

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. LA INAPLICABILIDAD DE LA CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE EN CATALUÑA.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1976)

SUMARIO: 1. El caso conflictivo y las sentencias contradictorias de instancia y apelación.—2. La ausencia de constitución de servidumbres por signo aparente, según la tradición jurídica catalana y la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña.—3. La inhibición interpretativa de la sentencia sobre la orientación foralista catalana.

1. EL CASO CONFLICTIVO Y LAS SENTENCIAS CONTRADICTORIAS DE INSTANCIA Y APELACION

El caso que se presenta es el de un propietario que construye una casa sobre su finca, la cual, posteriormente, divide entre sus herederos, quienes, a su vez, venden a diferentes propietarios ciertas partes o porciones de dicha finca. La casa vendida tenía una ventana con luces y vistas en el piso alto, que daba sobre una de las partes de la finca contigua, y frente a ella, después de pasados casi treinta años, se construye una nueva edificación que viene a tapar la citada ventana.

Planteado el pleito, como consecuencia de la nueva construcción, el Juez de Primera Instancia decide, en Sentencia de 27 de febrero de 1975, que “existe constituida una servidumbre de luces y vistas establecida por el signo aparente de la ventana abierta en la pared del inmueble de la demandante y colindante con el de la demandada, a favor de la finca de la propiedad de la actora” y, en consecuencia, ordena “a los demandados a respetar esta servidumbre absteniéndose de realizar actos contrarios que perturben su disfrute y a proceder a la inmediata reapertura de la referida ventana derribando la pared levantada que cierra la misma sin que puedan proceder a nuevo levantamiento de otra pared más que

guardando la distancia que se consigna en el quinto considerando de esta sentencia”.

El demandado interpone recurso de apelación contra la Sentencia de Primera Instancia ante la Audiencia Territorial de Barcelona que dicta Sentencia con fecha de 18 de diciembre de 1975, fallando que “debemos revocar y revocamos la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia... y, en consecuencia, se absuelve a los demandados. A. V. A. y J. V. R., de las pretensiones formuladas por la actora”.

Frente a esta Sentencia, la actora interpone recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, quien dicta Sentencia el 10 de diciembre de 1976, confirmando la de la Audiencia y declarando no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, en base a una serie de considerandos, entre los que vamos a destacar los correspondientes al signo aparente de servidumbre debatido.

“Considerando: Que la actora, en la demanda originaria de este recurso, ejercita una acción confesoria de servidumbres de luces y vistas a favor de un fundo de su propiedad, sobre otra de los demandados, constituida por una ventana abierta por el anterior propietario de ambas fincas, y existente en el momento de la separación de los fundos, apoyando su pretensión en el precepto contenido en el artículo 541 del Código civil y en no haberse estipulado nada sobre su suspensión, cuando tales fundos se separaron; y, aún agrega, en su aludida demanda —y para disipar dudas sobre el origen de tal servidumbre—, “que no fue adquirida por usucapión, o sea, por prescripción ni siquiera inmemorial, sino que dicha servidumbre estaba legalmente constituida, con justo título que legalizaba su situación.”

“Considerando: Que frente a esta demanda, los demandados opusieron: a) Que no era cierta la existencia de la ventana litigiosa con anterioridad a la separación de los fundos y que ellos ignoraban cuándo y por qué se abrió la expresada ventana; b) Que cuando compraron el supuesto predio sirviente, nada se les dijo sobre su existencia, la cual ignoraban “porque no era visible desde el interior ni desde el exterior”, pues venía a caer encima del tejado de la casa-torre, al cual no se podía subir... y porque, además, dicho tejado tampoco era visible por estar rodeado de una baranda de obra maciza de casi de un metro de altura”; c) Que no sólo se les ocultó por los vendedores la existencia de tal ventana, sino, por el contrario, se hizo constar por los mismos, de modo concluyente, que las fincas se hallaban libres de toda carga o gravamen, y aún agregaron, innecesariamente —pues ya lo había proclamado el demandante—, que tal servidumbre no podría constituirse por usucapión, según determina el artículo 283 de la Compilación especial de Derecho civil de Cataluña, pues sólo podía adquirirse por pacto, con arreglo a la Ordenación cuarenta y una de Sanctacilia.”

“Considerando: Que la Sentencia recurrida, después de establecer de una manera general que era obligación de la parte actora probar los hechos fundamentales decisivos de su pretensión, y de modo concreto, que le incumbía demostrar que la ventana litigiosa estaba construida antes de la venta a la demandada, de la segunda finca a que podría afectar la

servidumbre como predio sirviente, termina por proclamar que ni propuso prueba ni precisó preguntas para acreditar los normales hechos positivos de tal construcción, por lo que concluye afirmando que “no es de estimar probada tan esencial circunstancia”, además, “habría que concluir estimando que tal forma o medio de nacimiento y adquisición de las servidumbres de luces y vistas que el Código civil establece en su artículo quinientos cuarenta y uno, no es aplicable como Derecho supletorio, en Cataluña, pues la Compilación y la tradición jurídica catalana, exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de signos adecuados y directos.”

“Considerando: Que el primero (de los motivos) que hay que examinar... el que se denuncia la violación de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, en relación con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa a la aplicación de dicho precepto legal... que en el desarrollo de este motivo, incurre la recurrente en petición de principio, pues da como existente el supuesto que la Sentencia niega, o sea, que la ventana litigiosa existía con anterioridad y en el momento de separación de los fundos, supuesto de hecho necesario para que pudiera ser actuado el artículo quinientos cuarenta y uno del Código civil que se invoca, y cuya falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a su aplicabilidad o no aplicabilidad en Cataluña.”

Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que en esta última consideración y frase de la Sentencia del Tribunal Supremo es donde verdaderamente se encuentra planteada la cuestión fundamental de sí, en Cataluña, las servidumbres pueden, o no, constituirse en base al precepto de Derecho civil común, el art. 541 del Código civil, que proclama la adquisición de servidumbres por signo aparente entre fincas que pertenecieron a un mismo dueño y en función de la voluntad tácita de las partes en el momento de su enajenación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo prefiere soslayar la cuestión, acogiéndose a la ausencia de prueba que la parte demandante dejó de aportar, acerca de si el signo aparente fue, o no, realizado con anterioridad a la enajenación, lo que considera como una falta del requisito esencial de constitución de la servidumbre por el art. 541 y, consecuentemente, la no existencia de la misma, haciendo inútil el examen de aquella cuestión, todavía más fundamental, relativa a su aplicabilidad en Cataluña.

En realidad, la Sentencia del Tribunal Supremo adopta tres posiciones contradictorias: a) La primera, basarse en el propio art. 541, si bien sea para no aplicarlo, al faltar la prueba de cuándo fue establecido el signo aparente, si ante o después de la enajenación, requisito exigido por dicha norma; b) La segunda, manifestar expresamente, como consecuencia de su posición anterior, que la falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 541 a Cataluña; c) La tercera es el acoger, aunque sólo sea implícita, pero textualmente, la posición de la Audiencia Territorial de Cataluña que dictó para esta Sentencia, de que el art. 541 no es aplicable a Cataluña, ya que la Compilación actual y la tradición jurídica catalana exigen para ello el con-

venio expreso por voluntad manifestada a través de los signos adecuados y directos.

Dado que la misma Audiencia Territorial de Cataluña, en sus sentencias anteriores aplicó este modo constitutivo tácito de las servidumbres, basado en el art. 541 del Código civil, y que el Tribunal Supremo también acogió esta misma postura interpretativa, se hace necesario examinar ahora cuál es, realmente, el fundamento normativo y la auténtica razón de la negativa a que resulten constituidas servidumbres tácitamente en Cataluña.

2. LA AUSENCIA DE CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES POR SIGNO APARENTE SEGUN LA TRADICION JURIDICA CATALANA Y LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUÑA

La constitución de servidumbres por signo aparente, también conocida por la doctrina civilista como "destinación del padre de familia" (1), es una modalidad extraña, no sólo a la tradición jurídica del Derecho castellano y español, hasta el Código civil, sino a la del Derecho histórico y vigente de Cataluña.

El Derecho castellano, formado de complejos elementos históricos, basa su autoridad e influencia mayor en el "Código de las Siete Partidas" del rey don Alfonso X el Sabio, en el cual no aparece el supuesto de constitución tácita de las servidumbres por el hecho de la existencia de unos signos aparentes en las fincas que habían pertenecido a un mismo propietario y que, posteriormente, al realizar su enajenación, si nada se había dicho, o hecho desaparecer, se entendía que quedaba constituida la servidumbre correspondiente al signo existente.

Las Partidas, en cuanto vehículo de recepción del Derecho romano en todo nuestro país, se hacen eco y son fieles a la ausencia que la casuística romana clásica y postclásica hace evidente sobre este supuesto. Como tengo ya demostrado en un estudio anterior (2), en el Derecho romano tan sólo era posible la constitución de las servidumbres de una manera expresa ("nominatim"), tanto en su época clásica y justiniana, aunque por la caída de las fórmulas y para ciertos casos testamentarios, al interpretar la "voluntas testatoris", se consideren ciertas analogías con

(1) Cfr. LEZÓN, *El signo aparente de servidumbre y el art. 541 del Código civil*, en "Revista de los Tribunales" (1904), pp. 225 ss.; SANCHO REBULLIDA, *¿Puede la fatalidad originar servidumbres? En torno al artículo 541 del Código civil*, en la revista "Universidad", de Zaragoza, IV (1946), pp. 39 ss.; BONET CORREA, *La constitución tácita de las servidumbres en el Código civil español*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV, 1 (1951), pp. 73 ss.; y *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, Madrid, 1970; HERNÁNDEZ-GIL, *Servidumbre por destino del propietario*, en *Dictámenes*, I (Madrid, 1968), p. 253.

(2) 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), pp. 304 ss.

la figura que más tarde se va a construir por los glosadores, llamada "destinación del padre de familia" (3).

A mi juicio, según intenté demostrarlo (4), fue el movimiento de los glosadores y postglosadores, especialmente Bártolo, quien, en base a los textos del "Corpus Iuris Civilis", construyó la posibilidad de esta modalidad constitutiva y adquisitiva de las servidumbres en base a la voluntad tácita de las partes ante el signo aparente de servidumbre existente entre dos fincas que habían pertenecido al mismo propietario. Por su parte, el Derecho costumbrista francés (la Costumbre de París, la Costumbre de Orleans y otras) (5) concluyó por fijar el supuesto de la "destination du père de famille", de donde pasó a los autores modernos, especialmente considerado por Domat y Poithier, de los cuales lo tomaron los codificadores del Código civil de Napoleón.

Entre nuestros juristas, ha de ser García Goyena quien lo recoja del Código civil francés y lo incluya en el Proyecto de 1851, tomado por la Comisión codificadora de 1888, que lo situará dentro del artículo 541 de nuestro Código civil.

Por el contrario, el Derecho catalán, consecuente con su stirpe y tradición romanista, tampoco va a considerar en sus fuentes normativas y consuetudinarias este supuesto de constitución tácita de las servidumbres por signo aparente. Así, se constata por la doctrina catalana contemporánea, según hace ver Casals Colldecarrera (6), cuando afirma que "la realidad de la práctica jurídica consagra el criterio estrictamente contrario, que en el Derecho español común corresponde al artículo 541 del Código civil y que, como sabemos muy bien, no es de aplicación en Cataluña, puesto que rigen las disposiciones romanas".

No obstante, otros autores, entre ellos, Borrell (7), advierte cómo la doctrina de la destinación del padre de familia, adoptada por el artículo 541 del Código civil, fue aplicada a Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 31 marzo 1902, 29 mayo 1911 y 29 diciembre 1914). Incluso, este autor trata de presentar ciertos precedentes análogos en determinados cuerpos legales catalanes, como la Constitución 59 de Sanctacilia, donde se obliga a indemnizar al comprador por la existencia de servidumbres ocultas en la finca comprada, así como una Senten-

(3) Entre los romanistas se discute si este modo constitutivo de servidumbre pudo ser ya postclásico, cfr. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, p. 202.

(4) BONET CORREA, *La constitución tácita de las servidumbres en el Derecho común*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", XXXVII (1967), p. 531.

(5) BONET CORREA, *La "destination du père de famille" del Derecho civil francés y otros Derechos extranjeros*, en "Información Jurídica", 86-87 (1950), pp. 879 ss. y en "Revue du Notariat" (Canadá), 53 (1951), pp. 453 ss.

(6) CASALS COLDECARRERA, *El derecho real de servidumbre, según los principios del Derecho foral de Cataluña*, Barcelona, 1941, p. 15.

(7) BORRELL, *Derecho vigente en Cataluña*, II (Barcelona, 1944), p. 198, quien se apoya en la opinión de ADMETLLA, en "Revista Jurídica de Cataluña", 3 (1897), p. 194 y MASPONS, en "Revista Jurídica de Cataluña", 27 (1921), p. 526.

cia de los Ediles de Barcelona de 1600. También, Pella y Forgas (8) menciona a Cancer para recordar un caso práctico similar donde intervino y, según el cual, un propietario que lo era de dos casas contiguas, se vertía todo el agua de una en la otra y vendió esta última, no sin que el comprador viese los canales del agua que vertía; mas algún tiempo después, dicho comprador, ejercitando la acción negatoria de servidumbre, pidió se librase de ella a su casa. Cancer sostuvo la opinión contraria fundándose en la "Ley binas" del Digesto "de servitutibus urbanorum praediorum" (D. 7, 3, 36) y en el Comentario que Pablo de Castro hace a D. 39, 3, 47.

Por otro camino, Casals Coldecarrera hace ver cómo doctrinalmente la aplicación del artículo 541 del Código civil ha sido sustentada por numerosos juristas, aun en Cataluña, sin que en ningún caso se haya tratado de justificar su adopción; por tanto, cree que no se puede menos de señalar que el Derecho foral de Cataluña no muere en este aspecto privado con el Derecho de Nueva Planta, al desaparecer los antiguos Cuerpos legisladores del Principado y que, toda vez que rige en Cataluña, como fuente supletoria de Derecho, la costumbre, no cree pueda ofrecer duda alguna la posibilidad de creación de nuevas formas legales en Cataluña, por fuente consuetudinaria, ni que costara esfuerzo alguno admitir la práctica señalada en las sentencias del Tribunal Supremo con jalones en los que cimentar la existencia de un verdadero Derecho consuetudinario en esta materia, puesto que quedan perfectamente cumplidos los requisitos necesarios para que pueda reputarse tal práctica como costumbre.

Melón Infante (9), a pesar de que hace constar cómo la "Ordinación" nada tiene que ver con el artículo 541 del Código civil, puesto que en la "Ordinación" se hace, sin duda, referencia a verdaderas servidumbres y no a signos de servidumbre establecidos por el propietario de las dos fincas ("servidumbre de propietario") y de que el artículo 541 presupone una apariencia de servidumbre (apariciencia de servidumbre aparente), mientras que en el texto de la "Ordinación" se hace referencia a servidumbres ocultas o escondidas, "servitut encuberta o amagada", también cree que en Cataluña pueden adquirirse las servidumbres de luces y vistas por los mismos modos de adquisición que reconocen los artículos 537 y siguientes del Código civil y, por tanto, por signo aparente según el juego del artículo 541. A juicio de nuestro ilustre colega, el artículo 541, pues, se considera aplicable a Cataluña y existe jurisprudencia reiterada, sobre todo de los tribunales inferiores (10). Además, añade, "la doctrina catalana ha hablado en algún caso de "adquisición automática": una

(8) PELLA y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, II (Barcelona, 1917), p. 206.

(9) MELÓN INFANTE, *Luces y vistas en la Compilación foral catalana*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL XV-1 (1962), p. 125.

(10) Así, entre otras, la Sentencia de 26 de noviembre de 1948 de la Audiencia Territorial de Barcelona, donde uno de sus considerandos dice que: "el demandado funda su oposición a lo solicitado por el demandante en lo dispuesto en el art. 541 del C. c., de aplicación en Cataluña, según tiene declarado el Tribunal Supremo en repetidas sentencias".

servidumbre latente deviene efectiva al separarse la titularidad de los predios" (11).

3. LA INHIBICION INTERPRETATIVA DE LA SENTENCIA SOBRE LA ORIENTACION FORALISTA CATALANA

Ahora bien, si estos intentos jurisprudenciales y doctrinales de entender el nuevo supuesto de constitución tácita de las servidumbres, ajeno a la tradición jurídica catalana, no están faltos de rigor, a partir del año 1960, en que se logra la "Compilación del Derecho civil especial de Cataluña", carecen ya de sentido, puesto que no corresponden con el querer mantener vivas las más íntimas y peculiares maneras de ser y estar según la convivencia de la sociedad y casa catalana, que estima que servidumbres de luces y vistas sólo pueden adquirirse por pacto expreso.

Según han puesto de relieve Condomines y Faus Esteve (12), la Compilación recoge lo más importante, lo que realmente puede estimarse vivo de las famosas "Constituciones" o "Ordinacions de Sanctacilia" y, en materia de servidumbres, elimina la posibilidad de adquisición por usucapción; para las demás servidumbres que se enumeran en el artículo 283, como la de luces y vistas entre terrados contiguos, o las que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio, sólo pueden adquirirse por pacto.

Este último criterio es el que sigue la Audiencia Territorial de Barcelona en la presente Sentencia que, el Tribunal Supremo transcribe, al considerar que "tal forma o medio de nacimiento y adquisición de las servidumbres de luces y vistas que el Código civil establece en su artículo 541, no es aplicable como Derecho supletorio en Cataluña, pues la Compilación y la tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifiesta a través de signos adecuados y directos". Sin embargo, el Tribunal Supremo, con gran cautela y prudencia, ante las tendencias autonomistas que van imponiéndose, ha preferido no pronunciarse sobre la cuestión de la aplicabilidad o no del artículo 541 del Código civil a Cataluña, si bien se acoja a la falta de un requisito formal de la propia norma para concluir que dicha "falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a su aplicabilidad o no aplicabilidad en Cataluña".

De este modo, nos hemos quedado sin saber expresamente —dada esta formal inhibición del Tribunal Supremo— si, en un futuro próximo, estará dispuesto a mantener el criterio antecedente de aplicar en Cataluña la modalidad constitutiva de las servidumbres en base a los signos aparentes y según las condiciones que proclama el artículo 541 del Código civil, o si, después de que ha quedado vigente la Compilación de

(11) BORRELL, *op. cit.*, pp. 123 y 131.

(12) CONDOMINES y FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, p. 329.

Derecho civil especial de Cataluña, dicha modalidad constitutiva y adquisitiva tácita de servidumbres ha de ser rechazada para el ámbito catalán, al no ser admitidas por su Compilación otras modalidades constitutivas de servidumbres que las que nazcan de pacto expreso y se conformen a la tradición jurídica de la sociedad y casa catalana.

JOSÉ BONET CORREA