

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**BONET CORREA, José:** «La constitución de las servidumbres por signo aparente». C. S. I. C. Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales. Madrid, 1970; 142 págs.

En este libro nos ofrece el Profesor Bonet Correa una nueva elaboración de la materia que tiempo antes fue objeto de su brillante tesis doctoral y que ahora aparece revaluada por el cúmulo de experiencia y conocimientos que, en el tiempo transcurrido, ha logrado el autor, eminente especialista en el tema de servidumbres.

Siguiendo un método histórico crítico analiza el autor los orígenes de la constitución de servidumbres por destinación del padre de familia. Después de examinar detenidamente diversos fragmentos del Digesto en los que se ha pretendido apoyar el origen de este modo constitutivo, llega a la conclusión de que el mismo no era admitido por el Derecho romano clásico ni justiniano, en donde ni se conoce la expresión «destinación del padre de familia», ni se admite la equiparación de los signos aparentes a un «título» voluntario, tácito o legal. Tal modo de constitución es una creación de los glosadores y postglosadores, y lo podemos ver ya en Bartolo. Bonet Correa examina la doctrina de diversos comentaristas del Derecho común, y las costumbres francesas, en donde también se halla recogido este peculiar modo constitutivo de las servidumbres. En nuestras Partidas, que operan la recepción del Derecho romano de la manera más pura, sin contaminación de la glosa, no aparece este modo de constitución, lo que refuerza la tesis del autor en cuanto a su origen. La Glosa de Gregorio López al texto alfonso, admite ya este medio originador de servidumbres que habría de recoger después el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de septiembre de 1867 y otras que cita el autor.

El Derecho comparado es también examinado con todo detalle por Bonet Correa, mereciendo especial atención los artículos 692, 693 y 694 del Código civil francés, precedente más inmediato del 541 de nuestro Primer Cuerpo legal, con un profundo estudio de la jurisprudencia y doctrina francesa a que dieron lugar los citados preceptos, y los artículos 626, 632 y 633 del Código civil italiano de 1865 y del 1.062 del Código mussoliniano de 1942, así como de la doctrina y jurisprudencia italiana sobre esta materia. Los derechos portugués, alemán y suizo merecen también la preocupación del autor en este magnífico trabajo.

Pero es en el estudio del Derecho civil español donde el libro cobra un mayor valor para los juristas que nos interesamos por estos problemas que, con tanta frecuencia, se plantean y pueden plantearse en la realidad. Es muy difícil sintetizar en las breves líneas de este comentario el pensamiento de

Bonet Correa en todos los puntos que con tanto detalle estudia. Pero creemos obligado ofrecer aquí al menos las líneas esenciales del mismo:

1. Requisitos normativos del artículo 541. A) Enajenación de una de las fincas. Es uno de los presupuestos fundamentales dentro del proceso de creación de la servidumbre por este modo constitutivo. La expresión «dos fincas» y «enajenación» permite una interpretación «en extenso». En cuanto a las fincas, lo mismo puede tratarse de dos o más fundos separados que del fraccionamiento de un mismo predio. En cuanto a la expresión «enajenar» debe entenderse que comprende:

a) Actos y negocios jurídicos *inter vivos*, tales como, venta, permuta, donación y, en general, todas las modalidades de cesión o traspaso de bienes y derechos (división de comunidad, expropiación, prescripción adquisitiva).

b) Actos jurídicos *mortis causa*. La partición o adjudicación hereditaria es apta para el caso de la destinación, incluso en el supuesto de muerte intestada, ya que aun en este último caso, entiende Bonet Correa que los signos aparentes son una prueba evidente de la voluntad del propietario en ese sentido.

B) La existencia de un signo aparente entre las fincas de acuerdo con la servidumbre pretendida.—El signo aparente no es más que un resultado, el reflejo de un acto fundamental: la destinación realizada por el mismo propietario. La destinación engendra una relación de servicio entre las fincas de la misma pertenencia y su concreción se plasma en los signos aparentes que la revelan. Estos signos deben referirse a la categoría de servidumbres aparentes, lo mismo si son continuas que discontinuas, pero además entiende Bonet que en cierta clase de servidumbres negativas y no aparentes, existe cierta posibilidad de su adquisición por destinación, tal como ocurriría para la *altius non tollendi* o *aedificandi*.

C) El establecimiento de un signo aparente por el propietario de ambas fincas.—El «establecimiento» se refiere no sólo a la «creación» del signo, sino a su conservación». Puede establecerlo también el nudo propietario, no así el copropietario a menos que resulte ser propietario de todo el fundo común, o si al realizarse la división le tocase la parte gravada con los servicios por él establecidos, o si en lugar de imponer se trata de adquirir una servidumbre en favor del fundo común. En el supuesto de enfiteusis y superficie, se requiere el consentimiento expreso o tácito de ambos dueños. El propietario fiduciario puede originar servidumbres por este medio, sobre todo, para el que adquiere de buena fe. El dueño sometido a condición resolutoria debe también incluirse en el artículo 541, si al momento de la devolución o separación de su propiedad nada se ha dicho en la escritura o títulos o no se hacen desaparecer los signos por su destrucción. Igualmente el donatario y el heredero sujeto a colación pueden constituir servidumbre por este medio.

La constitución de hipoteca después de establecer el signo, no obsta al nacimiento de la servidumbre. Si el signo se establece después de la hipoteca puede también nacer la servidumbre, salvo los derechos del acreedor conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria.

Los apoderados del dueño pueden originar servidumbre por este medio si su poder comprende los actos o servicios que den por resultado signos

aparentes. No podrán los padres ni los representantes del ausente, salvo en cuanto a estos últimos si hubieren entrado en la posesión definitiva de los bienes del ausente.

Tampoco podrán establecer los signos con eficacia originadora de servidumbre los simples poseedores como el usufructuario, el arrendatario o el mero detentador.

D) Falta de declaración contraria a la existencia del signo en el título de enajenación y su no desaparición antes del otorgamiento de la escritura.

La manifestación de la no existencia de la servidumbre ha de hacerse en el título de enajenación de cualquiera de las fincas, sea la que haya de convertirse en dominante o sirviente, pero en la que se enajene primeramente. La declaración ha de ser explícita. No sirven a tal efecto las manifestaciones escritas que resulten meras cláusulas de estilo, por el tono genérico y vago con que están redactadas, tales como las frases «libre de todo gravamen», «libre de todas cargas y servidumbres».

En cuanto a la desaparición del signo antes del otorgamiento de la escritura, comprende todo acto por virtud del cual se operó la destrucción del mismo, dejando de ser visible.

E) La naturaleza jurídica de la «destinación del padre de familia»: terminología de la institución.—Ambos aspectos se hallan intensamente enlazados por cuanto la denominación que los autores dan a este especial modo constitutivo responde, las más de las veces, a la distinta concepción que del mismo tienen. Así, los más conocidos son los de «destino del padre de familia», «establecimiento por signo aparente», «constitución tácita de las servidumbres», «adquisición por presunción legal o signo aparente», «constitución automática de la servidumbre» y «servidumbre de propietario», siendo la más común la de «destinación del padre de familia».

El profesor Bonet hace en su estudio un profundo juicio crítico de las diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la «destinación del padre de familia», empezando por la de la constitución tácita de las servidumbres, a la que sigue la doctrina de la inherencia real, la del signo aparente, la doctrina de la destinación como acto unilateral, la de la servidumbre de propietario, y la de la constitución legal o automática de la servidumbre.

Para Bonet se trata de un acto de carácter complejo. El acto de destinación inicial del propietario es unilateral cuando crea un estado de hecho, una relación de servicio entre sus fincas. Pero este acto en sí no es nada si no permanece con signos ostensibles equivalentes al contenido de una servidumbre. Y su trascendencia comienza cuando resulta un acto de enajenación o separación del dominio de una de ellas, cuyo negocio jurídico no va dirigido expresamente a la constitución de una servidumbre. Desde entonces operan dos elementos: la apariencia de una situación de hecho, o de servicio, y el silencio de las partes al momento de la enajenación o adquisición del derecho de dominio.

Que estamos, dice Bonet, ante una modalidad constitutiva de la servidumbre de carácter voluntario no sólo lo confirma la propia ley, queriéndolo así mediante la equiparación que establece del signo a un título (de otro modo, la ley no hubiera necesitado, en base a su propia fuerza, realizar tal

equiparación), sino por la misma naturaleza dispositiva de la presunción *iuris tantum*, al poder aportar la prueba en contrario, mediante la voluntad directa de las partes respecto al establecimiento o negación de la servidumbre.

La apariencia de los servicios, sigue diciendo el Profesor Bonet Correa, es bastante de por sí para justificar su existencia, si bien en el caso del artículo 541 viene reforzada, además, por la propia presunción *iuris tantum* que los equipara o considera, como un título (repetimos voluntario), que supone o equivale al acuerdo de las partes, a no ser que en el título de enajenación, o antes de otorgar la escritura se exprese lo contrario; por lo cual, cualquiera de ambos títulos, el de adquisición y el de enajenación de las fincas, o parte de una finca, también resultan la prueba fehaciente de su constitución o extinción.

Consecuente a su postura y siguiendo a Espín, entiende el autor que en cuanto a los derechos y obligaciones del titular de la servidumbre, y el dueño del predio sirviente rigen las mismas normas que para las servidumbres voluntarias. Igualmente ve confirmada su tesis voluntarista por lo que respecta a los modos de extinción aplicables a las servidumbres constituidas según el artículo 541.

Los argumentos de Bonet Correa sobre la naturaleza jurídica de este especial modo constitutivo, son en verdad de gran solidez, y hasta pueden hacer dudar a quienes, como en mi caso, hemos mantenido y seguimos manteniendo un criterio contrario.

Con todo, nos parece que pese a la bien montada construcción de su teoría y a su bondad indiscutible, se le podría objetar:

Que si, como reconoce el autor, el acto unilateral del propietario creando una relación de servicio entre dos fincas en sí, no es nada si no permanece con signos ostensibles, y su trascendencia comienza cuando resulta un acto de enajenación cuyo negocio jurídico no va expresamente dirigido a la constitución de la servidumbre, parece que en principio sólo podemos afirmar, en cuanto a la constitución de servidumbre por este medio, que sólo es voluntario el acto creador de la relación de servicios «que en sí no es nada». Y si bien el negocio jurídico de enajenación, obvio es decirlo, surge de la voluntad de las partes, aclaremos que no tiene por objeto crear la servidumbre. Si ésta surge es precisamente por el efecto que a tal enajenación, junto con la apariencia del signo, le atribuye el artículo 541.

Cierto que las partes pueden evitar su nacimiento destruyendo los signos o manifestando voluntad contraria, pero ésto no quiere decir que cuando surge esta servidumbre es por obra de su voluntad. Como dice Barassi: «I Diritti reali limitati...» (Milán, 1937, pág. 308). «Si los propietarios de los dos fundos que antes tenían un solo dueño están ausentes, ¿es lógico deducir que la servidumbre nacida por destinación se perpetúe también por su consentimiento presunto? Si consideramos el consentimiento como una realidad, no como una ficción, la respuesta es negativa. Y entonces el consentimiento presunto no es más que una ficción jurídica. A lo sumo podría ser una presunción de carácter relativo, pero si prosperase la prueba en contrario, en tal caso, la construcción de la servidumbre, conforme a la doctrina común, claudicaría».

La norma del artículo 541 es de carácter dispositivo, integrativa de la voluntad de las partes, y esto hace que en su fundamentación exista esa voluntariedad. Como dice Ferrara (*Trattato di Diritto Civile italiano*, Vol. I., Parte I, Roma, 1921, pág. 61), «estas normas no son a menudo sino el contenido de cláusulas de uso, que se hacen tradicionales, casi el precipitado de originarias cláusulas contractuales y, en todo caso, tienden a representar la *voluntad media* de las partes, la intención probable y típica en la relación, teniendo en cuenta las circunstancias y las situaciones económicas. Mas no debe creerse que las normas supletorias valgan, en cuanto reposan sobre la *presunta concreta voluntad de los contratantes*, de suerte que se excluya su aplicación, cuando se pruebe que los mismos ignoraban o tenían una idea falsa de las consecuencias ordenadas por la ley. No. El principio dispositivo tiene carácter autónomo, vale, *no porque haya sido querido tácitamente*, sino porque la ley así lo ha ordenado...». Las normas dispositivas, tanto las interpretativas como las supletorias, sigue diciendo Ferrara (*op. y locución cit.*), «tienen un punto en común, y es que su aplicación puede ser excluida por las partes, bien sea hablando o hablando claro. Pero em tanto que por las normas interpretativas, el juez debe entender la declaración dudosa en un cierto sentido, salvo que no resulte contradicho por los actos o circunstancias, por el contrario la regulación supletoria debe ser siempre aplicada por el juez cuando falte una disposición contraria de las partes».

El artículo 541 no se refiere al tema de la prueba; establece unos presupuestos para el nacimiento de una servidumbre, de suerte que si se dan tales presupuestos la servidumbre surge *ipso iure automáticamente*, en el sentido de maquinalmente, indeliberadamente (Diccionario de la Real Academia, voz «automático»), haya o no haya en la realidad propósito íntimo de que nazca y sin que, en este caso, si existen tales presupuestos quepa una prueba en contrario. No se trata de una presunción *iuris tantum*. Si las partes no excluyen la aplicación de las normas expresándose en tal sentido en el título de enajenación de una de las fincas, nacerá la servidumbre si existen los presupuestos del signo aparente de servidumbre y enajenación de una de las fincas.

En otra ocasión (*La servidumbre predial de paso en Derecho civil común español*, Murcia, 1963, págs. 130 y sigs.), quisimos señalar la diferencia de este modo constitutivo con la llamada servidumbre forzosa o coactiva, en la que el precepto legal que la establece atribuye derecho a exigir su constitución, y con la servidumbre voluntaria en la que el derecho real surge del correspondiente negocio. En este supuesto, su nacimiento se establece directamente en la ley sin necesidad de acudir a exigir que en trámite posterior se constituya, y, por hipótesis, no hay negocio jurídico previo de constitución de servidumbre.

La discrepancia con Bonet, que se refleja en la precedente crítica, no pretende ni puede lograr disminuir lo más mínimo el indiscutible mérito de su obra, de gran valor científico y de indispensable lectura para el estudio de este interesante y tan discutido modo constitutivo de las servidumbres por destinación del padre de familia.