

Instancia se pronunció en este último sentido, sobre la base del artículo 546.2.º CC. La Audiencia consideró, a este respecto, que el Concejo de S goza de una servidumbre de pastos y aguas para los ganados en el monte T, terrenos propiedad de B. Y en cuanto a la loma de R, siempre ha pertenecido a B, donde los de S podrían retirar sus ganados por la noche hasta que se les permitió permanecer también a la puesta de sol en los mismos terrenos. Entiende que no se ha acreditado que durante los últimos veinte años se hubiera interrumpido el aprovechamiento por los vecinos de S, sobre los terrenos objeto del pleito. Así, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado en orden a declarar que existe una servidumbre de hierbas, pastos y aguas sobre los terrenos.

Contra esta sentencia, los vecinos de S interpusieron recurso de casación, en base a los siguientes argumentos: a) la infracción de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, y la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; b) no se trata de una servidumbre, sino de una comunidad en mano común. El Tribunal Supremo llega a la misma conclusión que la Audiencia. Aplicando la doctrina jurisprudencial sobre las diferencias entre las servidumbres y las comunidades de pastos y leñas, y al no haberse probado la existencia de comunidad, califica el derecho de los vecinos de S como una servidumbre.

NOTA.—Sobre las diferencias entre la comunidad de pastos y la servidumbre de pastos, *vid.* las SSTs de 2 de febrero de 1954, de 19 de febrero de 1954, de 23 de octubre de 1964, de 2 de febrero de 1965, de 24 de febrero de 1984, de 16 de febrero de 1987 y de 7 de noviembre de 2006. (S. L. M.)

**16. Servidumbre de paso. Constitución por destino del padre de familia. Naturaleza jurídica. La servidumbre del artículo 541 CC constituye un supuesto de constitución tácita o voluntaria.**—La naturaleza jurídica de la servidumbre de constitución por destino del *pater familias* es una cuestión controvertida que gira en torno a dos tesis: la voluntaria y la legal. No obstante, esta Sala se inclina por la tesis de la voluntad tácita o voluntaria. Los argumentos son los siguientes:

Interpretación histórica: 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 artículo 541 CC. 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.

Interpretación literal: la 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 CC en el supuesto en que se acredite la inexistencia de una propia voluntad constitutiva de la servidumbre, 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.

Interpretación sistemática: 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 art. 568 CC), que solo 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.

**Requisito para la aplicación del artículo 541 CC. Prueba de la voluntad del propietario común de las fincas de originar un gravamen sobre la finca enajenada.**—Uno de los requisitos que deben concurrir para su constitución (vía art. 541 CC), consiste en la acreditación de la voluntad del último propietario común de las fincas de configurar dicho signo aparente como un auténtico gravamen sobre la finca vendida a los demandados.

**Cuando el signo aparente responde a una función de mera utilidad o conveniencia, sin revelar una necesaria función de servicio entre fincas se requiere actos concluyentes de la voluntad de constituir el gravamen.**—En este contexto, 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. (STS 22 de julio de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La cuestión de fondo gira en torno a si para la aplicación del artículo 541 CC es necesario justificar que la existencia y persistencia de los signos aparentes responden a la voluntad del propietario común de los predios en el momento de la enajenación de los fundos. En concreto, se trata de la apertura de una puerta y un camino, de unos seis metros de anchura, que pasa sobre la finca propiedad de los demandados y que sirve para comunicar la finca del demandante con un sendero. Dichos signos fueron establecidos por el propietario común de las dos fincas, aunque posteriormente ambas fincas se volvieron a reunir bajo la titularidad de un solo dueño. Este último, transmitió la totalidad de su patrimonio, y con ello los dos fundos, a la entidad mercantil SA, que, a su vez, vendió uno de los inmuebles a los demandados. Posteriormente, en ejecución por parte de la Agencia Tributaria de una hipoteca constituida por la entidad mercantil SA en garantía de una deuda tributaria, los ahora demandantes resultan adjudicatarios de la otra finca. En base a los signos aparentes mencionados, los actores presentan una acción confesoria de servidumbre de paso sobre la finca de los demandados. Se da la circunstancia de que la finca del demandante disponía de cuatro accesos desde el exterior, de ellos tres directos a la vía pública que sirven para el normal aprovechamiento del fundo. Tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia Provincial resuelven en contra de la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia se pronuncia sobre la clásica polémica en torno a la naturaleza voluntaria o legal de la servidumbre constituida en aplicación del artículo 541 CC, decantándose por la tesis voluntarista. En la doctrina, a favor de la tesis voluntaria se han manifestado, entre otros, ROCA JUAN, «Comentarios de los artículos 530 a 604 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol. 2.º, 2.ª ed. Edersa. Madrid, 1990, p. 79); BONET CORREA, «La constitución de las servidumbres por signo aparente. La destinación del padre de familia», CSIC-Junta de

Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales. Madrid, 1970, p. 134. Sin embargo, la tesis legal la han defendido, entre otros, LUNA-LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos Reales*, vol. 2, 2.ª ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 121 y 122; GUILARTE GUTIÉRREZ, «La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español». Montecorvo. Madrid, 1984, pp. 520 y 521; y REBOLLEDO VARELA, «Constitución por signo aparente», en *Tratado de Servidumbres* (coord. Rebolledo Valera). Aranzadi. Navarra, 2002, pp. 233 y 234. En la jurisprudencia no se ha mantenido una postura inequívoca sobre esta cuestión. Así, se inclinan por la tesis de constitución legal las SSTs de 2 de junio 1972, 27 de septiembre de 1984, 6 de diciembre de 1985 y 6 de julio de 1992, en cambio, abogan por la tesis voluntarista las SSTs de 3 de marzo de 1942, 11 de junio de 1975, 13 de mayo y 10 de noviembre de 1986, 29 de diciembre de 1989, 31 de enero de 1990 y las de 18 de febrero y 22 de julio de 2016. (C. O. M.)

**17. Servidumbre. Constitución por título. Concepto de título. Doctrina jurisprudencial.**—La doctrina jurisprudencial considera título constitutivo de la servidumbre cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, *inter vivos o mortis causa*, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente.

**Requisitos de la declaración de voluntad: debe quedar bien clara la voluntad de los otorgantes de querer constituir una servidumbre.**—La voluntad constitutiva ha de ser expresa: se requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin y no es necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, siempre que conste bien clara la voluntad de los otorgantes de establecer una servidumbre. Cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo.

**Constitución a título gratuito: necesidad de escritura pública.**—La STS de 20 de octubre de 1993, ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública, como exige con el rango de forma constitutiva el artículo 633 CC para las donaciones.

**Servidumbre de luces y vistas. Constitución por prescripción. Cómputo de plazo: diferenciación entre ventanas abiertas en pared medianera o propia del dueño del predio sirviente (servidumbre positiva) y ventanas abiertas en pared propia del dueño del fundo dominante (servidumbre negativa).**—El Tribunal Supremo ha aseverado que debe partirse del supuesto de que toda servidumbre de luces y vistas, al ser continua y aparente, es susceptible de ser adquirida por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 537 y 538 CC, teniendo dicha servidumbre carácter de negativa cuando los huecos están abiertos en pared propia del dueño del predio dominante y de positiva cuando tales huecos se hallan en pared medianera o propia del dueño del sirviente; en el caso de la servidumbre negativa, el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse sino a partir de la producción de un acto obstativo, por el que el dueño del que sería predio dominante prohíbe al del sirviente la

ejecución de un hecho que le sería lícito sin la servidumbre (por ejemplo, requerimiento para no edificar, interdicto de obra nueva para suspender la construcción), mientras que en el supuesto de la positiva el «dies a quo» del citado plazo lo constituye 1 día mismo de la apertura de los huecos (por ejemplo, STS de 8 de octubre de 1988).

**La doctrina de la accesión invertida no es aplicable a las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas.**—En la jurisprudencia ha prevalecido el criterio contrario a la apreciación de la accesión invertida en relación con la servidumbre de luces y vistas, haciéndose hincapié en la inexistencia del requisito de la buena fe, pero no sin exponer otras razones. Así: «Especialmente la sentencia de 1 de octubre de 1984, trata de objetivar el problema apoyándose asimismo en argumentos no dependientes de la buena o mala fe sino en la sumisión del Juez al imperio de la Ley. Y, es sobre este último planteamiento, desde donde ha de enfocarse y resolverse el problema, ya que la doctrina de la accesión invertida, como tal creación jurisprudencial, dentro de la tarea de prestar complemento al ordenamiento jurídico que interpreta se explica en tanto en cuanto viene a dar respuesta a una laguna legal surgida cuando la construcción no se hace toda ella en terreno propio, esto es, cuando se construye parcialmente en terreno ajeno (y se tiene buena fe). Pero si el caso concreto halla pleno y claro encaje en el supuesto normativo, por más que resulten penosas las consecuencias del restablecimiento de la situación jurídica lesionada, no hay otra alternativa que la del respeto riguroso de la norma en cuestión, y, ninguna duda deja al respecto la aplicación al caso del artículo 582 CC que claramente ordena que no se abran ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Otra cosa es que la ejecución de las medidas restitutorias al estado precedente se lleven a cabo con el menor costo posible para el ejecutado». (STS de 13 de mayo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La actora interpone acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, de desagüe y de alero por su construcción ilegal (infracción de las distancias del artículo 582 CC, invasión de vuelo y subsuelo de la propiedad de la actora). Los demandados se oponen y además formulan reconversión instando que han adquirido las mencionadas servidumbres sobre la propiedad de la actora; o, en su defecto, que se declare el derecho a adquirir por accesión invertida una franja de terreno, colindante a la propiedad de la actora, de una anchura suficiente para que los huecos existentes, el alero y el desagüe queden regularizados conforme a la normativa legal. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estimando parcialmente la reconvencción declara la existencia de las servidumbres de luces y vistas, alero, vertiente de tejados y desagüe. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación y declara que la finca de la actora se halla libre de aquellas servidumbres condenando a los demandados a regularizar las ventanas abiertas conforme a lo establecido en el Código Civil, retirar o cegar el desagüe con aguas residuales y retranquear el alero. Negada la servidumbre, examina la pretensión de la accesión invertida y la desestima. Interpuesto el recurso de casación el Tribunal Supremo declara no haber lugar.

NOTA.—La sentencia realiza un repaso sobre la posición de la jurisprudencia en relación a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por medio de la accesión invertida. En este punto, hay uniformidad en negar la posibilidad de adquirir la servidumbre por accesión invertida, por «no ser medio hábil para ello ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la ley». En realidad, la STS de 10 de diciembre 1980, que admitió la accesión invertida como forma de solución del conflicto planteado por la apertura de huecos y ventanas contra las prohibiciones contenidas en los artículos 581 y ss CC, no aplicó la doctrina de la accesión invertida como medio de constitución de la servidumbre de luces y vistas, sino que permitió la adquisición de la franja de terreno necesaria para completar la distancia prescrita por la ley para poder mantener los huecos o voladizos abiertos entre fundos limítrofes. Por el contrario, las SSTs de 1 de octubre de 1984 (construcción de una escalera en suelo propio infringiendo la distancia establecida respecto a la servidumbre de vistas del art. 585 CC), 22 de noviembre de 1989 y 7 de diciembre de 1995 (en ambos casos, apertura de huecos o ventanas sobre fundo vecino sin respetar el espacio mínimo legal) se oponen a la aplicación de la doctrina de la accesión invertida en estos casos. Los argumentos que se esgrimen como fundamento de esta negativa son dos: a) falta de buena fe del que abre el hueco en contra de las prescripciones legales y b) inexistencia de laguna legal por lo que no es necesario acudir a la doctrina de la accesión invertida para modular la aplicación del artículo 582 CC. Sobre la cuestión *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANCILLA, «La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas (Una revisión crítica de la accesión invertida)», CRPME, Madrid, 2009, pp. 259 ss. (C. O. M.)

**18. Hipoteca constituida sobre inmueble transmitido con explícita condición resolutoria y prohibición de disposición y gravamen. Requisitos para que el acreedor hipotecario sea mantenido en su adquisición.**—Respecto a la prohibición de disposición y gravamen, conforme al artículo 34 LH, «[E]l tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro». Respecto a la condición resolutoria explícita, el Tribunal Supremo señala que los derechos de hipoteca son uno de los derechos de terceros que se contemplan en los artículos 1124. IV CC y 37 LH (que tratan sobre la resolución contractual sin perjuicio de derechos de terceros de buena fe y conforme a la LH). En el caso concreto, ni la prohibición de disposición o de gravar el inmueble, ni la condición resolutoria explícita a las que se sometieron los contratos de compraventa constaban en el Registro de la Propiedad cuando se constituyeron las hipotecas en favor del demandado. Lo que es natural conforme a los artículos 26 y 27 LH, los cuales prevén que las prohibiciones de disponer voluntarias que tengan su origen en contratos onerosos carecen de eficacia «jurídico-real», por ello, tales prohibiciones no tienen acceso al Registro (SSTS 26 de julio de 1993 y 17 de enero