

2. El contenido de las servidumbres constituidas por signo aparente.

*(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de
18 de mayo de 1970)*

SUMARIO: 1. Los hechos que dieron lugar a una situación de conflicto de intereses y la posición de los juzgadores.—2. El signo aparente de servidumbre como expresión de su existencia y protección en el tráfico jurídico.—3. El signo aparente en cuanto título constitutivo de la servidumbre.—4. El contenido y el alcance de un signo aparente de servidumbre.

1. *Los hechos que dieron lugar a una situación de conflicto de intereses y la posición de los juzgadores.*

Los copropietarios de una finca urbana en Barcelona 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, tan sólo practicable por las dos puertas que tenía sobre dicho pasillo en su parte cubierta, y temporalmente en cuanto a su ejercicio, ya que su uso únicamente podía ejercitarse durante los días laborables, con exclusión de los días festivos y domingos.

Según los dos copropietarios demandantes, 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, la que tenía tres huecos o salidas al pasillo común, por lo que, en base al artículo 541 del Código Civil, tales signos aparentes habían dado lugar a la constitución de una servidumbre de paso, a pie y con vehículos.

Que si bien el demandado, igualmente por compraventa, había adquirido la otra parte de la finca, con dos huecos o salidas al pasillo común, no obstante procedió a iniciar obras, demoliendo prácticamente la construcción anterior, edificando de nuevo el inmueble y abriendo otro hueco de salida y paso al pasillo en la parte a cielo abierto en la que anteriormente no existía.

Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia reconoce que los actores tienen derecho a una servidumbre de paso, en su forma más amplia, por tres aberturas al pasillo común, en base a lo dispuesto por el artículo 541 del Código Civil, por haber adquirido dichos actores la referida finca de su anterior propietario mediante segregación de la matriz, y que si bien el deman-

dado tiene a su vez derecho de paso por el repetido pasillo común por los dos huecos de pared que dan hacia él, no obstante es una servidumbre limitada en cuanto a su ejercicio en el tiempo, pues su uso se circunscribe a los días laborables. Como consecuencia, condena al demandado a que reponga las cosas al estado anterior, cerrando la pared de su finca en la parte a cielo abierto que da al pasillo común, ya que en este estado aparecía cuando se hizo la división de la finca matriz, y que se abstenga de utilizar la servidumbre de paso a las horas fuera de la jornada laboral y en los días festivos.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado contra la sentencia de primera instancia ante la Audiencia Territorial, ésta confirmó íntegramente la sentencia apelada.

Insatisfecho el recurrente, acudió a la casación, invocando una infracción de ley, ante el Tribunal Supremo, el cual, visto el asunto, dictó sentencia, de la que cabe destacar la siguiente decisión: "Considerando que la sentencia recurrida afirma que en el momento de la enajenación de parte de la finca al demandado y con posterioridad, hasta el momento de la nueva construcción que éste ha efectuado, no existía abertura ni hueco de clase alguna que comunicara la parte de la finca colindante con el pasillo a cielo abierto, sino que se hallaba constituida por una pared continua con ventanas con rejas de hierro y cristal hasta llegar a la parte de pasillo ya cubierto, y esa declaración de hecho, que es base esencial del fallo estimatorio de la demanda, no resulta manifiestamente contradictoria por los documentos que se invocan en el primer motivo del recurso, consistentes en varias escrituras públicas de compraventa otorgadas por el dueño de la finca originaria o matriz al enajenarla en porciones distintas a los hoy litigantes, en las que, si bien se alude a unos cobertizos, nada se dice expresamente en orden a si la finca comprada por el demandante, en su parte colindante con el pasillo a cielo abierto, tenía o no tenía puerta o comunicación directa de clase alguna con el mismo, como tenía que acontecer para que pudiera ser acogido el error de hecho en la apreciación de la prueba que por vía adecuada se denuncia en dicho motivo del recurso, el cual, por tanto, debe ser desestimado, desestimación que acarrea la del segundo, que por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la aplicación indebida o no aplicación del artículo 541 del Código Civil, tanto porque el recurrente subordina su viabilidad al éxito anterior como por estar viciosamente formulado, al acusar conjuntamente la infracción de un mismo precepto legal por dos conceptos distintos e incompatibles entre sí."

Además, al considerar que "por aceptación de los considerandos de la sentencia de primer grado que con la abertura de siete metros de ancho que ha efectuado el demandado en la parte de cielo abierto del pasillo, 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 Código Civil, sino que además hace más gravosa la misma, es llano que la actora al formular la demanda no hace sino ejercitar sin extralimitación alguna el derecho que le asiste frente a la sola actuación ilícita del demandado". Por estas y otras circunstancias, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

La actual sentencia del Tribunal Supremo se destaca por sus repercusiones prácticas indudables en lo que se refiere al contenido y alcance de las servi-

dumbres constituidas por esta modalidad especial, que tradicionalmente la doctrina denomina como "destinación del padre de familia", y cuyo supuesto es recogido por el artículo 541 del Código Civil (1). Por tratarse de una modalidad constitutiva en la que el título viene expresado de una manera tácita o concluyente, en base al estado de los signos aparentes o relación de hecho en que se encuentran las fincas, las partes no han sido ciertamente explícitas respecto de la servidumbre en el momento de su adquisición.

Esta actitud de las partes contratantes, tanto en el primer momento negocial como en sus posteriores relaciones vecinales y con los terceros, en cuanto a la situación de hecho o disposición material que presentan los inmuebles, al resultar manifiesta únicamente por la mera apariencia de las cosas y no por declaraciones de voluntad expresas, suele presentar ciertas dificultades posteriores para los titulares dominante y sirviente, tanto por lo que respecta a la amplitud de su ejercicio como a los límites en que se concretan las servidumbres que han surgido por esta compleja modalidad.

Si bien el artículo 541 del Código Civil determina los requisitos que han de concurrir para que la constitución de la servidumbre tenga lugar, nada aclara respecto al contenido y alcance de la servidumbre que permite constituir. Es ésta una tarea interpretativa que hasta ahora ha venido realizando la jurisprudencia con evidente esmero y cuidado (2). De aquí que un primer matiz a señalar para este aspecto sea el del arbitrio judicial que se ejerce en esta materia referente al contenido y el alcance de una servidumbre.

2. *El signo aparente de servidumbre como expresión de su existencia y protección en el tráfico jurídico.*

Debido a que estamos ante una relación negocial tácita, el contenido y alcance de la servidumbre deberá interpretarse en base a su exteriorización material o signo aparente. El legislador se preocupó precisamente de determinar su condicionamiento. Así, si recordamos el artículo 541 del Código Civil vemos que en él se manifiesta lo siguiente: "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."

Resulta, pues, que un signo aparente de servidumbre entre dos fincas—o una sola que se divide en dos partes materiales como independientes—implica la presencia exteriorizada de un estado de hecho en el que se aprecian ciertos elementos materiales dispuestos en una relación de servicio. Por tanto, resultan signos aparentes de un servicio idóneo o similar a una servidumbre,

(1) Sobre las posiciones de la doctrina española acerca del artículo 541, así como las de los romanistas y en el Derecho francés, italiano, alemán, suizo y portugués, véase mi estudio *«La constitución de las servidumbres por signo aparente. La destinación del padre de familia»*. Madrid, 1970.

(2) SS. 31 mayo 1892, 5 abril 1898, 13 mayo 1903, 29 mayo 1911, 11 mayo 1925, 24 mayo 1933, 6 enero 1936, 3 marzo 1942, 31 octubre 1956, 4 marzo 1959, 3 abril 1959, 23 enero 1962, 30 mayo y 15 julio 1968.

como una puerta, una ventana, un paso o camino, etc. (3), que por estar todavía en la misma mano o propiedad no tienen la categoría de "ius in re aliena".

Es indudable que los signos aparentes de una relación de servicio entre los bienes inmuebles, ya por su simple estructura material, resultan delimitados e implicando una función de destino y uso concreto, por lo que determinan, consecuentemente, su contenido. El mismo legislador, al perfilar las figuras de las servidumbres y disponer sus modalidades, tipifica y ofrece un muestrario de las que están vigentes. Con arreglo a dichas normas, la jurisprudencia, con su interpretación, va configurando los márgenes identificativos que se refieren al contenido y alcance de las relaciones de servidumbre que unos predios tienen con otros.

El alcance y contenido de una servidumbre también puede ser delimitado por las partes (art. 536 del Código Civil), si bien dentro de los límites legales que se imponen al margen de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil). Sin embargo, cuando esa voluntad no ha sido manifestada expresamente, sino que ha de deducirse tácitamente de la disposición o estado de hecho de los bienes, como ocurre en el caso de una destinación del propietario, la apariencia del servicio existente entre las dos fincas en un momento anterior—como sucede en el caso de que aún pertenezcan al mismo propietario—y la apariencia o constancia del signo de servidumbre en una situación posterior—cuando ya pertenecen a diferentes dueños—es el único dato explícito que nos puede proporcionar la medida de su concreto contenido y alcance.

En primer lugar, el signo aparente de una relación de servicio entre las fincas pertenecientes a un mismo propietario es el resultado de una actuación unilateral de dicho propietario, que puede disponer de sus cosas o fincas de un modo caprichoso y temporal, o ya con arreglo a unos planes de estructuración en cuanto al uso y explotación de las mismas. De aquí que, tanto una actitud positiva del propietario, de su consciente actuación—lo que los glossadores y posglossadores denominaron "scientia"—, como de su actitud continuada y persistente—lo que estas mismas escuelas llamaban "patientia"—son las que constituyen los requisitos fundamentales que distinguen una destinación del padre de familia o del propietario de cualquier otra actuación veleidosa y pasajera.

Por eso, ante los signos aparentes de un servicio equiparable a una servidumbre, que todavía no puede alcanzar tal categoría de servidumbre propiamente dicha, porque "nemini res sua servit" (4), sin embargo tienen dichos servicios una transcendencia fundamental en el régimen de la propiedad inmobiliaria. La idoneidad de un servicio para el uso y disfrute de una finca es algo más que una mera relación de acomodación interior o de uso personal

(3) Puede resultar que exista una relación de servicio subterránea, evidente tan sólo por simples señales o signos exteriores (una boca de registro, un sumidero, etc.), lo cual obliga a respetarla, tal como sucedió para la S. del 29 de diciembre de 1914. En cambio, también existen signos exteriores contrarios a la servidumbre como sucede para la medianería (arts. 573 y 574 del Código Civil).

(4) Recientemente, PERLINGIERI: *Il principio «nemini res sua servit» e la costituzioni anticipata di servitù (Rapporti tra Enti di riforma ed assegnataria)*, en «Rivista di Diritto Agrario», XLIX-3 (1970), págs. 425 y sigs.

del titular del dominio; dichos signos, con apariencia de servidumbre, son algo más que un añadido o evento pasajero, suponen una afectación a la estructura de las cosas, un destino permanente o inherencia real que no sólo afecta a un modo de explotación, sino a una situación concreta o estado de hecho con relaciones cualificadas, implicativas de una expectativa de derecho.

La importancia, pues, de los signos aparentes de servidumbre que se establecen entre dos fincas es evidente; son el resultado de una relación de utilidad y dependencia inmobiliaria que es eficiente no sólo para quien la establece, sino que trasciende también para quien resulta ser, antes o después, titular de una u otra finca, si es que no se han destruido o no lo han opuesto por declaración expresa en el momento de la enajenación de las mismas.

Iría contra la buena fe y la paz de las transacciones jurídicas el que cualquier adquirente de un bien pudiese, con posterioridad al momento de su adquisición, invocar y exigir una transformación del contenido y condicionamiento del bien adquirido. Quien compra y recibe un bien determinado (mueble o inmueble, material o abstracto) lo hace de acuerdo con las características y particularidades que lo definen y concretan, en el estado de hecho que presenta, por lo que después no cabe requerir ni exigir otras diferentes o distintas. De aquí que para el tráfico jurídico la posesión y apariencia de las cosas juegue un papel decisivo respecto a las relaciones contraídas por las partes en cuanto a sus derechos y obligaciones.

Es tal la fuerza de la apariencia en el tráfico jurídico, respecto a las servidumbres con signo aparente, que en el sistema de organización de la publicidad no se necesita su inscripción registral. A este respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo es quien interpreta y abunda sobre este extremo concreto para la destinación del padre de familia o del propietario (5), manifestando, como hace la sentencia del 31 de marzo de 1902, que “si bien es cierto que por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria (6) los títulos en que se constituyan o reconozcan derechos reales, como el de servidumbre, no hallándose inscritos en el Registro no pueden perjudicar a tercero, carece de la calidad de tal, como repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo, quien, si bien no intervino en el acto o contrato escrito, tuvo conocimiento al adquirir la finca de las servidumbres, que por ser aparentes o revelarse por signos exteriores, como la de luces y vistas, no pudieron ser desconocidas por el adquirente, pues en tal caso, no siendo oculto el gravamen, falta como base de aplicación de aquel artículo uno de los objetivos principales de la Ley Hipotecaria, cual es la publicidad de las cargas que afectan a la propiedad inmueble”.

Por su parte, la sentencia del 17 de noviembre de 1911 manifestaba que “la existencia de signos ostensibles e indubitados, de los cuales no puede dudarse, aunque no estén especialmente inscritos en el Registro, porque en tal caso, y siendo manifiesto y no oculto el gravamen, falta por entero la razón en que los indicados preceptos legales se fundan”. La sentencia del 3 de abril de 1959 también concretó que “es título suficiente para que continúe activa y pasivamente la servidumbre establecida en el artículo 541 del Código Civil la existencia de un signo aparente hacia el exterior que la revela, sin

(5) SS. 13 junio 1885, 31 mayo 1892, 5 abril 1898, 31 marzo 1902, 13 mayo 1903, 12 octubre 1904, 17 noviembre 1911, 9 julio 1917, 4 julio 1925, 11 mayo 1927, 3 abril 1959, 23 enero 1962 y 20 diciembre 1965.

(6) Artículos 20 y 32 de la Ley Hipotecaria vigente.

que importe que esta circunstancia se haya hecho o no constar en el Registro de la Propiedad". Por último, el Tribunal Supremo, en su sentencia del 20 de diciembre de 1965, confirmando toda su línea antecedente, declara que "no obsta que no resulte del Registro la existencia de servidumbre si quien adquirió el inmueble no podrá dudar de su existencia por revelarse ésta por signos sensibles".

3. *El signo aparente en cuanto título constitutivo de la servidumbre.*

La idoneidad que posee el signo aparente de servidumbre no sólo reside en su concreción exteriorizada o forma ostensible, sino en la causa de la presunción legal que el legislador ha recogido en la norma del artículo 541 del Código Civil al ligarle unos efectos jurídicos, tal como ha acentuado la actual doctrina italiana (7) y cierto sector de la nuestra (8).

Sin embargo, la presunción utilizada por nuestro legislador, por ser "iuris tantum", carece de carácter absolutamente dispositivo, y sí potestativo, al ser la voluntad de las partes, bien expresa o tácitamente (por omisión concluyente), quienes, en último término, puedan decidir la permanencia o supresión de los signos aparentes de servidumbre. Si para este caso la sola consideración de la existencia de un signo aparente de servidumbre implica un título, no lo es por la sola y exclusiva decisión del legislador, sino por ser el resultado de una serie sucesiva de actos, y hasta de omisiones, por parte de quien lo ha creado, lo mantiene y, posteriormente, lo tolera. El valor del signo aparente de servidumbre no reside ni se agota en su exclusivo empirismo, sino que trasciende por implicar una concreta y determinada manifestación de voluntad por parte de quien, como el propietario destinante, dispone de las cosas y las somete en una relación de servicio e interdependencia concreta. La consciencia del propietario, en cuanto a su propia actuación (la "scientia"), al disponer de sus fincas para obtener una utilidad entre ellas, si bien tiene una causa subjetiva, el propio interés, queda patente en el signo aparente

(7) Cfr. BRANCA: *Servitù prediali (arts. 1.027-1.099)*, 3.ª ed. Bologna-Roma, 1960, pág. 262; GROSSO-DEIANA: *Le servitù prediali*, 3.ª ed. Torino, 1963; RIENZI, *Servitù prediali della proprietà nel vigente Codice civile*, II (Bari, 1964), página 546; SALVATORI: *Servitù costituite per destinazione del padre di famiglia*, en «Giurisprudenza agraria italiana» (1963), pág. 296 y sigs.; BRANCA: *Destinazione del padre di famiglia e disposizione relativa a la servitù*, en «Scritti in memoria di A. Giuffrè», II (Milano, 1967); BIONDI: *Le servitù*. Milano, 1967, págs. 353 y sigs.

(8) Cfr. OSSORIO MORALES: *Comentario a la sentencia de 3 de marzo de 1942*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 171 (1942), pág. 547; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, III-1 (Madrid, s. a.), pág. 394; BORRELL y SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.ª ed., II (Barcelona, 1944), pág. 196; LUCAS FERNÁNDEZ: *La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español*, Murcia, 1963, págs. 123 y 131; PÉREZ SERRANO: *Dictámenes*, I (Madrid, 1965), pág. 195. En el mismo sentido, SS. 6 enero 1932, 18 diciembre 1954, 4 marzo 1959 y 23 enero 1962. En los escritos que dieron lugar a la Sentencia del 18 de mayo de 1970, el letrado recurrente, también invocaba que «al dividirse la finca matriz, segregándose la finca que pertenece a los actores y la perteneciente al demandado, nacieron por ministerio de la ley a tenor del artículo 541 del Código Civil, sobre el pasillo común en parte a cielo abierto y en parte cubierto, las siguientes servidumbres...».

como resultado de su actuación o manifiesta voluntad de ligarlas para obtener una ventaja o un servicio de las mismas. Por eso el signo aparente de servidumbre es algo más que una mera forma o requisito legal; es la evidencia o resultado de un determinado querer que persiste en el tiempo como oferta permanente (la "patientia") y actualizada para la parte que entre con posterioridad como titular dominical en una de las fincas que ostenta dichos signos aparentes.

Si la sola apariencia, y su forma del signo de servidumbre, diese lugar, por mandato de la ley, a la constitución de una servidumbre, se impondría no como tal servidumbre, sino como una limitación al dominio y con un régimen distinto al de las servidumbres voluntarias, lo que no ocurre así, pues su desenvolvimiento posterior se rige por el de estas últimas.

Desde luego el legislador, al recoger el supuesto de la destinación, debía de destacar el único elemento de fijeza y ostensibilidad que quedaba de la actuación del propietario y tratar de fijar unas normas respecto a las conductas de las partes, sobre todo en el momento más decisivo de la enajenación de las fincas en que su actuación se presenta por omisión. De aquí que, en este caso, el legislador debiese arbitrar el medio de prueba eficiente y seguro que zanjase posibles conflictos y que instaurase la paz de las relaciones jurídicas evitando dudas, puesto que seguir el camino de la investigación del deseo de las partes haría imposible su determinación. El medio de prueba concluyente no podía ser otro que una presunción "iuris tantum", por medio de la cual se tomaban en cuenta ambos extremos, el material u ostensible, o sea, el signo aparente de servidumbre presumible como título, y el subjetivo, o de conducta de las partes, por la omisión de no haber expresado lo contrario en el acto de enajenación o al no haber hecho desaparecer, con anterioridad al otorgamiento de la escritura, el signo aparente de servidumbre (9). Que de la actuación de una de las partes, por el establecimiento del signo, el legislador deduzca un título, quiere decir que se trata de un título voluntario, y que todavía se conceda una opción a las partes para que puedan expresar, o hacer lo contrario, respecto del signo aparente confirma el carácter potestativo de la norma establecida por el legislador en el artículo 541. De este modo interviene muy decididamente el margen de posibilidades que se deja a la autonomía de la voluntad de las partes para modificar y eliminar una situación de hecho preestablecida que contiene una expectativa de derecho y también para confirmarla, que en este caso concreto lo es cuando las partes adoptan una postura y actitud omisiva.

En definitiva, que el signo aparente sea equiparado a un título (voluntario) no reside únicamente en la propia fuerza legal, puesto que el legislador no recurrió a una ficción ni impuso dispositivamente que así fuera con exclusividad, sino que lo hizo depender fundamentalmente de la voluntad de las partes, quienes podrán decidir, en última instancia, sobre el destino que se le darán a dichos signos aparentes, a fin de que la servidumbre quede o no constituida. El precepto legal, pues, no ha servido más que de vehículo para

(9) No puede confundirse la utilización por el legislador de un medio de prueba legal, como es la presunción *iuris tantum*, con el modo constitutivo (a título voluntario) que, precisamente, se pretende decidir normativamente; no cabe, pues, la identificación del instrumento jurídico con lo instrumentado legalmente.

encauzar unas conductas expresivas u omisivas, pero siendo ellas, en definitiva, quienes provocarán o rechazarán la constitución y adquisición de la servidumbre. La conducta omisiva de las partes ante un estado de hecho significativo o concluyente (los "facta concludentia" en cuanto declaración tácita de voluntad) (10), que una de ellas mismas ha creado y la otra admitido y tolerado en el momento más definitivo, como es el de la enajenación y adquisición de los bienes, entra en juego mediante la presunción "iuris tantum" de que se vale el legislador, pero no como consecuencia de su mandato, sino en función de la propia voluntad de las partes, de quienes seguirán dependiendo las vicisitudes posteriormente acaecidas en las relaciones fundiarias, o sea, bajo un régimen jurídico voluntario, del que dependerá su transformación y, como consecuencia, su extinción.

4. *El contenido y el alcance de un signo aparente de servidumbre.*

El signo aparente de servidumbre, por ser tan sólo un dato material, una simple relación de servicio entre dos fincas, evidente únicamente por su apariencia, y al no venir documentado ni referido expresamente por las partes en el momento de la enajenación, su contenido y alcance se hace objeto de mayor atención e interpretación al ocurrir un caso conflictivo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido ejerciendo esta tarea conforme se le han ido presentando diversos casos litigiosos, y de su análisis merecen destacarse dos posiciones netas: una, eminentemente objetivista, tan sólo atenta a la mera expresión que revelan los signos aparentes (SS. de 31 de octubre de 1956, 4 de marzo y 3 de abril de 1959, 23 de enero de 1962, 30 de marzo y 15 de julio de 1968), y otra, mixta, en la que se atiende no sólo a la apariencia del signo, sino también a la voluntad del anterior propietario común de las fincas (S. de 3 de marzo de 1942). En realidad, ambas posturas son el reflejo más notorio del criterio del juzgador en cuanto a su postura doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta servidumbre por destinación del padre de familia o del propietario. Mientras que para la primera dirección se considera que la destinación del padre de familia es de naturaleza legal y, por tanto, que la servidumbre queda constituida por mandato de la Ley, para la segunda dirección se adopta una concepción ecléctica de la que participan las demás teorías en cuanto al fundamento de la naturaleza jurídica de esta servidumbre (11).

La sentencia del 8 de mayo de 1970 no adopta una posición dogmática, puesto que el juzgador no hace una declaración de principios, aunque se advierta una decidida inclinación por el aspecto objetivo y el dar carácter dispositivo a la norma que regula el artículo 541, concretamente cuando acoge la tesis del demandante y no duda en aceptar explícitamente unas servidumbres a su favor, diciendo que "nacieron por ministerio de la Ley, a tenor del artícu-

(10) Sobre los actos concluyentes como declaraciones de voluntad, cfr. v. TUHR: *Parte general del Derecho civil*, trad. esp., 2.^a ed. Madrid, 1927, páginas 116 y sigs.

(11) No han faltado sentencias en las que se puntualice que se trata de una modalidad tácita constitutiva de la servidumbre: SS. 5 enero 1963, 20 diciembre 1965 y 15 junio 1968.

lo 541 del Código Civil”, y al juzgar el Juez de Primera Instancia, confirmar la Audiencia y decidir el Tribunal Supremo también que es una “servidumbre que fue constituida por título de signo aparente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil”.

Sin embargo, la sentencia de 3 de marzo de 1942, con un criterio más realista que teórico—a pesar de ser su ponente un ilustre docente y expositor científico, el profesor Castán Tobeñas—, manifestaba explícitamente, para el punto concreto que nos ocupa, que “es lo cierto que para determinar la extensión y modo de ejercicio de las servidumbres así creadas ha de tenerse en cuenta, ante todo, y según resulta del texto combinado de los artículos 598 y 541 del propio Código, el título de constitución, tal como plasma en el estado de hecho que ha dado nacimiento a la servidumbre, en relación con la intención del propietario que haya creado ese estado de cosas”.

No cabe duda que la alusión a la intención del propietario pretendía poner una nota del voluntarismo privado de que está caracterizado todo el Derecho Civil, pero que para la destinación del padre de familia o del propietario destinante, precisamente por su aspecto dubitativo, constituye la causa de la norma implantada en el artículo 541, y debido a la cual nuestro legislador eligió el expediente de recurrir a una presunción “iuris tantum”. Particularmente, por tratarse de una conducta tácita de las partes, resultaba difícil concretar cuál había sido la determinante del propietario para el establecimiento del signo aparente de servidumbre, así como la omisiva del aceptante en el momento de la enajenación; sólo los signos aparentes podían revelar una conclusión en cuanto a la situación de las fincas y deducir su vinculación. Sólo el resultado aparente podía ser identificado como una disposición respecto a los bienes y fincas; únicamente mediante los signos ostensibles establecidos por el propietario destinante podrá identificarse su voluntad e intención, ya que no cabe otra que la plasmada en aquella estructura material o de hecho.

Con razón, la jurisprudencia italiana ha declarado que para determinar la servidumbre constituida por destinación del padre de familia no es necesaria una indagación sobre la voluntad efectiva del único propietario (12). Precisamente esto es lo que el legislador ha venido a evitar mediante el empleo de una presunción “iuris tantum”, descartando así un sinnúmero de posibilidades que conducirían a una situación vacilante e incierta. En cambio, ante la evidencia de un estado de hecho en la disposición de las cosas, revelado por el signo aparente, denota, al menos, que aquel servicio establecido por el padre de familia o propietario común fue mantenido por él. Basta que el servicio entre las fincas sea visible y no denote su transitoriedad, al responder a un auténtico contenido de una servidumbre, o sea, que dicho servicio sea utilizado “iure servitutis”, para que sirva de título constitutivo como tal servidumbre.

La aptitud que tiene el signo aparente, como revelador de una relación de servicio entre los bienes, de poseer un contenido y un alcance como si ya fuera un derecho de servidumbre, es la que ha inducido al legislador (art. 541),

(12) Así, Cass. it., 24 enero y 6 febrero 1948, en *Il Foro Italiano, Rep.* (1947-1948), núm. 65. Por su parte, el Tribunal Supremo español ya tenía dicho que sería inútil una investigación previa con la finalidad de acreditar si la servidumbre requiere o no título (S. 6 enero 1932).

como al intérprete (13), a manifestar que “la servidumbre continúa activa y pasivamente” cuando se separan los bienes, pues, en realidad, con anterioridad no es más que un mero vínculo de hecho derivado del ejercicio de un derecho dominical. Es decir, que la relación de servicio entre ambas fincas denotará su capacidad para constituirse como un derecho real cuando se mantenga un signo aparente que pueda exteriorizar una servidumbre (S. de 3 de marzo de 1942), o un servicio determinante de una servidumbre (S. de 30 de octubre de 1959). Es decir, que el contenido y alcance de la servidumbre viene reflejado por el propio signo aparente, que en caso de duda y conflicto el juzgador delimita y concreta para mayor precisión y equidad. De este modo se exige “una situación de hecho claramente definida” (S. de 4 de marzo de 1959), un “signo aparente de luces y vistas en provecho de una de las casas o huecos abiertos en pared propia” (SS. de 6 de enero de 1932, 18 de diciembre de 1954, 16 de abril de 1963 y 20 de diciembre de 1965), que “construido y funcionando el colector no puede dudarse de la existencia del signo revelador de la servidumbre” (S. de 31 de octubre de 1956), “la existencia de un signo aparente hacia el exterior que la revela” o “muro en que estaban los huecos” (S. de 3 de abril de 1959), que había “un signo de servidumbre de paso” (S. de 21 de enero de 1960), haber “signos ostensibles de la servidumbre” (S. de 26 de enero de 1962), tener “signos externos (escalerilla o rampa)” (S. de 23 de enero de 1962), “seguir utilizando las aguas para el riego del resto de la finca y dejar sentados en ella los signos exteriores, consistentes en los canales de riego que obran permanentemente en la finca” (S. de 5 de enero de 1963), que haya “signos aparentes que reflejen verdaderamente servidumbres” (S. de 20 de diciembre de 1965), el ver un “indiscutible signo aparente” o “una apariencia y realidad válida de suyo y reconocida por todos, teniendo en consideración su propia entidad y una manifestación externa” (S. de 15 de junio de 1968).

De donde resulta que el estado de hecho revelado por el signo aparente es el que determina su contenido y alcance para el momento constitutivo de la servidumbre, así como para su posterior desenvolvimiento dentro del régimen jurídico de los derechos y obligaciones que han de ejercitar sus respectivos titulares. Por tanto, si cabe una renovación material de los bienes, lo que no se permite es un cambio, alteración o modificación del estado de hecho aparente de la servidumbre constituida.

No han faltado casos en los que se haya planteado de nuevo el alcance de la servidumbre constituida por destinación del padre de familia en el caso de realización de obras posteriores. Para estos casos, la posición interpretativa del Tribunal Supremo parece decidirse por el peso o poder del gravamen impuesto, según sea menor (S. de 30 de marzo de 1968) o mayor (S. de 8 de marzo de 1970) al que con anterioridad se tenía establecido. Mientras que, en la sentencia de 1968, se admite que “no sólo puede continuar en la forma que fue constituida, sino desde distintas alturas (mayores), simple modalidad de disfrute, menos gravosa por la mayor distancia a los efectos del artículo 543”, en la sentencia de 1970 la nueva construcción, “con la abertura de siete metros de ancho que ha efectuado el demandado en la parte de cielo abierto del pasillo, no sólo modifica de hecho el estado preexistente en el momento

(13) SS. 6 enero 1932, 31 octubre 1956, 3 abril 1959 y 22 noviembre 1963.

de constituirse la servidumbre de paso..., sino que además hace más gravosa la misma”.

En definitiva, el intérprete, a la hora de valorar el contenido y alcance del estado de hecho precedente, no sólo adopta un criterio meramente formalista, sino que también aprecia su aspecto cualitativo respecto del “ius in re aliena” en que se concreta y tipifica la servidumbre que resulta del ejercicio de un servicio anterior.

JOSÉ BONET CORREA