

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**15998** *Resolución de 14 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Torrelavega n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de servidumbre.*

En el recurso interpuesto por don Alberto García Alija, notario de Torrelavega, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Torrelavega número 2, doña Mónica Encarnação Comadira, por la que suspende la inscripción de una escritura de constitución de servidumbre.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura, autorizada el día 29 de diciembre de 2022 por el notario de Torrelavega, don Alberto García Alija, con el número 2.068 de su protocolo, se constituía servidumbre perpetua sobre la finca registral número 19.904 del término municipal de Los Corrales de Buelna, predio sirviente, a favor de la finca registral número 8.045, predio dominante, en los siguientes términos: «- La servidumbre se dará sobre una franja de terreno en forma de "L" (constituyendo la base de esa "L" el tramo Norte de su prolongación hacia el Sur el brazo más largo) que envuelve el predio dominante por el Oeste (desde la calle al Sur) y por el Norte hasta desembocar en la calle sita al Este con una anchura de tres metros en su extremo Este y de tres metros y medio en extremo Sur y cinco centímetros y una superficie de ciento un metros y ochenta decímetros cuadrados. - La servidumbre tiene por objeto el aprovechamiento de este espacio para "solárium", paso terrestre o subterráneo (conducciones), ensanche y solaz del predio dominante. - Esta permite al dueño del predio dominante abrir huecos y ventanas con vistas rectas al predio sirviente a lo largo del lindero Oeste del predio dominante en su confrontación con el sirviente. - El dueño del predio dominante podrá cerrar el espacio sobre el que se da esta servidumbre. - El dueño del predio sirviente no podrá aprovecharse de la servidumbre». Se incorporaba al título plano de la superficie ocupada por la servidumbre expresada, que se extendía por todo el lado este del predio sirviente y parte del lindero sur.

##### II

Presentada el día 26 de enero de 2023 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Torrelavega número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Torrelavega, veintitrés de marzo del dos veintitrés.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 bis L.H. y con referencia al documento que se dirá le comunico la calificación del mismo de acuerdo con los siguientes:

Hechos:

I. Con fecha veintiséis de Enero de dos mil veintitrés, y bajo el asiento número 463 del Tomo 80 del Libro Diario, se presenta copia literal de la escritura autorizada por el Notario de Torrelavega don Alberto García Alija el día veintinueve de Diciembre de dos mil veintidós, número 2068 de su protocolo. Consta en dicha copia nota extendida por la

Liquidadora de Torrelavega, por la que se acredita la presentación ingreso; autoliquidación correspondiente al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a los efectos de dispuesto en el art. 254.1 de la Ley Hipotecaria.

II. En dicho documento se constituye servidumbre perpetua sobre la finca registral 19.904 del Término Municipal de Los Corrales de Buelna, perteneciente a demarcación de este Registro, predio sirviente, a favor de la finca registral 8.045, predio dominante, en los siguientes términos: “La servidumbre se dará sobre una franja de terreno en forma de ‘L’ (constituyendo la base de esa ‘L’ el tramo Norte de su prolongación hacia el Sur el brazo más largo) que envuelve el predio dominante por el Oeste (desde la calle al Sur) y por el Norte hasta desembocar en la calle sita al Este con una anchura de tres metros en su extremo Este y de tres metros y medio en extremo Sur y cinco centímetros y una superficie de ciento un metros y ochenta decímetros cuadrados.–La servidumbre tiene por objeto el aprovechamiento de este espacio para ‘solárium’, paso terrestre o subterráneo (conducciones), ensanche y solaz del predio dominante.–Esta permite al dueño del predio dominante abrir huecos y ventanas con vistas rectas al predio sirviente a lo largo del lindero Oeste del predio dominante en su confrontación con el sirviente.–El dueño del predio dominante podrá cerrar el espacio sobre el que se da esta servidumbre.–El dueño del predio sirviente no aprovecharse de la servidumbre”. Se incorpora al título calificado plano de la superficie ocupada por la servidumbre expresada, que se extiende por todo el lado Este del predio sirviente, y parte del lindero Sur. En el documento calificado se procede a constituir una servidumbre de paso de la que se infiere que el titular del predio dominante, pasa a ser titular de la parcela que configura la servidumbre, de tal manera que la puede separar, mediante su cierre del predio sirviente, acto incompatible con lo dispuesto en el art 534 del Código Civil y la legislación urbanística, y en la que se excluye al titular del predio sirviente de cualquier derecho sobre la parcela sobre la que discurre la servidumbre de tal manera que la servidumbre constituida en el documento calificado, puede estimarse como reveladora de una posible parcelación urbanística, sin que se haya aportado al título calificado licencia de o, en su caso, certificación de su innecesariedad.

III. A la vista de los hechos expuestos, la Registradora que suscribe ha decidido no practicar la inscripción solicitada en base a los fundamentos de derecho que se exponen a continuación

#### Fundamentos de Derecho:

Arts. 534 del Código Civil, art. 78 del R. D. 1093/1997 de 4 de Julio y art. 26. 1 del Texto Refundido de la Ley Suelo y Rehabilitación Urbana. La doctrina jurisprudencial y las resoluciones de la Dirección General los Registros y del Notariado, han expresada de modo reiterado, que existen actos que: “...sin constituir fomalmente [sic] división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística..., dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad”, puesto que es la administración competente, en este caso el Ayuntamiento de Los Corrales de Buelna, la que debe determinar el carácter legal o ilegal de los actos contenidos en el documento objeto de la presente nota de calificación, en este sentido, entre otras, por más reciente, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado [sic] de fecha 16 de Enero de 2023 (B.O.E. núm. 38, de 14 de Febrero de 2023).

En consecuencia acuerdo suspender la inscripción de la constitución servidumbre formalizada en el documento expresado al comienzo de esta nota de calificación, por existir hechos que pudieran entenderse como una parcelación urbanística, sin que se haya aportado la correspondiente licencia urbanística o, en su caso, certificación de la innecesariedad de la misma.

La Registradora (firma ilegible) Fdo: Mónica Encarnação Comadira.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, don Alberto García Alija, notario de Torrelavega, interpuso recurso el día 29 de marzo de 2023 mediante escrito con los siguientes argumentos:

«La escritura es clara y precisa, no deja lugar a dudas:

1. Se constituye una servidumbre sobre parte de una finca, sin segregación, ni licencia (que no hace falta) al igual que se admitió por esa Dirección General constituir con la misma libertad un derecho de superficie u otro de usufructo sobre parte de una finca sin previa segregación, cumpliendo con los demás presupuestos del sistema.

2. Se da cumplimiento al principio de describiendo la porción sobre la que se da la servidumbre de manera y gráfica con incorporación de un plano.

3. Se determina el contenido de la servidumbre:

a) positivo: “solárium”, paso terrestre o subterráneo –conducciones–, ensanche y solaz.

b) Y negativo: Permite al dueño del predio dominante abrir huecos y ventanas con vistas rectas al predio sirviente a lo largo del lindero Oeste del predio dominante en su confrontación con el sirviente.

Se respeta en suma lo característico de la servidumbre: la atribución a su titular de una parcial y especial que no lleve a confundir el derecho de propiedad con un derecho real limitado en cosa ajena.

3. [sic]. Que el dueño del sirviente no pueda usar la servidumbre lo da por supuesto el párrafo segundo del artículo 544 del propio Código Civil y la facultad de la servidumbre que se atribuye al del dominante enlaza con esa facultad de uso que comporta delimitar o acotar la zona sobre la que da el derecho de manera ostensible que proteja cierta intimidad y proporcione seguridad a la relación entre ambos predios.

4. Todo ello sin que la zona sobre la que se da la servidumbre “pase” al dueño del predio dominante, ni mucho menos, es el propietario del quien su dominio y el resto de las facultades dominicales, en particular y a título enunciativo: el vuelo, luces, vistas y la plenitud de la edificabilidad (quizá lo que más valga económicamente).»

## IV

La registradora de la Propiedad formó el expediente y lo elevó, junto con su informe, a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; 233 y 248 y siguientes de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria; 78, 79 y 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de febrero de 2000, 5 de diciembre de 2002, 27 de septiembre de 2017 y 22 de marzo de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de octubre de 2020 y 16 de enero de 2023.

1. En el presente expediente se discute si es inscribible una escritura por la que se constituye una servidumbre perpetua sobre una finca en favor de otra, en los siguientes términos:

- «- La servidumbre se dará sobre una franja de terreno en forma de 'L' (...)
- La servidumbre tiene por objeto el aprovechamiento de este espacio para "solárium", paso terrestre o subterráneo (conducciones), ensanche y solaz del predio dominante.
- Esta servidumbre permite al dueño del predio dominante abrir huecos y ventanas con vistas rectas al predio sirviente a lo largo del lindero Oeste del predio dominante en su confrontación con el sirviente.
- El dueño del predio dominante podrá cerrar el espacio sobre el que se da esta servidumbre.
- El dueño del predio sirviente no podrá aprovecharse de la servidumbre.»

Se incorpora al título calificado plano de la superficie ocupada por la servidumbre expresada, que se extiende por todo el lado este del predio sirviente y parte del lindero sur.

La registradora califica negativamente por considerar que la servidumbre constituida en el documento calificado, puede estimarse como reveladora de una posible parcelación urbanística, sin que se haya aportado al título calificado licencia de parcelación, en su caso, certificación de su innecesariedad.

2. En el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana –anterior artículo 17 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo– plasma una concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística –cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013–.

Así, el artículo 26.2 de la Ley de Suelo establece: «La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva».

Partiendo de tal normativa, la Dirección General de los Registros y del Notariado –cfr. Resoluciones de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 2 de marzo y 24 de mayo de 2012 y 2 de enero y 15 de abril de 2013– acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales, ha ido desarrollando una doctrina, asumiendo tal concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones para soslayar su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, trascendiendo la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. También ha señalado que la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la calificación de parcelación urbanística.

Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tácita.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, comparte tal toma de posición y así su artículo 79, si bien se halla encabezado por el epígrafe «divisiones y segregaciones», se refiere en su párrafo primero, no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable.

Conforme al régimen competencial, dado que la competencia legislativa sobre urbanismo ha sido atribuida a las comunidades autónomas, como se desprende de la Constitución (artículos 148.1.3.<sup>a</sup> y 149.1 y Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, 164/2001 y 143/2017) y de los respectivos Estatutos de Autonomía, ha de ser la propia legislación urbanística que resulte aplicable la que debe establecer qué actos están sometidos a licencia, declaración de innecesariedad, u otro título administrativo habilitante y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a ésta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «prius» respecto de su exigencia en sede registral, cuya configuración como requisito de inscripción, sin embargo, corresponde al Estado.

Determinados por la legislación sustantiva aplicable qué actos están sometidos a licencia u otro título administrativo habilitante y qué actos pueden estimarse reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, es la normativa hipotecaria, integrada en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que complementa al Reglamento Hipotecario, la que resulta de aplicación para determinar la forma y efectos de la acreditación de esos títulos administrativos a los efectos del procedimiento registral.

Recuérdese el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997: «(...) La regulación de la inscripción de los actos de parcelación se hace en el capítulo X. Al respecto, se ha tenido en cuenta la existencia de distintas normas urbanísticas materiales en diferentes Comunidades Autónomas, por lo que los artículos son estrictamente tabulares dejando a aquellas normas las cuestiones de fondo; ello significa que la aplicación de las soluciones hipotecarias –únicas y uniformes– dependerán, en gran medida, de la previa aplicación de las diversas regulaciones sustantivas autonómicas, sobre todo en lo que se refiere a sus propios criterios en materia de parcelación. Por otra parte, se pretende, en todo caso, una regulación equilibrada, que tenga en cuenta, simultáneamente, la necesaria labor de policía administrativa en la represión del ilícito, de cualquier tipo que éste sea, y la seguridad del tráfico inmobiliario, que se refleja básicamente en la exactitud del Registro. Como consecuencia del criterio del dictamen del Consejo de Estado, en materia de parcelación el Reglamento hace referencia exclusivamente a la actuación de los Registradores de la Propiedad, sin que el articulado entre en la regulación de la actuación notarial (...)».

De manera que la exigencia de licencia, declaración de innecesariedad u otro tipo de título administrativo habilitante, para inscribir las operaciones a que se refieren los artículos 53 y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico.

3. En la normativa autonómica aplicable, la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, vigente desde el 22 de septiembre de 2022, se establecen varios preceptos que proscriben la parcelación ilegal.

Así, el artículo 248, dispone:

«1. Serán indivisibles:

- a) Las parcelas determinadas como mínimas en el planeamiento urbanístico o en la legislación sectorial.
- b) En el suelo urbano de los municipios sin Plan serán indivisibles las parcelas inferiores a doscientos cincuenta metros cuadrados.

2. En general, todas aquellas parcelas, aun de dimensiones superiores a las mínimas, cuando, de segregarse, produjeran como resultado una finca, matriz o segregada, de superficie menor a la determinada como mínima, salvo si los lotes resultantes fueran adquiridos simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes con el fin de agruparlos y formar una nueva finca con parcela mínima suficiente o si la segregación se produce por la línea divisoria de las clasificaciones urbanística. En esos casos, tal condición especial se hará constar en la licencia y se incluirá la citada característica en el Registro de la Propiedad.

3. De conformidad con lo dispuesto en la legislación del Estado los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles.»

Por su parte, el artículo 249 «considera parcelación urbanística a efectos de esta ley, toda división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes, en suelo urbano o urbanizable», añadiendo el artículo 250 que se considera ilegal, a efectos urbanísticos, «toda parcelación que sea contraria a lo establecido en la presente ley, en la legislación sectorial y en el planeamiento territorial y urbanístico».

De manera que toda parcelación referida a fincas del suelo urbano o urbanizable queda sujeta a licencia municipal, conforme al artículo 251. En igual sentido, el artículo 233.1 expresa que están sujetas a previa licencia urbanística: «a) Las parcelaciones urbanísticas que no provengan de una reparcelación y las divisiones y segregaciones de fincas en todo tipo de suelo».

En el caso del presente expediente, atendiendo al título constitutivo de la servidumbre objeto de análisis pueden destacarse las siguientes notas características de la misma:

- Se constituye una servidumbre perpetua sobre parte de una finca en favor de otra colindante.
- La servidumbre tiene por objeto el aprovechamiento del espacio para «solárium», paso terrestre o subterráneo (conducciones), ensanche y solaz del predio dominante.
- Esta permite al dueño del predio dominante abrir huecos y ventanas con vistas rectas al predio sirviente a lo largo del lindero oeste del predio dominante en su confrontación con el sirviente.
- El dueño del predio dominante podrá cerrar el espacio sobre el que se da esta servidumbre.
- El dueño del predio sirviente no podrá aprovecharse de la servidumbre.

Se trata por tanto de garantizar al titular del predio dominante, con carácter perpetuo, la posibilidad de uso potencialmente exclusivo y excluyente del espacio sobre el que recae la servidumbre para «solárium», paso terrestre o subterráneo, ensanche y solaz del predio dominante, con el complemento del derecho de luces y vistas.

Se trata de un caso semejante al conocido por este Centro Directivo en Resolución de 21 de febrero de 2000, que revocó la calificación del registrador que consideraba que lo que se constituía en la escritura era mucho más que un «gravamen» parcial de un inmueble en beneficio de otro, pues otorgaba facultades dominicales incompatibles con su naturaleza.

La Dirección General entendió en aquel caso que era evidente que el aprovechamiento que se cedía no agotaba todas las facultades del dominio, pues el goce establecido está limitado a determinadas facultades de los propietarios de los

predios dominantes y eran, en ese caso, de carácter temporal, y de interpretación restrictiva, como limitaciones del dominio.

La doctrina, la jurisprudencia y las Resoluciones de este Centro Directivo son mayoritariamente conformes en que en nuestro derecho rige el sistema de «*numerus apertus*», es decir, que, para constituir un derecho como real no es preciso que el mismo esté tipificado legalmente, sino que basta con la voluntad de los interesados y que el derecho constituido tenga los caracteres de tal derecho.

Esta posibilidad de «*numerus apertus*» es más palpable en materia de servidumbres, donde aparece claramente establecida en los artículos 536 y 594 del Código Civil, que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del mismo cuerpo legal, autoriza la constitución de servidumbres siempre que no se contradiga la Ley ni el orden público –cfr. Resolución de 5 de diciembre de 2002 de la Dirección General de los Registros y del Notariado–.

Es precisamente el carácter de orden público de la normativa urbanística el que debe ser ponderado en el presente caso para examinar la procedencia de inscribir la servidumbre constituida y, por tanto, la justificación del defecto expresado por la registradora.

Si atendemos al contenido del derecho real constituido, con independencia de la verdadera finalidad perseguida por las partes que no es en este caso objeto de juicio, es evidente que se otorga al titular del predio dominante una facultad de aprovechamiento con carácter potencialmente exclusivo y excluyente, pues le otorga la facultad de cerramiento respecto a una porción determinada de la finca colindante predio sirviente a modo de «*ensanche*» como literalmente dice el pacto.

Debe tenerse en cuenta además que esa facultad de aprovechamiento que se otorga al titular del predio dominante y con carácter potencialmente excluyente se concede con carácter perpetuo, lo que ciertamente presenta semejanzas con los actos jurídicos de segregación y agregación al predio dominante, y se diferencia de otros derechos reales limitados de carácter necesariamente temporal como el usufructo.

Por lo que aceptando la posibilidad de constituir servidumbres con amplias facultades jurídicas de acuerdo con el principio «*numerus apertus*» debe recordarse que el mismo debe ser ponderado con los límites derivados de la Ley y el orden público como ocurre con la legislación urbanística que proscribía los actos de parcelación aunque sean materializados de forma indirecta.

Dado que este Centro Directivo carece de competencia para analizar si en el caso concreto y en la realidad material se está articulando una parcelación encubierta y en qué medida los actos que se realizan afectan a la condición de parcela mínima del predio sirviente, debe invocarse lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley de Suelo estatal que justifica la exigencia de intervención administrativa por parte del órgano urbanístico competente en orden a que sea éste el que se pronuncie sobre la sujeción a licencia, su innecesariedad o incluso su no sujeción de acuerdo a la legislación sustantiva aplicable.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 14 de junio de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.