

## 2.—La posibilidad de impedir la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria

(Comentario a la sentencia de 21 de enero de 1960)

SUMARIO: 1. Los supuestos de hecho aducidos por la sentencia.—2. La argumentación y las razones legales del Tribunal Supremo.—3. La posibilidad de impedir la constitución tácita de servidumbres en la partición hereditaria.—4. Las conclusiones críticas para la actual sentencia.

### 1. LOS SUPUESTOS DE HECHO ADUCIDOS POR LA SENTENCIA

Si resumimos los supuestos de hecho recogidos por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1960, resulta que A. R. V. compra parte de un granja sobre la que edifica varias casas y en las que establece una serie de servicios, destacándose el de un portalón de salida construido en una de las edificaciones, a través del cual se servían las demás casas y parcelas. Al fallecimiento de A. R. V. heredaron sus bienes sus hijos, y al hacerse la partición de los mismos se adjudicó una de las casas, con su corral o plazuela, a uno de los hijos, F. R., y las otras casas y terrenos que componían la granja a otros hijos, de quienes uno de ellos, J. R., reunió más tarde todos los bienes en su propiedad. En la partición del caudal hereditario de A. R. V. se hace constar que la «servidumbre de carro» que existe entre las casas de F. R. y J. R., hacia el sur, por el corral o plazuela, queda suprimida, para lo cual J. R. puede, cuando lo tenga por conveniente, construir un muro de perpiaño de dos metros de alto, emplazándolo o situándolo paralelamente a la fachada sur de la casa y a distancia de dos metros.

Pasó el tiempo, y J. R. no construyó el muro impeditivo del uso del servicio suprimido, antes bien arrendó sus casas y terrenos, que más tarde heredaron sus hijos, V. R., F. R., I. R. y R. R., quienes, en unión de su madre, los aportaron agrupados bajo una razón social, «I. G. S. A.», vendiéndolos a otros dos adquirentes, R. P. y C. P. En este posterior acto de venta no se especifica nada respecto del estado de hecho de las casas y terrenos, en cuanto al portalón de servicio de paso y carruaje, que siguió utilizándose sobre una de las casas en beneficio de las demás. Dos años más tarde, R. P. y C. P. venden las tres casas y el solar de terreno restante a J. R. R., J. L., M. D. N. y A. C., respectivamente. Antes de la realización de dichas ventas no se hace desaparecer el portalón de salida que servía a las demás casas y solar, ni se hace constar que dicho servicio queda suprimido, pues únicamente se limitan a expresar a los vendedores en las

escrituras de venta que se transmiten en el estado de hecho en que se encuentran con sus accesos correspondientes. En cuanto a la venta de la casa sobre que recae el servicio con su portalón de entrada y salida, los vendedores la transmiten «en el estado actual de hecho y derecho en relación o lo vendido», según manifiesta el documento de compra, y en documento privado el comprador se compromete «a no ejercitar ninguna acción contra los vendedores por razón de servidumbre de paso que, aun no constando en los títulos ni en el Registro, pudiera resultar establecida por el uso a favor de las casas... sin que los vendedores puedan garantizar otra cosa».

Una vez consumada la venta, J. R. R., adquirente de la casa sobre la que recaía el servicio de paso y carruaje a través de su portalón, lo cierra e impide su utilización a los otros compradores de las casas y solares contiguos. Demandado J. R. R. por aquéllos, que se creían con derecho al paso por el portalón de su finca, el Juzgado de Primera Instancia se pronuncia a favor de ellos por entender constituía la servidumbre de paso, obligado al demandado a dejar libre el acceso. Apelada la sentencia ante la Audiencia Territorial se dicta por ésta la denegación de dicha servidumbre de paso y se desaprueba la decisión de instancia. Interpuesto recurso de casación por los primitivos demandantes y pretensesores de servidumbre de paso, se cassa la sentencia en base a la siguiente doctrina, que pasamos a exponer.

## 2. LA ARGUMENTACIÓN Y RAZONES LEGALES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Siendo ponente el magistrado don Francisco Eyre Varela se manifiesta: «CONSIDERANDO que tanto en el primero como en el segundo motivo, por el cauce número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que verdaderamente se plantea no es un problema de apreciación de la prueba, sino de valoración jurídica e interpretación de los documentos, contratos o actos que en ellos se expresan, problemas que no encajan en el cauce elegido, ya que la sentencia recurrida no los desconoce ni deja de apreciarlos, pues lo que realiza es interpretarlos y calificarlos de manera distinta de la que con su personal criterio discrepa del recurrente, lo que no constituye ninguno de los errores en la apreciación de la prueba acogida en el referido número 7.º, por lo que ambos motivos deben ser desestimados en ese aspecto y, además, el primero, porque los documentos utilizados para la demostración del supuesto error de hecho no merecen el concepto de auténticos por ser los mismos objeto de discusión en el pleito, como así lo tiene declarado en reiteradas sentencias esta Sala.

CONSIDERANDO que para el examen del tercer motivo es de capital importancia establecer los hechos estimados como probados por el Tribunal *a quo*, que reducidos a sus términos más estrechos en cuanto conducentes al fin que se busca, son los siguientes: a) Que los predios afectados por las servidumbres discutidas, activa y pasivamente pertenecieron a un solo propietario. b) Que éste estableció el signo de servidumbre de paso de que se trata. c) Que si bien en una primera división o disgregación de

aquella propiedad se convino que esa servidumbre se extinguiría, haciéndose constar que para que cesara se construiría una pared en las condiciones que se determinan, el beneficiado no hizo uso de ese derecho continuando pacíficamente esa servidumbre, hasta el pleito, más de sesenta años desde su establecimiento; y d) Que esa servidumbre se hizo mención en diferentes contratos de nuevas transmisiones por parte de aquella misma finca afectadas por tal servidumbre, y aun el propio demandado las reconoció en documentos privados, según todo ello consta con más detalle en el primer considerando de la sentencia del Juzgado, que aceptó la Audiencia con una adición que no afecta directamente a lo expuesto, de todo lo cual bien claramente consta no sólo la constitución de la servidumbre por «destino del padre de familia», sino su subsistencia y ejercicio durante largo lapso sin que nada se hubiera hecho por hacer desaparecer tal signo de servidumbre ni de obstaculizar su ejercicio, y todavía, si ello no fuera bastante, existen actos de reconocimiento de la misma procedentes del demandado y recurrido, con todo lo que, al no apreciarlo así la sentencia, no reconociendo valor y eficacia a todo ello, apartándose de lo que constituye su verdadera esencia y contenido, relativo a la constitución, reconocimiento y subsistencia de la servidumbre que se litiga, incurre en las infracciones legales que se denuncian en los indicados motivos tercero y cuarto y proceda a dar paso a la casación que en ellos se postula, sin que pueda obstaculizar esta conclusión la reiterada doctrina de esta Sala sobre la prelación del criterio de instancia en materia de interpretación, que se halla establecido con carácter de generalidad, pero que no se limita ni se excusa en casación cuando excepcionalmente, como en el presente caso, se yerra en instancia notoriamente en la interpretación, según se denuncia y estima.

CONSIDERANDO que el quinto y último motivo, estimada la casación por los anteriores, carece de finalidad porque, referido a la prescripción adquisitiva de servidumbre, tiene un carácter subsidiario o de subordinación a la desestimación de los anteriores que hace inútil su examen porque, tanto que se estime como que se desestime, en nada se modifica lo expuesto, lo primero porque nada añadiría a lo conocido y, lo segundo, porque no lo contrariaría, dada la reconocida eficacia de otros medios constitutivos y adquisitivos.»

Después de haber examinado los supuestos de hecho, actos y contratos realizados por los diversos titulares de los inmuebles de referencia, así como los razonamientos que aduce nuestro más Alto Tribunal, nos da la sensación de que tanto las partes contratantes como este Tribunal procedieron con gran timidez por lo que se refiere a su actitud frente a las normas y disposiciones del artículo 541 del Código civil.

Mientras en un primer mandato F. R. y J. R. dediden y ponen en claro las cosas de suprimir el servicio hasta entonces existente en las fincas poeidas en la sola mano de su padre F. A. R., posteriormente J. R. deja sin realizar y practicar su derecho de obstaculización del servicio al permanecer las cosas de la forma en que estaban, arrendándolas, y más tarde transmitiéndolas en ese mismo estado a sus hijos y sucesores, quienes igualmente siguen conservando el primitivo estado de hecho hasta que se las

enajenan a R. P. y C. P. en *pro indiviso*. Estos propietarios, después de transcurridos dos años, proceden igualmente a la venta de los inmuebles, pero ya separada e individualmente, a cuatro nuevos adquirentes, donde, si bien se nombra el servicio existente, no se atreven a tomar una posición decidida ante él, antes al contrario, recelosos de posibles reclamaciones, redactan un documento privado que les exima de la responsabilidad que del servicio pueda derivarse.

Por otro lado, el Tribunal Supremo trata de conjugar el primer acuerdo negativo que establecen las partes F. R. y J. R., respecto al servicio existente, y los posteriores actos del titular de la finca dominante que no pone en práctica el acuerdo y deja subsistente el estado de hecho anterior al mismo. No obstante ser el acuerdo uno de los modos taxativos que destruye la ficción del título apto para que surja la servidumbre que proclama el artículo 541 del Código civil y al haber pasado más de sesenta años conservándose aquel estado de hecho por el uso del servicio establecido, al Tribunal Supremo le parece que ya se puede deducir que «claramente consta no sólo la constitución de la servidumbre por «destino del padre de familia», sino su subsistencia y ejercicio durante tan largo lapso sin que nada se hubiera hecho por hacer desaparecer tal signo de servidumbre ni de obstaculizar su ejercicio».

Ante la incongruencia de estas dos actitudes podemos comprender la de quienes como las partes sin asesoramiento jurídico no hacen uso con criterio recto de las normas que el ordenamiento pone a su disposición con objeto de lograr un empleo adecuado de las mismas y conocer sus deberes y obligaciones, sus posibilidades y sus prohibiciones; en una palabra, los derechos que la ley les otorga. Pero en la sentencia se advierte una contradicción al enjuiciar los hechos, pues si bien se dice que es un problema de valoración jurídica e interpretación, se olvida de ciertas situaciones y relaciones claras que son presupuesto de aplicación de la norma establecida en el artículo 541 del Código civil. Por lo demás, la sentencia, intuitiva o tácitamente, llega a un resultado cierto. Pero si razonamos a base de sus argumentos, ¿cómo es posible que reconozca que hubo un acuerdo negativo del servicio existente, el cual destruye toda posibilidad de nacimiento de la servidumbre en base del artículo 541 y, después, por el mero uso, sin necesidad de acudir a la prescripción (rechazada como «argumento subsidiario y subordinado» «que hace inútil su examen, porque tanto que se estime como que se desestime en nada modifica lo expuesto»), pueda afirmarse rotunda y claramente su constitución y existencia?

Ante el planteamiento de tales cuestiones nos indujo a meditar una vez más sobre el supuesto y a valorar los actos y negocios jurídicos realizados y recogidos por la sentencia con objeto de adecuarlos a las prescripciones que nuestro ordenamiento positivo les otorga y reconoce.

### 3. LA POSIBILIDAD DE IMPEDIR LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE SERVIDUMBRES EN LA PARTICIÓN HEREDITARIA

Para que se cumpla lo establecido en el artículo 541 del Código civil respecto de la constitución tácita de servidumbres es necesario que concurren los requisitos siguientes: a) que se produzca una separación de la propiedad de los predios; b) que se dé la existencia de un estado de hecho aparente de acuerdo con la servidumbre pretendida; c) el establecimiento o mantenimiento del estado de hecho por el propietario de ambos predios; d) la falta de una declaración contraria a la existencia de los servicios en el título de enajenación y la no desaparición del signo.

La necesidad del primer requisito responde a una verdad dogmática tradicionalmente mantenida desde el Derecho romano hasta nuestros días, de que nadie puede tener servidumbres sobre cosa propia, en base al principio *nemini res sua servit* (1). Por lo tanto, la servidumbre se constituye cuando los bienes inmuebles cambian de dominio. Hasta entonces lo único que hay son servicios cualificados que el propietario establece sobre su finca o fincas. Últimamente se ha afirmado en nuestra doctrina por RODRÍGUEZ ADRADOS (2), que el acto de destinación llevado a cabo por el propietario no entra dentro de la categoría de los negocios de disposición, sino que se trata simplemente de un mero acto de administración, ordinaria o extraordinaria, según los casos. A mi modo de entender es errónea su afirmación, pues entonces los actos del arrendatario, aparcerero, mandatario o administrador podrían dar lugar a la constitución tácita de servidumbres, cosa que repugna contra el espíritu y la letra del artículo 541, al tener que ser actos de un propietario o titular del dominio. «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas—se dice en el art. 541—, establecido por el propietario de ambas...». O sea, que se trata de un presupuesto ineludible de que se tenga un título dominical por quien establezca los signos aparentes del servicio, lo cual demuestra que sus actos de destinación son dispositivos. Es más, si no lo fueran no tendría por qué establecer el artículo 541 la necesidad de un acto contradictorio expreso, para que dejen de surtir los efectos que le apareja. Es que con estos actos de destinación, no sólo se modifican los elementos accidentales, sino también los esenciales de la finca sobre que se establecen, como es el posible efecto de la creación de una servidumbre, si llegan a cumplirse los requisitos que se prescriben. Con más carácter dispositivo que estos actos no los puede haber, pues es la propia ley quien tal carácter les concede.

En cuanto a la separación de la propiedad de los predios o inmuebles ha de producirse en dos sentidos: en el material y en el legal. Legalmente se producirá un cambio de titularidad de las fincas o de partes de una misma finca. Materialmente ha de producirse una separación entre los dos inmuebles o dentro del inmueble en que se ha establecido el servicio; es decir, que no compongan una unidad patrimonial, sino que se divida en dos porciones de dos patrimonios diferentes. La separación puede ocurrir porque ya formaban dos unidades independientes o porque una misma cosa, a efectos de una división, pasa a manos de diferentes titulares. Como

ya tenemos afirmado (3), la expresión genérica del artículo 541 permite una interpretación *in extenso* de los términos «empleados «fios fincas» y «enajenación». Así lo entienden, también entre nosotros, MUCIUS SCAEVOLE (4), MANRESA (5), NAVARRO AMANDI (6), DE DIEGO (7), DE BUEN (8), BONET RAMÓN (9) y PUIG PEÑA (10). El propio Tribunal Supremo confirma, igualmente, esta interpretación y se extiende en muchas consideraciones al manifestarse en una línea firme y decidida, tanto en la época anterior a la publicación del Código, como posteriormente (11). Del mismo modo sucede *per lo que se refiere* a la palabra «enajenarse», que emplea el artículo 541. Al adoptarse este término se entiende que alcanza a las transmisiones *inter vivos* y a las *mortis causa*, ya que dentro del concepto genérico de «enajenación» se comprenden la venta, la permuta, la donación, en una palabra, todas las formas de cesión o traspaso de bienes y derechos (división de la comunidad, expropiación y prescripción adquisitiva). La «destinación del padre de familias» surte efectos en todos los casos en que se realiza la separación del dominio, sea cual fuere el modo de llevarla a cabo. En este sentido, los autores anteriormente citados, también lo proclaman y afirman.

Sin embargo, dos autores se oponen a considerar la partición o adjudicación hereditaria como medio eficaz de transmisión y de separación del dominio en cuanto a los efectos del artículo 541: SÁNCHEZ ROMÁN y SANCHO REBULLIDA.

A juicio de SÁNCHEZ ROMÁN (12), el caso de partición es cuestionable por tratarse de materia de estricta interpretación, como lo es la de las servidumbres, contraria a la presunción de libertad de la propiedad, y por los términos concretos que en su tenor literal ofrece el artículo 541, y teniendo siempre en cuenta para el caso de adoptarse este criterio extensivo la necesidad de apreciar el mayor o menor valor de las fincas objeto de la

(1) Según SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*. Napoli, 1947, página 13, este principio es una fórmula bizantina; en cambio, son auténticos "*nullum praedium ipsum sibi servire potest*" y "*cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi serviret non potuissent*". de Dig. 8. 3. 31, cfr. 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), 394 ss.

(2) RODRÍGUEZ ADRADOS, *Disposición onerosa de bienes gananciales*, en "Revista de Derecho Notarial", XXI-XXII (1958) 192.

(3) BONET CORREA, *La constitución tácita de la servidumbre en el Código civil español*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-1 (1951) 81.

(4) MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil comentado y concordado extensamente*, X (Madrid, 1895), 280.

(5) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, IV (Madrid, 1895), 585.

(6) NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, II (Madrid, 1889), 287.

(7) DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español*, III (Madrid, 1923), 531.

(8) DE BUEN, *Servidumbres*, en "Enciclopedia Jurídica Española", XXVIII, 640.

(9) BONET RAMÓN, en el *Comentario a la sentencia del T. S. de 8 de marzo de 1942*, en "Revista de Derecho Privado", XXVI (1942), 412.

(10) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, III-1 (Madrid, s. a.), 395.

(11) SS. 14 de septiembre de 1867, 10 de enero de 1883, 27 de octubre de 1892, 7 de febrero de 1896, 31 de marzo de 1902, 6 de febrero de 1904, 5 de abril de 1906, 7 de enero de 1920, 10 de abril de 1920 y 10 de octubre de 1927.

(12) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2 ed., III (Madrid, 1960), 130.

partición, según que la existencia de aquel signo aparente de servidumbre que hubiese de considerarse como título para suponerla constituida en lo sucesivo, diera a un predio o a otro el carácter de dominante o de sirviente.

SANCHEZ REBULLIDA (13), adhiriéndose a la opinión de DE LA VILLE, fundamenta la destinación desde un plano puramente subjetivista y se adentra a investigar el motivo y la causa remota por la cual el propietario establece la relación de hecho entre sus dos fincas. Plantea, concretamente, el supuesto de muerte intestada del propietario de ambos fundos y el de la adquisición de cada uno de ellos por distinto heredero. Se pregunta: ¿Es aplicable el artículo 541? Y concluye «que si se opta por una solución afirmativa nos encontraremos con una nueva causa de originación de la servidumbre, la fatalidad, por así decirlo, pues habrá nacido sin que se den a aquéllos posibilidades de evitarla. La constancia en el título no cabe porque el causante ha muerto sin otorgar tal título (testamento) y al morir—sin esta prevención es natural que no haya podido utilizar tampoco la otra de hacer desaparecer el signo aparente de servidumbre». «En caso de partición por muerte intestada—añade—, el título sería la escritura de partición o el cuaderno particional, pero éste no es el título a que se refiere el artículo 541, porque, ¿quién va a expresar en él su voluntad contraria al nacimiento de la servidumbre? El causante (única voluntad que sería operante), imposible, porque ha muerto; el heredero del presunto predio sirviente, será el interesado en manifestar su voluntad en contrario, pero con la misma razón y derecho el adquirente del presunto dominante, manifestará en tal título su voluntad favorable a la originación de la carga. ¿El contador partidor? No creemos, concluye, que entre éste dentro de sus atribuciones. En cuanto al hacer desaparecer el signo, o de otorgar testamento en el que manifestar su voluntad opuesta al nacimiento de la servidumbre. Pero si muere sin haber tomado estas dos prevenciones, y entonces, si aplicamos el artículo 541, tenemos a la fatalidad originándola de un modo inexorable e inevitable. En suma, concluye este autor, la no inclusión de la partición de la herencia por muerte intestada dentro de los supuestos de aplicabilidad del artículo 541, nos parece una interpretación más a la letra de precepto. Y nos parece, además, una interpretación más justa.»

Ya tuvimos ocasión de rebatir esta tesis y, ahora, confirmamos lo que entonces ya dejamos expuesto (14). No es la fatalidad quien provoca la servidumbre; la única fatalidad es la muerte de una persona que no se sabe cuando llega, ni nadie puede preverla. Y decimos que no hay tal fatalidad en la constitución de la servidumbre porque en el acto de partición siempre se puede llegar a un acuerdo (como se sucede en el caso de autos), y, en caso de que no se llegue, basta «expresar lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas» (art. 541), para que se destruya la ficción que la ley crea y el signo aparente de servidumbre no se considerará suficiente para que se constituya. Nada importa investigar una volun-

(13) SANCHEZ REBULLIDA, ¿Puede la fatalidad originar servidumbres? En torno al artículo 541 del Código civil, en la revista "Universidad", de Zaragoza, IV (1940), 87.

(14) BONET CORREA, La constitución tácita de las servidumbres, cit. páa. 87 ss.

tad del *de cuius*, mejor dicho, suponerla, como hace SANCIO REBULLIDA, cuando la apariencia de un signo, el establecimiento de un servicio aparente demuestra concluyentemente una voluntad en ese sentido. La apariencia en ese sentido tiene un valor jurídicamente bien conocido respecto de la protección de terceros que, además, como reiteradamente el Tribunal Supremo ha manifestado (15), en virtud de su fuerza la exime de inscripción registral. Afirmar, pues, que en el supuesto de partición abintestato nace la servidumbre sin posibilidad de evitarla, es desconocer el juego del artículo 541, el cual precisamente opera cuando al tiempo de la separación de las dos fincas nada se exprese en contrario o nada se haya hecho para la supresión del signo aparente. Y esta expresión en contrario, insistimos, puede ser realizada no sólo por propietario común que las enajena, sino también por quien las compre o herede, pues el artículo 541 nada dice a este respecto, ni particulariza, como el autor citado se imagina. La forma de expresión gramatical reflexiva que la dicción del artículo 541 emplea se refiere a ambas partes.

De aquí, que si en el momento de la partición nada se expresa, sin hacer alusión al signo aparente por parte de ninguno de los herederos, la servidumbre quede constituida firme y establemente en beneficio de quien pueda ejercerla. La existencia del signo es título suficiente para su vigencia así igual que si al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se expresa lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se hace desaparecer aquel signo aparente antes del otorgamiento de la escritura, la servidumbre desaparece.

Por lo tanto la partición no sólo es un medio de segregación de la propiedad de una o varias cosas, de atribución de titularidades diferentes, sino el momento apto y posible para discernir la supresión de los servicios anteriormente existentes. Permanecer en silencio en ese momento, respecto de los signos aparentes, es dejar operar la total virtualidad del mandato legal del artículo 541 del Código civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se había referido a la partición como supuesto de enajenación eficaz para que se produjera la «destinación del padre de familia». Concretamente, la sentencia de 17 de noviembre de 1911 manifestaba que «según el espíritu en que se informa el artículo 541 del Código civil, explicado con más desarrollo por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal (16), cuando la propiedad de un solo dueño pasa, mediante adjudicación hereditaria a distintas personas, el signo ostensible y permanente de una servidumbre es título característico de su existencia; de suerte que a no haberse alterado o condicionado manera distinta de usarla, allí donde se revele hay que suponer el derecho anterior en ejercicio». Y añadía en otro considerando que la facultad que tienen los herederos de poder alterar (afirmar o negar) el servicio establecido por el *de cuius*

(15) SS. de 13 de julio de 1883, 11 de enero de 1893, 7 de febrero de 1896, 5 de abril de 1898, 31 de marzo de 1902, 12 de octubre de 1904, 22 de diciembre de 1906, 7 de noviembre de 1911, 1 de febrero de 1912 y 13 de abril de 1914.

(16) SS. de 7 de noviembre de 1883, 27 de octubre de 1892, 20 de junio de 1893 y 5 de abril de 1906.



en el momento de la partición «patentiza el reconocimiento más expresivo de mantener su disfrute tal como se ejercía antes». Tal sentido se mantiene por otras sentencias como las de 7 de enero de 1920, 4 de julio de 1925, 6 de enero de 1932 y 3 de marzo de 1942.

#### 4. CONCLUSIONES CRÍTICAS PARA LA ACTUAL SENTENCIA

Ahora, la sentencia de 21 de enero de 1960—objeto de nuestro comentario—también viene a recoger el supuesto de partición, en cuanto acto de separación del dominio de dos fincas que pertenecían al mismo propietario. En ella sucede que ambos adjudicatarios, F. R. y J. R., hacen constar que el servicio de paso y carruaje queda suprimido. Se dice textualmente que «la servidumbre de carro que la casa de F. R. tiene hacia el sur, por el corral o la plazuela, queda suprimida, para lo cual, J. R. puede, cuando lo tenga por conveniente, construir un muro de perpiaño de dos metros de alto emplazándolo o situándolo paralelamente a la fachada sur de la casa y a distancia de dos metros».

Es indudable que las partes estuvieron atentas al servicio existente y destruyeron la posibilidad de haberse constituido tácitamente la servidumbre en base al artículo 541. A pesar de que ellas hablen de «servidumbre de carro», ya que técnica y legalmente aún no se había constituido, pues en manos del mismo propietario era un mero servicio (*nemini res sua servit*), no obstante, ponen en juego una de las posibilidades contempladas por el artículo 541 para que dicho servicio no se transforme en servidumbre. De aquí que por la mención negativa de la misma, para F. R. quedó extinguido su derecho de paso. Sin embargo, el Tribunal Supremo viene a conceder el derecho a la servidumbre de paso al heredero o herederos de F. R., en base al artículo 541, al igual que a los demás que derivan el derecho de J. R. Para ello se aduce que «si bien en una primera división o disgregación de aquella propiedad se convino que esa servidumbre se extinguiría, haciéndose constar que para que cesara se constituiría una pared en las condiciones que se determinan, el beneficiado no hizo uso de ese derecho continuando pacíficamente esa servidumbre hasta el pleito, más de sesenta años desde su establecimiento». El argumento así presentado, en toda su simpleza, sin distinguir las relaciones posteriores y anteriores, sin aludir a la prescripción necesaria para F. R. pueda invocar su derecho de servidumbre y las posteriores posesiones de las casas a título de propiedad *pro indiviso*, carece de toda fuerza jurídica y está falto totalmente de apoyo legal. ¿Cómo es posible que una vez extinguido un derecho, por común acuerdo entre las partes, reviva sin más por el mero no uso de unas facultades que no se pierden si no prescriben? Invocar el artículo 541, en este caso, como hace el Tribunal Supremo, carece de toda lógica y fundamento. Es curioso cómo en el último considerando de esta sentencia, al aludir a la prescripción, afirma que «carece de finalidad porque referido a la prescripción adquisitiva de servidumbre, tiene un carácter subsidiario o de subordinación a la desaparición de los anteriores, que hace inútil su examen porque tanto que se estime como que se des-

estime, en nada modifica lo expuesto, lo primero porque nada añadiría a lo concedido y lo segundo porque no lo contrariaría, dada la reconocida eficacia de otros medios constitutivos y adquisitivos». Este considerando sólo es razonable en cuanto se refiere a los compradores que traen su derecho de R. P. y C. P. (J. R. R., J. L., M. D. N. y A. C.), pero nunca puede serlo para el heredero de F. R. (F. R. M.), pues en él no se da el supuesto del artículo 541. Se involucran los diversos actos y negocios sin hacer una necesaria distinción que pueda servir de apoyo para sustentar las pretensiones de unos y otros. Cuando F. A. R., padre de F. R. y de J. R., realiza e implanta un servicio entre sus fincas, éste puede dar lugar al supuesto legal establecido por el artículo 541, ya que reúne los requisitos allí requeridos. Pero cuando F. R. y J. R. acuerdan suprimir el servicio, la servidumbre jamás ha llegado a nacer si se pretende partir de esa situación para fundamentarla. De aquí que F. R. y sus descendientes no puedan alegar ningún derecho sobre tal servicio, a no ser que se invoque la prescripción por el uso continuado y pacífico durante el tiempo requerido, que aquí, por lo demás, lo hubo; pero jamás en base al artículo 541.

Ahora bien, cuando J. R. y sus sucesores mantienen las cosas en el estado de apariencia en que quedaron respecto al servicio existente, al no haber usado de las facultades que tenían de poder suprimirlo, se produce una renuncia concluyente y afirmativa en pro de su mantenimiento. En estado *pro indiviso* (17), y vendido a dos compradores que igualmente lo mantienen durante dos años en la misma situación hasta que enajenan los predios, se vuelven a cumplir los requisitos necesarios y requeridos por el artículo 541, en base a los cuales nace la servidumbre entre ellos y se consolida definitivamente. Cuando los compradores J. R. R., J. L., M. D. N. y A. C., adquieren sus predios, al no haberse expresado nada en contrario en el título de enajenación y al no haberse hecho desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura, se cumplen una vez más los presupuestos legales por los que la servidumbre queda constituida. Es más, en el caso de autos, se vendieron parcelas y casas aludiendo al servicio aparente, pero sin expresar lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

Por el contrario, muy distinta fué la situación y derechos que F. R. dejó a sus sucesores; su actual heredero y litigante de la servidumbre de paso no debió ser involucrado por el Tribunal Supremo con los anteriores. Para él, el camino de la adquisición de la servidumbre no es la «destinación del padre de familia» del artículo 541, pues quedó extinguida por el pacto de su anterior ascendiente. A diferencia de sus colitigantes, su propiedad no volvió a recaer en condominio con los demás y ni mucho

---

(17) Sobre la posibilidad de la destinación en situaciones de comunidad, cfr. SS. de 7 de julio de 1883, 6 de febrero de 1904, 10 de abril de 1929. Como ha dicho recientemente el S. de 10 de octubre de 1937 hasta la conservación del signo aparente en la división material de una cosa poseída en común por varios, para que se produzca la constitución de la servidumbre por signo aparente.

menos con la del que ahora es titular del predio sirviente, J. R. R. (18). Si su casa y trozo de terreno o patio, tenían acceso y salida por el portadón del predio de J. R. R. no era en base a un derecho derivado de la partición de su anterior, único propietario, ya que a éste se le deslinó bien y prohibió fornalmente. Por eso, cuando ahora el Tribunal Supremo le concede el derecho de paso no puede ser en base a la destinación, como hace, sino que debiera hacerlo respecto del único título legítimo que tiene: la prescripción.

En definitiva, si el fallo del Tribunal Supremo es justo en cuanto a su resultado, no lo es en cuanto a sus fundamentos. Creo que estos deslinódes se hacían necesarios, pues con tales antecedentes puede desorientarse a quien trate de invocar la defensa legítima de sus intereses, especialmente en el supuesto de la partición hereditaria. Quede, pues, bien claro que en tal momento un acto negativo de supresión del servicio o signo aparente de servidumbre, existente entre las fincas, o finca, del *de cuius*, lleva como consecuencia la no aparición del derecho de servidumbre. Lo que era una esperanza de derecho no logra su consolidación y nacimiento.

JOSÉ BONET CORREA  
*Colaborador Científico del C.S.I.C.*

---

(18) Como afirmó el Tribunal Supremo en S. de 30 de octubre de 1959, cuando no existe prueba de un propietario común que hubiera establecido los signos, no puede darse el supuesto del artículo 341 del Código civil.