

La constitución tácita de las servidumbres en el Código civil español

JOSE BONET CORREA
Doctor en Derecho

PRELIMINARES

1. *Planteamiento crítico del artículo 541.*—2. *El artículo 541 y el Derecho foral.*—3. *Plan a seguir.*

CAPITULO PRIMERO

ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 541

I. SEPARACIÓN ACTUAL DE LOS PREDIOS: 4. *Enajenación de alguno de los predios.*—5. *Actos y negocios jurídicos inter vivos.*—6. *Actos jurídicos mortis causa.*—II. EXISTENCIA DE UN ESTADO DE HECHO APARENTE DE ACUERDO CON LA SERVIDUMBRE PRETENDIDA.—III. ESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DE HECHO POR EL PROPIETARIO DE AMBOS PREDIOS: A) Primer grupo: 7. *La destinación del propietario.*—B) Segundo grupo: 8. *Eficacia de los actos de un enfiteuta y de un superficiario.*—9. *Eficacia de los actos de un fiduciario.*—10. *Eficacia de los actos de un propietario sometido a condición resolutoria.*—11. *Eficacia de los actos de un propietario con derecho revocable (donación revocable y disposiciones testamentarias inoficiosas).*—12. *Eficacia de los actos de un propietario sobre sus inmuebles hipotecados.*—C) Tercer grupo: 13. *Eficacia de los actos del representante y de los simples poseedores.*—IV. FALTA DE DECLARACIÓN CONTRARIA A LA EXISTENCIA DE LOS SERVICIOS EN EL TÍTULO DE ENAJENACIÓN Y LA NO DESAPARICIÓN DEL SIGNO.

CAPITULO II

LA NATURALEZA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DESTINACIÓN DEL PROPIETARIO

I. LA NATURALEZA DE LA DESTINACIÓN: 14. *Terminología de la institución.*—15. *Doctrina del consentimiento tácito y de la presunción de voluntad del testador.*—16. *Doctrina de la inherencia real.*—17. *Doctrina del signo aparente.*—18. *Doctrina de la destinación como acto unilateral.*—19. *Doctrina de la constitución legal o automática de la servidumbre.*—20. *Doctrina de la concesión implícita.*—21. *Doctrina de la servidumbre en cosa propia o de propietario.*—22. *Conclusiones acerca de la naturaleza jurídica del acto de constitución de la servidumbre por destinación.*—II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DESTINACIÓN: 23. *Nacimiento y prueba de la servidumbre constituida por destinación.*—24. *Contenido y ejercicio de la servidumbre constituida por destinación.*—25. *Extinción de la servidumbre constituida por destinación.*

EPILOGO

PRELIMINARES

1. *Plantamiento crítico del artículo 541*

La constitución tácita de las servidumbres por signo aparente, según el texto del artículo 541. del Código civil, ha sido poco estudiada por la doctrina española. A excepción de las clásicas obras sobre el Código, especialmente las de Manresa (1), Mucius Scaevola (2), Navarro Amandi (3) y Comas (4), los tratados de Sánchez Román (5), Castán (6) y Puig Peña (7), el estudio de De Buen (8), de Pérez González y Alguer en sus notas a Enneccerus (9) y el comentario de Bonet Ramón (10) a una sentencia del Tribunal Supremo, insuficientes, por lo demás, carecemos en absoluto de un estudio orgánico y completo de su historia y de su dogmática de acuerdo con nuestro Derecho positivo.

Vista ya la procedencia y el desenvolvimiento histórico (11), nos resta examinar los presupuestos integrantes de su concepto y la determinación de su régimen jurídico. Problema el primero que, si bien es conocido, no ha sido desarrollado en toda su extensión. En cuanto a la determinación de la naturaleza y régimen jurídico, son materias consecuencia una de la otra y que oscilan, según las diferentes posiciones de la doctrina, entre dos polos: el legalista y el voluntarista, aunque no falten posturas intermedias, como vamos a ver.

-
- (1) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, IV (Madrid, 1895), 583.
 (2) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, X (Madrid, 1895), 269.
 (3) NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, II (Madrid, 1889), 286.
 (4) COMAS, *La revisión del Código civil*, V (Madrid, 1902), 507.
 (5) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil* 2, III (Madrid, 1900), 649.
 (6) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral* 7, II (Madrid, 1950), 500 y 503.
 (7) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, III-1.º (Madrid, s. f.) [1950], 394.
 (8) DE BUEN, *Servidumbres*, en *Enciclopedia jurídica española*, XXVIII, 640.
 (9) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, trad. esp. con notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, III-2.º (Barcelona, 1937), 46.
 (10) BONET RAMÓN, en el comentario a la sentencia del T. S. de 8 de marzo de 1942, en *Revista de Derecho privado*, XXVI (1942), 411; véanse, además, los estudios incompletos de: LEZÓN, *El signo aparente de servidumbre y el artículo 541 del Código civil*, en *Revista de los Tribunales*, XV (1904), 225; SANCHEO REBULLIDA, *¿Puede la fatalidad originar servidumbres? En torno al artículo 541 del Código civil*, en la *Revista Universidad*, de Zaragoza, IV (1946), 39; OYUELOS PÉREZ y MARTÍNEZ ANGEL, *Tratado de arquitectura legal*, II (Madrid, 1894), 187.
 (11) V. nuestros estudios: *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en *Anuario de Historia del Derecho*, XIX (1948-1949), y *La «destination du père de famille» del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en *Información jurídica*, núm. 86-87 (1950), 879.

Hasta ahora, la cuestión no ha sido claramente planteada entre nosotros debido al carácter preceptivo con que en el artículo 541 viene impuesta la constitución de la servidumbre. Tan sólo el profesor Castán, en su obra «Derecho civil español común y foral», y, posteriormente, como ponente de la sentencia de 3 de marzo de 1942, se ha ocupado del tema; pero el problema queda en pie, debido al eclecticismo que en una y otra adopta, aunque dé preferencia a la consideración legal (por influencia reconocida de Barassi). Tal carácter intermedio es insostenible, ya que el calificar y dotar de una u otra naturaleza jurídica a este modo constitutivo de las servidumbres obliga a seguir regímenes que resultan diferentes respecto a la constitución, desarrollo y extinción de las mismas. Esto nos lleva a enjuiciar ahora el estudio de tan interesante cuestión y a buscar una conclusión de acuerdo con la que creemos su verdadera naturaleza: la voluntaria.

El artículo 541 del Código civil dice textualmente: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.»

Se creyó suficiente con la redacción de un solo artículo para imponer la constitución tácita de las servidumbres y al mismo tiempo no incurrir en la discordancia de los tres artículos del Código civil francés (692, 693 y 694). Como concreción de los tres artículos del Código civil francés resultó el artículo 541, que recoge una institución ajena a nuestro Derecho tradicional (12), pero

(12) Algún autor, como BORRELL, *Derecho vigente en Cataluña*, II (Barcelona, 1944), 198, quiere ver en nuestros cuerpos legales e instituciones ciertos precedentes. Según él, se insinúa en este sentido la Ley 14, Tit. 31, Part. 3.^a, cuando no parece oponerse a la presunción de voluntad del enajenante y adquirente. Para fundar dicha presunción también se ha invocado en el Derecho de Cataluña la Constitución 59 de Sanctacilia, que obliga a indemnizar al comprador por la existencia de servidumbres ocultas en la finca comprada, y una sentencia de los Ediles de Barcelona de 1600. También lo defienden: ADMETLLA, en *Revista jurídica de Cataluña*, 3 (1897), 194; MASPOUS, en *Revista jurídica de Cataluña*, 27 (1921), 526, y CANCEL, *Variarum Resolutionum*, part. 3, cap. 4, números 2 a 8, citado por este último. No obstante, observamos cómo la Ley 17, Tit. 31, Part. 3.^a, confirma claramente la falta de precedente y va contra el espíritu del artículo 541, al decir que «la otra manera por que se pierde es ésta, así como quando aquel cuya es la cosa que debe la servidumbre compra la otra á quien la debe ó gana el señorío della de otra guisa, ó aquel cuya es la cosa á quien debie la servidumbre compra la otra en que la habie ganada: ca por razón de la compra por que se ayunta la una cosa á la otra en un señorío piérdese la servidumbre. Et maguer la enagene despues ó la tenga para si de alli adelante, nunca debe seer demandada nin es obligada la cosa que asi es comprada á aquella servidumbre, fueras ende si despues deso fuese puesta nuevamente» (*Las Siete Partidas del Rey Don Aljonso el Sabio*, ed. de la Real Academia de la Historia, II (Madrid, 1807), 763. Cfr. *infra*, nota 14.

beneficiosa, de un gran alcance jurídico (13) y que ya había sido introducida en nuestra Patria, antes de la publicación del Código civil, por medio de la Jurisprudencia (14), notoriamente influida por la *Cour* de casación francesa.

El legislador, dominado por el voluntarismo de la época, al querer regular la constitución tácita de las servidumbres, se encontró con que en ella no existía o era insuficiente el elemento voluntario. No estimó como tal la destinación efectuada por el propietario, porque ello supondría imponer una excepción en los *iura in re aliena*, al admitir servidumbres en cosa propia, lo cual va contra el principio de que *nemini res sua servit*. Por eso recurrió a un medio objetivo como el del signo aparente que, a través del recurso técnico de la ficción (15), es equiparado al título. Esto no quiere decir que la institución sea ya de creación legalista, puesto que el propio legislador se traiciona al manifestar que la servidumbre «continúa activa y pasivamente», lo que implica, por otro lado, reconocer el acto de destinación anteriormente establecido y que, sin mencionarlo y a través de su manifestación (el signo aparente), sea considerado como título constitutivo. Ante este criterio mixto y oscuro, la Jurisprudencia (16) oscila entre las diversas teorías existentes. De aquí la importancia que en este caso tiene la doctrina para orientar en la aplicación del artículo 541.

Además de este defecto central, el legislador deja sin aclarar otras particularidades. Así, nada dice acerca del valor de la destinación (como, en cambio, insinúa, en cierto modo, el artículo 692

(13) El mismo sentido ponderativo del artículo 541 puede verse en: LEZÓN. *op. cit.*, pág. 225, y MANRESA. *op. cit.*, pág. 538.

(14) SÁNCHEZ DE MOLINA, *El Derecho civil español en forma de Código* (Madrid, 1873), pág. 141, donde recoge la Sentencia de 14 de septiembre de 1867 que aplica ya este modo constitutivo, según la cual, «lo dispuesto en la Ley 14. Título 31, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que cuando uno vende parte de un terreno que le pertenece y no se establece en el contrato de venta un modo de disfrute por el comprador distinto del que usaba el vendedor, se entiende vendido el terreno con las servidumbres necesarias para verificarlo». El mismo principio fué también aplicado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 14 septiembre 1867, 10 julio 1880, 10 enero 1883, 7 junio 1883 y 7 noviembre 1883.

(15) Estamos sin duda ante una ficción y no ante una presunción legal, puesto que el legislador, más que haber querido presumir el mutuo acuerdo sobre el precedente estado de hecho, reflejado en el signo, lo «considera», es decir, lo equipara, lo sanciona, lo estima como título. También cree que es una ficción, aunque sin aducir razones, SANCHO SERAL e: sus notas a HEDEMANN. *Las presunciones en el Derecho*, trad. esp. (Madrid, 1931), 257. n. d.

(16) Nuestro Tribunal Supremo ha dictado sobre el artículo 541 las Sentencias siguientes: 14 septiembre 1867, 10 julio 1880, 10 enero 1883, 7 junio 1883, 7 noviembre 1883, 21 octubre 1892, 26 junio 1893, 7 febrero 1896, 8 febrero 1899, 27 mayo 1899, 4 julio 1899, 31 marzo 1902, 6 febrero 1904, 5 abril 1906, 12 octubre 1909, 29 mayo 1911, 17 noviembre 1911, 1 febrero 1912, 29 diciembre 1914, 23 noviembre 1917, 7 enero 1920, 6 marzo 1920, 4 julio 1925, 10 abril 1929, 6 enero 1932, 24 mayo 1933, 30 mayo 1933 y 3 marzo 1942. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha referido al artículo 541 en la Resolución de 11 de mayo de 1909.

del Código civil francés); ni de la extensión y contenido del signo aparente; ni determina su régimen jurídico, ni de los actos realizados por otras personas que no sean el propietario o un delegado suyo; ni de los actos de separación o enajenación; en fin, nada dice de todos aquellos elementos que integran y determinan tal modo de constitución y adquisición de las servidumbres aparentes, a las que exclusivamente se refiere.

2. El artículo 541 y el Derecho foral

También se presenta la cuestión, dada la variedad legislativa que existe en nuestra Patria (régimen de Derecho común y régimen de Derecho foral), en cuanto al alcance territorial del artículo 541. La solución viene resuelta por los foralistas y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De un modo general, Barrachina (17) considera aplicables a los territorios forales los artículos 540 y 541 del Código civil; opinión que nosotros aceptamos por venir apoyada en el criterio afirmativo que también sanciona el Tribunal Supremo y, además, debido a la categoría de norma supletoria que tiene el Código civil.

En el Derecho catalán, según Borrell (18), la doctrina de la destinación que adoptó el artículo 541 del Código civil fué aplicada a Cataluña por la jurisprudencia posterior. Así lo reconocieron las sentencias de 31 de marzo de 1902, 29 de mayo de 1911 y 29 de diciembre de 1914. La jurisprudencia anterior al Código civil también aplicó el supuesto que se fundaba ya en la presunción del enajenante y adquirente (SS. 7 junio 1883 y 5 abril 1898). Igualmente, la sentencia de los Ediles de Barcelona de 1600 (19) presenta analogía con nuestro caso al declarar que las aberturas que dan a la vía pública se convierten en servidumbre si la vía pasa a ser de dominio privado, a menos que se libere de ella por justa causa. Para Casals Colldecarrera (20) «la realidad de la práctica jurídica consagra el criterio estrictamente contrario, que en el De-

(17) BARRACHINA, *Derecho foral español*. II (Castellón, 1912), 233.

(18) BORRELL, *op. cit.*, pág. 197; afirmativamente, también CORBELLÀ, *Manual de Derecho catalán* (Reus, 1906), 453; PELLA y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, II (Barcelona, 1917), 205, y los demás autores citados en nota 1.

(19) Según PELLA y FORGAS (*op. cit.*, pág. 206), «CÁNCER recuerda un caso práctico en que intervino. Un propietario lo era de dos casas contiguas y toda el agua vertía en la otra, y vendió esta última; no sin que el comprador viese los canales del agua que vertía; mas algún tiempo después dicho comprador, ejercitando la acción negatoria de servidumbre, pidió se librase de ella a su casa. CÁNCER sostuvo la opinión contraria, fundándose en la *Ley binas* del Digesto de *servitibus urbanorum praediorum* (D. 7, 3, 36) y en el comentario que PABLO DE CASTRO hace a D. 39, 3, 47, y así se resolvió—dice—por los ediles de la ciudad en el mes de enero de 1600; que es jurisdicción competente acerca de dichas servidumbres urbanas».

(20) CASALS COLLEDECARRERA, *El derecho real de servidumbre, según los principios del Derecho foral de Cataluña* (Barcelona, 1911), 15.

recho español común corresponde al artículo 541 del Código civil que, como sabemos muy bien, no es de aplicación en Cataluña, puesto que rigen las disposiciones romanas, señaladas anteriormente». Pero, sigue diciendo este autor, que «doctrinalmente ha sido sustentada por numerosos juristas, aun en Cataluña sin que en ningún caso se haya tratado de justificar su adopción» (21). Y más adelante concluye: «no podemos menos de señalar que el Derecho foral de Cataluña no muere en este aspecto privado con el Decreto de Nueva Planta, al desaparecer los antiguos Cuerpos legisladores del Principado, y que toda vez que rige en Cataluña, como fuente supletoria de Derecho, la costumbre (22), no creemos pueda ofrecer duda alguna la posibilidad de creación de nuevas formas legales en Cataluña, por fuente consuetudinaria, ni que costara esfuerzo alguno admitir la práctica señalada en las sentencias del Tribunal Supremo, a que nos hemos referido, como jalones en los que cimentar la existencia de un verdadero derecho consuetudinario en esta materia, puesto que, a mi entender, quedan perfectamente cumplidos los requisitos necesarios para que pueda reputarse tal práctica como costumbre». Ultimamente, manteniendo igual criterio, la Sala de la Audiencia Territorial de Barcelona, en sentencia de 26 de noviembre de 1948, dice en uno de sus considerandos: «Que el demandado funda su oposición a lo solicitado por el demandante en lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, de aplicación en Cataluña, según tiene declarado el Tribunal Supremo en repetidas sentencias.»

Para el territorio de Navarra rige igualmente el artículo 541, puesto que, a falta de otra norma, se ha de juzgar por el Derecho común (23). Según Lacarra (24), «dividida una finca entre varias personas, se entienden subsistentes sus servidumbres, si en el contrato no se ha hecho mención alguna relativa al modo de aprovechar la finca y no desaparecieron los signos ostensibles del gravamen» (SS. 7 febrero 1896 y 31 marzo 1902). «Así bien —dice—, cuando de dos fincas pertenecientes a un mismo dueño una sufre un gravamen de la otra, al adjudicarse o venderse esas fincas a distintos dueños, debe entenderse que subsiste el aprovechamiento, si nada se pactó en contrario, cuya doctrina, aceptada por el artículo 541 del Código civil, se halla de acuerdo con las leyes 36 y 37, título II, y 8.ª, título IV, libro 8.º del Digesto.»

Para el Derecho foral aragonés, el Tribunal Supremo expresa, en la sentencia de 30 de mayo de 1933, que «la infracción por indebida aplicación del artículo 541 del Código civil, en que se basa el segundo motivo de casación, tampoco puede acogerse, porque tal artículo no lo aplica la sentencia recurrida como princi-

(21) V. el citado dictamen de ADMETLLA, en *Revista jurídica de Cataluña*, 3 (1897), 196.

(22) Cánones 27 y 28 del *Corpus iuris Canonici*.

(23) V. Ley 1.ª, Tit. 3.ª, Lib. 1.º, de la Novísima Recopilación de Navarra.

(24) LACARRA, *Instituciones de Derecho civil navarro*, I (Pamplona, 1917), 380.

pal fundamento de su fallo, sino como argumento secundario, «aun prescindiendo de las anteriores apreciaciones», dice en su considerando cuarto y como supletorio de las deficiencias de las disposiciones privativas de Aragón, por lo que no existe infracción de aquel artículo, ni aun indebidamente aplicado hubiera cambiado el fallo de la sentencia objeto del presente recurso». También el recurrente alega, en este mismo juicio, que las servidumbres de luces y vistas se constituyen y adquieren por el modo establecido en el artículo 541 del Código civil, aplicable en Aragón, por cuanto sin oponerse a sus disposiciones privativas suple su deficiencia en un caso no previsto por las mismas.

La destinación tuvo un buen arraigo en Galicia, dada la especial estructura de su agro (propiedad minifundiaría), y fué prontamente llevada a la práctica por los Tribunales. Entre otras sentencias, la Audiencia Territorial de La Coruña aplicó este modo constitutivo en las de 14 de septiembre de 1862, 26 de junio de 1893, 8 de octubre de 1945 y 5 de julio de 1948.

3. Plan a seguir

La relación jurídica de la destinación como modo constitutivo tácito es bastante compleja, puesto que en ella juegan diversos elementos. De aquí que el análisis de los presupuestos que comprende se haga necesario para llegar a su definición y ver su contenido. Según el artículo 541, la relación implica: 1.º Separación actual de los predios; 2.º Existencia de un estado de hecho aparente de acuerdo con la servidumbre pretendida; 3.º Establecimiento del estado de hecho por el propietario de ambos predios; 4.º Falta de declaración contraria a la existencia de los servicios en el título de enajenación y la no desaparición del signo.

Una vez analizada su definición hay que estudiar a continuación su naturaleza jurídica. Ello supone tratar uno de los problemas hasta ahora más debatidos. Desde que la concibió Bartolo, la destinación ha venido justificada y expuesta dentro de las más diversas teorías y doctrinas. Nos hemos de referir a las fundamentales, y en especial a las más características. Una vez conocidas se impone nuestra conclusión, pero no sin antes analizar y comprender que para obtener un resultado se hace necesario también un detallado estudio de la destinación como modo constitutivo de las servidumbres, la naturaleza del acto de constitución, qué clase de servidumbre es la originada por este modo constitutivo y qué régimen jurídico sigue. Sin antes haber perfilado estos matices, la destinación seguirá encerrada en la más vaga penumbra, su eficacia será exigua y nuestras conclusiones doctrinales erróneas. Con el presente estudio tan sólo pretendemos esclarecer el problema y obtener los resultados que se apetecen para una mejor ordenación positiva.

CAPITULO PRIMERO

ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 541.

I. SEPARACIÓN ACTUAL DE LOS PREDIOS :

4. *Enajenación de alguno de los predios.*

La destinación, para nosotros, es un acto complejo, según veremos más adelante. De aquí que la enajenación implique, dentro del proceso de creación del acto de destinación, uno de los presupuestos fundamentales al cual debemos atenernos principalmente para deducir el nacimiento y la existencia de la servidumbre.

El acto de enajenación es esencial; supone el traspaso de la titularidad del derecho del dominio a otra persona. Es, además, un traspaso que lleva consigo un orden de atribuciones y poderes respecto del derecho cedido, así como todas aquellas ventajas y cargas que le sean inherentes. Quiere esto decir que cuando un propietario impone a sus bienes una cierta forma y traspasa a otra persona aquellos mismos bienes, en iguales condiciones, los servicios y lazos creados tienen una cierta relevancia para el ordenamiento jurídico, el cual es trasunto de un fondo económico y vital de las relaciones de las personas. El ordenamiento, siempre atento a las seguridades de su tráfico y a la garantía de sus relaciones, no defrauda a aquellas personas que de buena fe llegan a la estimación de ciertos objetos o derechos atribuidos que aparecen con ciertos caracteres ventajosos al realizar un acto o negocio jurídico. De aquí que los signos aparentes en las cosas sean la expresión más clara de su existencia y que todo el mundo, salvo prueba o declaración en contrario en el momento oportuno (en la enajenación o traspaso), tenga por cierto lo que ve. Otro trato diferente supondría un fraude para el adquirente, que confiado en la apariencia de las cosas vería burlado su derecho. El legislador toma en cuenta así las situaciones dignas de protección y les otorga un alcance jurídico.

Esta es la función que cumple el artículo 541: dada una cierta situación de hecho, la protege y la eleva a categoría jurídica. Los servicios establecidos por el propietario común alcanzan, en el momento de la enajenación, la categoría de servidumbre. La seguridad del tráfico jurídico, tan complejo en la vida moderna, requiere un trato especial para ciertas relaciones de derechos aparentes. Ellas no son más que la prueba fehaciente del estado de las cosas, del título que ostentan y de los intereses que encierran.

La enajenación es un momento y un acto de suma importancia, porque es el que completa el acto complejo de la destinación dentro de los actos progresivos que realiza el propietario; supone el término final de la misma. Casi todos los autores coinciden en ver en el acto de la enajenación el momento constitutivo de la

servidumbre, bien en virtud de la voluntad tácita de los titulares, o bien por los efectos que la ley impone (25).

La doctrina española, por lo que al artículo 541 se refiere, ha dicho lo mismo (26). A nuestro parecer, si bien el momento de la enajenación es fundamental y constitutivo de la servidumbre que se pretende, no lo significa todo. El acto de enajenación no es más que el momento final de la destinación. La destinación supone algo más: comienza mediante los actos de afectación que el propietario ejecuta sobre sus bienes; actos concluyentes (*facta concludentia*) de trascendencia y relevancia jurídica por su modo de expresión y contenido. Actos que crean situaciones de hecho y que predeterminan ciertas relaciones jurídicas. La destinación, como realidad constante, como ejercicio potestativo de una determinada relación o servicio de carácter permanente, supone una manifestación de voluntad clara y expresiva de que los fundos permanezcan en determinada forma. De ahí el valor de la destinación como voluntad afirmativa cuando el propietario observa silencio en el acto de enajenación.

La enajenación es la que opera los efectos jurídicos de la destinación de hecho, la que la equipara y eleva a relación jurídica exigible; pero la enajenación sin la destinación no crearía la servidumbre: sería silencio sin causa y sin motivo de contraposición. De aquí la trama vigorosa, la unidad sin escisión de estos dos momentos que se complementan y determinan, de los que el uno no surge sin el otro. Con perfecto sentido, el artículo 541 liga la consideración de la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas con el momento de la enajenación, al decir que «se considerará, si se enajenare una, como título». Es decir, que la enajenación es la *condicio sine qua non*, sin la cual no tendría lugar la consideración o equiparación del signo al título; pero claro está, deben darse igualmente las demás circunstancias a continuación expresadas por el artículo. Debemos hacer resaltar y concluir la importancia de estos dos momentos de la «destinación» (un modo de actuar, conservar o imponer) y de la «enajenación» (un acto de escisión, de separación de la propiedad) como elementos constitutivos de un acto jurídico complejo, llamado «destinación del propietario».

La expresión genérica del artículo 541 permite una labor de interpretación *in extenso* de los términos empleados, «dos fincas» y «enajenación». Al ampliar el significado de estas palabras no lo hacemos con ánimo de desquiciar la institución, de salirnos de sus verdaderos cauces, sino de darle un perfecto alcance, puesto que, además, lo pide la misma razón ontológica de la destinación. Así lo entiende también Mucius Scaevola (27). «El artículo—dice este

(25) Véase el capítulo final correspondiente al régimen jurídico.

(26) MANRESA, *op. cit.*, pág. 538; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 283; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 649; DE BUEN, *op. cit.*, pág. 641; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503.

(27) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 280.

autor—habla de signo aparente entre dos fincas. El empleo de la preposición «entre» y del adjetivo numeral «dos» parece expresar que el signo ha de estar precisamente en las fincas y que éstas han de ser justamente dos. No es, sin embargo, así. En cuanto al signo hay que estar a lo dicho en el lugar referente a la apariencia o no apariencia de las servidumbres. En algunas de éstas, el signo se encuentra sólo en el fundo dominante (vertiente de tejados, huecos de ventana, balcones, azoteas, terrados, etc.); en otras, el signo constitutivo propiamente de las servidumbres se halla en el sirviente, formando una unidad material, como el acueducto, paso, desagüe.» «Respecto al número de fincas—expone—, es indudable que el signo pueda referirse a más de dos. Así los huecos, signos representativos de la servidumbre de vistas, pueden recaer sobre dos o más predios, un solo edificio tener vistas sobre dos o más fincas; el acueducto, el camino, puede aravesar varios fundos propiedad de la misma persona. En todos estos casos el signo aparente existe entre varias fincas, y si dado el supuesto de un edificio con vistas sobre dos o más patios o jardines, pertenecientes todos al mismo dueño, se enajena aquél, en las circunstancias que comprende el artículo 541, es claro que la servidumbre existirá, no entre dos fincas, sino entre tres o las que sean. Este y no otro es el espíritu del artículo, y si en él se ha consignado el número de dos es atendido a que, generalmente, son dos los predios entre los que existe la relación jurídica de servidumbre, pero sin que quepa excluir el caso de que dicha relación se extienda a mayor número de fincas.» El que el artículo 541 diga «dos fincas» no quiere decir tampoco que al existir una sola finca, por dividirse en dos o más, no pueda dar origen a la servidumbre por destinación. «No hay que olvidar nunca—sigue diciendo este autor (pág. 284)—que el único momento al cual hay que atender es el del fraccionamiento material del dominio, el de la extinción de la unidad, sea por enajenación de una parte de la propiedad que antes de la confusión constituía ya una finca, sea por enajenarse una porción cualquiera de ella. Aun en el caso de confusión del dominio de varias fincas, es muy probable que el dueño, durante la consolidación del dominio, altere la extensión o el estado de las fincas agregadas, y no ser, por tanto, las mismas originarias, sino ser mayor o menor al tiempo de la enajenación. La servidumbre arranca de la enajenación de una porción material de la propiedad, constitutiva de una unidad jurídica, bien por ser una sola finca, bien por la agrupación de varias: esto es indiferente. En uno y otro caso hay igual razón y debe haber idéntico derecho. Lo que exige el espíritu del artículo y su letra es la presencia de dos fundos separados y de un diverso dueño, y esto se cumple también en el fraccionamiento de un mismo predio, puesto que la fracción disgregada desde el momento de la separación del dominio por la división material de la propiedad es el capital, el decisivo, y que la ley no requiere ni puede requere-

rir que mientras subsista la confusión del dominio constituyan los predios heredades distintas. Es más: esto es un imposible legal porque, precisamente por estar reunido en una persona el dominio de varias fincas existe una unidad jurídica.» La mayor parte de los autores patrios se expresan en idéntico sentido al referirse a la interpretación extensiva y al alcance relativo de los términos del artículo 541 (28).

El Tribunal Supremo confirma esta interpretación de la doctrina. La sentencia de 14 de septiembre de 1867 considera «que lo dispuesto en la ley 14, título 31, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que cuando uno vende *parte de un terreno* que le pertenece y no se establece en el contrato de venta un modo distinto de disfrute por el comprador del que usaba el vendedor, se entiende vendido el terreno con las servidumbres necesarias para verificarlo». La sentencia de 10 de enero de 1883 contempla el caso de *una dehesa que se divide por mitad* entre los respectivos herederos. La sentencia de 7 de noviembre del mismo año considera «que según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, lo dispuesto en la ley 14, título 31, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que *dividido un predio* entre dos diferentes personas, sin que se establezca en el contrato un modo de disfrute diferente del que usaba el primitivo dueño de la totalidad, se entienden subsistentes las servidumbres necesarias para verificarlo, y que el signo aparente de ellas es título para que continúen si al tiempo de la división de la propiedad no se expresa lo contrario». En el mismo sentido se expresan las sentencias de 21 de octubre de 1892, 7 de febrero de 1896. Y después del Código las de 31 de marzo de 1902, 6 de febrero de 1904,

(28) MANRESA, *op. cit.*, pág. 585, dice: «¿Son precisas dos fincas? La idea de unidad de finca es relativa. El Código no pretende que haya de tratarse de dos fincas tan fijas, que no puedan considerarse bajo otro aspecto como una, o convertirse en tres o más, ni puede pretenderlo. Precisamente en la mayoría de los casos, con relación a las fincas rústicas, se tratará de parcelas colindantes que, al pertenecer a un solo dueño o hallarse unidas, constituirían una sola finca. Pero el Código se ocupa de las servidumbres reales, y ya ha afirmado en el art. 530 que las servidumbres exigen «siempre dos predios», uno que sufra un gravamen y otro al que aproveche el beneficio, y la apariencia de servidumbre ha de revelar idéntico aspecto. En este sentido habla de dos fincas porque el signo revela un servicio que se presta de una parte a otra parte, y sean las que fueren las unidades reales de fincas que existan, han de estimarse como dos o graduarse de dos al efecto de la servidumbre». Y SÁNCHEZ ROMÁN, (pág. 64) cree que «menos violenta y más en la razón doctrinal del art. 541 estará ampliar su supuesto y solución al caso en que, en lugar de tratarse de dos fincas, se trate de una que se divida por el dueño y se enajene una parte de ella, continuando en una u otra de las dos partes o de las dos fincas que antes de la enajenación de una de ellas formaban una sola, el signo aparente de servidumbre». Opinan en el mismo sentido: NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 287; OYUELOS PÉREZ y MARTÍNEZ ÁNGEL, *op. cit.*, pág. 191; DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español*, III (Madrid, 1923), 531; DE BUEN, *op. cit.*, pág. 640; BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 412; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 395.

5 de abril de 1906 y 7 de enero de 1920. Haciéndose eco de esa doctrina, la sentencia de 10 de abril de 1929 dice que «durante la vigencia de nuestro derecho anterior al Código civil fué reiterada la jurisprudencia estableciendo la doctrina (como principio de derecho que no se oponía a la ley 14, título 31, Part. 3.ª) de que si *al dividirse entre varios una finca*, antes de un solo dueño, existían signos aparentes de servidumbre y no se convenía su desaparición, constituían título de tal servidumbre. Según la jurisprudencia, la doctrina de los signos aparentes, como título de servidumbre, es aplicable no sólo cuando se separa el dominio de las fincas, sino *también al dividirse una sola*».

Otra de las cuestiones aquí planteadas es la de saber el alcance y determinación de la palabra «enajenar» del artículo 541. No suele especificarse si se refiere concretamente a los negocios *inter vivos* (venta, donación, permuta, etc.) y si se excluyen los *mortis causa*; si se refiere sólo a las enajenaciones a título oneroso, si a las expropiaciones forzosas o también a las enajenaciones voluntarias, si a la enajenación directa de una de las heredades o, por el contrario, a cualquier desplazamiento de propiedad. El criterio unánime de nuestra doctrina y jurisprudencia es el de interpretar y comprender dentro del término de la enajenación todas las modalidades voluntarias de la transmisión total del dominio. Así lo entiende Mucius Scaevola (29), al expresar que el artículo se refiere a la separación de la propiedad de las fincas consolidadas, o sea, a su enajenación, comprendiendo, por tanto, todas las modalidades de la transmisión total del dominio, compraventa, permuta, donación. Lo que importa es la desintegración de una finca del dominio confundido, cualquiera que sea la modalidad de separación.

Manresa (30) se pregunta: «¿En qué forma ha de hacerse la separación? Lo esencial—contesta—es que la propiedad de las dos fincas se separe; poco importa la causa. El artículo 541 así lo demuestra, aunque las palabras «si se enajenare una» y «título de enajenación» pueden ofrecer alguna duda. Para nosotros, sin embargo, lo «esencial» es el signo y la separación, mientras que lo «accidental» es la enajenación, y, así, la división material de lo que se posee *pro indiviso*, la partición por herencia, etc., el mismo resultado que la enajenación debe producir.»

Igual opinión mantienen Navarro Amandi (31), Comas (32), De Diego (33), De Buen (34) y Puig Peña (35). No han faltado en nuestra doctrina quien haya restringido la amplitud del concep-

(29) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 283.

(30) MANRESA, *op. cit.*, pág. 587.

(31) NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 288.

(32) COMAS, *op. cit.*, pág. 509.

(33) DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 531.

(34) DE BUEN, *op. cit.*, pág. 641.

(35) PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 396.

to de enajenación y lo haya concretado para ciertos casos determinados (36). Veamos las opiniones de los autores y de la jurisprudencia para cada supuesto concreto.

5 Actos y negocios jurídicos «inter vivos».

Dentro del concepto genérico de la enajenación se comprenden la venta, la permuta, la donación, en una palabra, todas las formas de cesión o traspaso de bienes y derechos (división de la comunidad, expropiación y prescripción adquisitiva). La destinación del propietario surte efectos en todos los casos en que se realiza la división, sea cual fuere el modo de llevarla a cabo. Ahora bien, al acto por el cual se realiza la división no puede ser contrario al mantenimiento de la servidumbre (37).

La compraventa suele ser el modo normal de la enajenación del artículo 541 (véase, entre otras, las SS. 14 septiembre 1867, 10 julio 1880, 4 julio 1899, 31 marzo 1902 y 29 mayo 1911), pero también se presentan casos de permuta (véase las SS. 5 mayo 1873, 29 diciembre 1914 y 6 marzo 1920), y no hay motivo para negar la posibilidad de que se presenten también de donación. Por lo demás, tanto la dación en pago como la subasta (voluntaria y legal) constituyen una enajenación o venta del predio y son modos de separación capaces para que la servidumbre se origine por destinación (38).

La división entre los propietarios de la cosa común produce un desgajamiento de las partes que la integran, las cuales se concretan en porciones materiales independientes. Así, la división produce los efectos de la enajenación en cuanto las diversas partes de una cosa vienen a pertenecer exclusivamente a diversos propietarios. Lo confirman concretamente, para la destinación las SS. 7 julio 1883, 6 febrero 1904 y 10 abril 1929.

Existe enajenación en el mismo sentido, según el artículo 541, para los casos de la división judicial si en el acto de la misma no se expresa nada acerca de los signos aparentes existentes en los predios.

La doctrina extranjera también admite como supuestos de separación de la propiedad aplicables a la destinación: la expropiación forzosa, el embargo y la prescripción adquisitiva (39). En

(36) En sentido restrictivo: SÁNCHEZ ROMÁN y SANCHO REBULLIDA, según veremos.

(37) La presunción que resulta del estado de hecho queda, en este caso, destruida por la intención declarada por las partes contratantes, y el fundamento en que descansa la destinación desaparece.

(38) Así, la sentencia de 11 de mayo de 1912 expresa que «sin confundir la cesión pura y simple, legal o judicial, con la cesión en pago, modo este de extinguir las obligaciones y asimilado en sus efectos generales a la compraventa...».

(39) Especialmente: SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo delle servitù prediale*, en *Scritti giuridici*, I (Roma, 1938), III: DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. Traité des servitudes ou services*

cuanto a la expropiación, según COLIN y CAPITANT (40) «hay de particular en este caso el que la separación ha sido impuesta por la voluntad de una de las partes contratantes al expropiante. Por lo tanto, es únicamente la voluntad presunta del expropiante la que debe ser tomada en consideración. De este modo pueden conciliarse las sentencias que excluyen la determinación del padre de familia, en los casos en que el fundo dominante es la parte conservada por el expropiado (v., principalmente, S. 20 enero 1868), con las que admiten, por el contrario, la constitución tácita de la servidumbre en los casos en que es el expropiante quien debe beneficiarse (Tolosa, 21 enero 1897 y S. 10 noviembre 1897)». En general, la doctrina extranjera cree suficiente la expropiación como modo de separación eficaz para la creación de la servidumbre por destinación. Nuestra doctrina, de una manera implícita, reconoce este modo de transmisión de la propiedad como eficaz, al admitir, como quedó dicho, cualquier forma de separación.

La prescripción es otra de las causas por la cual nace la servidumbre en el momento en que los fundos vienen a pertenecer a diferentes propietarios. En las legislaciones extranjeras se admite para algunos casos, siempre que existan los requisitos de apariencia y continuidad. Según el artículo 541 del Código civil, al necesitarse tan sólo el requisito de la apariencia, la prescripción es un modo eficaz para el fenómeno de separación del dominio. La prescripción produce la adquisición del fundo y, por lo tanto, la servidumbre establecida por destinación. Pueden presentarse dos casos: que el fundo usucapido sea sirviente o bien sea dominante. En el primer caso el poseedor la adquiere tal cual la poseyó, *quantum possessum tantum praescriptum*; en el segundo caso, no existe ninguna dificultad para suponer que, si la negligencia del propietario común le ha podido hacer perder la propiedad de una de las fincas, esta misma negligencia puede ser la causa de que el inmueble conservado esté gravado por una servidumbre en provecho del inmueble perdido.

Para estos supuestos de embargo, expropiación y prescripción se puede objetar la falta de carácter voluntario de los mismos. Pero si bien es cierto que son actos imperativos, no deja de haber en ellos acuerdo tácito; la continuidad, la apariencia del

fonciers. XII (París, 1882), 336; FAUGÈRE, *De la destination du Père de Famille* (París, 1912), 31, 45 y 55; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, III, 2.º (Torino, 1929), 273; SCUTO, *Sulla costituzione per fatto dell'uomo di servitù prediali avendí correlazione con le cosiddette servitù legali*, en *Rivista di Diritto privato*, II (1932), 50; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, en *Comentário ao Código civil português*, XI (Coimbra, 1937), 663; AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, III (París, 1938), 117; PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil*, trad. esp., III (Habana, 1942), 811, núm. 5; DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VI (Bruxelles, 1942), 523.

(40) COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., II (Madrid, 1923), 1074.

servicio, la falta de una declaración expresa de voluntad en contrario, son otras tantas garantías por las cuales se conoce la actitud hacia aquel servicio establecido.

Nos adherimos a la razón que da Faugère (41) para estos casos: que si bien no depende del dueño común la desposesión de sus bienes sí depende el dejar las cosas o no en el estado del cual resultará la servidumbre. Es más, «la existencia de este acuerdo tácito—dice (pág. 55)—es perfectamente compatible con la forma de la expropiación por causa de utilidad pública». «De otro modo—continúa—la denominación «servidumbres legales» es de las más significativas: la servidumbre, en efecto, se titula legal no a causa de su origen, que es convencional como la sentencia bien dice, más sí por causa de su prueba» (42). Por lo que se refiere a nuestro Derecho positivo, hemos de aplicar igual solución.

€. Actos jurídicos «mortis causa».

Es una opinión general en la doctrina extranjera y en la nuestra, el admitir la partición o adjudicación hereditaria como medio eficaz de transmisión y de separación del dominio para la destinación. No obstante, en nuestra Patria, algún autor ha creído lo contrario, fundándose en una interpretación restrictiva del supuesto del artículo 541, por ser una materia muy delicada la de la presunción de libertad del dominio. Así lo afirman Sánchez Román (43) y Sancho Rebullida (44), especialmente.

Para Sánchez Román, el caso de partición «es cuestionable por tratarse de materia de estricta interpretación, como lo es la de las servidumbres, contraria a la presunción de libertad de la propiedad, y por los términos concretos que en su tenor literal ofrece el artículo 541, y teniendo siempre en cuenta para el caso de adoptarse este criterio extensivo la necesidad de apreciar el mayor o menor valor de las fincas objeto de la partición, según que la existencia de aquel signo aparente de servidumbre que hubiese de considerarse como título para suponerla constituida en lo sucesivo, diera a un predio o a otro el carácter de dominante o de sirviente».

Sancho Rebullida, adhiriéndose a la opinión de De la Ville

(41) FAUGÈRE, *op. cit.*, pág. 54; en contra, CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, página 663.

(42) En análogo sentido opinan PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 811, n. 5. Para ellos «esta solución no contradice en absoluto la idea que hemos admitido, de acuerdo con la cual la destinación del padre de familia se considera como un medio de prueba de la constitución por título de una servidumbre, como resultado de un pacto tácito, adjunto al acto de separación. El embargo, en efecto, continúa siendo propietario hasta la adjudicación; puede modificar el estado de la finca. Pudiera aun hacer una cláusula de reserva en contrario en las condiciones de venta. Si nada hace, es un colaborador voluntario, aunque tácito, en el establecimiento de la servidumbre».

(43) SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 649.

(44) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 37.

(a quien cita), fundamenta la destinación del propietario desde un plano puramente subjetivista y se adentra a investigar el motivo y la causa remota por la cual el propietario establece la relación de hecho entre sus dos fincas. Plantea, concretamente, el supuesto de muerte intestada del propietario de ambos fundos, y la adquisición de cada uno de ellos por distinto heredero. Se pregunta: ¿Es aplicable el artículo 541? Y concluye «que si se opta por una solución afirmativa nos encontraremos con una nueva causa de originación de la servidumbre, la fatalidad, por así decirlo, pues habrá nacido sin que se den aquellas posibilidades de evitarla. La constancia en el título no cabe porque el causante ha muerto sin otorgar tal título (testamento) y al morir sin esta prevención es natural que no haya podido utilizar tampoco la otra de hacer desaparecer el signo aparente de servidumbre». «En el caso de partición por muerte intestada—sigue diciendo (pág. 37)—, el título sería la escritura de partición o el cuaderno particional, pero éste no es el título a que se refiere el artículo 541, porque, ¿quién va a expresar en él su voluntad contraria al nacimiento de la servidumbre? El causante (única voluntad que sería operante), imposible, porque ha muerto; el heredero del presunto predio sirviente, será el interesado en manifestar su voluntad en contrario, pero con la misma razón y derecho, el adquirente del presunto dominante, manifestará en tal título su voluntad favorable a la originación de la carga. ¿El contador partidor? No creemos que entre ésta dentro de sus atribuciones. En cuanto a hacer desaparecer el signo decimos lo mismo». «Y, sin embargo—continúa—, es muy posible que el dueño de ambos predios tuviese intención de hacer desaparecer tal signo, o de otorgar testamento en el que manifestar su voluntad opuesta al nacimiento de la servidumbre. Pero si muere sin haber tomado estas dos prevenciones y entonces, si aplicamos el artículo 541, tenemos a la fatalidad originándola de un modo inexorable e inevitable. En suma—concluye—Sancho Rebullida (pág. 40)—la no inclusión de la partición de herencia por muerte intestada, dentro de los supuestos de aplicabilidad del artículo 541, nos parece una interpretación más a la letra del precepto. Y nos parece, además, una interpretación más justa.»

La tesis expuesta por Sancho Rebullida, según nuestro parecer, es errónea. No cabe plantear el problema tratando exclusivamente de investigar la voluntad psicológica del propietario, de si quiso o no el establecimiento de la servidumbre. Esta investigación no tiene gran interés cuando existen ya los signos aparentes que son prueba de una voluntad manifestada en tal sentido. El artículo 541, al dejar en libertad al propietario para poder hacer desaparecer los signos o manifestar lo contrario, determina un estado de incertidumbre en cuanto a las señales exteriores como reveladoras de una intención afirmativa. Si este es el objeto del artículo, ¿para qué investigar la voluntad si ya viene concluida por el propio artículo cuando se den sus requisitos? Otra cosa es

la necesidad de investigar la certeza y verdad de los signos para llegar al conocimiento exacto de esa voluntad afirmativa, si han sido puestos o ejecutados por el propietario y si su mantenimiento obedece a un motivo pasajero, de mera comodidad o basado en una relación afectiva. Cuestiones remitidas al juzgador, el cual, según las circunstancias (las pruebas en este caso son decisivas), las tratará con la prudencia que el caso requiera. Ahora bien, afirmar que es la fatalidad quien origina la servidumbre y no el pacto tácito de los propietarios en el momento de la enajenación se pone desconocer el juego de la destinación. El propietario al realizar los servicios y establecer en cierto modo el signo aparente de servidumbre lo que hace es crear un estado de hecho. No será su voluntad directa y específica en aquel momento la de establecer una relación jurídica de servidumbre—pues de derecho no la podría imponer contra sí mismo, ya que *nemini res sua servit*—, pero sí la voluntad manifiesta de realizar sobre los predios aquel servicio. Esto, y el uso continuado y permanente del servicio, supone y revela el elemento voluntario e intencional capaz de llevar a cabo la transformación del servicio en servidumbre. En el supuesto de sucesión intestada no es la fatalidad, sino esa misma voluntad la que origina la servidumbre. El *de cuius* pudo o no haber creado la relación entre los fundos y pudo hacerla desaparecer antes de su muerte. Entonces no se daría el supuesto de la destinación. Pero si él la creó y, lo que es más, la mantuvo, ¿qué duda cabe que hemos de inclinarnos a creer su específica intención de mantenerla? Y aun suponiendo que su intención fuese negativa y que por cualquier evento no pudo declararla, ¿qué prueba se puede alegar en contrario ante una realidad positiva y aparente (por lo demás expresiva) y de alcance para terceros? El artículo 541 considera y deduce de los signos aparentes un título voluntario de establecimiento. Investigar otra voluntad en el propietario sería salirse de lo concluyente. Ahora bien, lo que sí es fatal es la muerte de una persona. El momento de la muerte es un hecho incierto e ignorado en la mente del hombre. Hasta entonces el derecho de servidumbre está pendiente del nacimiento y para que surja no basta el solo hecho de la muerte, como cree Sancho Rebullida, sino que es necesario que los herederos no hayan expresado nada en contrario ni hayan hecho desaparecer el signo aparente, es decir, que precisamente hayan guardado silencio en el momento de la partición o adjudicación. Si esto sucede, cualquiera de ellos puede tener por constituida la servidumbre. Ahora bien, si en el momento de la partición alguno se opone o lo afirma de una manera concreta, lo que sucede es que no se dan dado las condiciones que requiere el artículo 541 y, entonces, surgirá una constitución expresa o la inexistencia de la servidumbre voluntariamente pactada por la afirmación o negación manifestadas, pero nunca la destinación. Para el caso de negativa del titular consciente del predio sirviente concluimos, con Oyuelos

Pérez y Martínez Angel (45), que el uso que de las fincas hacía el difunto equivale al título.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también confirma la partición como supuesto de enajenación eficaz para la destinación. La sentencia de 10 de enero de 1883, en uno de sus Considerandos, expresa que «es verdadero pacto no sólo el que se constituye por consentimiento expreso, sino también por el tácito, y éste existió a juicio de la Sala sentenciadora en favor de la servidumbre al partirse la finca en 1825, por estar probado que para el cultivo y disfrute de una de las mitades, era forzoso salir por la otra, y que si se había entendido por los actos posteriores de los interesados hasta 1876, sin que en contra de estas apreciaciones se haya interpuesto infracción de ninguna especie». En igual sentido se expresan las SS. 7 noviembre 1883, 21 octubre 1892, 26 junio 1893 y 5 abril 1906. Concretamente, la sentencia de 17 de noviembre de 1911, dice: «Considerando que, según el espíritu en que se informa el artículo 541 del Código civil, explicado con más desarrollo por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, cuando la propiedad de un solo dueño pasa, mediante adjudicación hereditaria, a distintas personas, el signo ostensible y permanente de una servidumbre es título característico de su existencia; de suerte que a no haberse alterado o condicionado manera distinta de usarla, allí donde se revele hay que suponer el derecho anterior en ejercicio.» Y en otro Considerando manifiesta la facultad que tienen los herederos de poder alterar (afirmar o negar) el servicio establecido por el *de cuius* en el momento de la partición, al decir: «Porque el pacto décimotercero, hecho en la partición de bienes de D. L. I. y su esposa, patentiza el reconocimiento mas expresivo de mantener su disfrute tal como se ejercía antes y a la sazón de celebrarse este convenio, el cual, por lo mismo que tuvo su origen en la voluntad de los hijos y herederos de aquellos, obliga a éstos a su exacto e ineludible cumplimiento, tanto más cuanto que los dos hermanos litigantes consagraron el respeto a lo convenido desde el momento en que, distribuido ya el caudal hereditario, utilizaron durante la sociedad formada bajo el lema o razón social H. de L. F., las aguas que se litigan...» También confirman este criterio las SS. de 7 de enero de 1920 y la de 4 de julio de 1925, esta última al expresar: «Por quien por sus derechos de causahabiente pudiera ostentar al realizarse la división del dominio respecto al de cada finca; y como en la escritura particional de los bienes relictos y en la que el juez otorgo de oficio, cumpliendo lo que prescribe el párrafo segundo del artículo 1.515 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se omitió hacer declaraciones que contradijeren las servidumbres establecidas por el causante, mediante el título de su voluntad de dueño, sobre la pared divisoria de las dos casas...» Así lo ratifican igualmente las Sentencias de 6 de enero de 1932 y de 3 de marzo de 1942.

(45) OYUELOS PÉREZ Y MARTÍNEZ ANGEL. *op. cit.*, pág. 188.

Creemos que queda así bien patente la aceptación por nuestra jurisprudencia de los supuestos de sucesión hereditaria testada e intestada, como causa de constitución de la servidumbre por signo aparente.

II. EXISTENCIA DE UN ESTADO DE HECHO APARENTE DE ACUERDO CON LA SERVIDUMBRE PRETENDIDA

Otro de los presupuestos fundamentales y necesarios para que surja la constitución de las servidumbres por destinación es la existencia de un estado de hecho aparente que coincida con la servidumbre pretendida. Tal presupuesto esencial viene expresado en el artículo 541 del Código civil por «la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas». La expresión en sí es poco explícita en cuanto a lo que por signo aparente de servidumbre hay que entender, aunque, por otro lado, su formulación es amplia y general, pues alcanza toda la gama de las posibles servidumbres aparentes (continuas y discontinuas)

El signo aparente de servidumbre no es más que un resultado, e' reflejo de un acto fundamental: la destinación. La destinación supone el primer impulso, el acto o serie de actos que realiza el propietario sobre sus bienes asignándoles una función, determinativa de una relación de utilidad o conveniencia; v. gr.: establecer un paso entre sus fincas para abreviar ganado, abrir una ventana entre sus dos casas vecinas, etc. La destinación se engendra mediante una relación de servicio establecido entre dos predios de la misma pertenencia y se concreta plasmándose en los signos que son la expresión más fiel de su ejercicio y actuación. Los signos suponen la apreciación del estado de hecho en que se encuentran los fundos, suponen la actividad del servicio mediante la cual se manifiesta aquella dependencia. La relación de servicio que se establece por la destinación no supone un acto de gestión interna, ya que no se reduce a los actos que realiza cualquier individuo, sino a aquel acto o actos del propietario de dos fundos que establece un estado de cosas, el cual constituiría una servidumbre si perteneciese a dos propietarios diferentes. Es decir, que la relación de servicio entablada ha de ser de idéntico contenido que la de un derecho de servidumbre. De aquí la importancia y alcance que adquiere el signo como expresión de esa relación de servicio en ciertos estados de hecho mantenidos por el propietario, equivalentes a una intencionalidad manifiesta del mismo y que el Derecho no se olvida de tomar en consideración dentro del orden de ciertas relaciones y situaciones, especialmente la categoría de las aparentes, que engendran una creencia de buena fe respecto de las cosas y su posesión en el tráfico jurídico (46). El signo apa-

(46) Sobre la importancia y la eficacia de la apariencia jurídica véase:

rente de servidumbre, con arreglo al derecho de servidumbre propiamente dicho, juega el mismo papel que la posesión respecto del derecho de propiedad. El signo aparente presupone la servidumbre pretendida. De ahí que el legislador equipare el signo aparente al título en el artículo 541.

Donde se aprecia la importancia y la fuerza del estado de servicio revelado por los signos es en el terreno registral. Podemos comprobar cómo allí no es necesaria su inscripción, porque los mismos signos tienen fuerza de tal (artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria). Nuestra jurisprudencia en este sentido es clara y determinante. La sentencia de 17 de noviembre de 1911 dice: «La existencia de signos ostensibles e indubitados, de los cuales no puede dudarse, aunque no estén especialmente inscritos en el Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el gravamen, falta por entero la razón en que los indicados preceptos legales se fundan». En el mismo sentido se expresa la sentencia de 31 de marzo de 1902, que dice en uno de sus considerandos. «Si bien es cierto que por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria (artículo 20 de la actual), los títulos en que se constituyan o reconozcan derechos reales como el de servidumbre, no hallándose inscritos en el Registro, no pueden perjudicar a tercero, carece de la calidad de tal, como repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo, quien, si bien no intervino en el acto o contrato escrito, tuvo conocimiento al adquirir la finca de las servidumbres, que por ser aparentes o revelarse por signos exteriores, como la de luces y vistas, no pudieron ser desconocidas por el adquirente, pues en tal caso no siendo oculto el gravamen, falta como base de aplicación de aquel artículo uno de los objetivos principales de la Ley Hipotecaria, cual es la publicidad de las cargas que afectan a la propiedad inmueble». El principio viene confirmado en las SS. 13 junio 1885, 31 mayo 1892, 5 abril 1898, 31 marzo 1902, 13 mayo 1903, 12 octubre 1904, 7 noviembre 1911 y 11 mayo 1927. La Sala de la Audiencia territorial de Valencia, en sentencia de 14 de marzo de 1946, confirma y aplica el mismo criterio del Tribunal Supremo acerca de la eficacia que tiene el signo aparente, al declarar que «dadas las características del hecho de los signos manifiestos en que la parte actora basa la existencia de las servidumbres objeto de este pleito, es indudable que en su caso han

STOLFI. *L'apparenza del diritto*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, 4.º (1934), 441; SOTGIA, *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, en *Rivista di Diritto privato* (1936), 126; VERGA, *Osservazioni in tema di apparenza*, en *Rivista di Diritto privato* (1940), 193; BERGAMO LLABRÉS, *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, en *Curso de Conferencias en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia* (1945), 241; BARBIER, *L'apparence en droit civil et droit fiscal* (Paris, 1945); CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato. Parte generale* (Torino, 1947); JACQUES LEAUTE, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, en *Revue trimestrielle de Droit civil* (1947), 288; MENGONI, *L'acquisto "a non domino"* (Milano, 1949), 109. Por lo que se refiere a la destinación, véase BARASSI, *I diritti reali limitati* (Milano, 1947), 263.

de catalogarse como servidumbres continuas y aparentes". Cita también en su apoyo la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1925.

La importancia del signo la vemos igualmente recogida en el Código civil, además del artículo 541 y 532, en los artículos 527 y 574 respecto de la servidumbre de medianería, donde «se presume, mientras no haya título o signo exterior o prueba en contrario».

Los supuestos que comprende el artículo 541 en cuanto al signo de servidumbre, se limitan a aquellos servicios exteriorizados y aparentes. El artículo 541 no alcanza otras categorías. Los servicios no aparentes quedan excluidos por falta de exteriorización. Tal exteriorización es constitutiva de la prueba de su existencia teniendo en cuenta, además, los intereses de los terceros y el crédito fundiario (47). Que el signo aparente es el título voluntario que sirve para la adquisición no sólo de las servidumbres continuas, sino también de las discontinuas, lo confirma la sentencia de 7 de enero de 1920, al decir: «Que tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo que las servidumbres discontinuas se ganan por el uso, sirviéndoles de título sus signos aparentes, y que dividida una finca entre varios, no estipulándose nada en contrario, se entienden subsistentes las servidumbres establecidas antes y necesarias para su disfrute, siendo el signo aparente de ellas un título para que continúen».

Al hablar el artículo 541 de «la existencia de un signo aparente», se refiere a las posibles servidumbres aparentes que se pueden construir, pero como no es más expresivo, sólo a esta categoría se limita. Según Mucius Scaevola (48) «todas las servidumbres positivas de interés privado, aquellas a las cuales puede aplicarse la doctrina, porque el signo es expresión de un uso y éste supone siempre algo positivo, son aparentes en el sentido que expusimos en el comentario del artículo 532, en el que reúnen por lo menos en algún caso, la cualidad de la apariencia». Para este autor, entre las servidumbres aparentes, las de estribo, presa y acueducto son aparentes; las de saca de agua y abrevadero (admitiendo que sean servidumbres), cuando existan obras adecuadas a estos aprovechamientos (pozo, fuente, estanque); la de paso, si se manifiesta por un camino o vía; respecto de la medianería, precisa-

(47) Aunque una servidumbre sea subterránea, puede presentar señales exteriores, que obliguen a respetarla. En este sentido véase la sentencia de 20 diciembre de 1914. Por exclusión, véase también el art. 561 del Código civil y las SS. 4 julio 1899, 6 marzo 1920, 4 julio 1925, 6 enero 1932 y 3 marzo 1942. Cfr. BORRELL, *op. cit.*, pág. 197.

(48) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 275. También el art. 1.523 del Código civil, con criterio ejemplificativo, señala como servidumbres aparentes «los arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes». Según el Tribunal Supremo, por exclusión, no es servidumbre el sendero entre dos fincas que sólo sirve para el cultivo de la finca que se intenta retraer y no es paso para una tercera finca (S. 21 mayo 1902); ni los muros, cercas o árboles que dividen las heredades (S. 23 febrero 1899).

mente hay servidumbre cuando hay signo exterior; las de luces y vistas, son aparentes, y la de desagüe en general lo es, y decimos en general porque en algunos casos puede no serlo.

Aunque el artículo 541 comprende solamente las posibles servidumbres aparentes (continuas y discontinuas), en cierta clase de servidumbres negativas y no aparentes, existe cierta posibilidad de su adquisición mediante la destinación, tal como en la *servitus altius non tollendi* o *aedificandi*. En la práctica puede darse el caso en que la servidumbre venga indicada por una ventana u otro signo existente sobre el fundo vecino. En tal supuesto no tenemos más que una servidumbre de vista que se puede adquirir sin ninguna dificultad por destinación (49).

III. ESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DE HECHO POR EL PROPIETARIO DE AMBOS PREDIOS

Al ser un requisito fundamental del artículo 541 que los signos aparentes sean establecidos por el propietario (50), se hace necesario investigar quiénes tienen esta titularidad para realizar una válida constitución de las servidumbres por destinación.

Podemos considerar la eficacia del acto de destinación según los tres siguientes grupos de titulares destinantes:

A) Los que tienen un título perfecto de propiedad (el propietario, el nudo propietario y el copropietario).

B) Los que tienen un título de dominio o propiedad temporal (el enfiteuta, el superficiario, el fiduciario, el propietario sometido a condición resolutoria, el propietario con pacto de retroventa, el propietario con derecho revocable y el propietario con hipoteca sobre sus inmuebles).

C) Aquellos que poseen otra titularidad (el representante, el usufructuario, el arrendatario y el detentador).

A) *Primer grupo:*

7. La destinación del propietario.

La regla general requiere, como condición fundamental, que la relación de servicio haya sido establecida por el propietario de ambos predios, o sea, por quien tiene la libre disposición de

(49) Así lo entienden AUBRY y RAU, *op. cit.*, pág. 123, y BARASSI, *op. cit.*, página 264, n. 134.

(50) Tanto la doctrina como el Tribunal Supremo lo establecen igualmente. Cfr. MANRESA, *op. cit.*, pág. 586; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 280; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 649; DE BUEN, *op. cit.*, pág. 640; BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 412; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503; PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 395. Véase las SS. 27 mayo 1899 y 23 noviembre 1917. Esta última dice: «Considerando que son improcedentes... porque faltaría el elemento esencial de pertenecer en propiedad ambas fincas a un mismo dueño, circunstancia precisa de donde ha de derivarse la existencia o negación de la servidumbre al otorgarse el oportuno título de la enajenación del inmueble».

los mismos. No obstante, debemos dejar sentado para todos los casos que examinamos que la eficacia del estado de hecho establecido por quien no es propietario puede tener valor si el propietario reconoce tácitamente aquella relación o da su aquiescencia expresamente. Dada la especial manera de originación tácita, cabe que la iniciativa del servicio sea establecida por quien no siendo propietario tenga, no obstante, la gestión de los fundos. En tal caso es suficiente que el propietario hubiese «dejado» (51) las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre. De aquí que la doctrina, al interpretar el artículo 541, donde se impone que el establecimiento del signo ha de ser efectuado por el propietario de los fundos, se refiere no sólo a la «creación», sino a la «conservación» del mismo. Así Manresa (52), de acuerdo con esta interpretación extensiva, no considera como esencial el requisito del establecimiento del estado de hecho por el único propietario. Para él, «en muchos casos, el signo representativo del servicio habrá sido establecido por el último propietario o por uno anterior, para el mejor disfrute de sus fincas; pero en otros muchos el signo existiría ya con anterioridad a la consolidación y representaría una verdadera servidumbre, que por la consolidación, y con arreglo al número 1.º del artículo 546, dejó de existir». Cree que es indiferente que el signo fuese establecido por el último propietario o por uno de los propietarios anteriores, siempre que lo fuese durante la fusión de los predios. «Pero si se trata—dice (página 586)—de un signo aparente de servidumbre conservado por el dueño que adquiere dos fincas entre las que existía servidumbre; ¿podemos afirmar con arreglo a nuestra legislación que al separarse de nuevo las fincas reaparece la servidumbre, o se considera el signo como título de ella? Mucho respeto nos merece la letra de la ley, pero creemos que no hay más remedio que entenderlo así, ya porque como hemos dicho, no consideramos este requisito como esencial en el supuesto del artículo; ya porque donde existe la misma razón debe aplicarse la misma regla de derecho; ya porque el artículo no habla de reaparición de la servidumbre, sino de título para su establecimiento, lo cual no se opone a su anterior extinción; ya, en fin, porque la consolidación extingue la servidumbre y si el propietario común de los predios, lejos de destruir o hacer desaparecer el signo, lo conserva, en cierto modo puede decirse que lo establece, porque sólo de su voluntad depende que siga existiendo tanto el signo como el servicio o la servidumbre que representa, y así, al conservar el signo, crea o da nueva vida a lo que la ley declaró muerto o extinguido. No parece propia—concluye—en el espíritu del artículo una investigación acerca de quién y en qué condiciones estableció el signo.»

También discurre sobre este presupuesto necesario de la des-

(51) En el mismo sentido viene confirmado por BARASSI. *op. cit.*, pág. 261., según el art. 1.062 del nuevo Código civil italiano.

(52) MANRESA. *op. cit.*, pág. 585.

tinación (de que el estado de hecho sea establecido por el propietario de ambos predios) Navarro Amandi (53), el cual recoge las opiniones de la doctrina francesa y las aplica al artículo 541, especialmente las expuestas por Demante, Ducarroy, Bonnier y Demolombe, así como la opinión de la jurisprudencia belga, según la cual, ora existiera la servidumbre antes de la confusión, ora el servicio se estableciera por el propietario de ambas fincas, nace una servidumbre si al tiempo de hacer la enajenación existe un signo aparente de servicio. La solución que adopta Navarro Amandi tiene un peligro en cuanto da vigencia solamente a la relación de servicio exteriorizada por el signo. Es una posición objetivista la que él defiende, que no tiene en cuenta la consideración subjetiva de la persona que establece los signos o el reconocimiento posterior del propietario. Tal interpretación olvida que si el signo tiene una fuerza tan poderosa, ello es debido, precisamente, a un reflejo del derecho de dominio, a la facultad de disposición que el propietario posee sobre sus bienes y que la exterioriza mediante la destinación o vinculación de un fondo al servicio de otro por una utilidad que se prestan. No quiere decir que exista un acto formal inicial de destinación, sino que el propietario en el diario aprovechamiento de los fundos perpetúa una forma sobre los mismos.

Según Zapulli (54) y Bonet Ramón (55), es necesaria aquí una investigación acerca de la voluntad del propietario respecto de la intención más o menos directa que tenía para establecer una servidumbre en el momento de entablar la relación de servicio entre los fundos (56). Creemos que hay que apreciar, fundamentalmente, el estado de hecho o signo aparente para deducir una voluntad afirmativa o negativa en este sentido, ya que la ficción del artículo 541, en este caso, es absoluta (el signo equivale al título), pues otra declaración de voluntad que no fuese una posición neutra (de silencio) como la que exige el artículo, originaría la servidumbre expresamente, lo cual implicaría una constitución por modo distinto al de este artículo.

La investigación que requiere el artículo 541 es la de probar que el signo aparente fué puesto o reconocido por el propietario. En la destinación, las dos facetas, objetiva y subjetiva, son complementarias y fundamentales. Como dice Ricci (57), «el propietario debe haber puesto o dejado las cosas en el estado del

(53) NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 86.

(54) ZAPPULLI, *Servitù*, en *Nuovo Digesto italiano*, XII, 115.

(55) BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 409.

(56) CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 663, dice que el propietario de un predio o de dos fracciones de un predio no tiene que declarar, al tiempo de construir las obras mediante las señales aparentes y permanentes, que su intención es establecer una futura servidumbre. Esa intención resulta del simple hecho de tener una relación permanente de utilidad de un predio para otro.

(57) RICCI, *Derecho civil teórico y práctico*, trad. esp., VI (Madrid, s. fecha), 333.

cual resulta la servidumbre; así, pues, es necesario el hecho material del propietario para que haya el destino del padre de familia, no bastando, al efecto, la simple intención». Y más adelante concluye que «para hacer patente el destino del padre de familia es necesario demostrar, en primer lugar, que los predios pertenecían a un mismo propietario, y en segundo lugar, que éste puso y dejó las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre».

Ahora bien, el acto de destinación es fundamental. La destinación (en su sentido estricto) supone un acto o conjunto de actos con alcance jurídico. Es un acto voluntario, unilateral, que realiza el propietario sobre sus bienes asignándoles una determinada función y cometido. Al ser una facultad que mana de un derecho de dominio, sólo el propietario puede establecer servicios que engendren servidumbre mediante destinación. Presupone en el destinante la disponibilidad de las cosas. En ella se da la *scientia* y *patientia*, es decir, un cierto conocimiento de la relación que establece y una intención de mantener aquella relación de las fincas con cierta perpetuidad. El establecimiento de un estado de hecho que el propietario hace no es cualquier relación accidental mantenida por él, sino una relación estable de vinculación entre los predios.

El nudo propietario por su lado también puede originar la destinación siempre que con sus actos y disposiciones no dañe al titular del dominio útil. Concretamente, para que el nudo propietario establezca servidumbre sobre unos inmuebles en que otro tenga el usufructo, el artículo 595 manifiesta que «el que tenga la propiedad de una finca, cuyo usufructo pertenezca a otro, podrá imponer sobre ella, sin consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen el derecho de usufructo».

En el caso de los derechos de superficie y enfiteusis, la facultad de gravar con servidumbre voluntaria perpetua el dominio útil, queda sujeta a que ambos dueños presten su consentimiento (art. 596), según veremos. Y en este caso hay el consentimiento tácito que requiere el artículo 541 cuando ambos dueños no digan nada acerca del signo establecido o no lo hagan desaparecer en el momento de la enajenación. De este modo, los actos del nudo propietario tienen eficacia para que surja la servidumbre pretendida.

En este primer grupo también debemos examinar la eficacia del estado de hecho creado por el copropietario durante la división.

Según nuestro Derecho positivo, dentro del régimen jurídico de la comunidad, ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos (art. 397) (58). Y, concretamente, en el caso de imposición de servidumbre por un

(58) V. S. 26 octubre 1929.

copropietario, el artículo 597 dice que «para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso, se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha por algunos quedará en suspenso hasta que la otorgue el último de todos los copropietarios. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular a no impedir el ejercicio del derecho concedido» (59).

Es lógico que la servidumbre no pueda nacer de los actos unilaterales de un solo copropietario, dado el carácter indivisible de la servidumbre y del régimen comunitario (especialmente el *usus*) (art. 394). La relación de copropiedad indivisa, además, no hace posible una determinación cierta del lugar en el cual la servidumbre necesariamente ha de asentarse. El dominio de cada partícipe se extiende indeterminadamente sobre todas las partículas materiales de los fundos antes de efectuarse la división.

Tampoco tienen eficacia los actos realizados por un copropietario en favor de su finca exclusiva frente a aquella de la que es condómino, al enajenar posteriormente aquella finca. No adquiere la categoría de servidumbre la relación de hecho entablada si no hubo la aquiescencia de la mayoría o de los demás copropietarios, pues los actos ejecutados por los que componen la mayoría son obligatorios para los demás condueños y válidos y eficaces respecto al tercero interesado (60).

La servidumbre subsiste en supuesto de copropiedad, si el concedente viene a ser propietario de todo el fundo común. Igualmente sucedería si al realizar la división le tocara la parte gravada con el servicio por él establecido. Distinta sería la solución para la hipótesis inversa cuando no se trata de imponer, sino de adquirir una servidumbre en favor del fundo común. Así, por ejemplo, cuando yo, copropietario de una casa, abro una ventana sobre un huerto contiguo mío, y, posteriormente, enajeno el huerto sin decir nada; entonces se constituye la servidumbre de luces y vistas a favor de la casa.

El Tribunal Supremo también aplica la destinación al régimen de copropiedad. En este sentido, la sentencia de 7 de junio de 1883 reconoció la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas en unas fincas que poseyeron los cartujos cruzadas por distintos caminos, toda vez que, enajenado por el Estado el dominio de las mismas y adquirido por una sociedad continuó ésta en el uso y aprovechamiento de tales caminos, ya que, cuando procedieron los socios comuneros a la división, sorteo y adjudicación entre ellos de los diversos lotes que habían compuesto la finca social,

(59) Según BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 409.

(60) V. S. 30 junio 1897.

lo mismo que al escriturarse los actos realizados, nada se declaró ni estipuló en contra de la existencia y provecho de aquellos mismos caminos. Con el mismo criterio dictó las SS. de 6 de febrero de 1904 y 10 de abril de 1912, ya citadas anteriormente.

B) *Segundo grupo:*

8. *Eficacia de los actos de un enfiteuta y de un superficiario.*

El problema de la eficacia de los actos del enfiteuta viene resuelto según la consideración que se le atribuya, ya como simple poseedor o ya como verdadero propietario.

Tres posiciones podemos observar en la doctrina (61): 1.ª La de los que entienden que el enfiteuta tiene facultades dominicales absolutas y, por tanto, como deducción consecuente, el enfiteuta tiene la posibilidad de imponer derechos reales limitativos (Windscheid (62), Ricci (63), Cerchi (64) y Scuto (65); en nuestra doctrina, Sánchez de Molina (66) y Gómez de la Serna y Montalván (67). 2.ª La de los que creen que el enfiteuta tiene facultades dominicales relativas debido a la escisión del dominio y que, según el derecho de enfiteusis sea temporal o perpetuo, resulta condicionado o no a la extinción de la enfiteusis (Simoncelli (68), Pacifici-Mazzoni (69), Luzzato (70) y, en nuestra doctrina, Gregorio López (71). 3.ª La de los que opinan que se trata de un derecho personal, de un fenómeno de disfrute de la cosa de otro y que la imposición de otros derechos reales limitativos excede de sus facultades (Demolombe (72), Mirabelli (73), Giorgianni (74) y Barassi (75).

Nuestro Código civil, como sabemos, establece, en el artículo 596, que «cuando pertenezca a una persona el dominio directo

(61) Sobre la naturaleza jurídica de la enfiteusis véase CASTÁN, *op. cit.*

(62) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II (Torino, 1902), 289.

(63) RICCI, *op. cit.*, pág. 33.

(64) Cfr. CERCHI, *Natura giuridica dell'enfiteusi*, en *Rivista di Diritto civile* (1933), 23.

(65) Cfr. SCUTO, *Natura dei diritti dell'enfiteuta e del concedente sul fondo enfiteutico* (Napoli, 1938), 25.

(66) SÁNCHEZ DE MOLINA, *op. cit.*, pág. 139.

(67) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALVÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I (Madrid, 1886), 646.

(68) SIMONCELLI, *op. cit.*, pág. 103.

(69) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, pág. 275.

(70) LUZZATTO, *Corso sui diritti reali*, I (Ferrara, 1922), 34.

(71) GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALVÁN, *op. cit.*, pág. 646, n. 1.

(72) Según DEMOLOMBE, *op. cit.*, pág. 229, «el enfiteuta durante *enphyteusi*, dice también CAEPOLLA (núm. 2), las servidumbres concedidas por él no serán opuestas al propietario, después de la expiración de la enfiteusis».

(73) MIRABELLI, *Del diritto dei terzi*, I, 505, cit. por GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui* (Milano, 1940), 45.

(74) GIORGIANNI, *op. cit.*, pág. 45.

(75) BARASSI, *op. cit.*, pág. 261.

de una finca y a otra el dominio útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria *perpetua* sin el consentimiento de ambos dueños». Según podemos observar, el artículo se refiere concretamente a la constitución de las servidumbres voluntarias perpetuas. Pero al recoger el Código civil la doctrina tradicional de descomposición dominical, desarrollada por el Derecho intermedio, que ve en la enfiteusis un estado de división de dominio, atribuyendo al censalista un *dominium directum* y al enfiteuta un *dominium utile* (reconocido en el art. 1.633), es posible la imposición de servidumbres temporales—confróntese para la extinción de tales servidumbres el art. 546, núm. 4—que se extinguen al desaparecer la división del dominio. Tan sólo esta facultad tiene una excepción en el artículo 1.634 cuando la pensión consista en una parte alicuota de los frutos de la finca enfiteútica; entonces no podrá imponerse servidumbre ni otra carga que disminuya los productos sin consentimiento expreso del dueño directo. Este mismo artículo nos demuestra *a sensu contrario* la posibilidad de la constitución de servidumbres temporales por parte del enfiteuta, fuera de ese caso especial.

Debido a la consideración que atribuimos al artículo 541, de modo voluntario de constitución de las servidumbres y al requisito fundamental, de que la servidumbre sea establecida por el "propietario", se plantea ahora el saber, a la luz de nuestro Derecho positivo, si el enfiteuta, como titular de un dominio útil, es un verdadero propietario y si tiene aptitud para constituir las servidumbres por destinación. Aunque en sentido estricto no pueda llamarse "propietario" al enfiteuta, el dominio útil que se le reconoce equivale a una propiedad, si bien relativamente temporal, por lo que las servidumbres por él constituidas, sin el consentimiento del verdadero dueño, han de resultar temporales también. Observamos, pues, que el enfiteuta, si bien tiene el dominio útil que abarca un cúmulo mayor de posibilidades que las de otros derechos reales limitativos, carece de las demás facultades que el propietario tiene mediante el dominio directo. Ahora bien, si el propietario conocía las servidumbres impuestas por el enfiteuta y no las destruye o niega, en virtud de la originación tácita, las servidumbres perduran y la destinación opera sus efectos definitivamente. Tan sólo por este medio, los actos del enfiteuta son aptos para la constitución de una servidumbre voluntaria perpetua; si no, es necesario el consentimiento del propietario directo, según vimos, para su constitución. Con lo cual, ya no supondría una constitución por destinación, sino mediante un modo expreso.

En cuanto al derecho de superficie, la doctrina que acepta el Código civil (art. 1.611) es la misma que para el derecho de enfiteusis: la de que existe un dominio dividido, donde corresponde al superficiario un dominio útil. El superficiario no viene a ser más que un titular de un derecho de dominio útil que mediante un pacto se le favorece para que no tenga lugar el principio de

accesión (por el cual *superficies solo cedit*) (art. 358) y se paraliza la acción reivindicatoria con objeto de que pueda disfrutar de su derecho.

La doctrina moderna (76) amplía las facultades dominicales del superficiario hasta constituirlo en propietario del edificio levantado en suelo ajeno, reconociendo el dominio directo, en algunos casos, con el pago de un canon.

Si la sentencia de 27 de mayo de 1899 no dió validez a los actos de un superficiario fué porque faltó, como claramente comprueba, el requisito de pertenecer ambos fundos al mismo propietario. Por lo demás, los actos del superficiario son aptos para la constitución de la servidumbre por destinación.

9. Eficacia de los actos de un fiduciario.

Cuando en virtud de un negocio fiduciario una persona transmite a otra el dominio de unos inmuebles, se presenta el caso de saber si las relaciones de hecho o servicios creados por el fiduciario en los inmuebles del fiduciante, una vez enajenados, tienen eficacia para constituir una servidumbre por destinación.

Como en toda cuestión doctrinal, el problema ha de resolverse según el punto de partida y las hipótesis aceptadas. Aquí el «caballo de batalla» está en la consideración que se le ha de dar al fiduciario: si es o no un verdadero propietario.

Para nosotros, el fiduciario es un verdadero propietario. El adquiere la titularidad de un derecho, una relación de dominio, si bien determinada, condicionada por ciertas obligaciones, a no usarla sino para ciertos fines, y a que su derecho quede limitado o ineficaz frente a determinada persona (el fiduciante). Con Enneccerus (77) tenemos que decir que si el fiduciario debe convertirse en propietario de la cosa transmitida, desde el punto de vista económico debe, no obstante, conducirse meramente como un administrador, un acreedor pignoraticio, un mandatario, etc., esto es, debe tener la cosa en los términos de «confianza» en él depositada. Ahora bien, creemos con Wolff (78) que la transmisión fiduciaria origina una propiedad relativa. El fiduciario es propietario frente a todos, en las relaciones exteriores; en la relación interna, con arreglo al propósito de las partes, la propiedad es del fiduciante (79). Por lo tanto, el fiduciario es un

(76) JERÓNIMO GONZÁLEZ, *El derecho real de superficie*, ahora en *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, II (Madrid, 1948), 223; DALMASES, *El usufructo de derechos (inclusive de títulos valores)* (Madrid, 1932), 145; FUENMAYOR, *La revocación de la propiedad* (Madrid, 1941), 71; PUIG PEÑA, *op. cit.*, I-III, 477.

(77) ENNECERUS, *op. cit.*, I-2.º, 81.

(78) WOLFF, *op. cit.*, pág. 82, n. 14, a.

(79) OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, trad. esp. (Barcelona, 1933), 235. Para la doctrina germánica, véase la literatura recogida por SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Treuhänderverhältnis*, Marburg, 1933. En la doctrina italiana:

propietario. Pero si rebasara los poderes conferidos (en nuestro caso supondría el establecimiento de servicios inmobiliarios con alcance jurídico posterior, al convertirse en servidumbres) abusando en la confianza en él depositada, la transmisión ulterior de estos derechos es válida plenamente a pesar de todo, como cree Enneccerus (pág. 82). Dice este autor que la estipulación de que frente al fiduciante el fiduciario no deba ser considerado como propietario, acreedor, etc., sólo surte efecto obligatorio y, en consecuencia, la violación de este deber sólo determina un deber de indemnizar.

Por lo que respecta a nuestro Derecho positivo, el problema se halla en la más oscura sombra. Como dicen Pérez González y Alguer (80), sólo cabe invocar la amplitud del margen de libertad de contratación que establece el artículo 1.255 para reconocer la validez de los negocios fiduciarios (81).

En cuanto a la destinación, una vez admitido al fiduciario como verdadero propietario frente a terceros (único requisito requerido por el artículo 541 que podría faltar aquí), tenemos que concluir la eficacia de la destinación por él efectuada. No se daría si uno de los fondos otorgados fiduciariamente recayese de nuevo en el fiduciante. Entonces, estaríamos ante el desarrollo normal del negocio fiduciario y sería inoperante frente a él. Sin embargo, frente a terceros tiene plena validez y, tan sólo, como consecuencia, el fiduciario tendría para con el fiduciante la obligación de indemnizar, derivada de la naturaleza obligatoria de su derecho.

10. Eficacia de los actos de un propietario sometido a condición resolutoria.

El problema que se plantea, respecto de la destinación, es el de saber si *pendente condicione* el titular de un derecho de propiedad con condición resolutoria tiene o no un verdadero derecho de propiedad para concluir la eficacia del signo aparente por él establecido.

adquiere un gran desarrollo: ALESSANDRO BERTINI, *I negozi fiduciari di perfezionazione dell'adempimento*, Milano, 1940; MESSINA, *Negoci fiduciari*, en *Scritti giuridici*, Milano, 1948. Nuestra doctrina trata de imponerlo: HERNÁNDEZ GIL, *Comentarios a la Sentencia de 10 de marzo de 1944 en Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, IX (1945), 690; BONET RAMÓN, *Algunas figuras afines al contrato de mandato*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XVI (1948), 652; ORTEGA PARDO, *Donaciones indirectas*, en *Anuario de Derecho civil*, II-3.º (1949), 919; NAVARRO MARTORELL, *Aislamiento de los negocios fiduciarios*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XIX (1950), 427, y *Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios*, en *Revista de Derecho privado* (1950), 225.

(80) ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 89.

(81) La jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue el negocio fiduciario de los simulados absoluta y relativamente. Trata del problema de su validez la Sentencia de 28 enero 1946.

A dos hipótesis se concreta, fundamentalmente, la cuestión de la validez de los actos del propietario: 1.º Cuando el adquirente con condición resolutoria enajena a terceros con anterioridad al cumplimiento de la condición; 2.º Cuando, posteriormente, una vez cumplida la condición y devuelta la propiedad al enajenante, sin mediar pacto expreso, pasado algún tiempo pretende negar la validez de los actos y servicios establecidos *pendente conditione*.

Al sancionar nuestro Código civil la necesidad de la tradición, además del consentimiento, para la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales (arts. 609, 1.095 y 1.473), no podemos admitir los efectos revocatorios reales de una condición resolutoria, ya que, cumplida ésta, la propiedad no vuelve al enajenante por el mero consentimiento, sino que es necesario la entrega del adquirente. Esto quiere decir que la condición resolutoria, como pacto añadido al contrato, solamente impone el deber de devolver la propiedad; pero, si el adquirente, violando el pacto, no quiere devolverla, tan sólo estará sujeto a una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento, pero nunca se operará una transmisión de propiedad que no existirá sin la entrega. De aquí la naturaleza obligacional y no real de la condición resolutoria (82).

Tenemos que afirmar que el propietario sometido a condición resolutoria es un verdadero propietario, aunque una vez cumplida la condición y entregada la cosa la haya disfrutado temporalmente (83). Por eso, los actos realizados por el propietario son plenamente válidos para la destinación. Es más, nuestro Código civil al sancionar los efectos retroactivos lo hace restringidamente (84). Así, el artículo 1.123, que se refiere concretamente a la resolución de las obligaciones de dar, establece que entre las partes «deberán restituirse lo que hubiesen percibido»; aunque la expresión parece referirse a los frutos, hay que incluir la cosa, ya que el cumplimiento debe extenderse también a la devolución de la cosa misma.

Ahora bien, en cuanto a terceros, al establecerse analogía en-

(82) En el Derecho positivo francés (art. 1.138 del *Code civil*), donde el simple consentimiento es suficiente para la transmisión de la propiedad, la condición resolutoria opera con eficacia real: al cumplirse la condición se resuelve el derecho de propiedad del adquirente y sin más se considera retransmitida la propiedad. Aquí el efecto retroactivo es pleno, salvo los efectos registrales. Por lo tanto, los autores se pronuncian en contra de la destinación efectuada por el propietario sometido a condición resolutoria. Cfr. PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pág. 810, y BAUDRY-LACANTINERIE y CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de Droit civil* 3, VI (Paris, 1905), 846.

(83) Que se haya disfrutado temporalmente no quiere decir que se haya tenido un derecho de propiedad temporal. La incertidumbre de la condición y su incumplimiento demuestran cómo la propiedad surgió con todas sus características y efectos.

(84) Véase FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España* 2, I (Madrid, 1950), 614.

tre el artículo 1.124—que con el 1.123 se refiere a la condición resolutoria—y lo dispuesto en los artículos 1.295 y 1.298 (donde se distingue la adquisición de buena o mala fe de los terceros adquirentes), podría aplicarse igualmente al 1.123. Pero nos parece forzado someter a tal analogía el 1.123, ya que el 1.124 y los artículos 1.295 y 1.298 tienen de común en este caso la lesión y el incumplimiento. Lesión e incumplimiento que no existen en el 1.123, pues el conocimiento de la condición no puede tomarse como tal. Por lo tanto, se reduce a lo que manifiesta el número 2 del artículo 1.123, según el cual, «en el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente»: y en ellas (art. 1.122, núm. 4) se establece la indemnización de daños y perjuicios a que vendrá obligado por el deterioro (en este caso la servidumbre) sufrido.

Igual trato se dará a las disposiciones testamentarias condicionales, según expresa el artículo 791. Tampoco puede dudarse de la naturaleza de propietario del titular comprador que se compromete a volver a vender, en determinadas circunstancias, la cosa comprada al vendedor mediante el *pactum de retrovendendo*. En el artículo 1.511 puede verse cómo el dominio se transmite al comprador con una expresión rotunda al decir que «el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones». Estaremos ante un dominio revocable (como se deduce, *a sensu contrario*, del art. 1.509), pero un dominio suficiente, según vimos anteriormente. A este respecto, el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1925, manifiesta que «en la venta con pacto de retro se transmite el dominio desde que la venta se consuma con la entrega de la cosa». Igualmente se sostiene esta doctrina en la de 1 de febrero de 1946, donde se dice que «es doctrina legal cierta que el comprador con pacto de retroventa adquiere la propiedad de la cosa vendida sin que al vendedor quede otro derecho que el de retraerle».

Se confirma, una vez más, la naturaleza obligacional de los pactos que condicionan una relación de dominio. Con lo cual hay que concluir la posibilidad de la constitución tácita de las servidumbres al existir signos aparentes procedentes de una destinación del propietario de dos inmuebles, si en el momento de la enajenación o en la escritura no se hacen desaparecer los signos o se declara lo contrario.

1. *Eficacia de los actos de un propietario con derecho revocable (donación revocable y disposiciones testamentarias inoficiosas).*

Ante estos supuestos, como en los anteriores, estamos frente a una transmisión de propiedad que es ejercida temporalmente. Se observa, igualmente, el carácter personal, meramente obli-

gatorio de la revocación (85). Por ella nace para el donatario la obligación de restituir según se expresa para los casos de revocación por supervivencia de hijos (art. 645), incumplimiento de condiciones (art. 647) (86), ingratitud (art. 648) y reducción inoficiosa (art. 651), teniendo en cuenta, además, los principios registrales sobre las cargas. A este respecto, el artículo 649 expresa que «revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad». La expresión «enajenaciones e hipotecas» podemos hacerla extensiva a los demás *iura in re aliena* y, concretamente, a las servidumbres. Pero como en la destinación, a pesar de lo que dispone el artículo 647, el signo aparente tiene por sí la suficiente publicidad y equivale a una inscripción, tenemos que concluir la eficacia de la destinación efectuada por el donatario, siempre, claro está, que se den las demás circunstancias requeridas por el artículo 541.

Hemos de concluir lo mismo (87) para el supuesto del heredero sujeto a colación, ya que, según el artículo 1.045, «no han de traerse a colación y partición *las mismas cosas* donadas o dadas en dote, sino *el valor* que tenían al tiempo de la donación o dote».

12. Eficacia de los actos de un propietario sobre sus inmuebles hipotecados.

A dos hipótesis, principalmente, hemos de referir la eficacia de los actos de destinación en el supuesto de finca hipotecada:

1.ª El caso de que un propietario de dos fincas imponga una hipoteca sobre una de ellas y establezca un signo aparente en contra de la hipotecada.

2.ª El caso de enajenación de una de dos fincas, una de ellas hipotecada, entre las que existía la destinación.

En la primera hipótesis no se plantea ningún problema porque el nacimiento de la servidumbre es posterior a la realización de la hipoteca. La realización del valor de la hipoteca se lleva a cabo a través de la enajenación, con lo cual la servidumbre nace después de realizada aquélla. Si el acreedor o deudor hipotecarios no han hecho desaparecer los signos o no han declarado nada en su contra, la servidumbre surge por la destinación realizada.

(85) El artículo 650 del Código civil establece que «en el caso a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, tendrá derecho el donante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, o la cantidad en que hubiesen sido hipotecados se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes». Cfr. FUENMAYOR, *op. cit.*, pág. 169.

(86) La palabra «condiciones» no está aquí empleada en su sentido técnico, sino en el vulgar de obligaciones o cargas (S. 3 noviembre 1931).

(87) En cuanto al efecto, durante su disfrute, véase artículo 654 del Código civil.

En la segunda hipótesis se trata de averiguar si los actos del deudor hipotecario tienen eficacia para que surja la destinación por la enajenación del fundo dominante a un tercero, anteriormente a la realización de la hipoteca, o si los actos del deudor carecen de fuerza al suponer una merma en el valor de la hipoteca.

En conformidad con los artículos 175, número 2, y 235, números 4 y 10 del Reglamento Hipotecario, según los cuales se regula el procedimiento judicial o extrajudicial de la ejecución hipotecaria, rige en absoluto el sistema de purga o liberación para las cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca ejecutante. La servidumbre originada por destinación no surge hasta el momento de la enajenación; sólo hasta entonces el signo equivale al título. Si bien la apariencia de este título hace innecesaria la inscripción, por otro lado, como esta carga surge posteriormente a la constitución de la hipoteca, operará el principio de liberación de cargas, por el cual la servidumbre se extingue.

C) Tercer grupo:

13. Eficacia de los actos del representante y de los simples poseedores.

La doctrina moderna (88) impone la distinción entre la representación y el mandato, según que la legitimidad de la representación aparezca unida a una facultad interna de gestión de derecho material, o que a un poder de representación legal o nacido de determinadas relaciones jurídicas (no sólo del mandato, sino también, por ejemplo, del arrendamiento de obras y servicios, sociedad, préstamo, donación, compraventa, arrendamiento de predios, etc.) no corresponda derecho alguno de gestión (89).

Como la eficacia de la destinación se deriva de quien tiene poder de disposición en la relación de representación, los actos del representante tendrán tan sólo eficacia cuando comprenda el poder aquellos actos o la realización de aquellos servicios, pues en otro caso el representante sólo posee facultades de administración impotentes para hacer surgir la servidumbre por destinación. El poder concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar otro acto de riguroso dominio (en nuestro caso la imposición de la servidumbre), se necesita mandato expreso (art. 1.713 del Código civil). Quiere decir que si el pro-

(88) Véase GARCÍA VALDECASAS, *La esencia del mandato*, en *Revista de Derecho privado*, XXVIII (1944), 769, y la bibliografía allí citada; NÚÑEZ LAGOS, *Mandato sin poder*, en *Revista de Derecho privado*, XXX (1946), 609; MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *La revocación del mandato y del poder*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV (1948), 551.

(89) Véase las Sentencias de 18 mayo 1933, 22 mayo 1942 y 27 enero 1945.

pietario tuviese intención de establecer algún servicio o imponer alguna servidumbre, tendría que referirse concretamente a la misma y así ordenarlo al representante, lo que implicaría una constitución expresa y rebasaría los límites del supuesto del artículo 541, donde la eficacia se apoya en el consentimiento tácito. Es más: debido a la transitoriedad de la representación para los actos de adquisición, enajenación o transferencia por el representante, es difícil que se produzca el supuesto de la destinación, dada su nota de permanencia.

No obstante, veamos si puede aparecer la destinación en el mandato *proprio nomine* para administrar, pues una de las características principales es su relativa permanencia, su tracto continuo; además, el mandatario administrador es propietario en cierto modo, actúa en propio nombre. «Al exterior—dice Núñez Lagos (90)— tiene todas las facultades inherentes al dominio. Ningún tercero que de buena fe contrate con él podrá tener ni alegar falta de facultades, porque es verdadero propietario». Pero si, por una parte, los terceros pueden invocar la eficacia de los actos que el mandatario había realizado sobre fondos del mandante, por otra, el propietario o mandante puede asimismo alegar la falta de titularidad del mandatario por ser ésta de simple administración, de posesión v, además, posesión de mala fe, puesto que legalmente no tiene aptitud para lograr el dominio ni la imposición de derechos reales sobre cosa ajena. De aquí que, en la relación interna de gestión, los actos ejecutados por el mandatario frente al mandante sean ineficaces. No obstante, la situación de hecho creada por el mandatario administrador tiene una relativa importancia y alcance jurídico frente a terceros por la apariencia que engendran. Si, concluido el mandato, el propietario mandante no hace desaparecer los signos o no declara su voluntad en contrario respecto de ellos, en el momento de la enajenación, en realidad confirma la situación anterior, y como la confirmación equivale al mandato y tiene efectos retroactivos, según el artículo 1.313 del Código civil, la destinación podrá operar sus efectos. En este caso podemos decir que existe la confirmación tácita que señala el artículo 1.311 al decir «se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviera derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de reconocerlo». No de otro modo tienen eficacia para administrar los actos del mandatario a propio nombre.

Por lo que se refiere a la representación marital, veamos qué eficacia tienen los actos del marido en la propiedad de la esposa respecto de los actos de destinación por él ejecutados.

La confusión de propiedades entre los bienes del marido y los de la mujer puede llevar en algunos casos a invocar el estableci-

(90) NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, pág. 614.

miento de un derecho de servidumbre al disolverse la sociedad conyugal. No obstante, en lo que se refiere a la dote inestimada y a los bienes parafernales, como la mujer conserva el dominio de los mismos, el problema no se presenta, pues falta uno de los requisitos fundamentales: que los fundos pertenezcan a un mismo propietario (el marido es simple administrador). Es más, el alcance de los actos del marido viene sujeto a responsabilidad cuando el deterioro en los bienes de la mujer sea por su culpa o negligencia (arts. 1.360, 1.382 y 1.425).

Los fundos del marido que debían servidumbre a los de su esposa y los servicios y estados de hecho creados por el marido en la propiedad de la misma a favor de uno suyo, están sujetos a revisión y a la restitución del estado anterior de los fundos, es decir, al de antes de su unión matrimonial. Concretamente, en la Resolución de 18 de febrero de 1893 se dice que el marido no podrá celebrar, sin poder bastante de su mujer, un contrato para establecer una servidumbre en bienes de aquélla. Para los efectos de la destinación es interesante la resolución, ya que los actos del marido en la propiedad de su esposa no tienen eficacia si ésta no presta su consentimiento. Y aquí nos volvemos a encontrar con que este consentimiento de la mujer ha de ser tácito, mejor dicho, ha de deducirse de la ratificación tácita (91) que efectúe, sin la cual la destinación no operará sus efectos. Es necesaria la prueba de esta ratificación para que surja y pueda alegarse la servidumbre pretendida, pues no de otro modo se cumpliría el requisito fundamental del artículo 541 de que las fincas hayan pertenecido al mismo propietario y él haya impuesto o reconocido aquellos signos aparentes de servidumbre. Al no probarse dicho consentimiento tácito, la mujer o sus herederos no pueden alegar la existencia de las servidumbres anteriores (puesto que el fenómeno de la confusión del artículo 546, núm. 1 no pudo operarse) o negar las producidas por destinación en contra suya por falta de hechos que concluyan su consentimiento tácito (hacer desaparecer los signos, declaración expresa o tácita en contrario, etc.)

Los padres (igualmente los tutores), como representantes y administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, carecen de poder bastante para entablar relaciones y establecer servicios por destinación entre las fincas de aquéllos y en favor de las suyas. El artículo 164 del Código civil restringe sus facultades de disposición imponiéndoles las siguientes limitaciones: la de que «el padre, o la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez

(91) Según la Sentencia de 14 diciembre 1940, no puede confundirse la «ratificación» prevista en el artículo 1.239 y en el 1.727 con la «confirmación» de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1.309 y 1.313.

del domicilio, o con la audiencia del Ministerio Fiscal, salvas las disposiciones que en cuanto a los efectos de la transmisión establece la Ley Hipotecaria» (92).

Los actos del apoderado o representante del ausente carecen asimismo de eficacia para establecer la servidumbre por destinación, dada la temporalidad y la falta de poder dispositivo sobre los bienes. Pero pueden crear servidumbres mediante destinación aquellas personas que entran en la posesión definitiva de los bienes del causante. Si el ausente apareciera, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren (art. 197). Es decir, la destinación habrá operado sus efectos y será válida.

Al ser requisito fundamental del artículo 541 el que sea un propietario quien establezca el signo aparente de servidumbre excluye a los simples poseedores, tales como el usufructuario, el arrendatario y el mero detentador o el que posea con título vicioso.

La eficacia de los actos de un usufructuario es la misma que la de los demás poseedores de título temporal del inmueble. Carece, pues, de aptitud para engendrar las destinación, dado que la verdadera naturaleza del usufructo supone la obligación de conservar la forma y la sustancia de la cosa entregada en usufructo (arts. 467 y 595). Falta, además de la potestad de dominio, la intención de perpetuidad al resolverse el usufructo con la muerte del usufructuario (art. 513, núm. 1).

En cuanto al arrendatario, como tan sólo posee el goce o uso de la cosa por tiempo determinado (art. 1.543), no tiene potestad de dominio sobre la cosa y su relación en ese sentido es meramente personal. Por lo tanto, para los efectos de la destinación sus actos carecen de eficacia, máxime cuando al arrendatario se le impone la obligación de devolver la finca tal como la recibió al concluir el arriendo (art. 1.561).

Por último, carecen de eficacia los actos realizados por quien detenta precariamente los inmuebles por el principio de que: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. De tal modo, los actos de un mero poseedor no tienen eficacia para realizar la destinación, ni tan siquiera los de un poseedor de buena fe (93). Por la misma razón, tienen menos eficacia los actos de un poseedor de mala fe. En cuanto al poseedor de buena fe lo único que puede suceder es que, en virtud de un título traslativo de propiedad e ignorando los vicios, adquiera mediante la prescripción aquel derecho. Una vez que lo haya adquirido, sus actos tienen validez para la destinación. Pero mientras el plazo de la prescripción no se cumpla, todos los actos que realice carecen de eficacia.

(92) Artículos 28, 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria.

(93) Según el parecer de DE PAGE, *op. cit.*, pág. 524, n. 9, el poseedor de buena o mala fe puede establecer una servidumbre por destinación, pero es revocable si el propietario reivindica sus inmuebles, en tiempo útil.

IV. *Falta de declaración contraria a la existencia de los servicios en el título de enajenación y la no desaparición del signo.*

La falta de una declaración contraria a la existencia de los servicios en el título de enajenación, o bien, la no desaparición de los signos suponen el establecimiento de una servidumbre por la voluntad conforme de las partes. Si, por el contrario, existe una declaración expresa de que la servidumbre debe considerarse establecida o bien se hacen desaparecer los signos antes de realizarse la separación, no puede presumirse tal voluntad de constitución, sino todo lo contrario: su inexistencia. Estos requisitos recogidos en el artículo 541 suponen el reconocimiento a la facultad inviolable (la libertad jurídica) que el ordenamiento sanciona a favor de todo propietario. «El rigor de los principios—dice Comas (94)—no envolvía en el fondo ningún conflicto jurídico, respetando, como quedaba respetada para el derecho, la voluntad de los interesados para establecer o no servidumbre respecto al uso a que correspondiese el referido signo aparente cuando por cualquier causa se realizase la separación del dominio en cada uno de los predios. Pero la necesidad de no fiarlo todo a la libre estipulación cuando por la existencia del signo aparente pudiese fundadamente creerse en la existencia de servidumbre, llevó al legislador a templar el rigor de los principios buscando una fórmula que, sin menoscabo de la libre voluntad, sirviese para respetar, no obstante dicha separación dominical, la mencionada condición natural en que se hallasen los predios.»

El legislador, mediante esta válvula de escape, dota al supuesto de un juego y de una movilidad extraordinaria, al mismo tiempo que fija y determina el valor afirmativo de una declaración de voluntad tácita entre las partes, al excluir ellas mismas la posibilidad de declarar lo contrario en el momento de la enajenación o hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura, ya que ésta equivale a la tradición (simbólicamente). «La manifestación de la no existencia de la servidumbre—dice Mucius Scaevola (95)—ha de hacerse en el título de enajenación de cualquiera de las fincas, como dice el artículo, esto es, sea la que haya de convertirse en dominante o sirviente, único sentido en el que pueden aceptarse tales palabras; pero en la que se enajene primeramente. Desde este momento se crea un estado de derecho que no hay más remedio que respetar, sin que pueda ser alterado con posterioridad, a no mediar el consentimiento de los interesados.» Además, «la declaración ha de ser explícita; no debe dejar dudas acerca de la no existencia de la servidumbre. Es decir, deberá expresarse esto específicamente, no bastando la declaración genérica de que se transmite la finca sin carga alguna o sin ninguna clase de servidumbres, tanto porque esta declaración cabría a las servidumbres que pudieran existir entre la totalidad de la

(94) COMAS, *op. cit.*, pág. 510.

(95) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 286.

fincas, entre la unidad jurídica determinada por el dominio consolidado y otras fincas ajenas a él, como porque el artículo exige implícitamente una declaración particular respecto del signo existente».

El Tribunal Supremo confirma este mismo criterio en repetidas sentencias. Así, sobre todo, la sentencia de 10 de julio de 1880, que expresa: «Considerando que la sentencia recurrida no infringe la ley del contrato citado como primer fundamento del recurso, porque si bien en la escritura de compra de la casa expresó que la finca no tenía gravámenes de censo, hipoteca ni otro alguno, en el hecho de admitirles el comprador en el estado creado en virtud del convenio de 1850 que había establecido la manera de las de ambas fincas, lo aceptó como esencial al contrato, entendiéndose hecha la compra en dicha forma que estaba a la vista de los contratantes». La sentencia de 10 de enero de 1883, por su parte, dice que «por la misma razón no infringe el principio inconcuso de derecho de que la limitación del dominio no se presume, siendo necesario que conste expresamente, y la jurisprudencia confirmatoria de este principio, puesto que la existencia de la servidumbre objeto de la cuestión no se funda en fórmulas generales usadas en los contratos de enajenación, sino que se concreta y determina por virtud de lo convenido en la división». La sentencia de 6 de febrero de 1904, en uno de sus considerandos, también manifiesta que la frase «es libre de todo gravamen» no implica la existencia de servidumbres, debido a la vaguedad de esas expresiones susceptibles de interpretaciones diversas. Y, más adelante, dice que «según la doctrina expuesta y el precepto contenido en el artículo 541 del Código civil invocado en la sentencia recurrida, para que el título de servidumbre fundado en signo aparente de tal no continúe subsistiendo después de la enajenación o división, es indispensable que se exprese lo contrario, o que se haga desaparecer el signo, y en el caso actual, ni dejó de utilizarse el camino para todos los adjudicatarios..., ni se pactó lo contrario por modo claro y terminante». La sentencia de 24 de mayo de 1933 muestra cómo no se aplica el supuesto de destinación cuando existe pacto, «porque el artículo 541 del Código civil —dice—, invocado por el recurrente, sólo establece una presunción por razón de los signos, señalando el mismo artículo la excepción de que al separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario; y como en la escritura de 1880 se determina con toda precisión el modo en que habrían de quedar las ventas y patio, es a lo pactado a lo que hay que atenerse, sin que con ello se infrinja en nada el artículo citado».

Así, pues, la jurisprudencia aclara especialmente, para el caso de constitución de servidumbre por destinación, la carencia de eficacia que poseen las cláusulas de estilo añadidas en los documentos de enajenación y formuladas en términos generales, tales como «libre de todo gravamen», «libre de todas las cargas y ser-

vidumbres», etc. (96). Ante la prueba fehaciente del signo aparente es necesario que la servidumbre venga suprimida específicamente mediante una determinación y referencia concreta a la misma, pues de lo contrario, el artículo 541 operará sus efectos. La sentencia de 3 de marzo de 1942 interpreta que «aun siendo indudable que los principios generales del derecho y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a la imposición de gravámenes, no lo es menos que este clásico principio de interpretación favorable al derecho de propiedad sólo puede prevalecer, como hubo de apuntar la sentencia de 21 de noviembre de 1881, en los casos dudosos».

En cuanto a la desaparición del signo antes del otorgamiento de la escritura, comprende todo acto por virtud del cual deje de ser signo visible sin que se requiera su destrucción. Para Mucius Scaevola (97) «desaparecer vale tanto como ocultarse, no verse; así, bastará que no sea visible objetivamente, ni subjetivamente el signo, según hemos expuesto al hablar de la apariencia. Si se tapien o cierran unos huecos, si se construye por encima de ellos, o sobre un acueducto, cañería o camino, entendemos que tal signo desaparece, porque en efecto, se oculta realmente, no está a la vista, en una palabra no es aparente». Según Manresa (98) la desaparición puede tener efecto en cualquier tiempo, siempre que sea antes del acto jurídico que motive la separación. Mucius Scaevola (pág. 285), todavía precisa más. Dice que «el momento que pudiéramos decir estimativo de la separación del signo, es el del otorgamiento de la escritura de la finca que primeramente se enajena. Así, aun cuando haya habido compromiso de enajenación, y en la finca de este compromiso existiere el signo, no nacerá a servidumbre si el signo desaparece con antelación al otorgamiento de la escritura, traslativa del dominio».

En aquellos casos que no medie escritura, ¿cuándo se entiende establecida la servidumbre por destinación? ¿Desde el acuerdo de realizar o concluir el negocio o en el momento de la tradición? Existe un intervalo en el que se puede rectificar, negar o afirmar la servidumbre. Según la dogmática de nuestra doctrina es necesario para la constitución de toda servidumbre el título y el modo (99). Si existe título suficiente para su adquisición, una vez

(96) El Tribunal Supremo ha manifestado en la Sentencia de 22 de diciembre de 1870 que «la cláusula general consignada en un contrato de compraventa de venderse la cosa con las entradas, salidas, usos, costumbres y servidumbres no es suficiente para probar la existencia de una servidumbre particular que no se menciona expresamente».

(97) MUCIUS SCAEVOLA. *op. cit.*, pág. 285.

(98) MANRESA, *op. cit.*, pág. 386.

(99) Para que se origine el derecho real, nuestro Código civil (arts. 609, 1.095 y 1.473) exige, además del título o negocio jurídico que lo prepara, que medie la tradición. Véase Sentencias de 26 febrero 1942, 5 junio 1945 y 15 abril 1947.

que medie la tradición, desde ese momento, cabe hablar de existencia actual de la servidumbre. La adquisición de la posesión basta para la adquisición del derecho.

CAPITULO II

LA NATURALEZA Y EL REGIMEN JURIDICO DE LA DESTINACION DEL PROPIETARIO

14. Terminología de la institución.

Antes de entrar en cuestión, y como problema previo, queremos precisar el título de este modo constitutivo, dada la variedad con que se le ha venido denominando.

Por su origen francés, es comúnmente conocida por «*destination du père de famille*». Al ser aceptada por las diversas legislaciones positivas extranjeras, se tradujo literalmente. Así, el Código civil italiano la nombra como «*destinazione del padre di famiglia*» (100) y la doctrina portuguesa como «*destinação do pai de família*» (101). Nuestro Código civil, en el artículo 541, soslayó la cuestión del nombre y tan sólo apreció los elementos objetivos por los que venía impuesto, especialmente por la existencia del signo aparente de servidumbre. Nuestros autores o hablan del «establecimiento por signo aparente» o traducen tal modo constitutivo como «destino del padre de familia» (102). En general, la doctrina civilista adopta una determinación que, en parte, obedece y está de acuerdo con la naturaleza específica que le asignan. De tal suerte se le denomina «constitución tácita de las servidumbres» (103), «adquisición por presunción legal o signo aparente» (104), «constitución automática de la servidumbre» (105) y «servidumbre de propietario» (106).

Sin apartarnos de la línea de conducta general marcada por la institución desde sus orígenes, y con un criterio amplio, creemos conveniente emplear la terminología de «destinación del propieta-

(100) Véase los artículos 629, 632 y 633 del Código civil de 1865, y artículo 1.062 del vigente.

(101) La expresión es doctrinal, pues no se encuentra en el Código civil, aunque venga regulada la institución en el artículo 2.274.

(102) COMAS, *op. cit.*, pág. 508; DE BUEN, *op. cit.*, pág. 640; BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 411, y PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 394.

(103) MANRESA, *op. cit.*, pág. 584; DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 530; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, pág. 46.

(104) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 466; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 649; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 269; LEZÓN, *op. cit.*, pág. 225; CASTÁN, *op. cit.*, página 503.

(105) BORRELL, *op. cit.*, pág. 96.

(106) Denominada «*Eigentümerdienstbarkeit*» por la doctrina alemana y suiza.

rio) (107) o «constitución tácita de las servidumbres» (108) por ser el propietario, fundamentalmente, quien de un modo real, aunque tácitamente, le da vida y eficacia.

Desaparecidas las incapacidades del Derecho romano que restringían la personalidad en virtud de los vínculos familiares, la institución amplió sus fronteras, desde que el padre de familia no era el único que poseía el poder omnímodo del obrar jurídico y desde que el hombre, por el hecho de ser tal, tiene el pleno dominio sobre las cosas y la personalidad suficiente para contraer relaciones jurídicas. Actualmente, el propietario en virtud de su titularidad jurídica, reúne las condiciones para llevar a cabo ciertas transformaciones en el Derecho (esto es, crear, disfrutar, modificar, gravar y extinguir los derechos) (109). Es el propietario, en suma, de quien ha de depender la vida completa de la relación de destinación, pues, sin él, carecerá de toda vigencia y valor.

Frente a las concepciones objetivistas que quieren fundamentar la destinación tan sólo en los signos aparentes y en la fuerza de la ley, llamamos la atención insistentemente sobre el papel esencial del propietario, no sólo en el acto de destino o afectación que ejecuta, sino también en el juego de su voluntad (ya por afirmación, negación a través del tácito reconocimiento) determinante, hasta el último momento, de su nacimiento y consolidación. Sin ir más lejos, la palabra «destinación» revela la intención de establecer

(107) Nuestra terminología coincide con la de GIANTURCO, *Istituzioni di Diritto civile italiano* (Firenze, 1908), 133; FAUGERE, *op. cit.*, pág. 12; BASSANELLI, *Im tema di costituzione della servitù per destinazione del proprietario*, en *Foro italiano*, I (1940), 411; BIONDI, *Corso di Diritto romano* (Milano, 1942), 250, y en *Istituzioni di Diritto romano* (Milano, 1946), 218; BARASSI, *I diritti reali limitati* (Milano, 1947), 261; FERRARA, *Diritto privato attuale*² (Torino, 1948), 475, observa cómo el título del padre de familia no viene del derecho familiar, sino que se trata de la destinación del propietario. Creemos con MESSINEO, *Le servitù* (Milano, 1949), 134, que la expresión «padre de familia» es el eco de la tradicional designación romanista que sirve para indicar el propietario; también TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*⁵ (Padova, 1950), 415, n. 1. En cuanto a la palabra «destinación», aunque es un galicismo, está admitida por el Diccionario de la Real Academia (Madrid, 1939). Ella expresa, concretamente, la acción y contenido complejo de la institución, su procedencia extranjera y es la palabra más específica y exacta para referirla.

(108) Así, FEIGER, *Beitrag zur Lehre der stillschweigenden Servitutsbestellung* (Casel, 1887), cit. por WINDSCHEID, *op. cit.*, pág. 293, n. 13, y GROSSO, *Im tema de costituzione tacita di servitù*, en *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, XLII (1934), 326.

(109) Creemos u cesaría una transformación de aquellas tendencias del Derecho civil que no dan injerencia a las personas en el proceso de creación del Derecho. Actualmente, las personas, para obrar conforme al Derecho, tienen que «ponerse en situaciones jurídicas» que el ordenamiento vigente reconoce. Gravita demasiado el fenómeno de injerencia del poder público (estatismo) en la esfera de las «relaciones privadas», con olvido de las iniciativas dentro de las relaciones jurídicas originadoras de derechos. Cfr. nuestras recensiones a las obras de RIPERT, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, en *Anuario de Derecho civil*, II-3.º (1949), 1130, y de ISELE, *Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch*, en *Anuario de Derecho civil*, III-1.º (1950).

y dedicar de un modo permanente ciertos servicios inmobiliarios sobre un fundo en relación con otro (110).

Decimos destinación del propietario porque es el propietario quien con su poder imprime carácter a la relación que obrará ulteriores efectos. Decimos, también, destinación del propietario porque fuera de él, de su titularidad de dominio o propiedad, los demás titulares, según vimos, son impotentes para hacer surgir una vinculación con alcance real y perenne. Es, pues, el propietario el causante de la relación de servicio impuesta entre los fundos a través de la cual se exteriorizan sus actos, que adquieren formas y signos de apariencia en la realidad de las cosas y de donde toma la destinación el alcance jurídico en las relaciones con terceros.

15. *Doctrina del consentimiento tácito y de la presunción de voluntad del testador.*

Desde que Bartolo imprime a la destinación la categoría de modo constitutivo de servidumbres, en virtud del tácito consentimiento o de la presunción de voluntad del testador al efectuarse la enajenación, venta o división hereditaria, la doctrina de las épocas posteriores, en su mayor parte, le ha confirmado el mismo carácter.

Los autores de la doctrina francesa son los que especialmente han perpetuado y atribuido tal naturaleza jurídica en el Derecho civil moderno, y a quienes, posteriormente, han seguido los demás autores de las otras legislaciones, especialmente las de signo latino (italiana, portuguesa, española e hispanoamericanas). Al estudiar la destinación en el Derecho francés, hemos visto la naturaleza jurídica que los autores le atribúan (111). Entre los nombres de los que se adscriben a esta posición, veíamos los de Demolombe, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Faugère, Colin y Capitant, Planiol y Ripert, Aubry y Rau y Hemard. Faugère es de los que más ampliamente explica en qué consiste el acuerdo constitutivo, donde tiene su existencia la destinación (112). Acerca del mecanismo de su formación nos dice que la servidumbre constituida por destinación del padre de familia tiene un origen convencional; que el acto constitutivo es un contrato tácito y accesorio. Sostiene que el vehículo de su formación es el contrato. «Si por voluntad del dueño común—aclara—el estado de cosas subsiste precisamente en el momento de la separación de los fundos, no hay ninguna buena razón para negar y no ver en la voluntad creadora de la dependencia de los lugares y causa de su mantenimiento una oferta hecha a los sucesores eventuales para conservar aquel estado de cosas; esta situación de dependencia, que siempre produce los mismos efectos, en lo que concierne a la ex-

(110). El artículo 334, núms. 5, 7 y 9, del Código civil emplea en el mismo sentido la palabra «destinación»:

(111) Cfr. mi estudio en *Información Jurídica*, ya citado, pág. 888.

(112) FAUGÈRE, *op. cit.*, págs. 60 y sigs.

plotación de las heredades, toma caracteres jurídicos diferentes por suerte de su separación. La comunidad de origen y el poner los lugares en aquel estado traduce la oferta posible; el mantenimiento de la dependencia demuestra que la oferta no ha sido retirada; la continuidad, la apariencia del servicio son otros tantos medios que revelan su existencia; el silencio de los sucesores y la neutralidad benévola del acto de separación son otros tantos indicios de que ha sido aceptada. No se puede deducir de su forma alguna objeción; sin duda esta oferta y su aceptación son tácitas, pero hay otros casos donde un simple hecho puede valer como oferta de contrato o la conclusión del acuerdo». «Concluyo de este rápido examen—dice Faugère (pág. 63)—que no hay nada en contra en el mecanismo de la oferta y de la aceptación según la idea que nos construimos para el mecanismo de este contrato». Por lo que se refiere al objeto del contrato, dice (pág. 64), que se confunde con el objeto de las obligaciones que lo hacen nacer. «En nuestra hipótesis—expone—el acuerdo tácito tiene lugar al existir la obligación de respetar la relación establecida por el dueño común». «Se ve—concluye (pág. 65)—cómo y por qué nuestro contrato surge de las obligaciones en que el objeto no tiene nada extraño y contrario al derecho común. Esta opinión se fortifica cuando se considera que este objeto puede ser determinado, posible y lícito.»

Entre los autores de la doctrina italiana que fundamentan la destinación sobre la base voluntarista tenemos a Riccobono y Pacifici-Mazzoni. Este último requiere que la servidumbre ha de ser continua y aparente para que se entienda establecida por la tácita voluntad del disponente o por tácito consentimiento del adquirente y enajenante. En el mismo sentido se expresan Simoncelli, Ricci, De la Ville, Ruggiero, Dusi, Trabucchi, Scuto (113) y Candian (114). El pacto tácito lo admiten, igualmente, casi todos los romanistas como Bonfante, Ferrini, Perozzi, Pacchioni, Di Marzo y Arangio Ruiz (115).

La doctrina del consentimiento tácito es la tesis clásica y tradicional y la que en España han seguido la mayoría de nuestros autores. Así, para Manresa (116), «el precepto legal (art. 541), descansa en la voluntad presunta del dueño». «Hay a nuestro entender—dice Mucius Scaevola (117)—no sólo presunción de voluntad en el enajenante, o sea del dueño de las fincas que estuvieren confundidas, sino convención, siquiera sea tácita, entre el vendedor y el adquirente de la finca vendida. Puesto que pudiendo estipular la no existencia de la servidumbre, nada dicen o nada

(113) SCUTO, *Sulla costituzione per fatto dell'uomo di servitù prediali aventi correlazione con le cose dette servitù legali*, en *Rivista di Diritto privato*, II (1932), 35.

(114) CANDIAN, *Nozioni istituzionali di Diritto privato* ² (Milano, 1949), 398.

(115) Cfr. nuestro estudio en *Anuario de Historia del Derecho*, ya citado.

(116) MANRESA, *op. cit.*, pág. 538.

(117) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 277.

hacen, fuerza es presumir que el segundo (el comprador) acepta el estado jurídico creado por el primero (vendedor).» Lezón (118) nos habla de «esa voluntad presunta del indicado dueño común», y García Goyena (119) dice que se presume un convenio tácito de dejar las cosas como estaban. Así lo creen, igualmente, Sánchez Román (120), Navarro Amandi (121), Valverde (122), De Buen (123) y Casals Colldecarrera (124). También para Bonet Ramón (125) se trata de un modo tácito de constitución de la servidumbre que se deriva de la voluntad presunta del originario propietario de los fundos.

Dentro de esta orientación, que podemos llamar clásica, existen doctrinas en las que se da mayor alcance al acto de destinación; concretamente, otras que, por el contrario, se fijan más en el acuerdo tácito de voluntades que en el momento de la enajenación se produce y, otras, aun más radicales, que consideran a la ley como instauradora de la institución.

16. *Doctrina de la inherencia real.*

Sala Contarini (126) ha creído poder demostrar que el verdadero fundamento de la destinación no se debe rebuscar en la voluntad de las partes tácitamente expresada, sino en la destinación en sí, en el concepto de la inherencia real, que es un atributo necesario, no sólo de una servidumbre jurídicamente constituida, sino de cualquier estado de servicio existente entre dos fundos. La servidumbre, dice Sala Contarini, es una accesión del fundo, por eso, si se transmite, es por necesidad jurídica, con el fundo; una razón de diferencia entre ésta y aquél es el estado dispuesto por el propietario, en fuerza del cual un fundo se sujeta a otro. La inherencia real es en un caso y en el otro idéntica, porque

(118) LEZÓN, *op. cit.*, pág. 228.

(119) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 466.

(120) SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 650.

(121) NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 288.

(122) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, II (Valladolid, 1925), 372.

(123) DE BUEN, *op. cit.*, pág. 641, dice lo siguiente: «En cuanto al tercer y último requisito señalado [respecto de que no se diga nada en contra de la continuación de la servidumbre en el título de enajenación, ni se haga desaparecer el signo antes de otorgarse la escritura] no creemos necesario indicar más, sino que es una consecuencia del sentido dominante del artículo. En él, en efecto, domina la idea de que el propietario ha consentido, al enajenarse la finca, en que se transforme en servidumbre lo que antes era un uso autorizado por el derecho de propiedad; es decir, que si la servidumbre se constituye es por una presunción de título, razón por la cual muchos autores españoles estudian este modo de adquirir dentro de la adquisición por título; y tal presunción queda desvanecida en el momento en que hay una declaración expresa, contraria a ella.»

(124) CASALS COLLEDECARRERA, *op. cit.*, pág. 12.

(125) BONET RAMÓN, *op. cit.*, pág. 411.

(126) SALA CONTARINI, cit. por RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXI (1896), 380.

idéntico es el estado de servicio. La existencia de servidumbre será consecuentemente negada, durante la reunión de los dos fundos en la mano del único propietario, sobre todo por una sutileza jurídica, que queda después eliminada cuando los dos fundos vuelven a separarse.

Tal concepción no es exacta. Como muy bien comenta Riccobono (127), la inherencia real es un efecto de la servidumbre *jure constituta*, que corresponde a su fin (*praedio utilis*). Es más, según nuestro parecer, supondría un riguroso determinismo que en la mayor parte de los casos carecería de valor y de sentido. La voluntad del propietario vendría predeterminada por un estado de hecho, puesto que Sala Contarini (128) no se refiere a la destinación como acto jurídico voluntario, sino a un atributo necesario, a la inherencia real.

17. *Doctrina del signo aparente.*

A la tesis de Sala Contarini se adhieren, en cierto modo, aquellos autores que tan sólo requieren el requisito de la apariencia para que se constituya la servidumbre por destinación. Así opinan Chironi (129), Fiore (130) y Iannuzzi (131). Esta doctrina parece admitirla, entre nosotros Castán (132) al enunciar este modo constitutivo de las servidumbres como de adquisición por presunción legal o signo aparente, aunque se incline preferentemente por un modo legal de constitución, según más adelante veremos.

El signo aparente como único elemento determinativo de la servidumbre que va a surgir, nada nos dice si no resulta de un acto de destinación.

Algunas veces puede depender de un estado de cosas establecido por una comodidad momentánea, por una necesidad meramente personal y muchas otras obedecerá al puro azar. La mera apariencia sin el acto de destinación que la determine tiene, tan sólo, un carácter precario. De aquí que esta doctrina resulte incompleta e insuficiente.

18. *Doctrina de la destinación como acto unilateral.*

Un sector de la doctrina suele resaltar, tan sólo, el acto unilateral de la destinación como el acto constitutivo de la servidum-

(127) RICCOBONO, *op. cit.*, pág. 380.

(128) Cfr. RICCOBONO, *op. cit.*, pág. 382.

(129) CHIRONI, *Studi e questioni*, II, 85, cit. por DUSI, *Istituzioni di Diritto civile*, I (Torino, 1930), 388, n. 5.

(130) FIORE, en *Atti dell'Accade. di Napoli*, XXXVI (1905), cit. por DUSI, *op. cit.*, 388, n. 5.

(131) IANNUZZI, *Della destinazione del padre di famiglia nelle servitù discontinue apparenti sotto l'impero del Cod. civ. fr. e nap.* (Filangieri, 1881), 489, cit. por RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., I (Madrid, 1929), 717, n. 1.

(132) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503. Véase también BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español*, II (Valladolid, 1898), 348.

bre. Este punto de vista lo sostienen, principalmente, Simoncelli (133), Bassanelli (134) y Giordano (135). Para estos autores el acto de destinación ejecutado por el propietario supone una manifestación de la voluntad capaz de crear una servidumbre que permanezca latente mientras los fundos pertenecen al mismo dueño. Es, pues, la destinación un acto con eficacia jurídica en sí.

Barassi (136) cree que una tal concepción no es exacta, puesto que el acto de destinación es impotente por sí mismo en cuanto se limita a ser un acto de gestión interna (*nemini res sua servit*). A nuestro juicio, la destinación tiene una gran trascendencia. La destinación ejecutada por el propietario es un acto con eficacia jurídica en cuanto es un presupuesto, un elemento del acto complejo de destinación del propietario que se complementa con los demás requisitos que dan nacimiento a la servidumbre. Ahora bien, independizar el acto de la destinación y otorgarle autonomía, supone introducir la indeterminación y la anarquía en el régimen de atribuciones y poderes a una persona, supone desconocer la voluntad de una de las partes en el negocio de constitución y someterla a su único capricho. De aquí que sea insuficiente esta doctrina al considerar tan sólo eficaz el acto de destinación para la constitución de la servidumbre. Es necesario, además del acto o actos impositivos de una relación de hecho entre los fundos, un acto de silencio (reconocitivo del servicio existente) en el momento de la enajenación.

19. Doctrina de la constitución legal o automática de la servidumbre.

Actualmente, en la dogmática del Derecho moderno, la ley, como expresión de voluntad, constituye la norma más perfecta e ineludible para la coexistencia social. La ley supone un medio de expresión del poder y a ella se recurre para dar vigencia a aquellas situaciones y relaciones que se creen dignas de protección. Mediante su fuerza, el legislador consigue la determinación de ciertas posiciones inestables y la aportación de soluciones a una concreta colisión de intereses. De aquí la preponderancia y soberanía de la ley como definidora y protectora de los derechos de la comunidad frente a los egoístas individuales. Es tan amplio el dogma de la ley que hoy absorbe casi todas las instituciones. Respecto de la destinación, es también la ley, para un sector de la doctrina, quien la crea. Así, Barassi (137) dice que «en realidad es un modo

(133) SIMONCELLI, *op. cit.*, págs. 96 y 120.

(134) BASSANELLI, *In tema di costituzione della servitù per destinazione del proprietario*, en *Foro italiano* (1941), 411.

(135) GIORDANO, *Del fundamento giuridico della servitù per destinazione del padre di famiglia e del momento della sua costituzione*, en *Foro italiano* (1941), 710.

(136) BARASSI, *op. cit.*, pág. 264.

(137) BARASSI, *op. cit.*, pág. 257. Según DE PAGE, *op. cit.*, pág. 521, la destinación constituye un modo propio y original de crear una servidumbre.

de adquisición por ley, y, lógicamente, mejor debía tratarse entre las servidumbres legales y aquellas constituídas mediante título, como si fuese un *tertium genus*. Y más adelante establece que «en conclusión, el surgir de una servidumbre es aquí obra de la ley, la cual establece la transformación de la relación de hecho entre los dos fundos, en relación de derecho independientemente del hacer y no de un real consentimiento de los propietarios». «En realidad—concluye—es la misma ley quien por cuenta de suya obra esta transformación, por ella surge la servidumbre». Para Barassi, sin embargo, la voluntad de la ley tiene aquí, no un valor categórico, sino puramente dispositivo, es decir, puede decaer cuando el anterior propietario había expresado claramente la voluntad (por ejemplo, en testamento) de que la relación de utilidad no se perpetúe como relación de servidumbre. Por otro lado, como la servidumbre nace por voluntad de la ley, no requiere la inscripción, puesto que basta la apariencia para hacerla conocer. Idéntica tesis mantienen Coviello (138), Butera (139), Cunha Gonçalves (140), Cicu (141), Bassanelli (142), Branca (143), Biondi (144) y Grosso (145). Ultimamente, Messineo (146) mantiene también que la destinación produce sus efectos *ope legis* y a título originario, si bien el propietario del fundo dominante se reserva el derecho de renunciar, puesto que no se trata de materia de orden público. Cree, además (pág. 139), que la ley atribuye un significado afirmativo específico, o sea, de no querer alterar la anterior situación. Niega, por el contrario, que la destinación se base en la presunta voluntad del propietario de los dos fundos, puesto que, en general, debe decirse que tal presunta voluntad puede ser el motivo de una especial norma legal, pero que si la ley establece un determinado efecto jurídico, a ésta, y no a la voluntad presunta del sujeto debe darse la razón de tal efecto. Según Messineo (pág. 141) no se puede hablar de consentimiento tácito, tanto por la decisiva razón de que la destinación no es un negocio jurídico, sino lo que se llama un «acto efectivo», o mejor, una «operación jurídica», porque la destinación es una modificación que determina una situación preexistente.

(138) COVIELLO, *Le servitù prediali*, pág. 309, cit. por BARASSI, pág. 263.

(139) La Sentencia de 17 de junio de 1931 del Tribunal Supremo italiano, de la cual fué ponente BUTERA. Cfr. SCUTO, *op. cit.*, pág. 35.

(140) CUNHA GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 658.

(141) CICU, *Servitù per destinazione del padre di famiglia*, en *Rivista di Diritto civile* (1939), 425.

(142) BASSANELLI, *op. cit.*, pág. 411.

(143) BRANCA, *Delle servitù prediali*, en *Commentario del Codice civile, Libro della proprietà* (Bologna-Roma, 1947), 523.

(144) BIONDI, *Fondamento e carattere della destinazione del padre di famiglia*, en *Foro italiano* (1948), 503.

(145) GROSSO, *Destinazione del padre di famiglia e riduzioni della servitù*, en *Giurisprudenza italiana e la legge* (1948), 400; *In tema de destinazione del padre di famiglia*, en *Giurisprudenza italiana e la legge* (1947), 185.

(146) MESSINEO, *Le servitù* (Milano, 1949), 136.

Las doctrinas legalistas han tenido repercusión en España. CASTÁN (147) ha seguido las huellas de estos autores. En la citada sentencia de 3 de marzo de 1942, al ser magistrado ponente de la misma, ha sostenido que «dada la anterior base de hecho no atacada en forma por el recurso, resulta indudable que la Sala no vulnera ni roza la doctrina del artículo 536 del Código, pues muy lejos de dar su sanción a una nueva servidumbre no autorizada por título alguno, se ha limitado a reconocer una servidumbre de luces y vistas constituida legalmente». BORRELL (148), aunque incluye este modo constitutivo de las servidumbres en una subsección distinta y aparte de las legales, reconoce, en cierto modo, carácter legal a la servidumbre constituida por destinación, al denominar a tal modo constitutivo «constitución automática de las servidumbres». TRIAS DE BES (149), al hablar de los modos constitutivos de las servidumbres por la ley, dice «que este modo de adquirir existe para las servidumbres prediales y para las personales. En las primeras se crea la servidumbre por ministerio de la ley, cuando, existiendo signos de esta especie de derecho real entre dos fincas pertenecientes a un mismo propietario, al enajenarse una de ellas no se destruye aquel signo o no se renuncia expresamente a la servidumbre; en ambas hipótesis, la ley da por constituida la servidumbre expresada o revelada por medio de aquel signo». Igualmente, PUIG PEÑA (150) recoge la destinación como una adquisición de las servidumbres por presunción especial de la ley.

20. Doctrina de la concesión implícita.

Al hacer la reseña de la destinación en el Derecho inglés (151), veíamos cómo surgía por un especial modo de constitución de las servidumbres en el supuesto de que los dos fundos pertenezcan a un mismo propietario y posteriormente se enajene uno de ellos y exista una relación de hecho entre los mismos. Entonces se entiende que la servidumbre se constituye mediante concesión implícita (implied grant). Así lo entienden DÖLLE (152) y BUCKLAND (153), entre otros.

Esta doctrina tiene gran semejanza con aquel principio del Derecho romano, según el cual, los predios en la enajenación se

(147) CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503. FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DE QUIRÓS, como magistrado ponente de la Sentencia de 6 de enero de 1932, sostuvo que en el artículo 541 «el título aparece, por ministerio de la Ley, en presencia del acto de separación por virtud del cual las fincas dejan de estar en el mismo patrimonio...».

(148) BORRELL, *op. cit.*, pág. 198.

(149) TRIAS DE BES, en los comentarios a la obra de SERAFINI, *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp. I (Barcelona, 1927), 438.

(150) PUIG PEÑA, *op. cit.*, pág. 394.

(151) En nuestro estudio de *Información jurídica*, ya citado, pág. 912.

(152) DÖLLE, *Servitudes*, pág. 3. Cfr. ENNECERUS, *op. cit.*, pág. 41.

(153) BUCKLAND, *Roman Law of Common Law* (Cambridge, 1936), 108.

recibían *cum sua causa*, es decir, tal como se encontraban. También nos recuerda ciertas cláusulas de estilo adheridas y sobreentendidas en ciertos contratos típicos. Con esta teoría se logra fijar de una manera cierta las posibles interpretaciones de una voluntad indeterminada, tan sólo revelada por signos aparentes.

21. *Doctrina de la servidumbre en cosa propia o de propietario.*

La doctrina alemana y suiza admiten los derechos reales en cosa propia. Los derechos reales sobre cosa propia no son más que los derechos reales sobre cosa ajena (servidumbre, prenda, hipoteca, etc.), en los que, por una determinada circunstancia (venta, cesión, legado, etc.), el titular del derecho real limitado viene a ser titular del dominio sobre el que recae su derecho limitado. En efecto, el fenómeno de la confusión extintiva lleva, en ciertos casos, a consecuencias injustas, como lo hicieron ya ver los romanos, para el caso de que el acreedor hipotecario se convierta en propietario del fundo gravado. Cuando existían varias hipotecas y el acreedor o titular de una de ellas venía por cualquier circunstancia propietario, se le concedía contra los acreedores posteriores una *exceptio* que desvirtuaba la *actio hypothecaria*, y, por otro lado, un derecho de ofrecer la cantidad reclamada (*ius offerendi*), con el objeto de paralizar el procedimiento ejecutivo o subrogarse en el puesto del acreedor preferente. La doctrina moderna no deja de advertir la misma dificultad.

Para Huber (154) «los derechos reales en la cosa propia se explican como parte del contenido de la propiedad que el propietario ha desprendido de su derecho y ha sustantivado, para satisfacer con esto una cierta necesidad económica. El orden jurídico le permite esta operación, que se explica cumplidamente con el derecho que como propietario le corresponde. Pero esta facultad se reconoce sólo en la medida que lo exigen las necesidades, según hayan sido reconocidas, y la ley decide cuando se da este caso. El pensamiento fundamental es general, limitándose, por el contrario, por la ley la posibilidad de extensiones, ya sea para prevenir errores, ya sea también porque la ley está en el camino que le señala la regla de que lógicamente no puede haber derecho en la cosa propia». Incluso en España, Jerónimo González (155) sostiene que «si un derecho real readquirido por el propietario le concede una ventaja económica de que el predio carece, la ley puede elevar una barrera jurídica que impida la amalgama de ambos derechos en todo lo necesario para evitar

(154) HUBER, *Los derechos reales en el Derecho privado suizo y los preceptos de forma en el Derecho privado suizo*, trad. esp. (Madrid, 1919), 54.

(155) JERÓNIMO GONZÁLEZ, *La hipoteca del propietario*, ahora en *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, II (Madrid, 1948), 117; IGNACIO DE CASSO ROMERO, *La hipoteca del propietario*, 1915, y en *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad* (Madrid, 1946), 587; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV (Madrid, 1948), 66.

el perjuicio de quien obtuvo y goza de doble titularidad. Por este camino se llega a la constitución de derechos reales sobre cosa propia, derogando los principios romanos *nulli res sua servit, pignus suae rei consistere non potest*.

Más dificultad se ha encontrado para el reconocimiento de la servidumbre sobre cosa propia, como se hizo en el Código civil suizo (art. 733). Sin embargo, pareció conveniente tal constitución en algunos casos. Así la concibe Schmidt-Rimpler (156), por ejemplo, para el caso de una sociedad que adquiere en propiedad grandes porciones de terreno, que divide en parcelas y enajena estas sucesivamente para la construcción de casas con jardín o viviendas para obreros. Los adquirentes de cada parcela quedan obligados, en virtud de una cláusula de la escritura, a no edificar más que casas de cierta altura o de determinado número de pisos, a dedicar parte del terreno adquirido a huerta o jardín, etc. «Como medio racional—dice este autor—, para conseguir que dichas limitaciones sean consideradas como verdaderas cargas de carácter real, obligatorias para todo sucesivo adquirente de cada parcela, es necesario partir del supuesto de que éstas, cuando aún pertenecían en plena propiedad de la entidad enajenante, se hallaban ya entonces gravadas con las correspondientes y recíprocas servidumbres, de las que dimanaban las limitaciones en la facultad de disponer arriba enunciadas, que los adquirentes de las parcelas habrán de soportar». «Este resultado—continúa—obliga a admitir de una parte la existencia de una verdadera servidumbre predial a favor de la entidad propietaria de las diversas parcelas, es decir, sintetizando, a favor del dueño de ambas clases de predios dominante y sirviente, y como consecuencia de dichas recíprocas servidumbres, es forzoso reconocer asimismo a estos propietarios de ambas clases de predios, la facultad de adoptar por sí mismos cuantas disposiciones dimanen de las obligaciones y derechos inherentes a las servidumbres existentes entre los predios de su pertenencia». Schmidt-Rimpler, en referencia a los tratadistas que defienden la facultad que abreviadamente cabe denominar de la «automática adopción de disposiciones» (*Selbstbestellung*) como derecho de establecer servidumbres entre distintos terrenos de la misma pertenencia, cree que tal facultad debe reducirse a determinados límites. «Para afirmar de un modo categórico—dice—que el dueño de un predio, que ha venido a ser al propio tiempo titular de una servidumbre, que gravita sobre el mismo inmueble, puede adoptar disposiciones como titular de tal servidumbre, hemos de determinar previamente si el derecho de propiedad puede en algún caso conceder estas atribuciones. A primera vista hemos de reconocer que el derecho de propiedad, por sí mismo no concede en modo alguno la facultad al dueño de establecer sobre la cosa derechos limitados como el de ser-

(156) Véase FALKENSTEIN y HAUSER, *La servidumbre a favor del propietario*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, VI (1930), 14.

vidumbre a favor de sí mismo para anteponerlos en rango al de propiedad, que es el único que realmente posee. Tal atribución carecería, evidentemente, en absoluto de toda base científica y de equidad y, además, del más mínimo valor práctico. Mas si por cualquier motivo un derecho limitado viene a quedar carente de todo titular, nada obsta para que cualquier sujeto de derecho, y aun el mismo dueño de la finca, según hemos visto, pueda adquirir dicho derecho limitado (el de servidumbre, por ejemplo) y ejercer dentro del ámbito del mismo las facultades que le son peculiares. Sólo dos limitaciones deben reconocerse a esta facultad de autónoma adopción de disposiciones por parte del propietario a cuyo favor existe una servidumbre: que el ejercicio de dicha facultad dispositiva no debe resultar, en modo alguno, contrario a la moral y a los fundamentales principios de equidad, y que se halle basado en un interés justificado, el cual habría de permanecer, de reconocerse esta especial intensidad en favor del derecho limitado, irremisiblemente desamparado.»

La doctrina de la servidumbre en cosa propia tiene algún parentesco con aquella otra de los antiguos doctores del Derecho común, según la cual, distinguían entre servidumbre formal y servidumbre causal. Esta última era la que se establecía sobre cosas propias y que permanecía latente, ya que por el principio *ne-mini res sua servit* no podía ser considerada como tal. Pero la admisión de derechos reales en cosa propia se impone, según vimos, cuando el derecho real limitado concede facultades que no tiene el derecho de propiedad. Pero tal consideración jurídico-económica se elimina y reabsorbe para los derechos de goce como el de servidumbre, porque el derecho de propiedad abarca en mayor extensión las facultades comprendidas en dichos derechos y hace inútil su subsistencia. La servidumbre es un acto de dominio y como tal supone una facultad derivada e incluida en éste.

Por lo que se refiere al ejemplo que pone Schmidt-Rimpler, sobre la constitución de servidumbre por una sociedad al efectuar la parcelación de terrenos, no es necesario recurrir a la admisión de servidumbres constituidas con anterioridad a su enajenación. El establecimiento de las servidumbres que se quieran imponer se llevará a cabo mediante una cláusula en la que se establezca de un modo implícito (expreso o tácito) como condición necesaria para la adquisición de la finca o parcelas. La servidumbre surgirá en el momento de llevarse a cabo la enajenación y lo que antes existía no eran más que meros servicios inmobiliarios de organización previstos por la sociedad en virtud de la misión que se impuso cumplir (recreativa, deportiva, estética, social, etc.). La «autónoma adopción de disposiciones» que pretenden estos autores se deriva de un principio autoritario de organización social. Frente a un Derecho de carácter personalista repugna y carece de vigencia. Sólo las normas impuestas por el poder público tendrían tal alcance. En este caso las personas no harían

más que adherirse o no a lo establecido, su adquisición vendría condicionada al aceptar las cláusulas impuestas. A nuestro juicio, la sociedad, como propietaria y parte preponderante de la relación que se entable, puede imponer las servidumbres que crea convenientes con los contratantes siempre que las presida una idea de justicia y de orden social y con tal de que la otra parte las acepte.

22. *Conclusiones acerca de la naturaleza jurídica del acto de constitución de la servidumbre.*

El problema fundamental que se plantea en el artículo 541, según hemos observado al principio de este estudio, es determinar la naturaleza específica del título de su constitución. Debido a la ambigüedad de la expresión «título» del artículo 541 (157) nos preguntamos, ¿a qué clase de título alude?, ¿voluntario, legal? Su discriminación tiene gran trascendencia para el régimen jurídico (158). Si queremos observar la importancia práctica que tiene tomemos de la realidad un supuesto y, en forma esquemática, veamos lo decisivo que es el aceptar una u otra naturaleza.

Por ejemplo: *A* tiene dos fincas sobre las cuales establece un servicio de paso para dar salida a una de ellas que está enclavada y sin acceso a camino público. Enajenadas por *A* las fincas, una a *B* y otra a *C*, y reunidos los requisitos del artículo 541 sin haber establecido nada acerca de aquel servicio, al abrirse posteriormente un nuevo camino (privado o público) que permite a la finca enclavada de *B*, independientemente de aquel establecido por *A*, si *C*, visto esto, pretende eliminar el servicio establecido anteriormente por *A*, alegando en virtud del artículo 568 que *B* posee ya una salida directa, ¿prosperará la acción de *C* contra *B*?

La solución y el alcance son distintos según se considere la destinación como modo voluntario o legal de constitución. Al ser la destinación un modo legal de constitución, viene equiparada e identificada entonces con el supuesto de finca enclavada. Si la ley es causa de su origen, lo es también de su desarrollo y extinción, y, por tanto, cuando uno de sus preceptos lo prescriba (el artículo 586 para el caso concreto que exponemos de ejemplo)

(157) En el artículo 541 encontramos dos acepciones respecto del título: al referirse al modo de adquirir (cuando dice «como título», al igual que por título lucrativo u oneroso, por título hereditario, por compra, donación, según los artículos 433, 442, 447, 480, 493, 660, 811, 968, 1.396, 1.401, 1.413, 1.617, 1.618, 1.644, 1.807 y 1.952), o al documento en que consta la adquisición (al decir «se exprese lo contrario en el título de enajenación» como presentación o exhibición del título, títulos de dominio, de pertenencia, según los artículos 385, 386, 387, 396, 408, 606, 1.065 y 1.066).

(158) Tan diversa es la función que desempeñan que, con VIRGILI SORRIBES, *Hereditario forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XXI (1945), 485, sostenemos que la distinción que recoge el Código civil entre «servidumbres legales» (que la doctrina ha demostrado que ni son servidumbres ni son legales) y las denominadas «servidumbres voluntarias», es impropia, pues tenemos que denominar a las primeras «limitaciones del dominio», y a las segundas «servidumbres».

operará su eficacia. En este caso, la pretensión de C prosperará, puesto que al ser la ley quien constituye la destinación, es también la ley, para el supuesto de finca enclavada, quien ordena su extinción. El artículo 568 surtirá sus efectos y el servicio de paso anteriormente constituido se extinguirá.

Muy diferentes son los efectos si consideramos la destinación como modo voluntario de constitución de la servidumbre; se origina, entonces, mediante título voluntario. El acto de la destinación y el acuerdo tácito de las partes en el momento de la enajenación engendra una servidumbre tan sólo revocable mediante otro acuerdo voluntario. La pretensión de C será ineficaz, puesto que, si bien se dan dos fenómenos en este mismo supuesto, son a la vez diferentes e inconfundibles. Es más, el efecto predominante de la destinación absorbe al de finca enclavada. El servicio creado por A, mediante la destinación, se transforma, al efectuarse la enajenación, en servidumbre que B tiene contra C. La pretensión posterior de C es inoperante. Existe un título mejor, más favorable para B, mediante el cual, la servidumbre se constituye. Entonces la servidumbre no depende de la ley, de su régimen jurídico legal, sino del título voluntario o acuerdo tácito entre el destinante y el nuevo propietario. Según podemos observar, el problema tiene una gran trascendencia y un alcance práctico decisivo. De considerar la servidumbre como legal o voluntaria se siguen diversas consecuencias en la aplicación de uno y otro régimen jurídico.

Los Tribunales, en su práctica diaria, aplican el precepto del artículo 541 de un modo mecánico. Dados los supuestos en él establecidos, la adecuación es inmediata. Ellos no suelen señalar el alcance y contenido de la servidumbre que surge mediante este modo. Ultimamente, el Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia de 3 de marzo de 1942, ha intentado expresar la extensión y modo de ejercicio de las servidumbres originadas por este modo constitutivo, teniendo en cuenta «ante todo y según resulta del texto combinado de los artículos 598 y 541 del Código civil, el título de constitución, tal como plasma en el estado de hecho que ha dado nacimiento a la servidumbre en relación con la intención del propietario que haya creado ese estado de cosas». La expresión de este considerando parece clara en cuanto a la destinación supone una constitución voluntaria de la servidumbre. Pero a continuación, el considerando siguiente de la sentencia nos dice que «se ha limitado a reconocer una servidumbre de luces y vistas constituida legalmente». Ante esta doble afirmación, ¿cuál es en realidad la posición y actitud de la sentencia respecto al carácter voluntario o legal de este modo constitutivo? La sentencia revela así un criterio oscilante y contradictorio que no satisface para una conclusión clara y determinada. El supuesto aquí considerado parece participar de ambas soluciones sin saber a cuál

atenerse, y lo que es más peligroso, sin saber precisar para nuevos casos un camino seguro y decisivo en su determinación.

Las razones que aducimos para la consideración voluntaria del título contenido en el artículo 541 pueden ser de dos órdenes: topográficas o de colocación y analíticas o de interpretación.

En cuanto a las primeras, vemos cómo el artículo 536 del Código civil expone, con un carácter didáctico, las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas. «Las servidumbres—dice—se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas, voluntarias.» Es decir, que este artículo trata de los modos de constitución a diferencia del artículo 537, que regula los modos de adquisición de las servidumbres, y, según el cual, «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud del título o por la prescripción de veinte años».

El artículo 541 viene encajado bajo el mismo epígrafe del artículo 537, es decir, en el «de los modos de adquirir las servidumbres» de la sección segunda, del capítulo I, del título VII, del libro II del Código civil. Que se considere como modo de adquisición y no de constitución es debido a que desde el plano de la legislación positiva la relación interesa no tan sólo desde el punto de vista objetivo, es decir, de la constitución, sino desde el punto de vista subjetivo, o sea, de la adquisición. La diferencia, pues, se presenta al observar que la doctrina concibe el artículo 541 como un modo de constitución de las servidumbres mientras que nuestro Código lo coloca entre los modos de adquisición. Terminológicamente «constituir» no es equivalente a «adquirir». La constitución supone acción de engendrar, de dar vida a una relación jurídica. La adquisición es el medio de apropiarse una cosa o un derecho, esto es, poseerlo, lograrlo o conseguirlo. La adquisición se proyecta sobre una cosa que ya existe, pero que queremos que sea nuestra. Hay, por tanto, una diferencia entre ambos conceptos. La constitución supone un acto normativo en cuanto que el que opera es elemento coadyuvante en el proceso de creación del Derecho. La adquisición es la consecuencia de la constitución, es el aspecto subjetivo por el que, en virtud de la constitución, se entra en la posesión de un derecho. Como al legislador le interesa más destacar el predominio de la atribución de los derechos, su faceta subjetiva, de ahí que nos incluya el artículo 541 dentro de los modos de adquisición de las servidumbres. Pero es más, en el artículo 541 la constitución y adquisición de la servidumbre se produce de un modo simultáneo. Al equipararse por este artículo el signo aparente al título, queda encuadrado dentro de uno de los modos constitutivos del artículo 536, y, al ser igualmente el título tácito el medio de transmisión de la servidumbre, viene regulado dentro de los modos de adquisición de las servidumbres que el artículo 537 prescribe.

En cuanto a las razones de interpretación, observamos igual-

mente cómo la naturaleza de la destinación, según el artículo 541, es convencional. Así lo demuestra al expresarse que «la existencia de un signo aparente de servidumbre se considerará... como título», es decir, como acuerdo de voluntades. Ahora bien, como la destinación, el establecimiento de un servicio entre las fincas propias se realiza de un modo tácito, resulta que su existencia la hace un tanto imprecisa y que tan sólo se revele mediante la apariencia de los signos. La importancia y el alcance jurídico que tienen estos servicios o relaciones inmobiliarias procede del idéntico contenido de hecho que tienen con la servidumbre. Por eso el ordenamiento, siempre atento a la justicia y armonía de las relaciones, se erige para reglamentarias. El legislador concluye, entonces, el artículo 541 mediante el recurso técnico de la ficción. Pero si es cierto que es la ley la que tiene que declarar y equiparar la naturaleza voluntaria del acuerdo por medio de un recurso técnico-jurídico, existe, en este caso, una diferencia de matiz bastante importante entre la ficción aquí empleada con las demás clases de ficciones y, en especial, con las constituidas por la ley. El fondo jurídico que sanciona la ficción en la destinación es muy probable o casi cierto, es decir, de hecho pudo existir o existió la intención de la constitución, ya que la apariencia del servicio y de los actos concluyentes realizados por el propietario son una manifestación bastante clara que ha de ser tenida en cuenta por el ordenamiento (159). Y así sucede: el artículo 541 no viene más que a señalar el criterio a seguir en estos casos que pudieran ocasionar controversias, dada la especial contextura que la destinación encierra. Aquí la ley no cumple más función que la de decidir, sancionar y dar vigencia a algo que ya existía de por sí, pero que era conveniente ordenar expresa y rotundamente. Con la ficción, el legislador cree resolver varios problemas entonces debatidos. Uno es el que señalamos respecto de la polémica en torno a los artículos 692, 693 y 694 del *Código civil* de Napoleón. Elimina la antítesis allí surgida. Otro problema que suprime es el de la propia naturaleza de la institución respecto de la indeterminación del signo aparente como declaración de voluntad. Al querer abreviar en un solo artículo la institución, la equiparación del signo al título no podría realizarse de otro modo sino con éste de la ficción. Además, precisamente mediante la formulación legal imperativa pudo introducirse y adecuarse un supuesto desconocido en la historia de nuestra práctica jurídica.

Sería incongruente e inútil el empleo de la ficción si el artículo 541 se refiriese a un modo legal de constitución, pues le hubiese bastado tan sólo proclamarlo directamente sin necesidad de referirse al título. Por el contrario, vemos que es la misma fic-

(159) Sobre los *facta concludentia*, véase VON TUHR, *Parte general de Derecho civil*, trad. esp. (Madrid, 1927), 116; OERTMANN, *op. cit.*, pág. 227; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español. Obligaciones y contratos* (Madrid, 1946), 21; CASTÁN, *op. cit.*, t. I, pág. 678.

ción del artículo 541 la que pretende que la destinación tenga un carácter convencional, que sea un modo voluntario de constitución de las servidumbres. Es decir, que la ley es el medio por el cual se fija la consideración de título al signo aparente, dada la indeterminación que supone, y que sea título voluntario. El que se utilice la ley para proclamar concretamente el carácter voluntario de una institución no quiere decir que su naturaleza sea la de la propia ley, sino la que ella le impone. De aquí la confusión que se produce en la doctrina y, especialmente, en algunos de nuestros autores, al tratar de decidir qué régimen jurídico ha de seguir la destinación.

Que el artículo 541 se refiere al título voluntario y no al legal es claro, pues en vez de manifestar que se considerará como título diría «es título». Tampoco requeriría como presupuesto que el signo fuese establecido por el propietario de ambas, pudiendo referirse tan sólo al signo aparente de servidumbre entre dos fincas y no expresar, según hace, que hubiese pertenecido al mismo propietario. Además, en apoyo de la tesis voluntarista, diremos que la ley mediante el artículo 541 lo que hace es conceder a los dueños de determinados predios el derecho de gozar de servidumbre sobre otros, pero no imponerlo, pues depende de la parte dominante aceptarla o no. El propietario es quien origina y quiere el establecimiento del servicio así como la voluntad del nuevo adquirente es quien la confirma en el momento de la enajenación, al no oponerse con una declaración en contra acerca del servicio establecido. La voluntad en el primero es bien patente al exteriorizarse mediante la realización del servicio, por la conservación de los signos aparentes, la continuidad y permanencia que mantiene hasta el momento final. Todos estos elementos de juicio son una prueba bien concluyente. El hecho de no establecer nada en contra acerca de un servicio exteriorizado y aparente, que puede supervalorar o deprecia el inmueble objeto de la enajenación, es de por sí relevante para ver y deducir el mutuo acuerdo entre las partes acerca del mismo, según la cláusula de autonomía que inserta el artículo 541.

De la Jurisprudencia también extraemos consecuencias importantes para confirmar el carácter voluntario. Aunque son pocas las sentencias que aluden directa y expresamente a la servidumbre creada de este modo, siempre es posible deducirlo en todas ellas. Así, la sentencia de 10 de enero de 1883 sostiene que las servidumbres se constituyen por pacto «no sólo el que se constituye por consentimiento expreso, sino también por el tácito, y éste existió a juicio de la Sala, en favor de la servidumbre al partirse la finca...». Y más adelante expresa «que no es un derecho ganado por el uso, sino en fuerza del convenio realizado al partirse la finca». Igualmente, la sentencia de 24 de mayo de 1933 establece que «ateniéndose al pacto celebrado en el momento de separarse

la propiedad de dos fincas, no se infringe el artículo 541 del Código civil...».

En general, cuando las sentencias dicen que «se entienden subsistentes las servidumbres» y «no estipularse nada en contrario» indican el pacto tácito sobreentendido.

Con expresión que no da lugar a dudas, confirma el carácter voluntario de la destinación, en otro plano inferior, la sentencia de 14 de marzo de 1946, dictada por la Audiencia territorial de Valencia, según la cual, «la Sala estima plenamente acreditado que existe de hecho y de derecho una servidumbre voluntaria, continua, aparente de luces y vistas».

Para concluir, respecto de la naturaleza jurídica de la destinación, podemos decir que la norma del artículo 541 debe ser incluida en las instituciones jurídicas fundadas en consideraciones de conveniencia más que sobre principios de equidad natural, es decir, en las necesidades de la vida social. Más exactamente, como dice Grosso (160), la destinación del padre de familia supone un punto de enlace entre la realidad económica y la construcción jurídica.

La justificación de la destinación está en gran parte en la apariencia del servicio. La apariencia crea una opinión, mantiene una creencia y valora una situación. La apariencia origina una buena fe en la conciencia de los terceros acerca del estado en que se encuentran los inmuebles, y el que no responda al verdadero contenido de la expresión o signo que aparece los defrauda y perjudica con enorme lesión de sus intereses. Si el legislador no amparase estas situaciones sería fácil que cualquiera se permitiera en sus inmuebles aparentar instalaciones y servicios para resultar que más tarde carecerían de valor y existencia. El fin ambicioso de mejor venta, sobreprecio o simple fraude, acarrearía a un desequilibrio y a una mala fe en las relaciones. De ahí que se tenga en cuenta el valor de la apariencia y todas sus consecuencias, mientras no exista una manifestación en sentido contrario. Es más, la fijez de estas relaciones de alcance jurídico se hace necesaria. Así, pues, la apariencia de una relación, de un estado de hecho como servidumbre obliga al legislador a tomar una posición y a resolver la duda que puede engendrar, ya de un modo afirmativo o negativo. Pero como determinarse por uno u otro modo absoluto supondría negar las facultades de libre disposición que todo propietario tiene, de ahí que resulte la fórmula combinada y flexible que emplea el artículo 541 y que, concretamente en este sentido, tenemos que ponderar.

(160) GROSSO. *La destinazione del padre di famiglia ai margini tra realtà economica e costruzione giuridica*, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale*, II-5-7 (Pisa, 1940), 109. Para ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. III, pág. 353, n. 4, la destinación del padre de familia llega a ser la máxima concesión facilitada por *deductio* en la constitución de las servidumbres.

II.—REGIMEN JURIDICO DE LA DESTINACION

23. *Nacimiento y prueba de la servidumbre constituida por destinación.*

Dada la naturaleza de la destinación como acto complejo concursal (161), por los varios presupuestos de que está compuesta, es necesario señalar concretamente en qué momento surge la constitución de la servidumbre. La cuestión es mucho más sugestiva, en cuanto que la expresión del artículo 541 del Código civil, en este punto, es oscura o, mejor dicho, contradictoria. El artículo nos dice «para que la servidumbre continúe activa y pasivamente». Entendido así, más parece un modo de continuación de las servidumbres que un modo de constitución. ¿Cómo va a crearse o constituirse una servidumbre que continúa? El contrasentido no puede ser mayor. Los autores corrigen tal expresión (162). Como dice Roca Sastre (163), «el supuesto del artículo 541 del Código civil, que alguien califica de servidumbre de propietario, no constituye ningún caso de derecho real en cosa propia, pues la servidumbre predial constituye una situación de servicio entre dos fincas, cuyo servicio de carácter económico en el fondo pierde su configuración jurídica cuando predio dominante y sirviente se reúnen en un mismo titular, continuando únicamente de hecho la servidumbre». La situación de hecho, el servicio inmobiliario creado por el propietario único, es el punto de partida y el que ha de tener trascendencia jurídica. Pero este punto de partida no

(161) Para un estudio detallado de la naturaleza del acto complejo, véase GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi* (Pisa, 1939). Según este autor, el acto complejo consiste en «aquellos actos complementarios que tienen la misma causa, en cuanto los actos que allí concurren son considerados igualmente necesarios para producir el resultado jurídico que, en cuanto constituye el interés de la modificación jurídica, es común a aquellos actos».

(162) Para CASTÁN, *op. cit.*, pág. 503, el Código incurre aquí en una impropiedad técnica de lenguaje: igualmente, en el comentario que hace a la Sentencia de 4 de julio de 1925, en *Revista de Derecho privado*, 13 (1925), 253. También COMAS, *op. cit.*, pág. 511, dice que «en realidad es más bien título de adquisición la constitución de las mismas, pero no su continuación». Otros autores ven con acierto que la expresión del artículo 541 no se refiere concretamente a la continuación de la servidumbre, sino a la continuación del anterior estado de hecho o de servicio. Así, NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, pág. 287; MARRASA, *op. cit.*, pág. 583; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, pág. 640; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en los comentarios a ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 46, y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 39. Para DE BUEN, *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil*, en *Libro-Homenaje al Prof. D. Felipe Clemente de Diego* (Madrid, 1940), 105, n. 16, la expresión de que la servidumbre continúe, «implica que antes existía, pues si no, no podría continuar. Aunque las expresiones parecen una inadvertencia, revelan en realidad la fuerza de un hecho que se sobrepone al convencionalismo legal».

(163) ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. IV, pág. 67, n. 1.

coincide con el momento de constitución de la servidumbre. Es la servidumbre un derecho que a través de las cosas tiene una persona frente a otra para la prestación de una utilidad. Quien satisface esa utilidad mediante un derecho de dominio no exige nada, sino que cumple la función normal del mismo. De aquí que la servidumbre no surja hasta que falte ese poder de dominio.

La servidumbre, entonces, no es más que un acto de dominio que la persona tiene sobre un predio que no es de su propiedad. El derecho de servidumbre se proyecta sobre un inmueble ajeno, de ahí que su concreción empírica venga reflejada mediante el carácter de inherencia real. Los fundos son los objetos inmediatos de la relación entablada. Así, los fundos adquieren, en cierto modo, una personalidad, aunque la relación que se establece entre ellos y la ventaja y el fin que se reportan no sean más que en favor de las personas, del hombre. Es decir, entre los predios se entabla una relación objetiva, puesto que la relación subjetiva sólo puede establecerse entre las personas. Ahora bien, dentro de la relación objetiva cabe que veamos una personalización de la misma, en la cual, los sujetos de la relación inmediata son los fundos (164). Se habla, entonces, de las ventajas que un fundo puede reportar a otro, de las pretensiones del fundo dominante y de las obligaciones del fundo sirviente.

Nada obsta para que el propietario entable esta relación objetiva entre predios de su misma pertenencia en virtud de su derecho de dominio. Ahora bien, cuando pasan a diferente dominio si nada se ha dicho acerca de la relación, pudiendo haberlo suprimido, la voluntad tácita es afirmativa, no sólo por deducción concluyente, sino por la utilidad del servicio. El contenido económico pesa aquí tanto como el jurídico; informa al servicio de una aptitud, de una potencialidad que el ordenamiento considera y tiene en cuenta. La importancia del estado de hecho creado por el propietario se hace patente en el acto de separación. Es el momento de la enajenación, de la separación del dominio, el instante desde el cual surge una pugna de intereses contrapuestos y en el que las exigencias derivadas de los predios entre sí no pueden hacerse valer por el mismo derecho de propiedad que existía entre ellos, sino por otro distinto. El nuevo poder por el que se pueden exigir las pretensiones surgidas es el derecho de servidumbre. Pero como la concesión de este poder en la des: nación se realiza de un modo tácito, parece que se hace difícil precisar el momento y la propia concesión. Si en realidad pensamos que desde el instante de la enajenación las partes en virtud de su libertad jurídica pueden adquirir los predios como

(164) No obstante, al hablar en este sentido figurado, no hemos de traspasar ciertos límites y tendremos siempre presente esta argumentación para salvar los equívocos que serían perniciosos en la doctrina. Tal ocurre con aquellas teorías que aceptan como sujeto de las relaciones jurídicas a las cosas.

bien les convenga, nada se opone a su manifestación en contrario. ¿Por qué en este supuesto implica afirmación y no negación la declaración tácita? Ante todo, por el principio que dice: el que calla no dice nada y si algo quiere decir—como sucede en este caso con los signos aparentes—supone una afirmación, puesto que el que calla debiendo hablar y no habla se interpreta y entiende que afirma en aras de la buena fe (*qui siluit quum loqui debuit et potuit, consentire videtur*) (165). El objeto del Derecho es la estabilidad de las relaciones y la delimitación de poderes, así como el cumplimiento de ciertas obligaciones (166). Ante la destinación, el artículo 541 concreta y dice: «La existencia de un signo aparente de servidumbre... se considerará, si se entajenare una, como título para que la servidumbre continúe». Es decir, como acuerdo de voluntades para que el servicio continúe y la servidumbre venga establecida, si nada se dijo en contra o se hicieron desaparecer los signos.

Se ha dicho por la doctrina extranjera (167) que la destinación era una institución de naturaleza probatoria. Sin llegar a la consideración de la destinación como un prueba en sí, la prueba es el medio fundamental por el que adquiere vigencia. Por lo que se refiere al artículo 541, la prueba consiste y comprende los límites en él señalados. Para su constatación es válido cualquier género de prueba de los admitidos en derecho (reconocimiento judicial, confesión, testigos, documental, etc.). Es evidente, como observa Simoncelli (168), que la destinación, no teniendo necesidad de acto escrito, no precisa su inscripción en el Registro para hacerla valer contra terceros, puesto que la apariencia es el índice de su publicidad. El mismo criterio, aunque en cierto modo referido a las servidumbres inmemoriales, lo confirma nuestro Tribunal Supremo en las SS. de 13 de julio de 1885, 31 de marzo de 1892, 11 de enero de 1895, 5 de abril de 1898, 31 de marzo de 1902 y 7 de noviembre de 1911, donde se establece que «no puede atribuirse el carácter de tercero para los efectos de los artículos 2, 13, 23, 25 y 27 de la Ley Hipotecaria (de 1861), conforme a la doctrina constante del Tribunal Supremo, al que ad-

(165) Sobre el valor del silencio como declaración de voluntad, véase las Sentencias de 25 febrero 1928 y 24 noviembre 1943. En la doctrina: SIMONCELLI, *Il silenzio nel Diritto civile* (1897), y ahora en *Scritti giuridici*, I (Roma, 1938), 551; PEROZZI, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Rivista di Diritto commerciale*, I (1906), 509; DE DIEGO, *El silencio en el Derecho*, Madrid, 1925; POPESCO RAMNICEANO, *Le silence createur d'obligations et l'abus du droit*, en *Revue trimestrielle de Droit civil*, XXIX (1930), 999; TESAURO, *Il silenzio e l'omissione nella teoria degli eventi giuridici*, en *Studi Cammeo*, II (Padova, 1933), 535; MAGNI, *Il silenzio nel Diritto canonico*, en *Rivista di Diritto privato*, IV (1934), 50 y 113; AMÍLCAR A. MERCADER, *El silencio en el proceso*, en *Estudios de Derecho procesal de Hugo Alsina* (Buenos Aires, 1946), 469.

(166) Para un estudio concreto, véase CARLO MAIORCA, *L'oggetto dei diritti* (Milano, 1939).

(167) Véase especialmente FAUGERE, *op. cit.* pág. 87.

(168) SIMONCELLI, *op. cit.* pág. 115.

quiere bienes gravados con servidumbres legitimamente, respecto de cuya existencia, por revelarse mediante signos ostensibles e indubitados, no puede dudarse, aunque no estén especialmente inscritos en el Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el gravamen, falta por entero la razón en que los indicados preceptos legales se fundan, como ocurre cuando las servidumbres consisten en acueductos o acequias permanentes construídos en el predio sirviente, por las cuales discurre el agua que de tiempo inmemorial utiliza el predio dominante y que por ser de naturaleza continua, aparente y visible no pudieron permanecer ignoradas».

24. *Contenido y ejercicio de la servidumbre constituida por destinación.*

Ni el artículo 541 ni ningún otro del Código civil nos dice nada acerca de la extensión y límites del ejercicio de la servidumbre constituida por destinación. El artículo 541 tan sólo equipara el signo aparente al título. Por lo tanto, el signo aparente es el que nos puede decir algo, el que nos ha de revelar en qué términos se realiza la servidumbre. Pero creemos insuficiente el signo aparente en la mayor parte de los casos, por lo que hay que recurrir a otros medios, cual es la intención del anterior y único propietario y su modo de ejercicio. Con tal criterio fué dictada la sentencia de 3 de marzo de 1942 que expresa rectamente en uno de sus considerandos lo siguiente: «Es lo cierto que para determinar la extensión y modo de ejercicio de las servidumbres así creadas ha de tenerse en cuenta, ante todo, y según resulta del texto combinado de los artículos 598 y 541 del propio Código, el título de constitución, tal como plasma en el estado de hecho que ha dado nacimiento a la servidumbre, en relación con la intención del propietario que haya creado ese estado de cosas.» (169). He aquí, pues, reflejada la importancia e influencia decisiva del acto o conjunto de actos de destinación ejecutados por el propietario. En cierto modo, también se deduce de la propia expresión del artículo 541 al decir «para que la servidumbre continúe activa y pasivamente». Se refiere, según vimos ya, a la continuación del anterior estado de servicio. Si ha de continuar la relación anterior no cabe duda que viene referida a la amplitud que entonces tenía. Tal sentido viene confirmado por el Tribunal Supremo (aunque las sentencias digan «subsistentes las servidumbres»

(169) La Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de mayo de 1909 manifiesta «que la defectuosa insinuación de la voluntad de los contratantes no puede ser suplida a los efectos del Registro por manifestaciones del Notario, sobre todo en lo referente al modo y forma de entrada, que, como signo aparente de servidumbre, podía estar comprendido en el artículo 541 del Código civil».

en vez de subsistentes los servicios) en las SS. de 7 de junio de 1883, 20 de diciembre de 1884, 21 de octubre de 1892, 7 de febrero de 1896, 31 de marzo de 1902, 6 de febrero de 1904, 5 de abril de 1906, 7 de enero de 1920 y 6 de enero de 1932.

25. *Extinción de la servidumbre constituida por destinación.*

Los modos de extinguirse las servidumbres constituidas por destinación son los prescritos en el título voluntario y, en general, los enunciados en el artículo 546 del Código civil.

Hay que señalar, en cuanto al párrafo de este artículo, que al admitir nuestro Código la doctrina del dominio dividido, hace posible la constitución de servidumbres temporales (art. 596) y, *a sensu contrario*, la posibilidad de que las servidumbres se constituyan de modo permanente (véase la S. de 8 de mayo de 1947). Nada obsta, pues, para que exista una servidumbre temporal por destinación, si la propiedad fuera temporal o condicional. Así sucede en los derechos de enfiteusis y superficie; la servidumbre se mantiene durante el lapso de tiempo en que permanezca dividido el dominio y se extinguirá cuando tal derecho muera.

En cuanto al modo referido en el párrafo primero, «por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente», tenemos que advertir que supone un retorno al estado primitivo, a la pertenencia de los inmuebles al mismo propietario, y que, entonces, la «relación de hecho» subsistirá en el caso de que continúe usándola o manteniéndola el único propietario. Desaparecerá tan sólo por destrucción de los signos aparentes o por la manifestación contraria que realice en la nueva enajenación, pues la confusión no es causa de extinción, sino más bien supuesto de su origen.

E P I L O G O

Los autores, según vimos, han hablado de la imprecisión y poca corrección gramatical del texto del artículo 541. Igualmente, se ha sostenido la necesidad de una revisión y de una nueva redacción. Tan sólo Comas (170), en su Proyecto de reforma del Código civil, ha intentado una mejor expresión del artículo. Este, que corresponde al 1.413 de su Proyecto, dice así: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido o conservado por el dueño de ambas, se considerará como título constitutivo de la servidumbre siempre que el dueño de alguna de dichas fincas sea distinto del de la otra, a no ser que al tiempo de separarse el dominio de ellas se establezca expresamente lo

(170) COMAS. *Proyecto de reforma del Código civil español* (Madrid, 1900., 108.

contrario o se haga desaparecer aquel signo antes de formalizar dicha separación.»

El artículo 541, así expresado, nos parece acertado, aunque podríamos aquilatar un poco más en su redacción, de acuerdo, concretamente, con la naturaleza voluntarista que hemos defendido. Por lo tanto, proponemos la redacción siguiente: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido o conservado por el propietario de ambas, equivale al título de una servidumbre voluntaria, siempre que se produzca la separación del dominio de ambas fincas, a no ser que al tiempo de tal separación del dominio de ellas no se establezca lo contrario o se haga desaparecer aquel signo antes de producirse dicha separación.»

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

