

## II. SENTENCIAS ANOTADAS

### **La constitución tácita del derecho de servidumbre en la partición hereditaria**

(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 octubre 1974)

#### A) *Los hechos*

En la partición de bienes de D. L. T. sus herederos consignaron expresamente —y así figura inscrito— la existencia de un condominio, como finca independiente en el Registro de la Propiedad, bajo el tenor literal de “patio para servicio común de las casas que forman la manzana de edificios del Paseo de Begoña, correspondiente a la herencia de D. L. T.”. Vendida una de las casas y dividida en propiedad horizontal, el nuevo dueño de un bajo alquila su local de negocio, sirviéndose los arrendatarios del citado patio. Negado por los demás propietarios el derecho a la servidumbre, se entabla pleito.

#### B) *El Tribunal Supremo*

Ante los citados hechos y las consideraciones de derecho, el Tribunal Supremo pasa a declarar la existencia y constitución de la servidumbre en base a los siguientes considerandos: “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 quinientos cuarenta y uno que dispone que 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.” Además, se considera: “Que la doctrina científica y la jurisprudencia dan a 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 —Sentencias de seis de febrero de mil novecientos cuatro, diecisiete de noviembre de mil novecientos once, diez de abril de mil

novecientos veintinueve, diez de octubre de mil novecientos cincuenta y siete y treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve—". "Considerando: 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". Además: "... 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"; y que... "los recurrentes, como bien claramente se advierte, olvidan 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 ese 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 la dicha manzana".

### C) Anotación

La presente Sentencia del Tribunal Supremo tiene un doble interés doctrinal y práctico, por lo que viene a confirmarnos su alta calidad dogmática y su estimable modo de hacer justicia.

En primer lugar, la Sentencia reconoce su particular estirpe, el origen histórico que tiene este modo constitutivo de las servidumbres recogido por el artículo 541 del Código civil, adhiriéndose a la tesis de investigación que desde hace años he venido defendiendo tanto en el Derecho romano, medieval y comparado europeo (1).

En segundo lugar, la Sentencia viene a constituir cuerpo de doctrina legal al mantener el mismo criterio ya defendido en otras anteriores (Sentencias 5 enero 1963, 20 diciembre 1965 y 15 junio 1968), de entenderlo como una constitución tácita de la servidumbre, sin que falten por ello aquellas otras Sentencias que lo vean como una constitución legal (Sentencias 6 enero 1932, 18 diciembre 1954, 4 marzo 1959 y 23 enero 1962) o bien la postura ecléctica (Sentencia 3 enero 1942), de la que fue ponente aquel gran Presidente del Supremo, el profesor Castán Tobeñas.

En la interpretación al artículo 541 del Código civil lo que se trata de concretar es si el "título" al que se refiere el legislador es un título voluntario, decidido por las partes o bien es un título legal dispuesto por el legislador, produciéndose automáticamente la constitución de la servidumbre sin la intervención de dichas partes.

El Tribunal Supremo en esta Sentencia se decide por la consideración de que se trata de un título voluntario y tácito el que da nacimiento o que cons-

---

(1) Mi estudio: *La constitución de las servidumbres por signo aparente*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1970.

tituye la servidumbre, en base a las facultades que pueden ejercitar los herederos en el acto de la partición al guardar silencio acerca de los signos aparentes que evidencian el servicio con categoría de servidumbre si las fincas vienen a pertenecer a distinto dueño (2).

Las manifestaciones tácitas de voluntad, amparadas en el silencio que mantienen las partes ante una situación concluyente y en la que deben intervenir son poco estudiadas por la doctrina civilística española (3). Sin embargo, como hizo ver Von Tuhr en su teoría del negocio jurídico, el silencio, al igual que las omisiones y abstenciones de una parte frente a otra en una relación jurídica, tienen un particular significado, puesto que también constituye una actitud determinante de la acción volitiva de dichas partes. De aquí el adagio ya conocido que concluye: "quien caya, no dice nada; pero quien caya, debiendo hablar y no hablar, otorga". Dentro de esta línea, nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de confirmar el valor del silencio de las partes en los negocios jurídicos (Sentencias 24 noviembre 1943, 24 enero y 9 febrero 1957, 4 junio 1964, 29 enero 1965 y 25 noviembre 1966).

En la situación, concretamente referida al momento de la partición de una herencia, como en el caso de autos, ante el signo aparente de servidumbre que constituía un patio común por el que habían de servirse los demás titulares de las fincas colindantes, el silencio guardado por las partes ante tal signo aparente constituía su voluntad tácita de que los servicios inicialmente constituidos por el ascendiente común se conservasen tal y como venían dispuestos y aparecían concretados en dicho patio comunal. El principio de que las cosas se transmiten libres de cargas no puede ser invocado ante la evidencia del signo aparente, puesto que los efectos de la apariencia del servicio tiene los efectos equiparables a una inscripción registral, tal como el Tribunal Supremo también tiene confirmado para otros casos de servidumbre (Sentencias 3 abril 1959, 23 enero 1962 y 20 diciembre 1965).

En definitiva, la voluntad de las partes, bien de un modo expreso o ya tácito es el "título" por el que se constituye el derecho real de servidumbre mediante la modalidad recogida por el artículo 541 del Código civil, conocida como "destinación del padre de familia".

José BONET CORREA

---

(2) Cfr. BONET CORREA, *La posibilidad de obstaculizar la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII-2 (1960), págs. 629 y ss.

(3) Cfr. CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*. Madrid, 1969, págs. 68 y ss.