

Los arrendamientos y la extinción de servidumbre por el propietario

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.—III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA «REALIDAD», SU VALOR.—IV. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA PERSONALIDAD.—V. FALTA DE DERECHO REAL DEL ARRENDATARIO SOBRE LAS SERVIDUMBRES.—VI. LA POSIBLE CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO DEL DUEÑO DEL FUNDO SIRVIENTE.—VII. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—VIII. APARIENCIA Y POSEDIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES.—IX. LA NO POSEDIBILIDAD DE SERVIDUMBRE DE LUCES POR MERA APERTURA DE HUECOS EN PARED PROPIA.

I

PLANTEAMIENTO

El título del presente estudio apunta a un tema genérico: el del derecho del arrendatario de un inmueble urbano o parte de él a las luces y vistas (en sentido amplio) ante la disposición del propietario. Pero advierto desde ahora que lo redacté primero, en forma de dictamen, para un supuesto concreto, y que la somera revisión hecha en él para generalizar su contenido no pretende borrar este origen.

El supuesto en cuestión era (despojado de muchos detalles secundarios) el de una casa edificada—con ventanas—a dos metros de la linde que separa el solar propio del ajeno, y con una servidumbre a su favor de no edificar el solar ajeno en otros dos metros a contar de dicha linde. Los locales de negocio y pisos de la casa fueron arrendados luego. La servidumbre quedó extinguida más

tarde por contrato oneroso entre los dueños de los fundos; y el del antes sirviente pretendió edificar en toda la superficie del suyo, planteándose el problema del posible derecho de los arrendatarios del edificio antes dominante a la servidumbre extinguida.

Tanto la constitución como la extinción del gravamen se habían hecho constar en el Registro de la Propiedad.

Los términos del problema no varían si las ventanas abiertas en pared propia se hallan, sin distancia alguna, contiguas al fundo vecino. Aun en este caso, el planteamiento inicial es el mismo, porque, sea cual sea la distancia de la pared al límite del solar, siempre resultará que el derecho de luces y vistas sólo puede tenerlo el edificio en virtud de una servidumbre; nunca como resultado de la configuración normal del derecho de propiedad. Pues el contenido de la propiedad fundiaria sólo alcanza al fundo ajeno (contiguo) para impedir que en él se abran determinadas ventanas u obligar a que se cierren, pero no impide al vecino edificar en el límite del mismo clausurando las luces de nuestro fundo, cosa que únicamente puede evitarse mediante la constitución de la correspondiente servidumbre.

Por consiguiente, con ventanas alejadas o abiertas en la linde, lo decisivo es si el arrendatario tiene un derecho real sobre las *qualitates fundi* (en particular sobre los derechos de luces y vistas) competentes al arrendador en el momento de iniciarse el arriendo, de modo que la renuncia del propietario a tales derechos los deje intactos frente a quienes tienen sobre ellos una titularidad real. Pues caso afirmativo, la renuncia del dueño del fundo dominante no bastaría para extinguir la servidumbre frente a los otros titulares, de igual modo que, hipotecando el usufructo, la renuncia del usufructuario no daña al acreedor hipotecario.

A mi entender, la solución negativa se deduce del hecho de que el arrendamiento no crea en el arrendatario un verdadero derecho real; por tanto, no abarca, *erga omnes*, a las servidumbres constituidas en favor del fundo arrendado.

II

NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO. DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA

Ciertamente, en los contratos de arrendamiento de inmuebles protegidos por leyes especiales, que son hoy la gran mayoría, y en particular prácticamente todos los de inquilinato, hay unos caracteres de permanencia que faltan en la regulación del Código civil: el contrato se prorroga forzosamente; la transmisión de la finca a tercero, por cualquier título, no lo interrumpe en principio; el inquilino o arrendatario de local de negocio (desde ahora cuando mencione a uno deben entenderse aludidos ambos) tiene derecho, si la transmisión es onerosa, a retraer el local. Tales caracteres, con todo, ¿llegan a hacer al arrendatario titular de un derecho real?

La doctrina, en relación con el arrendamiento de cosas en general, se halla dividida, si bien siempre ha sido mayor el número de quienes consideran al derecho de arrendamiento de naturaleza personal, y tal es la tesis que sigue imperando en nuestro Derecho. Aun con relación a los arrendamientos inscritos, dicen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que «el contenido de los derechos del arrendatario no se altera por su inscripción, sino que únicamente quedan garantizados frente al adquirente ulterior. Por ello, no pierde el arrendamiento su naturaleza de relación meramente obligatoria». En términos más generales, ROCA SASTRE afirma que «desde el punto de vista de nuestra legislación civil es forzoso reconocer que el Código construye el derecho del arrendatario como derecho personal o de crédito» (*Derecho hipotecario*, III, pág. 39). Orientación que comparten CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil*, III, 2, Madrid, 1959, página 279) y COSSÍO y RUBIO (*Tratado de arrendamientos urbanos*, I, Madrid, 1949, págs. 359 y sigs.), mientras PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II, 2, Barcelona, 1956, pág. 248), tras afirmar que la cuestión debe enfocarse desde el punto de vista de la conveniencia—en política legislativa, es de creer—de estar el inquilino protegido *erga omnes* o sólo frente al arrendador, no

resuelve la cuestión, y VALLET DE GOYTISOLO, en su *Hipoteca del derecho arrendaticio* (Madrid, 1954, págs. 8 y sigs.), llega a la conclusión de tener el arrendamiento un acentuado aspecto real, especialmente si es de los protegidos por leyes especiales.

En la jurisprudencia se distinguió durante mucho tiempo entre el arrendamiento inscrito o no (RR. 1-V-1886 y 2-III-1902; SS. 9-VI-1913, 23-VI-1927, 23-IV-1941 y 19-V-1952), concediendo carácter real, al menos relativo, al primero. En cuanto al arrendamiento protegido, la S. 18-III-1959 afirma que «no ostenta el carácter de un derecho real del cual derive la correspondiente acción ejercitable contra todo tercero que lo desconozca, ya que la relación inmediata y directa de la persona con la cosa que caracteriza al derecho real no se da en el contrato de arrendamiento con plena autonomía, sino que el arrendatario precisa de la actuación del arrendador para hacer efectivo su derecho» (también S. 20-II-1960). Frente a esto, la S. 8-V-1958 (Social) afirma incidentalmente el acusado carácter real del contrato de arrendamiento protegido, ya que vincula al arrendatario con la finca de modo directo, con abstracción de la persona que sea su titular, y la S. 21-II-1958 (según dice CASTÁN, «abandonándose a la generalización») proclama que los Tribunales y la doctrina científica entienden que la prórroga indefinida del contrato altera la esencia del arrendamiento, transformándolo en un derecho real con desnaturalización de las condiciones que le son inherentes, convirtiéndole en una figura de derecho difícil de calificar.

III

ANALISIS DE LA CUESTION. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA «REALIDAD»: SU VALOR

En mi opinión, la cuestión de la condición real o personal del derecho del arrendatario ha de plantearse no, como pretende PURG BRUTAU, desde el punto de vista subjetivo de qué sea lo más conveniente, sino desde el punto de vista, ya objetivado, de cuál sea la valoración de intereses hecha por el legislador en orden a este problema.

Y en esa línea pienso que la equiparación entre el derecho del arrendatario y un derecho real típico es opuesta a la mente del legislador y al sistema de la ley, la cual disciplina el arrendamiento no como un contrato creador de *iura in re aliena*, sino de un tejido de obligaciones personales, siquiera la posición del arrendatario haya ido adquiriendo una amplitud en cuanto a su duración y una firmeza en cuanto a su inherencia a la finca que le comunican cierta apariencia, por lo demás, muy relativa, de derecho real.

Muy relativa, porque la ley ha querido que esa permanencia y esa inherencia se actúen como derechos personales frente al propietario de la finca. Por eso la LAU habla de «prórroga del contrato» y de «sucesión» en la posición de arrendador y no de un derecho duradero sobre la cosa arrendada. El resultado final buscado por la ley se resuelve, ciertamente, en una incidencia sobre la cosa, pero a ella se llega combinando la posesión del arrendador (protegida por los remedios posesorios) con el mantenimiento de las relaciones contractuales frente a la persona del propietario de la finca, sea éste quien fuere, que asume *ope legis* la posición de arrendador en el contrato de arrendamiento. O sea, una posición que se determina *propter rem*, dando así reflejamente un cierto tinte de *ius in re aliena* al del arrendatario, pero sin que el medio técnico empleado por el Derecho para conseguir el resultado práctico de la estabilidad del colono o inquilino sea la creación de un poder inmediato sobre la cosa arrendada.

Por lo demás, tampoco se ve cómo el mero hecho de la permanencia podría fundamentar tal poder inmediato: se trata de una inferencia justificada sólo por el *quod plerumque accidit*; por el hecho de que ordinariamente los derechos reales son de duración indefinida, mientras los de obligación suelen hallarse temporalmente muy limitados (no siempre: piénsese en una renta vitalicia reversible al hijo y al nieto del contratante). El argumento así planteado carece de valor probatorio: de una parte, la mera duración no es elemento necesario ni suficiente para caracterizar al derecho real; de otra, tampoco lo es la posibilidad de operar directamente sobre el inmueble, en virtud del contrato antecedente y de la posesión arrendaticia. Mayor significación tiene, en este orden, la persistencia del arriendo cuando circula la cosa a través

de diversos propietarios. Esta persistencia se justifica por la traslación forzosa de la posición contractual de arrendador; pero ¿qué explicación damos, entonces, para esa subrogación involuntaria en posiciones contractuales ajenas?

Los otros argumentos en favor de la *realidad* del arrendamiento no son consistentes. El retracto arrendaticio, aunque sea un derecho real (yo creo que lo es, como todo retracto), no exige que su fuente lo sea; no hay razón institucional que impida conceder el retracto a quien sólo, tiene relación personal con la cosa, y así sucede, por ejemplo, con el retracto gentilicio. Y la inscribibilidad de ciertos arrendamientos no podría servir de argumento para mantener que todos son derechos reales, de igual modo que la exclusión de otros del Registro no permite demostrar (ella sola) que ninguno lo sea. En verdad, la admisión en el Registro parece exigida, más que por una supuesta naturaleza real del arrendamiento, por la finalidad puramente práctica de garantizar la continuidad del mismo mediante la asunción de la situación de arrendador por el adquirente; finalidad que las leyes especiales, al dar eficacia al arrendamiento sometido a ellas frente a los sucesivos adquirentes sin necesidad de inscripción en el Registro, han venido a llenar con mayor energía y eficacia, haciendo casi inútiles las anteriores precisiones legales. Y si pensamos que en el Registro caben situaciones personales a las que se pretende dar eficacia *erga omnes* (las de incapacitación), concluiremos que el arrendamiento constituye una excepción al monopolio del Registro por los derechos reales, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria separa netamente, al enumerar los títulos materiales que tienen acceso a los libros, de una parte, aquellos traslativos o declarativos de los derechos reales sobre inmuebles (1.º), y de otra, «los contratos de arrendamiento», etc. (5.º).

IV

ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA PERSONALIDAD

Los argumentos favorables a una consideración de principio del arrendamiento de inmuebles como derecho personal son bastante sólidos. No lo es, desde luego, el que la posición de arrendatario nazca de un contrato, pero sí el que, a través de la regulación legal, quede patente que aquella posición carece de suficiente incidencia sobre la cosa como para dar nacimiento a un derecho real. La posición de arrendatario sigue procediendo en cada momento del contrato que le dio origen, y que continua cumpliéndose y produciendo efectos mientras persiste el arriendo, al contrario de los contratos que crean o transmiten derechos reales, y cuyo cumplimiento es instantáneo en lo esencial. De aquella divergencia deriva que el arrendamiento no pueda abandonarse como los derechos reales, y si únicamente extinguirse con el contrato, al vencer el plazo o una de las prórrogas. De ahí igualmente la extinción del inquilinato por obras incontinentidas, aun mínimas: especial aplicación de la regla *salva rerum substantia*, que no tiene parangón en el usufructo. E igualmente la necesidad de contar con la voluntad del arrendatario para la cesión de vivienda; tipo de arrendamiento (el de vivienda) en el cual, sin embargo, la continuidad del poder del inquilino sobre la cosa se muestra con la máxima intensidad (en la cesión de local de negocio recuérdense la notificación y la participación o retracto del dueño).

Al arrendamiento, como dicen Cossío y RUBIO, le falta el elemento interno del derecho real: el arrendatario carece de poder inmediato y autónomo suficientemente intenso sobre la cosa arrendada. En principio, la aprovecha gracias a la prestación continuada del arrendador, quien debe realizar en la cosa arrendada las reparaciones (art. 1.554, 2.º), mantener el goce pacífico (artículo 1.554, 3.º) y remover toda perturbación que no sea de mero hecho (art. 1.560).

Cierto que los deberes de reparación obligan a todo propietario

sucesivo (VALLET, pág. 26), pero nótese cómo la fuente de esas obligaciones sigue siendo el contrato, con independencia de la cosa, de modo que el dueño no se libera de ellas abandonando ésta en manos del arrendatario. Incluso en tema de responsabilidad por vicios de la cosa, donde el artículo 1.553¹ remite a las normas del contrato típico transmisivo del derecho real de propiedad, la compraventa, el régimen practicable es notoriamente distinto a causa de la falta de realidad del derecho del arrendatario; debido a ella, éste no es demandado ni citado de evicción y, por tanto, no es parte en el pleito (MANRESA, *Comentarios*, tomo XI, página 459), y ni siquiera parece que el arrendamiento inscrito prevalezca sobre los derechos anteriores a él no publicados por el Registro.

Correspondiendo a esta naturaleza personal del derecho del arrendatario, las acciones que lo defienden son también acciones personales, que prescriben en el plazo señalado para las de esta clase por el Código civil. La subrogación legal y forzosa de los sucesivos adquirentes en la posición de arrendador podrá influir sobre la legitimación pasiva, designando al demandado, pero no confiere realidad a la acción, que es siempre frente al dueño, como vinculado por el contrato. Quedan aparte, desde luego, los interdictos, que competen al inquilino por su condición de poseedor, como al comodatario, al precarista y, en general, a cualquiera que posea a título obligacional y sin arrogarse derecho real alguno (mientras no se trate de un servidor de la posesión ajena); tales acciones, así, nada arguyen en favor del carácter real del arrendamiento, como tampoco arguyen las acciones destinadas a defender frente a cualquier tercero que la ataque la posición nacida del contrato y subsistente por él; todo contratante puede hacer lo mismo: el comodatario, el mandatario, el titular de un derecho obligacional de opción, etc. Ciertamente, como dice MANRESA, «cuando se discute el derecho de arrendamiento en si mismo, no cabe negar al arrendatario su derecho de atacar y defenderse contra quienquiera que lo pretenda, citando en su caso de evicción al arrendador a los efectos del saneamiento». Pero piénsese que esta defensa no es distinta de la de otras posiciones contractuales, y que el saneamiento pertenece a la compraventa en cuanto contrato transmisivo oneroso, mas no necesariamente creador de

derechos reales (también tendría lugar si el objeto comprado fuera un crédito o una renta vitalicia, o si se transmite el uso, etc.).

Obsérvese, asimismo, cómo el arrendatario no está legitimado para defender el uso y disfrute de la cosa arrendada en mayor medida y con acciones más enérgicas de las que pueden corresponder a cualquiera que tenga ese uso o disfrute, o ambos, por otro título obligacional.

La distinción entre las acciones reales, que sólo corresponden al propietario, usufructuario, etc., y las interdictales, se desprende de la comparación entre los artículos 1.559, 1.º, y 1.560 del Código civil. Aquél, al decir que «el arrendatario está obligado a poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada», muestra cómo es el propietario el legitimado *y obligado* para defender la cosa frente a quien se atribuya derechos sobre ella en pugna con los suyos propios cedidos al arrendatario en goce. Mientras que el segundo dispensa al arrendador de «responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador».

La posibilidad del arrendatario de mantener su derecho contractual frente a, por ejemplo, otro arrendatario que trae causa del mismo dueño, no figura expresamente en el Código civil, si bien es innegable y, en todo caso, carece de cualquier significación para el problema que estamos examinando.

Un último argumento en favor de la condición obligacional del arrendamiento nos lo suministra su condición de acto de mera administración, que para los arrendatarios ordinarios deriva del artículo 1.548 del Código civil, y para los urbanos protegidos, además, del artículo 57 *in fine* LAU (prórroga de los arrendamientos concluidos sin fraude para el usufructuario). Si el arrendamiento fuera un derecho real, su constitución sería (como la de un usufructo o servidumbre) un acto de riguroso dominio, y ni podría realizarse por una mayoría de copropietarios—y menos por un simple administrador—ni persistiría el otorgado por un usufructuario tras la extinción del usufructo.

V

FALTA DE DERECHO REAL DEL ARRENDATARIO
SOBRE LAS SERVIDUMBRES

Queda claro, en conclusión, que la *realidad* del derecho del arrendatario se reduce en los arrendamientos protegidos a la continuación de la posición de tal frente a los sucesivos propietarios. Este es el carácter diferencial con los otros contratos que proporcionan por modo obligacional el uso o disfrute de las cosas y su posesión. Por lo demás, evidentemente, la posesión no denuncia inequívocamente la presencia de un derecho real definitivo.

Según esto, de los dos caracteres—interno y externo—que la doctrina presenta como típicos del derecho real, a saber, la inmanencia y la oponibilidad *erga omnes*, ninguno reside completamente en el arrendamiento. Hay cierta inmanencia, cierta influencia directa sobre la cosa, pero debida a la posesión arrendaticia (la cual sí es un derecho real, como toda posesión *ad interdicta*, cualquiera que sea el título que la justifique o delimite). Y hay oponibilidad, mas no *erga omnes*, sino frente a los sucesivos adquirentes de la finca.

Ahora bien, ¿qué se puede oponer a esos sucesivos adquirentes de la finca? ¿La relación inmediata de uso y disfrute de la cosa? No; ésta sólo resiste a las perturbaciones de mero hecho. Lo que se les opone es el contrato de arrendamiento, y precisamente por la condición de arrendatarios que han asumido forzosamente en el acto de la adquisición.

Nos hallamos, en definitiva, ante un derecho que por su tendencial larga duración, por su localización en una cosa y por su continuidad a través de los cambios de arrendador y arrendatario se presta a ser manejado, en ciertos aspectos, como un derecho real (por ejemplo, embebido en el concepto de *establecimiento mercantil*, puede ser objeto de hipoteca mobiliaria, porque se estima suficiente que la obligación persista a través de sucesivas transmisiones de la finca arrendada; sin perjuicio de que un simple tabique levantado por el arrendatario eche abajo, con el arren-

damiento, todo el edificio de la hipoteca). Mas, en cualquier otro aspecto, no determina la sujeción inmediata y directa de la finca. Continúa vigente el concepto romano de la *locatio conductio* como productora de una simple obligación del propietario de facilitar el uso y goce del bien arrendado. Lo que pasa de un propietario a otro es la obligación (con otras relaciones): una obligación contra cuya infracción sólo puede reclamarse mediante acciones personales.

Así, si el propietario realiza actos en perjuicio del arrendamiento, el arrendatario tendrá acción personal contra él y podrá hacer valer el contrato contra cada sucesivo adquirente, pero sólo a través del dueño que por tiempo fuere tendrá acción contra los terceros que perturben su uso y goce por algún título jurídico. Tal es el significado del artículo 1.560, 2.º, del Código civil, según el cual «no existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la Administración, ya un particular, ha obrado en virtud de un derecho que le corresponde». De donde, relacionando este párrafo con el primero del propio artículo, resulta que el arrendatario carece de acción directa contra el tercero que perturba su goce de la cosa arrendada, si dicho tercero opone al título arrendaticio otro de rango superior: el inquilino sólo puede defenderse directamente contra quien realiza un ataque de puro hecho, sin título efectivo, o contra quien discute su título arrendaticio.

En suma: el inquilino, al carecer de derecho real, no puede combatir los títulos reales ajenos, para lo cual precisa la colaboración del propietario-arrendador. Y el que el propietario renuncie a una servidumbre activa de luces y vistas, en hipótesis podrá significar un daño jurídico para los inquilinos de su casa, pero sin que éstos tengan acción real contra el vecino y si sólo acción personal contra el propietario-arrendador, quien no pudiendo reparar el daño *in natura* (pues no puede obligar a su vecino a que renuncie a construir) habría de indemnizarles. La supuesta infracción se hallaría tipificada en el artículo 1.557 del Código civil, a cuyo tenor «el arrendador no puede variar la forma de la cosa arrendada».

Cabría objetar a esto que si los inquilinos, al vender el dueño la casa, conservan intacto su derecho arrendaticio, lo mismo debe ocurrir en las enajenaciones de menor monta, de modo que con-

servasen su derecho al mantenimiento del *statuo quo ante* frente al propietario del fundo vecino gravado con servidumbre. Pues de lo contrario se ponía en manos del arrendador un arma poderosa para hacer ineficaz el contrato.

Mas esta interpretación retorná por otros caminos a la ya rechazada caracterización del derecho arrendaticio como deecho real. La LAU (art. 57) se limita a ordenar la prórroga del contrato, «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones». Y el dueño del fundo contiguo favorecido por la renuncia no sucede al arrendador, el cual continúa siéndolo. La responsabilidad de los actos perjudiciales de dicho arrendador podrán hacerla efectiva los inquilinos contra él por via de una acción de indemnización de daños, pero nunca contra un tercero que no está vinculado con ellos por contrato alguno, que no tiene, por tanto, obligación personal de mantenerles en el goce de la finca, y frente al cual, no siendo los inquilinos titulares reales, carecen de acción.

VI

LA POSIBLE CONDICION DE TERCERO HIPOTECARIO DEL DUEÑO DEL FUNDO SIRVIENTE

Aunque se entendiera que el arrendamiento es fundamentalmente un derecho real, para que la extinción de una servidumbre, pactada mediante contrato oneroso, fuera inoponible por el dueño del antes fundo sirviente frente a los inquilinos, el arrendamiento debería estar inscrito en el Registro de la Propiedad; de otro modo, dicho arrendamiento no inscrito, no perjudica a tercero (artículo 32 de la Ley Hipotecaria) sino en la medida estricta en que la ley ordena la asunción de la posición de arrendador por cualquier sucesivo adquirente del inmueble arrendado.

No es esa la posición del dueño que se limita a pactar la extinción de una servidumbre con quien en el Registro aparece con facultades para ello, y que, al inscribir, tiene la condición (salvo prueba de su mala fe) de tercero hipotecario. Ocurre igual que si el predio dominante, en lugar de ser dado en arriendo, se hubiera

gravado con un usufructo, que es un derecho más enérgico, y no se hubiera inscrito el gravamen. No sería preciso, en mi opinión, hacer constar el usufructo, a efectos de la titularidad usufructuaria sobre la servidumbre activa, en el folio del predio sirviente, pues la simple constatación en él de una servidumbre *predial* pasiva equivale a una remisión al folio del fundo dominante, que es el que designa el titular o titulares legitimados en cada momento para disponer del gravamen. Pero si, evidentemente, la constancia de cualquier derecho limitado sobre el fundo dominante que tenga relación con la servidumbre, en el folio del mismo, es indispensable para precaverse contra los actos de enajenación de su dueño.

No se alegue, entonces, la falta de inscribibilidad del derecho de los arrendatarios por plazo anual o en periodo de prórroga, porque tal falta no es sino una demostración palmaria de que no tiene la condición de derecho real.

Tampoco cabe alegar sin pruebas la mala fe del dueño del predio que fue sirviente, a quien no puede forzarse a la búsqueda de unos hipotéticos arrendatarios para que consientan la extinción de la servidumbre en la medida que a ella tengan derecho, según las condiciones del contrato privado de arrendamiento.

VII

LA INTERPRETACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Hay, además, otra dificultad que oponer al derecho real del inquilino sobre las servidumbres cuando son no aparentes, y es lo dudoso de que el arrendamiento de la finca se haya verificado sobre la configuración jurídica real de la misma, y no con su configuración aparente. A falta de otra mención en el contrato, parece que la voluntad de las partes debe entenderse dirigida hacia esta última, y no comprendiendo en el arrendamiento, salvo prueba en contrario, circunstancias que, de una parte, no se contemplan en la realidad tangible, y que, de otra, es improbable que conocieran los interesados. Consiguientemente, las ventanas abiertas a dos metros o más, carecen de valor indiciario de una voluntad contrac-

tual dirigida al arrendamiento de un derecho de no edificar el solar inmediato.

Y no se diga que la inscripción de servidumbre en el Registro de la Propiedad protege al arrendatario. El Registro, frente a los arrendatarios, no tiene sino mera eficacia de publicidad fáctica, pues la protección registral plena tiene lugar sólo frente a los terceros adquirentes que inscriben (arts. 34 y 40 de la Ley Hipotecaria), sin que en la expresión «tercero» se encuentren comprendidas otras personas, y en particular los acreedores del transmitente o los que adquieren sin inscribir en el Registro. Tampoco podría aprovechar a los arrendatarios la presunción de exactitud del folio registral proclamada por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, presunción que aquí es innecesaria, pues nadie discute la exactitud del folio, que, desde luego, está de acuerdo con la realidad jurídica. Aquí lo que se discute es si se han incluido en el contrato las servidumbres activas de la finca que no vienen denunciadas por una apariencia inequívoca, y esta inclusión o exclusión es algo que depende de la concorde voluntad de los contratantes. El Registro manifiesta que existen tales servidumbres en favor del fundo, pero no podemos deducir de la inscripción (porque sería un medio inadecuado para ello) la voluntad del dueño o la del arrendatario de que tales servidumbres se consideren incluidas en el contrato de arrendamiento. Para que a estos efectos valiera el artículo 38, sería necesario partir de una presunción inexistente de conocimiento del Registro por todos los que, sin tener la condición de tercero hipotecario, contratan con el dueño del fundo dominante, y tras ello restaría por demostrar que él y sus inquilinos quisieron incluir en el contrato de arrendamiento la servidumbre.

Mas no sólo a los efectos de la inclusión presunta en el contrato de arrendamiento interesa examinar si, dada la situación fáctica, hay sobre el terreno, y con independencia de los pactos constitutivos o extintivos que hayan podido tener lugar entre los propietarios colindantes, una apariencia de servidumbre. Pues la respuesta afirmativa entrañaría la existencia de una servidumbre *poseída* por los arrendatarios y, por tanto, susceptible de ser defendida por éstos mediante los interdictos (al menos los de retener y recobrar).

VIII

APARIENCIA Y POSEDIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES

Las ventanas abiertas en muro propio sin guardar las distancias prevenidas en el artículo 582 del Código civil son signo aparente a los efectos de la constitución de servidumbre «por destino del padre de familia», configurada en el artículo 541. Es decir, que cuando se vende el fundo edificado y se retiene el solar contiguo o viceversa queda constituido el gravamen.

Mas la mera existencia de un signo de esta clase ¿implica, además, posesión de la servidumbre?

El artículo 532 del Código civil define las servidumbres aparentes como «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas», y para el 533 «se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa, la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre». En principio, parece que la mera prohibición de hacer algo impuesta al dueño del fundo sirviente no podría estar demostrada por ninguna apariencia funcional (signos externos que revelan el uso y aprovechamiento de la servidumbre, según el artículo 532).

A primera vista, entonces, los conceptos de apariencia y negatividad son antitéticos, pues lo que caracteriza a la servidumbre negativa es que en ella la utilización del fundo sirviente consiste sólo en cierta inactividad por parte de su propietario, es decir, en la abstención del ejercicio de alguna de las facultades normalmente contenidas en su derecho de propiedad, abstención que en este caso constituye la sustancia de la utilidad asegurada por la servidumbre. De ahí que la doctrina italiana entienda que las servidumbres negativas no pueden ser aparentes, puesto que la inactividad recíproca que las caracteriza no es compatible con la existencia de un signo aparente de servidumbre.

Mas este punto de vista no puede ser el del Código civil español,

que admite de modo expreso la existencia de servidumbres negativas y aparentes a la vez cuando, al hablar en el artículo 538 de la usucapión de las servidumbres continuas y aparentes, previene que, *cuando tales servidumbres sean negativas*, el tiempo para la prescripción comenzará a contarse «desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre». De donde está claro que en la concepción legal hay servidumbres aparentes y negativas, en las cuales la apariencia no denuncia inequívocamente la existencia de la servidumbre, pues para que empiece a contar la prescripción es preciso algo más (el acto obstativo).

Estas servidumbres, entonces, aunque legalmente se consideren como aparentes, *no son objeto de posesión* por el mero hecho de su apariencia: se trata, en la concepción legal, de una tenencia tolerada y, por tanto, incapaz para constituir verdadera posesión ni *ad usucapionem* ni *ad interdicta* (art. 444 del Código civil) mientras no se elimine el vicio de la tolerancia.

En esta línea parece hallarse la jurisprudencia, según la cual en las servidumbres de luces y vistas hay que distinguir entre los huecos practicados en pared propia y sin voladizos, y los hendidos en pared medianera o provistos de voladizos que caen sobre el fundo sirviente. Los primeros son signos de una servidumbre negativa, y los segundos, de una positiva. La distinción persiste en las sentencias más recientes (por ejemplo, 19 de junio de 1951, 9 de febrero de 1955, 8 de junio de 1962, 2 de octubre de 1964 y 6 de mayo de 1965).

IX

POSIBLE EXPLICACION DE LA NO POSEDIBILIDAD DE SERVIDUMBRE POR MERA APERTURA DE HUECOS EN PARED PROPIA

Con la introducción de las servidumbres negativas dotadas de apariencia, el Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han constituido un *tertium genus* entre las servidumbres pura y absolutamente negativas, no aparentes y no susceptibles

de posesión y usucapión, y las servidumbres positivas, aparentes, y cuya mera apariencia manifiesta automáticamente su existencia (al menos supuesta) y su posesión, dando inicio a la prescripción adquisitiva y la protección interdictal.

Ese *tertium genus* se caracteriza por una disociación entre los conceptos de apariencia y de posedibilidad jurídica, basada, sin duda, en una presunción de tolerancia. Presunción, por cierto, de justificación discutible en el Derecho actual, en el cual la existencia de una especial ordenación de las relaciones de vecindad, y en particular de las distancias para huecos, hace que ya no sea ahora lícito todo aquello que el propietario quiera realizar en su fundo, y en el caso presente, que no sea lícito abrir huecos en las paredes contiguas a finca ajena (en la regulación del Código civil) sino con sujeción a muy estrictas condiciones. De modo que en la actual servidumbre de luces y vistas rectas a menos de dos metros hay también un *soportar*, un *dejar hacer* del propietario (es decir, la apertura de ventanas a distancia no permitida), que debería proporcionar a dicha servidumbre la condición de positiva. Una ventana construida en una pared situada a un metro del fundo vecino no representaba en el ordenamiento clásico romano sino un desarrollo normal de los derechos del propietario y en nada afectaba al dueño vecino, el cual podía edificar en el límite mismo de su finca, salvo que se hubiera constituido una servidumbre *ne prospectui officiat*. La ventana no era signo aparente de una servidumbre, como no lo es hoy una ventana para vistas rectas abierta a tres metros del fundo vecino. En cambio ahora, la ventana abierta a un metro, o responde a una servidumbre, o es una transgresión de las normas sobre vecindad que el propietario contiguo no tiene por qué soportar.

Para justificar, frente a esos datos, la actitud del Tribunal Supremo tendríamos que prescindir de la fundamentación de sus sentencias y pensar que en el concepto de *apariencia* entran dos clases de signos: los inequívocos y los relativamente equívocos. A esta segunda clase pertenece la apertura de ventanas a distancia menor de la legal, que se reputa acto meramente tolerado, y por tanto:

a) De una parte, no denuncia inequívocamente la existencia de la servidumbre; y

b) De otra, no afecta a la posesión hasta que se produzca el acto obstativo frente al dueño del fundo que puede resultar gravado.

Se trataría de una tolerancia precaria, de actos que se pueden reprimir en cualquier momento pidiendo su rectificación (el cierre de las ventanas); tolerancia en su sentido más propio, destinada a impedir que los actos de apertura de huecos importen la posesión (conforme al art. 444 del Código civil, los actos meramente tolerados no afectan a la posesión) y aprovechen para la usucapión (pues de esa utilidad les priva el art. 1.942 del Código civil). Frente a la apertura de los huecos cabe reaccionar en cualquier momento; pero si nada hacen, una vez abiertos, ni el propietario del fundo presuntamente dominante ni el del presuntamente sirviente, no por eso se pierde la oportunidad de pedir en cualquier momento la clausura de las ventanas ni el que las abre adquiere ningún derecho a mantenerlas mientras no se produzca el llamado «acto obstativo» y transcurra luego el tiempo legal. Igual que en el caso del artículo 581 (las llamadas luces de tolerancia), hasta ese momento ni se inicia la adquisición de la servidumbre ni se inicia la pérdida de la posibilidad de obstruir las aberturas; la diferencia con dicho supuesto reside en que el colindante, en el caso de la pared medianera, si bien puede tapar las luces de tolerancia construyendo, no puede, en cambio, obligar a que las suprima el copropietario de la pared en que se hallan practicadas, el cual tiene así un derecho a mantenerlas abiertas mientras no se alce el edificio contiguo.

La explicación, desde luego, no es muy satisfactoria. Sigue sin justificar la consideración, como negativas, de las servidumbres de luces y vistas cuando se infringe la reglamentación de distancias del artículo 582; en último término tendríamos que acogernos a la artificiosa tesis de MANRESA, que contempla aquí una servidumbre negativa (la de no edificar sobre el fundo vecino), unida a otra positiva (la de soportar las vistas y, en general, la apertura de huecos), ambas aparentes en cuanto que existe un instrumento de la servidumbre, pero—y esto ya no lo dice el autor—un instrumento cuya apariencia resulta destruida por su propia equivocidad.

El que contempla los huecos no puede por ese solo hecho deducir la existencia de la servidumbre (constituida o en vías de usucapión).

Mas lo uniforme de la jurisprudencia nos permite afirmar que en la práctica los huecos en pared propia no engendran posesión y, por tanto, ni significan para el arrendatario la existencia de servidumbre, ni le legitiman para el interdicto.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.