

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVII.

Mayo 1951

Núm. 276

Servidumbres aparentes y no apa- rentes

SUMARIO: 1. Perfil del tema.—2. El Derecho romano.—3. Origen del concepto de apariencia de la servidumbre.—I. Compraventa de fondo gravado.—II. Usucapacidad.—III. Constitución tácita.—4. Su invención.—5. El concepto francés.—6. Retoque al concepto francés.—7. La copia española.—8. Superación del concepto.

1.—PERFIL DEL TEMA

El contraste entre realidad y forma constituye una de las materias jurídicas que con mayor predilección estudia el profesional, sobre todo el especialista en el derecho de cosas. Y no cabe duda que aquel contraste lo plantea de inmediato, según revela su misma terminología, la clasificación de las servidumbres prediales en «aparentes» y «no aparentes» (1), a pesar del escaso interés con que ha sido mirada por la doctrina patria (2).

(1) El antiguo Derecho francés las llamó «visibles», o «patentes», en oposición a las «occultes», «no visibles», «latentes», o «cachées». AZCÁRATE las denominó «manifestas», en «Ensayo sobre la hist. dcho. propiedad», Madrid, 1880, vol. III, pág. 148.

(2) La distinción no ha preocupado a los escritores españoles; de los últimos setenta años. Las más de las veces se limitan a copiar el texto

Naturalmente, hay que partir de un hecho que salta a la vista: hoy no es posible concebir un fundo sin servidumbres. Toda finca, rústica o urbana, aparece como impregnada de ellas, activas o en potencia, ocultas o a la descubierta. Aun cabe decir más, porque los límites tradicionales del instituto, lo agrario y lo edificado, son recientemente desbordados. La servidumbre real, sobre elevarse en lo físico con el flamante derecho aéreo, invade de manera ostentosa el campo obligacional (3).

Y si el ámbito de actuación se amplía insospechadamente en el orden puro iusprivatista, se observa que, con desarraigado del espíritu romano y algo arrebatadas por el intervencionismo de moda, las servidumbres pactadas o convencionales se remodelan sobre patrones legales. La reducción de la esfera de la autonomía privada de la voluntad es evidente. Hay como un desandar el camino: primero, de las servidumbres voluntarias a las legales; luego, las legales que imprimen a aquéllas su signo (4).

Con esta renovada vitalidad de la servidumbre, agigantadora de la importancia moderna de su figura, acaece el sugestivo replanteo de las viejas cuestiones conexas. El antiguo principio de libertad de los fundos, de tan marcado sabor iusnaturalista (5) con reminiscencias romanas, se considera actualmente un simple recuerdo de museo (6). A la propiedad actual, entre la teoría de pasadas usanzas y la «motorización legislativa» de hogarío, la configura en gran parte, quizás por su innegable utilidad (7), la institución de la servidumbre.

legal. Lo que resulta algo chocante, pues los escritores franceses, de tanta influencia en ellos, la tratan con amplitud. Y, por otra parte, no dejó de incorporarse a nuestras leyes civiles desde la iniciación del período codificador.

(3) Sobre estas recientes aplicaciones, BONFANTE: «Servitù e obbligazione». Se publicó primero en *Rivista dir. comm. e delle obbli*, 1918, XVI, Parte II, pág. 486; y luego se reimprimió en sus *Scritti giuridici varii*, Torino, 1926, III, pág. 354.

(4) Pueden consultarse: BUSATTI: «Dell' origine delle serv. legali e naturali. Riv. ital. p. l. scienze giuridiche», 1891, XI, pág. 3. GIROLA: «Le serv. pred. pubbliche». Padova, 1937.

(5) Afirman el principio SUÁREZ PICHAUD, el CARDENAL LUGO, COVARRUBIAS, etc., según FARÍA «Additiones, observationes et notae ad Libros Variarium resolutionum, COVARRUBIAS A. LEIVA». —Genevae, 1742. Lib. II, capítulo III, núm. 15, pág. 184.

(6) Detractor destacado del principio, con argumentos inteligentes, DEMOLOMBE: «Cours de Code Napoléon». —París, 1880. XI, pág. 11.

(7) El fundamento de la servidumbre es facilitar la explotación de las

De ahí que la regulación de la propiedad, junto a los grandes y encrespados problemas con que la urgén el ímpetu masivo de nuestro tiempo y la actual coyuntura político-económica, afronte en un plano inferior la insoslayable necesidad de tomar postura respecto del nacimiento, tutela y extinción del instituto. Ante el legislador aparece un desconcertante dilema, el de realidad y forma. Si niega la protección de cargas con prueba insuficiente, puede ser injusto; si facilita la viabilidad al «*cuasi poseedor non domino*» (8), ocasionará, entre otros males, la depreciación de los inmuebles.

Sin una pureza absoluta, claro está, ambas soluciones extremas tienen su modelo histórico: el derecho romano justiniano, de prevalencia de los hechos y mantenimiento del titular aparente con buena fe; y el derecho consuetudinario francés, prohibitivo de la constitución de servidumbres no plasmadas en títulos claros, rotundos y escritos.

Pero la materia de servidumbres inmobiliarias se somete con dificultad a principios abstractos y rígidos. Mientras el legado de la historia aporta un esquema de líneas básicas inflexibles respecto de los demás derechos reales (dominio, usufructo, hipoteca, etc.), la servidumbre deviene polifacética, un Proteo de mil formas (9), y cada uno de sus fundamentos terreno propicio para la discusión (10).

fincas, hacer agradable la casa, aumentar las rentas de los inmuebles, etc.). Por todo ello constituyen cualidades ventajosas de los predios, y de ahí el diferente trato romano.—Vid. GROSSO: «Appunti sulle distinz. delle res nelle Ist. di Gai».—«Studi in onore di PESTA».—Milano, 1939. I, páginas 46-47.—Por otra parte, es perfectamente concebible una servidumbre inútil para el fundo dominante. Y es que la utilidad debe entenderse en un sentido amplísimo, ya que basta que la carga sea posiblemente útil para alguien o para un fundo. La idea fué expresada por LABEÓN en «*Di-gesto*», 8, 1, 19.

(8) En cierto modo, un aspecto del «tío Celedonio», el acertado tipo creado por los Notarios SANZ y NOGUERAS para evitar perifrasis en las discusiones de la Comisión redactora del Proyecto de ley de Reforma Hipotecaria de 1945, descrito garbosamente por BÉRGAMO: «La usuc. y el Registro de la Propiedad». Conferencia en «Anales Acad. Matritense del Notariado», 1946. III, pág. 287.

(9) Así llama a la servidumbre MACHELARD: «Distinction des servitudes en droit français». *Rev. Crit. de Législation et Jurispr.*, 1867, volumen 31, pág. 130.

(10) Por lo que resulta peligrosa en materia de servidumbres, según la Sentencia de 23 de marzo de 1906, «la admisión de presunciones más o menos lógicas y racionales».

Tales características mueven al teórico y al legislador a moderar la abstracción cediendo al juez un extenso sector discrecional. Pero es sabido, que la inoperancia de cualquier institución jurídica se revela plásticamente si requiere la persistente actuación judicial. Y un instituto de regulación inadecuada o inoportuna atrae por sistema, constantes conflictos entre los particulares, que han de solucionarse en inciertos procesos..

En este sentido, puede afirmarse que los ordenamientos jurídicos procuran fijar con claridad los derechos privados, más aún, los inmobiliarios. Estos intereses requieren seguridad y certidumbre en tanto mayor grado cuanto más eficacia deban producir. Por ello, se elude en lo posible el enjuiciamiento judicial, reservado para puntos imprevisibles o cuestiones de hecho (11).

Por otra parte, la aspiración más respetable del titular de un derecho real inmobiliario es que su adquisición aparezca inatacable. Y de consumo, que el valor en cambio, representado pueda emplearse con facilidad y en todo tiempo. Aquí entran en juego la utilidad social, la prosperidad nacional, el interés de los titulares, los derechos de los terceros, etc.

Las ventajas que ofrece un sistema técnico perfeccionado de publicidad inmobiliaria son tan evidentes y conocidas que huelga su repetición. Para cumplir adecuadamente las finalidades apuntadas, los sistemas legislativos modernos rehuyen, cada día con mayor vigor (12), el principio espiritualista de libertad de forma en el orden inmobiliario. Se estima que la libertad individual, y por tanto, la de los derechos privados, se garantiza más idóneamente mediante una acentuada protección de la forma.

La corriente actual en pro del formalismo, iniciada por IHERING en propia retractación (13), se explica y cohonesta por los considerables servicios que rinde. No se trata del regreso a la barbarie,

(11) Así ocurre en las llamadas relaciones de vecindad.—Vid. GABBA: «De los jura vicinitatis». En «Cuestiones prácticas de Derecho civil».—Traducción de POSADA. Madrid, s. a., pág. 190.

(12) Para los dos sistemas inmobiliarios más reconocidamente individualistas del mundo moderno, el inglés y el norteamericano, la tendencia hacia la obligatoriedad del Registro puede estudiarse, respectivamente: BRICKDALE and WALLACE's. Land Registration Acts. 4 th. ed.—London, 1939. Y CALLAHAN: «The Law of Real Estate in all 48 States».—New York, 1948.

(13) IHERING: «L'esprit du droit romain». Trad. MEULENAGRE. París, 1877. III, págs. 116 y 178.

de vestigios ancestrales recidivos. El espiritualismo significa el ideal, pero los riesgos de la vida diaria imponen la búsqueda ahinuada de la seguridad. El formalismo en materia inmobiliaria supone la autenticidad de las declaraciones de voluntad y la publicidad de los derechos reales. Las cuales se pueden conseguir a través del Registro de la Propiedad, moderna creación de publicidad inmobiliaria, el índice hasta ahora más lógico de los derechos individuales fundarios en relación con los de los terceros, en beneficio del tráfico jurídico y bajo el imperio de la ética (14).

La vitalidad de las servidumbres prediales (15) debe hallar amplio cauce para el desarrollo de sus posibilidades. Pero la línea confusa de publicidad que demarcó la apariencia e inapariencia ha de perfilarse en la sólida estructura del sistema registral. Todo ello porque la clasificación de las servidumbres en aparentes y no aparentes, originada en el derecho napoleónico y consagrada en el Código civil francés, se formuló, y luego se perfeccionó, cuando la nueva creación publicitaria iniciaba su laboriosa vida legal.

Este perfil que el tema ofrece se circunscribe espacialmente a los ordenamientos que reposan sobre bases romanas. Desde los ángulos visuales de los juristas germanos y suizos, el plano a enfocar cambia. Tanto el B. G. B. cuanto el Z. G. B. se han desembarazado del esquema romano, en franca conciliación del instituto

(14) Es interesante releer a PACHECO: «La publicidad (garantía del orden jurídico). *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, 1886, I, 59.—Los trabajos modernos consagrados al renacimiento del formalismo son muchos, pero pueden señalarse como hitos, en la doctrina francesa: LEVIVIER, «Etude des moyens les plus propres à assurer la sécurité des transactions et notamment des transmissions immobilières». Thèse. París, 1897.—MOENECLAEV: «De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français. Thèse. Lille, 1914.—ROUXEL: «Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques». Thèse. Caen, 1914.—MOREAU: «L'authenticité notariale obligatoire pour la sécurité des transm. immob.». Thèse. París, 1941.

(15) Para WOLFF, indudablemente influenciado por la ingenua aversión napoleónica al vocablo, aunque resulte extraño, la servidumbre es un concepto doctrinal muerto. Claro que se refiere a la categoría o concepto unitario. Pero, con todo, su posición, en la que sigue a OFNER, peca de endeble, pues el mismo último párrafo del parágrafo 916, y otros vigentes del derecho territorial, prueban el mantenimiento de muchos principios comunes a todos los tipos de servidumbres. Principios comunes imprescindibles, por otra parte, por la consagración del *numerus apertus* en esta materia, al menos en el Z. G. B.—WOLFF: «Derecho de cosas». Traducción de PÉREZ y ALGUER. Barcelona, 1937. II, pár. 105, pág. 17.

con las nuevas realidades. En las líneas fundamentales de ambos Códigos civiles se regulan las servidumbres prediales a través de la inscripción (16). Y el Código suizo, además, con ciertas novedades, que prestan a la Institución una flexibilidad encomiable: limitaciones en la prescripción adquisitiva (art. 731, par. 1.º), abandono de la extinción por el no uso, posibilidad de suprimir servidumbres sin interés o con interés restringido (art. 736), etc.

Hay, pues, un renacimiento teórico y legal innegable del formalismo en materia inmobiliaria. Mas con un carácter distinto del que caracterizó al régimen feudal. Entonces, la propiedad inmueble, y más concretamente, la de la tierra, otorgaba una preeminencia política y un rango social elevado. Y por su virtud, entre señor y vasallos se engendraba un conjunto de relaciones complicado de poder y subordinación. Era lógico que el señor mantuviese un control rígido en la posible alteración de las titularidades inmobiliarias originadoras de aquellas relaciones.

La Revolución francesa consumó un cambio radical de ideas. La propiedad y demás derechos reales inmobiliarios dejaron de ser factores decisivos de la preeminencia política o social. En adelante no serán sino simples valores económicos, sumergidos en el tráfico jurídico, y en el cual la seguridad y certidumbre de las titularidades cobran el rango primordial.

Ese cambio de ideas, expresado en el Código napoleónico, no se acompañó en el derecho francés con la imprescindible correlatividad formal. Los legisladores de 1804 desecharon el sistema vigente de transcripción, con un sano criterio por su ineficacia. Pero hasta 1855, en plena marcha la nueva ordenación, no se decidieron a crear un instrumento publicitario de sustitución. Hecho sobre las bases del desechado, sus taras no han podido desaparecer ni con las grandes inyecciones de 1935 y 1940.

La eficacia de los sistemas germano, suizo, australiano y anglo-sajón, al par que las grandes deficiencias del sistema en vigor, han provocado una avasalladora corriente doctrinal hacia su tajante modernización. Menos mal que el Notariado francés, eficaz y realista, permite llevar con dignidad la imprescindible lentitud en el tiempo que exige una reforma legal de tanta trascendencia.

(16) WOLFF, loc. cit., y WIFLAND: «Les droits réels dans le Code civil suisse». Trad. BOVAY. París, 1913. I, págs. 475 ss.

II.—EL DERECHO ROMANO

La teoría romana de la servidumbre se forjó lentamente, en el decurso de una evolución de casi veinte siglos. Como se sabe, los primitivos romanos, eminentemente prácticos, ni siquiera conocieron el concepto global, el cual apareció en la Compilación justiniana (17). Fueron sin duda las necesidades cotidianas las que engendraron la figura inicial de gravamen sobre cosa ajena, luego surgieron nuevos tipos, y después, por exigencias teóricas inexcusables, o tal vez, por la reconocida capacidad de síntesis de sus jurisconsultos, los tipos vigentes se reunieron bajo la rúbrica general.

La determinación de aquel primer tipo, y lógicamente la de los sucesivos, presenta dificultades insuperables. La mayor parte de las hipótesis expuestas, por otra parte posiblemente superfluas, se extravián en indagaciones de dispersión (18). Lo importante qué cabe destacar, prescindiendo del tipo originario y del momento en qué la tipicidad se convirtió en categoría, es que la totalidad de la construcción romana descansa en la dicotomía rústicas-urbanas.

Desde el punto de vista moderno, es impresionante contrastar la

(17) Ver BIONDI: «La categoria romana delle servitutè». Milán, 1938.

(18) Las diversas hipótesis pueden diferenciarse en dos grupos:

1.^o *La servidumbre nace como instituto autónomo*.—Para SCHÖNEMANN, en «Die Servituten», Leipzig, 1866, págs 18 y ss., la «servitus pascendi» es incluso anterior al dominio. Hay que recordar aquí la posibilidad conceptual romana de servidumbres sobre cosa sin dueño. Vid. FADDA: «Le servitù prediali sopra o a favore di fondi nullius».—Volume per il 35 anno d'insegnamento di SERAFINI. Firenze, 1892.

Para VOIGT, en varios de mis trabajos (principalmente en «Über dem Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutengesetzen», Leipzig, 1874, págs 10 ss.), las primitivas servidumbres («iter», «actus», «aquaeductus», «cloaca») fueron verdaderos derechos dominicales sobre el objeto («rivus», el acueducto, etc.).

2.^o *La servidumbre deriva de otros institutos*.—Al comentar ciertos pasajes del «Digesto» (39, 3, 1 a 3), CUJACIO, en sus «Operae. Mutinae, 1777. I-5. c. 647», estimó que su precedente eran las hoy llamadas relaciones de vecindad. La idea fué recogida por HERING (op. cit., II, par. 39, página 228), SCIALOJA («L'orazione di Demostene contro Callicle, tradotta e illustrata in rapporto delle servitù prediali nel diritto greco».—Bull. d. Ist. di dir. rom. 1890 II, 175), y BRUGI («Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto». Verona, Padova, 1897, página 373).

Según LUSIGNANI («L'origini delle serv. pred. in dir. rom. Etudi e doc. di Storia e dir.», 1898. XIX, 242), la servidumbre surgió dentro de los jui-

trascendencia romana y la irrelevancia contemporánea de esta última distinción de servidumbre (19). Expresada en las fuentes clásicas y en el «Corpus» (20), ahoga inmediatamente el menor intento de analizar otras clasificaciones. Puede así afirmarse que las fuentes ignoraron las divisiones de continuas y discontinuas aparentes y no aparentes.

Sin embargo, conviene anticipar que esa afirmación no es compartida unánimemente. Algunos escritores rastrearon con sagacidad en las fuentes con la pretensión de aplicar a las referidas clasificaciones el marchamo romano. Desde luego, el mayor tésón lo han puesto los jurisperitos respecto del concepto de continuidad, sobre un famoso pasaje de PAULO: «...quia tales sunt servitutes ut non habeant certam continuaque possessionem...» (21) El escaso fruto de los esfuerzos dialécticos realizados se manifiesta en un excelente estudio de COVIELLO sobre esta materia (22), quien prácticamente ha sepultado la cuestión. Para él, la división de las servidumbres en continuas y discontinuas fué creada por ACCURSIO, y luego perfeccionada por BARTOLO, viviendo las glosas de ambos en la práctica forense hasta su consagración en el art. 688 del Código napoleónico.

Mas el texto citado de PAULO califica dos veces a la posesión. Ya se ha visto que el vocablo «continuam», pese a su clara expresividad, se considera insuficiente por COVIELLO para considerar romana la continuidad. Mal podría, pues, sustentarse sobre él la originalidad romana de la apariencia. En cuanto al otro acusativo, «certam», certeza de la posesión, tal vez servidumbre con pública posesión,

cios divisorios, por la necesidad del «arbiter» o «mensuror» de facilitar a los adjudicatarios el agua o el paso.

Probablemente la tesis más convincente sea la de BIONDI, en su magnífica monografía «Le servitù prediali nel diritto romano». Milano, 1946, páginas 28 y ss. Para él, retornando al clásico Voigt, y cualquiera que fuese el tipo inicial de servidumbre, el originario propietario de la faja de terreno por la que atravesaba el camino o discurría el agua se configuró después como titular de un derecho de paso o de acueducto.

(19) Aunque un poco anticuada, pues la edición original es de 1895, puede verse ARNÓ: «Las servidumbres rústicas y urbanas». Trad. POSADA. Madrid, s. a.

(20) En BIONDI, op. post. cit., págs. 172 y ss., pueden consultarse numerosos textos alusivos.

(21) Digesto, 8, 1, 14, 1.

(22) COVIELLO: «Della usucapione delle servitù prediali nel diritto italiano». Riv. ital. per le scienze giuridiche, 1890. X, 161 ss.

se ha manejado, en forma casi siempre subrepticia, como base teórica de esa originalidad.

En ese sentido, algunos escritores (23) han caracterizado la servidumbre no aparente por la falta de una posesión pública. E inversamente, la apariencia de la servidumbre deberá surgir de una posesión pública. Con ello, la confusión entre posesión y servidumbre es evidente.

Desde luego, la posesión es esencial para conceptuar la servidumbre, pero no al contrario. Es decir, si se disfruta una cosa o se realiza un acto de ejercicio respecto de cualquier derecho real, habrá posesión. Al disfrute o ejercicio más extenso corresponderá el dominio; a los más restringidos, un derecho limitado, y entre ellós, la servidumbre. Pero si la posesión no condensa los tres requisitos tradicionales (24), es imposible su eficacia por vía de usucapión. Y en cambio, no solo es admisible conceptualmente la usucapibilidad de la servidumbre clandestina, sino que se halla consagrada en los ordenamientos de inspiración francesa. El art. 691 del Código napoleónico no permite circunloquios en este punto.

Los conceptos de publicidad de la posesión y apariencia de la servidumbre, posiblemente afines en el orden especulativo, se mueven en campos distintos en la vida inmobiliaria. La publicidad de la posesión se revela sin necesidad de obras exteriores, las cuales fueron juzgadas imprescindibles por los redactores napoleónicos para manifestar la apariencia de la servidumbre. Porque la apariencia es la visibilidad por cualquiera, la notoriedad por sí misma, mientras que la publicidad de la posesión requiere la intervención voluntaria de saber.

Si la posesión es pública, pero la ignoran los interesados en una posible impugnación o constatación, la situación jurídica resultante será una desgracia lamentable. Por perfecto que fuere un sistema legal, no podría evitarla. Porque es inconcebible un adquirente que no se aperciba o intente apercibirse de una posesión pública. Y si hubiere de inquirirse la conciencia o ignorancia del tal adqui-

(23) LAURENT: «Principes de droit civil français». 5^e ed. Bruxelles, 1893. Tomo 8, par. 195.—PACIFICI-MAZZONI: «Istituz. di diritto civ. italiano». 5^e ed. Firenze, 1925-27. Tomo 3, pág. 442.

(24) En D. 43, 17, 1 pr., se expresan negativamente: «... nec vi, nec clam, nec precario...».

rente, se caería en un pozo sin fondo, en una especie de «probatio diabolica» (25).

A «sensu contrario», si una servidumbre es aparente no visible (26), y mucho más si es no aparente, el adquirente del fundo presuntivamente gravado con ella puede comprensible y razonablemente ignorarla, considerando al predio libre. En muchos casos, esto ocurrirá por grande que sea la diligencia que despliegue en la ultimación de sus negocios. Por eso es lógico que cuente con una base sustantiva formidable para esquivar procesalmente la posible acción de constatación o reconocimiento.

En definitiva, como dice COVIELLO (27), la posesión de una servidumbre aparente es siempre pública, pero una posesión pública, por sí misma, no hace aparente la servidumbre.

III.—ORIGEN DEL CONCEPTO DE APARIENCIAS DE LA SERVIDUMBRE

Aunque parece claro que el derecho romano desconoció la distinción de servidumbre en aparentes y no aparentes, es indudable que en las fuentes se encuentra la materia prima que habría de emplearse en su intervención (28). Las ideas esenciales se forjaron de este modo por los intérpretes medievales, concretamente por BARTOLO, al glosar los siguientes supuestos: venta de fundo grabado con servidumbre no conocida, usucapacidad de servidumbres y constitución tácita o presuntiva de las mismas (29).

I.—Compraventa de fundo grabado.

En el momento de perfección de la compraventa y si la servidumbre era o no pública, permiten las fuentes tres distintas interpretaciones sobre si el comprador podía o no accionar contra el vendedor.

La opinión más generalizada entre los romanistas, propugnada,

(25) La idea ya fué expresada en el «Codex», 7, 32, 12.

(26) Por ejemplo, la serv. de acueducto que se ejerce mediante una cañería subterránea. En la práctica, no aparente; pero sí aparente por imperativo del art. 561 del Código civil.

(27) COVIELLO, op. cit., pág. 188.

(28) Porque «les lois romaines... dominent surtout la solution des questions sur les servitudes réelles, et il est bien peu des questions sur cette matière importante qui ne puissent dans le droit romain le principe qui doit servir à les résoudre». SOLON, en la «Introduction al Traité des servitudes réelles», de ASTRUC—Montauban, 1841.

(29) Vid nota de CRESCENCI en «Il foro ital.» 1876: I, 13 ss.

entre otros, por WINDSCHEID (30) y DERNBURG (31), considera inexistente la acción, salvo estipulación expresa, venta «uti optimus», mala fe o fraude del vendedor. En estos dos últimos casos, de mala fe o fraude, las fuentes no dejan lugar a dudas (32); pero en los demás, la opinión alega dos conocidos textos (33), con el argumento fundamental de que, si las servidumbres son cualidades anormales de las fincas, el comprador ha de conocerlas de un modo natural.

La tesis opuesta se mantiene por GLUCK (34), para quien el vendedor responde al comprador «ex lege», indeclinable y automáticamente. Pero la posición de GLUCK contradice el principio de libertad de los fundos y la consideración romana de las servidumbres como «vitia fundi» (35).

Una posición media, llena de sugerencias, es la defendida por MAYNZ. Cuando la servidumbre es aparente, el comprador carece de acción y el vendedor de la correspondiente responsabilidad. Pero si la servidumbre es no aparente surgen acción y responsabilidad. Por consiguiente, MAYNZ (36) arranca de un presupuesto de sorpresa, de cuya prueba se desentiende: que las fuentes operaban sobre la distinción de las servidumbres en aparentes y no aparentes.

La extraordinaria agudeza intelectual del aludido escritor belga no deja de apercibir lo atrevido de su teoría. Por ello, cuando enfrenta los pasajes de las fuentes que se oponen inequívocamente a su doctrina, se libera con ingenio de la letra y la interpreta con criterio inteligente, aunque arbitrario y escasamente convencedor (37).

(30) WINDSCHEID: «Diritto delle Pandette». Trad. e note FADDA y BENSA.—Torino, 1904. II, part. 2^a, par. 391, pág. 111; y nota 28, pág. 112.

(31) DERNBURG: «Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens». Halle sds., 1909. II, parte 1^a, par. 99; pág. 261.

(32) ULPIANO en D. 19, 1, 1, 1; y SCAEVOLA en D. 21, 2, 69, 5.

(33) CELSO en D. 18, 1, 59; y VENULEYO en D. 21, 2, 75.

(34) GLÜCK: «Commentario alle Pandette». Trad. e note SERAFINI e COGLIONO.—Milano, s. a. Vol. 18, par. 985.

(35) Sobre un texto de ULPIANO en D. 45, 38, 3, y en la expresión en él contenida «vel de quo alio iure», apoya Gluck toda su teoría, creyendo que la frase indica que la doctrina expuesta se refiere a todos los derechos reales, incluso a las servidumbres. Sin embargo, el texto cita a continuación, como comprendidos en la frase, a los derechos de usufructo y uso. Lo mismo habría hecho respecto de las servidumbres, de una manera expresa, para evitar la segura confusión que en ella habría de surgir.

(36) MAYNZ: «Cours de droit romain précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome». 4^e. éd.—Bruxelles, 1877. II, par. 213, págs. 231 a 233.

(37) Así, respecto del pasaje de CELSO en D. 18, 1, 59, ya citado en

Cualquiera que sea, en definitiva, la posición que se adopte, y surgieran la acción del comprador y la responsabilidad del vendedor «ex fraudis», «ex voluntate» o «ex lege», la dificultad se reducía, en sus términos más simples, a una cuestión procesal. Lo importante era suministrar la prueba irrecusable del hecho originario de la posible responsabilidad del vendedor. O sea, si al vender había o no obrado de buena fe, concretamente en el momento de perfección del contrato. Una enredosa «*quatio facti*» sobre la que las fuentes parecen ignorar la solución:

II.—Usucapacidad.

Aun es más complicado este supuesto, a causa de que la posibilidad de prescribir las servidumbres prediales constituye uno de los puntos más debatidos por los romanistas. La servidumbre real era una cosa corporal (38), por lo cual no era tradible (39) ni usucapible (40). Y sin embargo, una casi espectral «lex Scribonia» (41), anterior al comienzo de la Era cristiana (42), ordenó la abolición de la constitución de servidumbres por vía de usucapición. Con lo que se presume inequívocamente que era admitida por el derecho precedente, sin que, por otra parte, pueda juzgarse de su alcance (43).

El ambiente actual, influido sin duda por la opinión de BONFANTE
nota 33 anterior, que dice: «Cum vendere fundum, non dixisti ita ut optimus maximusque: verum est, quod Q. Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere...». MAVNZ dice que sería abiertamente contrario a su tesis «s'il fallait le prendre à la lettre». Por lo que las palabras «qualis esset» deben significar el fundo «tel qu'il est et se moutre», con lo que se excluye la responsabilidad en las servidumbres aparentes. No obstante, el texto parece suficientemente claro: se refiere al fundo «tal cual es», considerado en sí mismo, como objeto del derecho, y de ninguna manera a su exteriorización física.

(38) GAVO, en *Instituta*, 2, 14.

(39) Ib. 2, 28.

(40) PAULO en D. 8, 1, 14.—Los romanistas enlazan en las servidumbres las teorías de la tradición y la usucapión. Seguramente porque si las servidumbres pudieran constituirse por tradición, lo que implica su posesión, esta misma posesión prolongada en el tiempo debería transformarse en modo de adquirir por usucapión.

(41) La única información es un texto de PAULO en D. 41, 3, 4.

(42) Del año 50 a. C. probablemente, y desde luego, posterior al 69 a. C.—Vid. BONFANTE: «La longi temporis praescriptio delle servitù».—*Scritti giur.* cit., II, pág. 956, nota 1.

(43) En este punto sólo caben conjjeturas indocumentadas, porque «no se sabe si se aplicaba a todas las servidumbres, o sólo a las servidumbres urbanas, o sólo a las servidumbres rústicas...».—ALAS, DE BUEN y RAMOS: «De la usucapión».—Madrid, 1916, pág. 247.

TE (44), es el de que Justiniano «abrogó implícitamente la antigua prohibición de la *lex Scribonia*» (45). Según parece, al construir el «Corpus» la usucapión ordinaria, conjunción de la «usucapio» del «ius civilis» y de la «*praescriptio longi temporis*» del «ius provincialis», hubo de admitir, y así lo expresan las fuentes (46), la usucapibilidad de servidumbres (47). A pesar de la claridad de los textos, aun impresionan los sólidos argumentos de HEDEMANN (48), quien rechaza en absoluto la posibilidad de constituir servidumbres prediales a través de la prescripción.

Por encima del interés que el tema ofrece para la investigación, del debate en curso se colige la enorme desconfianza, incluso el temor, con que los romanos miraron siempre la usucapibilidad de servidumbres. La «ratio» debió ser que la servidumbre real no se exterioriza en algunas ocasiones de ninguna manera (49), y desde luego, nunca con la plasticidad de la posesión apta para usucapir.

Si en la posesión concurrían los requisitos tradicionales, había un hecho de relevancia irrecusable para que el titular «a non dominio» pudiera alcanzar el dominio. Porque, al igual que la acción pauliana, la usucapión pretendía remediar la deficiencia de publicidad de los actos adquisitivos del dominio. (50).

Pero la llamada «cuasi posesión de la servidumbre», aun no clandestina, exenta de violencia y sin vicio de precario carece casi en todos los casos de esa plasticidad o relevancia irrecusables.

(44) BONFANTE, loc. cit. post.. También antes ASCOLI: «La usucapione delle servitù nel diritto romano». Arch. giur., 1887, 38, pág. 51.

(45) Son palabras de PACHIONI: «Manual de Derecho romano». Traducción de MARTÍN y REVERTE.—Valladolid, 1942. I, pág. 415.

(46) PAULO en D. 8, 2, 20.

(47) Dentro de este ambiente común, se discute la época en que las fuentes admitieron la usucapibilidad, es decir, si JUSTINIANO fué iniciador o simple compilador de doctrina corriente. Pueden verse el clásico trabajo de DERROZZI: «I modi pretorii d'acquisto delle servitù». *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1897, 23, págs. 3 y 167., Y. COLLINET: «La tradition des servitudes dans le droit de Justinien». *Mélanges GIRARD*. París, 1912. I, págs. 185 y siguientes.

(48) HEDEMANN: «Erweb und Schutz der Servituten». Berlin, 1867.

(49) Sobre supuestos de esta índole puede consultarse GROS: «De l'action possésoire relativement aux servitudes discontinues». Es un comentario crítico a un trabajo de DORLENCOURT: «Du cumul du pétitoire et du possésoire». Ambos trabajos en la *Revue crit. de Legislation et Jurisprudence*, 1853. III, págs. 340-926; y IV, 183-397.

(50) Pueden consultarse: CORNIL: «Etude sur la publicité de la propriété dans le droit romain». Thèse, Bruxelles, 1890. Y SCHUPFER: «La pubblicità nel trapassi della proprietà secondo el diritto romano del basso impero». *Riv. ital. p. l. scienze giur.*, 1905, 39, pág. 1.

Como dice GIRARD⁽⁵¹⁾, el hecho originario habría de tener una publicidad mínima, la imprescindible para que la servidumbre hubiera podido ser conocida por el dueño grabado. Y aún así, en cuanto este titular presuntivamente sirviente alegara su ignorancia de la carga, al figurado titular activo, según la interpretación general, no le conceden las fuentes ninguna posibilidad de accionar su derecho.

III.—Constitución tácita.

En los diferentes casos de constitución tácita o presuntiva de servidumbres reales, y entre ellos el destino del padre de familia (52), los signos aparentes, que la misma ley determina, revelan a todos las características de la carga. Y sin embargo, de diversos fragmentos de las fuentes (53) se deduce sin duda alguna su inadmisión en Roma. A pesar de la fuerza incontrastablemente probante de los hechos, quizás por sustentarse toda la teoría de las servidumbres en la absoluta independencia de las dos fincas, la servidumbre no se estimó nacida; y luego de la diversificación de titulares dominicales, subsistente.

Pero la solución que, en definitiva, pueda adoptar un ordenamiento, dependerá en esta materia, según CASALS COLLDECARRERA (54), del valor que se otorgue al «animus» del enajenante, presumiéndose o no la intención de engendrar la servidumbre. El derecho francés y los que en él se inspiraron, entre ellos el art. 541 del Código civil español, reconocen a aquellos signos el valor de título constitutivo. Por el contrario, las fuentes los rechazan, aunque se hallare clara e incontrovertible la voluntad del primer propietario.

(51) GIRARD: «Manuel élémentaire de droit romain». 8e. éd. revisée par SENN. París, 1929; pág. 402.

(52) Otro supuesto, por ejemplo, es el contemplado por la S. de 5 de abril de 1898: «Las aberturas que dan a la vía pública se convierten automáticamente en servidumbres, si esta vía pública pasa a dominio privado.»

(53) Dig. 8, 2, 10.—8, 2, 36-37.—8, 2, 41—20, 49, 9, etc..

(54) CASALS COLLDECARRERA: «El derecho real de servidumbre según los principios del derecho foral de Cataluña». Prólogo de DÚALDE. Barcelona, 1944, pág. 14.

IV.—SU INVENCIÓN

En los tres supuestos examinados puede observarse que la prueba de la conciencia o ignorancia de la servidumbre, hecho fundamental para su constitución, ofrecía extremada dificultad cuando la carga era inopinada. (55). Y era imposible si el gravamen se exteriorizaba con obras o rasgos que revelasen notoriamente su existencia. La plataforma sobre la cual había de levantarse una posible acción de constatación, era la voluntad del dueño pasivo, su conciencia del perjuicio, su conocimiento o no ignorancia de la servidumbre. La interpretación es típicamente romana, según indica POTHIER (56), pues nadie puede quejarse de un daño que parece haber querido.

La prueba de ese hecho originario tiene carácter adjetivo o procesal y sobre él las fuentes no contienen un texto que ilumine un cierto criterio resolutivo. En este punto halló su tarea la capacidad interpretativa de la glosa. Al comentar diversos pasajes del DÍGESTO, el glosador BARTOLO (57) consideró que la servidumbre existía cuando el propietario del fundo dominante tenía «animus possiden-
di», voluntad de disfrutar el beneficio, así como el del sirviente posibilidad de conocer el gravamen (58). Junto al elemento subutivo, tan entrañable al romano, la clave de la prueba residía en los signos exteriores. A la voluntad del dueño gravado de sufrir la carga se ligaba un elemento objetivo, la revelación por obras permanentes (59).

(55) A la aparición repentina de una servidumbre oculta, ULPIANO, en D. 19, 1, 1, la llama inopinada: «verum ne emergat inopinata servitus».

(56) POTHIER: «Pandæctæ Justinianææ in novum ordinem Digestæ, cum legibus Codicis, et Novellis quæc jus Pandæctarum confirmant, expliq; quant aut abrogant». Parisis, 1820. Vol. 4, pág. 278.

(57) BARTOLO: «Prima super Digesto veteri». Comentaria Liber. VIII. Lyon, 1542. Y Comentaria... Venetiis, 1602. V, par. 9, pág. 114.

(58) Según BARTOLO, loc. cit., había servidumbre «si erat de hoc fama per contrata», o «si erant sibi signi viae vel itineris vel aquae vel verossimilia quæ possunt animum adducere ad istam credulitatem». «Et idem in venditione domus ut videatur imposita servitus ac sustinet opera permanentia, quia ipso actu sustinebat, maxime si contrahentes hoc sciebant».

(59) La teoría de BARTOLO es intermedia entre la subjetiva (que tutela al que creyó válidos, los presupuestos de eficacia del acto) y la objetiva (basada en un hecho general exterior). —Vid. BOLAFFI: «La teoría sull'apparenza giuridica». Riv. del diritto commerciale e del dir. generale delle obbligazioni. 1934. 32, parte 1.ª, pág. 131 Para el derecho patrio, BÉRGAMO:

La creación de BARTOLO, ponderada y práctica, no tuvo eco en los escritores posteriores (60). Muy al contrario, continuaron proponiéndose soluciones para el problema, que continuaba planteado en el derecho recibido y en los indígenas. Los escritores franceses del siglo XVIII, en que parecía vivirse ya en el derecho nacional la solución de BARTOLO, reflejan oscuras distinciones, conjugando continuidad del ejercicio con la visibilidad de las obras, pero sin proyectar una solución clara y definitiva (61). Tales distinciones, la indudable vivencia forense de la creación bartoliana, las variedades del derecho consuetudinario y las exigencias reales condujeron al concepto napoleónico de apariencia de la servidumbre.

V.—EL CONCEPTO FRANCÉS

El detalle de las disposiciones que jalanan la evolución del concepto de apariencia en el viejo derecho francés, puede consultarse en el clásico LALAURE (62). El tema de la usucapacidad de las servidumbres fué, sin duda alguna, el «leitmotiv» que forzó a montar la distinción entre aparentes y no aparentes. Las demás cuestiones se relegaron ante su empuje arrollador.

Porque la unidad jurídica francesa en materia de servidumbre se quebraba frente a la constitución por prescripción. En los países de derecho escrito o romano (63), prevaleció su admisibilidad (64);

«La protección de la apariencia en el derecho español». Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, 1945, pág. 241.

(60) Han sido numerosísimos los autores consultados, siempre con resultado negativo: FORCATULO, ARGELO DE PALTRONIBUS, VINNIO, BALBO, ANTONIO GÓMEZ, FONTANELLA, ALFONSO DE OLEA, COVARRUBIAS A LEIVA, FARÍA, FERNÁNDEZ DE OTERÓ, MARTÍN LAUDENSE, DUARENO, PADILLA, etc.

(61) Por ejemplo, LALAURE: «*Traité des servitudes réelles*». París, 1761. Hay una edición de 1827, con notas de PAILLET. Livre I; Chapitre I; y Livre II, Chap. II.

(62) LALAURE, op. cit., *passim*. Livres II y III.

(63) La escisión del territorio francés en dos zonas jurídicas, una de «droit écrit» y otra de «droit coutumier», se remonta a fines del siglo XI y subsiste hasta la Codificación. Puede señalarse como líneal demarcadora, aproximada el río Loira: al Norte, derecho escrito o romano; al Sur, consuetudinario. Para una mejor información, en la que se han apoyado los escritores posteriores, ver KLIMRATH: «Géographie de la France coutumière». *Revue crit. Législ. et Jurisp.*, 1837. VI, págs. 6 ss.

(64) Vid. KLIMRATH: «Dispositions des coutumes». II; «Des biens». Revue citada, pág. 345.

en los de costumbres, por el contrario, se rechazó; consagrándose la regla «ninguna servidumbre sin título» (65).

Como fórmula de conciliación de aquellos dos sistemas antitéticos, el recibido y el nacional, los juristas se aferraron al punto medio que tipificaban las Costumbres de Bretaña (66). En éllas, aún establecida la regla general de inadmisibilidad de la prescripción como vía de constitución de servidumbres, se excepcionaba un poco furtivamente cuándo éstas se revelaban por hechos del hombre claros, visibles, aparentes.

Este sistema de equilibrio, puramente francés y que constituía lugar común entre los escritores galos de la época de la Codificación, fué acogido sin preocupaciones por los redactores napoleónicos en el art. 689 del Código (67). Resultó como un regreso inesperado y sorprendente a la teoría de BARTOLO, pues se vino a calificar la apariencia por las obras exteriores que anunciaban la servidumbre.

En adelante, no interesan el ánimo del constructor de las obras, los motivos causantes de las mismas, el posible beneficio del predio dominante, o que la finalidad perseguida sea adquirir o perder la servidumbre. Basta con que las obras tengan actualidad, porque, según indica DEMOLOMBE (68), la servidumbre no podría ser aparente si las obras no estuvieren hechas o hubieran desaparecido. Importa el hecho presente de las obras, sin pasado ni futuro, para que por ellas se manifieste una servidumbre aparente. Aunque exis-

(65) La regla «*nulle servitude sans titre*», parece que se formuló por vez primera en el art. 5º de una Ordenanza de Carlos VIII de Francia, en 1495. De ese texto pasó al art. 186 de la «Costumbre de París», y, por su influencia, a la mayoría de las costumbres. Algunas, sin embargo, rechazaron la regla: así, Amiens, Metz, etc.

Sobre esta diversidad, puede consultarse BEAUNE: «*Droit coutumier français. La condition des biens*». Lyon-París, 1886, págs. 141 ss.

(66) GIRAUD: «*Recherches historiques et bibliographiques sur les coutumes de Bretagne*». — *Revue crit. Législation et Jurisp.* — 1843: — Vol. 17, páginas 300 y 571.

(67) Así lo expresa BERLIER, uno de los redactores, en su «*Exposé des Motifs du Titre IV. Livre III. du Code civil*», ante el Consejo de Estado, que sí recoge en «*Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat*». París, 1841. Vol. I, pág. 321.

(68) DEMOLOMBE: Op. cit., vol. XII, París, 1882, 2º, núm. 721, página 218.

te algún desacuerdo entre los escritores franceses, tal parece la conclusión congruente con los términos anteriores (69).

Pero ese concepto de apariencia, que formularon los redactores de 1804 con la clarísima pretensión de abrir paso a la constitución de servidumbres por vía de prescripción, no fué, sin embargo y según su propio leal saber y entender, por extraño que parezca, un asidero publicitario suficiente. A la sola apariencia, tan relativa, la consideraron seguramente rodeada de incertidumbre, llena de inseguridad, propicia a la vacilación.

Difícilmente podría encontrarse otra razón de más peso para explicar por qué al regular la prescripción de servidumbres, en el art. 2.229, los codificadores franceses ligaron a la apariencia un nuevo dato de hecho, la continuidad. Es decir, ya no basta la apariencia, sino que es preciso que esas mismas circunstancias que constituyen la apariencia persistan idénticas a lo largo del plazo legal.

Y así, por la conjunción de apariencia y continuidad, de golpe y porrazo se convirtieron en imprescriptibles las servidumbres discontinuas; y de un modo inevitable, por razón de concepto, las servidumbres «in faciendo» e «in prohibendo» (70). Respecto de las discontinuas, lo declaró expresamente el art. 691, aunque ello era en absoluto superfluo. En las «servitudes in faciendo vel in prohibendo», dado que los actos a cuyo través se ejercitan suelen ser transitorios, manifestados a medias, o simplemente negativos (71), al dueño del predio presuntivamente sirviente no se le podía exigir la vela permanente del fundo más allá de la habitual en un buen padre de familia.

De donde la regulación francesa lleva a la conclusión de que ciertas servidumbres, por ejemplo, las «in faciendo», se ejerciten por actos bien visibles a todos, pero por carecer de continuidad en el sentido legal, o por no haber obras exteriores, o por faltarles signos aparentes permanentes, sean inusucables. La ligazón de

(69) Vid. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE: «Traité théorique et pratique de droit civil». Bordeaux, 1907, 3e. éd. VI, 81.

(70) Las servidumbres «in faciendo» permiten al dueño del predio dominante hacer algo en el sirviente; las «in prohibendo» impiden al dueño del predio sirviente actuar como le sería lícito sin la existencia de la carga. Ver OSSORIO Y MORALES: «Las servidumbres «in faciendo» en Derecho español». *Revista de Derecho Privado*, 1934, XXI, 188.

(71) Ya decía GARCIA GOYENA que las servidumbres negativas eran no-

ambos requisitos conceptuales, apariencia y continuidad, junto con otras circunstancias, han hecho del sistema francés en esta materia un desconcertante semillero de pleitos.

VI.—RETOQUES AL CONCEPTO FRANCÉS

La construcción francesa de la apariencia de la servidumbre fué perfeccionada en las legislaciones que se han movido en la órbita de su influencia. Así, el Código civil italiano de 1865, en su art. 618, sustituyó el vocablo «ouvrages» por el de «signis», que los galos habían empleado solo en relación con las servidumbres no aparentes («signes»). Pero insistió en la concurrencia de continuidad y apariencia para la prescripción.

Aquella modificación vino indudablemente a acentuar el carácter extrínseco de la apariencia, es decir, la exteriorización o visibilidad de la servidumbre. Se desplazó la idea nacional de la apariencia de aquella relatividad e incertidumbre que había de imprimirlle la mayor o menor diligencia del observador. Ahora bien, si la existencia de obras en el sentido francés era de prueba difícil en los casos dudosos, la generalidad de los signos aparentes se prestaba, en orden a la prescripción, a más intrincados subterfugios forenses.

El punto de vista adoptado por los codificadores franceses y sus seguidores, la defensa del dueño presuntivamente sirviente contra el abuso de sus naturales tolerancias, fracasó rotundamente con el andamiaje de la apariencia. Y aunque, tras una ruda crítica posterior, se extendió la opinión de que tal fracaso procedía de la conjunción de apariencia y continuidad, la supresión de la continuidad que ha efectuado el art. 1.061 del Código italiano de 1942, parece que no ha evitado tampoco la mayor parte de sus inconvenientes (72).

aparentes, y «puede decirse con la misma generalidad y seguridad que todas las afirmativas son aparentes». «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español». Madrid, 1852. Vol. I, pág. 422.—Esa misma tesis, que ha sido sostenida recientemente por MIGUEL SCAEVOLA («Código civil comentado y concordado extensamente». Madrid, 1895. Vol. X, página 184), es opuesta en absoluto a la que expone DE BUEN en su artículo sobre «servidumbre afirmativa», en la «Enciclopedia Jurídica Española», tomo 28, pág. 662. Para DE BUEN, que separa las distinciones de aparentes y afirmativas, «ni todas las servidumbres aparentes son positivas, ni todas las no aparentes son negativas».

(72) Aunque es pronto para hacer afirmaciones sobre la eficacia de la

Puede considerarse al sistema italiano, en su evolución de 1865 a 1942, índice y reflejo en la común reacción de los sistemas legales de inspiración napoleónica ante la escasa utilidad del nuevo concepto jurídico. Ello permite excusarse de otras referencias, pues se limitan en síntesis a trasladar la regulación modélica francesa, con variantes de escasa trascendencia (73).

VII.—LA COPIA ESPAÑOLA

No es posible en ésta materia hablar de una tradición española. Cualquier indagación de escritores y textos legales páticos anteriores a la Codificación déclimonónica afirma la convicción de que, según el patrón romano, los derechos recibido y nacional desconocieron sin duda alguna la clasificación de las servidumbres en aparentes y no aparentes (74).

Al comentar el art. 479 del Proyecto de Código Civil de 1851 indica GARCÍA GOYENA que su antecedente se encuentra en el artículo 689 del Código napoleónico, con otros derivados del modelo (75). Posteriormente, la base 13 de la ley 11 de mayo de 1888 ordenó que la distinción, «por sus condiciones de ejercicio y disfrute», se incorporase al Título correspondiente de las servidumbres. Y el art. 532 del Código civil la introdujo en nuestro sistema vigente; con pequeñas modificaciones de redacción respecto de sus modelos: El concepto francés de la apariencia; conjuntado con el

nueva redacción legal, sobre todo tras las peripecias sufridas en los últimos nueve años por el pueblo italiano, ya han surgido algunos asuntos judiciales que parecen justificarlas. Para la regulación, Vid., BENETTINI: «Compendio di diritto civile secondo il nuovo Codice». Milano, 1939-1944. Volumen III, págs. 170 ss.

(73) Por ejemplo, sobre Derecho portugués. Vid. PINTO DE MEYRELLLES: «As servidões prediais en direito peninsular e português». Lisboa, 1934.

(74) Entre los consultados, también con resultado negativo, merecen destacarse: ASO Y DE MANUEL («Instituciones del Derecho civil de Castilla». Madrid, 1771.—Todo el título) «De las servidumbres», págs. 148 a 160); JUAN SALA («Compendio de Derecho real de España». Extractado por SINÉRIZ, 2.^a ed. Madrid, 1833). ESCRICHÉ (voz «servidumbre», en su «Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia», ediciones de 1834 y 1876); GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN («Elementos del Derecho civil y penal de España». Vol. I, no sólo de la primera edición, Madrid, 1840, páginas 115 y 118; sino en la edición 13, Madrid, 1881, págs. 641 y 650, cuando ya era doctrina corriente en España), etc.

(75) GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 422, quien se refiere a los artículos 610 C. c. napolitano; 725 C. c. holandés, etc.

de la continuidad, se aplicó, por los arts. 537 a 541, a la constitución de servidumbres por vía de prescripción, así como a la regulación de la institución francesa del «destino del padre de familia».

Hoy resulta sorprendente que los redactores del Código español aceptaron el concepto francés sin establecer normas coordinadoras con el sistema publicitario del Registro de la Propiedad, vigente entonces desde hacía casi veinte años. Ni se pensó siquiera en si era o no conveniente la introducción del nuevo concepto, encajándose sin la menor discusión una publicidad antes desconocida en el sistema ya en vigor.

Las servidumbres prediales eran inscribibles en el Registro de la Propiedad, según el artículo 2.º, núm. 2.º de la Ley hipotecaria de 1861. La aplicación de los principios hipotecarios, aún en el ámbito limitado del sistema, surgía por el simple hecho de la registración. Pero el Código civil de 1889, que tantas novedades trajo, también en este punto perturbó la «*pax hypothecaria*». Desde su publicación, los titulares registrales libres de cargas podían ser atacados por la inoportuna e inesperada servidumbre aparente.

Claro que en seguida comenzó el rosario de pleitos. La jurisprudencia, un poco perpleja al comienzo, fué afirmando los nuevos principios. Y la doctrina vigente, según sintetiza la didáctica diafanidad de CASTÁN (76), es «qué cuando los signos de la servidumbre son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior les atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, y por tanto, surten efecto contra el adquirente del inmueble, aunque no resulte del Registro la existencia de la servidumbre» (77). La publicidad de la servidumbre aparente «suple con eficacia», dice ROCA SASTRE (78), el posible silencio del Registro acerca de la existencia de la misma.»

(76) CASTÁN: «Derecho civil español común y foral». Notarías. Madrid, 1942. II, 283.

(77) Sentencias 11 enero 1895, 7 febrero 1896, 5 abril 1898; 27 mayo 1899, 27 octubre 1900, 31 marzo 1902, 12 octubre 1904, 11 noviembre 1905, 27 enero 1906, 23 marzo 1906, 26 octubre 1906, 23 noviembre 1906, 22 diciembre 1906, 12 octubre 1909, 7 noviembre 1911, 1 febrero 1912, 13 enero 1913, 14 abril 1914, 9 julio 1917, 11 mayo 1927, etc.

(78) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario». Barcelona, 1948. I, 363. ROCA cree, además (pág. 364), que la doctrina debiera extenderse «a todos los casos de instalaciones de exteriorización notaria». Así lo ha hecho la Sentencia de 6 de abril de 1946 en un caso de comunidad. Pero la extensión es peligrosa, sobre la base de una analogía con la concepción de la apariencia de la servidumbre.

Claro que así debería ser si el concepto de la apariencia de la servidumbre estuviese perfilado de un modo indiscutible. Pero, aparte de esa cuestión, es evidente que la nueva fórmula publicitaria, la más elemental y simple, la natural exteriorización de las cosas en el mundo de los sentidos corporales, cuando es verdaderamente natural y facilita a todos la posibilidad de apreciar sin más la existencia de una servidumbre, no es opuesta al sistema hipotecario vigente. Si acaso, completamente superflua. Y como todo lo superfluo en un ordenamiento jurídico, manantial inagotable de oscuridades en los Tribunales.

Porque, en su sentido más puro, la publicidad de la apariencia de la servidumbre, así como su aplicación en materia de prescripción, engranan sin violencias en el sistema inmobiliario español. Es obvio que éste se basa en el imperio absoluto de la ética, o con mejor tecnicismo, la buena fe, como principio o como requisito para la aplicación del de la fe pública registral (79), preside el tráfico inmobiliario nacional. Y a través de las condiciones de efectuación de la buena fe, las cuales son en todo caso un problema de hecho a determinar por el juzgador, pueden obtenerse los resultados que pretendieron alcanzar los creadores del concepto.

Si ello es así en el ámbito natural del sistema, es decir, respecto de los terceros hipotecarios, sujetos de la mayor tutela del Registro, la superfluidad del concepto de apariencia de la servidumbre se patentiza más crudamente en cuanto a los titulares partes. Entonces la prueba de la buena o mala fe de los dueños activo y pasivo podrá fundarse normalmente en datos irrecusables.

VIII.—SUPERACIÓN DEL CONCEPTO

Por lo expuesto, es difícil percibir la razón por la que se mantiene la idea de apariencia de las servidumbres en los ordenamientos contemporáneos. Tal vez la mejor explicación resida en la tendencia secular de los juristas a facilitar lo intrincado ofreciendo más de un sendero a seguir.

BARTOLO, en primer lugar, y luego los prácticos franceses, observaron que la doctrina romana recibida, al caracterizar la pres-

(79) ROCA SASTRE, op. cit., pág. 445.

criptibilidad de la servidumbre sobre la posesión, dirigía inevitablemente a la investigación de la voluntad presunta o verdadera de los interesados. Pero el análisis de las cuestiones posesorias concluye siempre por sumergirse en el pantano intencional. Ante ese final, agobiante y desconsolador, hubo de solicitarse una salida objetiva. Por ello se consideró pertinente establecer, en el ámbito geográfico de localización de los fundos dominante y sirviente, una especie de notoriedad tan visible y concluyente que hasta el menos avisado se representara automáticamente el estado actual de servidumbre.

Por ello, los escritores franceses del siglo XVIII (80) coincidieron en destacar la necesidad de las obras exteriores como medio, conveniente al principio, más tarde imprescindible, para la actuación de la servidumbre. La idea persistió con tales rasgos en los comentaristas del Código napoleónico y territorios de su vigencia (81).

Más la apariencia o inapariencia de la servidumbre real no es un carácter intrínseco, permanente, rígido, invariable de cada uno de los tipos del instituto. En esencia, depende de las condiciones ambientales, espaciales, de circunstancias, en las cuales se disfruta su utilidad, se padece su gravamen o se considera desde un punto o plano exterior a la relación misma. Un ejemplo adecuado a esta afirmación, por otra parte viejísimo, es el de la servidumbre de paso: puede ser aparente o no aparente, según hayan o no datos que la exterioricen; e incluso habiéndolos, según, los valores en cada caso y momento el ser humano que en definitiva juzgue.

El concepto de apariencia de la servidumbre cumplió su papel de solución transitoria, fugaz, en tanto no se proveyera otra fórmula de publicidad más adecuada. Es lógico que se tuviera por definitivo por BARTOLO, por los franceses de los siglos XVII y XVIII, e incluso por los redactores napoleónicos. A éstos últimos se les metía en el alma su sistema nacional, aparte de lo ineficaz que resultaba su antiguo sistema de transcripción. Pero ya en pleno siglo XIX, en marcha la teoría del Registro y con aplicaciones

(80) Entre ellos, BACQUET, BEAUMANOIR, FOURNEL, POTHIER, ARGOU, etcétera.

(81) Por ejemplo, el belga VAZEILLE: «Traité de prescriptions». Bruselas, 1834, págs. 162 a 164.

satisfactorias, la publicidad que reportaba este sistema superaba las últimas posibilidades a que podía aspirar la apariencia.

Por consiguiente, debió arrojarse por la borda, como lastre inútil y entorpecedor, en los sistemas legales posteriores a la segunda mitad del siglo XIX. Porque si una clasificación jurídica ha de ser algo más que una ingeniosa especulación, deberá insertarse en la sustancia o naturaleza de la institución que intenta desentrañar. Lo que no sucede al mantener en los ordenamientos contemporáneos la distinción de las servidumbres en aparentes y no aparentes, apoyada en datos objetivos relativos y cuya finalidad fué cumplir un destino para el que basta el orden jurídico general y el sistema registral, humanizados por la ética.

MANUEL RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ GERMES
Registrador de la Propiedad

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERÓNIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.^o, n.^o 11 - MADRID