

Servidumbre negativa y obligación de no hacer

(Un caso real, muy representativo de las dificultades que entraña la diferenciación entre ambas categorías.)

No hace mucho tiempo tuvimos ocasión de enfrentarnos, en nuestro ejercicio profesional, con un caso cuya principal característica—que a la vez constituía el único problema jurídico debatido—era el de reflejar con meridiana claridad las graves dificultades que entraña la distinción entre servidumbre negativa y obligación de no hacer. El problema, que tenía además la virtud de presentarse «químicamente puro», con la simplicidad de un ejemplo didáctico de los que a menudo utilizamos para ilustrar cualquier cuestión doctrinal, fue afortunadamente resuelto por vía de transacción, gracias a la actitud conciliadora de las partes. Pero esta circunstancia no quita un ápice de interés a la controversia que allí se planteaba. Y es ese interés el que nos ha movido a describir el conflicto y a apuntar algunas sugerencias.

ANTECEDENTES

1. Don Venancio E. C. falleció en Madrid el 12 de febrero de 1943, en estado de casado con doña R. B. L., de cuyo matrimonio dejó cinco hijos, llamados doña I., doña A., doña R., doña M. T. y don V.

2. En su último testamento, don Venancio E. C. instituyó a su esposa heredera en el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria, y en el remanente de sus bienes a sus cinco hijos, por partes iguales.

En el mismo testamento designó albacea a su esposa, a su hermano don J. y a su hermana política, esposa de don J., doña A. B. L., con facultades normales solidarias. Y contadores partidores, también con facultades solidarias, a los ya citados don J. y a su esposa doña A. B. L.

3. Fallecido don J. antes que don Venancio, doña A. B. L., esposa del primero, llevó a cabo las operaciones particionales, que culminaron en el otorgamiento de la escritura de protocolización del cuaderno particional de 27 de mayo de 1943, autorizado por el Notario de Bilbao don C. M. A.

4. Con anterioridad al otorgamiento de la escritura particional, en concreto el día 19 de mayo de 1943, los herederos de don Venancio (su viuda y sus cinco hijos) suscribieron un documento privado del siguiente tenor literal:

**«CONDICIONES PARTICULARES QUE CONVIENEN ENTRE SI
LOS HEREDEROS DE DON V. E. C. (Q. E. P. D.).**

Los herederos de don V. E. C., doña R. B., su viuda, y sus hijos doña I., doña A., doña R., doña M. T. y don V., asistidas las cuatro primeras por sus maridos, que en señal de consentimiento firman la presente acta, convienen lo siguiente:

1.º Se adjudicarán a la viuda, doña R. B., en el valor en que figuren en el inventario de la testamentaria, los inmuebles de V.; la cuarta parte propiedad de don V. del terreno de la avenida de J. A. en B., y la casa número 10 de la avenida del T.; todos estos inmuebles, sin limitación de ninguna clase, quedarán de su absoluta e íntegra propiedad.

2.º A la casa número 4 de la avenida del T. se señalarán las siguientes rentas: sótano y piso bajo, 4.600 pesetas; primer piso, 3.600 pesetas; segundo piso, 3.600 pesetas.

Se conviene que esta casa tenga como limitación el no poder edificar en el terreno existente delante de su fachada actual, ni avanzar, por tanto, la línea de ésta sin autorización de los demás propietarios de las casas colindantes, comprometiéndose al aceptar su adjudicación esta condición. Se adjudica proindiviso en el valor en que figura en la testamentaria entre doña I. y doña M. T. de E.

3.º La casa número 2 bis de la avenida del T. se conviene que las rentas sean de 7.500 pesetas por cada mano. La mano izquierda pagará a los de la mano derecha 50 pesetas mensuales en concepto de renta del garaje que ocupan, correspondiente a la mano derecha, y como compensación de la diferencia de orientación de las dos manos.

Se adjudica proindiviso por el valor del inventario a doña A. y doña R. de E.

4.º En la casa número 2 de la avenida del T. se conviene que tanto el garaje situado en la propia casa como los dos garajes edificados en sus terrenos pagarán cada uno de ellos una renta de 50 pesetas al mes. Pagará igual renta de 50 pesetas mensuales la vivienda del chófer de la planta baja. La vivienda de la parte alta, contigua a la del portero, pagará 25 pesetas. Se adjudica proindiviso por el valor de inventario a doña A. y doña R. de E.

Se acuerda que quien se ocupe de la administración de esta casa cobrará por su gestión el 6 por 100 de las rentas brutas.

Asimismo se acuerda que el sueldo de 450 pesetas del portero, J. U., chófer jubilado de doña R. B., se pague: 300 pesetas por doña R. en concepto de jubilación y 150 pesetas por los propietarios de la casa.

5.º Se acuerda que en las adjudicaciones de acciones se apliquen a doña R. todos los títulos cuyo número no sea superior a 200, formándose las hijuelas de los otros herederos con títulos del inventario en donde haya más de los citados 200.

L. A., 19 de mayo de 1943.»

Hemos subrayado, por tratarse de la estipulación sobre cuyo alcance discutieron luego las partes, el párrafo 2.º del apartado 2.º del convenio transcrito.

5. La casa entonces numerada con el 4 de la Avenida del T. es hoy la número 8, y la 2 bis es en la actualidad la 6.

6. En la escritura de partición de herencia de 27 de mayo de 1943 no se hizo alusión alguna a la limitación que sobre la casa número 4 (hoy 8) de la Avenida del T. se había pactado en el convenio de 19 de mayo anterior.

7. Con posterioridad a la escritura particional, las fincas 4 y 2 bis de la Avenida del T. han sido objeto de las siguientes transmisiones:

a) La número 4 (hoy 8):

- Adjudicada proindiviso y por mitades a doña I. y doña M. T., hijas de don Venancio.
- Doña M. T. falleció y su mitad fue adjudicada a su madre, viuda de don Venancio, doña R. B. L.
- Con posterioridad, doña I. adquirió de su madre doña R. B. L. dicha mitad indivisa, quedando por ello doña I. como propietaria única del inmueble.
- Al fallecer doña I., la finca pasó íntegramente y en pleno dominio a su hija doña I. B. E., que había de ser una de las dos partes contendientes en el conflicto que nos ocupa.

b) La casa número 2 bis (hoy 6):

- Adjudicada proindiviso y por mitades a doña A. y doña R., hijas de don Venancio.
- Con posterioridad, este inmueble fue objeto de división, adjudicándose a doña A. la parte hoy señalada con el número 4 de la Avenida del T. y a doña R. la que en la actualidad tiene el número 6, es decir, la que linda con la finca que pertenece a doña I. B. E. y que se halla afectada por la limitación discutida. De aquí que doña R. fuera la segunda de las partes de la contienda.

- En septiembre de 1965, doña R. donó a su hija doña D. E. la llamada planta segunda de la casa número 6 actual de la Avenida del T., contisutida por las plantas primera y segunda de la edificación.

8. Una de las casas colindantes con la número 4 de la Avenida del T. (la afectada por la «limitación» establecida en el convenio de 1943) era la número 2 bis, que como queda dicho formaba parte de la herencia de don Venancio y como tal fue adjudicada a dos de las herederas. La otra finca colindante era la casa entonces numerada con el 6 (luego pasó a ser número 10) de la misma Avenida del T. Esta última casa pertenecía a doña A. B. L., hermana política de don Venancio y contadora-partidora de su herencia. Esta señora, por tanto, no era heredera de don Venancio ni suscribió el convenio de 19 de mayo de 1943.

En 1970, doña A. B. L. vendió la referida casa número 6 antiguo a don V., hijo y heredero de don Venancio E. C. y sobrino de la vendedora. Pues bien, el 28 de diciembre del mismo año 1970 doña A. B. L. otorgó acta notarial de manifestaciones en la que, después de referir ciertos hechos relacionados con la herencia de don Venancio E. C.—intrascentes para nosotros—dicha señora decía:

h) Que a través de las referencias que ha obtenido la compareciente de ese su indicado sobrino (*se refería a don V.*), en la actualidad la representación de la herencia de doña I. E. B. (*recordemos que esta señora era una de las hijas y heredera de don V. E. C., y en concreto una de las adjudicatarias de la casa afectada por la «limitación» que nos ocupa*), entiende que si bien está obligada a respetar la limitación consignada en el acuerdo privado de 19 de mayo de 1943 en lo que atañe a la finca que pertenece a doña R. de E. (*es decir, a la antigua casa número 2 bis*), no ocurre lo mismo con la que fue de la exponente y que ha enajenado a don V. de E. (*esto es, la casa número 6 antiguo*), ante la cual, y a instancia de este último, al objeto de que quede clara y fehaciente constancia de lo realmente querido y acordado por unos y otros al establecerse dicho acuerdo familiar de 19 de mayo de 1943, doña A. B. L., aquí compareciente, declara solemnemente por ante la fe del suscrito Notario, además de cuanto hasta ahora ha expuesto:

1.º Que todos los firmantes del acuerdo privado repetido de 19 de mayo de 1943 quisieron referirse en la expresada cláusula del mismo no sólo a la casa que se adjudicó a doña R. y doña A. de E. B., sino también a la casa contigua por el otro rumbo, que era propiedad de la exponente, pues de otro modo no tendría sentido la expresión del convenio que se refería a «las casas colindantes», debiéndose haber dicho que la limitación sólo operaría a favor de la casa colindante que se adjudicaba en la participación a doña R. y doña A. de E. B., y no a favor de la propia exponente.

2.º Que el motivo de que el beneficio derivado de dicha limitación llegara también a la casa que era entonces propiedad de la exponente no tuvo en absoluto carácter económico, sino puramente familiar, sin precio o compensación alguna en metálico, pues tratándose

de una propiedad de quien era hermana de la viuda de don Venancio de E. C., y viudo a su vez de otra hermana del mismo don Venancio de E. C., y tío de los herederos del mismo, el acuerdo se inspiró en un trato de conjunto de las propiedades a que se refiere, de modo que no pudieron resultar perjudicadas por la participación las dos propiedades colindantes con la casa adjudicada a doña R. y doña A. de E. B.; y que a mayor abundamiento todos los señores E. B., hijos de don Venancio, trataban a la exponente con singular afecto, siendo éste bastante para justificar que operase a su favor la expresada limitación, máxime cuando era lógico que en el futuro fuese a parar su dicha finca a los propios sobrinos indicados o algunos de ellos.

3.º Que la compareciente no fue extraña a la negociación y concierto del convenio privado de 19 de mayo de 1943; antes al contrario, trató con su hermana y sus sobrinos acerca de su contenido y alcance, mostrándoles entonces mismo su aceptación de cuanto en tal convenio privado se expresaba en lo relativo a su dicha finca.

4.º Que una vez logrado el convenio privado antedicho se pudo proceder seguidamente, como ya ha expuesto, a la formalización de la escritura de partición del caudal relicto al fallecimiento de don Venancio de E. C., ajustándose estrictamente a las bases consignadas en el acuerdo privado anterior, si bien las limitaciones antes citadas no se llevaron a escritura pública correspondiente por confiar y considerarse por todos que lo acordado en el seno de la familia en el documento privado sería siempre respetado por unos y otros, como si hubiera constado en escritura pública.

5.º Que, en conclusión, la compareciente estima en pleno vigor y efecto cuanto se acordó en tan repetido documento privado y que, en su consecuencia, la finca por ella enajenada últimamente a don V. de E. B. goza a su favor, como derecho anejo a ella, de la servidumbre que se estableció en 1943, sobre la que se adjudicó a doña R. y doña A. de E. B., pues la exponente, que aceptó en su día el beneficio de la estipulación fijando tal gravamen, no ha renunciado nunca al mismo ni de modo expreso ni de forma indirecta; y que si no había interesado la elevación del documento privado a público para la inscripción registral de la servidumbre fue por considerar que el acuerdo familiar de referencia sería fielmente respetado por todos, dentro, por tanto, de la confianza que en aquel momento concluyó reinando entre unos y otros.»

9. Mediante requerimiento notarial de 15 de abril de 1972, doña R. E. B. (propietaria de parte de la casa número 6—actual—de la Avenida del T.) pretendió que doña I. B. E. (propietaria de la casa número 8) reconociera la existencia de una servidumbre a su favor, siendo predio dominante el perteneciente a la requirente y sirviente el de la requerida doña I. B. E. rechazó tal pretensión.

POSICIÓN Y ARGUMENTOS DE LAS PARTES

De estos antecedentes pueden deducirse las posiciones que adoptaron las dos partes enfrentadas, y que mantuvieron en el período alegatorio de un arbitraje de equidad.

1. Doña R. E. B. sostenía la existencia de un derecho de servidumbre, convencionalmente constituido y de contenido asimilable al de la servidumbre legal de vistas. De la naturaleza real de esta limitación se llegaba a la conclusión de su duración indefinida. Y se solicitaba la elevación a escritura pública del convenio de 19 de mayo de 1943, con vistas a la inscripción de la servidumbre en el Registro de la Propiedad.

Los argumentos de doña R. E. B. eran, en síntesis, los siguientes:

a) Que el texto del convenio de 19 de mayo de 1943 refleja claramente el propósito de las partes de establecer una limitación *sobre un inmueble* (un gravamen real) y no una mera obligación entre los firmantes (u obligación personal), sin perjuicio de que, naturalmente, las ventajas derivadas de la limitación jugasen en favor de personas.

b) Que no obstaba a esta tesis el hecho de que no se hubiera pactado expresamente contraprestación económica, pues la servidumbre convencional puede constituirse gratuitamente. Además, la de este caso tuvo como justificación el deseo de equilibrar el valor de los lotes de la herencia de don Venancio.

c) Que tampoco era relevante el hecho de haberse constituido la servidumbre en documento privado, pues se trataba de un acto que no requiere forma *ad solemnitatem*.

d) Que abonaba esta interpretación la que del convenio de 19 de mayo de 1943 había hecho en acta notarial doña A. B. L., hermana política del testador, contadora-partidora de su herencia y persona, en fin, que había intervenido muy activa y directamente en todas las operaciones que condujeron a la partición de la herencia de don Venancio.

2. Doña I. B. E., por su parte, entendía que la limitación establecida en el repetido convenio de 1943 no podía merecer la calificación de derecho real de servidumbre, constituyendo, tan solo, una obligación personal asumida por las adjudicatarias de la casa afectada, en favor de sus hermanas y en consideración a los vínculos de parentesco que con ellas les unían. En consecuencia, se alegaba que el meritado convenio tenía alcance limitado en cuanto al tiempo y en cuanto a sus beneficiarios. Por lo que se solicitaba de los árbitros que fijasen en su laudo un límite de duración de la limitación pactada. A tal efecto se sugería el plazo de treinta años a contar desde el convenio, plazo ya expirado cuando la controversia se originó.

Basaba esta parte de sus peticiones en los siguientes argumentos: principio de libertad de la propiedad; regla según la cual para que se entienda constituida una servidumbre es preciso que quede claro el propósito de las partes de darle tal carácter; el hecho de que, según afirmaba esta parte, el convenio de 1943 hubiese sido redactado por un

acreditado Notario, circunstancia que excluía la presunta servidumbre, ya que si esto se hubiera querido sin duda lo habría manifestado claramente el redactor del documento; y se invocaba, en fin, la extraordinaria y desproporcionada onerosidad resultante de la limitación del caso, citándose, a tal efecto, el artículo 1.289 del Código civil.

ANÁLISIS DE LA CUESTION

1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El nudo del problema quedó, a nuestro juicio, bien planteado por las partes. Se trataba de determinar si el convenio de 19 de mayo de 1943, en su estipulación segunda, es constitutivo de un derecho real de servidumbre, o si, por el contrario, solamente engendró una obligación negativa de no edificar, a cargo de las adjudicatarias de la casa número 4 de la Avenida del T., y en favor de «los demás propietarios de las casas colindantes».

Una de las dos partes trajo a colación, en el período de alegaciones, los conceptos de *servidumbre personal* y de obligación *propter rem*. Sin embargo, la alusión no nos parece del todo correcta. O, más que correcta, sugerente. Porque, por lo que a la primera categoría se refiere (servidumbre personal), además de ser discutida y discutible su configuración dogmática y por tanto su eficacia, no parece la figura aplicable al supuesto debatido, dado que implica una forma de aprovechamiento de cosa ajena que ni conceptual ni históricamente corresponde a una «limitación» como la que nos ocupa.

Por lo que respecta a la eventual caracterización de dicha «limitación» como una obligación *propter rem*, cabe decir que esta figura, además de ser ajena a nuestra tradición jurídica y a nuestro Derecho positivo, no añadiría nada nuevo a los términos de la contienda aquí planteada ya que, en definitiva, el decir que estamos en presencia de una obligación *propter rem* sólo tendría consecuencias, en su caso, en relación con terceros ajenos al pacto de 1943; y aquí no hay tales terceros. Para las partes intervinientes en el conflicto, la eventual obligación *propter rem* no tiene otro significado que el de una obligación más, es decir, una obligación normal y corriente, si bien caracterizada por una correlación fáctica («el deudor es el dueño» - «el acreedor es el dueño») que en nuestro supuesto es de todo punto irrelevante.

2. SERVIDUMBRE NEGATIVA Y OBLIGACIÓN DE NO HACER

1. La distinción entre ambas categorías es una de las más complejas cuestiones que se plantean en técnica jurídica. Es, además, un claro exponente de las dificultades que en un plano superior entraña la diferenciación entre derechos reales y derechos de crédito. Algunas de las objeciones doctrinales que se han emitido contra este último y tradicional binomio encuentran perfecta aplicación en la dualidad que ahora nos ocupa. Hasta tal punto es así, que no pocos autores sostienen que las llamadas servidumbres negativas son siempre obligaciones. E incluso, aun aceptando en un terreno teórico que derecho real y derecho de crédito son cosas diferentes (al menos por razón de sus distintos efectos y de su también diversa reglamentación jurídica en puntos indudablemente importantes), la dualidad *servidumbre negativa-obligación de no hacer* tiene el mérito de mostrar con claridad ciertas incongruencias que resultan de la aplicación tajante de los rasgos que desde siempre se vienen considerando como diferenciales entre derecho real y derecho de crédito. Un ejemplo puede ser, a nuestro juicio, la distinta actitud que nos imponen ciertos principios técnicos ante el elemento *tiempo de duración* de la relación jurídica. Mientras que aceptamos como indiscutible la perpetuidad de un derecho real (la servidumbre negativa en este caso), nos resistimos a admitir una obligación negativa (la de no edificar de nuestro supuesto) de duración indefinida. De nada nos sirven las posibles semejanzas reales que puedan existir entre dos figuras jurídicas, o la identidad de los móviles que hubieran podido impulsar a las partes intervinientes en una y otra. Lo que nos lleva, un tanto apresuradamente, a afirmar que esta concreta obligación asumida por un sujeto *no debe* tener una duración indefinida es el hecho (en definitiva, una sutileza técnica) de haber concluido *con anterioridad* que dicha obligación *es fruto de una relación obligatoria y no de un derecho real*. Luego tendremos oportunidad de volver sobre este punto concreto.

En teoría, los criterios distintivos entre los derechos reales y los de crédito perfilan con cierta claridad la fisonomía de las figuras que estamos considerando. La primera, la servidumbre negativa, como derecho real que es, implica un deber de no actuar que está ligado a la condición de propietario del fondo sirviente; un deber que se transmite con la finca misma a los sucesivos dueños (en su caso, mediante los necesarios instrumentos de publicidad) y que es, por definición, perpetuo. La obligación negativa, por el contrario, deriva de un vínculo personal entre acreedor y deudor, no afecta a terceros (a no ser que juegue el mecanismo de transmisión convencional del crédito o de la deuda), y tiene una

duración limitada, que a falta de convenio establecerá discrecionalmente el juez.

2. No obstante, esta distinción trazada en teoría adolece a un apriorismo: el de suponer que sabemos de antemano cuándo un concreto derecho es de naturaleza real y cuándo de carácter obligacional o de crédito. Y tal conocimiento previo—nuestro caso es un ejemplo muy revelador—no siempre se da. Hay, en efecto, supuestos en que el razonamiento debe invertirse: no se trata de aplicar las consecuencias de este derecho real o de este derecho de crédito, sino que el problema consiste en determinar a cuál de las dos categorías corresponde un concreto poder jurídico que la realidad nos suministra.

No hay problema alguno, desde luego, cuando las partes han manifestado *expresamente* que lo que pretenden es la constitución de un derecho real o de uno de crédito. Pero a falta de esta explícita declaración, la calificación jurídica llevada a cabo por un tercero ajeno al pacto resulta tarea muy comprometida. Sobre todo, si se tiene en cuenta que en nuestro Derecho rigen los siguientes principios: 1) que las partes gozan de absoluta autonomía para dar a sus pactos contenido real u obligacional; 2) que se mueven también dentro de la más amplia libertad a la hora de configurar la relación jurídico-real de servidumbre, pues les basta sujetarse a los rasgos genéricos que a esta figura asigna el artículo 530 del Código civil; 3) que, en virtud del principio espiritualista que domina nuestro sistema contractual, los contratantes no se hallan sujetos a ningún requisito de carácter formal para la constitución de un derecho de servidumbre; y 4), que nuestro sistema publicitario en materia de inmuebles no exige, para la válida constitución de una servidumbre, condición alguna de oponibilidad a terceros, ya que puede nacer, existir y extinguirse con plena eficacia *inter partes* aunque no haya apariencia externa o instrumento de publicidad.

3. El deslinde entre servidumbre y obligación negativa ha sido frecuentemente tratado por la doctrina. Dentro de nuestra patria, y por ser una de las más modernas aportaciones, citaremos la de Díez-Picazo (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, págs. 446-447). Y entre las extranjeras, una de las más clásicas: la de MESSINEO (*Le servitù*, Milano, 1949, págs. 53-54).

Hay opiniones radicales, como las de quienes niegan la distinción entre derechos reales y de crédito, o reducen sensiblemente el número de los primeros, hasta llegar, ciertos autores, a la conclusión de que no hay más derecho real que el de propiedad. Algún autor, aun admitiendo la distinción, niega que pueda aplicarse a los *deberes de no hacer*, que creen deben insertarse en todo caso en el terreno de las obligaciones. Pero

la doctrina mayoritaria entiende aceptable la diferenciación conceptual entre servidumbre y obligación negativas. Su argumento fundamental es el respeto a la voluntad de las partes, que también en el caso de los deberes negativos—se dice—es soberana y puede dar a los pactos, por tanto, bien un alcance personal y limitado, bien una eficacia real y absoluta. Los posibles problemas prácticos que pueda plantear el respeto al interés de terceros quedarán salvados mediante los sistemas de publicidad inmobiliaria que el ordenamiento jurídico adopte en cada caso.

En consecuencia, para determinar en un caso concreto ante cuál de las dos figuras jurídicas nos hallamos, es obligada la indagación de la voluntad de las partes descubriendo qué efectos quisieran dar al pacto correspondiente.

4. Ahora bien, la interpretación de todo convenio cuyo alcance sea discutible ha de basarse, según sostiene la doctrina, sobre la idea o principio de *libertad de la propiedad*; por tanto, se impone una interpretación restrictiva de los términos del acuerdo que puedan engendrar un gravamen real, y en concreto una servidumbre.

El principio de libertad de la propiedad, que en último término descansa sobre la enfática fórmula del párrafo primero del artículo 438 del Código civil, constituye uno de los pilares de la ordenación legal del dominio. Nuestro régimen patrimonial es manifiestamente enemigo de toda limitación de la propiedad e incluso incompatible con ciertas formas de vinculación perpetua; de esta mentalidad resulta una tendencia doctrinal y jurisprudencial que propugna la interpretación restrictiva que antes mencionábamos, abonada, por otra parte, por una regla hermenéutica de indudable arraigo (*odiosa sunt restringenda*), que bien puede proyectarse, aunque no sea ese su más adecuado campo de actuación, a la interpretación del contrato.

Citemos, entre las más recientes expresiones doctrinales, la de Díez-PICAZO. Este autor (*Fundamentos...*, cit., pág. 447), después de aludir a las dificultades que entraña la distinción entre servidumbre negativa y obligación de no hacer, dice que es a los interesados a quienes compete atribuir a su negocio uno u otro alcance. «Sin embargo—añade—a falta de una expresa declaración de voluntad sobre el particular, el negocio deberá ser interpretado como simple obligación, pues así lo impone el principio de libertad de la propiedad.» Este es el criterio que ya había manifestado el mismo autor en su comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 1897 (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Madrid, 1966, pág. 232).

5. DOCTRINAS JURISPRUDENCIAL Y REGISTRAL

El Tribunal Supremo se ha planteado en alguna ocasión el problema que nos ocupa y a veces lo ha hecho en su misma raíz, es decir, en la distinción entre derechos reales y de crédito. Así, la sentencia de 13 de noviembre de 1929 (*Jurisprudencia civil*, tomo 191, págs. 203 ss.) señala como «no exenta de vacilaciones y dudas en el Derecho científico, y aun en el positivo, la verdadera esencia y diferencia entre el derecho real, *in re*, y el personal o de obligaciones, lo cual hace difícil fijar la del servidumbre (sic), como derecho inherente a la cosa, sin consideración a la persona...»

En lo que toca a la distinción entre servidumbre y obligación, nuestro Tribunal Supremo se ha adherido a la tesis de la libertad de la propiedad y al criterio de interpretación restrictiva.

En sentencia de 4 de noviembre de 1897 dijo: «...en los contratos en que se constituye servidumbre o se establece gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar *bien expresa la voluntad de las partes* sobre estos extremos, *sin que sea lícito interpretarla extensivamente...*».

En la de 13 de noviembre de 1929, antes citada, manifestó que «es doctrina legal reiteradamente declarada que *toda propiedad se supone libre* mientras no se prueba la existencia o constitución legal de servidumbre u otro derecho limitativo del dominical que corresponde al propietario», por lo que «...al demandado que afirma la existencia de servidumbre como derecho real toca probar la certeza de su aseveración».

La sentencia de 4 de junio de 1964 recayó en un asunto en el que una de las dos partes sostenía que en determinado convenio se había establecido servidumbre personal sobre un edificio. El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre los requisitos del negocio constitutivo de la servidumbre personal y exige, entre otras cosas: «... Que para la efectividad del gravamen limitativo del dominio se establezca, de manera clara e indiscutible, en armonía con lo que es y significa el derecho real, una acción *erga omnes*...» Este criterio merece, a nuestro juicio, alguna consideración, pues creemos que su formulación literal peca de exagerada. Parece deducirse de las palabras del Tribunal Supremo que para la existencia de un derecho real, como lo es el de servidumbre, se requiere que las partes que la convienen establezcan de manera expresa una «acción *erga omnes*», es decir, que explícitamente señalen que el derecho por ellas establecido puede ser ejercitado mediante una acción de tal carácter. Pero no nos parece posible aceptar esas palabras de modo

literal. Resulta, en efecto, desproporcionado pretender que las partes tengan que hacer uso de un tecnicismo—cual es la mención de la «acción *erga omnes*»—para considerar que sólo entonces han establecido de verdad una figura de carácter real. La acción *erga omnes* es uno de los efectos que resultan de ser un derecho real, y no de otra clase, pero entendemos que no es preciso que los constituyentes tengan que hacer referencia a esta circunstancia, puramente refleja o deducida para crear válidamente, si así lo quieren, un poder jurídico de eficacia real. Lo que sí parece más aceptable—y esto es lo que constituyó la *ratio decidendi* del fallo—es que la constitución de una servidumbre exija que las partes quieran gravar el predio sometido o sirviente—y así lo manifiesten—de manera perpetua y con independencia de la identidad de los sucesivos dueños de las fincas intervinientes (la afectada por el gravamen y la beneficiada por él).

La doctrina registral, por su parte, se identifica con estos criterios.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de abril de 1930 manifiesta que «la doctrina condensada en la frase *numerus apertus* no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real».

Y la de 27 de octubre de 1947 dice: «... Ofrecería serios reparos reputar como válidamente constituido un derecho real de servidumbre que el mismo funcionario autorizante no se atreve más que a calificar genéricamente de 'derecho'...»

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROBLEMA

1. Cuando el jurista, ante un caso concreto, intenta llevar a cabo una función de análisis de cualquier figura o institución, examina primero los datos objetivos que tiene a su alcance. Luego reúne o coordina adecuadamente esos datos, hasta descubrir su «naturaleza jurídica». El siguiente paso del proceso consiste en dar a esa realidad que ante él se presenta un «nombre jurídico»; en verdad, lo que hace es encasillar el supuesto de hecho en alguno de los moldes (meros conceptos) que su propia formación técnica pone a su disposición; son conceptos prefabricados, de una fisonomía más o menos perfilada por obra de la ley, de la doctrina de los Tribunales o de la de los autores; así, ante uno u otro supuesto decide, por ejemplo, que esto es una permuta, o una donación por razón de matrimonio, o un derecho de uso, o un legado de residuo, o un caso de acrecimiento. El paso final viene cuando concluye que a este supuesto, dotado de tal naturaleza jurídica y de tal nombre, le es aplicable esta concreta reglamentación jurídica (regulación *en Derecho*).

Todo este proceso es teóricamente irreprochable. Pero encierra un grave peligro para el jurista: el de que éste, que quíeralo o no no puede desprenderse de su formación (con su algo de deformación) profesional, sienta excesiva atracción por los conceptos y dé a sus razonamientos un desmedido sentido técnico, sin reparar en que ni los conceptos ni la técnica jurídica dominan el discurrir normal de la vida, ni unos y otra pertenecen a la formación y a la cultura del común de los mortales.

En el caso que ahora contemplamos, por ejemplo, el juzgador desarrolla toda su actividad en función de un propósito bien definido: determinar si en la cláusula debatida se constituyó un derecho real de servidumbre negativa o una obligación de no hacer. Pero obsérvese que los dos términos de esta disyuntiva, al igual que los de aquella otra, más amplia, en que ambos tienen su asiento (derecho real-derecho de crédito), son conceptos técnicos que de ordinario no son conocidos—aunque acaso puedan intuirlos—por quienes otorgan convenios del estilo del que ahora nos ocupa.

El planteamiento del conflicto, muy parecido a tantos otros que encontramos en la vida real, no deja de ser curioso. En efecto, las partes, debidamente asesoradas por juristas—sus respectivos Letrados—, formulan al juez una pregunta en unos términos técnicos que casi con toda seguridad podemos afirmar que ignoraban cuando concertaron el convenio. Le preguntan si lo que *ellas mismas* constituyeron hace casi treinta años fue un derecho real o un derecho de crédito. Y no es que la cuestión les interese por razones de rigor jurídico, o a causa de una curiosidad de profano, sino que lo que les importa son *las consecuencias* que van a resultar según el juzgador se incline por una u otra calificación. Y aquí es donde se observa esa cierta incongruencia que antes apuntábamos, porque resulta que el juzgador, para llegar a la calificación *técnica* exacta (derecho real o derecho de crédito), ha de tener en cuenta, precisamente, *las consecuencias de que los propios contratantes quisieron revestir el pacto que concertaban* (si querían que surtiese efectos a perpetuidad o sólo por cierto tiempo, si pretendían vincularse ellos solos u obligar o beneficiar también, etc.). Por otra parte, como el jurista se ve constreñido por ciertas reglas o principios de carácter exclusivamente técnico-jurídico, bien puede suceder que al llevar a cabo su análisis desfigure, porque no tiene otro remedio, la verdadera voluntad de las partes. Imaginémoslo, por seguir con nuestro ejemplo, que los signatarios del convenio de 1943 hubieran querido que la limitación acordada tuviese una duración indefinida, pero en tanto en cuanto la casa gravada, o la beneficiaria, o ambas a la vez, siguiesen perteneciendo a sus respectivas adjudicatarias o a sus herederos. Esta última circuns-

tancia impediría al juzgador considerar que lo que se convino fue un verdadero derecho real—al quedar descartada explícitamente la eficacia *erga omnes* del pacto en cuestión—, por lo que se vería irremisiblemente abocado a la tesis del derecho de crédito y de la correlativa obligación de no hacer. Pero he aquí que en el terreno de las obligaciones de este tipo (de no hacer) domina el principio doctrinal según el cual no cabe admitirlas por tiempo indefinido o ilimitado. En su virtud, el juzgador tenderá a hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1.128 del Código civil para fijar el plazo de duración de la obligación, y señalará un concreto, más o menos largo pero siempre en disconformidad con lo que las partes, según nuestra hipótesis, quisieron y manifestaron querer.

2. Por lo que hace a nuestro caso, creemos que se impone una actitud de suma cautela cuando se trata de declarar la existencia de un derecho de servidumbre, dados los notables efectos que de este derecho real derivan.

No creemos necesario, desde luego, que los contratantes utilicen el apelativo técnico de la figura («servidumbre»), y tampoco que hagan uso de otras expresiones, también técnicas, que induzcan a pensar en ella y no en otra institución. Pueden ser expresiones como las siguientes: «efectos reales», «efectos o acción *erga omnes*», o simplemente «derecho real».

Pero sí estimamos obligado pedir que los contratantes describan con suficiente claridad—cualesquiera que sean los términos usados—los rasgos definitorios de esta clase de derecho. En concreto, cuando las partes no utilicen términos técnicos representativos del contenido de la servidumbre, entendemos que es inexcusable la concurrencia de dos requisitos: 1) la voluntad de permanencia o continuidad de la figura constituida; y 2), la pretensión de que el convenio concertado siga desplegando sus efectos aun en el caso de que los predios interesados pasen a manos diferentes de las de los dueños actuales. Y en cuanto a este segundo extremo, todavía cabe, a nuestro juicio, algún matiz, ya que no es razonable pedir que el individuo medio haga tan largas previsiones. Lo que a nuestro entender se precisa y basta para poder hablar de servidumbre es que exista el propósito de establecer una ventaja, no en favor de una persona actual, ni aun de sus herederos, sino en beneficio de una finca, como elemento que contribuye a su enriquecimiento o revaloración material o a su más fácil o cómoda utilización. Dicho de otro modo, entendemos que es necesario que conste de algún modo la voluntad de las partes de hacer del beneficio que se establece algo inherente al predio favorecido. No es preciso que dicha voluntad sea explícita; puede ser tácita,

manifestada a través de una conducta o deducida de hechos concluyentes; pero en todo caso ha de ser una voluntad clara y precisa. A nuestro modo de ver, sólo es posible aplicar los caracteres típicos de la servidumbre (sobre todo la perpetuidad y su eficacia contra y a favor de quienquiera que sea propietario de una y otra fincas) cuando consta de modo indubitado que los contratantes se representaron estos efectos y consintieron en ellos.

5. INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO DE 19 DE MAYO DE 1943

1. Volvemos al caso objeto de nuestro análisis. Se trata de descubrir en él, haciendo uso de todos los elementos interpretativos a nuestro alcance, cuál fue el propósito que movió a las partes cuando suscribieron el pacto de 1943. Y como observaciones previas a esta actividad interpretativa creemos oportuno formular las siguientes:

a) Como antes hemos dicho, no podemos orientar nuestra indagación en el sentido de intentar descubrir si los contratantes pretendieron constituir un derecho real, o si, por el contrario, lo que quisieron fue establecer una obligación (que implica su correlativo, un derecho de crédito). Creemos, mejor, que lo que se ha de preguntar es el alcance temporal que las partes quisieron dar a la «limitación» acordada (si había de mantenerse por poco tiempo, o por mucho, o para siempre); del mismo modo, será necesario saber si las partes tenían conciencia de que el pacto sólo les obligaba o beneficiaba a ellas mismas, o si, en otro caso, tenían la convicción de que la limitación había de ser soportada por quien fuera propietario en cada momento y en beneficio de los dueños de las fincas colindantes, quienesquiera que éstos fuesen.

b) En segundo lugar, y en aplicación de las palabras del artículo 1.281 del Código civil, hoy que notar que en este caso, a nuestro entender, los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes. En efecto, éstos expresan con gran precisión lo que quieren: que las adjudicatarias de la casa número 6 no construyan por delante de la línea de la fachada del edificio sin autorización de los dueños de las fincas contiguas. La «limitación de no edificar» está más que suficientemente representada. Pero sobre lo que sí hay oscuridad en los términos, y por tanto, dudas acerca de su interpretación, es sobre la *total* intención de las partes: no queda expresado suficientemente el alcance temporal y el radio de acción o eficacia que se pretende dar a dicha limitación.

Hacemos esta observación porque el artículo 1.282 del Código civil y la cardinal regla interpretativa que en él se contiene (primacía de la

intención sobre las palabras) parecen estar animados por la idea de una contradicción o incompatibilidad entre intención y palabras usadas («si las palabras parecen *contrarias...*»). Pero no se alude al supuesto de que las palabras reflejen la intención, *pero no toda ella*.

En nuestro caso se trata de buscar una intención en parte no expresada pero en ningún caso incompatible o contradictoria con la que sí se explicitó.

c) En último término, creemos obligado manifestar que después de haber utilizado los diversos medios interpretativos hemos llegado a la personal convicción que las partes, al suscribir el convenio de 1943, probablemente ni siquiera se plantearon—ni en su fuero interior ni externamente—las preguntas que ahora decimos que son fundamentales, visto el caso desde fuera y a muy largo plazo.

En efecto, como en tantas otras ocasiones el intérprete corre el riesgo de poner en la intención, si no en la boca, de los contratantes ideas, propósitos o designios ajenos a la representación de las cosas que aquellos tuvieron *in mente* en el momento de contratar.

Supongamos, al menos como hipótesis aplicable a nuestro caso, que los firmantes no ya no se hubieran planteado *entre sí* (por tanto, de forma exteriorizada) la cuestión relativa a la duración y alcance personal de la limitación convenida, sino que incluso ni siquiera se hubieran planteado *a sí mismos* tales preguntas cuando suscribían el convenio.

Caben por tanto, y así debe pensarlo el intérprete, dos primeras posibilidades: 1) que los contratantes llegasen a un acuerdo unánime sobre los extremos que ahora nos preocupan, y que sin embargo no manifestasen expresamente tal acuerdo; en este caso, la función interpretativa lo es en un sentido puro y propio, pues lo que intenta es llegar a saber cuál fue aquel acuerdo; 2) la otra posibilidad es la de que los contratantes no se hubieran planteado o hecho cuestión de aquellos extremos, en cuyo caso ha de ser el juzgador quien integre aquella «laguna del contrato»; pero obsérvese que en esta segunda alternativa no podemos decir con rigor que la función del juzgador sea la de interpretar el contrato (considerado como concurrencia de consentimientos), ya que vana sería su pretensión de hallar una voluntad que por hipótesis no ha existido; más bien diríamos que en este caso el juzgador lleva a cabo una «integración objetiva» del contrato, entendido ahora éste como regla u ordenación de comportamientos para un futuro más o menos dilatado.

Y aún es posible una tercera hipótesis: la de que los contratantes se hubieran planteado internamente en el momento de contratar las preguntas o extremos que ahora se ofrecen ante nosotros (duración y extensión de la limitación), pero que se las hubieran resuelto a sí mismos (sin salir

por tanto de la esfera de su interioridad) de forma distinta. Por ejemplo, creyendo o dando por supuesto las adjudicatarias de la finca afectada por la limitación que ésta sólo les obligaría mientras viviesen las adjudicatarias en las casas colindantes, o mientras se mantuviera la configuración de estas últimas, o hasta que dejaran de surtir efectos otros acuerdos insertos en el convenio de 1943, etc. Y, por el contrario, dando por supuesto las beneficiarias de la limitación que ésta duraría por siempre, siendo un factor ventajoso de su propiedad y por tanto inherente a ella, indiferente a los posibles cambios de titularidad en el dominio de la finca gravada y, en consecuencia, susceptible de aprovechar también a cualquier futuro dueño de sus propias fincas.

En esta tercera hipótesis, y en base a una concepción voluntarista del contrato, habría que afirmar que la estipulación que estamos comentando fue nula, por no existir coincidencia entre las voluntades de ambas partes. Las dos quisieron contratar, pero persiguiendo cada una de ellas una cosa distinta en extremos de capital importancia—por lo que se refiere al punto concreto de la «limitación» impuesta sobre una de las fincas—: una quería que fuese perpetua ventaja para su propio inmueble, y la otra sólo pretendía quedar obligada para con los demás contratantes y en todo caso por tiempo limitado.

Dentro todavía de este tercer supuesto imaginario, y a pesar de nuestra primera afirmación, se hace difícil sostener la tesis de la nulidad de la cláusula debatida. En primer lugar, porque cualquiera que fuese la representación que a sí mismas se hicieran las partes sobre la duración y alcance de la «limitación» en el momento de convenirla, lo cierto y evidente es que quisieron implantarla, observación que nos remite a la facultad integradora que en favor del Juez establece el artículo 1.128 del Código civil. En segundo término, porque la nulidad de esta particular cláusula podría conducirnos fácilmente a la tesis de la nulidad de todo el convenio de 1943, con sólo entender que el pacto por el que se establecía la limitación sobre aquella finca era «objeto principal del contrato» o uno de sus objetos principales (en aplicación del párrafo 2 del artículo 1.289 del Código civil).

En relación con el mandato de este segundo párrafo del artículo 1.289 del Código, y dicho sea como inciso, permítasenos relatar brevemente otro caso en que tuvimos oportunidad de intervenir.

Se trataba de interpretar un contrato de los llamados de «arrendamiento de cantera», cuyo objeto era la concesión de permiso para extraer piedra ofita de una cantera propiedad del concedente. El precio se había pactado *a tanto por metro cúbico* de ofita extraída. Llegado el momento de proceder a la primera liquidación parcial (cuando el concesionario sólo había entregado al dueño de la cantera ciertas cantidades a cuenta), las partes discreparon sobre la interpretación de la expresión «metro cúbico». Una de ellas, la concesionaria, afirmaba que se trataba

de metro cúbico medido «en rama», es decir, puesto o visto en la veta misma de la cantera. Alegaba que ésta es la forma ortodoxa de medir o cubicar los materiales de cantera, y que ésta había sido su representación de las palabras «metro cúbico» cuando convino en el contrato. Por su parte, el dueño de la cantera sostenía que los metros cúbicos de piedra se entienden «de piedra triturada», que es como se comercializa este producto.

La discusión no era ningún bizantinismo, pues basta tener en cuenta que la proporción entre la densidad de la piedra ofita en rama y la triturada es de 2,7 a 1 para comprender que lo que se discutía era un precio por las extracciones que oscilaba, según las partes, entre una y otra magnitud (de 1 a 2,7). Diferencia muy sustanciosa.

En este caso, y prescindiendo ahora del desenlace que tuvo la disputa, parece evidente que si no se hubiera podido llegar a conocer la «intención o voluntad de los contratantes», el contrato habría de reputarse nulo por recaer la incógnita sobre el objeto principal del pacto o uno de sus elementos esenciales: el precio.

2. Descendiendo ya al detalle concreto del convenio de 19 de mayo de 1943, vamos a analizar los elementos interpretativos a nuestro juicio relevantes.

En primer lugar, llama la atención la fecha del documento, que puede ser muy significativa de los propósitos que sus firmantes albergaban al suscribirlo. Se convino el acuerdo el 19 de mayo de 1943, sólo ocho días antes de la formalización de las operaciones particionales de la herencia de don Venancio E. C. La proximidad de las fechas hace pensar que el cuaderno particional estaba ya redactado cuando se firmó el documento que nos ocupa, y su propio encabezamiento («Condiciones particulares que convienen entre sí...») induce a suponer que lo que los contratantes pretendieron con él fue ordenar de un modo satisfactorio para todos ciertos aspectos referentes a la utilización o explotación de los bienes constitutivos de la herencia de don Venancio. Pero se trata de aspectos o cuestiones de carácter más bien secundario, pues se ve que lo fundamental, las adjudicaciones de bienes, habían sido ya acordadas, o en su caso impuestas, con anterioridad. Son además cuestiones que podríamos llamar perezederas o de corto alcance. Pensemos, por ejemplo, en el señalamiento de rentas o en el pacto sobre la forma de pagar al chófer jubilado y además presumiblemente corto. Parece, en suma, que se está considerando el estado *actual* de las cosas y un futuro muy próximo, nada más. Todo ello, por supuesto, referido al momento en el que el pacto se firmó.

3. Por otra parte, del tenor literal del convenio no se extraen conclusiones contundentes. La redacción del debatido párrafo segundo del apartado segundo, así como su sentido dentro del contexto de todo documento, autorizan a sustentar una y otra tesis.*

Existen en la redacción literal del convenio ingredientes de sentido *preponderantemente* obligacional («condiciones particulares que con-

vienen...», «sin autorización de los demás propietarios», «*comprometiéndose* al aceptar su adjudicación esta *condición*»). Tiene, en cambio, apariencia de figura jurídico-real la expresión «que esta *casa* tenga como *limitación*», que encabeza el párrafo discutido, si bien es cierto que esta última frase y su alusión a «la casa» pueden entenderse como referencia indirecta a los adjudicatarios de la misma, que resultan designados después de enunciarse la limitación, no antes.

4. También puede tener algún significado para el intérprete, ocupado en la difícil misión de hallar una *verdad* que posiblemente nunca sabrá con certeza si lo fue en realidad, el hecho de que la limitación discutida no se introdujo en las operaciones particionales de la herencia de don Venancio. Esta circunstancia no basta, desde luego, para negar eficacia real el pacto de que venimos tratando, pero sí puede ser, a falta de otras pruebas, un indicio revelador de lo que las partes quisieron al establecerlo no fue sino asegurarse de que el cambio de titularidad de la casa número 4 (cambio resultante de la misma partición hereditaria) no iba a afectar a la configuración del solar en que se halla sita; en otras palabras, de que sus adjudicatarias no iban a perturbar las luces y vistas de que ya entonces venía gozando la casa número 2 bis. Pero no creemos que del pacto en cuestión se hubiera querido hacer un instrumento de cambio de la condición jurídica del inmueble (de libre, convertirlo en gravado), ya que este propósito debió haber tenido entonces—aunque ciertamente en menor medida que hoy—unas consecuencias suficientemente gravosas para justificar su inclusión en el cuaderno particional de la herencia, llamado a ser inscrito en el Registro de la Propiedad. La alegación de que si no se formalizó notarialmente aquel pacto (y con ello la pretendida servidumbre) fue por razones de confianza familiar, no parece muy estimable cuando una de las partes la contradice; sobre todo, si se tiene en cuenta que en el cuaderno particional sí se recogieron otras limitaciones («un derecho de luces y vistas» y un derecho de paso de vehículos en la zona limítrofe entre las casas 2 y 2 bis), generadoras de dos derechos—sobre todo el segundo—de un contenido económico y de una onerosidad muy inferiores a los que hubiera deparado una servidumbre sobre la casa número 4 (aun teniendo en cuenta la mentalidad y el valor del suelo de aquel entonces).

5. Merece atención, también, la opinión que doña A. B. L., contadora-partidora de la herencia, expresó en el acta notarial de 28 de diciembre de 1970. Una de las partes contendientes, en concreto la que sostiene la tesis del gravamen real, pone el acento en el criterio manifestado por dicha señora. Pero su testimonio, con ser muy respetable, no parece suficiente para crear una cabal convicción de que, en efecto, los

contratantes quisieron atribuir a su convenio las consecuencias que resultan de un derecho real. Cuando dicha señora habla, en un único lugar, de servidumbre y de inscripción registral, se refiere a su apreciación personal acerca del alcance de la figura controvertida, pero no aporta dato objetivo alguno que permita llegar a la convicción de que su parecer fuera también el de los contratantes.

Recordemos que la referida doña A. B. L. no fue parte en el convenio de 19 de mayo de 1943; y, aunque no fuera extraña a él, e incluso aunque pudiera haber intervenido en su preparación, lo cierto es que de aquel acuerdo sólo surgió una estipulación en su favor, acordada por motivos de afecto familiar y sin contraprestación alguna por su parte. Y a pesar de que su ulterior aceptación le legitimó (artículo 1.257, párrafo 2, del Código civil) para exigir el cumplimiento del pacto, es obvio que su pretensión no puede exceder en ningún caso del exacto contenido de la limitación que se estableció sobre la casa número 4, que es precisamente lo que ahora se debate.

El mismo hecho de ser la declarante parte interesada en la cuestión discutida priva a sus palabras de la presunción de objetividad que hubieran merecido en otro caso.

Por otro lado, es muy significativa la circunstancia de que al convenir la limitación se dijese que los dueños de la casa afectada no podían avanzar la línea de su fachada «sin autorización de los demás propietarios de las casas colindantes». Las casas colindantes eran la 2 bis y la 6 (en numeración de entonces: hoy, la 6 y la 10); la 2 bis formaba parte de la herencia y fue adjudicada a dos herederas; la 6, en cambio, pertenecía a doña A. B. L., la referida señora contadora-partidora, que por tanto no era heredera. Llama la atención, por ello, que en el pacto se estableciese la limitación en favor de los dueños de las *dos casas colindantes*. Hubiera sido comprensible que las herederas, cuyos intereses se hallaban en juego en el convenio, hubieran acordado la limitación sólo en su provecho; es decir, que las herederas adjudicatarias de la casa número 4 aceptasen la limitación en favor de las adjudicatarias de la casa colindante número 2 bis, que eran también herederas y firmantes del pacto; no se comprende, en principio, que también se hiciese acreedora del beneficio a la dueña de la casa número 6, que en rigor era una extraña al convenio, aunque fuese una contadora-partidora de la herencia y cuñada del causante. Este detalle nos mueve a pensar que el discutido convenio ha de entenderse inserto en el marco de un mero acuerdo entre familiares, llamado a surtir efectos mientras esas mismas circunstancias familiares se mantuviesen, y, por tanto, carente de la perpetuidad y del carácter absoluto que califican a un derecho—y correlativo gravamen—real.

De no ser así, es decir, si estuviésemos en presencia de un verdadero derecho real, no encontraríamos sentido al hecho de que la dueña de la casa afectada tuviese que soportar el gravamen en favor de un hipotético propietario actual de la casa que entonces pertenecía a doña A. B. L., y que fuese absolutamente ajeno a la familia; por ejemplo, un tercero a quien A. B. L. hubiera vendido su inmueble. La hipótesis es todavía más chocante si se piensa que los dueños de la casa 2 bis podían haber renunciado, por su cuenta y con independencia de aquel imaginario propietario de la casa número 6, a la ventaja resultante de la existencia de la «limitación» debatida.

6. La parte que sostenía la tesis de la servidumbre invocó también la escritura de 21 de junio de 1947, por la que la entonces dueña de una mitad indivisa de la casa número 4 vendía su parte a la propietaria de la otra mitad, doña I. E. B. Recordemos que la casa en cuestión—la afectada por la «limitación»—fue adjudicada por mitades indivisas a dos de las hijas del causante, concretamente a doña M. T. E. B. y a doña I. E. B. Falleció pronto la primera, y su dominio pasó a manos de su madre y única heredera, doña R. B. L. Esta última, por medio de la referida escritura de 1947, vendió su participación en la propiedad de la casa a la otra condueña, su hija doña I. E. B.

Pues bien, en dicha escritura de venta la vendedora «hace constar que según convenio con los dueños de las fincas colindantes... la edificación que existe en la finca no se puede adelantar más hacia la Avenida del T., para no privar de luces y vistas a las otras dos fincas con las que, como se ha dicho, colinda por el este y el oeste la aquí descrita...».

Esta es la primera mención escrituraria de la «limitación» que nos ocupa, y una de las dos partes contendientes la alegaba en defensa de su teoría, es decir, de la de que dicha «limitación» constituía precisamente un derecho real de servidumbre.

Sin embargo, creemos que este hecho no aporta ningún argumento concluyente, ya que lo único que de él se desprende con certeza es que la vendedora de la mitad indivisa (esposa del causante, madre de la compradora y firmante como esta última del convenio de 1943) se consideraba vinculada por la «limitación» establecida en dicho convenio. Es probable que la misma vendedora juzgase que la compradora—su hija—también se hallaba sujeta por la «limitación»—cosa que no tiene nada de extraño si se piensa que dicha compradora se hallaba afectada por ella desde un primer momento, ya que en el repetido convenio se le adjudicó directamente una mitad de la casa en cuestión—, pero ni por un motivo ni por otro encontramos argumentos para sostener que la vendedora, o la compradora, o las dos a la vez, creyesen hallarse sujetas por un gravamen

de las características de un derecho real. Lo único que implícitamente reconocen es que existe una «limitación» en favor de los dueños de las casas colindantes (se vuelve a repetir el plural de «casas», no «casa»), pero esto no constituye ninguna novedad, supuesto que nadie niega la autenticidad del documento de 1943, y supuesto también que lo que se discute ahora es el alcance o significado jurídico de tal «limitación». Que las partes firmantes de la escritura se refiriesen a ella dándole el equívoco nombre que se le dio en el convenio de 1943 (el de «limitación», precisamente) no debe extrañarnos, si se tiene en cuenta que el referido convenio era todavía—entonces—muy reciente: la escritura que comentamos es de 1947.

A nuestro juicio, esta interpretación se ve refrendada por el hecho de que en la misma escritura (de 1947), y en el capítulo de «cargas» se dijese: «Sólo afecta a la finca la limitación que se ha expresado a seguido de su descripción» (es decir, la de no poder adelantar la fachada, etc...). Estimamos que no es ésta la mención característica de una servidumbre, máxime si se tiene en cuenta que aquí interviene ya un Notario autorizante y que en la práctica notarial existen fórmulas muy claramente representativas de lo que es y significa un gravamen de carácter real.

CONCLUSIONES

1. CARÁCTER PERSONAL, NO REAL, DE LA LIMITACIÓN ESTABLECIDA EN EL CONVENIO DE 1943

El enjuiciamiento global del caso que nos ocupa conduce, a nuestro entender, a la conclusión de que los datos de que disponemos no son, por desgracia, suficientes para llegar a una plena y cabal representación de lo que en realidad pretendieron las partes al suscribir la cláusula debatida.

Pero el parecer más sólido, también a nuestro juicio, es el de que los contratantes pretendieron conseguir la homogeneidad de los lotes adjudicados y evitar que la partición afectase al estado de cosas existente a la muerte de don V. E. C. La homogeneidad básica sería la resultante de las adjudicaciones mismas (estos bienes para estos herederos, estos otros para aquéllos, etc.), adjudicaciones que se mantuvieron fielmente en la escritura de protocolización del cuaderno particional. Los demás pactos del convenio de 1943 parecen perseguir, como decíamos, la finalidad de dejar las cosas tal y como estaban a la muerte del causante (así, las rentas de las casas, la obligación de pagar al chófer del finado, etc.).

Y éste *parece* ser también el sentido de la limitación discutida. Doña A. B. L., en el acta de manifestaciones otorgada el 28 de diciembre de 1970 dice que «el acuerdo se inspiró en un trato de conjunto de las propiedades a que se refiere, de modo que no pudieran resultar perjudicadas por la partición de las dos propiedades colindantes con la casa adjudicada a doña R. y doña A. E. B.» Criterio éste que se ve refrendado por el título o rúbrica que se dio al documento («*Condiciones particulares...*»). Creemos estar en presencia de un arreglo entre herederos parientes muy próximos entre sí, circunstancia que explica el que se hiciera beneficiaria de la limitación que nos ocupa a una persona (doña A. B. L.) que no tenía participación alguna en la herencia, pero que era hermana y tía de los herederos firmantes del pacto.

Hay un detalle que nos parece significativo. Se establece que las adjudicatarias de la casa número 4 no podrán avanzar la línea de la fachada de la casa (en una palabra, edificar delante de tal fachada), pero se dice que no podrán hacerlo «*sin autorización de los demás propietarios de las casas colindantes*». Esta alusión a la autorización de los colindantes nos parece que reafirma el carácter no real de la limitación convenida, pues es obvio que aun tratándose de un verdadero gravamen real puede quedar no obstante sin efecto vinculante si los beneficiarios lo permiten; sería un caso de renuncia a un derecho real. Por tanto, o esa referencia a la eventual autorización es obvia e innecesaria, o refleja la idea de que los firmantes del convenio se entienden vinculados ellos solos. Insistimos en que nos parece ilusorio tratar de hallar una voluntad contractual que en el ánimo de los firmantes descansase sobre la dualidad derecho real-derecho de crédito; porque esta precisión escaparía sin duda a los conocimientos técnicos de los intervinientes en el convenio. Lo que creemos debe buscarse es el «espíritu» que animó dicho convenio y en concreto la cláusula objeto de la controversia; para *luego* (y en función privativa del intérprete jurista) optar por una u otra calificación, como medio necesario para resolver sobre lo que realmente divide a las partes, que no es un tecnicismo más o menos académico sino cuestiones muy concretas y prácticas: duración de la limitación, alcance personal, etc.

Por otra parte, de las características de los bienes adjudicados en la herencia y de las valoraciones que de ellos se hicieron en la testamentaria no resulta dato alguno, a nuestro entender, que permita deducir que doña I. y doña M. T. E. B. (adjudicatarias de la casa afectada por la limitación) resultaran especialmente beneficiadas por la atribución de los bienes que les correspondieron. Y aunque parece claro que al aceptar la limitación sobre la casa que se les adjudicaba lo hicieron en la convicción de que así compensaban alguna ventaja sobre sus hermanas colin-

dantes, lo cierto es que se desconoce la entidad de esa eventual ventaja y se carece ahora de los datos objetivos que permitan deducirla. Todo ello, a los efectos de la aplicación del criterio de la «mayor equivalencia», que sienta el artículo 1.289 del Código civil.

Así las cosas, estimamos que las partes, si bien dejaron claro el propósito de la «limitación» del caso, no la describieron con esos caracteres de perpetuidad y eficacia contra y en favor de terceros que son naturales en un derecho real, y quizá más tratándose de una servidumbre. En resumen, nos vemos forzados a extraer una conclusión negativa, muy poco satisfactoria por cierto pero única a nuestro alcance: la de que la limitación acordada no tiene ni en su origen, ni en su formulación, ni en su contexto histórico, los rasgos típicos de un derecho real de servidumbre. La falta de una deseable claridad en el pacto de 1943, conciliada con postulados constantes en la doctrina y en la jurisprudencia, nos lleva a concluir que estamos ante una *obligación negativa*, con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan.

2. ALCANCE PERSONAL DE LA LIMITACIÓN ESTABLECIDA

Se trata ahora de determinar si las partes enfrentadas en la contienda se hallan en la posición de deudora y de acreedora, respectivamente, en relación con la obligación negativa que a nuestro entender existe en el caso contemplado. Por supuesto, el planteamiento de esta cuestión se entiende sin perjuicio de lo que se estime procedente en lo relativo a la duración o extensión temporal de la obligación citada.

De conformidad con el principio de que las obligaciones derivadas del contrato vinculan o surten efecto en favor de los contratantes y de sus herederos (artículo 1.257 del Código civil), es claro que doña R. E. B. goza de la condición de acreedora de la obligación negativa, pues dicha señora fue firmante del convenio de 1943 y la obligación fue establecida precisamente en su favor, junto con otros beneficiarios.

Tampoco suscita dudas la condición de deudora por parte de la otra contendiente, doña I. B. E., dada su calidad de hija heredera de doña I. E. B.—que fue una de las personas que aceptaron la obligación en el convenio de 1943—y de propietaria de la finca sobre la que se estableció la limitación.

En esta última afirmación—la de que doña I. B. E. es todavía dueña de la casa afectada—nos sugiere la interesante pregunta de qué habría sucedido si antes que doña R. E. B. hubiera formulado su pretensión doña I. B. E. hubiese vendido el inmueble a un tercero. Suponiendo que este tercero no tuviera que soportar la obligación—cosa que ocurriría

siempre que dicho tercero no la asumiese a través del correspondiente mecanismo de asunción de deuda—, y suponiendo también que la obligación continuase vigente al efectuarse la transmisión—extremo que exige la previa contestación a la pregunta sobre la duración de la obligación del caso—, es claro que la deudora estaría sujeta a la obligación de resarcimiento (artículo 1.101 del Código civil) por su incumplimiento de la obligación negativa. Esta conclusión añade otro argumento a la tesis acerca de la debilidad de los criterios diferenciadores entre obligación y servidumbre, pues aun tratándose hipotéticamente de esta última figura—de una servidumbre—se llega a la misma consecuencia: el tercer adquirente de la finca no se halla afectado por el gravamen (pues no estaba inscrito en el Registro), y el derecho del beneficiario queda limitado a la indemnización de perjuicios por parte del antiguo dueño del predio sirviente.

3. LA DURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN NEGATIVA

Es éste un problema que entraña mayores dificultades teóricas y prácticas.

Antes ya hemos manifestado algunas reservas en torno a la tradicional afirmación doctrinal de que las obligaciones negativas no pueden ser perpetuas o indefinidas, que es tanto como decir que tienen que tener un plazo limitado de duración. Se apoya esta tesis en la idea de que nuestro sistema patrimonial es reacio a cualquier forma de vinculación perpetua e incluso de prolongada duración. «Nadie—se dice—puede quedar sujeto a una obligación permanente.» Y se aplica esta fórmula, por ejemplo, para proscribir el arrendamiento de servicios de por vida, para desechar los arrendamientos de cosas de duración perpetua (según doctrina jurisprudencial), para limitar la extensión temporal de los pactos de exclusiva o para controlar la duración de los fideicomisos (y por extensión, de las cláusulas de reversión o afines).

Pero los argumentos no nos parecen convincentes *siempre*. Que deba limitarse la duración de una obligación de no hacer, por ejemplo, cuando las partes no han acordado nada al respecto, nos parece razonable. Y razonable la facultad integradora que al Juez confiere el artículo 1.128 del Código civil. Pero no vemos tan claro que ese mismo Juez pueda sobreponerse a la voluntad de las partes cuando éstas han acordado una duración indefinida para la obligación que establecen. Puede ser ejemplo revelador este de la obligación de no edificar. ¿Por qué no admitir su perpetuidad si aceptamos como cosa indiscutible la perpetuidad de la servidumbre homónima? La vinculación patrimonial se produce con la

misma intensidad en ambos casos, y si se nos apura con mayor intensidad todavía en el caso de la servidumbre, ya que cuando ésta goza de los oportunos instrumentos publicitarios afecta incluso a terceros desconocedores de su existencia. No nos convence el argumento tautológico de que esto es así porque en un caso se trata de un derecho de crédito y en otro de un derecho real. Si la proscripción de la vinculación perpetua tiene su raíz en argumentos socioeconómicos, no vemos por qué pueden quedar éstos desarticulados en base a una sutileza técnica («es que éste no es un derecho de crédito, sino un derecho real»).

Estimamos razonable limitar temporalmente todas aquellas vinculaciones que impliquen deterioro grave o desaparición de las facultades medulares o principales de un derecho subjetivo. Por ejemplo, aceptamos la limitación de las restricciones que comporta un fideicomiso indefinido o un arrendamiento perpetuo. E incluso la limitación temporal del pacto de exclusiva, en cuanto que éste menoscaba seriamente la libertad de un comerciante, o de un actor o de un torero, pudiendo afectar hasta a la misma trayectoria de su realización como personas.

No nos parece congruente, en cambio, limitar por definición y en todo caso la duración de una obligación negativa como la que nos suministra el caso que comentamos, ya que el deber de no edificar—puesto que de él estamos hablando—tiene el mismo contenido si es fruto de una obligación *stricto sensu* que si es producto de un gravamen de naturaleza real.

2. Tras este excursus teórico, atendamos a nuestro caso. Sentada—con todas las reservas—la opinión de que se trata de una «obligación personal» (la resultante de un derecho de crédito), nos parece obligado limitar su duración temporal, pero no por exigencias dogmáticas (por ser precisamente un derecho de crédito), sino porque al no establecer los firmantes del convenio de 1943 un plazo indefinido de duración, ni un tiempo limitado y concreto, hemos de suponer—con arreglo a los criterios que resultan de la observación del normal proceder humano—que las partes que suscribían el convenio lo hacían proyectándolo en función de sus propias vidas, es decir, pensando en ellas mismas y en las de los demás que participaban en el pacto.

Observamos que el artículo 1.128 del Código civil atribuye al Juez una función de verdadera «creación». Hay una obligación; una obligación que, además, presupone alguna duración temporal; pero las partes no la han reconocido; entonces es el Juez quien debe fijarla a su albedrío, atendiendo las circunstancias del caso, la naturaleza de la obligación, su repercusión en los intereses de las partes, etc. El Juez, en este caso, dirime un conflicto, sí, pero lo hace reglamentando u ordenando lo que

las partes no convienen ahora *pero tampoco convinieron en el momento de nacer la obligación.*

No es difícil imaginar las dificultades y el compromiso que debe suponer para el juzgador hacer uso de la función que le atribuye el artículo 1.128 del Código civil. Se plantean de forma ejemplar en el supuesto que nos viene ocupando, en el que, como en tantos otros, no se puede hablar de enjuiciamiento correcto, ni de exactitud técnica, sino de acierto humano. A nuestro juicio, y como antes decíamos, un buen criterio puede ser el de mantener la vigencia de la obligación mientras dure la vida de los firmantes del convenio, acreedores y deudores, según los casos, de las obligaciones que en él se establecieron. No por un pretendido carácter vitalicio de los derechos allí surgidos, sino en atención al pensamiento—válido a falta de otro mejor—de que los contratantes acordaron las diferentes estipulaciones en función de la identidad y circunstancias de cada uno de ellos. Esta reflexión hace que, al menos, no sea exagerada la decisión de mantener en pie aquellas cláusulas durante la existencia de todos los que las convinieron. Fallecidos todos ellos, o al menos los beneficiarios de cada una de las singulares estipulaciones y los obligados por ellas, pueden entenderse que los respectivos derechos y deudas han de quedar definitivamente extinguidos.

RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ
 Profesor de Derecho Civil de la Universidad
 de Deusto