sirviente, es evidente que cada una de las parcelas que de ésta se segreguen o en que ésta se divida ha de sufrir el gravamen sin modificación alguna; pero, por el contrario, si la servidumbre sólo afectase a una porción determinada de aquel predio (no porción ideal, sino concretada sobre el terreno), al dividirse éste, podrán y deberán quedar liberadas de la servidumbre las parcelas en las que no radique dicha porción afectada. Ejemplo gráfico nos lo ofrece una servidumbre de paso que se halle demarcada por un extremo de la finca, con longitud, anchura y demás condiciones perfectamente determinadas, como requiere el principio de especialidad; si la finca se divide en cuatro parcelas independientes y sólo en una de ellas radica en toda su longitud y latitud la faja de terreno destinada al servicio de paso, es evidente que las otras tres parcelas quedan liberadas de la servidumbre y podrán inscribirse en el Registro como libres de ese gravamen. Esto se debe tener muy en cuenta en la redacción de escrituras de división o segregación de fincas afectas a servidumbres. El único problema que puede plantear esta liberación de servidumbres a parcelas no afectadas es el consentimiento del titular del predio dominante. Pero por tratarse de una cancelación que ni le perjudica ni modifica sus derechos no parece muy necesario, si bien es aconsejable su intervención para acreditar debida y contradictoriamente la realidad de los hechos.

(21) DOMINGO TARRIO, Registrador de la Propiedad: *Temas de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1915, editada por Reus.

B) *División del predio dominante*

También hay que interpretar, en este supuesto, la regla de Código como regla general que admite excepciones. Lo normal será que al fraccionarse el predio dominante, cada parcela resultante conserve íntegramente la servidumbre, aunque sin alterarla ni hacerla más gravosa. Si se trata de una servidumbre de paso y el predio dominante se divide en cuatro, por ejemplo, cada uno de éstos conservará el derecho a utilizar la servidumbre, y habrá de hacerse constar la subsistencia del derecho en las correspondientes inscripciones de división o segregación. Pero, tratándose de ciertas servidumbres prediales, respecto a las cuales puede hallarse perfectamente determinada su extensión en la inscripción constitutiva, varía en cierto modo el problema. El Derecho alemán, con mayor precisión que el español, determina para estos supuestos de división del predio dominante, que si la servidumbre no beneficiase sino al titular de una de las porciones o fincas formadas por la división, se extinguirá respecto a las demás.

Sirva de ejemplo el caso de un edificio que por una de sus fachadas tiene derecho de luces o vistas sobre un fundo contiguo y que es dividido por su titular como consecuencia de vender a un tercero una mitad del edificio como finca independiente (división vertical) que queda sin contigüidad con el fundo sirviente. En tal caso, no obstante la regla general de nuestro Código, es imposible que la servidumbre siga a toda la finca primitiva, o sea, a las dos formadas por la división; una de éstas carecerá de hueco alguno sobre el predio sirviente, sin posibilidad de tenerlo por estar separada de él, y, por tanto, no podrá subsistir la servidumbre respecto a dicha parte del edificio, y en la inscripción de segregación o división no deberá arrastrarse al capítulo de cargas aquella servidumbre. Desde luego, para esta extinción parcial de la servidumbre no es preciso ni la intervención ni el consentimiento del titular sirviente.

CANCELACION DE SERVIDUMBRES

Los títulos extintivos del derecho real de servidumbre son inscribibles en el Registro, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y por aplicación análoga del 13, su inscripción se efectuará de la misma forma que su constitución. Claro es que en este supuesto no dará lugar a inscripciones propiamente dichas, sino a asientos de cancelación.

El artículo 546 del Código civil especifica los modos de extinguirse las servidumbres, que pueden sistematizarse en dos grandes grupos, a saber:

- 1.º Como consecuencia de la voluntad o pactos de los interesados, o sea, por llegar el día o realizarse la condición, si se trata de servidumbres temporales o condicionales; por renuncia del dueño del predio dominante, y por el no uso durante veinte años.
- 2.º Por faltar alguna de las circunstancias esenciales de la servidumbre, o sea, por confusión de derechos y por venir las fincas a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre, aunque ésta podrá revivir si desaparece ese estado y no ha transcurrido el plazo para la prescripción extintiva.

Registralmente, y siguiendo la teoría general de la cancelación, será siempre preciso el consentimiento del titular dominante, a menos que tal declaración de voluntad sea suplida por resolución judicial competente. Así se procederá en los casos de renuncia y redención. Las cancelaciones por cumplimiento del plazo o condición no requiere tal consentimiento—ya expresado al pactarse esas modalidades accidentales—, sino solamente justificar auténticamente que el plazo ha vencido o la condición se ha cumplido; en cuanto a lo primero se vendrá a su conocimiento por el Registro. El más interesante problema que se ofrece, con relación a la cancelación registral de servidumbres por voluntad de los interesados, como renuncia o redención, es el atinente a si se precisará el consentimiento de los titulares de determinados derechos reales sobre el fundo dominante. Nuestra legislación no prevé el caso y no ofrece, por tanto, solución legal. Y el problema es importante, como así lo han puesto de relieve los hipotecaristas clásicos; es así porque casi siempre el derecho activo de servidumbre implica una «plusvalía», un factor económico no despreciable en el predio dominante y si se cancela por la sola voluntad del dueño pueden irrogarse perjuicios a los acreedores hipotecarios, por ejemplo, que verán desvalorizarse el predio que les sirve de garantía, sin su consentimiento y hasta sin su conocimiento. Por ello para estas cancelaciones voluntarias debería ser obligado el consentimiento de todos los derechohabientes del predio dominante, pues no parece suficiente el derecho que al acreedor hipotecario concede el artículo 219 del Reglamento en su párrafo segundo, en caso de arriendo que disminuya el valor de la finca hipotecada.

Si el consentimiento para la inscripción de constitución de servidumbre ha de prestarlo principalmente el titular registral del predio sirviente,

puesto que puede otorgar un título de reconocimiento del gravamen, sin perjuicio de que pudiera ratificarlo el titular del dominante; el consentimiento para la cancelación ha de prestarlo el titular, según el Registro, del predio dominante si se trata de servidumbre predial, o el titular beneficiario de la servidumbre si ésta es personal. Claro es que el consentimiento del titular del predio sirviente será también preciso en los casos de redención convencional. Todo lo expuesto se apoya en parte en la Resolución de 30 de septiembre de 1920, que declaró no inscribible la escritura de modificación de servidumbre otorgada por los dueños de ambos predios cuando al presentarse aquélla en el Registro ya no son titulares de la finca sirviente los que lo eran al autorizarse la escritura y aunque la transmisión se hubiere hecho a los herederos de aquéllos. Aunque esta Resolución afecta principalmente a la aplicación de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, se deriva también, como es lógico, que no se puede inscribir una constitución de servidumbre si no la ha consentido el titular vigente, según el Registro, del predio sirviente, y que tampoco se podrá cancelar si no expresa su consentimiento el titular registral vigente del predio dominante.

La extinción de servidumbre por el no uso, o sea, por prescripción extintiva (*usucapio libertatis*) cae fuera de la órbita del Registro. La inscripción de servidumbres, como toda inscripción, es por sí misma, como forma jurídica, imprescriptible; pero ello no empece a la prescripción extrarregistral del derecho que garantiza. La declaración de que se han producido los supuestos necesarios para dar por extinguida una servidumbre en desuso requiere, salvo acuerdo entre los interesados que habría de reflejarse en el correspondiente instrumento público, resolución judicial competente que expresamente lo determine y la ejecutoria o el mandamiento serán los títulos cancelatorios idóneos.

En cuanto a la extinción de servidumbres que pudiera denominarse «involuntaria» (confusión de derechos, imposibilidad de utilizar la servidumbre por el estado de los predios), me remito a lo dicho anteriormente, pero repito que cuando civilmente se extingue la servidumbre por confusión de derechos, para proceder a su cancelación, conforme a lo dispuesto en el artículo 190 del Reglamento Hipotecario, debe ser necesario que en el título inscribible, del cual resulta la confusión, consten las siguientes circunstancias: Primera, expresión de que ha quedado extinguida la servidumbre por dicha causa. Segunda, que consten inscritos a favor de sus respectivos titulares los predios dominante y sirviente. Y tercero, que se solicite expresamente la cancelación.

Finalmente, la cancelación registral de servidumbres por imposibilidad de su ejercicio, en vista del estado de los predios, tendrá lugar muy raramente, puesto que en tales supuestos la servidumbre renace si se

modifica el estado de las fincas antes de vencer los plazos de prescripción. Si hubiere de practicarse alguna cancelación de este tipo, tendría que ser, salvo acuerdo entre los interesados, en virtud de resolución judicial. Claro que si la imposibilidad del ejercicio es irreversible humanamente, podrá ser cancelada sin estos requisitos, máxime si se acredita el no uso por tiempo superior al de la prescripción extintiva ordinaria.

Y basta ya, con esto doy por finalizada mi disertación. Temo no haber alcanzado el nivel mínimo que podéis exigir y que ejercitéis contra mí las acciones pertinentes para que os indemnice del tiempo que habéis perdido (daño emergente) y que lo podíais haber empleado en otros y más amenos menesteres (lucro cesante). Pero confío en vuestra benevolencia como juzgadores y en que a título oneroso y con buena fe como he obrado me consideréis como al tercero, especialmente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: inmune a toda acción por causas que no consten en mi trabajo.

RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA
Registrador de la Propiedad