

# Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

EL PACTO POR EL QUE SE FACULTA A UNA SEÑORA, DUEÑA DEL PREDIO DOMINANTE, PARA ABRIR EN LA PARED QUE SEPARA SU PARCELA DE UN PASAJE O CORREDOR "HUECOS, VENTANAS, BALCONES Y, EN UNA PALABRA, ESTABLECER TODA CLASE DE SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS DE LA FORMA Y DIMENSIONES QUE ESTIME PROCEDENTES", SE HALLA AMPARADO POR EL ARTÍCULO 594 DEL CÓDIGO CIVIL Y PUEDE HACERSE CONSTAR EN EL REGISTRO.

AL SER AUTORIZADA LA MISMA SEÑORA PARA CUBRIR EL PASAJE O PASILLO ANTES MENCIONADO, DESDE LA ALTURA DEL PRIMER PISO, EN UNA LONGITUD DE 18 METROS, Y EDIFICAR SOBRE LA CUBIERTA UNO O MÁS PISOS, QUE SERÍAN DE SU EXCLUSIVA PROPIEDAD, ¿SE PROPUSIERON LAS PARTES CREAR UN VERDADERO DERECHO DE SUPERFICIE, O MÁS BIEN SE LIMITARON A CONSTITUIR UNOS "DETERMINADOS DERECHOS"?

*Resolución de 27 de octubre de 1947. "B. O." de 14 de enero de 1948.*

En escritura que autorizó el Notario de Sitges D. Salvador Monzó, unos cónyuges, dueños de dos parcelas de terreno, establecieron en beneficio de una finca de otra señora compareciente servidumbres de luces y vistas, y concedieron, además, ciertos derechos a la titular del predio dominante, conforme a los pactos del precedente enunciado.

Presentada dicha escritura en el Registro de Villanueva y Geltrú fué suspendida.

1.º En cuanto a las servidumbres de luces y vistas constituí-

das en su apartado tercero, por observarse el defecto subsanable de no determinarse la extensión y condiciones de las mismas, conforme al párrafo segundo del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, y párrafo noveno del artículo 61 de su Reglamento. No se toma anotación de suspensión por no solicitarse.

2.º En cuanto a unos "determinados derechos" establecidos a favor de doña M. N. C. R. en el apartado cuarto del mentado documento, no admitida su inscripción por observarse los defectos siguientes:

A) No determinarse la naturaleza, extensión y condiciones de los mismos, conforme a los preceptos anteriormente citados.

B) Porque pretendiéndose, al parecer, establecer un derecho de superficie, no se cumple lo dispuesto en el artículo 1.620 del Código civil, en relación con el 1.655 y 1.611 del mismo Cuerpo legal; y

C) No cumplirse lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Reglamento Hipotecario.

Estos defectos son subsanables, a excepción del señalado con la letra B, que se reputa de insubsanable, por lo que no se toma anotación de suspensión, sin que tampoco se hubiere solicitado".

Resultando que el Notario autorizante de la escritura, interpuso recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, fundado en los artículos 121, número 2.º, 122 y 134 del Reglamento Hipotecario, y en los demás preceptos legales que se citan a continuación, por entender, en cuanto al extremo 1.º de la nota, que el principio de especialidad, que determinan los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 61 del Reglamento para su aplicación, está debidamente cumplido en la escritura, cuyos pactos expresan con absoluta claridad la extensión y condiciones de los derechos de los otorgantes, que fueron estipulados con arreglo al principio de libertad de contratación que es tradicional en nuestro país, y a los artículos 594 y 1.255 del Código civil; que, en cuanto al segundo extremo, no son admisibles las afirmaciones contenidas en el mismo, ya que, en su apartado a) se sostiene que no se ha fijado la naturaleza jurídica de esos "determinados derechos", que se pactan en la escritura, sin tener en cuenta que nuestra legislación, que no responde al sistema del "numerus clausus", no exige ni podría exigir tal requisito, como lo prueban los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria; 61, número 8, de su Reglamento, y 605 del Código civil; que en su apartado b) se

pretende una absoluta equiparación entre el derecho de superficie y el censo enfiteútico, para sostener la opinión de que está limitada legalmente la esfera de acción de los contratantes, lo cual no puede aceptarse de ninguna manera, pues no se deduce de la doctrina ni de los artículos 1.611, 1.629 y 1.655 del Código civil que cita el Registrador, ni tampoco de los artículos 358 y 359 del mismo Cuerpo legal, que regulan un caso de accesión, y responden al criterio de que lo accesorio sigue a lo principal, ni mucho menos de los números 1.º y 5.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria antes de su reciente modificación, ya que, según nuestra moderna técnica inmobiliaria, se referían a un supuesto jurídico distinto del derecho de superficie; y, por último, que, en su apartado c) se hace mención de preceptos legales, que, como los artículos 58 y 59 del Reglamento Hipotecario, no deben ser objeto de especial examen, por haber sido citados seguramente por error, dada su falta de relación con el supuesto objeto de este recurso;

Resultando que el Registrador de la Propiedad alegó en defensa de su nota que para poder ser inscrita una servidumbre de luces o vistas deben especificarse, con datos precisos y matemáticos, su extensión y naturaleza, indicándose, por tanto, si se trata de una ventana, balcón u otro voladizo cualquiera, así como su situación, altura, dimensiones y cuantos datos contribuyan a individualizarla de modo permanente, pues así lo exige la especial naturaleza de la inscripción de servidumbre, que determinó con exactitud la Resolución de 9 de octubre de 1928; que la finalidad principal del ordenamiento jurídico inmobiliario es dar firmeza al crédito territorial, pues lo contrario sería tanto como eliminar de la vida contractual el predio sirviente, al no conocerse la verdadera extensión de los gravámenes existentes sobre el mismo, y sin que pueda alegarse que nuestro derecho está fundado en el sistema de "numerus apertus", pues éste, como declaró la Resolución de 11 de abril de 1930, no permite la constitución de cualquier relación jurídica sobre fincas con el carácter y los efectos de un derecho real, ni supone que la voluntad puede crear situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles que impidan la amortización de la propiedad inmueble, ni autoriza la formación de tipos contradictorios de servidumbre; que en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las distintas opiniones doctrinales, debe considerarse la enfiteusis como figura similar del derecho de superficie, el cual debe ser construido, dadas sus escasas normas le-

gales, de una manera semejante a aquélla y con arreglo a los preceptos que la rigen, según ha reconocido el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 4 de julio de 1928 y 7 de julio de 1941, así como tradicionalmente la opinión científica española, por lo que debe considerarse requisito "ad solemnitatem" para la constitución del derecho de superficie que ésta conste en escritura pública y que en ella se consignent, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse, pues así lo exige el artículo 1.629 del Código civil, que debe estimarse aplicable al caso, dada la remisión que hace el artículo 1.655 del mismo Cuerpo legal, confirmada por la Sentencia de 3 de febrero de 1896, y que los artículos 58 y 59 del Reglamento Hipotecario no fueron citados por error, sino que son perfectamente aplicables al caso objeto del recurso, puesto que suponen la realización de una de las fases del principio de especialidad; que, conforme a la doctrina contenida en la Resolución de 27 de enero de 1928, y teniendo en cuenta además que las fincas inscritas no pueden ser objeto más que de un solo dominio y que los gravámenes sobre ellas deben extenderse a toda la integridad de las mismas, cabe afirmar de una manera general que siempre que un derecho real deba limitarse a una parte de un inmueble, sin trascender al resto, es preciso segregar la parcela afectada, debiendo denegarse la inscripción en el supuesto de que tal segregación sea hipotecariamente imposible;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto estimando el recurso gubernativo interpuesto por el Notario y declarando que la escritura está extendida con todos los requisitos de fondo y forma que exigen las disposiciones legales, fundando su fallo en razones alegadas por el recurrente, y, además, que no puede admitirse el criterio sostenido en el informe del Registrador, referente a que al constituirse una servidumbre que sólo afecta a una parte de una finca deba hacerse la correspondiente segregación en el Registro de la Propiedad.

Vistos los artículos 530, 543, 545, 594, 1.611 y 1.655 del Código civil; 9, 13 y 107 de la Ley Hipotecaria, 61 del Reglamento para su aplicación y las Resoluciones de este Centro de 27 de enero y 9 de octubre de 1928, 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934 y 21 de diciembre de 1943;

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto apelado que estimó hallarse extendida la escritura con arreglo a las disposiciones legales, declara que dicha escritura ado-

lece del segundo de los defectos señalados por el Registrador, en méritos de la inteligente y brillante doctrina siguiente:

Que nuestro Código civil, al regular en el artículo 530 la servidumbre como gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro de distinto dueño, pone de relieve su carácter "de iura in re aliena", que por coexistir con el derecho de propiedad, ha de tener un contenido limitado que disminuya el disfrute y valor del predio sirviente sin agotar ni poner en peligro la subsistencia misma del derecho gravado;

Que el gravamen constitutivo de la servidumbre corresponde a una ventaja y beneficio objetivos que se atribuyen al titular de la finca en cuyo favor se establece, como una de tantas cualidades de la misma que faculta para aprovechar en ciertos aspectos o relaciones los predios que pertenecen a otras personas, por lo cual se impone una conveniente delimitación de los derechos y obligaciones que formen el contenido de la servidumbre, ya que de lo contrario podrían surgir múltiples discusiones y litigios que el Código civil ha procurado evitar en los artículos 543 y 545, al disponer que el dueño del predio dominante usará y conservará la servidumbre sin hacerla más gravosa y el del sirviente no podrá menoscabar su uso;

Que en la escritura pública autorizada en Sitges por el Notario don Salvador Monzó se faculta a la dueña del predio dominante para abrir en la pared que separa su parcela del pasaje o corredor "huecos, ventanas, balcones y, en una palabra, establecer toda clase de servidumbres de luces y vistas de la forma y dimensiones que estime procedentes", pacto que, aparte de ciertas imperfecciones de índole formal, pone de relieve una amplia limitación consentida por los propietarios de los predios sirvientes y que se halla amparada por el criterio de libertad, sancionado por el artículo 594 de nuestro Código civil, en armonía con la nota de elasticidad que la doctrina atribuye al derecho real de servidumbre, y que no impide que se pueda hacer constar en los libros del Registro de la Propiedad la extensión del derecho en la forma requerida por el número 2.º del artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, configurado dentro de unos límites máximos que corresponden a la especial figura jurídica creada en el documento calificado;

En cuanto al segundo extremo de la nota, que los cónyuges B. y J., en el apartado 4.º de la escritura autorizaron asimismo a la señora O. para cubrir el pasaje o pasillo formado con las tres fajas de terreno, desde la altura del primer piso, en una longitud de 18 metros,

y edificar sobre la cubierta uno o más pisos, que serían de su exclusiva propiedad, lo que ha motivado la duda de si el propósito de las partes fué crear un verdadero derecho de superficie, o más bien se limita a constituir "unos determinados derechos";

Que el derecho de superficie ha sido utilizado por el legislador como instrumento de política social, apto, si no para conjurar, cuando menos para atenuar el problema de la habitación, se halla mencionado en nuestro Código civil, regulado sumariamente en el alemán y con especiales directrices en el suizo, en la Ley austríaca de 1912 y en la Ordenanza alemana de 1919, legislación esta última en la que se asignan, entre otras, las siguientes características: el derecho a tener una construcción en predio ajeno, reviste el carácter de finca en virtud de una ficción legal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad deberá practicarse no sólo en las hojas destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes, posee aptitud para servir de base al crédito y ser objeto del tráfico y es transmisible *inter vivos* y *mortis causa* por lo que para algunos escritores viene a constituir una especie de propiedad que coexiste o se superpone a la de la tierra;

Que sin desconocer la utilidad que presentan para un mejor goce del derecho de propiedad las concesiones de servicios establecidas entre los propietarios de fincas colindantes, merced a un amplio juego de relaciones de vecindad, es lo cierto que la autorización concedida en la escritura objeto de este recurso a doña N. C. para cubrir una parte del pasaje y edificar sobre la cubierta, implica un derecho real que cualesquiera que sean las analogías que ofrezca con el derecho de superficie no consiente suscribir la hipótesis afirmada en la nota, puesto que si bien es indudable que el contenido de derechos y obligaciones que integran una relación jurídica y no el nombre que la hayan impuesto los particulares son los que han de servir de base para determinar su verdadera naturaleza, en este caso ha de tenerse presente el silencio de las partes acerca del alcance y efectos del Derecho constituido que no puede suplirse por faltar un régimen legal específico de la superficie en nuestro ordenamiento jurídico en el que se halla únicamente reconocida;

Que de igual manera ofrecería serios reparos reputar como válidamente constituido un derecho real de servidumbre que el mismo funcionario autorizante no se atreve más que a calificar genéricamente de derecho, aunque luego emplee la palabra servidumbre, en la cláusula

octava relativa al precio, pues es notorio que en la escritura no se consigna ninguno de los datos requeridos por el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria para la inscripción de servidumbres prediales y estimarla como personal, según el artículo 531 del Código civil e inscribible merced a la doctrina del “*numerus apertus*”, implicaría olvido de la orientación adoptada por la jurisprudencia de este Centro que tiene declarado que no cabe en nuestro sistema hipotecario constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real ni justifica la creación de tipos contradictorios de servidumbre ni puede amparar oscuridades u omisiones como las que existen en la escritura de referencia.”

\* \* \*

Si las definiciones en derecho son siempre peligrosas, también a veces son necesarias para saber a qué atenernos los que hemos de aplicar aquél.

*Reconocida* la superficie en nuestra legislación, ¿cómo y de qué forma habrá de configurarse para que tenga acceso al Registro?

Morell y Terry—el todavía insustituible, al menos para los Registradores, Morell y Terry—cita una Resolución de 29 de abril de 1871, según la cual cuando una persona es dueña del suelo y otra del edificio en él construido, o del arbolado, o la siembra, etc., cada uno de los dueños puede inscribir y transmitir su respectivo derecho con independencia, aunque la finca en su conjunto figure como un solo número.

“En las inscripciones — añade: *Comentarios*, tomo I, pág. 187— se hará constar la limitación que llevan consigo uno y otro derecho, o sea, el hecho, cuando se transmite el suelo, de pertenecer el vuelo a otra persona, o viceversa, y con qué condiciones.”

Acaso sea esto reducir el problema a su forma más simplista, pero es que, en fin de cuentas, el derecho vive de realidades.

Pensemos por un momento que el Notario autorizante de la escritura origen del recurso en vez de emplear la palabra *servidumbre* (en esa cláusula 8.ª que menciona el último Considerando) hubiera utilizado la de *superficie*, seguramente con más rigor y técnica.

¿Cómo se hubiera pronunciado el Centro Directivo?

La opinión científica española venía configurando la *superficie* como similar a la enfiteusis, y el mismo Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de julio de 1928, parece reconocer tal asimilación.

Sin embargo, como expresa el culto catedrático señor Bonet Román—*Revista de Derecho Privado*, pág. 567, año 1941, comentarios a la Sentencia de 3 de julio de igual año—, no puede llegarse a tal resultado de forma concluyente.

Principiando porque la división dominical de la enfiteusis más bien es una división teórica que real, la prestación del canon por el superficiario es uno de los derechos más discutidos del de superficie.

No ya en Derecho romano en que, según Ulpiano, los juriconsultos de la época clásica consideraban al contrato constitutivo como un arriendo o una compraventa, según la forma de prestación del *solarium*, sino en nuestra Patria, conforme indica Antonio Gómez, no es esencial el pago de una pensión anual por parte del superficiario (páginas 36 y 78, *Derecho real de Superficie*. Jerónimo González).

Sánchez Román reconoce que si bien el canon es la forma más frecuente del derecho de superficie, no es necesario. Igual dice la Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil alemán, como la Ley austríaca de 26 de abril de 1912. Y la famosa Ordenanza alemana de 15 de enero de 1919 afirma que la contraprestación del superficiario puede ser única. Si son varias o periódicas, tenemos un canon censual, que se considera como una *carga real* de la superficie, quedando desechados los pactos de condición resolutoria o revocación, caso de impago. (Jerónimo González, ob. c., págs. 81, 110, 136 y 147.)

En diversas regiones españolas viene constituyéndose así. Como caso típico podemos citar el llamado *Derecho de Apostar* existente en el distrito hipotecario de Hervás (Cáceres).

“Por diferentes causas que no son del caso examinar—escribe el ilustre Registrador don Valeriano de Tena, a quien debemos estas notas sobre tan curioso derecho—, sucedió en algún tiempo que los dueños de fincas extensas con arbolado *enajenaban el vuelo*, los árboles que existían en el inmueble, reservándose el suelo del mismo. Unas veces se expresaba el número de árboles existentes en la finca y a ellos se limitaba la enajenación; otras veces se transfería la propiedad de todos los árboles y arbustos que existieran en el terreno a que se refería el contrato; en algunas ocasiones eran objeto de la transmisión, no sólo cuantos árboles y arbustos hubiera en la finca, sino que, además, se transmitía lo que en los documentos se denominaba “derecho de apostar”.

Como por *apostar* se conoce en la región la operación agrícola



consistente en limpiar o extinguir la maleza que haya en un monte para que guiadas las plantas que se trata de favorecer puedan en su día ser árboles susceptibles de fendimiento, el expresado derecho consistirá en la facultad concedida al dueño del arbolado existente en un predio ajeno para efectuar las operaciones necesarias al fomento y repoblación de ese mismo arbolado con el fin de que no se extinga la *cosa objeto del dominio*.

Según nuestro admirado compañero, si bien se trata de un derecho de naturaleza real, pues recae sobre cosa cierta sin consideración a persona alguna y cuenta para su efectividad acciones exigibles por razón de la cosa misma, independientemente de la persona contra la cual se ejercite (persecución y preferencia, a más de falta de intermediario, decimos nosotros), es un derecho accesorio de otro, o sea, del dominio del arbolado.

Pero acaso—en nuestro entender—sea un complementario del derecho de superficie en toda su pureza, evitando su temporalidad y con ello su posible asimilación al arrendamiento.

Sea de esto lo que quiera, el texto refundido de la Ley Hipotecaria, al suprimir la parte final del párrafo 5.º del artículo 107, da una mayor sustantividad a los derechos que enumera, que, en consecuencia, nada tienen que ver con otros, como el censo enfiteútico, al que podrían asimilarle. Asimismo al hacerse omisión en dicho artículo del párrafo 1.º, según su redacción en la Ley de 1909, que dejó intacto la de reforma (o sea la permisión de la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno), al par que elimina el problema a que aludía nuestro insigne don Jerónimo González—pág. 82, ob. c.—, de si se trataba o no de un supuesto distinto del derecho de superficie del citado número 5.º del repetido artículo 107, perfila la técnica y confirma la individualidad—sin parecidos o semejanzas—de tal derecho.

Estimamos, por tanto, que pese a la falta de un régimen específico del repetido derecho—como indica el penúltimo Considerando de la comentada Resolución—, siempre que éste se construya o configure con los requisitos de naturaleza, extensión, etc., que para todo derecho real exige el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, debe tener entrada en el Registro.

Como expresa el citado señor Bonet Ramón en su aludido comentario, todos los modos de constitución de la propiedad inmueble le son aplicables, puesto que él mismo es un derecho de propiedad sobre in-

muebles, pudiendo resultar de una venta, de una permuta, de una donación, de un legado, de una división, de una transacción y aun de la prescripción.

Lo dudoso es si puede nacer también de un arrendamiento.

Posible ello en el antiguo Derecho civil romano cuando el de superficie era un simple derecho personal, al modificarse por el Pretor la teoría y convertirse la superficie en un verdadero derecho de propiedad, este cambio de su naturaleza llevaría como inevitable hacer imposible el modo de su antiguo establecimiento, al no serle susceptible de aplicación las reglas del arrendamiento. Capaz éste de procurar al superficiario simples derechos personales, debía ser necesariamente impotente para concederle las ventajas y prerrogativas de la propiedad, pero cuyo nombre quedó, sin embargo, al contrato que establecía el derecho de superficie mediante un *solarium*.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.