



Roj: **STS 4055/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4055**

Id Cendoj: **28079110012024100954**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2024**

Nº de Recurso: **7708/2021**

Nº de Resolución: **943/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 656/2021,**  
**ATS 16969/2023,**  
**STS 4055/2024**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 943/2024**

Fecha de sentencia: 03/07/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 7708/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/06/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA, SECCIÓN 2.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 7708/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 943/2024**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 3 de julio de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Palmira y D. Luis Angel , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Luisa Estrugo Lozano, bajo la dirección letrada de D. Arturo Rebolledo Vázquez, contra la sentencia n.º 613/2021, dictada por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación n.º 2541/2019, dimanante de las actuaciones de juicio verbal n.º 293/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de **Tolosa** . Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Sagrario , representada por el procurador D. Noel Alain de Dorremochea Guiot y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Basasoro Tolosa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Aránzazu Urchegui Astiazarán, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Palmira y D. Luis Angel , interpuso demanda de juicio verbal sumario-posesorio contra D.<sup>a</sup> Sagrario , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] estimando la demanda, declarando haber lugar a la misma, señalando que la demandada no tenía derecho a cerrar el plazo clausurado y declarando que mis representados tienen el derecho de servidumbre de paso a su finca, a través de la demandada, condenando a esta última a quitar el candado colocado, dejando libre y expedito tal paso, con imposición de costas a la adversa".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tolosa y se registró con el n.º 293/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Vega Pérez Arroyo, en representación de D.<sup>a</sup> Sagrario , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] se dicte sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tolosa dictó sentencia de fecha 25 de febrero de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por Don Luis Angel y Doña Palmira contra Doña Sagrario , debo ABSOLVER y absuelvo a la demandada de los pedimentos frente a ella formulados de contrario.

"Todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Palmira y D. Luis Angel .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 2541/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Dña. Palmira y D. Luis Angel contra la sentencia número 28/2019 de fecha 25 de febrero de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Tolosa y, en consecuencia, confirmamos en su integridad la resolución recurrida.

"Procede la imposición a la parte recurrente de las costas generadas en la alzada".

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Aránzazu Urchegui Astiazaran, en representación de D.<sup>a</sup> Palmira y D. Luis Angel , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único motivo del recurso de casación.- al amparo del art. 477.2.3º y 3, de la LEC, de interés casacional, por infracción del art. 541, del C.C., por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mantenida, entre otras: en la sentencia del 19 de julio de 2018, núm. 471/2018; y 18 de febrero de 2016, nº. 73/2016".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de diciembre de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:



"1.º) Admitir el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D.ª Palmira y D. Luis Angel contra la sentencia n.º 613/2021, de fecha 30 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º. 2541/2019, dimanante de los autos de juicio verbal n.º. 293/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de **Tolosa** .

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría.

"Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

**3.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**4.-** Por providencia de 10 de mayo de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 25 de junio del presente, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

Versa el presente proceso sobre la acción confesoria de servidumbre de paso por destino de padre de familia que, al amparo del art. 541 del CC, es ejercitada por D.ª Palmira y D. Luis Angel contra D.ª Sagrario .

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los siguientes antecedentes relevantes.

1.º- Los propietarios originarios de los predios de los litigantes eran los difuntos cónyuges D. Sixto y D.ª Belinda .

2.º- Mediante escritura pública de uno de julio de 1958, el referido matrimonio donó a su hijo Carlos Alberto , entre otras, la finca numerada como NUM000 , llamada DIRECCION000 o DIRECCION001 con sus pertenecidos, que es la registral NUM001 , así como, en lo que ahora interesa, también, la finca NUM002 , denominada DIRECCION001 - DIRECCION002 , de Amezqueta, registral NUM003 , que limita por el poniente con el Río de Amezqueta que, según la tesis de los demandantes, sería el predio dominante.

En dicha escritura, de las pertenencias de la finca NUM000 se segregó el predio descrito como II), que es la finca denominada DIRECCION003 , de 22 áreas y 93 centiáreas, que se la reservaron los donantes. Se corresponde con la registral NUM004 .

La donación se llevó a efecto en pago de los derechos legitimarios paternos y maternos de D. Carlos Alberto , y se dispuso que, si el valor de lo donado excediere de lo que por tal concepto le correspondiere al donatario, se imputará a los tercios de libre disposición y mejora con dispensa además de la obligación de colacionar. La donación se somete a las condiciones de vivir en el caserío DIRECCION000 en compañía de sus padres donantes, alimentándolos, vistiéndolos y asistiéndolos tanto en la salud como en la enfermedad, entre otras condiciones.

3.º- Mediante escritura pública, en esta ocasión, de 19 de julio de 1985, se protocoliza la partición de la herencia de D. Sixto , fallecido el 10 de mayo de 1973, bajo testamento de 27 de agosto de 1964, llevada a efecto por el albacea comisario contador partidador designado por el causante, D. Florian , conjuntamente con la viuda de D. Sixto , D.ª Belinda , que renunció a sus derechos legitimarios.

En dicho instrumento público consta, como la finca segregada llamada DIRECCION003 se divide en seis fincas descritas con las letras NUM005 ), NUM006 ), NUM007 ), NUM008 ), NUM009 ) y NUM010 ). Esta última, la NUM010 ), de 383 metros cuadrados, lindante con el Río Amezketa, por el Este; por el Sur, con parcela descrita anteriormente bajo epígrafe e); por el Oeste, con la DIRECCION004 , y Norte, terrenos del caserío DIRECCION001 - DIRECCION005 , se le adjudicaba a la hija del causante D.ª Valle , en la que se ubica el camino litigioso y el puente sobre el Río Amezketa, que la demandada reconoció que su padre construyó en el año 1953.

4.º- En escritura pública de 22 de diciembre de 2006, D.ª Valle , soltera, dona a su hermana viuda D.ª Sagrario , demandada en este proceso, la precitada finca NUM010 ) de DIRECCION003 , libre de cargas y arrendamientos.

5.º- Por medio de escritura pública de 26 de enero de 2012, D. Carlos Alberto vende a la demandante D.ª Palmira y a su marido D. Luis Angel , tanto la casa llamada DIRECCION000 - DIRECCION001 Mayor, sus pertenecidos, así como la finca DIRECCION001 DIRECCION002 de Amezqueta, registral NUM003 , de 21 áreas y seis centiáreas, supuesto predio dominante.



D. Carlos Alberto falleció, el 25 de junio de 2012, bajo testamento de 10 de noviembre de 1997, en el que instituyó única y heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones a la demandante D.<sup>a</sup> Palmira .

6.º- Así las cosas, D.<sup>a</sup> Palmira y D. Luis Angel formularon una acción confesoria de servidumbre de paso contra D.<sup>a</sup> Sagrario , cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tolosa.

La tesis de los demandantes se fundamentó en que D. Carlos Alberto recibió de sus padres el predio dominante por medio de donación de uno de julio 1958, reservándose sus progenitores el predio sirviente denominado DIRECCION003 , en el que se ubicaba el camino litigioso y el puente construido por D. Sixto , para acceder a aquella finca donada a D. Carlos Alberto , quien, desde el primero momento, disfrutó de tal paso, lo que llevó a efecto durante más de cincuenta años. Tal situación supone la constitución de una servidumbre al amparo del art. 541 CC.

Se alegó, también, que, por escritura pública de 26 de enero de 2012, D. Carlos Alberto transmitió a su heredera, Sra. Palmira , y al marido de la misma, Sr. Luis Angel , el predio dominante y también la finca DIRECCION000 - DIRECCION006 o DIRECCION001 - DIRECCION005 .

Seguido el procedimiento, por todos sus trámites, se dictó sentencia por el referido juzgado, en la que, en síntesis, se estableció que las fincas titularidad de los litigantes pertenecieron originariamente a los mismos propietarios D. Sixto y D.<sup>a</sup> Belinda ; no obstante, considera la juzgadora de primera instancia, que no ha quedado demostrada la existencia del gravamen mediante signos externos visibles y evidentes, por cuanto la comunicación de las fincas propiedad de las partes, presuntamente a través del puente, no revela la existencia de una voluntad de constituir una servidumbre de paso, cuando su constitución se hizo por el propietario inicial de todas sus fincas para su uso, de forma unitaria, con carácter previo, a la segregación de la Casa DIRECCION000 DIRECCION001 DIRECCION006 y uno de sus pertenecidos, el terreno DIRECCION003 , que pasó a ser propiedad de las hermanas de D. Carlos Alberto , en particular de la demandada D.<sup>a</sup> Sagrario , tras la donación de su hermana D.<sup>a</sup> Valle . Su mantenimiento y uso posterior por D. Carlos Alberto , tras la donación de sus padres, tiene su fundamento en las relaciones familiares, como manifestación de un acto de mera tolerancia.

Se razonó, también, que las servidumbres deberán de ser objeto de una interpretación restrictiva y que, en la escritura de donación, no consta la constitución de la servidumbre sobre el terreno DIRECCION003 , así como que, tampoco, consta la necesidad de paso, al existir un camino público de acceso a las fincas de los demandantes.

7.º- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación. Su conocimiento correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que dictó sentencia 613/2021, de 30 de abril, en la que confirmó la pronunciada por el juzgado, al considerar no concurrente el primero de los requisitos exigidos por el art. 541 del CC, cual es que el signo aparente de servidumbre entre las dos fincas sea establecido por el propietario de ambas. A tal efecto, señala que:

"Ocurre que D. Carlos Alberto cuando otorgó la Escritura Pública de compraventa a los ahora demandantes de 26 de Enero de 2012 (documento 19 de la demanda) no era propietario del Terreno DIRECCION003 , supuesto terreno sirviente, sino de la Casa DIRECCION001 - DIRECCION005 y los pertenecidos descritos en la precitada escritura de compraventa de 26 de Enero de 2012.

"Si nunca fue propietario de terreno DIRECCION003 no pudo transmitir el terreno DIRECCION003 a los ahora demandantes y, en consecuencia, no pudo previamente cumplir el requisito establecido en el artículo 541 del CC: establecer D. Carlos Alberto un signo externo de servidumbre entre las dos propiedades DIRECCION001 DIRECCION005 (supuesto predio dominante) y terreno DIRECCION003 (supuesto predio sirviente).

"[...] En consecuencia D. Carlos Alberto nunca fue propietario del terreno denominado Inchausti quebrando el requisito de que las fincas sean de titularidad del mismo propietario que exige el artículo 541 del CC el cual fue el fundamento de la acción ejercitada".

8.º- Contra dicha sentencia se interpuso por los demandantes recurso de casación.

#### **SEGUNDO.- Recurso de casación**

El recurso de casación se interpuso, al amparo del art. 477.2.3.º y 3, de la LEC, por interés casacional. Se alegó como infringido el art. 541 del CC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mantenida, entre otras, en las sentencias 471/2018, de 19 de julio y 73/2016, de 18 de febrero.

En su desarrollo, se sostiene, en síntesis, que la sentencia del tribunal provincial, para concluir que no existe la servidumbre, se fundamentó en que D. Carlos Alberto nunca fue propietario del terreno denominado DIRECCION003 , con lo que quiebra el requisito de que las fincas sean de titularidad del mismo propietario



como exige el artículo 541 del CC; ahora bien, nadie dice que D. Carlos Alberto fuese propietario del predio sirviente, los que fueron propietarios de los fundos de los litigantes fueron sus padres, que le transmitieron D. Carlos Alberto, el predio dominante, y a su hermana el sirviente, y, con ello, la servidumbre se constituyó, al no desaparecer el signo aparente constituido por los propietarios únicos de ambos terrenos.

La parte recurrida se opuso al recurso, y concluyó que el padre de familia, cuando segregó el terreno DIRECCION003, en la escritura de donación de 1958, y se lo reservó para él, no estableció entonces ninguna clase de servidumbre sobre dicho terreno; y, tampoco, cuando más tarde, en 1985, lo dividió y transmitió a sus tres hijos Candido, Valle y Sagrario; es más, su voluntad fue clara y expresamente manifestada en testamento de dividir la finca DIRECCION003 en seis parcelas, para que constituyeran fincas nuevas e independientes.

### **TERCERO.- Examen del recurso de casación interpuesto**

#### **3.1 Sobre la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia.**

Nuestros antecedentes históricos no contenían referencia a este concreto modo adquisitivo de las servidumbres. Las Partidas suponen la confirmación de la inexistencia de esta institución en el Derecho Romano, al no hacer ninguna referencia a esta forma constitutiva, como tampoco lo hicieron la Nueva y Novísima Recopilación.

No obstante, en el Proyecto de Código Civil de 1851, se consagró la destinación con una redacción muy similar a la actual en su art. 540, lo que probablemente orientó al Tribunal Supremo que, antes de su reflejo en texto legislativo alguno, ya la venía admitiendo, como muestra de ello las sentencias de 14 de noviembre de 1867, 10 de julio de 1880, 7 de junio y 7 de noviembre de 1883 y 14 de noviembre de 1888.

En definitiva, se estimaba que existía un consentimiento tácito por parte del titular del predio sirviente derivado de la circunstancia de la pervivencia del signo exterior y su falta de oposición a tal situación fáctica. En este sentido, en el considerando segundo de la precitada sentencia de 7 de junio de 1883 se indicaba que lo dispuesto en Las Partidas, que trata de cómo se construyen las servidumbres:

"[...] no se opone al principio de que al separarse dos predios que entre sí prestaban servicios establecidos por el propietario de ambos, sin que se pacte en el contrato un modo de disfrute distinto del que usaba el antiguo propietario, se entiende subsistir la servidumbre necesaria para verificarlo y que el signo aparente de ella es un título para que continúe, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario".

El art. 540 del proyecto de García Goyena pasa, sin apenas modificación, al anteproyecto del Código Civil, y de éste a la actual redacción del artículo 541 que, a partir de entonces, es objeto de una jurisprudencia interpretativa de sus elementos configuradores.

En efecto, esta sala, entre otras, en la sentencia 1030/2005, de 20 de diciembre, se ha referido a los requisitos condicionantes de la adquisición de la servidumbre por destino, al señalar, con respecto al artículo 541 del Código Civil, que:

"[...] la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 1991, citada, entre otras, por la de 18 de marzo de 1999, declaró que "el reconocimiento de una modalidad de adquisición de servidumbre por causa de presunción fundada en un signo aparente revelador de la voluntad del transmitente, a fines de generar lo que se denomina servidumbre por destino del padre de familia, requiere no solamente que tenga lugar la separación del dominio de dos fincas que pertenecían a un mismo propietario, sino que también, como asimismo ponen de manifiesto las sentencias de 21 de mayo de 1970 y 3 y 7 de julio y 22 de septiembre de 1983, que al tiempo de dicha separación exista ya el signo aparente de servidumbre a favor de una de las fincas y a cargo de la otra".

"Del mismo modo, la sentencia de 7 de julio de 1983 se pronuncia en los siguientes términos: "es doctrina de esta Sala interpretativa de tal precepto, la de que "el artículo 541 del Código Civil establece una singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente, conocida por "destinación del padre de familia", mediante la concurrencia de los siguientes requisitos: a) dos fundos pertenecientes a un solo propietario; b) un estado de hecho entre ambos, del cual resulte por signos visibles y evidentes que uno preste al otro un servicio determinante de una servidumbre; c) que esos signos demostrativos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, el "padre de familia"; y d) que uno de los fundos sea enajenado por éste - S. de 30 octubre 1959-...".

Con respecto a su naturaleza jurídica, la sentencia 524/2016, de 22 de julio, se refiere a las dos concepciones existentes al respecto, lo que hace en los términos siguientes:





"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"".

### **3.2 Examen de los requisitos condicionantes de la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia y circunstancias concurrentes en el supuesto objeto del presente recurso**

Pasaremos a examinar dichos requisitos para constatar que, en el presente caso, concurren los presupuestos necesarios para entender constituida la servidumbre de paso por destino del art. 541 CC y, con ello, estimar el recurso de casación interpuesto.

#### **A) La existencia de dos fundos pertenecientes al mismo dueño**

La concurrencia de este requisito, en el caso que nos ocupa, no ofrece duda alguna, y así es admitido por los litigantes; toda vez que las fincas dominante y sirviente conformaban, en su momento, una propiedad única, perteneciente a los causahabientes de los litigantes, el matrimonio constituido por D. Sixto y D.<sup>a</sup> Belinda .

Éstos, al donar a su hijo Carlos Alberto , en la escritura de 1 de julio de 1958, la casa DIRECCION000 o DIRECCION001 , con sus pertenecidos, segregaron, para reservárselo los donantes, el terreno descrito con la letra II) de los pertenecidos de dicha casa, que es el denominado DIRECCION003 que, por sucesivas transmisiones ulteriores y partición hereditaria de D. Sixto , un terreno, a su vez, segregado de dicha finca DIRECCION003 , por donde discurre el paso y puente litigioso, es actualmente titularidad de la demandada D.<sup>a</sup> Sagrario .

El predio dominante, la finca numerada como número NUM002 , colindante con la finca DIRECCION003 , es una de las donadas a D. Carlos Alberto , en 1958, por sus progenitores.

#### **B) Un estado de hecho del que resulta por signos visibles y evidentes que uno de los predios presta al otro un servicio, determinante de una servidumbre**

También, difícilmente cabe negar este requisito cuando, de las fotografías aportadas con la demanda, constan vestigios notorios y evidentes de la existencia de tal paso. Es más, se reconoce, expresamente, que el causante de los demandantes D. Carlos Alberto siempre accedió por dicho paso y puente a las fincas donadas por sus padres, desde, al menos, 1958, hasta que falleció en 2012. Fincas que transmitió a los demandantes.

El servicio que presta el puente para superar el riachuelo existente hiere los sentidos como signo aparente de la existencia del gravamen. Es perfectible por cualquiera que se desplace o inspeccione el lugar, y es revelador de una relación de servicio específico de paso, prestado por la finca DIRECCION003 de la demandada a favor de la finca DIRECCION001 - DIRECCION002 , donada por sus padres al causante de los demandantes D. Carlos Alberto , en la escritura de 1 de julio de 1958.

Señala la sentencia 471/2018, de 19 de julio, que:



"[...] no basta la sola existencia del signo aparente en la finca que se pretende sirviente cuando se enajena sin hacer expresa exclusión de la servidumbre en la escritura pública o sin hacer desaparecer el signo externo, sino que es necesario, que el signo externo revele de modo inequívoco la existencia de una relación de servicio entre una y otra finca, relación de servicio que al igual que el signo externo ha de ser establecida o mantenida por el dueño en el momento de la enajenación de una de las fincas. Y no puede por ello atenderse tan sólo a la mera existencia del signo externo cuando de ese solo signo no se revela una efectiva y concreta relación de servicio entre las fincas querida por el dueño común que posteriormente enajena".

La sentencia 85/2016, de 9 de febrero, precisa, en este sentido, que "en el caso de la servidumbre por destino, prevista en el artículo 541 CC, únicamente cabe estimar su subsistencia cuando represente una verdadera utilidad para el predio dominante".

En este caso, es obvio, insistimos, en dicho servicio o utilidad, dado que el camino, en el que se ubica el puente, permitía el acceso de la casa DIRECCION001 mayor y sus pertenecidos a la finca NUM002, terreno DIRECCION001 - DIRECCION002, también titularidad de los causantes de las partes, salvando el río existente mediante el puente construido en el lugar por D. Sixto, antes de la donación y segregación con reserva de la finca DIRECCION003, lo que conforma una utilidad innegable de la que disfrutaron, primero los causantes, y, posteriormente, tras la donación otorgada y aceptada, el hijo D. Carlos Alberto, siempre con la anuencia y beneplácito de sus progenitores, que mantuvieron el signo aparente al segregar la precitada finca DIRECCION003 de los pertenecidos de la casa llamada DIRECCION000 o DIRECCION001.

Se cumplen, pues, los requisitos exigidos por la sentencia 421/2008, de 20 de mayo, cuando establece que:

"La existencia y mantenimiento del signo aparente que determina el nacimiento de la servidumbre por constitución del padre de familia ( artículo 541 del Código Civil) requiere el examen no sólo de la objetividad del signo sino también la consideración de la finalidad para la que el mismo fue creado".

Por otra parte, el signo aparente está exento, en este caso, de cualquier condición de provisionalidad o temporalidad, fue susceptible de ser utilizado por el donatario desde el primer momento, tras la separación de los fundos, como así efectivamente hizo, y además durante un periodo prolongado de tiempo superior a los cincuenta años.

Tampoco, la persistencia de dicho signo respondía a la mera satisfacción de una mera conveniencia o necesidad de los donantes; pues, tras la segregación de la finca DIRECCION003, a quien realmente servía el paso era al donatario D. Carlos Alberto, hasta el punto de que la demandada cerró dicho paso y acceso al puente por su nula utilidad para ella, lo que provocó la reacción de los demandantes.

C) *Que tales signos externos fueran impuestos por el dueño común de las fincas, " el padre de familia"*

Este requisito tampoco se puede cuestionar, pues la propia parte demandada reconoce expresamente, como consta en la sentencia del juzgado, que el puente fue construido por D. Sixto, padre de D. Carlos Alberto y D.ª Sagrario, en 1953, y que tal servicio lo venía disfrutando D. Carlos Alberto, como precedentemente se explicó.

Incluso, la jurisprudencia ha señalado que el establecimiento del signo aparente equivale a la conservación del mismo por el propietario actual que enajena, aunque fuera puesto por otro propietario anterior ( STS 10-10-1957, 26-1-1971); por lo que no se requiere, como sostiene la sentencia recurrida, que fuera D. Carlos Alberto el que estableciera el signo aparente, al limitarse a transmitir su propiedad con el paso que disfrutaba, a través de la finca DIRECCION003 y puente existente.

La circunstancia de que el titular de la servidumbre por signo aparente (D. Carlos Alberto) enajenase el predio dominante a los demandantes persistiendo tal signo, no implica que aquélla se extinga; lejos de ello, la servidumbre se transmite con la finca a la que activa o pasivamente pertenece, de manera tal que se habla de la adherencia de la servidumbre al fondo como consecuencia de que se constituyó, en su día, en función de las características particulares que determinaron su utilidad o necesidad. Es consecuencia de la inseparabilidad, que proclama el art. 534 CC, conforme a la cual el predio sirviente sigue gravado, aunque se transmita a un tercero, y el dueño de la finca dominante no puede transmitir la servidumbre sin transmitir también la titularidad del predio, ni enajenar la finca conservando la servidumbre.

D) *Que persistieren los signos en el momento de la enajenación de las fincas*

La enajenación a la que se refiere el art. 541 CC tolera todas las formas previstas en el art. 609 del CC, y, por lo tanto, puede ser tanto onerosa como gratuita, *inter vivos* o *mortis causa*. Lo que se exige es que las fincas dejen de pertenecer al mismo patrimonio.

Este requisito ha sido interpretado por la jurisprudencia como concurrente en el supuesto de división de la titularidad dominical de una sola finca en la que se encontraba establecida el servicio ( SSTS 31-3-1902,



7-1-1920, 10-4-1929, 10-10-1957, 30-10-1959, 5-1-1963, 20-12-1965, 27-10- 1974, 10-12-1976, 3-7-1982, 7-7-1983, entre otras muchas).

Tampoco, ha planteado dudas que el término enajenación del art. 541 del Código Civil comprende las particiones hereditarias, pues difícilmente se puede entender lo contrario cuando la destinación surge históricamente para aquellos supuestos en que se produce la sucesión del *pater familias*, y se busca mantener la situación de hecho por él creada en sus fincas, de esta forma la jurisprudencia ha sostenido, en diversas ocasiones, que es factible el nacimiento de la destinación por mor de una partición de naturaleza hereditaria ( SSTS 21-10-1892, 4-7-1925, 3-3-1942, 20-12-1965 y 27-10-1974 entre otras muchas).

Pues bien, cuando se llevó a efecto la partición de la herencia de D. Sixto y se adjudicó la finca DIRECCION003 entre sus hijos D.<sup>a</sup> Valle, D. Candido y D.<sup>a</sup> Sagrario, con respecto al terreno NUM010), adjudicado a la primera, nada se hizo constar contrario a la persistencia de la servidumbre, amén de que ya había sido constituida en la donación llevada a efecto en vida por D. Sixto y esposa a D. Carlos Alberto, en pago de sus derechos legitimarios en la forma antes indicada.

E) *Que no se exprese en el título de enajenación la voluntad contraria a la pervivencia del signo externo, y, por consiguiente, del servicio*

Este requisito igualmente concurre en el supuesto litigioso. En este sentido, la jurisprudencia ha exigido que la manifestación contraria a la existencia de la servidumbre sea clara, terminante, específica e inequívoca, sin que sea bastante, al respecto, las expresiones generales como la de estar la finca libre de toda clase de cargas o gravámenes y otras semejantes ( SSTS 20-12-1965, 10-10-1966, 2-1-1972, 13-5-1986 etc.), como erróneamente se sostiene por la parte demandada y juzgado.

Como señala la sentencia de 23 de enero de 1962 no es suficiente la declaración de que la finca está libre de cargas o gravamen, sino que es preciso que se diga que no va a tener esa concreta servidumbre; o cuando se recoge una enumeración detallada de las únicas que gravan la finca y se omite toda referencia a la que se refiere el signo aparente ( SSTS 24 de mayo de 1933 y 24 de noviembre de 1967).

#### **CUARTO.- Asunción de la instancia**

La estimación del recurso de casación determina la asunción de la instancia y, con ello, la estimación del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, con la correlativa revocación de la sentencia dictada por el juzgado, y casación de la pronunciada por la audiencia.

No cabe considerar que la utilización del paso a través del camino y puente por parte del causante de la parte actora responda a un acto meramente tolerado fruto de las buenas relaciones familiares, cuando el donatario D. Carlos Alberto contaba con un título constitutivo de la servidumbre al amparo del art. 541 CC, que lo convertía en titular de un derecho real y no en un simple detentador consentido D. Carlos Alberto, además, venía realizando actos propios de la titularidad de un derecho de tal naturaleza como los trabajos de mantenimiento y conservación de la servidumbre a la vista, ciencia y paciencia de los dueños del predio sirviente ( art. 543 CC).

Ha existido también una discrepancia entre las partes, debido a que los demandantes sostienen que el predio dominante está rodeado por todos los lados con propiedades ajenas o el Río Amezketa, por lo que su único punto de entrada y salida está en el predio sirviente, y se apoyaban, para ello, en la inscripción registral que no indica que su finca linde con ningún camino y con el plano catastral aportado.

No obstante, la parte demandada, con base a un documento del Ayuntamiento de Amezketa, que adjunta un plano de caminos públicos, considera que los demandantes tienen acceso al predio dominante por alguno de dichos caminos, concretamente por el denominado NUM011.

Esta circunstancia llevó al juzgado a entender que, tampoco, consta acreditada la necesidad de acceder a los terrenos, titularidad actual de los demandantes, por el camino litigioso sito en la finca DIRECCION003 de la demandada.

No obstante, independientemente de que tal acceso fuera posible -en las fotos se comprueba que es pedregoso y de montaña-, incluso algunos testigos manifiestan que es intransitable, lo que cierto es que se encuentra notoriamente alejado de la Casa DIRECCION001 - DIRECCION005 y sus pertenecidos; mientras que, por el predio sirviente, tiene paso a escasos metros para el acceso de una propiedad a otra. En cualquier caso, una servidumbre voluntaria, como la que nos ocupa, no pierde su virtualidad por la circunstancia de que el predio dominante pueda contar con otra supuesta entrada, cuando es indiscutible la utilidad y conveniencia que para los demandantes presta la servidumbre voluntaria constituida a tenor del art. 541 CC.





Por todo el conjunto argumental expuesto, la demanda debe ser estimada de la forma postulada en su suplico, al hallarse las peticiones que contiene fundamentadas en derecho.

**QUINTO.- Costas y depósito**

Las costas de primera instancia se imponen a la demandada al estimarse la demanda ( art. 394 CC).

No se hace especial pronunciamiento con respecto a las devengadas en segunda instancia, al estimarse el recurso de apelación ( art. 398 CC).

De igual forma, tampoco se hace especial condena con respecto al recurso de casación al ser también acogido ( art. 398 LEC).

Procede decretar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia 631/2021, de 30 de abril, dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzcoa, en el rollo de apelación civil n.º 2541/2019, que casamos y dejamos sin efecto.

**2.º-** Estimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes D.ª Palmira y D. Luis Angel contra la sentencia 28/2019, de 1 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tolosa, que revocamos, y, en su lugar, dictamos otra en virtud de la cual, con estimación de la demanda interpuesta, declaramos que la demandada D.ª Sagrario carece de derecho a cerrar el paso litigioso, declarando que los demandantes son titulares de una servidumbre de paso a través de la finca de la demandada, con condena de D.ª Sagrario a quitar el candado colocado, dejando libre y expedito dicho paso para el servicio de los actores, todo ello con imposición a la demandada de las costas de primera instancia.

**3.º-** No se hace especial condena de las costas de los recursos de apelación y de casación.

**4.º-** Se decreta la devolución de los depósitos constituidos para apelar y recurrir en casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.