



Roj: **STS 3976/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3976**

Id Cendoj: **28079110012016100508**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2016**

Nº de Recurso: **371/2014**

Nº de Resolución: **524/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 1736/2013,**
STS 3976/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 324/2013 por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 147/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Miriam Martón Guillén en nombre y representación de don Bernardo, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Ignacio Cuadrado Ruescas en calidad de recurrente y el procurador don Arturo Molina Santiago en nombre y representación de don Higinio y doña Benita en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Carmen Tendero Cosano, en nombre y representación de don Bernardo interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Higinio y doña Benita y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«por la que estimando la demanda declare la existencia de una servidumbre de paso para todo tipo de vehículos y personas sobre la finca registral n° NUM000 a favor de la finca registral NUM001, ambas del Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera, y cuya descripción es la siguiente: Camino de servidumbre de paso de seis metros de anchura que partiendo de la puerta existente en la fachada Oeste de la finca registral NUM001 lindante con la finca registral n° NUM000, antes mencionadas, llega hasta el camino público de Las Moreras que a su vez enlaza con la Carretera de MontoroPuente Genil. Y condenando a los demandados a retirar a su costa la puerta metálica que cierra dicho camino de servidumbre en su entronque con el referido camino público y a respetar en lo sucesivo el uso del mismo por parte del propietario de la finca registral NUM001. Y todo ello con expresa condena en costas a los demandados».

SEGUNDO .- El procurador don Manuel Velasco Jurado, en nombre y representación de don Higinio y de doña Benita, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Se desestime la demanda y se absuelva a mis representados de las pretensiones formuladas en su contra, con expresa imposición de las costas al actor».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, la Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera, dictó sentencia con fecha 29 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la parte demandante con expresa condena en costas».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, dictó sentencia con fecha 17 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Martón Guillén en nombre y representación que ostenta contra la sentencia de fecha 28 de julio de 2013 dictada en los autos de juicio ordinario núm. 147/13 por el Sr. Magistrado-Juez de 1.ª Instancia de Aguilar de la Frontera, y en consecuencia confirmamos la aludida resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada al recurrente».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación e infracción procesal la representación procesal de don Bernardo , argumentó el recurso extraordinario con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del artículo 469.1.2.ª LEC , con relación a la vulneración del apartado 2.º del artículo 218 LEC . Segundo.- Infracción del artículo 469.1.2.º LEC , con relación a la vulneración de los apartados 1.º y 2.º del artículo 218 LEC . Tercero.- Artículo 469.1.4.º LEC , con relación al artículo 24 CE , por vulneración del derecho a obtener una sentencia fundada y motivada. El recurso de casación lo argumentó, por la vía del artículo 477 apartado 2 ordinal 3.º LEC , de acuerdo con los siguientes motivos: Primero.- Por infracción del artículo 541 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla, SSTS de 26 de enero de 1971 , 10 de octubre de 1957 y 21 de enero de 1960 , con relación a la innecesariedad para la constitución de esta servidumbre que sea destinada por el propietario inmediatamente anterior a los actuales dueños de los fundos dominante y sirviente. Segundo.- Infracción del artículo 541 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla, SSTS de 26 de enero de 1971 , 10 de octubre de 1957 y 30 de octubre de 1951 , con relación al requisito de la necesidad de la servidumbre.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de noviembre de 2014 se admitió el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Arturo Molina Santiago, en nombre y representación de don Higinio y doña Benita presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de marzo del 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la existencia de una servidumbre por signo aparente del artículo 541 del Código Civil , también denominada por «destino del padre de familia». En el ámbito de los requisitos para la aplicación del citado precepto se cuestiona, principalmente, la necesidad que justifique la existencia de la servidumbre de paso y la persistencia de la misma, conforme a la voluntad del propietario común de las fincas, en el momento de sus respectivas transmisiones.

2. En síntesis, don Bernardo , aquí recurrente, interpuso demanda de juicio ordinario contra don Higinio y doña Benita . En dicha demanda ejercitaba una acción confesoria de servidumbre de paso sobre la finca registral n.º NUM000 , propiedad de los demandados, a favor de la finca registral n.º NUM001 propiedad del actor. Fundamenta la petición en el hecho de haber sido constituido voluntariamente por el titular de ambas fincas, antes de la venta de una de ellas (constitución por destino del padre de familia regulado en el art. 541 CC), en beneficio o comodidad del predio dominante, un signo aparente de servidumbre consistente en la apertura de una puerta en el cerramiento de la finca NUM001 y la construcción de un camino particular, de unos seis metros de anchura a través de la finca registral NUM000 para comunicar la finca NUM001 con un camino, existiendo signos ostensibles e indubitados del gravamen.

Los demandados se oponen a la demanda.

3. De los hechos acreditados en la instancia deben resaltarse los siguientes.

l) Del tracto sucesivo de ambas fincas se desprende que con posterioridad a la supuesta constitución de la servidumbre por voluntad del propietario común de dichas fincas, esto es, por la entidad Carbonell y Compañía de Córdoba, S.A, de nuevo ambas fincas se reúnen en un solo propietario en 1988 bajo la titularidad de Tomás García, S.A. Dicha entidad transmite la totalidad de su patrimonio, y con ello las fincas referidas, a la entidad



Bodegas Bobadilla, S.A, que, a su vez, y tras cambiar su denominación social por United Dutch España, S.A., vende la finca registral núm. NUM000 a los demandados.

En julio de 2000, como consecuencia de la ejecución por la Agencia Tributaria de una hipoteca unilateral constituida por la entidad United Dutch España, S.A., en garantía de una deuda tributaria de la entidad Garvey, S.A, los demandantes resultan adjudicatarios de la otra finca segregada núm. NUM001 .

II) Del análisis del supuesto de autos se desprende la ausencia de referencia documentada respecto de la citada servidumbre en favor de la finca del demandante, sin que conste registralmente mención alguna de la misma.

III) De la prueba practicada, se desprende que la finca del demandante dispone de cuatro accesos desde el exterior, de ellos tres directos a la vía pública que sirven para el desempeño de las funciones ordinarias de recogida de material y demás actuaciones propias de la actividad agrícola que se desarrollan en la citada finca, sin que resulte necesario para dichas actividades acceso alguno a través del camino reclamado como servidumbre de paso en el presente caso.

IV) Ambas instancias consideran no acreditada la voluntad del propietario común de las fincas de constituir una auténtica servidumbre de paso, sin configurarse a tal efecto de forma clara y terminante.

4. La sentencia de primera instancia desestima la demanda. De la prueba practicada, considera que en el presente caso no concurren los requisitos de la necesidad que justifique la referida servidumbre y la debida acreditación de la voluntad del propietario común de las fincas en la persistencia o mantenimiento de la misma.

5. La parte demandante recurre la sentencia en apelación y la sentencia de la Audiencia, con desestimación del recurso, confirma la sentencia de primera instancia.

La Audiencia, concorde con la fundamentación de la sentencia de primera instancia y con la prueba practicada, considera que no ha resultado acreditada la previa voluntad del propietario común de las fincas registrales de constituir una auténtica servidumbre de paso sobre las mismas. Además, añade, que aun admitiéndola, la servidumbre se extinguió por reunirse en una misma persona el predio sirviente y el dominante, ya que con posterioridad a la supuesta constitución de la servidumbre llevada a cabo por el propietario común, Carbonell y Compañía de Córdoba S.A, de nuevo se vendieron ambas fincas a un solo comprador, la entidad Tomás García SA, que posteriormente la aportó a la entidad Bodegas Bobadilla, que a su vez vendió la registral nº NUM000 a los demandados, resultando adjudicada la registral NUM001 al actor. Y no existe la mínima actividad probatoria encaminada a acreditar que esa nueva propietaria de sendas fincas constituyera o tuviera voluntad de constituir una servidumbre de paso, habida cuenta que si hubiera habido una anterior servidumbre ésta habría quedado extinguida al reunirse en una misma entidad la propiedad de ambas fincas. Señala la Audiencia que la finca del actor tiene salida a camino o carretera, lo que hace innecesaria la utilización de la finca del demandado.

Con más detalle, en su fundamento de derecho cuarto, declara:

«[...] Tenemos que irnos al último párrafo del Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de instancia para constatar que la juzgadora, al parecer, entiende no acreditada la voluntad del propietario de ambas fincas registrales, al segregárlas o vender una de ellas, de constituir una servidumbre de paso, la denominada por destino del padre de familia del art. 541 del Código Civil , mediante la imposición de un signo aparente revelador de la voluntad del transmiten tres. Pero aun admitiendo, hipotéticamente, que tal voluntad ha quedado acreditada (lo que, compartiendo el criterio de la juzgadora, entiende esta Sala que no se llevó a efecto de forma clara y terminante); lo que no deja lugar a dudas es que la citada servidumbre se extingue, de acuerdo con lo que previene el artículo 546. 1 del Código Civil , «por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente».

» [...] Y por supuesto, no existe ni la más mínima actividad probatoria encaminada a acreditar que esa nueva propietaria de sendas fincas constituyera, ni que tuviera siquiera voluntad de hacerlo, imponiendo un signo aparente revelador de la voluntad del transmitente, a fin de generar lo que se denomina servidumbre por destino del padre de familia.

»En definitiva, ante la falta de prueba de esa voluntad por parte del nuevo propietario de ambas fincas de constituir una servidumbre de paso; habida cuenta que si hubiera habido una anterior servidumbre esta quedó extinguida al reunirse en una misma entidad la propiedad de ambas fincas; al haber adquirido primero los demandados la Finca Registral NUM000 , libre de cargas o gravámenes; al existir una presunción de libertad de fundo; y al tener la finca del actor al menos tres salidas a caminos o carreteras, que *prima facie* hacían innecesaria la utilización de la finca de los demandados, la conclusión no puede ser otra, si a mayor abundamiento tenemos presente, como ya expusimos, que la jurisprudencia aconseja al intérprete, en los



casos dudosos, favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a la imposición de gravámenes y por la concordancia con la presunción de libertad de los fundos; o lo que es equivalente, que la finca se presume libre de gravámenes, y quien alegue su existencia le incumbe demostrar que sobre la misma existe el gravamen o carga pretendida, no podemos sino, confirmando la Sentencia de instancia, desestimar en su integridad el recurso interpuesto, y todo ello con expresa condena a la recurrente al pago de las costas de esta alzada de acuerdo con lo que preceptúa el art. 398 en relación con el art. 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ».

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Motivación de la sentencia. Exigencia de claridad y precisión.

1. La demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en tres motivos.

2. En el motivo primero, al amparo del ordinal segundo del artículo 469. 1 LEC , denuncia la infracción del artículo 218.2 LEC , por falta de la debida motivación de la sentencia. Considera que únicamente se ha motivado la aplicación del artículo 541 del Código Civil con relación a la «voluntad del propietario de ambas fincas registrales», pero no los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito que resultan necesarios para la correcta interpretación y aplicación del citado artículo.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

Con carácter general esta Sala ha declarado que la motivación, como derecho incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE , es un requisito de la sentencia que exige que se haga saber a las partes o se exterioricen cuáles son las razones que conducen al fallo de una resolución, con independencia de su acierto y su extensión, de forma que este razonamiento pueda someterse a control a través de los correspondientes recursos. Por esta razón, la denuncia de falta de motivación no puede confundirse con una mera discrepancia con las conclusiones que obtiene una sentencia. Estas conclusiones podrán ser revisadas en el marco del recurso de casación, si la falta de acierto que se pretende denunciar se refiere a la valoración jurídica de los hechos y a la aplicación de una determinada norma sustantiva o, de forma muy restrictiva, a través del error en la valoración probatoria cuando la disconformidad se refiere a la formación del juicio fáctico. De esta forma, sólo una motivación ilógica o arbitraria, porque en la sentencia no se expresen o no se entiendan las razones por las que sientan las conclusiones del litigio o su fallo, podría ser revisada a través de este recurso.

En esta línea, la STS de 27 de diciembre de 2013 (núm. 790/2013) resume la exigencia de este requisito en los siguientes términos:

«[...] Para analizar esta cuestión, primero hemos de partir de la jurisprudencia constitucional sobre el alcance del deber de motivación de las sentencias. Como recordábamos en la sentencia 662/2012, de 12 de noviembre, el Tribunal Constitucional "ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 CE), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 68/2011, de 16 de mayo)».

De este modo, deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que ha fundamentado la decisión, esto es, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella (STS de 18 de mayo de 2012, núm. 294/2012).

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta el motivo debe ser desestimado. En el presente caso, la sentencia de la Audiencia se centra en las principales cuestiones debatidas, es decir, en la necesidad de la servidumbre como causa de su justificación actual, en la extinción de la misma por reunirse posteriormente ambas fincas en un mismo titular y, sobre todo, en la falta de acreditación de la voluntad del propietario común en la persistencia de la servidumbre a la hora de la transmisión de las fincas. No obstante, lo hace desde la fundamentación que desarrolla la sentencia de primera instancia, fundamentación de la que parte y acoge y



que analiza y expone todos y cada uno de los requisitos de aplicación del artículo 541 del Código Civil, inclusive con su relación con derecho comparado de otros países próximos a nuestro acervo jurídico. Por lo que no cabe concluir, tal y como pretende la recurrente, que la motivación de la sentencia no haya incidido en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito salvo, claro está, que se ponga en cuestión la valoración fáctica que de dichos requisitos realiza la sentencia, que es lo que realmente plantea en el fondo la recurrente sobre el cauce incorrecto de la falta de motivación de la sentencia.

4. En el motivo segundo, al amparo del ordinal segundo del artículo 469. 1 LEC, denuncia la infracción de los apartados primero y segundo del artículo 218 LEC. El recurrente argumenta que la sentencia ha infringido las exigencias de claridad y precisión que establece dicho artículo al declarar que la finca de la demandada dispone de tres salidas a caminos o carreteras, pero sin precisar si la salida que se reclama a través de la finca del demandado es o no necesaria, conveniente o útil para el uso o disfrute de la finca.

5. Por la fundamentación que se expone a continuación, el motivo debe ser desestimado.

Las exigencias de precisión y claridad que establece el artículo 218 LEC, tal y como alega la parte recurrida, vienen especialmente referidas a los ámbitos de congruencia y exhaustividad de la sentencia. En el presente caso, dichas exigencias han resultado plenamente cumplidas con relación al contenido y a lo solicitado en la demanda y con relación a las demás pretensiones de las partes, conforme a la propia previsión del citado artículo. Por lo que no cabe estimar su infracción.

En todo caso, y de acuerdo con lo anteriormente señalado acerca de la motivación, tampoco puede sustentarse en este ámbito que la sentencia resulte confusa o imprecisa. Por el contrario, conforme a la prueba practicada, la sentencia exterioriza con claridad y precisión las razones que han conducido al fallo en este extremo, pues de la citada prueba practicada se ha constatado, como hecho incontrovertido, que la finca del demandante disfruta de tres accesos directos a las vías públicas que permiten el acceso de camiones cisternas para abastecer y recoger los productos de la fábrica de aderezo, hecho expresamente reconocido por el letrado de la recurrente; de ahí que no haya apreciado la existencia de una necesidad que justifique la servidumbre reclamada. Cuestión distinta a este ámbito de la motivación de la sentencia, es que no hayan valorado suficientemente dentro del conjunto de la prueba practicada, según el criterio de la recurrente, otros informes obrantes en los autos, extremo que pertenece a la soberanía de los tribunales de instancia y no puede ser cuestionado en el recurso extraordinario por infracción procesal.

6. Por último, en el motivo tercero, al amparo del ordinal cuarto del artículo 469. 1 LEC, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 24 CE, reiterando la violación del derecho a obtener una sentencia fundada en derecho debidamente motivada.

7. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

En este motivo, trasunto de los anteriores, la parte recurrente, por la vía del ordinal cuarto del artículo 469. 1 LEC, vuelve a denunciar, de forma incorrecta, la ausencia de motivación de la sentencia.

En todo caso, y dentro del ámbito del error en la valoración de la prueba, que es la infracción que en el fondo guía el desarrollo del motivo, tampoco la recurrente identifica y justifica los medios probatorios en cuya valoración el tribunal de instancia incurre en arbitrariedad, error patente o infracción de una norma legal de valoración de la prueba, y su posible relevancia para la resolución de la controversia; más allá de su personal juicio de valoración de la base fáctica de la sentencia. En efecto, la mera alegación de la existencia del signo aparente de la servidumbre, de la persistencia de dicho signo y del testimonio de un antiguo empleado de la entidad Carbonell y Compañía de Córdoba, actual empleado de la recurrente, no constituyen, por sí solos, prueba concluyente de que el propietario, que de nuevo reunió bajo su titularidad dichas fincas registrales, esto es, la entidad United Dutch España, tuviera la intención o voluntad de imponer dicho signo como un auténtico gravamen de paso sobre la finca que vendió a los demandados. De ahí que ambas instancias, conforme a la valoración conjunta de la prueba, concluyan acerca de la falta o carencia de prueba al respecto, de acuerdo con la carga de la prueba que le corresponde al demandante.

Recurso de casación.

TERCERO.- Servidumbre de paso por destino del padre de familia con función de mera utilidad o conveniencia (artículo 541 del Código Civil). *Naturaleza voluntaria y requisitos de aplicación de la figura. Prueba de la voluntad del propietario común de las fincas de originar un gravamen de paso sobre la finca vendida. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477. 2 LEC, por interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.



2. Por su incidencia en la resolución del presente caso, se procede, en primer lugar, al examen del motivo segundo del recurso.

3. En el motivo segundo del recurso, denuncia la infracción del artículo 541 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, con cita de la STS de 26 de enero de 1971, que recoge otras de esta Sala de fechas 10 de octubre de 1957 y 30 de octubre de 1959. Argumenta que la aplicación del citado artículo no puede quedar excluida sólo en atención a que no se justifique su necesidad, por tener la finca otras salidas a la vía pública, sino que también se puede constituir por razón de mera utilidad o conveniencia para la mejor explotación de las fincas.

4. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

Con carácter general, debe señalarse que la naturaleza jurídica de la servidumbre de constitución por destino del *pater familias* es una cuestión controvertida tanto en el plano de la doctrina civilista, como en el desenvolvimiento de la jurisprudencia de esta Sala. En síntesis, concurren dos planteamientos doctrinales contrapuestos acerca del fundamento último de la naturaleza jurídica de la figura, bien con relación a su constitución tácita o voluntaria, o bien con relación a su constitución automática por obra de la Ley.

Para los defensores de la primera tesis, el fundamento de la figura responde al juego de la voluntad que la propia norma reconoce tanto en decisión (destinación) del propietario común de las fincas de crear la situación del servicio o signo aparente, como en el acuerdo tácito del transmitente y el adquirente de no expresar nada en contrario en el momento de la celebración del contrato, que determina la separación de las citadas fincas. En apoyo de esta tesis se suelen citar las SSTs de 3 de marzo de 1942, 11 de junio de 1975, 13 de mayo de 1986, 10 de noviembre de 1986, 29 de diciembre de 1989 y de 31 enero de 1990.

Para los partidarios de la segunda tesis, el fundamento de la figura responde a la constitución automática y directa de la Ley que por su cuenta, en el momento de la separación de las fincas, opera dicha transformación jurídica creadora de la servidumbre, sin conexión alguna en función de la voluntad negocial o presunta de los interesados. En apoyo de esta tesis se suelen citar las SSTs de 2 de junio de 1972, 27 de septiembre de 1984, 6 de diciembre de 1985 y 6 de julio de 1992.

Pues bien, en este contexto hay que señalar que esta Sala en su sentencia núm. 73/2016, de 18 de febrero, con relación a la naturaleza y presupuestos de aplicación de esta figura, especialmente de la división de finca matriz, como acto o negocio comprendido en el requisito de «enajenación» previsto en la norma, ha reconocido el carácter voluntario de su constitución, en los siguientes términos:

«[...] La denominada servidumbre por destino del padre de familia, contemplada en el artículo 541 del Código Civil, responde, principalmente, a su forma o modalidad de constitución voluntaria en atención bien al acuerdo tácito entre quien era propietario de las dos fincas y el nuevo adquirente de una de ellas, o bien, caso que nos ocupa, en atención a la voluntad del dueño de la finca que posteriormente procede a su división.

» Por lo que se refiere a sus presupuestos de aplicación hay que precisar, en primer término, que el requisito de enajenación que contempla la norma está sujeta a una interpretación flexible conforme a la naturaleza de su constitución. De forma que quedan claramente comprendidos los supuestos en los que el titular de la finca matriz procede a su división. Caso, entre otros, de la división de la finca conforme a la constitución del régimen de propiedad horizontal.

» En segundo término, y dadas las peculiaridades del supuesto de división finca matriz, el requisito de la existencia de un signo aparente también está sujeto a una necesaria interpretación flexible, pues basta con que el propietario de dicha finca lo hubiese establecido con anterioridad a la división de la finca».

No obstante, y dado que en el presente caso se vuelve a plantear la naturaleza y requisitos de aplicación de la servidumbre de paso por destino del padre de familia (artículo 541 del Código Civil), conviene que entremos a precisar la fundamentación técnica que lleva a esta Sala a inclinarse por la constitución voluntaria de la referida servidumbre.

En síntesis, deben destacarse los siguientes argumentos.

En primer lugar, conforme a la relevancia que la interpretación histórica tiene esta materia, debe resaltarse que la tesis de la constitución tácita o voluntaria de esta servidumbre responde mejor tanto a la tradición histórica de la figura como a los antecedentes inmediatos que incidieron en el sentido y finalidad del actual artículo 541 del Código Civil. En efecto, en esta línea, y aunque el rigorismo propio del Derecho romano clásico no la reconociera expresamente, pues exigía la constitución *nominatim* de la servidumbre, no obstante se tiene una clara constancia de que la figura se generalizó a través de la obra de los glosadores que bajo el prisma central de la posición del *pater familias* atendían a su voluntad presunta en el título de transmisión, de forma que si nada se decía en contra, operaba tácitamente este modo de constitución tanto *mortis causa*, como



intervivos. Posteriormente, el Derecho consuetudinario francés acogió este planteamiento y de ahí pasó al Código Civil francés de 1804; irradiando a los restantes Códigos de la época, entre ellos a nuestro Código Civil y al Código Civil italiano de 1865. El comentario de García Goyena al artículo 540 del Proyecto de 1851, antecedente directo de nuestro actual precepto, resulta especialmente ilustrativo al respecto, pues después de dar cuenta de las concordancias del artículo: «694 Francés, 748 Holandés, 484 de Vaud, 652 Sardo, 765 Luisiana y 615 Napolitano», señala que la figura «presume un convenio tácito de dejar las cosas como estaban; y la servidumbre revive en un caso y se establece en el otro».

Por su parte, la tesis de la constitución *ex lege* o automática de esta servidumbre se aparta de la tradición y antecedentes señalados. En este sentido, no hay duda de que su planteamiento arranca de la modificación operada en esta línea por el Código Civil italiano de 1942, particularmente de lo dispuesto en su artículo 1062.

En segundo lugar, también hay que resaltar que la propia interpretación literal del precepto, condicionado por los antecedentes examinados, impide ignorar el sentido y finalidad que la informa respecto del carácter voluntario de esta servidumbre. En este sentido, no puede desconocerse que la propia letra del precepto parte de la presunción de la voluntad en el modo o en el *iter* de constitución de esta servidumbre. Juego de la voluntad que se manifiesta tanto en el momento de la decisión del propietario común de crear la situación del servicio o signo aparente, como en el momento de transmisión o separación de las fincas, sin que nada en contrario se exprese o se declare. Por tanto, el juego de la voluntad condiciona la interpretación de la norma, pues recorre toda la extensión de la formulación positiva informando la conexión lógica de todos sus elementos técnicos, a saber, el propio acto de destinación del *pater familias* y la creación del signo aparente, su consideración de título, y el acuerdo tácito en la transmisión de la finca y su constitución como servidumbre. De esta forma, la necesaria atención a la presunción de voluntad en el acto de destinación de esta servidumbre impide que se soslayen los aspectos prácticos que se derivan de la prueba de la misma, tal y como hace la tesis de su constitución automática o *ex lege*, pues la valoración de este juego de la voluntad no sólo permite la no aplicación del artículo 541 del Código Civil en el supuesto en que se acredite la inexistencia de una propia voluntad constitutiva de la servidumbre, caso que nos ocupa, sino también, en caso de su constitución, que se pueda tener en cuenta para la interpretación y alcance de la servidumbre a tenor del título de transmisión y de los actos posteriores de los propios interesados.

En tercer lugar, y dentro de la interpretación sistemática del precepto, también hay que señalar que la tesis de su configuración automática o *ex lege*, cercena injustificadamente el alcance sistemático que se deriva de este juego de la voluntad, especialmente con relación a la servidumbre cuyo acto de destinación responde a un criterio de mera utilidad, conveniencia o comodidad entre las fincas, y no a un estricto requisito de necesidad o servicio respecto del predio dominante que la justifique pues, en tal caso, dicha particularidad del criterio de mera comodidad resultaría inobservado con relación a la posible extinción de la servidumbre por causa de innecesariedad sobrevenida en los supuestos de constitución *ex lege* (caso del artículo 568 del Código Civil), que sólo atiende a la razón de necesidad o servicio que se deriva de las servidumbres de paso legales o forzosas.

Por último, y con relación a lo ya expuesto, también hay que destacar que el desenvolvimiento jurisprudencial de esta Sala, con independencia de pronunciamientos más o menos favorables a una u otra tesis, en el desarrollo de los requisitos exigidos para la existencia de esta servidumbre ha atendido, de forma clara, al reconocimiento del juego de la voluntad tanto respecto del acto de destinación del signo por el propietario común de ambas fincas, como requisito previo para su constitución, como a la falta de declaración en contra en el título de enajenación o transmisión de la finca, como condición para su existencia.

En el presente caso, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial expuesta, no hay inconveniente en considerar que la servidumbre objeto de examen pueda darse tanto por la necesidad del gravamen o servicio que la justifica, propio de las servidumbres legales o forzosas, como por un fundamento de mera utilidad, conveniencia o comodidad que la justifique.

Sin embargo, debe precisarse que la controversia en el presente caso no descansa tanto en la indicada contraposición de las finalidades que justifican la reclamada servidumbre de paso, sino en la concurrencia de otro de los requisitos para su constitución, esto es, en la acreditación de la voluntad del último propietario común de las fincas registrales, United Dutch España, de configurar dicho signo aparente como un auténtico gravamen sobre la finca vendida a los demandados, don Higinio y doña Benita. Hecho que ambas instancias, conforme a la valoración conjunta de la prueba practicada, consideran no acreditado por la demandante.

En este contexto, debe considerarse, en orden a la corrección de la sentencia recurrida, que la exigencia de esta prueba es de mayor grado en los supuestos en donde el signo externo sólo responde a una función de mera utilidad o conveniencia sin revelar, por su entidad, una clara y necesaria función de servicio entre una y otra finca. De ahí que la existencia de este gravamen, atendida a su constitución tácita, requiera de actos



concluyentes (*facta concludentia*), realizados por las partes al respecto, sin que pueda servir a tales efectos los actos de mera tolerancia observados por la propietaria del predio sirviente.

Además, en la línea de argumentación seguida, debe señalarse que en el presente caso este juego de la voluntad queda desdibujado si se tiene en cuenta que la transmisión del predio dominante se operó mediante un procedimiento de ejecución patrimonial contra la entidad United Dutch España, S.A, de la que resultaron adjudicatarios los demandantes.

Por último, también debe precisarse que lo anteriormente expuesto no contradice la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala en la sentencia núm. 85/2016, de 19 de febrero, por la que se declara: «que en el caso de servidumbre por destino, prevista en el artículo 541 CC, únicamente cabe estimarla subsistente en el supuesto de que represente una verdadera utilidad actual para el predio dominante, aun cuando no se haya hecho desaparecer el signo aparente ni se formule manifestación en contrario en los títulos de enajenación». Pues este criterio de utilidad, como requisito de la citada servidumbre, no se proyecta como una prevalencia del requisito o nota de necesidad o servicio para el predio dominante, propia de las servidumbres legales, sino como una exigencia de comprobación de que la utilidad, comodidad o conveniencia que en su día pudo llevar a la constitución de dicha servidumbre sigue existiendo en la actualidad. En el caso de la sentencia citada, la utilidad actual no resultó acreditada en sus diferentes manifestaciones, pues «el portón» no cumplía ninguna función de paso a la calle lindante, sino la de dar acceso al solar contiguo, ni tampoco la reja y cristales dispuestos sobre dicho «portón» tenían como función o utilidad mejorar la luz del semisótano, a tenor de las numerosas ventanas con las que ya contaba dicho lugar.

5. En el primer motivo del recurso, denuncia la infracción del artículo 541 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, con cita de la STS de 26 de enero de 1971, que recoge otras sentencias de esta Sala de fecha 10 de octubre de 1957 y 21 de enero de 1960. El recurrente argumenta que resulta válida la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia, aunque los signos aparentes hayan sido dejados por el propietario común de las fincas que no es el inmediatamente anterior a los citados dueños de los fundos sirviente y dominante.

6. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

Aunque en el presente caso la sentencia de la Audiencia, entre otros argumentos para la desestimación del recurso de apelación, señala que con arreglo al artículo 546.1 del Código Civil la servidumbre se había extinguido (por reunión en una misma persona de la propiedad del predio dominante y la del predio sirviente), no obstante, debe precisarse que este desarrollo conceptual no resulta determinante en el presente caso.

En este sentido, nada obsta para la aplicación del citado precepto que el signo aparente haya sido establecido por el primitivo propietario común de las fincas, Carbonell y Compañía de Córdoba, S.A., o por el propietario común actual United Dutch España, S.A. que, conservándolo, procede a la enajenación de una de las fincas, como tampoco cuando dicho propietario común y actual de las fincas realizase un nuevo acto de destinación del signo aparente con una función de mera utilidad o conveniencia para la explotación conjunta de las fincas y posteriormente se procediese a la transmisión de una de ellas, sin declaración en contra de la existencia de dicha servidumbre. Supuestos claramente admitidos por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 10 de octubre de 1957, 30 de octubre de 1959, 21 de enero de 1960, 26 de enero de 1971, 13 de mayo de 1986 y sentencias núm. 286/1988, de 8 de abril y núm. 177/1991, de 7 de marzo).

Sin embargo, y de acuerdo con todo lo anteriormente señalado, el planteamiento de la cuestión de este motivo carece de efecto útil de cara a la *ratio decidendi* (razón de la decisión) del presente caso, pues dicha *ratio* no descansa en esta consideración sustantiva, sino en la señalada falta de acreditación de la necesaria voluntad del propietario común y actual acerca de la preservación del citado gravamen, extremo que ha resultado no acreditado.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas causadas por los mismos se impongan a la parte recurrente, de conformidad con los artículos 398. 1 y 394. 1 LEC.

2. Asimismo, procede la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, de conformidad con la disposición adicional 15.ª LOPJ.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO



FALLAMOS

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de don Bernardo contra la sentencia dictada, con fecha 17 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, en el rollo de apelación núm. 324/2013 .
2. Imponer las costas de dichos recursos a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO