

SERVIDUMBRES. Las servidumbres voluntarias. El art. 541 CCiv recoge una constitución singular de la servidumbre, automática, tácita o por presunción legal, descrita desde la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas que haya establecido el propietario de ambas, y que supone su creación al enajenarse una, salvo expresión en contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o que haya desaparecido aquel signo antes.

También se conoce, por referencias históricas, como servidumbre por destino del padre de familia, o más breve, servidumbre de "pater familias", habiendo tenido un desenvolvimiento jurisprudencial amplio, por lo usual de que se establezcan servicios entre fincas, tanto rústicas como urbanas, por su común propietario, y en el ámbito de la construcción mediante el establecimiento por parte del promotor o constructor de signos de servidumbre antes de la venta de los diferentes pisos o locales, de lo cual ha resultado una importante conflictividad.

Su arraigo histórico procede de los glosadores (Bártolo de Sassoferrato), operando sobre ciertos textos del Derecho romano, a propósito de servidumbres de paso instauradas por un testador "pater familias", cuando disponía unas fincas a favor de varios herederos, ordenando que éstas permaneciesen en la misma situación.

Posteriormente se extendió a otros supuestos, se fijó como presunción legal, y operó también "inter vivos", se acogió el Derecho consuetudinario francés, y de ahí pasó al Código de Napoleón, a través del cual se incluyó en el Código de García Goyena de 1851, y terminó en el texto vigente, aplicándose hasta hoy de manera intensa.

Se ha recogido en la Ley 397 del Fuero Nuevo de Navarra, pero no se contempla en el Derecho foral aragonés, ni es tradicional en el Derecho

especial de Cataluña, fiel a las fuentes romanas, que nunca recogieron esta institución, pero se admitió en SAT Barcelona de 11 de diciembre de 1985.

El fundamento es de tipo económico, por la conveniencia de que el servicio que una finca viene prestando a otra, establecido por su común propietario implemente su aprovechamiento, con su prolongación, si ello no obsta a los intereses de los dueños que resultan después de que se separa la propiedad sobre ellos (Lacruz).

Por ello, la perspectiva del legislador es de fomento de la figura, en lugar de restrictiva, como corresponde a derecho real limitado en general.

Naturaleza jurídica

Como el régimen del instituto dimana de que esta servidumbre por signo aparente sea de origen legal o voluntaria, o bien genere un "tertium genus", partiendo de que se trata de modo de constitución no negocial, resulta importante en la práctica ahondar en su naturaleza.

Las tesis son agrupables en dos mayoritarias:

- Teoría voluntarista o de la constitución tácita.

Es la tradicional desde los glosadores, y fue acogida por la doctrina francesa. La tesis clásica se defendió aquí por Bonet Correa: si por voluntad del dueño común de las fincas, el estado de las mismas subsiste en el momento de la separación de ambas, esa voluntad creadora de la dependencia de lugares debe presumirse conforma una oferta hecha a sus sucesores eventuales para conservar aquel estado de cosas, que éstos aceptan al contrariarla con una voluntad expresa. El silencio de los adquirentes, que pudieran estipular la no pervivencia de la servidumbre, unido a esa voluntad creadora, resulta indiciario de que aceptan la oferta tácitamente.

Esta línea voluntarista experimenta variadas aportaciones, como la de la inherencia real, que ve el fundamento de las servidumbres en una cualidad inherente al fondo, y al transmitirse éste, sigue su propio destino; o con ella emparentada, más moderna, de la operatividad del negocio jurídico transmisivo no sobre la desnuda geometría de la finca, sino sobre la unidad económica o real, y, por tanto, las servidumbres en su sentido económico o geográfico, aunque no en su rigor jurídico, nacen al Derecho (Lacruz).

La base de esta tesis radica en la voluntad del nuevo adquirente, que consiste en no querer alterar el estado de cosas creado por el causante, lo que determina una forma de adquisición originaria, y no derivativa, pues no existía el derecho antes de la división en su sentido estrictamente jurídico.

Se ha defendido, no obstante, la variante del voluntarismo con fundamento, no en la voluntad del sujeto adquirente, sino del transmitente, de manera que el acto de destinación, como un acto de voluntad unilateral, crea la servidumbre, la cual permanece latente hasta el momento de la separación. Ello supondría un derecho real en cosa propia, que continúa, por estar previamente constituido, y que no nace en el momento de la división de los predios, sino que simplemente se transmite. Aunque ello contradice la definición del derecho real de servidumbre, que implica la existencia de dos predios pertenecientes a dos distintos dueños (art. 530 CCiv).

- Teoría legalista, o de la constitución legal automática.

La Ley directamente dispone la transformación de un estado de hecho en una relación de derecho, sin que haya conexión alguna en función de una voluntad negocial que no existe ni tácita ni presuntamente.

Es tesis nacida en Italia a partir del Código Civil de 1942, y aquí sostenida por Castán, y obedece a considerar que el ordenamiento jurídico atiende a una

situación objetiva, sin tener en cuenta una intención tácita del propietario ni del adquirente.

En realidad, es la tesis legalista o de constitución automática la que más se cohonestaba con un modo de adquirir la servidumbre no negocial (González Porrás), y parece que ha triunfado en la doctrina científica.

Ahora bien, al margen de que se hagan aparentes declaraciones dogmáticas de una u otra línea, o de la calidad de tales, las sentencias de la Sala I TS se dedican a enumerar los requisitos o presupuestos para la existencia de la servidumbre, y los repasan en cada caso concreto, de modo que si concurren, no se contempla ninguna constitución voluntaria, siquiera tácita, pero la jurisprudencia no parece optar por una teoría legal o automática de un modo absolutista, porque la constitución por signo aparente se puede impedir por la declaración en contrario o por la destrucción del signo aparente (Vid. STS de 31 de diciembre de 1999).

Requisitos

En principio, son de aplicación las normas que rigen para las servidumbres voluntarias, y en concreto, de las aparentes, sean o no continuas, tanto positivas como negativas (no es viable la constitución del art. 541 CCiv para las no aparentes).

Si concurren todos estos requisitos, como queda dicho, se ha creado un equivalente o subrogado al título de servidumbre (SSTS de 25 de junio de 1991 ó 18 de marzo de 1999):

- La existencia de dos o más fundos pertenecientes a un único propietario.

Aunque no sea preciso que las fincas sean contiguas a nivel teórico, ocurre que como se precisa un signo revelador del servicio determinante del gravamen, en

estas situaciones la falta de contigüidad enerva casi siempre la existencia del signo como tal.

Pueden ser más de dos fundos, si entre ellos existe el signo de servidumbre, lo cual es bastante frecuente en las servidumbres de paso que atraviesan varias fincas.

- Estado de hecho entre los fundos del que resulte por signos visibles y evidentes que un predio presta a otro un servicio determinante de la servidumbre.

Es el signo aparente, que al separarse las fincas una se convierte en dominante y otra en sirviente, como reflejo del acto de destinación hecho por el propietario sobre sus bienes, como acto de gestión interna que se apoya en el propio derecho de dominio, pero con carácter perdurable.

Si el signo no fuera indudable, nunca cabría engendrar una servidumbre, siendo los dos fundos del mismo propietario: STS de 7 marzo 1991.

Además de evidenciar inequívocamente el sustrato fáctico de un gravamen fundiario, por signos visibles, ha de reunir las cualidades necesarias para configurarlos como estructuralmente definidores de una servidumbre (inseparabilidad, perpetuidad, utilidad, etc.), aunque no se haya utilizado.

Lo que no cabe es la destinación sobre un edificio en proyecto, pendiente de ser construido, porque el signo aparente no existiría, aunque la RDGRN de 21 de octubre de 1980 señaló que "el segundo obstáculo nacido del contenido del art. 541 del CCiv. hace referencia a la falta de signo físico aparente entre las fincas, dada la inexistencia de las edificaciones que además no están ni siquiera proyectadas, y en efecto esto es así y más adelante se examinará, pero aparte de que, al igual que en el supuesto del considerando anterior, se

han establecido las indicadas servidumbres bajo la condición suspensiva de que se realice la correspondiente construcción, hay que señalar que este precepto, referido exclusivamente a un supuesto procedente del Derecho romano, no incluye la posibilidad de su ampliación a otros casos, y que, en consecuencia, al igual que sucedió con la tradición real que fue progresivamente espiritualizada, y así el art. 1462 del CCiv. establece que la escritura pública equivale a la entrega, pueda ahora, dadas las nuevas situaciones planteadas por el urbanismo, entender que también puede ese signo aparente crearse en forma documental en la propia escritura pública, y a través de su inscripción en los libros registrales darlo a conocer a terceros, quienes al adquirir todo o parte del inmueble o inmuebles dan lugar a que se cumpla la condición que originará el nacimiento de la mencionada servidumbre".

Los signos tienen eficacia real simplemente por la configuración que presentan, es decir, por su propia identidad, con independencia de fórmulas notariales que carecen de intencionalidad específica sobre que la transmisión es libre de cargas o semejantes.

- Que la señal exterior demostrativa haya sido impuesta por el propietario común de ambos fundos.

Respecto a la naturaleza del acto de destinación en virtud del cual se crea la relación de servicio entre los fundos propios susceptible de constituir una servidumbre en caso de separación, ha de ser intencional y cualificado, por el que se cree un destino del signo que se establece, sin necesidad de que medie conciencia de las consecuencias jurídicas, ni siquiera una finalidad determinada, ni aún su posesión efectiva.

Por ello, la mayoría de la doctrina piensa que se trata de un acto de administración que implica simplemente el ejercicio normal del derecho de

propiedad, desarrollando una de las facultades que lo integran, de tal manera que no se está gravando con servidumbre un fundo, puesto que es de la misma titularidad que el dominante. Quien constituye el signo basta con que conozca la entidad económica, la materialidad, y no sus consecuencias jurídicas, que vienen anudadas por la Ley a este acto, concurriendo los demás requisitos.

Basta el mero dato objetivo de que se establezca esta relación de servicio.

Aunque el Código Civil sólo habla del propietario, la doctrina hace una interpretación extensiva a todos aquellos titulares de derechos reales sobre el predio o predios sobre el que el signo aparente pueda recaer, tales como los que tienen un dominio o propiedad temporal, o los que posean otra titularidad real.

Yendo a los supuestos precisos:

- Nudo propietario. Las dudas se soslayan con la aplicación del art. 595 CCiv que tolera, como vimos en su momento, a dicho nudo propietario la posibilidad de constituir la servidumbre.
- Copropietarios. No hay inconveniente en la comunidad que el acto de destinación pueda ser efectuado de común acuerdo entre todos ellos, o por uno, cuando los demás lo consientan sin oponerse ex art. 597 CCiv.
- Representantes. Los padres tienen prohibido gravar los bienes inmuebles de sus hijos (art. 166 CCiv), pero como el acto de destinación da lugar a una mera situación de hecho sin trascendencia jurídica alguna, los representantes legales, al ejercer el derecho de propiedad en lugar de sus representados, es claro que puede establecer la relación de servicios entre ambas fincas, lo que es transferible al caso de representación voluntaria, incluso mediante mandato tácito y ulterior "ratihabitio".
- El usufructuario. A pesar de que, como acto de administración el de disposición del destino estaría en las facultades del usufructuario, al cambiar la

sustancia de la cosa para el nudo propietario, la mayoría de la doctrina entiende que no tendría que soportarse el signo aparente cuando se extinguiera el usufructo.

- El arrendatario. No parece que, sin el consentimiento del propietario, el arrendatario, en general, pueda incluir en el goce de los fondos por tiempo determinado un acto de destinación de servicio entre ellos; cuando el signo aparente suponga una mejora útil para la finca arrendada, sí tendría lugar legitimación por aplicación del art. 1.573, en relación con el 487 CCiv; en fin, cuando el signo puesto por el arrendatario haya sido conservado y tolerado por el propietario, como en el caso de que el signo aparente estuviera previamente constituido por propietarios anteriores, persistirán los efectos cuando los fondos pasen a otros propietarios.

- Persistencia del signo aparente en el momento de transmitirse a cualquier persona la propiedad de cualquiera de los fondos.

En ese instante traslativo es cuando nace la servidumbre.

Parecería que la enajenación -en términos extensos- debe ser voluntaria porque el propio texto legal condiciona el nacimiento de la servidumbre a que sea posible una declaración en contrario que haga desaparecer el signo, pero como aunque en el título traslativo no se diga nada, los titulares de los predios puedan hacer desaparecer los signos, se deduce que también cabría esta constitución en la expropiación forzosa o la subasta judicial.

La Ley 397 del Fuero Nuevo de Navarra, se refiere a la separación de la propiedad de la finca por acto "inter vivos" o de última voluntad, que es a lo que, en definitiva, también se interpreta referirse el Código Civil con la dicción de "enajenación" que, como se adelantó, se equipara a toda salida patrimonial, por venta, donación, permuta, aportación a una sociedad, subasta judicial, dación en pago, etc.

Respecto de la segregación y venta o transmisión de parte de la misma finca por su propietario, no hay vacilación en que efectivamente, si entre la parte separada y la finca matriz hay señal de servidumbre, en la transmisión "inter vivos" -como en la vía de prescripción adquisitiva o usucapión se admite- puede constituirse la servidumbre. La duda aparece cuando la división es el fruto o dimana de la sucesión intestada (en la testada, el testamento, elimina el problema). Como la servidumbre nace de la falta de declaración en contrario de los sucesores, no del causante, si aquéllos no han hecho manifestación en contrario a la existencia del signo aparente, subsiste y nacerá la servidumbre (las ancianas SSTs de 20 de diciembre de 1965 y 20 de octubre de 1974, sientan que la servidumbre se constituye en el momento en que los herederos hacen la partición y prestan su conformidad, expresa o tácita, a que los signos permanezcan sin hacerlos desaparecer).

- Ausencia en la escritura de expresión en contra de la pervivencia de la servidumbre, o que no se haya hecho desaparecer el signo antes del otorgamiento de aquélla.

La falta de declaración contraria en la escritura de la enajenación (cuando la escritura haga una mención especial del gravamen no nacerá servidumbre de art. 541 CCiv, sino por título), se exige por la jurisprudencia que se trate de una manifestación clara y evidente (STS de 11 de noviembre de 1988), sin que valgan, como quedó avanzado, formularios notariales o cláusulas de estilo, puesto que, como también se dijo, el principio de libertad de los fundos se relaja en este tipo de constitución, que se fomenta "ex lege".

La desaparición del signo sólo puede referirse a los actos materiales que destruyan la apariencia del signo, como una nueva facultad inherente al dominio que ejercita el propietario antes de la separación de los fundos. Y así como la aparición del signo requiere una prueba inequívoca y concluyente, lo

mismo requiere su desaparición, o por mejor decir, que deje de ser aparente la base fáctica de la servidumbre.

¿Pero para que nazca la servidumbre por destino del padre de familia resulta inexcusable documento, aunque éste sea privado?

Sin mención legal exigente de la forma, el momento estimativo de la desaparición de hecho del signo será, a falta de otorgamiento documental, por aplicación de la teoría del título y el modo, tendrá que ser anterior a que se haya acordado efectivamente la transmisión de la finca; de otro lado, una mención contraria a la servidumbre puede no contenerse en ese acuerdo, título transmisivo válido y eficaz, indocumentado, sino en un acuerdo posterior de las partes verbal o escrito. Los problemas serán de carácter probatorio.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS





ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

15

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

16

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

17

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

18

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

20

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

21

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

23

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

25

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com