

#### 4. LA NATURALEZA JURIDICA Y LOS REQUISITOS DEL TITULO CONSTITUTIVO DE LAS SERVIDUMBRES POR "DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA".

*(Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio y 30 de diciembre de 1975)*

SUMARIO: 1. Las cuestiones planteadas ante los signos aparentes de paso y luces y vistas.—2. Los requisitos constitutivos de la servidumbre por "destino del padre de familia".—3. La naturaleza jurídica del título constitutivo de la servidumbre por "destino del padre de familia".

##### 1. *Las cuestiones planteadas ante los signos aparentes de paso y luces y vistas.*

La cuestión planteada por la Sentencia de 11 de junio de 1975 procede de una gran finca que su propietario parte en dos y vende una de ellas, si bien se obliga a construir a expensas suyas la pared que ha de separar las edificaciones que se reserva 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, si bien en el documento público se diga 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.

Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia reconoce tan solo que existe una faja de seis o siete metros que tiene el carácter de medianera. La Audiencia Territorial no sólo declara el carácter de medianera de la pared, sino que proclama la existencia de una servidumbre de paso de personas y carruajes en beneficio de los demandados (herederos del vendedor de la finca segregada). No satisfecha la sociedad actora o demandante, recurre ante el Tribunal Supremo, el cual estima:

Primero, que la pared existente entre la finca de aquellos herederos y la parte de finca de la sociedad actora, que sirve de entrada a la misma, tiene el carácter de medianera.

Segundo, que el tema fundamental para la resolución del recurso es la determinación del título en que se fundamenta la existencia de la servidumbre que reconoce el fallo recurrido. 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, 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.

Tercero, que 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.

Una posterior Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1975, considera, igualmente, la constitución de una servidumbre de luces y vistas basada en sus signos aparentes. Un mismo propietario había construido sobre sus propios terrenos dos casas con varios patios por la que recibían luces. Transmitidas dichas casas, una por herencia a sus hijos y otra por venta a un comprador, que da lugar a sucesivas transmisiones, llegando hasta el actual propietario, el cual derriba la casa y construye nuevamente sin respetar las servidumbres y condiciones que mediaban entre ambas fincas urbanas.

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 dos patios existentes entre dichos inmuebles y que la Audiencia Territorial confirma, recíprocamente, para ambos predios dominante y sirviente.

Entablado recurso de casación, el Tribunal Supremo considera: "Que según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 30 de octubre de 1959 y 21 de 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 de 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; requisitos que, según los hechos..., se estiman probados." Además, "que sin que contra ello pueda prevalecer la tesis de la parte impugnante, según la cual constituyen un obstáculo a su reconocimiento las circunstancias de que no se mencione su existencia en el instrumento notarial de 10 de marzo de 1956 y que en el mismo se hiciera constar que la adquisición del inmueble se llevó a efecto "libre de cargas", porque 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 1932, 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)".

"Que aun cuando el párrafo primero del artículo 13 y el 38 de la Ley Hipotecaria exijan la inscripción en la oficina inmobiliaria correspondiente de los derechos limitados del dominio para que gocen de los beneficios de:

la fe pública registral, ello no obsta a que, de acuerdo con la doctrina sustentada por esta Sala en Sentencias de 5 abril 1898, 31 marzo 1902 y 7 noviembre 1911, no están facultados para invocar la cualidad de terceros a estos fines, quienes adquieran bienes gravados con servidumbres de cuya existencia, mediante signos ostensibles, como los de luces y vistas, no se pueda dudar, aun cuando no hubieran tenido acceso al Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el derecho real aludido, falta por entero la razón en que aquellos preceptos legales se fundan.”

Estas dos Sentencias de Tribunal Supremo, donde la existencia de signos aparentes o “signos visibles y evidentes” “que uno de los predios presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen”, tanto en el caso de unas aberturas en un muro para el paso de personas y carruajes como en el de unas ventanas sobre unos patios de donde recibían la luz y la vista, van a servir para que el juzgador decida la justicia de su mantenimiento frente a la pretensión contraria de su cierre, manifestada con posterioridad a su adquisición por los nuevos compradores. Mientras que una de las sentencias trata de concretar los requisitos necesarios para que se reconozca la virtualidad de los signos aparentes, equivalentes a una servidumbre, en la otra sentencia se trata de deducir el significado de la voluntad de las partes a través, primero, del “destino del padre de familia” y, posteriormente, por su comportamiento mutuo, basado más que en las declaraciones expresas acerca de la servidumbre, en sus abstenciones ante los signos aparentes, por su actitud pasiva o de silencio, no habiéndolos destruido previamente o no habiéndose opuesto concreta y expresamente en el documento de enajenación.

De aquí el interés por examinar, primero, cuáles son los requisitos necesarios que contiene el artículo 541 del Código civil, para concluir a continuación con el examen de la naturaleza jurídica de este título constitutivo.

## 2. *Los requisitos constitutivos de la servidumbre por “destino del padre de familia”.*

La Sentencia de 30 de diciembre de 1975 manifiesta que es indispensable para declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre, regulada por el artículo 541 del Código civil, que se reúnan los requisitos siguientes: Primero, la existencia de dos fundos pertenecientes a un mismo propietario. Segundo, un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de los predios presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical. Tercero, que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común. Cuarto, que persistiese en el momento de transmisión a tercera persona cualquiera de dichas fincas. Quinto, que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real.

Tales requisitos no sólo plasman la particularidad del supuesto de hecho que recoge el artículo 541 del Código civil, sino que tienden a garantizar el resultado de una actuación, unilateral, primero, y bilateral, después, en el momento en que se produce la enajenación de una de las fincas sobre la que

visible y marcadamente han quedado unos signos aparentes de servicio o dependencia mutua. .

Mientras que inicialmente el propietario de dos fincas es el que despliega una actividad y, por su propia voluntad y de sus derechos subjetivos, establece entre ambas fincas una relación de servicio o dependencia, semejante en su forma y actividad al de un gravamen de los llamados reales o de servidumbre, con la consiguiente creación de unos signos exteriores o aparentes que ello comporta, todavía no se sabe si constituyen gravamen, pues al pertenecerle ambas fincas no pueden ser servidumbre, falta la oposición de intereses, se sirve de sus cosas y es tradicional doctrinalmente que "*nemini res sua servit*".

No obstante, aquellos signos ostensibles y aparentes, reveladores del servicio que se prestan ambas fincas, todavía no vinculan a su propietario, que podrá cambiarlas a su gusto y utilidad, salvo el abuso de su derecho y el daño a terceros; en cambio, si los mantiene con *scientia* y *patientia*, revelarán tanto su consentimiento en tal sentido como su función de utilidad y adherencia entre ambas fincas. Son estos dos elementos, subjetivo y objetivo, los que van a dar lugar al resultado apreciable para el legislador y el juzgador de considerarlos como el título necesario, junto a la actitud pasiva del adquirente, de no oponer nada en su contra, para que surja la constitución del gravamen o servidumbre correspondiente en el momento de la enajenación de una de las fincas.

Las situaciones o estados de apariencia en los bienes inmuebles son tan apreciables y evidentes que en el tráfico jurídico tienen una eficacia real no sólo por lo que declaramos de ellos formalmente, cuando los describimos específicamente y los hacemos acceder a un Registro como el de la Propiedad, sino también por la configuración con que se presentan dichos bienes o cosas inmuebles, por su propia identidad, ya sea natural o bien resulte transformada por la mano del hombre.

De aquí que, como se señala en ambas Sentencias del Tribunal Supremo, no basta la simple declaración de que la finca se hallaba "libre de cargas", ya que este modo generalizado de decir o cláusula de estilo "cede ante la realidad de hecho de los signos aparentes". Es necesario que en el negocio de enajenación —según advierte nuestro más alto Tribunal—, las partes declaren concreta y precisamente en el documento formal que suscriban que deben ser suprimidos aquellos servicios o, como dice el artículo 541, que con anterioridad al momento de la enajenación de ambas fincas, se destruyan los signos aparentes del servicio entre ellas.

O sea, que ante la evidencia de unos signos aparentes de servidumbre entre unas fincas, tanto el legislador como el intérprete judicial, deducen un título, si las partes los han mantenido, o bien se requiere una declaración expresa y concreta en contra del servicio así establecido. De aquí que otras manifestaciones generalizadas e inconcretas, de que las fincas se transmiten libres de cargas, han venido siendo consideradas como fórmulas notariales rutinarias, cláusulas de estilo, que carecen de intencionalidad específica y, por tanto, carentes de toda eficacia real.

3. *La naturaleza jurídica del título constitutivo de la servidumbre por "destino del padre de familia"*.

Cuando el legislador español importaba del Código civil de Napoleón (1) y establecía en nuestro Código este supuesto constitutivo de las servidumbres lo hacía de una manera muy indicativa, ya por el conjunto de requisitos que debía de reunir como para dejar bien sentada la equivalencia y conexiones establecidas entre los signos aparentes y el título constitutivo de la servidumbre.

No obstante, si la introducción de esta modalidad constitutiva de las servidumbres hubiese dependido tan sólo del carácter imperativo de la norma codificada en el artículo 541 del Código civil, no hubiese hecho falta que, además de tener que reunir unos requisitos determinados, se hiciese depender su nacimiento o extinción de la voluntad manifiesta (expresa o tácita) de las partes en el momento de la enajenación de una de las fincas.

Si el artículo 541 manifestara tan sólo 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", indudablemente que no cabría opción alguna para considerar esta norma como facultativa para el adquirente; ahora bien, como el artículo 541 añade, "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", la opción es evidente, tanto para el enajenante como para el adquirente, bien para poder destruir los signos aparentes establecidos, o ya para declararse en contra de su permanencia y eficacia vinculatoria.

Sin embargo, el que no se ejercite esta opción por un hecho material de destrucción del signo aparente, o por una declaración expresa en su contra, por cualquiera de ambas partes en el negocio de enajenación, no quiere decir que el silencio observado por las partes sea sustituido por el mandato del legislador o de la ley y, por tanto, concluir que se trata de un modo constitutivo legal de las servidumbres y no de una modalidad voluntaria. Es que, ante "la existencia de un signo aparente de servidumbre" entre dos fincas, o sea, la evidencia de un estado de hecho vinculatorio, a las partes que van a negociar su enajenación no les puede pasar desapercibida su apariencia y realidad, los estados de servicio que muestra, así como la función que cumplen (sea una puerta o pasarela, sean unos patios y ventanas, etc.); nadie puede engañarse sobre el estado aparente de las cosas que se transmiten, de sus características materiales y de las modalidades de uso y aprovechamiento. Resulta así que el "destino" dado a los bienes, en principio, puede ser personal, subjetivo o intrascendente, puesto que las facultades de dominio que posee el titular le permite establecer a su libre albedrío la forma y el uso que pueda darles. No obs-

---

(1) Ver mi estudio: *La "destination du père de famille" del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en *Información Jurídica*, 86-87 (1950), páginas 879 y ss., y en *Revue du Notariat* (Canadá), 53 (1951), pp. 453 y ss. Últimamente, MIALON, Maria-France, *La servitude par destination du père de famille. Nouveaux aspects de l'interprétation de l'article 694 du Code civil*, en *Récueil Dalloz, Chronique*, 4 (1974), pp. 3 y ss.

tante, la pervivencia del signo aparente (*aparentia*), como la perseverancia de su ejercicio en el tiempo (*patentia*), son decisivos a la hora y momento de efectuarse la enajenación de una de las fincas. Quién puede establecer el signo, por ser propietario, también puede modificarlo o destruirlo; si no lo hace es que su intención y voluntad son de que permanezca; otra deducción no parece lógica, ya que del silencio observado al ocurrir la enajenación de la finca no cabe que se conozca otra intención y voluntad del propietario; en cambio, lo que permanece y es evidente da muestras de su verosimilitud.

Del mismo modo ocurre para quien adquiere la finca con un signo aparente; no puede sustraerse a la evidencia y realidad de lo que se le transmite; la configuración de la finca, su destino y sus funciones están a la vista de un modo manifiesto e indudable; basta un examen somero para que los huecos o ventanas de una pared, los patios de un edificio, o las puertas de un cierre, evidencien su existencia y finalidades. Naturalmente que quien adquiere una finca sin molestarse a ir a verla, posteriormente no puede pretender el sentirse defraudado, ya que es víctima de su propia incuria o negligencia; es que "*ius civile vigilantibus scriptum est*", o sea, que el Derecho civil fue escrito para los que están vigilantes. En cambio, la actitud pasiva o el silencio que guarda el adquirente en el momento de la adquisición de la finca es deductivo o concluyente, por lo que se refiere al estado de hecho aparente, el cual le invita a decidir sobre él y, si no lo hace, es su intención aceptarlo; su verdadera intención y voluntad, al poder haberse expresado negativamente respecto al signo aparente, no puede ser otra que no sea la confirmativa, ya que nada se oponía a que pudiese serlo de otro modo.

Que, en definitiva, también éste es el criterio interpretativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de junio de 1975, se demuestra al decir que "el título, que se deduce de los hechos 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".

Hay que añadir que es evidente que el legislador, al redactar el artículo 541 del Código civil, acudió al empleo de una "presunción *iuris tantum*", ya que el título se deduce de un signo aparente, producto de la voluntad del *dominus*, o propietario de ambas fincas, y no del azar, o del mandato de la misma ley, como pudo creerse por los partidarios de ver aquí un título legal, puesto que de ser sí, no cabría, como cabe, que "al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se expresase lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura".

En definitiva, cabe confirmar que el "destino del padre de familia" es una modalidad constitutiva voluntaria de las servidumbres y no legal, ya que su régimen jurídico no responde al de las limitaciones inalterables sobre el dominio y sí al que lo conforman sus propios titulares mediante sus posibilidades de constitución, modificación y extinción futuras.

Además, cuando el legislador ha incorporado el "destino del padre de familia" a nuestro ordenamiento civil no lo ha hecho introduciéndolo mediante una norma de naturaleza imperativa, sino potestativa, al dar opción a las partes en el negocio de enajenación para que decidan por su propia voluntad, ya expresa o tácitamente, a fin de que la servidumbre resulte constituida o

extinguida. De otro modo, hubiera bastado la existencia del signo aparente y la servidumbre quedaría, sin más, constituida.

Es que el dogma o imperio de la ley interviene preceptivamente sólo cuando, por encima del interés individual de los propietarios, existe un interés general, un bien común que debe prevalecer y ser respetado; y éste no es el caso que contemplamos, puesto que aquí, ante el conflicto de unos intereses individuales, lo que el legislador trata de diducir es la seguridad de una apariencia que presentan los bienes en el tráfico jurídico, aunque para ello recurra al empleo de la técnica de las presunciones, tomando en cuenta los *facta concludentia*, si bien dejando a la decisión de las partes, por su actitud activa o pasiva, el resultado final constitutivo de la servidumbre.

JOSÉ BONET CORREA