

TRIBUNAL SUPREMO

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

LA ADQUISICION TACITA DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE. EXAMEN DE LA JURISDICCION DESDE 1970 a 1983

Por JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1 La procedencia de la modalidad constitutiva de servidumbres por signo aparente según el artículo 541 del Código civil.—2. La naturaleza constitutiva de la llamada «destinación del padre de familia».—3. El contenido y el alcance del signo aparente de servidumbre: Sentencia de 8 de mayo de 1970.—4. La creación o conservación del signo aparente de servidumbre por el mismo propietario de las fincas y la constitución tácita de la servidumbre en la partición hereditaria: Sentencia de 26 de enero de 1971.—5. Los requisitos necesarios para la constitución de la servidumbre por destinación del padre de familia: Sentencia de 21 de junio de 1971.—6. La constatación concreta en contra de los signos aparentes de servidumbre y la actitud por omisión de las partes al no haber destruido los signos que la exteriorizan: Sentencia de 2 de junio de 1972.—7. El requisito de que el signo aparente de servidumbre se establezca por el propietario en sus fincas: Sentencia de 6 de julio de 1972.—8. La no declaración expresa de las partes en contra de los signos aparentes al dividirse una finca por sucesión hereditaria: Sentencia de 27 de abril de 1973.—9. La constitución tácita de las servidumbres en la partición hereditaria en base al artículo 541 del C. c.: Sentencia de 27 de octubre de 1974.—10. La presunta voluntad de las partes por la no destrucción de los signos aparentes y por no hacer constar nada en contrario de forma clara y terminante: Sentencia de 11 de junio de 1975.—11. La relevancia de la voluntad del propietario que establece el servicio aparente de servidumbre: Sentencia de 30 de diciembre de 1975.—12. El supuesto fáctico y los presupuestos de derecho para que exista título constitutivo de servidumbre: Sentencia de 30 de junio de 1978.—13. La necesidad de que los signos aparentes de servidumbre fueran establecidos por el propietario común de ambos fundos: Sentencia de 9 de abril de 1979.—14. La inexistencia de signo aparente de servidumbre entre las fincas que pertenecieron a un mismo propietario: Sentencia de 3 de julio de 1982.—15. La «destinación del padre de familia» o «destino del propietario» como singular manera de constituirse una servidumbre predial aparente: Sentencia de 7 de julio de 1983.—16. La voluntad o intención de las partes contratantes en contra de los signos aparentes de servidumbre: Sentencia de 22 de septiembre de 1983.—17. Las conclusiones sobre el criterio interpretativo del Tribunal Supremo respecto al artículo 541 del Código civil en esta última década.

1. LA PROCEDENCIA DE LA MODALIDAD CONSTITUTIVA DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE SEGUN EL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL

Entre los modos de constituir las servidumbres aparentes destaca uno muy singular, cual es el del supuesto contenido en el artículo 541 del Código civil, recogido por el legislador español de la tradición jurídica francesa a través del «Code civil» napoleónico (1803), y que atiende por el nombre de «*destination du père de famille*» (1).

Esta modalidad constitutiva y adquisitiva de las servidumbres se configura por el artículo 541 de la siguiente manera: «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».

Si se transcribe el contenido de los artículos 692, 693 y 694 del «Code Civil» francés, resulta patente la identidad y el origen de este supuesto constitutivo de las servidumbres aparentes que, por lo demás, carece de antecedentes en nuestros cuerpos legales históricos (2) y que fue elaborado peculiarmente por la Glosa y postglosa en cuando modo constitutivo sobre ciertos casos del Derecho romano justinianeo (3).

En el Libro II del «Code Civil» francés, título IV, capítulo III, bajo el epígrafe «*Des servitudes établies par la fait de l'homme*», es decir, considerándolo como una modalidad constitutiva voluntaria, frente al capítulo II «*Las servitudes établies par la loi*» se establece por el artículo 692: «*La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes*». En el artículo 693, se añade: «*Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont*

(1) Cfr. BONET CORREA, *La «destination du père de famille» del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en «Información Jurídica», 86-87 (1950), pp. 879 y ss., y *La «destination du père de famille dans le Droit français et étranger»*, en la «Revue du Notariat» (Canadá) 53-7 (Fév. 1951), páginas 451 y ss.

(2) BONET CORREA, *La constitución tácita de las servidumbres en el Derecho común*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», XXXVII (1967), pp. 531 y ss.

(3) BONET CORREA, *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», XIX (1948-1949), pp. 304 y ss. Sin embargo, cierto sector de romanistas, creen que en el Derecho justinianeo ya se admitían ciertos supuestos de constitución de servidumbres por una voluntad presunta o implícita, cfr. RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia nel Diritto romano*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 21 (1895), p. 380; GROSSO, *In tema de costituzione tacita di servitù*, en «Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano», 42 (1934), p. 326. Entre nosotros: IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones del Derecho privado*, 4.^a ed. Barcelona, 1958, p. 313; D'ORS, *Derecho privado romano*. Pamplona, 1968, p. 202; FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 141.

été mises dans l'état duquel résulté la servitude». Y por último, el artículo 694, se concluye: «Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné».

Es, pues, fundamental que el padre de familia, o propietario de dos fincas, haya establecido entre ellas un signo aparente de servidumbre y que en el negocio de disposición o enajenación de una de ellas no se contenga ningún pacto expreso relativo a la servidumbre; entonces, la destinación realizada por el padre de familia y la actitud omisiva del adquirente, también el legislador la entiende y considera como un «título», es decir, el convenio o acuerdo en el momento de la enajenación que, al no ser declarado expresamente por las partes es tácito, debido a los hechos concluyentes ante el signo aparente, al no suprimirlos o contradecirlos.

Este mismo supuesto, es el que recoge García Goyena en su «Proyecto de Código civil», en el año 1851 (4). En el libro II, título V, «De las servidumbres», se expondrán tres capítulos: «I. De las servidumbres en general» (arts. 476 a 482); «II. De las servidumbres impuestas por la ley» (arts. 483 a 535), y «III. De las servidumbres voluntarias» (arts. 356 a 547). Dentro de estas últimas servidumbres, el artículo 540 propone que: «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará 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».

Este mismo texto es el que se adopta por el artículo 541 del Código civil vigente, si bien con las adiciones —después de «se considerará»— «sí se enajenase una», y —a continuación del punto final—, «o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura». Por tanto, si el Código civil francés y el Proyecto de 1851 contenían esta modalidad constitutiva de servidumbres como voluntaria, ahora, con similar redacción en nuestro Código civil, resulta lo mismo, ya que tampoco se incluye dentro de las servidumbres impuestas por la Ley (arts. 549 a 593).

2. LA NATURALEZA CONSTITUTIVA DE LA LLAMADA «DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA»

Es importante señalar que para García Goyena (5) la existencia de un signo aparente supone que se presume un convenio tácito de dejar las cosas como estaban, puesto que el signo exterior habla por sí mismo y las partes contrayentes no pueden llamarse a engaño.

(4) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852 p. 464. Sobre el significado de su obra, cfr. D'ORS, A. y BONET CORREA, J., *En el centenario del proyecto isabelino del Código civil*, en «Información Jurídica», 96 (1951), pp. 483 y 495.

(5) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 466.

Este mismo criterio de la constitución tácita de las servidumbres fue mantenido por la mayor parte de la doctrina francesa coetánea y posterior a la publicación del «Code civil». Que el codificador se hubiese servido de unos preceptos normativos para plasmarla concretamente y para deducir de los signos aparentes de servidumbre la equivalencia a un título, según nos confirma uno de los propios redactores del «Code», Albisson, fue debido a las antiguas controversias sobre la destinación en los textos romanos y a las redacciones contradictorias de la antigua y nueva redacción de la Costumbre de París. De este modo, el legislador napoleónico fijaba el alcance interpretativo de esta modalidad especial de constitución de las servidumbres conocida como «destinación o destino del padre de familia». En este caso hay que señalar cómo la norma codificada no se concretaba en cuanto ficción que equiparaba unos signo a una declaración de voluntad que no hubiese existido, sino como una presunción, ya que había existido aquella voluntad, aunque no expresa, sí tácita, de ambas partes en el acto de separación de las fincas, aseverado por sus hechos concluyentes u omisivos, al no destruir los signos y al no oponerse a ellos, fundamentando, así, el título de su constitución y adquisición.

Por ello, el reconocimiento que hacen los legisladores, tanto francés como español, del supuesto de destinación del padre de familia mediante su fijación en un precepto normativo no implica, sin más, que se pueda deducir que convierte a dicha modalidad constitutiva en legal. Primero, porque es el propio legislador el que la incluye dentro de las servidumbres constituidas por el «hecho del hombre», o voluntarias, y no entre las legales o forzosas; segundo, porque el mismo legislador es el que prefiere que esta modalidad constitutiva lo sea por título, recurriendo a la equiparación del signo aparente y no al prescribirlo por un mandato imperativo basado exclusivamente en su fuerza legal.

Para los estudiosos y especialistas de la destinación del padre de familia, como Laitreille (6) y Faugère (7), la normativa que se establece para esta modalidad constitutiva en el «Code» no es más que una disposición de naturaleza probatoria. Esta fue, precisamente, la gran preocupación de los codificadores ante la necesidad de dotar a este supuesto constitutivo por voluntad tácita (deducida del silencio que guardaron las partes) y concluyente (ante la no oposición a los signos aparentes) de una certeza y seguridad que eran necesarias ante relaciones jurídicas constitutivas de un derecho real limitado como es una servidumbre.

El que se intente por ciertos sectores doctrinales legalistas posteriores el desplazar la destinación del padre de familia de su tradicional fundamento personal y voluntario (para evitar su intrínseca complejidad y reducirlo, tan sólo, a una serie de requisitos, sin entrar en una interpretación del comportamiento omisivo de las partes) a otro que lo sea por el mandato legal, no refuerza ni su eficacia constitutiva, ni su realidad en el tráfico de bienes; es más, con el automatismo legal se suprimirían completa-

(6) LAITREILLE, *De la destination du père de famille*. París, 1885.

(7) FAUGERE, *De la destination du père de famille*. Thèse. París, 1912.

mente sus posibles opciones y se recortaría el margen de autonomía de las partes en cuanto al destino de los fundos.

Que la certeza de las relaciones jurídicas constitutivas de derechos reales haya conducido a los legisladores y a los intérpretes a la particular concreción del supuesto normativo de la destinación por el padre de familia o del propietario, lo explican los propios civilistas franceses posteriores y de mayor autoridad. Así, para Baudry-Lacantinerie y Chaveau (8) como para Planiol y Ripert (9), se trata de una constitución mediante título y no legal o forzosa, aunque por la ley se reconozca que ha estado en la intención común de las partes el mantener el estado de cosas establecido por el padre de familia, o de que se valga de este medio legal para demostrar la existencia de tal pacto.

Es que, todavía, no habían llegado los tiempos del legalismo a ultranza, sino que se estaba tan sólo por un uso conformador y legitimador de los instrumentos legales respecto a la libertad y autonomía de las partes en sus relaciones jurídicas (10). De esta manera, ante la destinación del propietario, el legislador se va a valer de un recurso, o medio de prueba, como es la presunción «*iuris tantum*» —por la que se da opción a las partes en el momento de la enajenación de modo que se permita dicha prueba en contrario (11)—, respecto a la consideración que hace de los signos aparentes como título constitutivo de las servidumbres. Con ello, el legislador no declara, sin más, por la fuerza de la ley, la constitución ni la existencia de la servidumbre; si así fuese, la hubiera incluido entre las legales o forzosas y tampoco hubiera seguido un régimen voluntario, como así ocurre. El legislador prefiere recurrir al empleo de unas técnicas de naturaleza probatoria, como son las presunciones que delimitan y concretan los presupuestos o requisitos de un figura o relación jurídica con un alcance interpretativo delimitado, o salvo prueba en contrario, a fin de que resulten determinados los hechos, actos y conductas de las partes, como en el caso ante un signo aparente por su particular modalidad, constituyen declaraciones tácitas e incluso, al serlo por abstención, exigen mucho más cuidado que las expresas, evitándose así enojosas pruebas de intencionalidades inciertas que introducirían mayor inseguridad en el tráfico jurídico.

La civilística europea había estudiado ya con profundidad este aspecto de las declaraciones de voluntad tácitas en las relaciones jurídicas y muy

(8) BAUDRY-LACANTINERIE Y CHAVEAU, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, IV (París, 1905), p. 844.

(9) PLANIOL Y RIPERT, *Traité théorique de Droit Civil*, III (París, 1952), páginas 945 y ss.

(10) Cfr. RIPERT *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*. París, 1948, p. 31 ss. y *Le déclin du Droit. Etudes sur la législation contemporaine*. París, 1949, p. 67 ss.

(11) Incluso, actualmente dice Madme. MIALON, *La servitude par destination du père de famille. Nouveaux aspects de l'interprétation de l'article 694 du Code Civil*, en «Recueil Dalloz Sirey Chronique» (1974, p. 15, la jurisprudencia acepta que posteriormente se busque en los actos y circunstancias ulteriores a la separación de los fundos elementos de interpretación del acto de división.

particularmente la Pandectística alemana (12) y sus continuadores. Así, para Von Thur y Larenz (13), existen una serie de casos onrados por los que una ley aclara una determinada situación como declaración de voluntad, por lo que se establece una regla de interpretación.

Estas disposiciones legislativas que contienen tal alcance interpretativo, no por ello transforman la naturaleza voluntaria de lo normado en una modalidad legal; antes bien, como ocurre en la destinación del padre de familia son, precisamente, para lograr dicho efecto voluntario, para concretarlo como «título», por lo que se confiere y considera una voluntad tácita de las partes que, por no ser expresa, se ha de deducir de una abstención («*indictio voluntatis*»), al no decirse nada en contrario, o por no haberse destruido los signos aparentes de servidumbres en el momento de enajenación de las fincas. El legislador no hubiera recurrido a establecer una norma tan compleja, como la que contiene la destinación del padre de familia, si quisiera darla por constituida, sin más; habría prescindido tanto de los requisitos materiales como de los personales, sobre todo por la opción que se les concede en el momento decisivo de las transmisiones de fincas; al legislador le habría bastado el establecerla dispositivamente como cualquiera de las otras servidumbres imperativas, legales o forzosas, lo mismo que sucede para el caso de finca enclavada, tanto en el «Code civil» francés (art. 682), como en el Código civil español (art. 564).

También, la vieja doctrina italiana (14) coincide y expone ampliamente las manifestaciones tácitas de voluntad a través del valor del silencio, o en la conducta omisiva del propio agente, valorada por el ordenamiento jurídico como manifestación de voluntad. Cariota-Ferrara (15), a este propósito aclara que es preciso fijar la atención en las manifestaciones de voluntad privadas, presuntas, y en las legalmente determinadas, con significado legal o

(12) Cfr. HARTMANN, *Werk und Wille bei dem stillschweigende Konsens*, en «Archiv für die civilistische Praxis», 72 (1888), p. 161; EHRlich, *Stillschweigende Willenserklärung* (1893); DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3.^a ed. (1911), p. 47; FRITZE, *Stillschweigende Willenserklärung im BGB*, en «Archiv für Bürgerliches Rechts», tomo 14, p. 181; KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr* (1933), pp. 7 y 125, citados por ENNECERUS-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I-2. Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, 14 ed. Tübingen, 1955, p. 643 ss. Actualmente, FABRICIUS, *Stillschweigen als Willenserklärung*, en «Juristische Schullung» (1966), p. 50.

(13) VON THUR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II-1 (1914), marg. 418; LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München, 1969, p. 359 y ss.

(14) Cfr. SIMONCELLI, *Il silenzio nel Diritto civile*, en «Rendiconti delle Istituzione Lombarde» (1897), p. 253; BONFANTE, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en «Scritti giuridici», III (1903), pp. 150 y ss.; DONATUTI, *Il silenzio come manifestazione di volontà* en «Studi in onore di Bonfante», IV (Milano, 1930), pp. 461 ss.; TESAURO, *Il silenzio nella teoria degli eventi giuridici*, en «Studi Cammeo», II, p. 535; MAGNI, *Il silenzio nel Diritto canonico*, en «Rivista di Diritto privato» (1934), pp. 50 y 113; BETTI, *Teoria del negozio giuridico*. Torino, 1943, pp. 93 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*. Napoli, 1949 y *Volontà, manifestazione, negozio giuridico*, en «Anuario di Diritto comparato», XV (1941), pp. 388 y ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 162; MACCHIA, *Lineamenti di una teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1948.

(15) CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico, cit.*, p. 97.

legalmente tipificadas, en las que es necesario distinguir tres grupos muy diversos de supuestos de hecho que, generalmente, tienen de común sólo esto: la ley interviene para calificar un comportamiento dado de los particulares. Entre ellos está aquel donde la ley establece la presunción (*iuris tantum*) de que un comportamiento se realiza en cuanto manifestación de una dada voluntad negocial, pero admite la prueba contraria. Stolfi (16) insiste en que la ley se conforma con la incompatibilidad relativa en cuanto se limita a presumir la existencia de una voluntad que por otra parte puede ser siempre sustituida por la que se pruebe que fue en realidad declarada aun implícitamente por las partes; entonces, la fórmula adoptada por el legislador —especialmente si se permite expresamente la prueba en contrario— deja entender que no declara nada inderogable, sino que se limita a establecer, en caso de silencio de las partes, cuál de las interpretaciones posibles se admite en orden a hechos que de por sí podrían tener dos o más significados; o sea, presunciones de voluntad que pueden eliminarse mediante la prueba de voluntad efectiva.

La mayor parte de los autores (17) y de la jurisprudencia española va a seguir las anteriores pautas de la civilística continental europea en cuanto a la voluntad tácita; como compendio y muestra más significativa de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor del silencio en el Derecho, en cuanto declaración tácita de voluntad, tenemos la Sentencia de 13 de febrero de 1978, donde se manifiesta: «Que pese al criterio sustentado entre otras por la Sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1971, el silencio mantenido por uno de los litigantes, respecto a la oferta del otro, podrá ser estimado como aceptación tácita de la misma, a los fines prevenidos por el número 1 del artículo 1.261 y párrafo 1.º del 1.262 del Código civil, entrando en juego los apotegmas jurídicos «*qui tacet consentire videtur*» y «*silentio fit ratihabitio*», y la doctrina sentada por la S. 21 octubre 1941, cuando así lo establezca expresamente la ley, otorgándole un determinado efecto, ya de carácter procesal como ocurre en los artículos 408, 459, 686, párr. 2.º, 592, 608, párrafo 2.º, 1.431 y 1.577, párr. 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien de índole sustantiva, cual sucede con los 14, núm. 3.º, párr. 2.º, 541, 658 párrafo 1.º, 1.171, párr. 2.º, 1.236, 1.346, párr. 4.º, 1.483, 1.566, 1.752, 1.840 y 1.842 del primer cuerpo legal citado —S. 29 septiembre 1951— o cuando su consentimiento derive de un comportamiento o declaración que implícitamente lo

(16) STOLFI, *Teoría del negozio giuridico*, cit., p. 163.

(17) Cfr. LEZÓN, *El silencio en las relaciones jurídicas*, en «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid», 6 (1917), pp. 18 y ss.; CLEMENTE DE DIEGO, *El silencio en el Derecho*, Madrid, 1925; LUNA, *El silencio jurídico en función de prueba*, en «Revista de los Tribunales» (1932), pp. 489 y ss.; RIVELLES, *El silencio como manifestación de voluntad en los instrumentos públicos*, en «Revista General de Derecho» (1945), p. 205; RODRÍGUEZ SOLANO, *Sentencias concordadas: El silencio, su valor probatorio*, en «Pretor», 9 (1953), p. 16; SOTO NIETO, *Estimación jurídica del silencio*, en «Revista de Derecho Español y Americano», XI-2 (1966), pp. 121 ss.; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 67, precisa cómo, en las declaraciones tácitas, la conducta tenida en cuenta no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad (*indicio voluntatis*); se les ha calificado de tácitas porque resultan, no de los dichos sino de los hechos (*facta concludentia*).

ponga de manifiesto —SS. 29 septiembre 1951 y 24 mayo 1975—, siendo preciso, en este caso, que concurran los siguientes requisitos: 1.º Que quien lo mantenga haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia de la misma; 2.º Que se deduzca de hechos o acciones (*«rebus et factus»*) de carácter concluyente (*«facta concludentia»*), que inequívocamente pongan de manifiesto el auténtico deseo de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica —SS. 30 noviembre 1957 y 29 enero 1965—, de suerte tal que se manifieste de un modo auténtico, sin posibilidad de dudosas interpretaciones —SS. 5 de julio de 1960 y 14 de junio 1963— sin que, pese a la máxima: *«Tacita consensus convenire intelligetur»* contenida en el epígrafe único, de la Ley segunda, Título XIV, libro II del Digesto, sea suficiente con el mero conocimiento de la oferta, que por sí solo no implica conformidad —SS. 19 junio 1950, 8 junio 1955 y 25 enero 1961, y 3.º Que, por aplicación del principio general de Derecho: *«Tacens consenti, si contradicendo impedire poterat*, aquel a quien se impute el consentimiento tácito tenga el deber de hablar por existir entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan —S. 14 junio 1963—, o por ser natural y normal que expresase su disenso, si no deseaba aprobar los hechos o propuestas de su contendiente —S. 23 noviembre 1943—».

El que sea una norma —como ocurre con la dada por el art. 541 del C. c.— quien precise y deduzca un «título» en base a unos «signos aparentes» de servidumbre, establecidos por el propietario de las fincas, así como de su conducta omisiva y de quien adquiere una de ellas, no por ello puede llevarnos a la conclusión —según pretende ver simplemente un cierto sector doctrinal español— de que la servidumbre nace exclusivamente por el mandato de la ley; pues, lo que precisamente quiere la norma es dejar sentado de una manera firme que la interpretación de unos signos creados y mantenidos «a ciencia y paciencia» (*facta concludentia*) y de unas actitudes de las partes en la enajenación (*tacens consenti*) se infiera que hubo tal voluntad o «título» por el que se constituye la servidumbre. Se trata, pues, de una norma interpretativa que determina que se entienda o considere su constitución por título voluntario, al resultar de una conducta omisiva y al dejar los fundos en un determinado estado con sus signos aparentes de servidumbre. La norma en este caso no crea o constituye, sino que tan sólo «considera», que hay un «título», es decir, deduce o interpreta (*indicio voluntatis*) lo que las partes omitieron con su silencio y pasividad ante un signo aparente de servidumbre.

La norma, pues, no va dirigida aquí a enderezar la conducta de las partes fundamentalmente de una manera imperativa; tan sólo confirma de los actos y hechos de las partes un resultado, un «título»; por eso el artículo 541 no contiene un mandato preceptivo a las partes para que adopten (lo quieran o no) una determinada conducta; por tanto, no es imperativa; lo que se dispone en el artículo 541 es, tan sólo, una valoración de la conducta de las partes; o sea, que contiene un alcance interpretativo para cuando la conducta no se haya desenvuelto expresamente, sino por omisión, de una manera tácita ante los hechos concluyentes, frente al signo aparente. Que la norma vea en el signo aparente el alcance de un «título», precisamente es la consecuencia del contenido facultativo que se les reconoce a las partes

cuando no han adoptado, por una conducta expresa, sino tácita, en el momento de la enajenación. La consideración de un «título» por el legislador resulta a consecuencia de la conducta omisiva de las partes y no de una imposición legal al margen de dicha conducta.

Ultimamente, se ha dicho (18) que las partes, en el momento de la enajenación, especialmente en ciertos supuestos (expropiación forzosa, usucapión, y en algunas enajenaciones contractuales, como cuándo se adquiere con base en un plano), no tienen la posibilidad de un acuerdo de voluntades y que es la ley la que de un modo automático hace nacer la servidumbre con total independencia de la voluntad tácita de los titulares. A mi juicio, creer que hay tal imposibilidad de acuerdo es totalmente erróneo en los tres supuestos aludidos y, en grado sumo, en el negocial.

En un expediente de expropiación de cualquiera de las dos fincas que han pertenecido a un mismo propietario, tanto éste como la Administración podrán hacer valer expresamente el destino de los signos aparentes de servidumbre, ya para su mantenimiento o bien para su eliminación; si nada han expresado acerca de los signos, al producirse la enajenación por expropiación, se entiende que hay la *indicio voluntatis* que se proclama en el artículo 541, al entender como título la actitud omisiva de las partes ante el signo aparente de servidumbre. Si se produce la constitución de la servidumbre no es porque automáticamente entra en juego el artículo 541, sino porque la opción expresa que tuvieron las partes no fue ejercitada por ellos, bien por su falta de diligencia o porque, realmente no lo quisieron así; pero, de haberlo querido, la servidumbre no hubiera nacido, ya que en el expediente expropiatorio así se pudo hacer constatar.

Lo mismo ocurre cuando el propietario de dos fincas, que ha creado un signo aparente de servidumbre sobre ellas y, después, por incuria o negligencia se deja usucapir por otro una de dichas fincas; él puede interrumpir cuando quiera (antes del término de prescripción) la usucapión, si no lo hace es porque consiente tácitamente en ella y en los signos aparentes de servicio que han mantenido; suponer, como hace Guilarte (p. 506), que es impensable que el titular que pierde su propiedad tenga una voluntad tácita respecto a los signos aparentes, pues, probablemente —dice— ni siquiera le consta que existen, ello es tan impensable como irreal; ¿cómo no le va a constar al propietario que existen unos signos aparentes de servidumbre sobre sus fincas si ha de ser él quien los realice para que en su día tengan o no eficacia? Además, la voluntad tácita, hay que repetir con el profesor Castro y Bravo (18 bis), no resulta de lo que se puede suponer que las partes pensaron o no pensaron, sino de los hechos (*facta concludentia*) que realizaron; la actitud omisiva del propietario en la enajenación, ante los signos aparentes, deviene tácita, ya que es reveladora y consecuente con su consentimiento, porque, de no ser querida, siempre pudo ser negada. Precisamente aquí no hay que suponer, ni imaginar, ni presentar las cosas a efectos dialécticos, como hace Guilarte; el realismo vital de los actos y de los hechos aparentes

(18) Cfr. GUILARTE, *La constitución voluntaria de las servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984, p. 507.

(18 bis) CASTRO Y BRAVO, F. de, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 67.

poseen un interés patrimonial y unas consecuencias en el ámbito de las relaciones jurídicas inmobiliarias en función de la voluntad de las partes, tanto de su libertad y posibilidades, como de su incuria, negligencia y abandono. Para que la destinación tenga naturaleza legal ha de ser producto de un mandato legal impositivo; resulta poco feliz el último supuesto imaginable que Guilarte nos presenta en ciertas enajenaciones contractuales, «como las realizadas con base en un plano y sin posibilidad —dice, p. 507—, de ver los signos aparentes de una situación de hecho susceptible de constituir el objeto de una servidumbre». En este caso, añade, es imposible pensar en un acuerdo de voluntades sobre la constitución de la servidumbre, ya que hay ausencia de voluntad, por lo que el gravamen surgirá porque lo quiere la ley. En primer lugar, es erróneo el planteamiento y la imposibilidad de que las partes no se puedan apercebir de unos signos aparentes; el que adquiere un fundo o inmueble solamente con arreglo a un plano es un negligente y culpable de sus propios actos imprudentes, ya que *ius civilis vigilantibus scriptum est*; por tanto, si la servidumbre nace, no es porque lo quiera la ley, sino porque él mismo lo ha tolerado con su negligencia; si hubiese sido prudente, si hubiese empleado la diligencia de un buen padre de familia, o de un común comerciante, se habría percatado, ante los signos aparentes, del estado del fundo o inmueble y habría podido adoptar la decisión expresa de suprimirlos; aquí no hay ninguna imposibilidad (ni subjetiva ni objetiva) para las partes, ya que, quien dice desconocer, debiendo saberlo, ante la apariencia de los signos de servidumbre, en realidad, los ha aceptado tácitamente, tal como reconoce el propio legislador; la ley, pues, no crea la servidumbre, la ley es la que deduce y confirma que hubo el «título», o acuerdo de las partes, precisamente, ante la apariencia insoslayable del signo de servidumbre.

Otro grave error y contradicción de Guilarte (p. 508) es concluir que, si no existiera el artículo 541, en ninguno de estos casos se constituiría el gravamen, pues no se podría probar la existencia del acuerdo de voluntades. Es que, ¿no ha examinado el propio autor la institución de la destinación del padre de familia, antes de la redacción del artículo 541 y nuestra jurisprudencia (pp. 402 ss.), demostrando que bastaba la apariencia del signo puesto por el propietario para que en la enajenación «se considerase» como título? No es lo mismo que la ley legitime y precise los requisitos de una relación jurídica, que han de llevar a cabo potestativa y opcionalmente las partes a que les imponga una exclusiva conducta. En el artículo 541 el legislador no impone una conducta a las partes, sino que deduce, ante un signo aparente y de su comportamiento omisivo, un «título»; interpretar dicho «título» como legal y no voluntario sería incongruente con ese mandato, tal como expresó García Goyena.

Finalmente, Guilarte también se muestra contradictorio al defender y transportar, por un lado, las posiciones legalistas italianas y de su «Código Civile» (lo cual no obsta para que en dicho Código del 42 se hayan empleado las mejores técnicas civilistas asimiladas de la Pandectística alemana, tal como nos exponía en la Universidad romana nuestro inolvidable maestro el profesor Betti) y, por otro, el reconocer, para nuestro Derecho y para el alemán (pp. 392 y 527) que, aún sin estar institucionalizada legalmente la

figura, no obstante, jurisprudencialmente, se admite la obligación de constituir una servidumbre en supuestos de hechos similares al artículo 541, donde se estima que ha existido una voluntad mediante un acuerdo tácito.

Efectivamente, no hizo falta el poder de la ley para que surgiera la «destinación del padre de familia»; porque, en sus orígenes —y ahora también en el Código civil— la servidumbre nace de un título presunto a través de un negocio jurídico de enajenación (19). De un modo interpretativo similar, nuestro Tribunal Supremo, cuando todavía estaba por redactar el artículo 541 del Código civil, puso el fundamento de la constitución de la servidumbre en la conformidad y aceptación tácita de las partes, en el momento de la enajenación, debido a la conservación por ellas del estado de hecho de las fincas, ante los servicios recíprocos que venían prestándose o signos aparentes. La Sentencia de 10 julio de 1880, relativa a cierta manera de construcción establecida en provecho común de las fincas, concluirá que «conservando dicho estado, mientras las fincas pertenecieron al mismo dueño, y vendidas separadamente en el propio estado sin establecer alteración en ninguna de las ventas hechas, los compradores lo aceptaron y se conformaron con él, restableciendo al hacerlo los servicios recíprocos que las fincas venían prestándose». Es decir que al haber dejado las cosas en el «propio estado» sin expresar o «establecer alteración en ninguna de las ventas hechas», se entiende tácitamente (al no haber sido de modo expreso) que «los compradores lo aceptaron y se conformaron con él». Para el Tribunal Supremo no se trataba de un fundamento interpretativo efímero o esporádico; ello nos lo va a confirmar y demostrar la Sentencia de 7 de junio de 1883, cuando le atribuye la categoría de «principio» y va a asimilar casi textualmente el modelo propuesto por García Goyena (20) en el artículo 540 de su proyecto de Código civil. Textualmente dice que: «Considerando que lo dispuesto en la Ley 14, Título 31, Partida 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres y sirve de fundamento al fallo recurrido, no se opone al principio también invocado en el recurso de que al separarse los predios que entre sí prestaban servicios establecidos por el propietario de ambos sin que se pacte en el contrato un modo de disfrute distinto del que usaba el antiguo dueño, se entiende subsistir la servidumbre necesaria para verificarlo, y que el signo aparente de ella es un título para que continúe, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las fincas se exprese lo contrario, como tiene declarado este Tribunal Supremo». O sea, cuando no «se exprese lo contrario» por las partes contratantes, se entiende «subsistir la servidumbre» (es decir, el «servicio establecido por el propietario») y «el signo aparente es un título»; aquí, no cabe duda que se interpreta en base a un convenio tácito, porque no puede tener como fundamento una ley que no existe. Si ello es así, también lo va a ser después de publicado el Código civil, ya que el artículo 541 es una transcripción literal del artículo 540 del proyecto de García Goyena y de lo interpretado por el Tribunal Supremo.

(19) En este sentido, últimamente PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 295.

(20) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, p. 418.

Respecto al sector de la doctrina civilista española, que mantiene que el fundamento de la constitución de la servidumbre por signo aparente es la ley, deberá aportar los argumentos (que todavía no ha dado) de cómo, sin un cambio de redacción del texto codificador (al contrario de lo que ocurrió para otros ordenamientos, como el italiano), se puede llegar a una interpretación contraria a la originaria de que dicha servidumbre nace por un título voluntario.

Ultimamente, Guilarte (p. 521) se adhiere a la posición del profesor Marín, el cual sólo afirma que, en definitiva, el artículo 541 establece unos presupuestos para el nacimiento de la servidumbre, de suerte que, si se producen los mismos, la servidumbre nace *ipso iure*, automáticamente y sin que, en este caso, quepa una prueba en contrario; por tanto, concluye, no se trata de una presunción *iuris tantum*, sino *iuris et de iure*.

Por este simple razonamiento todas las relaciones jurídicas e instituciones tipificadas, o en aquellas que han sido puntualizados sus requisitos por la ley, serían de origen legal; para las voluntarias quedaría tan sólo el espacio de lo atípico y espontáneo. Todo jurista sabe que eso no es así; porque la ley concrete y requiera unos requisitos esenciales en general, o en particular, para determinadas relaciones jurídicas, no por ello esas relaciones tienen un contenido forzoso o imperativo. La legitimación normativa en el caso concreto de una institución no puede confundirse con el contenido imperativo o facultativo de su mandato. Para el artículo 541, según queda visto, el legislador tuvo en cuenta los requisitos personales y reales específicos del supuesto, al igual que los recogió la jurisprudencia anterior a su redacción, con la sola diferencia de hacerlo a través del empleo de un recurso técnico, cual es una presunción *iuris tantum*, cuya única finalidad probatoria contribuye, en gran parte, a lograr y a evitar toda inseguridad en el tráfico jurídico; en el caso concreto del art. 541, lo que el legislador trata, precisamente, de considerar y confirmar que es la voluntad de las partes por su actitud omisiva ante los signos aparentes; si no fuese así, no tendría por qué equiparar los signos aparentes a un «título»; al legislador le hubiese bastado disponerlo directamente, sin más consideraciones o equiparaciones; entonces, sí que habría una imposición legal y la servidumbre se constituiría por mandato exclusivo de la ley; pero si es la misma ley (y, antes de la codificación, el jurisprudente) la que quiere entender, o reconocer (21), que la constitución de la servidumbre proviene de un «título», es que el contenido del artículo 541 responde al mandato de una norma interpretativa, pero no imperativa.

El razonamiento a que se acoge Guilarte, de acuerdo con los autores que defienden la constitución legal de la servidumbre por destinación del padre de familia, es que «la constancia contraria al nacimiento de la escritura o el hacer desaparecer los signos (más claramente se observa aquí) no suponen la posibilidad de probar la voluntad contraria al nacimiento de los signos, sino que son más bien un elemento de hecho necesario para que entre en juego la

(21) En este sentido, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ GERMES, M., *Servidumbres aparentes y no aparentes*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 276 (1951), p. 350.

(22) MIALON, *op. cit.*, p. 16.

presunción». Bueno, ¿desde cuándo unas declaraciones de voluntad de las partes, tan rotundas (realizadas o dichas), que son precisamente las más decisivas para que no se constituya la servidumbre, suponen tan sólo «un elemento de hecho necesario» y no constituye la prueba de la voluntad contraria a los signos? En el momento de la enajenación de uno de los fundos (o parte de uno), ante el signo aparente de servidumbre, las partes siempre tienen la opción de negarlos de una manera concluyente (al destruirlos) o de una forma expresa (documental escrita); esta actitud no supone sólo un elemento de hecho necesario para que entre en juego la llamada presunción legal del artículo 541; se trata de una decisión de una actitud de libre albedrío de las partes que con art. 541 y sin él, siempre ejercitaron, y seguirán ejercitando, según su voluntaria decisión; si se callan, si no deciden suprimir los signos aparentes, el artículo 541 no impide que las partes puedan probar la voluntad contraria al nacimiento de la servidumbre, sino que se deduce más congruente y lógicamente que hay un «título», o sea, que se produjo un acuerdo o asentamiento, que, por no ser expreso, lo es tácito.

En la doctrina francesa más reciente, Mialón (22), entre los nuevos aspectos interpretativos al artículo 694 del Code Civil, no descarta el que se pueda buscar en los actos y circunstancias ulteriores a la separación de los fundos elementos de interpretación del acto de división. Ello es posible precisamente porque la normativa de la destinación del padre de familia en el Código civil francés, al igual que el nuestro, no contiene un mandato imperativo, sino tan sólo interpretativo; por eso, la normativa francesa, como su homóloga española, no emplea una presunción *iure et de iure*, como se pretende por las posiciones legalistas, sino una presunción *iuris tantum*; es decir, que se presume por el legislador (art. 541) que un signo aparente de servidumbre equivale a un título (o sea, a un acuerdo tácito de voluntades), a no ser que haya la prueba en contra, como será cuando las partes hagan desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura, o se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas.

Lo que ocurre es que los civilistas españoles, los que han entendido que nuestro artículo 541 del C. c. impone legalmente este modo singular de constitución de las servidumbres han seguido sobre todo las argumentaciones de la doctrina italiana. Así, Trías de Bes, en sus comentarios a la obra de Serafini (23), comienza por admitir análogamente para nuestro ordenamiento en el artículo 541 una constitución legal o automática de la servidumbre; pero, serán los ilustres profesores Ossorio Morales (24) y Castán Tobeñas (25) quienes harán resaltar específicamente este criterio normativo; el primero (Doctor por Bolonia) para adherirse totalmente al criterio legal expuesto en el comentario que hace a la Sentencia de 3 de marzo de 1942, y, el segundo, como ilustre ponente de dicha Sentencia, aunque sólo sea para concluir con una postura eclesiástica.

(23) SERAFINI, *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp. I (Barcelona, 1927), p. 438.

(24) OSSORIO MORALES, *Comentario a la Sentencia de 3 de marzo de 1942*, en «Revista de Derecho privado», XXVI (1942), p. 411.

(25) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 7.ª ed. II (Madrid, 1950), p. 500 y 503.

Entre los civilistas seguidores de este criterio constitutivo de la servidumbre no abundan en los argumentos históricos, sistemáticos, gramaticales o contextuales, del tráfico jurídico o del espíritu y finalidad de la institución; para mantener su criterio, les basta simplemente aludir el precepto normativo que delimita los requisitos de su concreción, o a ciertos argumentos bajo la influencia notoria del sector legalista de la doctrina italiana (Deiana, Biondi, Branca, Messineo y Tamburrino), como ocurre con sus principales defensores, los profesores Albaladejo (26), González Porras (27) y recientemente Guilarte (28).

Ahora este último autor pretende ver reforzada la tesis de la constitución legal y automática de la servidumbre por destino del padre de familia mediante el apoyo interpretativo de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo. No obstante, al ser consciente de la tesis voluntarista de este alto Tribunal, tiene que calificar su línea de conducta como «irregular», aunque ostinadamente concluya que «las sentencias que toman partido por la teoría de la constitución automática lo hacen de una manera terminante y coherente en todos sus puntos (SS. 6 enero 1932, 23 enero 1962 y 16 abril 1963), mientras que «las sentencias más recientes parecen inclinarse por la mera comprobación de los requisitos del artículo 541 para concluir el nacimiento del gravamen». Y concluye: «Esto parece estar mucho más cerca a nuestra postura que a la voluntarista, y, por último, indicar que el recuento de unos y otros fallos parece mostrar cómo la balanza se inclina hacia las teorías legalistas no sólo por la cantidad, sino, especialmente, por la calidad de las sentencias que la recogen».

Ante tales afirmaciones, se puede advertir cómo el entusiasmo y la pasión pueden oscurecer la realidad, ya que con sólo tres sentencias —por lo demás, sin el efecto automático que se les preconiza—, no se puede llegar a tan optimista conclusión, sobre todo cuando solamente una afirma que «el título aparece por ministerio de la ley» (29), y las demás sólo expresan que «es fuerza rendir acatamiento a los mandatos del artículo 541 del C. c., cuyos efectos hace sobrevivir la ley» (30), o que «a partir del tal instante operó el artículo 541 como título de la expresada servidumbre» (21). En cambio, se prescinde del gran cúmulo de la tarea interpretativa de otras sesenta y siete sentencias (32), de las cuales no se puede deducir lo mismo que de las otras tres.

(26) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil. Derecho de cosas*, Barcelona, 1964, p. 380.

(27) GONZÁLEZ PORRAS, en *Comentarios a la obra de BIONDI, Le servitù*, página 707.

(28) GUILARTE, *La constitución voluntaria de las servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984, pp. 387 y ss.

(29) S. 6 enero 1932.

(30) S. 23 enero 1962.

(31) S. 16 abril 1963.

(32) SS. 14 septiembre 1867, 10 julio 1880, 10 enero, 7 junio, 7 julio y 7 noviembre 1883, 13 junio 1885, 31 mayo y 21 octubre 1892, 26 junio 1893, 7 febrero 1896, 8 febrero, 27 mayo y 4 julio 1889, 31 marzo 1902, 13 mayo 1903, 6 febrero y 12 octubre 1904, 5 abril 1906, 12 octubre 1909, 29 mayo y 17 noviembre 1911, 1 febrero y 10 abril 1912, 29 diciembre 1914, 9 julio y 23

Dado que de una gran parte de estas sentencias he dado cuenta en mis estudios anteriores, ahora voy a fijar mi atención en el criterio interpretativo del Tribunal Supremo llevado a cabo en estos últimos trece años (1970-1983).

3. EL CONTENIDO Y EL ALCANCE DEL SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE: SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1970

En el caso de autos de la Sentencia de 8 de mayo de 1970, los copropietarios de una finca urbana demandan al propietario de la finca contigua y entablan una acción negatoria de servidumbre como consecuencia de la obra nueva que implica la apertura de un hueco o puerta hacia un pasillo, que, si bien era de uso recíproco y común, el demandado sólo podía utilizarlo en parte y conforme a una situación de hecho anterior. La situación de hecho así establecida procedía de que ambas fincas eran el resultado de la segregación de una misma finca matriz, perteneciente a un solo dueño, del cual habían adquirido por compraventa una de las partes en que se dividió la finca.

El Juez de Primera Instancia reconoce que hay una servidumbre de paso en base a lo dispuesto por el artículo 541 del Código civil, si bien al modificarse la situación de hecho anterior debe ser repuesta a su forma de origen. Igualmente, así lo entienden la Audiencia y el Tribunal Supremo, cuando se concluye que «no sólo modifica de hecho el estado preexistente en el momento de constituirse la servidumbre de paso por título de signo aparente en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del C. c., sino que además hace más gravosa la misma».

Un simple legalista atribuirá a la expresión empleada por el Juez y por el Tribunal Supremo («en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del C. c.») un carácter imperativo, mediante el cual se constituye la servidumbre por mandato de la ley, cuando, en realidad, la dicción empleada por la Sentencia no lo es en ese sentido, sino del lugar en que se recoge y explicita por la norma del artículo 541 la serie de requisitos necesarios que caracterizan el supuesto especial de destinación del padre de familia o del propietario; entre esos requisitos, la única sanción de carácter dispositivo es la que se refiere a la atribución, o consideración como «título» a los signos aparentes puestos o conservados por el padre de familia o propietario; o sea, para disponer su fundamento, precisamente, no legal, sino voluntario, confirmando así el convenio o acuerdo existente entre las partes y que, al ser por omisión,

noviembre 1917, 7 enero y 6 marzo 1920, 4 julio 1925, 11 mayo 1927, 10 abril 1929, 24 y 30 mayo 1933, 6 enero 1936, 18 diciembre 1954, 31 octubre 1956, 10 octubre 1957, 4 marzo, 3 abril y 30 octubre 1959, 21 enero 1960, 30 mayo 1961, 11 mayo 1962, 5 enero, 16 abril y 22 noviembre 1963, 2 mayo 1964, 20 diciembre 1965, 24 noviembre 1967, 30 marzo y 15 junio 1968, 8 mayo 1970, 26 enero y 21 junio 1971, 2 junio y 6 julio 1972, 27 abril 1973, 27 octubre 1974, 11 junio y 30 diciembre 1975, 10 diciembre 1976, 30 junio 1978, 9 abril 1979, 3 julio 1982, 7 julio y 22 septiembre 1983.

es decir, tácito, se podría considerar un tanto dubitativo. En definitiva, resulta que lo dispuesto por el legislador en el artículo 541 es la caracterización del supuesto, según el cual, cuando las partes de un modo expreso no niegan o destruyen el signo aparente de servidumbre, hay que entender su actitud como «título», es decir, como el convenio que, por no ser expreso, se considera existente en base a la constancia de los signos aparentes de servidumbre. Por tanto, el mandato no es para que nazca la servidumbre por obra de la ley, sino en función del comportamiento de las partes, cuando ante el signo aparente se han callado, lo toleran; cuando pudiendo haber actuado o haber hablado, no expresan su repulsa ante el signo; quiere decir que, por tales actos concluyentes de mantener el signo aparente es porque el legislador le reconoce los efectos de «título». O sea, que en este caso el mandato del legislador es para que nazca precisamente como servidumbre voluntaria; aquí el legislador arbitra, mediante el recurso técnico legislativo de una presunción *iuris tantum*, la posibilidad de que las partes opten expresamente por la extinción, o tácitamente por la constitución de la servidumbre. De este modo, se dispone el supuesto del artículo 541 a la inversa de otros negocios jurídicos; es decir, que la supresión o extinción del signo aparente de servidumbre ha de ser realizada o manifestada expresamente por las partes, mientras que para su mantenimiento o constitución como servidumbre, al ser tan evidente y relevante su situación aparente por los signos, si se callan o abstienen dichas partes, se hace evidente o concluyente que la quieren así, puesto que siempre tienen libertad y posibilidad de decidir que esos signos aparentes se destruyan o desaparezcan en el momento de llevarse a cabo la enajenación de una de las fincas.

Además de lo que tengo expuesto en otro lugar para este Sentencia (33), se debe añadir que en ella, el alto Tribunal, en su interpretación, toma muy en cuenta «el estado de hecho preexistente en el momento de constituirse la servidumbre de paso por título de signo aparente», es decir, la relevancia de la apariencia, en cuanto constatación del resultado de una actuación u omisión de las partes, y, la consideración de la naturaleza voluntarista («por título») de la modalidad constitutiva de la servidumbre.

El estado de hecho preexistente de un servicio, apto para ser servidumbre en el momento de la enajenación de una de las fincas, es siempre el resultado de dos actuaciones anteriores: La primera es el acto de destino y mantenimiento del servicio que le atribuyó su propietario, cuyo contenido y carácter idóneo, posteriormente, cuando la finca se enajena, pueda llegar a constituir una servidumbre, puesto que el ejercicio anterior por el *dominus* lo es por derecho propio, ya que *nemini res sua servit*; la segunda actuación lo es por omisión de las partes en la enajenación, al no suprimir o destruir el signo aparente de servidumbre, ni al declarar expresamente su negativa en ese momento de separación, lo que no supone un requisito objetivo que lo imponga la ley, sino que es una manera de actuación, o de declaración tácita de las partes, ya que, de no haberlo querido o consentido, siempre tu-

(33) BONET CORREA, *El contenido de las servidumbres constituidas por signo aparente (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1970)*, en «Anuario de Derecho Civil», XXIV-3 (1971), pp. 1058 y ss.

vieron la posibilidad de destruirlo o manifestarse expresamente en su contra, dada su manifiesta apariencia.

Además, es aquel estado de hecho de los bienes, su conformación y apariencia, lo que tiene un valor relevante en el tráfico jurídico, tanto desde su alcance identificativo como patrimonial; es más, dentro del sistema de la organización jurídica de la publicidad, dicha apariencia viene a equiparar y suplir la inscripción registral. De aquí que tal estado de hecho, o apariencia, se identifique, tanto por vía interpretativa como por vía legal, con el resultado volitivo real de las partes en la enajenación y se equipare a un título, pues, ante la evidencia del signo aparente, las voluntades de las partes si no lo rechazan expresamente es lo que lo admiten tácitamente. Esto es algo tan evidente que está en la mente más simple de cualquier ciudadano o paisano, incluso el más analfabeto o el que desconozca la redacción del artículo 541; le será suficiente la apariencia de las entradas y salidas, de los caminos o acueductos que atraviesan la finca que va a adquirir, así como las ventanas y balcones de la casa que va a comprar, para ser consciente de aquellos servicios que están establecidos o conservados por el anterior propietario en el momento que se enajena el bien inmueble; sabe, o debe saber por su apariencia, que lo adquiere así y no de otra manera. Es la realidad de la apariencia de los servicios lo que el legislador legitima y no su constitución automática; le es suficiente dar por interpretadas las conductas de las partes, ante los signos aparentes, con el fin de eliminar controversias y mantener la seguridad del tráfico patrimonial, si bien respetando su decisión en caso de que los supriman o se opongan a ellos expresamente. Por eso, nuestro Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 8 de mayo de 1970, descalificaba toda modificación posterior y destacaba el valor normativo del «estado de hecho preexistente en el momento de constituirse la servidumbre de paso por título de signo aparente en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil». No se puede concluir, pues, ni ver en la dicción «lo dispuesto» que hace el intérprete, el que se deduzca un mandato imperativo del legislador, ya que la constitución de la servidumbre depende de la actitud que adopten las partes, de su declaración expresa de suprimirla o bien de su actitud omisiva ante la apariencia de los signos; actitud esta última que el legislador no impone, sino que solamente considera y confirma como «título».

4. LA CREACION Y EQUIPARACION DEL SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE POR EL MISMO PROPIETARIO DE LAS FINCAS Y LA CONSTITUCION TACITA DE LA SERVIDUMBRE EN LA PARTICION HEREDITARIA: SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1971

La Sentencia de 26 de enero de 1971 contemplaba el supuesto en que las fincas procedentes de un mismo propietario, ya tenían entonces los caminos que hoy las cruzan y son objeto de debate, por lo que los signos aparentes y su ejercicio, se mantuvieron y continuaron una vez divididas dichas fincas entre los coherederos.

La litis se plantea entre quienes pretenden que se trataba de una mera tolerancia la existencia de los caminos y aquellos que afirmaban su ejercicio como servidumbres de paso amparadas por el artículo 541 del Código Civil. La primera tesis, aceptada por el Juez de Primera Instancia, fue revocada por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Supremo, cuya Sentencia de 26 de enero de 1971, establece que «no es preciso que el signo de servidumbre lo establezcan el mismo dueño anterior, o por los que después dividieron, pues basta para ello que unos y otros hayan mantenido o conservado el servicio, establecido con anterioridad, más o menos remota, por otras personas como aquí se asegura que las dos fincas fueron una sola».

Según ya tengo afirmado (34) el acto o actos de destinación del propietario, por los que se crea el servicio entre sus fincas, o una finca que después se divide o dos, son actos que entran en la categoría de los negocios de disposición, ya que el propietario los realiza con plena consciencia (*scientia*) de sacar un provecho entre ellas y sólo él puede llevarlos a cabo para que logren aquella trascendencia posterior, según se requerirá por el artículo 541; por eso, no serán nunca actos dispositivos los que realicen los meros titulares de un uso o aprovechamiento de las fincas como los arrendatarios, administradores, precaristas o detentadores, ya que carecen de la legitimación y del poder suficiente para lograr una transformación del contenido jurídico y material de la finca o inmueble que usan o disfrutan.

Sin embargo, Guilarte (35) cree con Biondi que estamos en presencia, no de un acto de disposición, sino de mera administración, ya que los actos suponen el normal al ejercicio del derecho de propiedad. Naturalmente que en el desarrollo del derecho dominical por el propietario puede haber meros actos de ejercicio o gestión de su derecho de propiedad; pero también hay otros actos que, si de momento no trascienden de la esfera interna, no obstante, pueden estar marcados por su «destinación» o «afectación» futura; son aquellos servicios que realiza el propietario con una cierta idoneidad que, sin embargo, mientras pertenezcan a su misma titularidad (*nemini res sua servit*), pero que si se siguen manteniendo hasta la enajenación, llegan a tener plena efectividad; por eso son actos con naturaleza dispositiva; la intencionalidad inmediata o mediata por la que los establece su propietario queda revelada finalmente por la situación de hecho y la apariencia del servicio que se mantiene funcionalmente hasta la enajenación.

Es por ello, por lo que a mi juicio los actos de destinación no son simples actos de gestión, puesto que pueden implicar el desenvolvimiento de un servicio adecuado e idóneo en la modalidad de explotación y transformación de las fincas; se basan en una razón utilitaria o del destino objetivo que prestan, tanto para su propietario, como en caso de enajenación para el que la adquiera, debido a su vocación de *ius in re aliena*. Es por lo

(34) BONET CORREA, *La constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria*, en «Anuario de Derecho Civil», XXVII-2 (1973), pp. 657 ss.

(35) GUILARTE, *op. cit.*, p. 420.

que el acto de destinación resulta no sólo para el propietario en función de un servicio útil, sino que trasciende a la propia estructura de las fincas, aunque, en principio, sea en vista de su exclusivo beneficio; así, al llevarlos a cabo (abrir una ventana, hacer un camino, construir un acueducto, etcétera), implican ya una alteración del contenido del derecho de propiedad de la finca, de su estructura material y formal. De aquí la importancia que adquiere la apariencia de los signos externos de los servicios con potencial de servidumbre que se establecen y que se mantienen hasta el momento de la división y enajenación de la finca. Que sea el propietario de dos fincas, o de una que se divide, quien haya realizado el signo, o lo hubiera conservado si existía anteriormente, es un requisito fundamental constatado normativamente por el artículo 541 del C. c. y que se confirma por la interpretación del T. S. (S. 10 octubre 1957).

En el caso de autos, al haberse mantenido los signos aparentes, o caminos, en una situación de cotitularidad, supone la confirmación de *scientia* y *patientia* (que requerían los clásicos) de las partes y concretamente en el caso de autos en los copropietarios.

La segunda cuestión fundamental que aborda esta Sentencia de 26 de enero de 1971 es la que se refiere a cómo «la conservación del signo aparente del uso establecido revela la voluntad de los propietarios de mantenerla», (la servidumbre) (36). Además, por tratarse de un caso de transmisión hereditaria, en el que, según el Tribunal Supremo «no se ha justificado la desaparición de tales caminos al hacer la división de las fincas para demostrar la falta de voluntad de que existieran, no pueden menos que apreciarse que tales vías de paso de una a otra finca pueden ubicarse en el ámbito del artículo 541 del Código civil». Efectivamente, que se conserven los signos aparentes —en este caso los caminos— es para el Tribunal Supremo la interpretación correcta de que hay una voluntad clara por parte de los propietarios de mantenerlos; también advierte cómo esa voluntad se confirma en el momento de hacer la división de las fincas, pero no por la vía expresa, sino por la tácita, ya que entiende que «no se ha justificado la desaparición de tales caminos al hacer la división de las fincas, para demostrar la falta de voluntad de que existieran». No obstante, Guilarte (37) ha concluido que esta Sentencia es vacilante en orden a la consideración sobre el fundamento de este modo constitutivo, porque si parece inclinarse por la teoría voluntarista su considerando segundo, sin embargo, el tercero, en cambio, parece decidirse por una aplicación automática del artículo 541. Me parece que la vacilación procede más del propio comentarista que del Tribunal Supremo, pues, la referencia que este último hace a la voluntad de las partes en el momento de la enajenación la considera en función de la conservación de los signos aparentes (caminos), que «pueden ubicarse en el ámbito del artículo 541 del Código» o que «tienen su encaje legal en el artículo 541 del Código», o sea, que para el Tribunal Supremo se trata de que la voluntad de las partes, la no expresada —ya que

(36) Citada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 294.

(37) GUILARTE, *op. cit.*, p. 496.

no se ha justificado la desaparición de tales caminos— ante la presencia de los signos, como es la tácita —por la conservación o mantenimiento del signo aparente en el momento de la enajenación de las fincas sin una referencia expresa— son los requisitos que tienen su «encaje legal», o que pueden «ubicarse» en el ámbito del artículo 541 del Código civil; si «ubicarse», o «tener su encaje legal» en el artículo 541 significa que por ello se constituye la servidumbre automáticamente, teniendo así un fundamento legal y no voluntario, me parece que se retuerce y fuerza la interpretación de nuestro alto Tribunal para sustituirla por la de aquellos otros ilustres autores italianos que en nuestro supuesto normativo carece de fundamento. Nunca he creído en el automatismo de la ley, aunque sí en el efecto radical de sus disposiciones imperativas; incluso en éstas, su mandato va dirigido a conductas, las cuales han creado relaciones y situaciones jurídicas válidas o nulas, pero siempre con una apariencia o unos resultados que habrá que combatir y que, con arreglo al principio de justicia rogada de nuestro ordenamiento positivo, habrá que poner en marcha hasta lograr su eficacia o ineficacia.

Tampoco hay que confundir la eficacia inmediata que produce la actuación de las partes con arreglo a lo normado facultativamente por la ley, según ocurre para el caso de autos, con el mandato imperativo que impone la ley a una determinada conducta de las partes estableciéndose en virtud de su autoridad la constitución de una servidumbre.

En el caso concreto de que la enajenación se produzca a través de un supuesto de sucesión intestada no cabe decir que los herederos habrán de aceptar los bienes sin saber o poder conocer y rechazar la servidumbre. En primer lugar, no cabe adoptar una interpretación restrictiva para excluir el supuesto de destinación del padre de familia, según pretendió Sánchez Román (38), puesto que la presunción de libertad de la propiedad no puede ser considerada en este caso, al quedar negada rotundamente por los propios signos aparentes de la servidumbre (los caminos en el caso de autos), incluso, cuando se haga constar de una manera general que «las fincas están libres de toda servidumbre», pues, los signos concretos tienen más fuerza como título que esa declaración generalizada como cláusula de estilo (SS. 10 octubre 1957, 30 abril 1959, 31 enero 1960, 16 abril 1963 y 2 junio 1972). Tampoco me parecen sostenibles los argumentos de Sancho Rebullida (39) —analizados en otros escritos (40)—, puesto que los herederos, si efectivamente quieren rechazar el servicio del signo aparente, tienen la ocasión de manifestarse expresamente en su contra en el momento de la partición, fuera del cuaderno particional o de cualquier otro modo documental, según el propio Tribunal

(38) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed. III (Madrid, 1900), p. 649.

(39) SANCHE REBULLIDA, *¿Puede la fatalidad originar servidumbres?. En torno al artículo 541 del Código Civil*, en «Revista Universidad», IV (1946), páginas 39 y ss.

(40) BONET CORREA, *La posibilidad de impedir la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria*, en «Anuario de Derecho Civil», XIII-2 (1960), p. 635 ss. y *La constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria*, en «Anuario de Derecho Civil», XXVI-2 (1973), páginas 657 y ss.

Supremo tiene confirmado para diversos supuestos de sucesión abintestato (41).

La apariencia de los signos es tan elocuente que no cabe argumentar que alguna de las partes los puede ignorar; si la finca o inmueble se adquiere por plano, sin trasladarse a verla, por correspondencia, etc., no es que ignore o la quiera de otro modo a como aparecía, sino todo lo contrario, es que se admite y se adquiere tal como está; la falta de diligencia o incuria del adquirente no le excusan, ni suprimen su voluntad adquisitiva en el negocio de enajenación que lleva a cabo; por el contrario, asume sus consecuencias (*ius civile vigilantibus scriptum est*); igualmente, ante la falta de diligencia o incuria cuando deja que la finca la adquieran por usucapión, o cuando le imponen una expropiación forzosa. No es verdad —como me pretende rebatir Guilarte (42)—, que en tales supuestos falta la voluntad de la parte, porque nada sabía, o porque se le impone, ya que si no lo sabe es porque no quiere saberlo y, si se le impone también lo sabe; se olvida que la voluntad tácita de las partes —según queda analizado—, es aquella que se deduce, no subjetivamente, sino objetivamente de los *facta concludentia*, precisamente por eso, es por lo que la propia norma considera los signos aparentes como un «título (ahora bien título voluntario, no legal), tal como la propia interpretación del Tribunal Supremo ha realizado en la presente Sentencia de 26 enero 1971.

5. LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONSTITUCION DE LA SERVIDUMBRE POR DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA: SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1971

En esta sentencia se contempla una interpretación inadecuada del artículo 541 del Código civil por la parte litigante, ya que el signo aparente de servidumbre que fue objeto de pleito, referente a una puerta de paso entre los dos fundos, fue establecida por quien no era propietario de ninguno de ellos. De aquí que, el Tribunal Supremo, afirme que «hay interpretación errónea del artículo 541 del Código civil, toda vez que la constitución por signo aparente de las servidumbres y que la doctrina viene denominando por destinación o destino del padre de familia, precisa el cumplimiento de determinados requisitos».

Efectivamente, a pesar de que se trata de un modo negocial de constitución de las servidumbres (ya que se realiza por la enajenación de uno de los fundos, lo sea mediante actos *inter vivos* o *mortis causa*), son sus particulares requisitos los que lo caracterizan y configuran, tanto tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia, como normativa por los Códigos civiles, en cuanto modalidad singular. Esta singularidad aparece reconocida y recogida —que no impuesta legalmente, según pretende cierto sector doctrinal español por notoria influencia de la doctrina italiana— por nuestro artículo 541 del Código civil.

(41) SS. 7 noviembre 1883, 21 octubre 1892, 26 junio 1893, 5 abril 1906, 17 noviembre 1911, 7 enero 1925, 6 enero y 3 marzo 1942, 21 enero 1960, 20 diciembre 1965 y 26 enero 1971.

(42) GUILARTE, *op. cit.*, pp. 502 a 508.

Los requisitos esenciales que el artículo 541 menciona son: a) Que exista un signo aparente de servidumbre entre dos fincas; la jurisprudencia aclara que también puede ser cuando una misma finca se divide en dos o más porciones materiales (SS. 7 noviembre 1883, 26 junio 1883, 31 marzo 1902, 6 febrero 1904, 5 abril 1906, 7 enero 1920, 10 abril 1929, 10 octubre 1957, 30 octubre 1959, 8 mayo 1970, 27 abril 1973, 27 octubre 1974, 3 julio 1982); b) Que el signo sea establecido por el propietario; la jurisprudencia también admite que el signo aparente, si no fue establecido originariamente por el propietario, al menos, sea conservado y mantenido por él (SS. 10 octubre 1957, 26 enero 1971); c) Que se enajene una de las fincas; la doctrina y la jurisprudencia entienden y abarcan cualquier modalidad negocial (*inter vivos* y *mortis causa*) que implique una transmisión del derecho de dominio de los bienes inmuebles; d) Que no haya una declaración contraria a la existencia del signo en el título de enajenación, o se haga desaparecer antes del otorgamiento de la escritura; la jurisprudencia aclara que no basta expresar genéricamente que la finca se transmite libre de cargas o sin ninguna clase de servidumbres, ya que se hace necesaria una declaración explícita sobre la carga concreta (SS. 10 julio 1880, 10 enero 1883, 6 febrero 1904, 5 enero 1963, 20 diciembre 1965, 2 julio 1972, 30 diciembre 1975).

En el caso de autos de la Sentencia de 21 de junio de 1971, el signo aparente de servidumbre (una puerta de paso) no había sido establecida por el propietario de ambos fundos, sino «por quien no era propietario de ninguno de ellos», «por lo que no llegaron a ser en ningún momento de un solo propietario, faltando dos de los esenciales requisitos necesarios para tener por constituida la pretendida servidumbre por signo aparente o destino del padre de familia».

Que el signo aparente de servidumbre deba ser establecido, o, al menos conservado, por el propietario de ambos fundos, o de uno que se divide, no es sólo un presupuesto legal, sino el fundamento fáctico para que dicho signo aparente pueda ser considerado como un «título», es decir, el indicio plasmado de la voluntad de su constitución o mantenimiento en el momento de la enajenación; si no ha sido el propietario de los fundos quien creó el servicio aparente, quiere decir que su establecimiento fue posterior a la enajenación y, por tanto, ha faltado no sólo el requisito material necesario normativamente establecido, sino también el presupuesto esencial de titularidad del dominio para poder proceder a disponer de su transformación tal como implica un *ius in re aliena*.

6. LA CONSTATAION CONCRETA EN CONTRA DE LOS SIGNOS APARENTES DE SERVIDUMBRE Y LA ACTITUD POR OMISION DE LAS PARTES AL NO HABER DESTRUIDO LOS SIGNOS QUE LA EXTERIORIZAN: SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1972

El Tribunal Supremo declara en esta Sentencia que «la doctrina emanada de esta Sala en repetidas sentencias, que estiman, de acuerdo con el artículo 541, que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas se considerará, si se enaje-

nase una de ellas subsistiendo dicho signo, como título suficiente para que aquélla continúe activa y pasivamente, salvo se haga constar lo contrario en el documento de enajenación de cualquiera de ellas, al tiempo de formalizarse la transmisión, manifestación ésta, que ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente la declaración de que la finca se vende libre de cargas (SS. 10 octubre 1957, 30 abril 1959, 21 enero 1960, 16 abril 1963, entre otras muchas)» (43). Además, «el simple hecho de no haberse expresado el propósito de la constitución de la servidumbre sobre el fundo contiguo no lleva en sí, ni puede deducirse de ello, la inexistencia de aquélla, porque la doctrina jurisprudencial sienta que, al no haber sido destruido los signos que la exteriorizan, ni hacerse constar en la enajenación nada en contrario, de forma clara y terminante, ha de entenderse subsistente la servidumbre».

En esta sentencia se presentan dos cuestiones fundamentales: a) La que se refiere a la negación expresa que las partes han de hacer del signo aparente de servidumbre entre las fincas, al llevar a cabo la enajenación; b) La que atañe a su actitud pasiva, o por omisión, ante el signo aparente, al no haber destruido los signos que la exteriorizan.

Respecto a la primera cuestión interpretativa que plantea esta sentencia, en cuanto al signo aparente de servidumbre, es la de proclamar su fuerza constitutiva en cuanto «título suficiente» para que «aquélla continúe activa y pasivamente»; la consideración del signo aparente a un «título suficiente» sabemos que es el fundamento constitutivo de la servidumbre del cual el legislador confirma la admisión de la servidumbre por el silencio de las partes ante dicho signo aparente y la falta de su declaración expresa negativa respecto a ellos. Hay que insistir en que si bien el legislador es el que deduce la presunción de un título, no por eso la constitución de la servidumbre tiene su origen en la ley y poder sacar la consecuencia, como hace Guilar-te (44) de que la servidumbre se constituye de una manera objetiva cuando se cumplen las condiciones legalmente exigidas; creo que aquí se vuelven a confundir los requisitos normativos de legitimación con el carácter dispositivo o facultativo de la norma respecto a los actos y relaciones jurídicas; en toda actividad negocial las partes han de acomodarse a los requisitos generales (consentimiento objeto, causa y forma), como a los particulares de la relación que entablan; no sólo por acomodarse a las condiciones legalmente exigidas estamos ante una creación legal, sino que nuestra conducta es válida, en conformidad con el ordenamiento positivo; otra cosa es que la relación se imponga a las partes (la quieran o no) y surja por el solo efecto dispositivo de la ley. Pero este no es el caso normado en el artículo 541 del C. c., donde se deja libertad a las parte en el negocio de enajenación para que dilucidan acerca de su conveniencia de mantener o no los signos aparentes de servidumbre. Cuando, como aquí concluye el Tribunal Supremo, «salvo se haga constar lo contrario en el documento de enajenación de cualquiera de ellas» (las fincas), «al tiempo de formalizarse la transmisión», «manifestación ésta, que ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente la declaración de que la finca

(43) Sentencia citada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 294.

(44) GUILARTE, *op. cit.*, p. 497.

se vende libre de cargas» y «no haber sido destruidos los signos que la exteriorizan», «ha de entenderse subsistente la servidumbre» (mejor dicho, el servicio que se transforma en servidumbre), lo es en base a la decisión de la voluntad de las partes, bien expresa (al hacer constar en el documento de enajenación su actitud contraria a los signos aparentes), o bien tácita (al no haber destruido los signos que exteriorizan el servicio, ni hacer constar en la enajenación nada en contrario), pero nunca porque la ley impone la servidumbre.

En cuanto a la segunda cuestión interpretativa del Tribunal Supremo, respecto a que la actitud de las partes sea por omisión, Guilarte (45) considera que en esta sentencia hay exclusión de las condiciones de tipo subjetivo, como son la voluntad del sujeto destinante u otra voluntad presunta que se pretenda exigir para la constitución del gravamen. No se adivina cómo puede afirmarse esto, cuando la sentencia, precisamente, manifiesta que «el simple hecho de no haberse expresado el propósito de la constitución de la servidumbre sobre el fundo contiguo, no lleva en sí, ni puede deducirse de ello, la inexistencia de aquélla, porque la doctrina jurisprudencial sienta que, al no haber sido destruido los signos que la exteriorizan, ni hacerse constar en la enajenación nada en contrario, de forma clara y terminante, ha de entenderse subsistente la servidumbre». El entenderse subsistente la servidumbre (mejor dicho, el servicio aparente, equivalente a una servidumbre) (46) lo es por deducción del comportamiento de las partes, no porque lo quiera la ley; antes de estar normado por el artículo 541, también se entendía así por la doctrina tradicional y por el propio Tribunal Supremo, según queda visto. La ley no hace más que legitimar normativamente el supuesto de destinación del padre de familia; son las partes quienes, con sus actos y negocios de enajenación, llevan a cabo, con su comportamiento expreso o tácito, la negación o la constitución de la servidumbre.

7. EL REQUISITO DE QUE EL SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE SE ESTABLEZCA POR EL PROPIETARIO Y EN SUS FINCAS: SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1972

Que el servicio sea establecido por el propietario de dos fincas (o una parte que se separa) que tenga una apariencia y un contenido similar a una servidumbre y que una de las fincas (o de la parte) se enajene a otro titular, son unos requisitos esenciales para que la servidumbre se constituya y adquiera posteriormente.

En el caso que nos presenta la Sentencia de 6 de julio de 1972 resulta que el propietario construye una terraza, pero sin guardar las distancias o límites establecidos para este caso en los artículos 582 y 585 del Código civil, o sea, de dos metros, cuando se trate de «balcones o voladizos semejantes», sobre la finca del vecino. Enajenadas las fincas, el nuevo adquirente preten-

(45) GUILARTE, *op. cit.*, p. 497.

(46) V. mi nota: *Servidumbre de luces y vistas. Subsistencia de la servidumbre en base a los signos aparentes. Aplicación del artículo 541 del CC.* en «Anuario de Derecho Civil», XXVI-2 (1973), p. 667.

de tener frente al vecino, que se anexionó la franja de terreno colindante con el voladizo o terraza, una servidumbre de luces y vistas, impidiéndole mediante interdicto que construya frente a dicha terraza, en base a que la considera como servidumbre surgida por signo aparente del artículo 541 del Código civil.

La Sentencia de 6 de julio de 1972 precisa que «no basta con que exista el signo aparente, sino que es necesario que el predio sirviente reúna las condiciones necesarias para poder soportarla íntegramente»; en el caso presente debiera haber tenido, al menos, la anchura mínima suficiente para que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante (dos o tres metros, según los artículos 582 y 585 del C. c.), por tanto, la sentencia, concluye: «como a partir de la vertical del voladizo, terraza, la anchura media del patio posterior, que hubiera de soportar las vistas, tiene sólo metro setenta y cinco centímetros, el dueño de ambos fundos no pudo, por sí y ante sí, invadir la propiedad del vecino, constituir la servidumbre, que, la sentencia con apoyo en el artículo 541 del Código, da por establecida».

Está claro que en el caso de autos no se cumple el requisito necesario de que el servicio aparente, establecido por el propietario, se establezca sobre sus propias fincas, ya que dicho servicio (la terraza) invade otra finca ajena al no haber guardado las distancias reglamentarias; por tanto, la Sentencia concluye que «no basta con que exista el signo aparente, sino que es necesario que el predio sirviente reúna las condiciones necesarias para soportarla íntegramente». Efectivamente, tiene razón García García (47), que la *ratio* de la exclusión del texto del artículo 541 del C. c., no está en la dimensión de las fincas, sino en la imposibilidad de que queden afectadas otras distintas a las que pertenecían al propietario creador del signo aparente, puesto que ni dicho artículo, ni ningún otro, exige que el predio sirviente tenga determinadas dimensiones, sino que lo único que exige es que el signo ha de crearse por el propietario de «ambas» fincas (es decir, no respecto a otras ajenas no pertenecientes al mismo).

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de este modo constitutivo de la servidumbre, esta Sentencia se expresa en los términos siguientes: «Para que pueda darse por constituida la servidumbre aparente entre dos predios pertenecientes al mismo propietario y para que continúe, salvo pacto en contrario, al ser vendido cualquiera de ellos, no basta con que exista el signo aparente «... Es decir, que la Sentencia se preocupa más de que, en el caso de autos, se reúnan los requisitos proclamados por el artículo 541 del C. c., al entenderlos normativamente al pie de la letra (la «servidumbre aparente, para que continúe»), que tomar una posición concreta al respecto, si bien, al entender la posibilidad de un acuerdo expreso de las partes en contra el signo aparente («salvo pacto en contrario»), nos advierte sobre las posibilidades de autonomía de la voluntad de las partes para oponerse expresamente a que el servicio (que no la servidumbre) continúe.

(47) GARCÍA GARCÍA, *Comentarios a la S. 6 julio 1972*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 499 (noviembre-diciembre 1973), pp. 1549 ss.; ahora en *Sentencias comentadas del TS. Derechos reales e hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 301 y ss.

8. LA NO DECLARACION EXPRESA DE LAS PARTES EN CONTRA DE LOS SIGNOS APARENTES AL DIVIDIRSE UNA FINCA POR SUCESION HEREDITARIA: SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1973

El caso de esta Sentencia de 27 de abril de 1973 es el de una finca que pertenecía a unos esposos y que por sucesión hereditaria se adjudica en tres partes a sus hijos, permaneciendo un camino de servicio que las cruzaba. Con posterioridad, dos de los hijos van contra la existencia del camino y pretenden que se suprima, mientras que el otro sostiene que es una salida necesaria y que la servidumbre se constituyó en base al artículo 541 del Código civil.

El Tribunal Supremo sostiene que «la sentencia recurrida está fundamentada en unos hechos, en virtud de los cuales el camino que se discute se estima como servidumbre necesaria para que el aprovechamiento de las fincas tenga lugar ... y que como el signo aparente de ella es un título para que continúe si al tiempo de dividirse la propiedad no se expresa lo contrario, como así ocurrió, es lógico que al no constar nada en contra de su persistencia, ella deba prevalecer, y como estos hechos resultan irreversibles por no haberse atacado de forma procesal adecuada y no resulta admisible suplantarlos por otros para deducir criterio contrario, es obvio que ni se da la aplicación indebida del artículo quinientos cuarenta y uno ni tampoco la violación del quinientos sesenta y ocho, ambos del Código civil».

La Sentencia mantiene, o no excluye, dos posibilidades constitutivas de la servidumbre de paso: a) La que permite el artículo 541 del Código civil a las partes, ante el signo aparente de servidumbre; b) La que se establece legal o forzosamente por los artículos 564 y siguientes, en caso de que la finca quede enclavada.

Esta Sentencia, al no desechar las dos posibilidades constitutivas de la servidumbre, bien por vía voluntaria o ya por vía legal, nos muestra las diferencias de su naturaleza. Conforme al artículo 541, la Sentencia insistirá «como el signo aparente de ella (de la servidumbre) es un título» y «que si al tiempo de dividirse la propiedad no se expresa lo contrario, como así ocurrió, es lógico que al no constar nada en contra de su persistencia, ella deba prevalecer». La voluntad de las partes aquí es, pues, decisiva, si bien en este supuesto ocurra de otra manera la forma de declararla, ante la evidencia del signo aparente de servidumbre; por eso, las manifestaciones de voluntad para negar el signo aparente de servidumbre han de ser expresas y constatadas, mientras que, ante la permanencia de dicho signo resulta suficiente una voluntad tácita, pasiva o concluyente (ya que tradicionalmente se entendió así por la doctrina y la jurisprudencia y hoy se confirma por el artículo 541, como «título») para entender su constitución.

La Sentencia no se limita a constatar —como cree Guilarte (48)— que, una vez producidas las condiciones del artículo 541, nace la servidumbre, pues tampoco excluye la posibilidad de una servidumbre necesaria y la no violación del artículo 568 del Código civil. Además, aunque en el caso de autos

(48) GUILARTE, *op. cit.*, p. 497.

se reúnan los requisitos que precisa el artículo 541 del C. c., tampoco quiere decir que la constitución de la servidumbre sea legal o forzosa, sino que las partes al no haber expresado nada en contra de los signos aparentes, dichos signos serán considerados como «título», o sea, como el convenio por el que se constituye la servidumbre.

9. LA CONSTITUCION TACITA DE LAS SERVIDUMBRES EN LA PARTICION HEREDITARIA EN BASE AL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL:
SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1974

En el caso de autos de esta Sentencia, se presenta otro supuesto de partición hereditaria de unos bienes inmuebles en la que los herederos acordaron expresamente el mantenerse en un condominio y, concretamente, se inscribía en el Registro de la Propiedad, la existencia de un «patio para el servicio común de las casas que forman la manzana de edificios del paseo de Begoña, correspondiente a la herencia de D. L. T.». Después de ser vendida una de las casas y dividida en propiedad horizontal, al nuevo dueño de un bajo, se le niega por los otros propietarios a servirse del patio.

El Tribunal Supremo declara que, «en el supuesto de que el causante de una herencia haya afectado unos fundos para prestar ciertos servicios en favor de otros, estableciendo los correspondientes signos externos aparentes de servidumbres, éstas se constituyen precisamente en el momento en que sus herederos realizan la partición y prestan su conformidad a que persistan tales signos, conformidad que pueden manifestar de modo expreso haciéndolo constar, o de manera tácita, guardando silencio sobre ello, sin hacer desaparecer aquellos signos» (49).

Para este caso, el Tribunal Supremo narra que «la llamada por la doctrina francesa e italiana constitución de la servidumbre por destinación del padre de familia o del propietario común, tuvo su origen en los postglosadores, que admitieron que cuando el propietario de dos fundos destinaba uno de ellos al servicio del otro con signos visibles, se entendía constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertenecer ambos predios al mismo propietario, sin que se hiciera constar manifestación contraria; y así ha pasado a nuestro Código por el doble conducto de la legislación extranjera y de la jurisprudencia y aparece formulado en el artículo 541» (50).

Con esta breve síntesis histórica del Derecho comparado, la Sentencia deja constancia de la génesis del artículo 541 del Código civil y, además, viene a concretar, en particular, el alcance interpretativo que tiene el término «enajenación», al comprender el supuesto de una partición hereditaria. A este respecto, añade que la doctrina científica y la jurisprudencia dan ñ

(49) El Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente que la división de la cosa común puede dar lugar a la servidumbre por el artículo 541 del C. c. (SS. 6 febrero 1904, 10 abril 1929 y 10 octubre 1957). Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A., *La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia*, en «Anuario de Derecho Civil», XVIII-2 (1965), p. 390.

(50) Cfr. BONET CORREA, *La constitución tácita del derecho de servidumbre en la partición hereditaria* (Sentencia del T. S. de 17 de octubre de 1974), en «Anuario de Derecho Civil» XXIX-3 (1976), pp. 966 y ss.

la voz «enajenar», a estos efectos, un sentido amplio, comprendiendo en él tanto la enajenación a título oneroso como la realizada a título gratuito, la enajenación total como la parcial y además la división de una sola finca —SS. 6 febrero 1904, 17 noviembre 1911, 10 abril 1929, 10 octubre 1959 y 30 octubre 1959—; y, por lo que se refiere al caso concreto, el Tribunal Supremo concluye que «quienes constituyeron las servidumbres litigiosas, según dicha sentencia, fueron los herederos al formalizar la partición, que era el momento en que, efectivamente, por mutuo acuerdo, podían constituir las o hacerlas desaparecer»; insistiendo en «que el verdadero acto por el que nacen a la vida del Derecho, las servidumbres litigadas, es precisamente ese de la partición, según ya queda razonado, pues sin él, aunque el causante lo hubiera dispuesto, podía ser incumplido este mandato si todos los herederos estaban conformes en que no subsistiera la afectación ordenada de que ese fundo *pro indiviso* prestase ciertas servidumbres en favor de las casas de dicha manzana».

Con esta Sentencia se confirma, una vez más, que la modalidad constitutiva de la servidumbre recogida por el artículo 541 del C. c. es de naturaleza tácita, ya que las partes lo hacen constar así, «guardando silencio sobre ello», «sin hacer desaparecer aquellos signos».

Para algún comentarista, como García García (51), lo importante en estos casos no es que haya una manifestación positiva expresa de la servidumbre, siempre discutible, sino que no haya habido una declaración terminante y clara de signo contrario a la servidumbre; en el caso del artículo 541, existiendo el signo externo, la servidumbre se constituye, a no ser que se manifieste terminantemente lo contrario. Guilarte (52) reconoce que esta Sentencia es partidaria de la tesis voluntarista, aunque prefiera resaltar la contradicción en que cae cuando advierte cómo las partes de manera expresa dan su conformidad respecto al signo aparente de servidumbre (patio común) y, no obstante, a renglón seguido, incongruentemente se considera que aparecen cumplidos los requisitos que la jurisprudencia señala para que se cree la servidumbre regulada en el artículo 541»; aquí, concluye, no se puede hablar en modo alguno de que este modo constitutivo es el regulado por el artículo 541, sino que el mismo es el del artículo 537 y el título constitutivo será el acuerdo particional y no el signo aparente.

10. LA PRESUNTA VOLUNTAD DE LAS PARTES POR LA NO DESTRUCCION DE LOS SIGNOS APARENTES DE SERVIDUMBRE Y POR NO HACER CONSTAR NADA EN CONTRARIO DE FORMA CLARA Y TERMINANTE:
SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1975

La cuestión planteada, en esta Sentencia de 11 de junio de 1975, proviene de una gran finca que su propietario divide en dos y vende una de ellas, si bien se obliga a construir a sus expensas una pared medianera que ha de

(51) GARCÍA GARCÍA, *Comentario a la S. 27 octubre 1974*, en «RDCI», 511 (noviembre-diciembre 1975), pp. 1480 ss., ahora en «Sentencias Comentadas del T. S. Derechos reales e hipotecario», Madrid, 1982, pp. 301 ss.

(52) GUILARTE, *op. cit.*, pp. 497 y ss.

separar las edificaciones de la faja de tierra de seis a siete metros de anchura que sirve de entrada a la finca que adquiere el comprador. Después de construida la pared medianera con dos pasos de salida, un nuevo adquirente compra la finca segregada, aunque en el documento público se hace constar que se halla libre de cargas; con posterioridad, y en base a esto último, el comprador demanda a los colindantes para que cierren los pasos abiertos en la pared medianera.

El Tribunal Supremo confirmará que la pared entre las fincas tiene carácter de medianera y que el título de la servidumbre de paso «se deduce de los hechos o antecedentes que se declaran probados, tiene su apoyo en el destino del padre de familia, que reconoce el artículo 541 del Código civil, resultante de la presunta voluntad de las partes, que al vender D. A. a D. N., en mayo de 1947, una parte de la finca, previa separación del resto, que se reservaba, ya se hallaban abiertas las dos puertas, signo aparente de servidumbre que no sólo subsistió al segregarse y venderse la finca, sino posteriormente». Además, «no se habían destruido los signos que exteriorizaban los servicios de paso, ni se hizo constar nada en contrario de forma clara y terminante como exigen las Sentencias de 10 de julio de 1880 y 6 de enero de 1936, sin que obste a ello que en la escritura de adquisición se hiciera constar que la finca se hallaba libre de cargas, manifestación que cede ante la realidad de hecho de los signos aparentes».

Esta Sentencia aborda dos aspectos fundamentales respecto a los signos aparentes de servidumbre existentes entre dos fincas —o dos partes de una que se divide— que habían pertenecido a un mismo propietario: el de la constitución de las servidumbres por «presunta voluntad de las partes» y el referente a la constatación de que la finca se hallaba «libre de cargas».

En cuanto a la constitución de servidumbres por «presunta voluntad de las partes», el Tribunal Supremo confirmará en esta sentencia que «tiene su apoyo en el destino del padre de familia, que reconoce el artículo 541 del Código civil». Al referirse a esta Sentencia, Guilarte (53) cae en plena contradicción dialéctica, cuando cree, por una parte, que es decididamente partidaria (quizá la que más tajantemente toma partido por esta tesis) —dice—, del fundamento voluntarista de la destinación, mientras que, por otra, concluye, que hablar de voluntad presunta equivale a hablar de voluntad legal, ya que la presunción a la que se hace referencia viene establecida en la Ley, concretamente en el artículo 541. Este autor no parece distinguir aquí el instrumento legal empleado por el legislador, como es la presunción de que se vale en el artículo 541, del efecto o finalidad que quiere conseguir, el deducir un título (o voluntad presunta de las partes) de los signos aparentes de servidumbre. Si bien el instrumento de que se vale el legislador, o presunción, tiene un carácter legal en cambio, no lo tiene el efecto que pretende lograr en cuanto «título» voluntario; para que el título resultara legal le hubiera bastado con haber impuesto la servidumbre de modo imperativo; entonces no le hubiera hecho falta redactar el artículo 541 de una manera circunloquia y compleja, empleando una presunción *iuris tantum* y con carácter facultativo, ya que le hubiera sido suficiente establecerla dispositivamente.

(53) GUILARTE, *op. cit.*, p. 498.

En el artículo 541 ni tan siquiera se contiene una presunción *iuris et de iure*, puesto que si fuese así, las partes no tendrían una opción en contrario en el momento de la enajenación, para la destrucción de los signos aparentes o expresarse en contra en el título de enajenación; de aquí que la presunción sea *iuris tantum* respecto a la voluntad no expresada o tácita de las partes ante el signo aparente de servidumbre. Se debe insistir en la importancia que los signos aparentes, o estado de los bienes, tienen en el tráfico jurídico; tal es su vigor y efectos que, precisamente, en los similares a una servidumbre alcanzan paritariamente la idoneidad publicitaria igual a la registral.

Tal es así, que en esta misma Sentencia aparecen las consecuencias del vigor de un signo aparente de servidumbre frente a una mera alusión generalizada en el título escrito de enajenación de que la finca se halla «libre de cargas». Desde sus comienzos, el Tribunal Supremo advierte el vigor del signo aparente —«que estaba a la vista de los contratantes» (S. 10 julio 1880)— frente a una «cláusula general consignada en un contrato» (S. 22 diciembre 1970) o en «fórmulas generales usadas en los contratos» (S. 10 enero 1883), que expresan que la finca se transmite «libre de todo gravamen», «libre de todas cargas y servidumbres», por lo que no dudará en calificarlas como «cláusulas de estilo», por no haberse referido a la servidumbre específica (SS. 6 febrero 1904 y 5 enero 1963, concretamente, confirmadas por las de 20 diciembre 1965, 2 junio 1972, y 30 diciembre 1975). Sin embargo, para García García (54) hay que matizar algo más la explicación, por lo que cree que en estas expresiones hay base para pensar que hacen referencia exclusivamente a las cargas «anteriores» a la escritura, pero no excluye aquellas cargas que se producen precisamente por el otorgamiento de la escritura, como es la servidumbre que nace en base al artículo 541, la cual, para excluirla hay que hacerlo de modo claro y terminante, con una «expresión expresa».

La matización que pretende García creo que no añade nada en cuanto se refiere a explicar el significado de la declaración de las partes respecto a la libertad de cargas, ya que en el caso de servidumbres aparentes anteriores, a pesar de tal constatación tampoco se extinguirían si no se las nombra o niega concretamente. Es que en el tráfico jurídico la fuerza de la apariencia de una servidumbre o un servicio (anterior o actual) sobrepasa cualquier otra alusión generalizada que no sea su concreta y específica negativa mediante su destrucción, o «se exprese lo contrario en el título de enajenación»; igualmente ocurre por lo que se refiere a otras «cargas» reales anteriores (hipoteca, etc.), ya que por su inscripción prevalecen frente a tal declaración generalizada. La fuerza de la apariencia, la publicidad de sus signos ostensibles equivale a la inscripción, ya que las partes y terceros no pueden dudar de su realidad, aun cuando no hubieran tenido acceso al Registro, porque, en tal caso como dice la Sentencia de 3 de diciembre de 1975, «siendo manifiesto y no oculto el derecho real aludido, falta por entero la razón en que aquellos preceptos legales se fundan» (arts. 13 y 38 de la Ley Hipotecaria).

(54) GARCÍA GARCÍA, *Comentarios a la S. 11 junio 1975*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 514 (mayo-junio 1976), pp. 683 y ss., ahora en página 344.

De aquí que, ante la ineficacia de esas declaraciones generalizadas en los documentos, frente a la realidad aparente de los signos ostensibles de servidumbre, no tengan otro alcance que de «cláusulas de estilo». La declaración de que los bienes se transmiten «libres de cargas» carece de eficacia ante la evidencia de una servidumbre existente, o ante un signo aparente, puesto que los efectos de la apariencia del servicio son equiparables a una inscripción registral (SS. 3 abril 1959, 23 enero 1962 y 20 diciembre 1965).

11. LA RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DEL PROPIETARIO QUE ESTABLECE EL SERVICIO APARENTE DE SERVIDUMBRE: SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1975

Un propietario había construido sobre sus fincas dos casas con varios patios de donde recibían luces y vistas. Dichas propiedades son divididas y heredadas por sus hijos, quienes, a su vez, las enajenan hasta llegar al actual actor, que derriba una de las casas para alzar una nueva edificación sin respetar las anteriores servidumbres de luces y vista. Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia declara que existe una servidumbre de luces y vistas, materializada en su extensión por las dimensiones de los patios existentes entre dichos inmuebles. La Audiencia Territorial confirma la existencia de la servidumbre; lo mismo que el Tribunal Supremo en base a: «Que según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 30 de octubre de 1959 y 21 junio de 1971, para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre, regulada por el artículo 541 del Código civil, es indispensable que quien ejercite la acción para conseguirlo acredite debidamente: Primero, la existencia de dos fundos pertenecientes a un único propietario; Segundo, un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara la titularidad dominical; Tercero, que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de las dos: Cuarto que persistiese en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas, y, Quinto, que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real».

Dado que en el instrumento notarial de enajenación no se hizo constar nada en contra del servicio aparente, con la sola declaración generalizada de que el inmueble se transmitía «libre de cargas», la Sentencia razona que «el verdadero título constitutivo del mencionado gravamen surge de la voluntad de su creador (SS. 11 junio 1915 y 3 marzo 1942), representado por la persistencia del signo aparente en el momento de la separación de los predios (SS. 17 noviembre 1911, 10 abril 1929, 6 enero 1939, 27 octubre 1974), sin que sea suficiente para adoptar una solución contraria, el que en el documento de enajenación de cualquiera de las fincas, se hiciera constar que se adquirió libre de cargas (SS. 10 octubre 1957, 21 enero 1960, 16 abril 1966, 2 junio 1972)».

(55) GUILARTE, *op. cit.*, p. 498.

Ante esta sentencia, no me parece prudente el enjuiciar al Tribunal Supremo de que sigue una línea un tanto vacilante, como hace Guilarte Gutiérrez (55), puesto que los razonamientos del alto Tribunal, precisamente, vienen aquí avalados por otras muchas decisiones antecedentes de la Sala, o sea, con su propia doctrina legal. El autor, ilusionado por una constitución legalista de la servidumbre en el artículo 541, ante la relevancia que se reconoce a la voluntad del sujeto destinante, trata de mostrar una interpretación insegura y dubitativa del Tribunal Supremo por la sola alusión a la Sentencia antecedente de 2 de junio de 1972, donde tampoco —según queda visto anteriormente— se puede decir que la servidumbre surja de un modo imperativo, sino porque las partes, al tener libertad para oponerse de modo expreso y concreto, no lo hacían, guardaban silencio ante la apariencia del servicio, por lo que daban a entender de una manera tácita que lo aceptaban, o sea, que se producía el «título» que se considera por el artículo 541, cuando permanece y no se suprime el signo aparente de servidumbre.

Se debe aclarar que, cuando la Sentencia manifiesta que el verdadero título constitutivo del mencionado gravamen surge de la voluntad de su creador, lo es debido a la persistencia o mantenimiento del signo aparente, es decir, en base a lo que los clásicos denominaban la *patientia*, hasta el momento de la separación de los predios, decisivo porque es cuando se constata la *scientia*, o conocimiento que les alcanza a las partes por la apariencia del signo que tienen ante su vista al operarse la enajenación. Los bienes se adquieren tal como se encuentran y el principio de libertad de cargas no puede ser opuesto cuando existe una evidencia real o registral del estado que lo constata. La negligencia de quien adquiere un bien sin verlo no supone una ausencia de voluntad de adquirirlo en las condiciones en que se encuentra (expresa, o tácitamente), como ha creído erróneamente Guilarte (56), sino que es la mera consecuencia asumida de sus propios riesgos, tal como se proclama por el viejo brocardo: *Ius civile vigilantibus scriptum est*.

2. EL SUPUESTO FACTICO Y LOS PRESUPUESTOS DE DERECHO PARA QUE EXISTA TITULO CONSTITUTIVO DE SERVIDUMBRE: SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1978

En el caso de autos, «tratándose de fincas entre las cuales existe signo aparente de servidumbre, cual es la pasarela mencionada, establecido por el propietario de ambas, no hecho desaparecer cuando fue vendida una de ellas al actor y recurrente por los dos hermanos demandados, nace la servidumbre de paso de conformidad con lo que se dispone en el artículo 541 del Código civil, a cuyo supuesto se adapta la premisa fáctica de la Sentencia impugnada, al producirse por enajenación de una de las fincas, la diversidad de propietarios, por tanto como cuando en el caso de autos existe por lo ya expresado, título constitutivo de servidumbre, es necesario suplirlo».

Para el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, ante la existencia de un signo aparente de servidumbre de paso, establecido entre dos fincas que fue-

(56) GUILARTE, *op. cit.*, pp. 502 y ss.

ron del mismo propietario y que no fue hecho desaparecer, o sea, que fue mantenido por las partes en el momento de la venta de una de ellas, le resulta evidente que nace la servidumbre de paso «de conformidad con lo que se dispone en el artículo 541 del Código civil». Así expresado, hace creer a Guilarte (57) que la sentencia vuelve a la idea de la constitución automática de la servidumbre. A mi juicio, aquí el nacimiento de la servidumbre no ha sido automático, de modo imperativo o por disposición de la Ley. Una cosa es que el supuesto de hecho, o fáctico, se adecúe a los presupuestos de derecho o normativos, tal como lo expresa el Tribunal Supremo, cuando advierte «la conformidad con lo que se dispone en el artículo 541» y otra es que el contenido de este precepto tenga un alcance dispositivo en cuanto a la constitución de la servidumbre, que nazca por su exclusivo imperativo legal, lo quieran o no las partes. Y esto no es lo que ha interpretado la Sentencia al poner de relieve tanto la eficacia de la actuación de las partes por su «conformidad» con lo normado, como la norma misma (art. 541) que legitima aquella actuación. Que es el mismo propietario de ambas fincas el que crea el signo aparente, y no la ley; que son las propias partes quienes no hacen desaparecer dicho signo aparente de servidumbre en el momento de la enajenación y, por tanto, ante su vista y existencia lo consientan (no expresa, pero sí tácitamente) en que se mantengan, no es tampoco la ley quien hace nacer la servidumbre, aunque sí sea normativamente quien constata o «considera que hay título» (voluntario) para que la servidumbre «continúe activa y pasivamente».

Hay que insistir en que, cuando la norma del artículo 541 «considera» la existencia de un signo aparente de servidumbre como «título», quiere decir eso, que se constata que hay una relación jurídica, un negocio jurídico (58) que se documentó por las partes. Según se ha visto, esta misma consideración o entendimiento, se hacía antes de la publicación del Código civil por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 15 julio 1880 y 7 junio 1883). Por eso, el artículo 541 del Código civil no alteró para nada el carácter implícito o tácito del supuesto de destinación del padre de familia; tan sólo se limitó a recoger sus presupuestos de hecho y a deducir sus consecuencias jurídicas por las mismas razones de seguridad y garantía para el tráfico jurídico en las relaciones reales entre sus titulares y los inmuebles.

El mismo propietario de ambos fundos (o de dos partes de uno mismo) es quien crea por el ejercicio de su derecho dominical, el signo aparente de servidumbre, el cual, mientras lo realiza por derecho propio no es más que un mero servicio, ya que no es necesario que lo haga valer frente a sí mismo (*nemini res sua servit*). Ahora bien, ese servicio material y utilitario, cuya razón de existencia lo es tanto por la potestad de su *dominus*, como por la función objetiva que presta y desenvuelve entre los fundos, si no hay una intención en contrario que lo destruya o que lo niegue expresamente en el momento de independizarse de aquella única titularidad, sigue perviviendo en virtud de ambas razones objetivas y subjetivas; y esto es lo que el artícu-

(57) GUILARTE, *op. cit.*, p. 499.

(58) La expresión «título» está empleada por el ordenamiento jurídico, no en el sentido material del documento, sino en el de negocio jurídico, de cualquier forma que éste se produzca (S. 8 junio 1981).

lo 541 del Código civil «considera» o reconoce, que no impone. Por ello, la constitución de la servidumbre surge cuando se produce un acto o negocio jurídico de enajenación, siendo su régimen jurídico posterior el voluntario y no el legal.

13. LA NECESIDAD DE QUE LOS SIGNOS APARENTES DE SERVIDUMBRE FUERAN ESTABLECIDOS POR EL PROPIETARIO COMUN DE AMBOS FUNDOS: SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1979

En el caso de autos, el Tribunal «a quo» ha comenzado por determinar si el caso litigioso suponía o no la existencia de una servidumbre, ya que dicho órgano después de examinar los hechos y estimar que no se trataba de una de las servidumbres del artículo 145 de la Compilación civil aragonesa dada la inexistencia de voladizos sobre el fundo ajeno, hizo correcta aplicación del artículo 145 del propio texto, ya que, al tratarse, tan sólo de un hueco realizado en las condiciones que dicho precepto legal previene, es claro el derecho del dueño del solar contiguo sobre el que fue abierto, para obstruirlo con la nueva construcción levantada sobre el terreno de su pertenencia.

El Tribunal Supremo sostiene que, aunque el artículo 145 de la Compilación aragonesa deja a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, precisa para la constitución de la servidumbre con arreglo a este último precepto, «que constituye una singular manera de constituirse una servidumbre voluntaria predial aparente», los siguientes requisitos: la existencia de dos fundos pertenecientes a un solo propietario, un estado de mero hecho entre ambos del cual resulte por signo visible y evidente que uno presta a otro un servicio determinante de una servidumbre, que estos signos constitutivos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, y, que uno de los fundos sea enajenado estando subsistentes esos signos. Ahora bien, concluye la Sentencia, en «este supuesto no se da en el caso de autos, pues no fueron los dueños de los dos solares quienes abrieron el hueco o ventana que, como signo aparente de la servidumbre conocida por destinación del padre de familia o propietario, invoca a su favor».

De esta manera el Tribunal Supremo deja constancia de la existencia de ciertos presupuestos para la constitución de servidumbres por «destinación del padre de familia o propietario», como son: a) Que la Compilación aragonesa deja a salvo lo normado por el artículo 541 del Código civil; b) Que «constituye una singular manera de constituirse una servidumbre»; c) Que han de reunirse una serie de requisitos, entre los cuales, en el caso de autos no se había dado, el que «los signos constitutivos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común»; d) Que esta modalidad constitutiva lo es de «una servidumbre voluntaria predial aparente».

Creo que ante todos estos matices, no puede afirmarse, según hace Guilarte (59) de que «nada aportan de particular las últimas sentencias recaídas

(59) GUILARTE, *op. cit.*, p. 499, donde aparece la errata del día 3 en vez de 9 de abril.

como es la de 3 de abril de 1979». En cambio, el profesor Roca Juan (60), en un caso análogo que presentó la Sentencia de 21 de julio de 1971, pone de relieve cómo el supuesto recogido por el artículo 541 lo que hace es presumir, deduciéndolo de la permanencia del signo, la voluntad de mantener el estado de hecho entre las fincas.

Efectivamente, la interpretación del Tribunal Supremo en esta Sentencia, también es de que se trata de «una servidumbre voluntaria» y no una servidumbre legal o automáticamente constituida, según se pretende por Guillarte con razonamiento en base a la doctrina italiana, por lo demás, ajena a nuestro ordenamiento y a su tradicional rigor en defensa del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en sus relaciones jurídicas y que desde el Ordenamiento de Alcalá permanece hasta el Código civil.

En el caso de autos, precisamente, al haberse omitido uno de los presupuestos subjetivos de la destinación, cual es, que sea el mismo propietario de ambas fincas —o de una que se parte en dos— el que crea el signo aparente de servidumbre, resulta que no se produce su eficacia constitutiva.

Aquí se advierte cómo no es lo dispuesto en base a la fuerza de la ley, sino por el querer de la voluntad originaria y permanente del titular del dominio, al hacer la destinación, la cual será la única capaz de vincular con efecto constitutivo el servicio que crea, que mantiene o que destruye hasta que la enajena; lo que no cabe en este supuesto es plantearse si fue ésta u otra la voluntad del destinante o del destinatario, porque no es posible deducir cualquier voluntad en el momento de la enajenación de los fundos (en base a la plena libertad que tienen para suprimir el servicio) que no sea la de su aceptación, debido a la apariencia real e indiscutible del signo aparente del servicio que evidencia esa voluntad y no otra; porque, si fuera otra su voluntad, insistimos, siempre cualquiera de las partes puede oponerse a la realidad insoslayable de su apariencia con que se muestra en el momento decisivo de adquirirse el fundo; por eso, al no haber una declaración expresa de las partes en contra del signo aparente de servidumbre, la forma, la jurisprudencia y la doctrina deducen que la hay tácita por el silencio que guardan ante la posibilidad de poder romperlo frente a la evidencia tan notoria y efectiva de lo aparente (61) de lo que está allí y es así, y no de otro modo o forma; es por eso, por lo que el signo aparente de servidumbre se considera y se acepta como un título, o sea, como el convenio habido entre las partes respecto a la admisión del servicio que se viene prestando, el cual, siendo un mero servicio para el titular de ambos predios, al poder usar de ellos en base a su derecho de dominio —*nemini res sua servit*—, en cambio, cuando enajena uno de los fundos (o la parte del que divide), al pasar a tener titularidades distintas, aquel servicio o signo aparente de servidumbre, si las partes no lo niegan o no lo suprimen, continuará, pero, respondiendo, entonces a un *ius in re aliena*, ejercitado como servidumbre.

(60) ROCA JUAN, J.: Artículo 541, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», VII-2 (Madrid, 1978), p. 67.

(61) En las servidumbres aparentes es tal su publicidad que equivale a su inscripción (SS. 27 junio y 23 octubre 1980).

14. La INEXISTENCIA DE SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE ENTRE LAS FINCAS QUE PERTENECIERON A UN MISMO PROPIETARIO: SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1982

En el caso de autos, las tres fincas procedían de una común que se había dividido por herencia familiar y, posteriormente, una de ellas fue objeto de venta, sobre la cual se alegaba por las propietarias de las otras dos la existencia de una servidumbre de paso, o camino, en base a la destinación realizada por el anterior y único propietario.

Entablado recurso de casación por violación del artículo 541 del Código civil el Tribunal Supremo considera que los dos predios, que en la actualidad son propiedad de las actoras y el que pertenece a los demandados, constituyeron en su día una misma finca de la que era titular el padre de aquéllas; que el puente que las demandantes consideran como señal manifiesta de servidumbre «no puede estimarse como tal signo aparente, pues como se dice en la diligencia de reconocimiento judicial, al folio ciento sesenta y siete de los autos, el mismo, construido sobre el canal del Alberche, sirve para dar acceso a todas las fincas situadas en dirección Norte...». Además, «tampoco se observa indicio alguno de que fuera atravesada por ningún camino en dirección Sur-Norte, si bien se hace constar que estaba arada» (referencia a la misma diligencia de inspección ocular). En la sentencia impugnada, se confirmaba que «no se aprecia que el presunto predio sirviente fuera atravesado por ningún camino en dirección Sur-Norte, que era lo que la parte actora había designado como signo aparente de la misma»; por tanto, el Tribunal Supremo concluye que las actoras mantienen la equivocada exégesis del precepto que denuncian (art. 541 C. c.), toda vez que creen que es suficiente que el signo aparente haya existido en algún momento, no siendo necesario que continúe durante todo el tiempo.

Esta Sentencia de 3 de julio de 1982 confirmará que son necesarios «los cuatro requisitos que la doctrina jurisprudencial y la científica han establecido para el nacimiento y adquisición de las denominadas servidumbres de paso por destino del padre de familia o destino del propietario: la existencia de uno o dos predios pertenecientes al mismo propietario; un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos del que resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado; que dichos signos hayan sido establecidos por el titular de ambos predios o de la finca única que luego se divide; y que el estado de hecho se transforme en gravamen mediante la enajenación de uno de los fundos o la división del único, subsistiendo el signo (SS. 30 octubre 1959 y 21 junio 1971)». La Sentencia concluye que «solamente concurre aquí el primero».

Aquí, el Tribunal Supremo vuelve a interpretar el nacimiento y adquisición de una servidumbre por destino del padre de familia, o del propietario, sobre «la exégesis del precepto» (art. 541 C. c.) que contiene «los cuatro requisitos que la doctrina jurisprudencial y científica han establecido», o sea, reconocido y confirmado. Al haberse constatado y probado que en la situación de hecho de la relación jurídica litigiosa solamente existía tan sólo uno de los presupuestos necesarios, como era el que las fincas habían

pertenecido al mismo propietario, mientras que faltaba el más fundamental, «un estado o situación de hecho» en que «resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado» y no «subsistiendo el signo», no pudieron así las partes, en el momento de la enajación ni destruirlo, ni referirse a él expresa o tácitamente.

Para que exista destinación del padre de familia o del propietario no basta que éste haya creado una relación de servicio entre sus fincas, o en la finca que se dividirá en dos; es necesario, además, que esta relación de servicio entre las fincas sea aparente, que se materialice y concrete en un signo idóneo que constate su existencia y visibilidad. Además, tan fundamental como su materialidad aparente por su subsistencia, sobre todo en cuanto a la eficacia jurídica posterior, ya que la desaparición del servicio puede ser realizada en cualquier momento por el propietario en base a sus potestades dominicales. Que el propietario mantenga el servicio aparente hasta el momento de la enajación será la manera más significativa de querer conservarlo —la *patientia* que alegaban los juristas clásicos— y de querer transmitirlo con la finca o, al menos, considerar o deducir tal intencionalidad de quien mantiene una concreta situación de hecho en un momento tan decisivo como es el cambio de titularidad de la finca y de ese modo será tomada por el adquirente, ante la presencia y permanencia del signo aparente de servidumbre, lo que revelará su ventaja o desventaja, su dependencia o independencia, su carácter dominante o sirviente.

Por tanto, para el caso de autos no fue suficiente que el signo aparente hubiese existido en algún momento; ante ello, la Sentencia exigirá que sea «necesario que continúe durante todo el tiempo», o sea, que hubiese permanecido el signo aparente de servidumbre, el cual, precisamente se deducirá el «título», o sea, el negocio jurídico de constitución del que nace la servidumbre.

15. LA «DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA» O «DESTINO DEL PROPIETARIO» COMO SINGULAR MANERA DE CONSTITUIRSE UNA SERVIDUMBRE PREDIAL APARENTE: SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1983

En el caso de autos, una finca urbana, por partición entre sus herederos, se dividió en tres, resultando un solar con un callejón de salida entre las otras dos, en las que se construyen unas casas. Después de ser vendido el solar a una nueva persona, los otros dos herederos se oponen a que utilice el callejón, impidiéndole el paso. Entablado pleito, el nuevo adquirente alega se estime encontrarse ante el supuesto usualmente llamado «constitución por destino del padre de familia», denominado también «constitución tácita de la servidumbre», establecido en el artículo 541 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda del nuevo adquirente. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, revoca la sentencia dada por el Juzgado y declara que el solar goza de una servidumbre de paso sobre las fincas de los demandados y les condena a que hagan desaparecer los obstáculos puestos y se abstengan en lo sucesivo de perturbar el uso de la servidumbre. El Tribunal Supremo ratifica la senten-

cia de la Audiencia en base a que no hay infracción del artículo 541 del Código civil en el supuesto de hecho de autos, «ya que es doctrina de esta Sala interpretativa de tal precepto, la que el artículo 541 del Código civil establece una singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente, conocida por destinación del padre de familia, mediante la concurrencia de los siguientes requisitos: a) dos fundos pertenecientes a un solo propietario; b) un estado de hecho entre ambos, del cual resulte por signos visibles y evidentes que uno preste al otro un servicio determinante de una servidumbre; c) que esos signos demostrativos de la servidumbre fueron establecidos por el dueño común, el «padre de familia»; d) que uno de los fundos sea enajenado por éste (Sentencia de 30 octubre 1959), insistiéndose en la exigencia de tales requisitos en las Sentencias de 21 julio 1971, y 3 julio 1982, al decirse en esta última que «la doctrina jurisprudencial y la científica, interpretando el artículo 541 del Código civil han establecido cuatro requisitos para el nacimiento y adquisición de las denominadas servidumbres de paso por «destino del padre de familia o destino del propietario»; la existencia de uno o dos predios pertenecientes al mismo propietario; un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos del que resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado; que dichos signos hayan sido establecidos por el titular de ambos predios o de la finca única que luego se divide; y que el estado de hecho se transforme en gravamen mediante la enajenación de uno de los fundos o la división del único, supuesto objeto del presente recurso».

El nuevo interés que suscita esta Sentencia está en la primera confirmación hecha respecto a considerar como doctrina de la Sala que la interpretación del artículo 541 del Código civil «establece una singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente, conocida por destinación del padre de familia». Esta misma interpretación fue dada —según queda visto— por la Sentencia de 9 abril 1979. Ahora bien, respecto a la «singularidad» recogida por el artículo 541 del Código civil aparece claramente interpretada por el Tribunal Supremo (tanto en ésta como en la anterior sentencia) respecto a la modalidad o «manera de constituirse»; en cambio, no lo es por su modalidad adquisitiva; pues, como advierte concretamente Peña Bernaldo de Quirós (62), también se adquiere por negocio jurídico con la enajenación. Efectivamente, mediante la destinación del padre de familia, o del propietario, la servidumbre se constituye y se adquiere al mismo tiempo y por el mismo negocio de enajenación, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*.

La Sentencia de 7 de julio de 1983, ha sido más parca, más vacilante o menos comprometida, por lo que se refiere a concretar en que consiste esa «singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente». En cambio, la Sentencia de 9 de abril de 1979, fue más explícita en cuanto a dicha singularidad, ya que concretaba que estaba ante «una singular manera de constituirse una servidumbre voluntaria predial aparente». Al interpretar que se trata de una «servidumbre voluntaria», la singularidad, en

(62) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, p. 294.

cuanto modalidad constitutiva de la servidumbre, no se base exclusivamente en la complejidad del supuesto de hecho de la destinación, o sea, en la serie de hechos y actos que llevan a cabo las partes y que se configuran normativa y doctrinalmente como requisitos característicos y fundamentales para que se constituya la servidumbre, sino en que, dentro de las propias servidumbres voluntarias, la destinación del propietario supone una manera singular de constituirse. ¿Cuál es, pues, la modalidad singular de constitución de este tipo de servidumbres voluntarias aparentes?

La singularidad de la destinación como modo constitutivo de una servidumbre voluntaria aparente está, fundamentalmente, en la expresión material y visible del servicio que crea su titular del derecho de dominio, que lo mantiene así hasta que se produce el negocio de enajenación y que en ese estado así lo transmite al adquirente, sin que éste lo destruya o se oponga expresamente en ese momento; por lo cual, ante el signo aparente de servidumbre y la actitud pasiva de ambas partes, la doctrina civilista tradicional, desde Bartolo hasta los precodificadores napoleónicos —introducida entre nosotros por García Goyena y la jurisprudencia anterior al Código civil—, entenderán este silencio de las partes como su convenio tácito de admitir la servidumbre. Ante el signo aparente y la actitud de silencio de las partes en la enajenación, los codificadores, para conseguir una mayor seguridad en el tráfico jurídico de los bienes, plasmarán en una norma concreta los requisitos necesarios de esta modalidad constitutiva, si bien van a dejar a la voluntad de las partes la opción constitutiva de la servidumbre o su negativa, al poder destruir los signos aparentes u oponerse de una manera específica y concreta a que continúen. Para ello, el legislador se vale de una presunción *iuris tantum*, mediante la cual reconoce el signo aparente de servidumbre como un «título», es decir, que deduce y confirma su base negocial entre las partes, pero que, por ser tácita, menciona su constatación de un modo concreto.

16. LA VOLUNTAD O INTENCION DE LAS PARTES CONTRATANTES EN
CONTRA DE LOS SIGNOS APARENTES DE SERVIDUMBRE:
SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1983

En el caso de autos, el estado de hecho en que se encontraba una casa con un solar limítrofe, no se reunían todos los presupuestos necesarios del artículo 541 del Código civil, pues, si bien ambas fincas habían pertenecido al mismo propietario, éste la construyó con huecos y ventanas sobre el otro, no obstante, en el momento de realizar el contrato de compraventa, como complemento del documento privado que se suscribe, se hace un escrito en el que se acuerda que el comprador de la casa habrá de cerrar una ventana que se había abierto con vistas al solar y que se reservaba el vendedor, así como también habría de levantar un muro de separación entre ambas fincas. Sin embargo, el comprador de la casa convierte el antiguo terrado en una nueva terraza y pretende que sea un signo aparente de servidumbre de vistas capaz de consolidarla, por lo cual interpone, primero ante el Juzgado,

después ante la Audiencia y, por último, ante el Tribunal Supremo, recurso de casación por violación e inaplicación del artículo 541 del Código civil.

El Tribunal Supremo no estima las pretensiones del actor considerando que «si se tiene en cuenta que esta Sala ha declarado, entre otras, en Sentencias de 30 octubre 1959, 21 junio 1971 y 3 julio 1982, que son requisitos para el nacimiento de las servidumbres por destino del padre de familia, la existencia de uno o dos fundos pertenecientes al mismo propietario; un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos, del cual resulte visible y fácilmente comprobable que el uno presta al otro un servicio, que podrá ser calificado de servidumbre, si cualquiera de ellos perteneciera a distinto dueño; que ese signo aparente de servidumbre haya sido establecido por el titular de la finca única o de ambos predios; y, finalmente, que uno de los fundos sea enajenado por el dueño común, o se divida el fundo único sin que se haya hecho desaparecer el repetido signo, ni se haga una manifestación contraria a la subsistencia en el título de enajenación de cualquiera de las fincas, no cabe duda que, si por una parte, y en lo que se refiere a los huecos y ventanas ya existentes en la edificación enajenada, como se razonó en el anterior considerando, consta en el complemento del contrato de compraventa la intención de los contratantes contraria a la susistencia de cualquier clase de servidumbre de luces y vistas, y así resulta claramente de las cláusulas que exigen el cierre de una nueva ventana abierta por el demandado recurrente y la obligación impuesta al mismo de levantar una pared divisoria que, lógicamente, impediría tales servidumbres, y por otra, y en relación con el antiguo terrado, hoy transformado en terraza, es hecho declarado por la resolución recurrida y no combatido en casación, que «no podrá ser considerado como signo aparente de servidumbre de vistas, ya que dicho terrado, no tenía otro destino que el de servir de cubierta de la casa y no era de ningún modo adecuado para la permanencia de las personas que pudieran gozar de vistas», por todo lo cual, y al no cumplirse los requisitos que exige el citado artículo 541 del Código civil para la constitución de esta clase de servidumbres, es lógico concluir la inaplicabilidad del repetido precepto».

La importancia de esta Sentencia del Tribunal Supremo está en que pone de relieve la libertad y la opción que tienen las partes en la enajenación de las fincas vinculadas por signos aparentes de servidumbre para oponerse a ellos y que no den lugar a las servidumbres correspondientes. En el caso de autos, se advierte que fue voluntad e intención de las partes contratantes no dar lugar a servidumbre alguna de luces y vistas entre los predios formados al dividirse la finca originaria y enajenarse una de sus partes; por tanto, se concluye que no puede estimarse constituida la alegada servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, toda vez que se ha expresado lo contrario a su subsistencia en el título de enajenación de una de sus fincas; concretamente, se acuerda que el comprador «habría de cerrar una ventana que estaba abierta con vistas al solar que se reservaba el comprador, así como también que habría de levantar un muro entre tales fincas».

Del mismo modo que las partes tienen libertad y opción para negar los signos aparentes de servidumbre en el momento de la enajenación, igual-

mente la tienen para no hacerlo; por tanto, es por ello por lo que si efectivamente no lo han querido suprimir es que los han querido transmitir, ya que su apariencia, su configuración, su realidad es como es, sin que quepan posteriormente alterar, en perjuicio de otro, su estado de hecho y de derecho tal como aparece al adquirirla.

El principio de que los bienes se transmiten libres de cargas o de defectos, tiene validez siempre que su estado de hecho o de derecho no quede constatado, o tengan un vicio oculto. Pero, en el caso concreto de transmisión del dominio de bienes inmuebles, si las cargas aparecen constatadas registralmente, aunque el comprador lo haya adquirido sin comprobar el estado de los mismos (por ejemplo, con base a unos planos, por correspondencia, por agencia, etc.), no podrá alegar posteriormente que ha faltado su voluntad respecto a dichas cargas y que, consecuencia, no las admitió, pues, lo que en realidad ha faltado no es su voluntad, sino su diligencia. La falta de diligencia, tanto en las enajenaciones, como en la usucapión, no suponen una ausencia de voluntad o intencionalidad para adquirir o para desprenderse del dominio de los bienes, sino una inapetencia subjetiva y desordenada de un comportamiento culpable y, por tanto, responsable de las consecuencias jurídicas de quienes, pudiéndolas conocer, no puede alegar su desconocimiento. Igualmente ocurre para la transmisión del dominio de bienes inmuebles cuando las servidumbres son aparentes, ya que el efecto de equiparación registral es reconocido por la jurisprudencia (SS. 17 noviembre 1911, 4 julio 1925, 3 abril 1959, 23 enero 1962, 5 enero 1963, 20 diciembre 1965 y 27 octubre 1974), debido a que al adquirir la finca los servicios o servidumbres, «por aparentes o revelarse por signos externos, no pudieron ser desconocidos por el adquirente». Por tanto, no existe la quiebra a mi razonamiento, a que alude Guilarte (63), puesto que no se puede confundir la falta de voluntad con la falta de diligencia de las partes, incluso, con mayor razón cuando aquella voluntad resulte tácitamente, pues, la evidencia del signo aparente hace innecesario imaginar otra voluntad en las partes que no sea la que se desprende de una manera indudable y confirmatoriamente por su presencia y realidad. Cuando el artículo 541 considera el signo aparente como título de constitución de la servidumbre no lo está imponiendo, sino reconociendo, tal como lo hizo —repito— la doctrina civilista desde Bartolo hasta García Goyena. Por eso, la servidumbre por destinación del propietario no nace por la fuerza de la ley, automáticamente, sino por la libre decisión de las partes, aunque lo sea de un modo tácito y presunto (art. 541 C. c.); en cambio, las servidumbres legales impuestas por la ley (art. 551 C. c.), se rigen por su capítulo II (arts. 649 a 593 C. c.).

(63) GUILARTE, *op. cit.*, pp. 502 y 508.

17. LAS CONCLUSIONES SOBRE EL CRITERIO INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL EN ESTA ULTIMA DECADA

El Tribunal Supremo, desde el año 1970 hasta la actualidad, ante esta modalidad constitutiva de las servidumbres, reconocida por su doctrina legal como «destinación o destino del padre de familia», o «del propietario», y que es normada por el artículo 541 del Código civil, la califica de «singular manera de constituirse una servidumbre» (SS. 9 abril 1979 y 7 julio 1983). Esta singularidad, según queda analizado, se destaca en cuanto que la constitución de la servidumbre no es mediante un convenio expreso de las partes, sino porque procede de un modo tácito en el negocio de enajenación que llevan a cabo, al mantenerse en silencio ante los signos aparentes, «sin hacer desaparecer aquellos signos» (S. 27 octubre 1974). Este silencio de las partes y su actitud pasiva ante la presencia beligerante de unos servicios cualificados en el acto de enajenación —las cuales pudiendo hablar o declarar en contra de lo que aparece como vinculado, no lo hacen— implican la consideración de que así lo aceptan en ese estado y forma: tales son las consecuencias que en el tráfico jurídico se derivan de los *facta concludentia* en la doctrina del negocio jurídico sobre las declaraciones tácitas de voluntad (SS. 13 febrero 1978, 5 enero 1981 y 18 octubre 1982).

Otro aspecto de esta singularidad, en la modalidad constitutiva de las servidumbres aparentes, es su largo y complejo proceso de desarrollo, desde el momento inicial de la destinación hasta su momento final del negocio de enajenación, con su doble efecto constitutivo y adquisitivo de la servidumbre. Muy importante es el acto de destinación por el propietario, la conformación que realiza de un servicio similar a una servidumbre, al igual que su mantenimiento hasta el momento de la enajenación de la finca o de una parte de ella; el indagar sobre cuál fue su auténtica voluntad no conduce más que a posibilismos inconcretos; lo real y eficaz es que el servicio aparente desarrollado contenga una envergadura que implique una ligazón potencial entre las fincas como si fuera un gravamen, una vez que dejen de pertenecer al mismo propietario; este aspecto funcional, unido a la persistencia o mantenimiento de dicho signo aparente por el propietario hasta la enajenación, sin oposición por el comprador, tiene la consideración de un «título» (art. 541), o sea, en cuanto voluntad negocial presunta de las partes por la que se constituye y adquiere la servidumbre. De este modo, la jurisprudencia también interpretará los actos de conservación del signo aparente por parte de los dueños comunes de unos predios, como que «revela la voluntad de los propietarios de mantenerla» (S. 26 enero 1971), añadiéndose por la Sentencia de 30 de diciembre de 1975, «porque el verdadero título constitutivo del mencionado gravamen surge de la voluntad de su creador (SS. 11 le junio 1915 y 3 maro 1942), representada por la persistencia del signo aparente en el momento de la separación de los predios (SS. 17 noviembre 1911, 10 abril 1929, 6 enero 1932 y 27 octubre 1974)». En conclusión, se dirá por la Sentencia de 11 de junio de 1975, «que el título, que se deduce de los hechos o antecedentes que declara probados, tiene su apoyo

en el destino del padre de familia, que reconoce el artículo 541 del Código civil, resultante de la presunta voluntad de las partes».

Por tanto, para el Tribunal Supremo, el artículo 541 del Código civil lo que hace es «reconocer» la servidumbre por «destino del padre de familia» (S. 11 junio 1975), aunque señale que «precisa el cumplimiento de determinados requisitos» (S. 21 junio 1971), o «necesita los requisitos» (S. 3 julio 1982), o se constituye «mediante la concurrencia de los siguientes requisitos» (S. 7 julio 1983), o el cumplimiento de ciertos «requisitos para el nacimiento de las servidumbres por destino del padre de familia» (S. 22 septiembre 1983), lo cual, supone precisar el cualificado comportamiento realizado por las partes con la finalidad de concretar si se trata o no de una constitución de la servidumbre por destinación del propietario.

Lo que no se debe hacer es tergiversar la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo y pretender deducir una constitución legal y automática de la servidumbre, como últimamente hace Guilarte (64) en base a la simple dicción de referirse a que «es evidente que tratándose de fincas entre las cuales existe signo aparente de servidumbre... nace la servidumbre de paso de conformidad con lo que se dispone en el artículo 541 del Código civil» (S. 30 junio 1978). Si el artículo 541 del Código civil contuviese un mandato imperativo de constitución de la servidumbre, el Tribunal Supremo no le hubiera hecho falta referirse a la «evidencia de los signos aparentes y a que la servidumbre nace «de conformidad, sino simplemente, «con lo que se dispone en el artículo 541 del Código civil»; ahora bien, «lo que dispone en el artículo 541, no se refiere a lo dispuesto como mandato imperativo, sino a la norma que la regula. En todas las relaciones jurídicas que son normadas y reguladas por el Código civil, se disponen sus requisitos esenciales o formales concretos, por los que la conducta de las partes deberán de observar para la licitud y validez del negocio que contraigan; pero esto no significa que toda figura jurídica tenga un carácter imperativo legal; habrá que distinguir, sin que se confundan, la mera legalidad de lo normado de lo dispuesto imperativa o facultativamente por la norma a las partes.

Si el legislador hubiera dispuesto imperativa o automáticamente la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia en nuestro Código civil no habría recurrido a emplear elípticamente una presunción y dar facultades optativas a las partes ante el signo aparente de servidumbre; le hubiera bastado con disponer de modo directo e imperativo, respecto a la fuerza legal de los signos, sin establecer consideraciones o equivalencias entre dichos signos y un título negocial.

A mi juicio, la labor interpretativa del Tribunal Supremo en esta última década es muy aquilatada y mantiene fundamentalmente su tradicional uniformidad en cuanto a la naturaleza voluntaria tácita de la institución, en base a la regulación presuntiva de la voluntad de las partes, al ratificar la equivalencia o consideración de los signos aparentes como el título idéneo para que surja la servidumbre.

También hay que destacar las nuevas aportaciones que hace en cuanto al análisis de los requisitos propios de la destinación del padre de familia

(64) GUILARTE, *op. cit.*, p. 499.

o del propietario, si se reúnen o no, en el caso de autos sentenciado y, sobre todo, los matices que plantean las cuestiones de hecho y sus consecuencias jurídicas, como ocurrió en la Sentencia de 6 de julio de 1972, donde no bastaba que existiera el signo aparente, sino que era imprescindible que el predio sirviente reuniese las condiciones necesarias para poder soportar la servidumbre íntegramente.

Por último, en cuanto a las posibilidades de alegación del artículo 541 en Cataluña, el Tribunal Supremo prefirió abundar en argumentos indirectos para no aplicarlo, como el hacer notar que faltaba la prueba de cuando fue establecido el signo aparente, o también citar la posición de su Audiencia Territorial en cuanto a su no aplicabilidad en Cataluña (S. 10 diciembre 1976) (65); esto sucedía ya con anterioridad a lo dispuesto excepcionalmente en la Constitución (art. 149, 1, 8.º), aunque todavía insistirá con posterioridad, en su no aplicación, igualmente por falta de prueba de sus presupuestos de hecho (S. 20 octubre 1980).

(65) A pesar del empeño justificativo de la aplicación del artículo 541 del C. c. a Cataluña por GARCÍA GARCÍA, *Comentario a la S. 10 diciembre 1976*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 529 (noviembre-diciembre 1978), pp. 1266 s., y la crítica un tanto arbitraria a mi comentario, en ADC, XXXI-1 (1978), pp. 199 y ss, la *Compilación del Derecho civil de Cataluña* vigente no menciona este modo constitutivo por «destino del padre de familia», ni creo que lo aplicarán sus Tribunales.